



DERECHOS E INTEGRACIÓN

Revista del Instituto de Derecho e Integración

Nº 15 - año X - 2019



Derechos e Integración es una revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción que comenzó a publicarse en el año 2009. Abarca temas inherentes a la dignidad, autonomía y capacidad de la persona humana y al pleno y efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales.

La revista Derechos e Integración tiene como objetivos primordiales:

a) Analizar el derecho vigente en el marco de los paradigmas internacionales que diseñan el actual sistema de protección de derechos.

b) Promover estrategias y herramientas jurídicas, desde la perspectiva notarial, idóneas para garantizar el ejercicio de los derechos, especialmente en situaciones de mayor vulnerabilidad.

c) Difundir y propiciar el debate desde una mirada interdisciplinar.

Derechos e Integración es una revista arbitrada y recurre a evaluadores externos al Instituto de Derecho e Integración para la selección de los artículos a publicar.

Los artículos publicados no constituyen necesariamente la opinión oficial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción ni del Instituto de Derecho e Integración. Las opiniones emitidas en esta revista pertenecen exclusivamente a sus autores.

Derechos e Integración. ISSN 1852-2319

Periodicidad semestral - N° 15, año X, 2019

© COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE SANTA FE 2ª CIRCUNSCRIPCIÓN

INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN

Córdoba 1852 - (2000) Rosario - Santa Fe - Argentina - (+54 341) 4257075/76/78
E-Mail:idei@cescribanos.org.ar - www.escribanos-stafe2da.org.ar

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires - Argentina
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA,
y fue impresa en su taller, Berón de Astrada 2433, Ciudad de
Buenos Aires, en la segunda quincena de noviembre de 2019.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A



COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE SANTA FE
SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN

Presidente	Marcelo Daniel De Laurentis
Vicepresidenta	Alicia María del Luján Carbonari
Secretario	Gonzalo Jorge Sanchez Almeyra
Prosecretaria	Georgina Mabel Todeschini
Tesorero	Enrique Eduardo Filippini
Vocales titulares	Gabriela Sofia Tazzioli Maria Pia Giovannoni Diego Fernando Esmoriz Raúl Ángel González Theyler Mariana Blanco Alejandro Toguchi
Vocales suplentes	Graciela Celia Haydee Malaponte Nelson Omar Brunstein Maria Inés Lombardi Gustavo Rubén Dimo Carla Andrea Gaido

INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN

Directora	Alicia Beatriz Rajmil
Subdirector	Marcelo Daniel De Laurentis
Secretario	Enrique Jorge Arévalo
Miembros plenos	María Eugenia Boretti Lilia Graciela Castelan María Mercedes Córdoba Silvia Beatriz Di Boscio Stella Maris Myriam Estelrich Gloria Argentina Gover Pedro Eugenio Marzuillo Rosanna Paccie Alejandro Toguchi María Claudia Torrens
Miembros adherentes	Dariel Oscar Barbero Erika Silvana Bramatti Natalia Andrea Echecury Marianela Rosana Graizzaro Romina Andrea Rajmil Sandra Milagros Torres Emilio Vergara
Miembros honorarios	Luis Rogelio Llorens Leonardo Bernardino Pérez Gallardo

REVISTA DERECHOS E INTEGRACIÓN

Directores generales	Alicia Beatriz Rajmil Pedro Eugenio Marzuillo
Comité de redacción	Enrique Jorge Arévalo María Eugenia Boretti Lilia Graciela Castelán María Mercedes Córdoba Natalia Andrea Echecury Romina Andrea Rajmil Sandra Milagros Torres María Claudia Torrens
Comité de referato	María Isolina Dabove Pedro Federico Hooft Luis Rogelio Llorens

EDITORIAL

El 8 de octubre de 2019 celebramos 11 años de la creación del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe - Segunda Circunscripción (IDeI). En sus inicios el Instituto se centró en el estudio de la condición jurídica de las personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad: niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidad, personas con padecimiento mental, entre otras, que requieren un “apoyo” del derecho para su integración plena e igualitaria a la sociedad.

Con el desarrollo de los nuevos paradigmas en la materia nuestros objetivos se fueron ampliando, y basándonos en el reconocimiento de la capacidad de todas las personas para el ejercicio de sus derechos, más allá de sus circunstancias, nos abocamos a la búsqueda, el análisis, la elaboración y la difusión de las herramientas jurídicas y notariales idóneas para garantizarlo. Es así que, en estos once años, llevamos a cabo múltiples y diferentes actividades. Además de la publicación de esta revista semestral, realizamos jornadas, congresos, trabajos doctrinarios, seminarios de estudio, proyectos legislativos, análisis de leyes y jurisprudencia, cursos y conferencias, nuestros ya tradicionales desayunos de trabajo y desde el año pasado un ciclo anual de cultura, como otro camino para difundir en la comunidad los principios y valores que nos guían.

Porque en el IDeI nos unen ideales y utopías: aspiramos a una cultura basada en la inclusión, en la igualdad de oportunidades, en la libertad y la dignidad de todos los seres humanos, que perseguimos con el convencimiento de que el camino hacia la consolidación de los derechos fundamentales de todas las personas es una responsabilidad que nos compromete.

Este número de la revista se termina de gestar mientras el IDeI está abocado al ciclo cultural que se titula: “El Derecho, una mirada a través del arte”, organizado por segundo año consecutivo.

¿Por qué lo titulamos así? Porque el arte es una herramienta privilegiada del ser humano para expresarse libremente, para reflejar y transformar la realidad, y para entender al derecho desde una mirada más sensible y humana.

Desde estas páginas vaya mi reconocimiento a los miembros del IDeI por su solidaridad, su compromiso y su entusiasmo ineludibles.

Nuestro agradecimiento a las autoridades del Colegio de Escribanos por su sostenido apoyo a las actividades y proyectos de nuestro Instituto. Nuestro agradecimiento al personal del Colegio que colabora con nosotros, sin cuyo trabajo invaluable nada sería posible.

Continuemos, pues, en el camino emprendido con este nuevo número de la revista.

Así presentamos en la sección “Doctrina” un trabajo del notario LUIS ROGELIO LLORENS. En virtud de la importancia que tiene en nuestro régimen jurídico la regla “donar y retener no es válido”, el autor analiza en detalle las normas de nuestro Código Civil y Comercial, devela aspectos no advertidos por la doctrina y arriba a conclusiones novedosas y trascendentes con respecto a esta herramienta jurídica, que interesa a las personas y a las familias.

Cierra esta sección un enjundioso trabajo del doctor MANUEL GARCÍA MAYO, profesor de la Universidad de Sevilla, España, referido al interés superior de la persona menor de edad como fundamento cardinal con respecto al uso de la vivienda familiar y la crisis matrimonial.

En la sección “Legislación”, un proyecto de ley que goza de estado parlamentario, propone un avance significativo en la implementación y aplicación efectiva de la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Se trata de la regulación del régimen jurídico del contrato de servicios residenciales gerontológicos, a fin de preservar la dignidad y el respeto a los derechos fundamentales de la persona mayor que ingresa en una institución de esta naturaleza.

En la sección “Jurisprudencia”, el escribano E. JORGE ARÉVALO nos presenta su nota a un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, del mes de marzo del año en curso, sobre la convalidación del principio de conservación de los actos jurídicos y de la plena fe del instrumento público notarial. En su interesante comentario, el autor analiza con claridad la evaluación crítica de la aptitud de discernimiento, parte esencial de la actividad notarial, en el marco del conflicto de intereses que puede generarse entre la seguridad del tráfico jurídico y los derechos de la persona en eventual situación de vulnerabilidad.

La escribana MARÍA MERCEDES CÓRDOBA nos brinda en la sección “Práctica Notarial” un breve pero elocuente comentario acerca de los actos de disposición de las exequias, inhumación y cremación, requerimiento cada vez más frecuente en la práctica notarial, acompañado por un proyecto de escritura que lógicamente debe adaptarse a las circunstancias particulares de cada caso. Destaca la autora la importancia de garantizar el ejercicio de este derecho y el respeto a la voluntad de la persona sobre el destino de su propio cuerpo.

El día 28 de junio de 2019 el IDeI llevó a cabo, como cada año, su tradicional desayuno de trabajo. En la sección “Congresos y Jornadas” ofrecemos las conclusiones del encuentro.

En “Horizontes”, la sección que cierra nuestra revista con temas libres, el escribano PEDRO EUGENIO MARZUILLO, se refiere a los honorarios notariales y las legislaciones provinciales que los regulan, con una visión crítica y ética del tema.

Finalmente, deseamos reiterar nuestra invitación a quienes se interesen por los temas de la revista a enviarnos sus aportes, para cualquiera de las secciones que la conforman.

ALICIA B. RAJMIL

TABLA DE CONTENIDO

<i>Editorial</i>	5
------------------------	---

DOCTRINA

La regla “donar y retener no es válido” en el Código Civil y Comercial de la Nación <i>Luis Rogelio Llorens</i>	13
Uso de la vivienda familiar y crisis matrimonial en España: el interés del menor como fundamento cardinal <i>Manuel García Mayo</i>	43

LEGISLACIÓN

Régimen del contrato de servicios residenciales gerontológicos	75
--	----

JURISPRUDENCIA

La convalidación del principio de conservación de los actos jurídicos y de la plena fe del instrumento público notarial <i>Comentario de E. Jorge Arévalo</i>	89
--	----

PRÁCTICA NOTARIAL

Acto de disposición de exequias, cremación e inhumación <i>María Mercedes Córdoba</i>	111
--	-----

CONGRESOS Y JORNADAS

Desayuno de trabajo	119
---------------------------	-----

HORIZONTES

Honorarios y aranceles <i>Pedro Eugenio Marzuillo</i>	127
<i>Fe de erratas</i>	133
<i>Pautas para publicación de trabajos</i>	135
<i>Declaración de originalidad</i>	143

DOCTRINA

LA REGLA “DONAR Y RETENER NO ES VÁLIDO” EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

*Luis Rogelio Llorens**

Sumario. § 1. Introducción. § 2. La donación: “un problema”. § 3. Un poco de historia. § 4. El Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994). § 5. Posible aplicación de los análisis precedentes a las donaciones sujetas a derecho de reversión. § 6. Consectarios.

Resumen. En virtud de la importancia que tiene en nuestro sistema jurídico la regla “donar y retener no es válido”, consideramos deficiente la redacción dada al art. 1546 del Cód. Civil y Comercial. Aun a riesgo de resultar superpuesta con la disposición del art. 344 del mismo Código, debería haber sido redactado de manera similar al art. 1212 del Cód. Civil del Paraguay, cuya fuente es el art. 944 del Cód. Napoleón: “La donación será nula si estuviere sujeta a condición suspensiva o resolutoria que dejare al donante en el poder directo o indirecto de revocarla o modificarla”.

Palabras clave. Donación. Falta de equivalencia de las prestaciones. Protección del donatario. Donaciones *post mortem*. Irrevocabilidad específica de las donaciones. Derecho de reversión.

* Abogado. Notario titular del Registro Notarial 14 del Partido de Morón, provincia de Buenos Aires. Miembro honorario del Instituto de Derecho e Integración (IDeI) del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (Segunda Circunscripción - Rosario).

***THE RULE "DONATE AND RETAIN IS NOT VALID"
IN THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE
OF THE NATION***

Abstract. By virtue of the importance that the rule "to donate and to retain is not valid" has in our legal system, we consider that the wording of article 1546 of the Civil and Commercial Code (spanish acronym for Civil and Commercial Code) is deficient. Even at the risk of it overlapping with the provision of article 344 of the same code, it should have been written in a way similar to article 1212 of the Civil Code of Paraguay whose source is article of the 944 of the Napoleonic Code: "The donation shall be null if it is subject to condition precedent or subsequent that leave the donor the direct or indirect power to revoke or modified it".

Keywords. Donation. Lack of equivalence in benefits. Donee protection. Pos mortem donations. Specific irrevocability of donations. Reversion right.

§ 1. ***INTRODUCCIÓN***

En mis ya lejanas épocas de estudiante universitario se achacaba a la enseñanza del derecho la falta de conexión entre la teoría de la ciencia jurídica y su práctica, queja que tenía su fundamento. Era notorio que quienes se desempeñaban como "meritorios" en algún juzgado o recorrían los tribunales como empleados de algún estudio jurídico tenían mayor facilidad en el aprendizaje universitario.

Quizás esa falencia se ejemplificaba acabadamente cuando se comparaba la enseñanza universitaria del derecho con la de la medicina: los proyectos de "galeno" debían concurrir a los hospitales para efectuar "prácticas", cosa que no ocurría con quienes pretendían avanzar en la ciencia jurídica.

Sin embargo, en la actualidad, constato con pavora que "la práctica" de determinadas profesiones se ha constituido en el centro de atención, con gran mengua de la teoría. No por manejar determinadas herramientas técnicas se es un buen profesional.

Saber manejar programas de computación para diseñar un edificio no constituye al operador en un buen arquitecto. Tampoco el manejo de la "aparatólogía" convierte en buen médico a quien no sabe palpar un abdomen o escuchar a un paciente.

En lo jurídico muchos creen que basta para ser un buen jurista con tener acceso a bases de datos digitales de jurisprudencia, doctrina y modelos.

Párrafo aparte merecen los citados "modelos" de escritos judiciales, de escrituras, de contratos, etcétera. Ellos son también una buena herramienta que puede inspirar al jurista y ayudar a no olvidar detalles. Sin embargo, su utilización no garantiza un buen ejercicio profesional.

Esto último solo se logra, entre otros requerimientos, mediante el estudio de la ciencia jurídica. Ella, como toda ciencia, debe partir de dogmas que no por ello disminuyen su calidad de tal¹.

La entrada en vigencia en 2015 de un Código Civil y Comercial para la República Argentina se ha convertido en una fuente de nuevos requerimientos para la "práctica" del derecho. Es también ocasión importante para abreviar en las fuentes de los nuevos institutos que nos han de brindar las bases sólidas para hallar nuevas soluciones a viejos problemas.

Por tal motivo nos aventuraremos en una de las cuestiones más complejas del derecho civil: la donación. Se trata de un viejo amor, al que regresamos con ilusión y cariño², ya que la donación (del dominio pleno o de la nuda propiedad) es una

¹ "El trabajo del pensamiento consiste en conferir al cálculo una significación, remitiendo siempre las cantidades computadas a un sentido del cómputo. Y la definición de tal sentido tiene inevitablemente una dimensión dogmática, porque nuestras categorías de pensamiento no nos son dadas por la naturaleza, sino que son un medio que nos damos para comprenderla" (SUPIOT, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 14 y 15).

² Recordamos, entre otros trabajos, CARRAL - FERRARI - JULIANO - LLORENS - SOLARI DEL VALLE, *Hacia una revitalización de las donaciones*, "Revista Notarial", nº 827, año 1976, p. 699 a 772, y *Sobre la naturaleza jurídica de la acción de reducción y las donaciones de inmuebles*, ED, 78-843 a 854; ARMELLA - LLORENS - LAMBER, *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*.

herramienta de singular importancia entre las que suelen utilizar los progenitores para ordenar la distribución de todo o parte del patrimonio en previsión de la propia muerte, hecho que en algún momento, indefectiblemente, ha de llegar.

Es también un medio apropiado para proteger a determinadas personas, parientes o no, que se encuentran en situación de vulnerabilidad, motivo por el cual su estudio se vincula con el de los derechos humanos.

Dentro de las cláusulas permitidas en la materia se encuentra el denominado "derecho de reversión" que admite la condición de la "reversión de las cosas donadas, sujetando el contrato a la condición resolutoria de que el donatario, o el donatario y su cónyuge y sus descendientes, o el donatario sin hijos, fallezcan antes que el donante"³. Esta cláusula es, en la actualidad, de utilidad acotada por aplicación del art. 1965 del Cód. Civil y Comercial que limita el dominio imperfecto resultante de tal convención a un plazo máximo de diez años. Vencido este plazo, contado desde la transmisión de dominio a causa de la donación, el dominio se transforma en "perfecto" y la condición impuesta deja de afectarlo.

También iniciamos entonces este camino con el ánimo de intentar hallar una instrumentación apropiada que permita eludir este escollo.

§ 2. *LA DONACIÓN: "UN PROBLEMA"*

Los autores inician generalmente el tratamiento de las donaciones explicando que, a primera vista, su encuadre es simple pero que, puestos en la tarea, ella se transforma en un verdadero problema.

Así, BORDA señala que "la donación es uno de esos conceptos tan fáciles de comprender en su esencia como difíciles de

³ Art. 1566 del Cód. Civil y Comercial. Esta cláusula puede ser de suma importancia cuando, por ejemplo, el donante quiere impedir que en caso de fallecimiento (en vida del donante) de un hijo donatario se beneficie la cónyuge de este (la nuera, en su caso el yerno) que heredaría como un hijo más (art. 2433, Cód. Civil y Comercial), en perjuicio de los hijos del donatario (los nietos) que son los únicos que tienen derecho de representación del padre en la sucesión de los abuelos (art. 2427, Cód. Civil y Comercial).

delinear en sus contornos precisos. La dificultad reside en la circunstancia de que no todo acto a título gratuito es donación. No lo son los actos de última voluntad ni tampoco numerosas liberalidades⁴.

Para nosotros, y en los tiempos que corren, una de las características más trascendentes de la donación es su especial irrevocabilidad ("donar y retener no es válido") mediante la cual se la diferencia actualmente de manera clara del legado (eminentemente revocable al solo arbitrio del disponente)⁵.

Sin embargo, entendemos que la manera más apropiada de delinearla en su sentido más amplio (incluido el contrato de donación, la cesión y la renuncia gratuitas, las estipulaciones a favor de terceros, las liberalidades en general)⁶ es negativa: *en las donaciones no se aplica el principio de la equivalencia de las prestaciones*⁷.

Este principio no implica genéricamente que en materia contractual las prestaciones de un contratante frente a las de las otras partes deban ser de "igual" valor, sino "equivalentes". Con ello queremos precisar que la ley admite tanto la libertad de contratar como el hecho de que, en líneas generales, no protege al torpe. Cada uno es responsable de cuidar la conveniencia o no de contratar y sus derivaciones posibles.

Empero, existe abundante legislación que protege, en determinadas situaciones, al más débil o al disminuido en sus facultades. Así, según el art. 332 del Cód. Civil y Comercial, *"Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos ju-*

⁴ BORDA, *Contratos*, t. II, p. 325, nº 1497. Ver, también, LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, p. 359.

⁵ Art. 2511 del Cód. Civil y Comercial: *"El testamento es revocable a voluntad del testador y no confiere a los instituidos derecho alguno hasta la apertura de la sucesión. La facultad de revocar el testamento o modificar sus disposiciones es irrenunciable e irrestringible"*.

⁶ "Dentro de liberalidades o actos de liberalidad entran muchos además de la donación" [ALBADALEJO GARCÍA, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ - DÍEZ-PICASSO PONCE DE LEÓN - BERCOVITZ - CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, p. 19].

⁷ La falta en la donación de equivalencia en las prestaciones no debe confundirse con el contrato aleatorio. Aun cuando en los contratos aleatorios las prestaciones pueden, a su término, no ser equivalentes, ello no impide la aplicación del vicio de lesión, si el riesgo asumido por uno o ambos contratantes no guardaba, en sus inicios, relación con las prestaciones asumidas.

*rídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones*⁸.

Este vicio del acto jurídico no se aplica en materia de donaciones, pues según el art. 1542 del Cód. Civil y Comercial ella presume el ánimo de beneficiar, o sea, la inexistencia de equivalencia de prestaciones: *"Hay donación cuando una parte se obliga a transmitir gratuitamente una cosa a otra, y esta lo acepta"*.

La precedente definición legal prueba también la dificultad de definir de manera positiva a la donación, pues no todas ellas son "gratuitas", ya que pueden ser, según el mismo Código, "mutuas" (art. 1560), "remuneratorias" (art. 1561) y "con cargos" (art. 1562). Pero, en todos los casos, no es de aplicación el mencionado art. 332 del Cód. Civil y Comercial.

Por ello insistimos en que el ánimo de beneficiar que presupone la donación y que impide la aplicación del vicio de lesión, más allá de su irrevocabilidad al solo arbitrio del disponente, es su característica saliente.

Ese ánimo de beneficiar se descubre, inclusive, en las donaciones mutuas que se diferencian, precisamente, de la permuta en el recíproco ánimo de beneficiar⁹.

⁸ Otras normas que protegen a determinados contratantes se vinculan con los derechos del consumidor, los derechos de quien trabaja en relación de dependencia y la protección de quienes no han alcanzado la madurez suficiente (menores) o padecen disminución en sus aptitudes psíquicas o intelectuales. Desde el nacimiento de las "cuestiones sociales" se han ido abandonando, poco a poco, algunos duros principios romanistas, lo que ha llevado a decir a SUPIOR que "toda la dificultad de las sociedades modernas estriba en tener que pensar y vivir la igualdad sin negar las diferencias" (*Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 13).

⁹ Un ejemplo de donación (en sentido amplio) mutua lo observamos en el caso de una persona casada que dona bienes gananciales a sus hijos y estos constituyen usufructo sobre el mismo bien a favor de ambos progenitores con derechos de acrecer. El cónyuge no titular, con ánimo de beneficiar a sus hijos, presta su conformidad con la enajenación que efectúa el titular de dominio y con el hecho de que ese bien no se ha de incluir en la futura liquidación de la sociedad conyugal. Los hijos, por su parte, constituyen usu-

Años ha, mencionábamos que por esta razón cabe señalar que “la donación es un acto anómalo”¹⁰; que el legislador debe considerar como tal, lo que origina la necesidad de regular la protección de posibles perjudicados por ella.

En ese mismo trabajo ubicábamos cuatro eventuales perjudicados por el hecho de donar.

En primer lugar, la ley protege obviamente al donante de los daños que el desprendimiento pueda ocasionarle. Por ejemplo, el art. 1551 del Cód. Civil y Comercial, que prohíbe la donación de todos los bienes, y el 1552 del mismo Código, que exige el cumplimiento de determinadas formas solemnes para la instrumentación. También impone el legislador la obligación de gratitud del donatario en favor del donante que resulta de los arts. 1571 a 1573.

Protege también la ley a la familia del donante mediante el instituto de la legítima (art. 2444) y la reducción de las donaciones inoficiosas (art. 2453); y a los acreedores del donante (art. 338 y concs.), pues primero hay que saldar las deudas y luego donar.

Finalmente –y esto es lo que nos interesa aquí particularmente– la legislación protege también al propio donatario para evitar que el acto de desprendimiento del donante se transforme eventualmente en un instrumento de dominación o de manipulación en perjuicio del supuesto beneficiario.

Así, el Código que comentamos, exige en el art. 1542, ya transcrito, la necesidad de que el donatario acepte la donación.

Más importante que esta protección al donatario es la que resulta del clásico principio originado en el derecho francés: “donar y retener no es válido”, cuya vigencia y aplicación pretendemos analizar en el Código Civil y Comercial vigente actualmente en la República Argentina.

fructo a favor de ambos progenitores, con derecho de acrecer, con el fin de que estos tengan la tranquilidad de poder disfrutar en plenitud de ese bien aun después del fallecimiento de alguno de ambos progenitores. El recíproco ánimo de beneficiar se aprecia manifiesto y no se puede confundir con una permuta.

¹⁰ LLORENS, *Contratos para ser ejecutados después de la muerte (Arts. 1790 y 1983 del Código Civil Argentino)*, “Revista Notarial”, n° 918, p. 349.

§ 3. *UN POCO DE HISTORIA*

a) *LA ANTIGÜEDAD*. “Telémaco, hijo de Ulises, antes de emprender la lucha contra los pretendientes de su madre, hace entrega de objetos preciosos a su amigo Pireo, que este debería devolverle si aquel terminase con vida la empresa, o guardarse para sí, en caso de que pereciere en su demanda”¹¹.

La cita nos enseña, por un lado, que la donación es una institución que se encuentra en el alma del ser humano desde sus orígenes. Por el otro, que es común que esa voluntad de donar se encuentre encuadrada dentro de determinadas reservas, muchas veces vinculadas con la muerte del donante.

b) *EL DERECHO ROMANO*. En el derecho romano la irrevocabilidad no era considerada un requisito esencial de la donación. El campo de las donaciones *post mortem* era amplísimo y en estas se entendía implícita la posibilidad del donante de revocar la donación a su antojo, en tanto y en cuanto no renunciara expresamente a esa facultad. Era una cláusula natural en toda donación *post mortem*, o sea, en las que de alguna manera se vinculaba la eficacia de la donación a la vida del donante. Así dice SAVIGNY con relación a ellas: “En cuanto a las condiciones resolutorias que producen este resultado, desde luego puede afirmarse que la donación se anula siempre por la supervivencia del donante; el mismo efecto produce la supervivencia a un peligro determinado y presente, al cual se sometió la donación; por último, la tercera condición resolutoria es ordinariamente el cambio de voluntad del donante. Para este efecto no se exige ninguna forma especial, y siempre que exista este cambio cualquiera que sea la forma bajo la cual se manifiesta, la donación se anula”¹².

La frase transcripta amerita párrafos aparte, pues en la traducción al castellano que consultamos, ella continúa de esta manera: “a menos que el donante no haya renunciado expresamente a su derecho de revocación”. Como comprendimos que la negación precedente oscurece lo afirmado y supusimos que se

¹¹ VALLET DE GOYTISOLO, *Estudio sobre donaciones*, p. 19.

¹² SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, p. 165.

trataba de un error de traducción, hemos consultado en primer lugar la traducción al francés que obra en la Biblioteca Dalma-cio Vélez Sársfield del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires (parte del legado del maestro WERNER GOLDSCHMIDT a dicho colegio profesional) que dice así: “la troisième condition résolutoire est ordinairement le changement de volonté du donateur. lei l’on n’exige aucune forme spéciale, et le change-ment de volonté, quelle que soit la manière dont il se manifeste, suffit pour annuler la donation, à moins que la donateur n’ait renoncé expressément à son droit de révocation”¹³.

La traducción precedente al francés es oscura y quizás indujo a error a quienes tradujeron al castellano, aun cuando no cambia el sentido original, pues “n’ait” no implica negación. Para ello debería haberse escrito “n’ait pas”.

Consultada la versión original en alemán, el párrafo es el siguiente: “wenn nicht der Geber auf den Widerruf ausdrück-lich verzichtet hatte”¹⁴. Entendemos que la expresión “wenn nicht” al encabezar la oración subordinada debería traducirse “si no”, comprendido el “si” como condicional.

De allí resultaría que la traducción apropiada del párrafo en cuestión sería “siempre y cuando que exista este cambio, cualquiera que sea la forma bajo la cual se manifiesta, la donación se anula, *si no había renunciado expresamente el donante a ese derecho de revocación*”.

Hemos perseverado en esta investigación, al suponer que la falta de precisión al llegar la frase original a nuestro idioma, pudo haber incidido en el codificador de antaño y en la doctrina posterior e inclusive, quizás, en el Código de hogaño. En definitiva, la traducción al castellano del original en alemán –según hemos podido ver– concluye oscureciendo lo afirmado en párrafos anteriores y le da a lo escrito por el ilustre roma-nista un sentido contrario al original.

Para reafirmar la precedente interpretación de que las do-naciones *post mortem* contenían implícita la facultad de revo-car toda vez que así lo quisiera el donante, a menos que este

¹³ SAVIGNY, *Traité de droit romain*, p. 246 y 247.

¹⁴ SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 4, Berlin, 1841, S. [III]. In: Deutsches Textarchiv, www.deutschestextarchiv.de/savigny_system04_1841/9, abgerufen am 16/7/19.

renunciara expresamente, citamos a VALLET DE GOYTISOLO: "Así vemos cómo centran el concepto de la donación por causa de muerte sobre la característica de la revocabilidad por libre determinación del donante. Nota que en el derecho romano tenía carácter de circunstancia natural, pero no esencial, puesto que según el parecer de la mayoría de los autores cabía renunciar al *ius poenitendi*"¹⁵.

c) *EL DERECHO GALO CONSUETUDINARIO*. El mismo VALLET DE GOYTISOLO agrega: "Las donaciones estaban vistas con prevención en la antigua Francia como contrarias al principio de conservación de los bienes en la familia y adecuadas para despojar a los herederos de sangre por no estar protegidos por la reserva consuetudinaria más que contra los actos de liberalidad hechos en testamentos. Por tanto, obligar al donante a despojarse inmediatamente de los bienes donados y a no dar ningún valor a la obligación de donar que suscribiera para el porvenir, en la que dilatará por un plazo más o menos largo la entrega de los bienes, era por consiguiente hacer las donaciones más difíciles, y por consiguiente más raras"¹⁶. Y continúa: "Por eso la regla se concretó inicialmente exigiendo que el donante no quedase en posesión del bien donado. Este fue el primitivo sentido del apotegma *Donner et retenir ne vaut*. Pero el día que se admitió como suficiente (en el derecho francés) para la transmisión del dominio una tradición fingida, dejó de representar el papel de freno y de constituir una defensa contra el abuso de las donaciones. Por eso en el siglo XVIII aparece una nueva limitación más eficaz que la anterior, la de la irrevocabilidad específica de las donaciones. Este fue el nuevo sentido y alcance que se dio desde entonces; y aún se sigue dando, a la expresada máxima"¹⁷.

RIPERT y BOULANGER enseñan por un lado que fue una ordenanza de 1731 la que, siguiendo jurisprudencia anterior, "decidió que en el futuro solo habrá dos formas de disponer: la donación entre vivos y el testamento y que todas las donaciones por causa de muerte, excepto las que se hiciesen por

¹⁵ VALLET DE GOYTISOLO, *Estudio sobre donaciones*, p. 70.

¹⁶ VALLET DE GOYTISOLO, *Estudio sobre donaciones*, p. 67.

¹⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *Estudio sobre donaciones*, p. 68.

contrato de matrimonio, deberán hacerse en forma testamentaria¹⁸.

Agregan luego que, por imperio de esta máxima que comentamos, en la actualidad, se "llevó a crear para las donaciones una irrevocabilidad más rigurosa que para los otros contratos. Todo convenio es irrevocable, en el sentido que una vez concluido no puede ser destruido por la voluntad de una de las partes. Es ley para todos los que han participado en él [...]. Pero esta irrevocabilidad está basada en la presunta voluntad de las partes. Estas pueden, pues, reservar a una de ellas los medios de romper el contrato; nada les impide estipular una cláusula de arrepentimiento o subordinar el efecto de su convenio al cumplimiento de una condición que depende de la voluntad de una de ellas.

Los convenios ordinarios son por lo tanto susceptibles de una cierta facultad de revocación. Eso es justamente lo imposible en las donaciones. Su irrevocabilidad especial y característica excluye todo cuanto pueda permitir al donante una retractación de voluntad; *no puede reservarse ningún medio, directo o indirecto, de recuperar lo que ha donado*¹⁹.

d) *EL CÓDIGO NAPOLEÓN*. La fórmula del art. 893 del Código Napoleón no reproduce en forma expresa la regla "donar y retener no es válido". No exige el Código galo la entrega actual de la cosa, pero sin embargo, la regla en comentario está presente en su versión vinculada con la irrevocabilidad de la donación, especialmente, en otros artículos como el 944²⁰.

Los autores coinciden, por tanto, en que en ese país la legislación citada no exige la entrega actual de la cosa pero prohíbe, entre otras, la donación bajo condición potestativa. En cambio, señalan como admisible: 1) la cláusula de reserva de

¹⁸ RIPERT - BOULANGER, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, t. XI, p. 21.

¹⁹ RIPERT - BOULANGER, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, t. XI, p. 71. El resaltado es nuestro.

²⁰ "Art. 893. On ne pourra disposer de ses biens, a titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci-apres etablies". "Art. 944. Toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'execution depend de la seule volonte du donateur, sera nulle".

usufructo (art. 949), y 2) la cláusula de reversión condicional (que es similar a nuestro derecho de reversión –art. 951–)²¹.

Se pierde así en el Código Napoleón el requisito de la entrega “actual” de la cosa, esto es, la necesidad de su entrega física o de la transmisión de dominio de manera simultánea al contrato de donación. Por un lado, en el derecho francés, no es necesaria la entrega de la posesión para transmitir la propiedad. Pero, más que eso, no está tampoco prohibido donar y obligarse el donante a transmitir la propiedad a plazo o condición, siempre y cuando esta no deje en manos del donante la posibilidad de cumplirla o no (art. 944).

e) *ALGUNAS LEGISLACIONES POSTERIORES.* Entre la legislación posterior al Código Napoleón que sigue los preceptos de la regla “donar y retener no es válido” podemos citar, como supuesto de extrema rigurosidad, al Código Civil italiano de 1865. Según su art. 1050, “La donación es un acto de espontánea liberalidad mediante el cual el donante se despoja actual e irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario, que la acepta”.

En cambio, el Código Civil italiano de 1942 no menciona la donación *mortis causa* y la deja excluida del concepto que da de donación en general, al definir a esta como una disposición o liberalidad actual²². Empero, según su art. 790: “Quando il donante si e riservata la facolta di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione o di una determinata somma sui bene donati, e muore senza avene disposto, tale facolta no puo essere esercitata dagli eredi”²³.

En el derecho español, según el art. 620 del Cód. Civil, “Las donaciones que hayan de producir efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria”. Empero, el art. 639 permite, de manera semejante a la legislación italiana de 1942 (art. 790), que “podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo

²¹ JOSSEAND, *Derecho civil revisado y completado por André Brun*, nº 1351; RIPERT - BOULANGER, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, nº 3562.

²² Art. 769: “disponendo a favore di questa”.

²³ Su fuente, extrañamente, es el art. 946 del Código Napoleón.

a ellos, pero, si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado”²⁴. Esto es: no admite el instituto clásico de las donaciones por causa de muerte pero admite que el donante se reserve ciertas facultades de disposición sobre lo donado.

Según el art. 1386 del Cód. Civil chileno, “la donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona que la acepta”. Del art. 1147 resulta que no se exige la entrega actual de lo donado. El donante puede quedar obligado a cumplir la obligación, aunque goza del beneficio de competencia.

No obsta a ello que el art. 1136 admita las donaciones por causa de muerte, pues según el art. 1000 (al que remite el 1139) se trata de testamentos y están sujetas a sus formalidades.

El Código Civil de la República del Paraguay, según ley 1183, en su art. 1212, dispone: “La donación será nula: [...] b) si estuviere sujeta a condición suspensiva o resolutoria que dejare al donante el poder directo o indirecto de revocarla o modificarla”, cuya fuente es el art. 944 del Cód. Civil francés. No incluye más precisiones, con lo que de manera simple y concisa expresa el principio “donar y retener no es válido” en su versión más moderna: la que prohíbe dejar librado al arbitrio del donante, de manera directa o indirecta, cumplir o no cumplir la donación. Volveremos sobre el punto.

f) *EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO DE 1869*. El *Esboço* de FREITAS, que inspiró habitualmente a VÉLEZ SÁRSFIELD, no requería ni la entrega actual de la cosa (art. 2160) ni en él era de la esencia de la donación su irrevocabilidad (art. 2134). Se presumía su revocabilidad al solo arbitrio del donante en las donaciones *mortis causa* (art. 2135).

Sin embargo, el codificador argentino decimonónico, no siguió esos lineamientos en esta materia y adhirió al principio que nos ocupa: el de “donar y retener no es válido” (solo en

²⁴ Sobre esta disposición, tan extraña a nuestro derecho, consultar BARRAL VIÑALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación (análisis del artículo 639 del Cc)*.

cuanto a la irrevocabilidad de la donación) proveniente del derecho francés (sin exigir la entrega "actual" de lo donado), con algunas características:

1) Como en el Código Napoleón, *no exigía la entrega "actual" de lo donado*, pues su articulado refiere, por ejemplo, a las consecuencias de la falta de entrega de lo donado al donatario. Así, el art. 1813²⁵ admitía la demanda para que el donante entregue lo donado al donatario; el art. 1833 establecía que "el donante que no hubiere hecho tradición de la cosa donada, queda obligado a entregarla al donatario con los frutos [...]"; el art. 1834 abre la acción personal por la entrega de lo donado contra el donante y contra sus herederos. El art. 1802, inc. 2, establecía la forma de las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias, por definición sujetas a plazo, o sea, sin entrega "actual" de lo donado.

Por otro lado, como veremos, en el régimen velezano las prohibiciones se vinculaban con las condiciones y nunca con el plazo²⁶.

2) En cuanto a las donaciones *mortis causa* se refería a ellas en el art. 1803, admitiéndolas para los supuestos en que "el donatario restituirá los bienes donados, si el donante no falleciere en un lance previsto" y "que las cosas donadas se restituirán al donante, si este sobreviviere al donatario".

Para la doctrina²⁷ no se trataba de verdaderos supuestos de donaciones *mortis causa*, toda vez que, unánimemente y con fundamento en el art. 1790, se consideraba que en estos casos

²⁵ Art. 1813: "si en juicio se demandase la entrega de los bienes donados".

²⁶ Así, cuando se dice: "Prometo transmitir tal cosa en tal tiempo, si la conservo en mi poder", no producirá efecto alguno; pero si dice: "Dono a tal persona tal cosa, quien no podrá disponer de ella sino en tal tiempo", hay aquí una verdadera donación, un verdadero desprendimiento de la propiedad de la cosa donada, que pasa al donatario desde el momento en que la donación se acepta, por más que no pueda este disponer de esa cosa sino llegada la época fijada" (LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, p. 8).

²⁷ "Por lo demás, en virtud de nuestro artículo y del precedente inciso 2º, la donación a causa de muerte, en ningún caso será revocable a la voluntad del donante, como sucedía en el derecho romano, seguido por la doctrina española" (SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina*, p. 485; ver, tam-

el donante no mantenía la facultad de revocarlas a su solo arbitrio pues se encontraban sometidas al principio más general sentado en el artículo anterior, el 1802, que ordenaba, luego de admitir las donaciones posibles y lícitas, que “no podrá, sin embargo, bajo pena de nulidad de la donación, subordinarla a una condición suspensiva o resolutoria, que le deje directa o indirectamente el poder de revocarla, de neutralizar o de restringir sus efectos”.

En su momento, nos atrevimos a disentir con tal postura²⁸. Argumentamos para ello:

a) Que para el derecho romano, para SAVIGNY y para toda la doctrina y legislación comentada, contemporánea a VÉLEZ SÁRSFIELD, hablar de donación por causa de muerte importaba tanto como hablar de donación naturalmente revocable a voluntad del donante, en tanto y en cuanto no se renunciara expresamente a esa facultad. Así pasó al Código Civil de Chile, tal como vimos.

b) Admitir que el codificador de antaño, al hablar de donaciones por causa de muerte, refería a donaciones revocables al solo arbitrio del donante, superaría el inconveniente de un artículo que contiene la contradicción de hablar de donación por causa de muerte y tratar solo supuestos de reversión por causa de muerte.

c) Resulta incomprensible que en el art. 1803, VÉLEZ SÁRSFIELD legislara sobre la condición resolutoria de la supervivencia del donante al donatario y repitiera el supuesto en el 1841 y ss. (derecho de reversión). La única explicación es que en el primer caso (en el art. 1803) se refería a supuestos de donaciones *post mortem* en los términos del derecho clásico, revocables al solo arbitrio del donante. En el segundo supuesto (art. 1841 y ss.) se refería al caso en que la donación era irrevocable al solo arbitrio del donante, sin perjuicio de la condición resolutoria consignada.

d) Nuestra interpretación da sentido a la expresión: “No se admiten otras donaciones por causa de muerte [...]”, esto es, re-

bién, LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, p. 468; GUASTAVINO, *Pactos sobre herencias futuras*, p. 481).

²⁸ LLORENS, *Contratos para ser ejecutados después de la muerte (Arts. 1790 y 1983 del Código Civil Argentino)*, “Revista Notarial”, n° 918, p. 371 y 372.

vocables (como excepción a lo dispuesto en el art. 1802). La ubicación, luego de la prohibición, lleva a pensar que se trata de una excepción a la regla general anterior.

e) Finalmente, agregamos ahora que lo que entendemos como errónea traducción de la obra del ilustre romanista SAVIGNY, a la que hemos aludido precedentemente, pudo haber incidido en la doctrina que sostenía que las donaciones *post mortem* a las que aludía VÉLEZ SÁRSFIELD no eran revocables al solo arbitrio del donante.

3) Del artículo precedentemente transcrito (el art. 1802) resulta que el régimen velezano establecía *la prohibición de la irrevocabilidad de la donación por la sola voluntad del donante*, más allá de la interpretación que le demos al art. 1803²⁹. Esto es, adoptaba la regla "donar y retener no es válido", en la concepción que no la vincula con la entrega "actual" de lo donado.

Un problema que planteaba el citado art. 1802 es el referido a qué clase de condiciones eran las prohibidas. Ninguna duda cabía de que estaban prohibidas las meramente potestativas: "dono si quiero".

La doctrina encontraba así dificultad con aquellas a las que ella llama "simplemente potestativas" o "mixtas", que son las que sujetan la eficacia de la donación a actos exteriores del obligado (el donante, en este caso), que podía hacer o no hacer, pero que importaban algo más que una simple declaración de voluntad. Como si el donante dijera que la obligación habría de quedar resuelta si viajara a Europa. Para LÓPEZ DE ZAVALÍA, esta clase de donaciones se encontraba prohibida "pues deja indirectamente en manos del donante la posibilidad de revocar la donación"³⁰.

El entendimiento de estas normas se veía aún más dificultado por lo dispuesto en el art. 1790 que, como principio general, consagraba la nulidad de las promesas gratuitas destinadas a no producir efecto sino después del fallecimiento del donante contenidas en actos entre vivos, si no valían como disposiciones de última voluntad.

²⁹ Según nuestra solitaria interpretación el art. 1803 solo sería una excepción a dicha prohibición.

³⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, p. 430. Sobre las condiciones mixtas, ver p. 431.

En este punto, la doctrina se encontraba también dividida en varios aspectos. Principalmente, resultaba claro que si la condición impuesta era resolutoria, la donación producía efectos hasta que se acreditara que la condición no se cumplía y el donatario debía restituir lo donado. Por lo tanto, la validez de las condiciones resolutorias (no potestativas) era incuestionable ya que desde su otorgamiento producían “efectos”.

Ahora bien, si la condición era suspensiva, para algunos autores no se producían efectos hasta que el hecho condicionante se produjera y por tanto eran nulas. Para otros, el otorgamiento de la donación sujeta a condición suspensiva, en la medida en que el cumplimiento de la condición no quedara al arbitrio directo o indirecto del obligado, ya producía efectos pues obligaba al deudor (donante) a conservar lo donado y a no disponer de ello; y daba derecho al acreedor (el donatario) a solicitar medidas precautorias en tal sentido³¹.

Dentro del primer grupo SEGOVIA señala: “Cuando la muerte del donante es puesta como condición suspensiva, no hay donación entre vivos sino legado”³². LÓPEZ DE ZAVALÍA, si bien admite la donación sujeta a plazo suspensivo, no admite la donación sujeta a condición suspensiva fundado en el mencionado art. 1803³³.

En cambio, para SPOTA: “Si se aprehenden esos antecedentes del art. 1790 entonces se llega a la conclusión de que la promesa de atribución patrimonial gratuita sometida a la modalidad suspensiva (o término suspensivo) de la muerte del donante no es disposición testamentaria en cuanto tal promesa no quede supeditada a la revocación al arbitrio del promitente [...], si esa revocación *ad nutum* no ha sido establecida, entonces la promesa sujeta a la modalidad suspensiva de la muerte

³¹ Las facultades de que goza el acreedor condicional suspensivo son principalmente: *a*) las de ejercer actos conservatorios (art. 516, que alude a los “actos conservatorios necesarios y permitidos”); *b*) la de novar (arts. 807 y 808 del Cód. Civil); *c*) la de hipotecar (art. 3109); *d*) la de enajenar *inter vivos* (art. 3109); *e*) la de transmitir *mortis causa*, sea de modo voluntario o por testamento, o bien fuere, por imperativo de la ley exclusivamente –y más allá, entonces de las facultades–, de modo intestado (art. 544). Ver BOFFI BOGGERO, voz “condición”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. III, p. 686.

³² SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina*, p. 485.

³³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, p. 472 y 468.

del promitente, no es disposición testamentaria, sino supuesto de donación. En ese caso, la donación ya tiene efecto, solo que sometido a esa modalidad suspensiva de la muerte de la persona³⁴. Y agrega: “nada impide –ya que no lo prohíbe ese texto y, en todo caso, el art. 1802 admite toda condición posible y lícita– que la modalidad asuma la fisonomía jurídica de la condición suspensiva³⁵”.

La jurisprudencia en la materia es escasa. El caso más notorio derivó en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que anuló otro anterior de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. El superior tribunal ordenó dictar nuevo fallo, responsabilidad que recayó en la Sala D de la misma Cámara. En esta oportunidad, el doctor ALBERTO J. BUERES dijo: “Por mi parte, considero que si por regla general se pueden imponer condiciones posibles y lícitas cabe preguntar: ¿el hecho condicionante de la muerte es de suyo imposible o ilícito? Me parece que la respuesta debe ser negativa. Luego, mientras la atribución fluya del acto y no del hecho de la muerte, y no exista posibilidad de revocación por el donante (art. 1802), no parece de recibo el negar la validez de unas donaciones semejantes, que, en verdad, no son negocios *mortis causa*, sino actos *inter vivos in diem mortis dilati*. Y asimismo, *mutatis mutandi* no hay por qué dudar de la validez de una donación respecto de la cual la muerte prefija ‘el término’ de un plazo suspensivo ‘incierto’ [...]. Las promesas gratuitas *post mortem* versan sobre derechos modales (*condición suspensiva o plazo*), son irrevocables (el promitente no puede disponer de los bienes), y el beneficiario, si ve peligrar su derecho, puede solicitar medidas conservatorias, la caducidad del plazo –si cupiera– etcétera³⁶”.

También hemos hallado dos fallos de la Cámara Civil de la Capital Federal, ambos con votos del doctor SALVAT, quien dijo que “la validez legal de una donación de esta forma (a favor de la supérstite de seis hermanas), no puede en mi concepto ser controvertida, si se tiene en cuenta que ella encierra una ver-

³⁴ SPOTA, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, vol. VII, p. 249.

³⁵ SPOTA, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, vol. VII, p. 277.

³⁶ CNCiv, Sala D, 27/10/97, “Kodama, María c/Ferrari, Osvaldo A.”, LL, 1998-B-763, con nota de ANDORNO. El destacado es nuestro.

dadera donación, con desprendimiento actual e irrevocable de la propiedad por parte del donante, y con la única limitación de quedar subordinado el ejercicio del derecho al vencimiento del plazo incierto antes señalado” y que “el hecho de que ella (la donación) debiese hacerse efectiva a la muerte del donante, todo lo que haría sería subordinar su cumplimiento, no su existencia, al vencimiento de un plazo incierto”³⁷.

§ 4. *EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (LEY 26.994)*

La sanción de un nuevo Código que tratara esta materia ameritaba simplificar las normas. Correspondía eliminar claramente el vínculo entre la donación y la entrega actual de lo donado, lo que consideramos logrado. Correspondía también delimitar y asegurar el principio de la irrevocabilidad de las donaciones al solo arbitrio del donante (donar y retener no es válido) frente a la natural y absoluta revocabilidad de las disposiciones testamentarias en vida del disponente (art. 2511, Cód. Civil y Comercial). Entendemos que ese fue el propósito que no resulta, empero, de la normativa sancionada.

Llamativamente, no encontramos sancionada expresamente en el Código Civil y Comercial la regla que comentamos (“donar y retener no es válido”), aunque pudiéramos considerar que continúa vigente, lo que sería solo de manera muy poco clara y dispersa en su articulado. Veamos:

a) *¿EXIGE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL LA ENTREGA “ACTUAL” DE LO DONADO?* Según el art. 1542: “*Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y esta lo acepta*”, norma que se aplica a los demás actos jurídicos a título gratuito, según el art. 1543. Al señalar el primero que de la estipulación solo surge la obligación de transferir, es evidente que no exige la transferencia actual. Se corrige así la crítica que se formulaba al art. 1789 del Código derogado en cuanto utilizaba el verbo en tiempo presente: “*transfiera*”.

³⁷ CCiv2^a Capital Federal 22/8/1924, “Consejo Nac. de Educación c/Texto de Gómez y otros”, *JA*, XIII-794 y ss.; íd., 5/3/1924, “Pérez Alen de Padró y Pérez Alen”, *JA*, XIII-773. Las citas corresponden a p. 799 y 777, respectivamente.

Otros artículos (al igual que en el Código de VÉLEZ SÁRSFIELD) suponen la admisión del plazo para la obligación del donante de entregar la cosa; así, el art. 1552 exige forma determinada (escritura pública) para la donación de prestaciones periódicas o vitalicias, y el art. 1555 expresa que “*el donante debe entregar la cosa desde que ha sido constituido en mora*”.

No existe norma alguna que prohíba el plazo ni cierto ni incierto, entendido este último como aquel que necesariamente debe ocurrir, aunque no se conozca en qué momento.

Tampoco hay referencia en la normativa actual a que dicho plazo deba ser solo resolutorio, de donde se deduce que se admite también el plazo suspensivo, aún incierto.

Tampoco hallamos prohibición de que el plazo estipulado se vincule con la vida o muerte de determinada persona, incluido el donante.

De donde resulta que la regla “donar y retener no es válido” no se encuentra vigente en modo alguno en el Código vigente en su acepción primigenia, esto es, en la necesidad de la entrega “actual” de lo donado. Se acepta que la donación se someta a modalidades (plazo, condición, cargo) con las restricciones que analizaremos.

b) *¿EXISTE ALGUNA REFERENCIA A LAS DONACIONES “POST MORTEM”?*
Tal como señalamos *supra*, se entendía –en líneas generales– en el derecho clásico que las donaciones *post mortem* llevaban implícita la facultad del donante de arrepentirse, especialmente en los dos supuestos previstos en el art. 1803 del Código vlezano: la supervivencia del donante a un lance previsto y la supervivencia del donante al donatario (que se superponía con el derecho de reversión previsto en el art. 1841 y siguientes).

Más allá de la disputa doctrinaria a que dieron lugar esos artículos durante la vigencia del Código anterior, con buen criterio el nuevo legislador ha dejado de mencionar estos supuestos considerados ya anacrónicos. Solo reprodujo, en nuevos términos, en el art. 1566 el derecho de reversión como cláusula resolutoria condicional (la sobrevida del donante a “el donatario, o el donatario, su cónyuge y sus descendientes, o el donatario sin hijos”), pero sin referencia alguna a los viejos preceptos de donación *post mortem*.

c) ¿ES SUFICIENTE PARA CONSAGRAR EL PRINCIPIO “DONAR Y RETENER NO ES VÁLIDO” LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1546 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL? El art. 1546 dispone que “están prohibidas las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante”.

La norma, así planteada, resulta *insuficiente* para constituir la regla “donar y retener no es válido” en su sentido vinculado con la prohibición de la revocación de la donación al solo arbitrio del donante. Ella no incluye todas las demás condiciones que “dejare al donante el poder directo o indirecto de revocarla o modificarla” (art. 1212, inc. b, Cód. Civil de la República del Paraguay y sus fuentes)³⁸.

Se podría afirmar que el legislador no ha expresado el principio en estudio en el capítulo dedicado a las donaciones, quizá para no repetirlo, pues se halla ya expuesto en el art. 344 del Código de Hogar: “*Es nulo el acto [...] que depende exclusivamente de la voluntad del obligado*”. Sin embargo coincidimos en que “las especiales características de la donación [...] exceden lo previsto por el art. 344”³⁹.

Con relación a este último artículo, los autores coinciden en que ha sido un acierto del legislador incluir el tratamiento de las modalidades (plazo, condición y cargo) en un capítulo (7) dentro del Título IV, destinado a los hechos y actos jurídicos, apartándose del criterio de VÉLEZ SÁRSFIELD cuyo tratamiento se encontraba en la Sección Primera (“De las Obligaciones en General) del Libro Segundo⁴⁰.

³⁸ Por ejemplo, dono a fulano tal cosa, que entrego, pero me reservo a mi solo arbitrio la facultad de rescindir la donación en cuyo caso el donatario deberá restituirme lo donado.

³⁹ DI CASTELNUOVO, en CLUSELLAS (COORD.), *Código Civil y Comercial*, t. 5, p. 449 y 450.

⁴⁰ ARMELLA, en CLUSELLAS (COORD.), *Código Civil y Comercial*, t. 3, p. 343; TOBIAS, en ALTERINI, JORGE H. (DIR), *Código Civil y Comercial comentado*, t. I, p. 825; BENAVENTE, en HERRERA - CARAMELO - PICASSO (DIRS.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, p. 386. Durante la vigencia del Código de antaño: “estas modalidades no son exclusivas de las obligaciones sino que atañen a cualquier declaración de voluntad”. BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, p. 34. En igual sentido, LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, n° 1512, p. 338; CIFUENTES, *Negocio jurídico*, p. 333, nota 501: “La doctrina critica con razón la metodología del Código, que la regula en el art. 527 y ss., ya que las modalidades son elementos de todos los

Sin embargo, hay un detalle, a raíz del diferente lugar de tratamiento, al que nos parece que no se le ha prestado la debida atención. En efecto, el art. 542 del Código de antaño determinaba que “la obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto; [...]”; extremo que constituía una verdad de Perogrullo, toda vez que si digo “pagaré si quiero”, a nada me obligo. Por tanto, VÉLEZ SÁRSFIELD no sanciona directamente con nulidad, sino que se limita a declarar “es de ningún valor”, lo que invita a pensar que consideraba al acto inexistente⁴¹. Sin embargo, esa primera parte del artículo, que parece innecesaria, sostiene a continuación: “[...] pero si la condición hiciese depender la obligación de un hecho que puede o no ejecutar la persona obligada, la obligación es válida”.

El codificador de entonces explica en la nota que “la obligación es válida, cuando la condición potestativa se halla modificada por una circunstancia que le quite lo que pueda tener de puramente voluntario, de tal suerte que ella dependa, no de la sola voluntad del deudor, sino de un hecho que esté en su poder ejecutar” (condición mixta).

Al trasladar la cuestión de las modalidades del ámbito de las obligaciones al ámbito del acto jurídico, y al disponer en el nuevo art. 344 que “es nulo el acto [...] que depende exclusivamente de la voluntad del obligado”, parece afectar la posibilidad de la existencia en un contrato bilateral de la facultad de alguna de ellas de incluir una cláusula de rescisión unilateral prevista⁴².

actos o negocios jurídicos, y no solamente se relacionan con las obligaciones o de crédito, de manera que debió incluirse en el articulado de esta sección sobre hechos y actos jurídicos”.

⁴¹ Eludimos aquí entrar en la polémica doctrinaria acerca de la existencia o no de los actos jurídicos “inexistentes”. Ver LLAMBIÁS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, n° 1877, t. II, p. 542.

⁴² “La (rescisión) unilateral prevista supone que las partes han incluido en el contrato una cláusula que autoriza a cualquiera de ellas (o solo a alguna de entre ellas) a dejar sin efecto el contrato. Una situación de esta índole se presenta en aquellos casos en que se dice que un contrato de locación celebrado por tantos años, quedará automáticamente renovado por otros tantos, si cualquiera de las partes no manifiesta dentro de tal término su voluntad en contrario” (LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte general*. p. 359).

No creemos que esta sea una interpretación correcta, para lo cual recurrimos a la palabra “exclusivamente” incorporada a la norma en comentario. Prevista la facultad unilateral de rescisión en un contrato bilateral, por hipótesis el ejercicio de tal cláusula implica que su ejercicio no es absolutamente potestativo, pues al ejercerla el deudor no solo deja sin efecto su obligación sino también las obligaciones de otras partes de las que resulta acreedor. No sería así un contrato celebrado bajo condición potestativa sino mixta.

En cambio, en los actos jurídicos que generan obligaciones unilaterales como en la donación (más allá de que algunas donaciones generen obligaciones accesorias a favor del donante o de terceros: donaciones mutuas, con cargo, etc.), parece claro que el acto resultaría nulo por dejar su cumplimiento pendiente únicamente de la voluntad del obligado. En este punto la redacción del art. 344 resultaría eficaz para aplicar la regla “donar y retener no es válido.”

Por otro lado, según este art. 344 no corresponde distinguir para invalidar las condiciones puramente potestativas que ellas sean suspensivas o resolutorias⁴³. Esto último torna muy confuso lo dispuesto en el art. 1546 en análisis, pues esta norma refiere solamente a condiciones suspensivas vinculadas con la muerte del donante.

Ante las diferencias existentes entre el art. 344 y el art. 1546: ¿cuáles son entonces las condiciones potestativas prohibidas en materia de donaciones? Pareciera que debiera primar lo dispuesto en el art. 1546 por tratarse de una disposición específica de las donaciones. De allí resultaría, a contrario, que estarían permitidas en las donaciones las condiciones resolutorias puramente potestativas y, además, aquellas que no estén vinculadas con la muerte del donante, aun cuando fueren puramente potestativas.

Dentro de la letra de la ley, así interpretada, la regla “donar y retener no es válido” no alcanzaría a condiciones resolutorias ni a condiciones que no estuviesen vinculadas con la

⁴³ “La ausencia de distinción entre condiciones suspensivas o resolutorias permite entender que la solución del texto abarca a ambas (sobre todo debido a que el legislador no pudo ignorar la existencia de un anterior extendido criterio doctrinario que entendía que no abarcaba a las resolutorias)” TOBIAS, en ALTERINI, JORGE H. (dir), *Código Civil y Comercial comentado*, t. I, p. 841.

muerte del donante. Quedaría limitada solo a las condiciones suspensivas vinculadas con el fallecimiento del donante. Ello no constituye tampoco, en nuestra opinión, una interpretación valiosa.

Lo afirmamos porque no parece haber sido un postulado del legislador limitar de tal manera la regla que analizamos sino más bien una desprolijidad. Así resulta, a nuestro entender, del análisis de los antecedentes legislativos ya consignados.

Por otro lado, como el art. 344 del Cód. Civil y Comercial solo prohíbe las condiciones en donde el cumplimiento de la obligación depende exclusivamente de la voluntad del obligado, resulta que están permitidas las condiciones mixtas ("cumplido si viajo a Europa"). De allí resulta, al no existir norma específica en contrario en materia de donaciones, que este tipo de condiciones está permitido también en la materia que estudiamos.

d) *¿QUE SE ENTIENDE POR "EFECTOS" EN EL ARTÍCULO 1546 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL?* Cuando analizábamos el art. 1802 del Código vlezano explicábamos que la doctrina se hallaba dividida, precisamente en torno a la posibilidad de incluir condiciones "que le deje directa o indirectamente (al donante), el poder de revocarla, de neutralizar o de restringir sus efectos", palabra, esta última, que repite el actual art. 1546 y abre la puerta para la misma discusión precedente: ¿son o no efectos del contrato, pendiente la condición suspensiva, el derecho del acreedor de ejercer actos conservatorios, novar, transmitir el derecho a título singular o universal, etcétera?

En el análisis del objeto de los contratos, BORDA explica que "el comportamiento no es sino un medio para lograr el resultado querido"⁴⁴ y remite a la obra de HERNÁNDEZ GIL, para quien: "El objeto de la obligación es la prestación. Ahora bien, a la caracterización de esta cooperan dos factores. En la prestación figura un factor constante que es el comportamiento del deudor. El comportamiento con el que se forja el vínculo aparece también en el objeto"⁴⁵.

⁴⁴ BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, t. I, p. 10.

⁴⁵ HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, t. I, p. 99.

De allí que, en nuestra opinión, pendiente la condición suspensiva, cuando ella no es puramente potestativa, exige cierto comportamiento del deudor (p.ej., conservar la cosa), lo que implica generar "efectos". Como el art. 1546 del Cód. Civil y Comercial prohíbe solo sujetar la donación a una obligación suspensiva en la medida en que esa condición produzca la carencia de efectos al acto otorgado, entendemos, por tanto, que solo ha de ser aplicada dicha disposición cuando la obligación del donante se encuentra sujeta a una condición potestativa (en sentido estricto): "Cumpro si quiero".

Coincidimos con la doctrina expuesta por BOFFI BOGGERO para quien el acreedor sujeto a condición suspensiva "no carece de ciertas posibilidades legales que muestran, por ello mismo que tiene un derecho si no pleno, al menos un derecho indiscutido"⁴⁶. El nacimiento de ese derecho indiscutido es así un efecto de la donación sujeta a condición suspensiva, en concordancia también con la doctrina de SPOTA a la que hemos aludido precedentemente, y a la jurisprudencia mencionada con voto del doctor BUERES⁴⁷.

Adherimos entonces a la postura que sostiene que los efectos de una donación sujeta a condición suspensiva vinculada con la muerte del donante (en tanto y en cuanto el cumplimiento de la obligación no quede librado al arbitrio del donante) produce determinados efectos desde el momento de la celebración. De ello resulta la validez de tales actos.

§ 5. **POSIBLE APLICACIÓN DE LOS ANÁLISIS PRECEDENTES A LAS DONACIONES SUJETAS A DERECHO DE REVERSIÓN**

a) Según la interpretación que hemos formulado del art. 1546 del Código vigente, consideraríamos válido un acto jurídico por el cual se conviniera la donación de determinado bien sujeto a la condición suspensiva de la sobrevivencia del donante al donatario, en tanto y en cuanto del acto no resultase la facultad del donante de revocar la donación a su solo arbitrio y se obli-

⁴⁶ Ver BOFFI BOGGERO, voz "condición", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. III, p. 686.

⁴⁷ Ver BOFFI BOGGERO, voz "condición", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. III, p. 686.

gara, por tanto, a conservar lo donado hasta el cumplimiento o incumplimiento de la mencionada condición suspensiva⁴⁸.

Pendiente tal condición, si bien generaría efectos (como el derecho del donatario de ceder sus derechos o la obligación señalada del donante de conservar el bien), no generaría la existencia de un dominio imperfecto en cabeza del donatario cuya vigencia queda limitada por el art. 1965 del Cód. Civil y Comercial a solo diez años. Esta limitación se aplica solo al derecho real de dominio y no impide, por lo demás, la validez de una obligación sujeta a condición suspensiva o resolutoria que sujete el cumplimiento o incumplimiento de dicha obligación a hechos que puedan o no ocurrir pasado el plazo de diez años. La limitación no se aplica a las obligaciones personales.

Cumplida la condición suspensiva de que el donante fallezca antes que el donatario, aun cuando hubieren transcurrido más de diez años desde el otorgamiento del acto, el beneficiario de la donación tendría acción para exigir la transmisión del dominio y la entrega de la posesión de lo donado. Se obtendría así un resultado semejante al obtenido por el derecho de reversión pero sin la limitación del plazo de diez años de vigencia que este impone⁴⁹.

b) Existiría también la posibilidad de instrumentar la donación con derecho de reversión, de manera tal que la "imperfeción" del dominio caducara a los diez años de instrumentada la donación, pero con el agregado de que aun cuando el dominio se hubiese convertido en "perfecto" por el transcurso del tiempo, subsistiera a partir de allí el derecho personal del donante contra los herederos del donatario de obtener el valor de lo donado en caso de fallecimiento del donatario antes que el donante.

La caducidad del dominio imperfecto no tiene por qué implicar la inexistencia de una obligación condicional personal de la sucesión del donatario de restituir el valor de lo donado.

⁴⁸ No podría tampoco el donante reservar para sus herederos la facultad de revocar la donación luego del cumplimiento de la condición.

⁴⁹ No sería posible otorgar un poder con vigencia *post mortem* para el cumplimiento en los términos del art. 380, inc. b, del Cód. Civil y Comercial, pues esta norma solo admite la "subsistencia del poder. De otorgarse tal poder caeríamos dentro de la prohibición del art. 1330 (párr. 2°) del mismo Código: "El mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad".

Todo ello con la advertencia de que transcurridos los diez primeros años la obligación de restitución de lo donado al donante por los herederos del donatario fallecido constituiría solamente una obligación meramente personal. Podría ocurrir que al tiempo del reclamo del valor el donatario o sus herederos hubieran enajenado lo donado y encontrarse todos insolventes. O que, enajenado el dominio por el donatario, el acervo hereditario fuera nulo y los herederos no aceptasen la herencia o solo la aceptasen con beneficio de inventario.

§ 6. **CONSECTARIOS**

a) Consideramos desacertada la redacción dada al art. 1546 del Cód. Civil y Comercial; en primer lugar, porque remite, sin resolverla, a una vieja disputa doctrinaria acerca de cuándo se producen los efectos de una condición suspensiva.

b) En segundo lugar y en virtud de la importancia que tiene en nuestro sistema jurídico la regla "donar y retener no es válido" consideramos que, aun a riesgo de resultar superpuesta con la disposición del art. 344, dicho art. 1546 debería haber sido redactado de manera similar a la disposición vigente en el Código Civil del Paraguay: "La donación será nula si estuviese sujeta a condición suspensiva o resolutoria que dejare al donante el poder directo o indirecto de revocarla o modificarla", cuya fuente es el art. 944 del Código Napoleón. Atento a la evolución actual del derecho y a que las donaciones por causa de muerte del derecho clásico (revocables al solo arbitrio del donante) forman parte de la historia, ese solo precepto era necesario y hubiera sido suficientemente claro para introducir tan importante regla.

c) Si bien está sujeto a interpretación doctrinaria, afirmamos que las únicas donaciones sujetas a la condición suspensiva de la muerte del donante que el art. 1546 vigente anula son las puramente potestativas.

d) Nada prohíbe vincular la eficacia de la donación condicional a la muerte de otras personas (donatario o terceros), siempre que no sean puramente potestativas.

e) Nada prohíbe vincular el cumplimiento de la donación a plazos ciertos o inciertos, resolutorios o condicionales, y

vinculados o no con la muerte de alguna persona (incluido el donante)⁵⁰.

f) Ante los inconvenientes que genera la limitación de la vigencia del dominio imperfecto al plazo de diez años desde el otorgamiento del acto, corresponde el análisis de nuevas formas de instrumentación que garanticen la protección del donante frente al prefallecimiento del donatario.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO GARCÍA, MANUEL, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO - DÍEZ-PICASSO-PONCE DE LEÓN, LUIS - BERCOVITZ, RODRIGO - CODERCH, PABLO S. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia. Secretaría Legal y Técnica. Centro de Publicaciones, 1978.
- ARMELLA, CRISTINA N., en CLUSELLAS, EDUARDO G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 2015.
- ARMELLA, CRISTINA N. - LLORENS, LUIS R. - LAMBER, RUBÉN A., *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*, Bs. As., Ediciones Centro Norte, 1990.
- BARRAL VIÑALS, INMACULADA, *La reserva de la facultad de disponer en la donación (análisis del artículo 639 del Cc)*, Barcelona, Bosch, 1996.
- BENAVENTE, MARÍA I. en HERRERA, MARISA - CAMELO, GUSTAVO - PICASSO, SEBASTIÁN (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Bs. As., Infocus, 2015.
- BOFFI BOGGERO, LUIS M., voz "condición" en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. III, Bs. As., Editorial Bibliográfica Argentina, 1962.
- BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, Bs. As., Perrot, 1965.
- *Tratado de derecho civil argentino. Contratos*, 2ª ed. actualizada, Bs. As., Perrot, 1971.
- CARRAL, JOSÉ O. - FERRARI, EMA B. - JULIANO, ALBERTO F. - LLORENS, LUIS R. - SOLARI DEL VALLE, CLAUDIO A., *Hacia una revitalización de las donaciones*, "Revista Notarial", n° 827, 1976.
- *Sobre la naturaleza jurídica de la acción de reducción y las donaciones de inmuebles*, ED, 78-843.
- CIFUENTES, SANTOS, *Negocio jurídico*, Bs. As., Astrea, 2004.
- DI CASTELNUOVO, GASTÓN R., en CLUSELLAS, EDUARDO G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 2015.

⁵⁰ Con relación a la posibilidad de donar de manera irrevocable pero sujeta la entrega de la posesión al plazo suspensivo de la muerte del donante, ver DI CASTELNUOVO - LLORENS, *La donación con transmisión de dominio y entrega de posesión aplazadas*, p. 797 y siguientes.

- DI CASTELNUOVO, GASTÓN R. - LLORENS, LUIS R., *La donación con transmisión de dominio y entrega de posesión aplazadas*, "Revista Notarial", n° 978, p. 797 y siguientes.
- GUASTAVINO, ELÍAS P., *Pactos sobre herencias futuras*, Bs. As., Ediar, 1968.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Derecho de obligaciones*, Madrid. s/f.
- JOSSEAND, LUIS, *Derecho civil revisado y completado por André Brun*, trad. S. CHUNCHILLOS Y MANTEROLA, Bs. As., Ejea, 1950.
- LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Perrot, 1964.
- LLERENA, BALDOMERO, *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*, 3ª ed., Bs. As., Librería y Editora "La Facultad", 1931.
- LLORENS, LUIS R., *Contratos para ser ejecutados después de la muerte (Arts. 1790 y 1983 del Código Civil Argentino)*, "Revista Notarial", n° 918.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J., *Teoría de los contratos. Parte general*, 2ª ed., Bs. As., Víctor P. de Zavallía Editor, 1975.
- *Teoría de los contratos. Parte especial*, Bs. As., Víctor P. de Zavallía Editor, 1976.
- RIPERT, GEORGE - BOULANGER, JEAN, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, Bs. As., La Ley, 1965.
- SAVIGNY, FEDERICO CARLOS VON, *Sistema de derecho romano actual, libro segundo*, t. III, capítulo III, 2ª ed., trad. J. MASÍA y M. POLEY, Madrid, Centro Editorial de Góngora, s/f.
- *Traité de droit romain*, 2ª ed., Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, 1856.
- SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 4. Berlin, 1841, S. [III]. In: Deutsches Textarchiv, www.deutschestextarchiv.de/savigny_system04_1841/9>, abgerufen am 16.07.2019.
- SEGOVIA, LISANDRO, *El Código Civil de la República Argentina*, Bs. As., Pablo E. Coni Editor, 1881.
- SPOTA, ALBERTO G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Bs. As., Depalma, 1982.
- SUPIOT, ALAIN, *Homo juridicus: ensayo sobre la función antropológica del derecho*, 2ª ed., Bs. As., Siglo Veintiuno, 2012.
- TOBIAS, JOSÉ W., en ALTERINI, JORGE H. (dir), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegetico*, Bs. As., La Ley, 2016.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B., *Estudio sobre donaciones*, Madrid, Montecorvo, 1978.

USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y CRISIS MATRIMONIAL EN ESPAÑA: EL INTERÉS DEL MENOR COMO FUNDAMENTO CARDINAL

*Manuel García Mayo**

Sumario. § 1. Introducción. § 2. Fundamento de la medida. § 3. Criterios de atribución: especial atención al supuesto de existencia de hijos comunes menores de edad. § 4. La desprotección del menor o incapacitado por parte del Tribunal Supremo en sus últimos pronunciamientos. § 5. Conclusiones.

Resumen. La atribución del uso de la vivienda familiar se ha constituido en una de las medidas esenciales a adoptar tras la crisis matrimonial. Aunque esta medida está concebida con el fin de proteger al más débil de la familia, y especialmente a los hijos menores, lo cierto es que, en los últimos años, en algunos supuestos, por parte de los tribunales se viene atendiendo a una creciente protección del derecho de propiedad en detrimento de la protección de los hijos comunes menores de edad o incapacitados.

Palabras clave. Vivienda familiar. Crisis matrimonial. Interés del menor. Discapacitado.

* Doctor en Derecho (Universidad de Sevilla). Máster en Relaciones Jurídico Privadas. Especialista en Derecho de Familia y Sucesiones. Experto en procedimientos de Familia y Sucesiones. Acreditado como profesor ayudante doctor, por la Dirección de Evaluación y Acreditación de la Agencia Andaluza del Conocimiento. Profesor de Derecho Civil II y Derecho Civil III y Aspectos Jurídicos y Económicos de los Conflictos Familiares de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

USE OF FAMILY HOUSING AND MARRIAGE CRISIS IN SPAIN: THE INTEREST OF THE CHILD AS A CARDINAL BASIS

Abstract. The attribution of the use of the family home has become one of the essential measures to adopt after the marriage crisis. Although this measure is designed to protect the weakest of the family, and especially the minor children, the truth is that, in recent years, in some cases, the courts have been protecting the right to property to the detriment of the protection of common children under age or disabled.

Keywords. Family housing. Marital crisis. Child interest. Disabled.

§ 1. INTRODUCCIÓN

La protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad ha sido la tónica predominante en los diversos textos normativos que a ella se han referido, tanto a nivel nacional como internacional.

A nivel nacional, el art. 39 de la Constitución española (en adelante, CE) establece que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

En similares términos a los del art. 39 de la CE, no son pocos los instrumentos internacionales que ponen especial énfasis en la protección que ha de prestarse a la familia y que, en cierta medida, influyeron en nuestra Constitución. Podemos aludir, entre otros instrumentos¹, a la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, cuyo art. 16 se refiere al fomento de la

¹ Entre los instrumentos internacionales que se refieren a esa especial protección que se ha de dispensar a la familia no hemos de olvidar la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1946, en su res. 217 A (III) (art. 16.3) o los Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York [adoptados ambos en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la res. 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966].

protección social, jurídica y económica de la familia. O, más reciente, y ya posterior a la Constitución, cabe referir el art. 33.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, en virtud del cual: “Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social”.

Junto a la familia, nuestra Constitución también presta especial atención a la vivienda. Así, el primer párrafo del art. 47 de la CE establece el derecho de “todos los españoles” a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Entre las interpretaciones que se han realizado en torno a este derecho constitucional a la vivienda, cabe destacar la de GARCÍA CANTERO, quien, alejándose de la literalidad del precepto, sitúa como sujeto de tal derecho a los colectivos o núcleos familiares más que a sujetos individuales². Para OHERRANZ CASTILLO, más que el derecho a acceder a una vivienda, la tutela del art. 47 de la CE se proyecta con más intensidad en el derecho a permanecer en la vivienda que se disfrutaba³.

Uno y otro precepto se encuentran integrados en el Título Primero (“De los derechos y deberes fundamentales”), Capítulo III (“De los principios rectores de la política social y económica”) de la Constitución española. Como ya dijera PECES-BARBA, los derechos del referido capítulo son normas jurídicas destinadas a los poderes públicos que actúan como principios de organización, obligando al legislador y al resto de operadores jurídicos, que no podrán realizar ninguna actuación jurídica que los contradiga⁴. Corresponderá, pues, al legislador ordinario, la configuración y delimitación del ámbito específico de protección.

Los preceptos constitucionales referidos acaban influyendo en el derecho civil, que es en el que –en cierta medida– se desarrolla esa protección constitucional de la familia y, con ella,

² GARCÍA CANTERO, “Conexiones constitucionales entre propiedad, familia y vivienda”, en *El sistema económico en la Constitución española*, vol. I, p. 711.

³ OHERRANZ CASTILLO, *Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución*, “La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía”, nº 4, 2003.

⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, p. 369.

de la vivienda familiar, medio esencial para la subsistencia de aquella.

Esta protección de la vivienda familiar se contempla en el Código Civil español a través de un tratamiento autónomo de su titularidad y de un régimen jurídico protector de ella. El esquema común de los derechos dominiales, arrendaticios, etc., se ve parcialmente alterado cuando los referidos derechos recaen sobre una vivienda familiar.

El referido régimen de la vivienda familiar en el Código Civil se articula atendiendo a la situación de estabilidad [art. 1320 del Código Civil español (en adelante, CC) o crisis (art. 96, CC) del matrimonio]. Y, en cada una de esas situaciones, se atiende tanto a la relación entre ambos cónyuges como frente a terceros.

El párrafo primero del referido art. 1320 del CC establece que “para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial”.

El art. 96 del CC, por su parte, como desarrollaremos a lo largo de este trabajo, contempla la posibilidad de que, sobrevenida una crisis matrimonial, el uso de la que ha venido siendo vivienda familiar pueda ser atribuido a uno u otro cónyuge, y a los hijos en su caso, independientemente de cuál sea la titularidad de la referida vivienda. Es decir, la particularidad de este régimen jurídico consiste en la posibilidad de que el no titular, en defecto del que sí lo es, pueda continuar en el uso de la vivienda familiar.

Los tres primeros párrafos del art. 96 del CC contemplan los criterios de atribución –sobre los que volveremos más adelante–, mientras que el párrafo cuarto contempla una medida de protección del uso atribuido, similar –aunque no idéntica– a la contemplada en el art. 1320 del CC –ya referido–: “Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

Esta medida ha provocado no pocos conflictos debido, fundamentalmente, a su trascendencia económica, que la ha convertido en un caballo de batalla en las crisis matrimoniales. Téngase en cuenta que, al beneficio o perjuicio económico

que la referida atribución supone, respectivamente, para el que continúa en el uso de la vivienda y para el que tiene que abandonarla, se une que este último, pese a haber sido excluido del uso, en muchos casos su titularidad sobre la vivienda conllevará que haya de seguir haciendo frente al préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar.

Siendo, pues, evidente la trascendencia de esta protección de la vivienda familiar, no solo entre los cónyuges, sino incluso frente a terceros, cabe preguntarse cuál es el fundamento que justifica la existencia de este régimen jurídico especial al que nos venimos refiriendo.

§ 2. *FUNDAMENTO DE LA MEDIDA*

Partiendo de la referida protección de la familia y de la vivienda que contempla la Constitución española, la protección de la vivienda familiar durante la estabilidad matrimonial parece no generar dudas, máxime cuando, entre los derechos y deberes que el matrimonio genera, el art. 68 del CC establece que “los cónyuges están obligados a vivir juntos”. Por tanto, si queremos proteger la familia, necesariamente hemos de proteger el lugar donde tienen la obligación de vivir juntos.

Ahora bien, sobrevenida la crisis matrimonial, y admitida la demanda de separación, nulidad o divorcio, cesa la obligación de vivir juntos (art. 102.1º, CC). La familia queda dividida en dos: uno y otro cónyuge, así como los hijos que, en su caso, quedarán bajo la guarda y custodia de uno de ellos o de ambos. Ya no existe un grupo familiar –el cual ha quedado fragmentado–.

No obstante, como hemos adelantado, ese régimen jurídico especial de la que ha sido vivienda familiar se mantiene. Cabría, pues, preguntarse, cuál es ahora el fundamento de que se mantenga ese régimen jurídico particular frente al general en virtud del cual el uso le corresponde, en todo caso, al propietario o titular de otro tipo de derecho sobre el inmueble.

a) *LA NECESARIA PROTECCIÓN DEL MÁS DÉBIL.* Partamos de la base de que ha de existir, y existe, una unión indisoluble entre el derecho y la justicia (a la que ya se refiere la Constitución española en sus arts. 1 y 9): esta como final y aquel como me-

dio para lograrla. Se ha de delimitar positivamente el contenido de la justicia como idea de orden y equilibrio basados en la igualdad y en la proporcionalidad, criterios que han de concebirse de manera conjunta como igualdad proporcional: injusto es tanto tratar como desiguales a los iguales, como tratar como iguales a los desiguales. Es decir, ante situaciones de objetiva desigualdad, el derecho ha de ser desigual. Un derecho que quiera ser justo deberá partir del análisis de la realidad social (cfr. art. 3.1, CC), aspirando a la nivelación de las desigualdades, sirviendo como instrumento de promoción para los más desfavorecidos o débiles. Concebida así la justicia, en el derecho triunfa la razón sobre la fuerza.

La medida contemplada en el art. 96 del CC tiene un marcado carácter asistencial⁵ ante la situación de verdadero desamparo y necesidad a que se pueden ver abocados los hijos y cualquiera de los cónyuges tras la crisis matrimonial.

Así, roto el matrimonio, el derecho civil, inspirado por el principio de personalidad, ha de velar por proteger el interés del más débil. Es esto lo que justifica la existencia en el derecho civil de un régimen imperativo a fin de defender a los más desfavorecidos. Son, en definitiva, razones de justicia las que obligan a conceder el uso de la vivienda al más débil, pero ¿qué tipo de necesidad es la que ha de tenerse en cuenta a la hora de identificar al miembro de la familia más débil?

b) *UNA NECESIDAD HABITACIONAL DE TIPO PERSONAL O SOCIAL.* La necesidad que se pretende satisfacer con la atribución del uso de la vivienda familiar no es una necesidad de cualquier tipo, sino una necesidad de tipo habitacional. La necesidad habitacional se entiende que existe cuando, además de la vivienda familiar, no se dispone de ningún otro derecho en el patrimonio que permita el uso de una vivienda que reúna las condiciones necesarias para su utilización, siempre que esta situación de necesidad no haya sido provocada (buena fe del art. 7.1, CC).

⁵ Ese mismo carácter es defendido por autores como SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *Atribución del uso de la vivienda familiar*, AC, nº 3, 2006; TAMAYO CARMONA, *¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?*, "Revista de Derecho Civil Valenciano", nº 10, 2011, www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/10-segundo-semester-2011/item/93-patrimonializacion-del-derecho-de-uso-de-la-vivienda-familiar.

Hemos, incluso, de precisar aún más esa necesidad de tipo habitacional. En virtud del art. 3.1 del CC, las normas se han de interpretar atendiendo fundamentalmente al espíritu y su finalidad; uno y otra han de guiar, por tanto, al intérprete.

En este sentido, ¿por qué el precepto se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar, y no de otra cualquiera? Porque la finalidad del legislador, con esta norma, no es la de satisfacer una necesidad habitacional de tipo –al menos exclusivamente– económica. El legislador es consciente de la función de relación social tan sumamente importante que tiene la vivienda familiar⁶. Se trata, principalmente, de satisfacer una necesidad de tipo personal o social. La necesidad habrá de ir vinculada a la existencia de una serie de intereses que solo es posible satisfacerlos con la atribución de la vivienda que antes de la crisis matrimonial venía siendo la familiar, y no de otra. No es tanto un valor objetivo, como subjetivo.

De no entenderse así, ¿por qué ha de ser, necesariamente, la vivienda familiar la que se atribuya y no cualquier otra que poseyese el mismo titular? ¿Por qué limitar el derecho de propiedad del cónyuge titular, constitucionalmente reconocido, en lugar de sustituir tal medida por una cuantía económica destinada a un alquiler? Porque la necesidad –reiteramos– no es –o no habría de ser–, según está planteado el precepto, meramente de tipo económica.

Advertido lo anterior, ¿quién considera el Código Civil que es el miembro de la familia más débil atendiendo a esa necesidad habitacional de tipo personal o social?

§ 3. **CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN: ESPECIAL ATENCIÓN AL SUPUESTO DE EXISTENCIA DE HIJOS COMUNES MENORES DE EDAD**

Al igual que ocurre con la familia como ya vimos al comienzo de este trabajo, la protección de los menores de edad –de los niños– ha sido algo constante, no solo a nivel nacional, sino también a nivel internacional.

⁶ RAMS ALBESA, *Uso, habitación y vivienda familiar*, p. 99, apunta que, en las aglomeraciones urbanas, la vivienda familiar da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en sociedad.

Entre los diversos instrumentos internacionales que se han referido a la protección de los niños y a la necesidad de atender primordialmente su interés superior, cabe destacar: la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, que reconoce al niño las oportunidades y servicios necesarios “para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad” (principio II); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, que reconoce: “*Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna [...], a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*” (art. 24.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha; la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (art. 3.1); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 24); o, más recientemente, la Observación General nº 14 adoptada por el Comité de los Derechos del Niño el 29 de mayo de 2013.

A nivel nacional, cabe destacar el art. 39.4 de la CE, en virtud del cual: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, o el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, LOPJM).

Esta especial atención al interés superior del menor, se ve claramente reflejada en la atribución del uso de la vivienda familiar una vez acaecida la crisis matrimonial.

El art. 96 del CC, en sus tres primeros párrafos, contempla los criterios de atribución en virtud de los cuales se ha de determinar qué miembro de la familia es el más débil –el más necesitado de protección–, atendiendo a la necesidad que hemos concretado más arriba.

El párrafo tercero contempla el supuesto del matrimonio que no tiene descendencia o que, teniéndola, ha alcanzado ya la mayoría de edad, y establece, en tales casos, la posibilidad de atribuir el uso de la que ha venido siendo vivienda familiar al cónyuge cuyo interés resulte más necesitado de protección⁷.

⁷ Art. 96.III del CC: “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cón-

Los dos primeros párrafos, por su parte, hacen referencia a aquellos casos en los que sí existen hijos comunes menores de edad. Por ser estos los supuestos que a nosotros nos interesan en este trabajo, cabe diferenciar, llegados a este punto, en función de si, como consecuencia de la crisis matrimonial, la custodia de los hijos ha sido atribuida a uno o a ambos progenitores.

a) *CUSTODIA EXCLUSIVA DE LOS HIJOS*. El primer párrafo del art. 96 del CC se refiere al supuesto en el que se atribuye la custodia de los hijos comunes, con carácter exclusivo, a uno solo de los progenitores. Este será de aplicación cuando no exista acuerdo entre los cónyuges sobre la atribución del uso de la vivienda familiar o él no sea aprobado por el juez por ser dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90.2.I, CC)⁸: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”.

El art. 96.I del CC es, pues, una clara manifestación del principio de *favor filii*, reconocido constitucionalmente en el art. 39 de la CE y que ha de inspirar toda decisión sobre las medidas relativas al cuidado de los hijos en situaciones de crisis matrimonial o de pareja de hecho. La atribución se realiza en beneficio de los hijos y, *per relationem*, del cónyuge en cuya compañía y guarda quedan.

La necesidad de tipo social a la que nos hemos venido refiriendo vendrá determinada, fundamentalmente, por la protección y desarrollo de los hijos en el entorno en el que han venido viviendo⁹. Se suele hacer referencia, aquí, a la denominada

yuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

⁸ En el caso de que los cónyuges formalizasen el acuerdo ante el letrado de la Administración de Justicia o ante el notario, y estos considerasen que, a su juicio, pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente (art. 90.2.III, CC).

⁹ La preocupación por el entorno social del menor se contempla en la LOPJM, que considera principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores “su integración familiar y social” (art. 11.2.c), así como contempla que, en toda intervención, se procurará contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral.

como “teoría del apego”¹⁰. A la vista de que el menor aún no ha alcanzado la madurez y se están sentando las bases de su personalidad, resulta conveniente, para el interés de él, mantenerlo, tras la ruptura de sus padres, en la vivienda que venía ocupando y a la que le unen lazos de tipo social, escolar, afectivo, etcétera¹¹. Así se entiende también en la experiencia jurídica italiana, donde se considera que la atribución se ha de dirigir a la tutela de la personalidad de la prole, a fin de conseguir que el cambio de vida que les supone la crisis familiar sea menos dramático de lo que ya de por sí lo es¹².

Esta necesidad de proteger a los niños se encuentra unida a las obligaciones de los padres para con los hijos, de las cuales no se encuentran eximidos con motivo de la separación, la nulidad o el divorcio que haya sobrevenido (art. 92.1, CC). Concretamente, la justificación hemos de encontrarla en el deber de los padres de velar por los hijos (art. 154.1º, CC)¹³, que solo existe respecto de los hijos menores y no respecto a los mayores u otros parientes. Esta obligación tiene un contenido mucho más amplio que el deber de prestar alimentos, pudiendo formar parte de ella la evitación del perjuicio que supone para los hijos el cambio de domicilio y del entorno en el que han venido viviendo.

El tipo de necesidad que –según defendemos– inspira el art. 96 del CC es del que se ha de partir para rechazar que lo dispuesto en el art. 96.I sea aplicable a los hijos mayores de edad, aun siendo dependientes económicamente. Frente a aquellos autores que parten de la literalidad del precepto¹⁴, tanto la ju-

¹⁰ En este sentido se pronuncian, entre otros: LEGERÉN-MOLINA, *Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012, CCJC*, nº 92, 2013, p. 533; SALAZAR BORT, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, p. 100 y siguientes.

¹¹ En cambio, autores como ORDÁS ALONSO, *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, p. 128, consideran que se da excesiva importancia al entorno.

¹² FERRANDO, *Diritto di famiglia*, p. 214 y 219.

¹³ MARTÍN MELÉNDEZ, “Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo no titular y de su privación al titular en los casos de separación, divorcio y nulidad de matrimonio”, en GONZÁLEZ PORRAS - MÉNDEZ GONZÁLEZ (COORDS.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. II, p. 3106 y siguientes.

¹⁴ Vid., entre otros, CUENACASAS, “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en YZQUIERDO TOLSADA - CUENACASAS (DIRS.), *Tratado de derecho de familia*,

jurisprudencia como gran parte de la doctrina más reciente siguen una línea contraria a la inclusión de los hijos mayores de edad¹⁵. En la jurisprudencia, un antes y un después, a fin de aclarar este asunto, lo marcó la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 624/2011 de 5 de septiembre, que fija como doctrina jurisprudencial: “la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párr. 3º del art. 96 del CC”¹⁶, es decir, como si no hubiera hijos¹⁷.

b) *LA PRESUNCIÓN “IURIS TANTUM” DE QUE EL INTERÉS DEL MENOR ES EL MÁS NECESITADO DE PROTECCIÓN.* Especialmente criticado por la doctrina, y también por la jurisprudencia, ha sido el texto del art. 96 del CC, pues el tenor literal del párrafo primero parece contemplar un automatismo, de forma que, existiendo hijos menores, la atribución del uso de la vivienda familiar irá inexorablemente unida a la custodia exclusiva de los hijos: aquel progenitor al que se le atribuya la custodia de los menores, será al que se le atribuya el uso de la vivienda. La aplicación literal del art. 96.I del CC, con el automatismo referido, ha conllevado que en la jurisprudencia acontecieran no pocos supuestos de abuso, en los que esa atribución automática llevaba a resultados absurdos: el uso de la vivienda familiar le era atribuido al progenitor custodio, que era, a su vez, propietario de otras

p. 401; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, “La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia”, en CERVILLA GARZÓN - LASARTE ÁLVAREZ (coords.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, p. 759.

¹⁵ Vid., entre otros, RUBIO TORRANO, *El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar*, “Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal”, nº 8, 2011, p. 11 a 13; REYES GALLUR, *La vivienda familiar: adjudicación del uso*, “Revista de Derecho de Familia”, nº 59, 2013, p. 39.

¹⁶ En este sentido, vid., entre otras: SSTS 635/2016 de 25 de octubre, 636/2016 de 25 de octubre, 741/2016 de 21 de diciembre, 390/2017 de 20 de junio y 527/2017 de 27 de septiembre.

¹⁷ Esta cuestión parece haber sido ya solventada en el derecho foral a través de sus textos normativos: art. 81.2, Código de Derecho Foral de Aragón [en adelante, CDFa]; art. 233-20.2 del Código Civil catalán [en adelante, CCcat.] o art. 12.2 de la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores [en adelante, LVRF]. En el derecho extranjero, por su parte, el art. 285-1 del Código Civil francés (en adelante, CCfr.) conecta la atribución de la vivienda familiar con la custodia de los hijos.

viviendas incluso cercanas a la familiar, frente al cónyuge no custodio –propietario de la vivienda familiar– que por más necesitado que se encontrase, no resultaría ser beneficiario del uso.

Siendo cierta la necesaria reforma del art. 96 del CC para adaptarlo a las nuevas realidades sociales y familiares, mientras llega tal modificación, es posible acudir a los principios generales del derecho y a las posibilidades que nos ofrece la aplicación de las normas jurídicas.

Teniendo en consideración el tipo de necesidad al que nos hemos referido, ha de entenderse, de acuerdo con la doctrina mayoritaria actual¹⁸, que lo contemplado en el art. 96.I del CC es una presunción *iuris tantum* de que el interés más necesitado de protección es el de los hijos menores, así como de que el interés de los menores se satisface mediante la atribución del uso de la vivienda familiar. Existe, pues, una presunción, con la posibilidad de enervarla. Podrá probarse bien que el interés más necesitado de protección es el del cónyuge no custodio; bien que, atendiendo al fundamento y finalidad de la norma, no es necesaria la atribución del uso de la vivienda familiar para satisfacer el interés o necesidad del menor.

En relación con esto último, nótese que el interés del menor no solo está vinculado con la vivienda familiar, sino que es algo más amplio, por lo que, teniendo cubierta su necesidad habitacional por otro medio, nada obsta a que la protección de su interés se alcance en mayor medida atribuyendo la vivienda al no custodio si esto supone, por ejemplo, no hacer incurrir a este último en una situación económica tan deficiente que le impida afrontar el pago de una pensión alimenticia para el sustento del menor respecto del resto de conceptos que, más allá de la habitación, conforman los alimentos¹⁹.

¹⁸ En este sentido: HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en derecho común”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.) - GARCÍA MAYO (coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, p. 69; PINTO ANDRADE, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, p. 59 y 60; MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC)*, p. 147.

¹⁹ Sobre la amplitud del interés del menor, vid. la STS 426/2013 de 17 de junio.

Esta presunción *iuris tantum* a la que nos venimos refiriendo parece ser la línea seguida en los distintos derechos forales; así ocurre en Aragón (art. 81.2, CDFA), en Cataluña (art. 233-20.4, CCCCat) o en País Vasco (art. 12.3, LVRF).

También el derecho extranjero se separa de la atribución automática al cónyuge custodio. En el derecho italiano, el art. 337-sexies del Código Civil italiano (en adelante, CCit) establece que el juez atribuirá el uso de la casa familiar teniendo en cuenta prioritariamente el interés de los hijos. Para CARAPEZZAFIGLIA, de seguirse un automatismo en la atribución del uso de la vivienda al cónyuge custodio, ello devaluaría intereses jurídicamente relevantes –de rango constitucional–, de padres y terceros propietarios²⁰. En el caso de Francia (art. 285-1, CCfr) y Portugal [art. 1793, Código Civil portugués (en adelante, CCport)]²¹, se hace referencia a la necesidad de tener en consideración el interés de los hijos, pero sin que exista automatismo alguno en la atribución.

En cuanto al tratamiento del art. 96.I por la jurisprudencia española, el Tribunal Supremo ha venido considerando la imperatividad del citado precepto. En la STS 221/2011 de 1º de abril, referida a la posibilidad de limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, consideró como taxativa la regla del art. 96.I del CC, en el que se protege el interés del menor, declarando como doctrina jurisprudencial que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”. Doctrina esta –contraria a la limitación– que fue reiterada posteriormente; por un lado, para rehusar que, pese a la atribución del uso al custodio, ella se limitase temporalmente siendo los hijos aún menores de edad; por otro lado, para negar la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no custodio. Entre las resoluciones referidas a este último supuesto, cabe destacar la STS 257/2012 de 26 de abril: “la ley atribuye el

²⁰ CARAPEZZAFIGLIA, “Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un ‘ragionevole bilanciamento’ nel dialogo con la giurisprudenza”, en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, p. 120.

²¹ PEREIRA COELHO - DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, p. 756 y 757; SALTER CID, *A proteção da casa de morada de família no direito português*, p. 326 y siguientes.

uso de la vivienda a los hijos menores y al progenitor custodio cuando no exista acuerdo entre los cónyuges, como sucede en el presente”²².

No obstante, el criterio del Tribunal Supremo se ha venido relajando en los últimos años. Un antes y un después lo marcó la STS 671/2012 de 5 de noviembre, que contempla la existencia de dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo entre los cónyuges. Uno de ellos se refiere a que “el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor”.

El Tribunal Supremo, en esta sentencia, parece asumir que lo contemplado en el art. 96.I del CC es una presunción *iuris tantum* de que el interés más necesitado de protección es el del menor, reconociendo, así, la existencia de supuestos en los que se puede probar que los hijos no precisan de la vivienda familiar, encontrándose ya su necesidad habitacional suficientemente satisfecha. En estos casos, la que ha venido siendo vivienda familiar se atribuye al cónyuge no custodio, o incluso no se atribuye a ninguno.

La propia STS 671/2012 de 5 de noviembre, se refiere a un supuesto en el que la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, pudiendo, así, el padre, recuperar la vivienda y hacer frente a una superior prestación alimenticia.

En la STS 777/2013 de 3 de diciembre, se atribuye el uso de la vivienda a la madre, pues, pese a que no era la progenitora custodia, se encontraba en una situación precaria, mientras que el interés de los hijos se encontraba plenamente amparado en la vivienda arrendada por el padre con el que conviven. La STS 448/2015 de 15 de julio, tiene en consideración que el interés de los menores ya se encuentra satisfecho en otra vivienda, propiedad de la abuela materna, mientras que la vivienda que había venido siendo familiar era propiedad de la abuela paterna. Más recientemente, la STS 181/2018 de 4 de abril se ocupa de un supuesto en el que también la proge-

²² En este mismo sentido, vid.: SSTS 304/2012 de 21 de mayo, 193/2013 de 15 de marzo, 320/2014 de 16 de junio o 724/2016 de 5 de diciembre.

tora había adquirido una vivienda en la que podía convivir con su hija.

En definitiva, como dispone el art. 2.4 de la LOPJM, se han de priorizar las medidas que, respondiendo al interés superior del menor, respeten también los otros intereses legítimos presentes. Ahora bien, sea como fuere, lo cierto es que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. La protección del interés del menor está, pues, fuera de toda duda.

c) *CUSTODIA REPARTIDA O CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS*. El segundo párrafo del art. 96 del CC, por su parte, contempla el supuesto en que la custodia de los hijos es repartida –que no es compartida–: “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente”. Se ha de advertir que es un supuesto poco habitual en la práctica, pues el pretendido interés en que los hijos padezcan en la menor medida posible los efectos de la crisis matrimonial, conlleva que se procure evitar la separación de los hermanos (art. 95.5, CC *in fine*).

El precepto otorga un amplio margen de discrecionalidad al juez. Influirán, entre otros, factores referidos, en primer lugar, a los menores –tales como su edad, si alguno se encontrase incapacitado, etc.– y, en segundo lugar, a los propios progenitores –estado de salud, situación económica, posibilidad de ocupar una vivienda distinta por parte de uno y otro progenitor, etc.–, teniéndose en cuenta estos últimos condicionantes en la medida en que afecten a los intereses de los hijos.

Cabe apuntar que al art. 96.II del CC se acude, asimismo, por el Tribunal Supremo, para su aplicación analógica –aunque se trata, más bien, de una aplicación extensiva– en aquellos supuestos en los que existen hijos menores de diferentes relaciones²³.

La aplicación analógica del art. 96.II del CC ha sido también la solución más aceptada tanto por la doctrina²⁴ como por

²³ Es el caso contemplado en la STS 563/2017 de 17 de octubre o en la STS 79/2018 de 14 de febrero.

²⁴ Vid., entre otros, PANIZAFULLANA, *Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar*, “Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal”,

la jurisprudencia²⁵ –y prácticamente la única posible–, para los supuestos de custodia compartida, a los que no se refiere el art. 96 del CC de forma expresa.

El interés familiar más necesitado de protección no deja de ser el de los hijos: “no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres” (STS 593/2014 de 24 de octubre). Para ello se atenderá a razones de salud, económicas, de disposición de otra vivienda por los padres en la que poder convivir con los menores cuando los tengan en su compañía, etcétera²⁶.

§ 4. **LA DESPROTECCIÓN DEL MENOR O INCAPACITADO POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO EN SUS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS**

La propia letra del art. 96 del CC, así como la interpretación que de él han realizado los tribunales –según lo ya expuesto–, muestran la importancia que se le ha venido otorgado, en las crisis matrimoniales, a la protección del interés del menor por encima de cualquier otra cosa. Incluso el rechazo, más recientemente, al automatismo del art. 96.I del CC –que llegó a ser dominante–, sigue salvaguardando al menor, en tanto que se presume, *iuris tantum*, que su interés es el más necesitado de protección a fin de que resulte beneficiado con el uso de la vivienda familiar. El único límite a esta presunción, y a la consiguiente atribución del uso de la vivienda a los hijos, está constituido por aquellos supuestos en los que pudiera verse afectado un tercero, propietario de la vivienda y ajeno a la relación matrimonial; supuestos, estos, en los que, por razones de espacio, no podemos detenernos en este trabajo.

nº 10, 2015, p. 79 a 91; UREÑA CARAZO, *Vivienda familiar y custodia compartida*, “La Ley Derecho de Familia”, nº 6, 2015.

²⁵ Vid., entre otras, SSTS 183/2017 de 14 de marzo, 294/2017 de 12 de mayo, 513/2017 de 22 de septiembre, 517/2017 de 22 de septiembre, 7/2018 de 10 de enero, 95/2018 de 20 de febrero o 268/2018 de 9 de mayo..

²⁶ Esta parece ser la solución a la que se llega, para estos casos, en el derecho foral: art. 81.1 CDFA; art. 12.4 LVRF; o art. 233-20.3.a CCcat. Vid. LÓPEZ AZCONA, “La solución del derecho civil aragonés y de los restantes derechos civiles territoriales”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.) - GARCÍA MAYO (coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, p. 112 y siguientes.

Aun habiendo sido esa la tónica dominante desde la incorporación del art. 96 en el Cód. Civil, lo cierto es que en los últimos años venimos asistiendo, en cierta medida, a algunos pronunciamientos de la jurisprudencia que parecen olvidar cuál es el fundamento y el fin –la *ratio*– del art. 96 del CC: la protección del interés del miembro más débil de la familia y, en cualquier caso, la protección de los hijos comunes menores de edad.

Vamos a hacer referencia, concretamente, al tratamiento que recibe en la jurisprudencia el hijo mayor de edad discapacitado o incapacitado, así como al tratamiento que recibe el hijo menor de edad cuando el progenitor custodio y beneficiario de la vivienda comienza una convivencia marital con un tercero en la que fue vivienda familiar. En uno y otro caso consideramos que existe cierta desprotección a los más débiles.

a) *NO EQUIPARACIÓN DEL HIJO MAYOR DE EDAD INCAPACITADO AL MENOR DE EDAD.* Han sido varias las ocasiones en las que el Tribunal Supremo se ha referido, en resoluciones sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, a supuestos en los que existe un hijo, mayor de edad, discapacitado o incapacitado. Común denominador a todos estos supuestos es que el progenitor a cuyo cargo permanece este mayor de edad, a sabiendas del criterio seguido por el Tribunal Supremo, que excluye la consideración de los hijos mayores de edad a efectos de lo dispuesto en el art. 96.I del CC, centra el peso de su argumentación en la necesidad de equiparar el hijo mayor de edad discapacitado o incapacitado a los hijos menores de edad, para que así le sea de aplicación el primer párrafo del art. 96 del CC.

Si nos remontamos a la STS 325/2012 de 30 de mayo, ella trae causa de un supuesto en el que se había declarado judicialmente la incapacidad plena de uno de los hijos, mayor de edad, rehabilitándose la patria potestad de la madre. El Tribunal Supremo consideró que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, estando, así, incluidos en el art. 96.I del CC, que no distingue entre menores e incapacitados. Interpretación, esta, que el Tribunal consideraba avalada por la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas

con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1º de agosto, de adaptación normativa a la referida Convención.

Ahora bien, no ha sido esta la única sentencia dictada sobre el particular. Se ha de atender, asimismo, a la STS 31/2017 de 19 de enero, en la que la postura del Tribunal se distancia de forma notable de la mantenida en la sentencia anterior. En este caso, la esposa recurrente alega infracción del art. 96.I del CC y solicita que la atribución del uso lo sea con carácter indefinido atendiendo a que convive con una hija, mayor de edad, que padece de una esquizofrenia que le impide vivir sola y precisa de la ayuda de un tercero para su control. El Alto Tribunal desestimó el recurso considerando que, a diferencia del supuesto contemplado en la sentencia de 2012, ahora la discapacidad no había sido reconocida judicialmente, ni constaba en autos resolución administrativa de discapacidad. No obstante, no parece que tal distinción entre discapacidad e incapacidad sea el verdadero motivo por el que el Tribunal Supremo desestima el recurso.

Uno de los argumentos en los que realmente se apoya el Tribunal Supremo para rechazar la equiparación pretendida –entre hijo menor e hijo mayor discapacitado– es en el carácter temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar. El art. 96 del CC no configura el derecho de uso con carácter indefinido. En el caso de existencia de hijos comunes menores de edad, su especial protección va vinculada a la minoría de edad –según viene interpretando la jurisprudencia, pues nada dice el precepto–. En cambio, en el caso de que el uso se atribuya en virtud de la existencia de un hijo discapacitado –o con la capacidad judicialmente modificada–, precisamente por tener tal condición, difícilmente existirá un criterio de limitación temporal, pues tal discapacidad va a continuar, en principio, *sine die*²⁷: “Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 del CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que

²⁷ Entre quienes se oponen en la doctrina a tal equiparación, vid. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en derecho común”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.) - GARCÍA MAYO (COORD.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, p. 76.

este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad”.

Contrasta lo anterior con el tratamiento de la cuestión en Italia, donde se mantiene que, pese a la natural temporalidad del derecho atribuido, esta puede ser superada por razones particularmente graves, como la total invalidez del hijo mayor, que puede justificar una duración indefinida de la atribución²⁸.

El Alto Tribunal, en la referida sentencia de 19 de enero de 2017, acaba considerando que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor de edad con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor: “el interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial”.

El Tribunal Supremo, en cambio, sí reconoce la equiparación entre unos y otros en supuestos de prestación de alimentos, con el fin de que pueda superarse la condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario²⁹. Es, precisamente, esta equiparación a efectos de alimentos, lo que hace que no se entienda la postura del Tribunal Supremo respecto de la atribución del uso de la vivienda, pues, pese a haber asimilado en infinidad de ocasiones la atribución del uso de la vivienda a los alimentos, ahora defiende la equiparación del hijo mayor discapacitado al menor solo a efectos de alimentos, pero no del uso de la vivienda.

²⁸ Vid. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, p. 222. Vid., asimismo, Sentenze della Corte Suprema di Cassazione (en adelante, Cass.) de 19 de diciembre de 2001, nº 16.027.

²⁹ STS 372/2014 de 7 de julio, 547/2014 de 10 de octubre, 430/2015 de 17 de julio o 663/2016 de 14 de noviembre.

Nosotros, en cambio, consideramos que el fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar y el de los alimentos difieren. Como bien dice el Tribunal, una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta es que siempre haya de imponerse limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando haya otras formas de protección no discriminatorias. Alcanzada la mayoría de edad, las necesidades de vivienda y alojamiento que puedan tener los hijos, y que no puedan atenderlas por sí mismos, serán satisfechas mediante la obligación de alimentos de los progenitores³⁰. En este mismo sentido se pronuncia la STS 167/2017 de 8 de marzo –en la que el hijo sufre esquizofrenia, al igual que ocurría en la sentencia de 19 de enero de ese mismo año–, así como la STS 181/2018 de 4 de abril –en la que existe, incluso, una rehabilitación de la patria potestad en favor de la madre–.

Ahora bien, en el término medio está la virtud. Que nos opongamos a una equiparación, en todo caso, del hijo mayor de edad discapacitado o incapacitado al hijo menor de edad, no nos puede llevar tampoco a defender la postura adoptada por el Alto Tribunal en las últimas sentencias, en las que le resulta totalmente indiferente, a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar, el hecho de que existan hijos, mayores de edad, discapacitados e incluso incapacitados.

Nosotros consideramos necesario y justificado, en determinados casos, la referida equiparación. Será en aquellos supuestos en los que la situación de discapacidad o incapacidad hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, de forma que tal necesidad no fuera posible satisfacerla de otra manera³¹. Es decir, mantenemos, como venimos

³⁰ Vid., en tal sentido, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en derecho común”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.) - GARCÍA MAYO (coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, p. 78.

³¹ CABEZUELO ARENAS, “¿Un paso atrás en la protección de hijos mayores de edad discapacitados o con capacidad judicialmente modificada?”, en YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. IX, p. 250, quien considera que “también para los discapacitados puede resultar decisivo la preservación del espacio donde ha discurrido su existencia o la evitación de mudanzas o variaciones bruscas en su modo de vida”.

haciendo en este trabajo, una interpretación de la norma según su fundamento y finalidad: la protección del más débil, encontrándose su necesidad habitacional directamente vinculada con la que ha venido siendo la vivienda familiar. Habría que atenderse, pues, caso por caso³², a fin de valorar esa especial vinculación entre el hijo y la vivienda familiar.

En esta línea que venimos defendiendo se sitúa la nueva redacción del art. 96 del CC, propuesta por el reciente Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (en adelante, ALD)³³, aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 2018, y que salva, asimismo, el problema de la temporalidad apuntado más arriba, al disponer: “la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho”³⁴.

b) *EXTINCIÓN DEL USO ATRIBUIDO POR LA CONVIVENCIA “MORE UXORIO” DEL PROGENITOR CUSTODIO CON UNA TERCERA PERSONA.* El otro de los supuestos en los que –ya adelantamos– últimamente consideramos que se viene observando una cierta desprotección del menor tiene lugar cuando, tras la crisis matrimonial, el cónyuge que ha resultado beneficiario del uso de la vivienda familiar comienza una nueva relación sentimental y termina conviviendo maritalmente, con la nueva pareja, en la vivienda cuyo uso le había sido atribuido.

En estos casos, a los problemas económicos que puede acarrear la atribución del uso de la vivienda en el cónyuge que ha de salir de ella –que en muchos casos habrá de seguir in-

³² En este mismo sentido, vid. ORDÁS ALONSO, *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, p. 160 y 161.

³³ Vid. MAGARIÑOS BLANCO, *Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad*, “Revista de Derecho Civil”, nº 3, 2018, p. 220.

³⁴ Art. 96.I y II, según la redacción propuesta por el ALD: “Si entre los hijos hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren de medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación”.

cluso haciendo frente al préstamo hipotecario–, se une, en esta situación concreta, un factor de tipo sentimental. Ahora bien, jurídicamente, ¿puede constituir esta circunstancia, *per se*, una causa de extinción del derecho de uso atribuido?

Habiéndose atribuido el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (exart. 96.I, CC), cabe distinguir dos corrientes dentro de la doctrina y de la jurisprudencia.

Para una parte de la doctrina³⁵ y de la jurisprudencia menor³⁶, la convivencia marital del cónyuge beneficiario –y custodio– con un tercero en la vivienda familiar, no produce, por sí misma, una alteración sustancial de las circunstancias ni constituye, por tanto, causa de extinción del derecho.

En cambio, ha existido otro sector de la doctrina³⁷ y de la jurisprudencia menor³⁸ para el que la circunstancia referida sí conlleva la existencia de una alteración de las circunstancias que se tuvieron en consideración en el momento de la atribución del uso. Concretamente, consideran que, con tal circunstancia, se produce la pérdida del carácter familiar de la vivien-

³⁵ Vid. RODRÍGUEZ CHACÓN, *La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar*, “Revista de Derecho de Familia”, nº 2, 1999, p. 38; CERVILLA GARZÓN, *Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge*, “Revista Jurídica de la Región de Murcia”, nº 34, 2003, p. 23.

³⁶ Vid., entre otras: Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Vizcaya 748/2010 de 5 de octubre; SAP de Granada 527/2010 de 17 de diciembre; SAP de Granada 145/2012 de 30 de marzo; SAP de Málaga 193/2017 de 27 de febrero; SAP de Madrid 325/2017 de 10 de julio.

³⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de familia y de la persona*, t. VI, p. 448; MOLL DE ALBA LACUVE, “Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar en el Código Civil catalán y reforma del art. 96 CC”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.) - GARCÍA MAYO (coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, p. 206; ORDÁS ALONSO, *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, p. 546 y 549, así como *El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. un halo de esperanza*, “Diario La Ley”, nº 9332, 2019.

³⁸ Vid., entre otras, SAP de Almería 59/2007 de 19 de marzo; SAP de Málaga 456/2010 de 21 de septiembre; o SAP de Valladolid 217/2012 de 18 de mayo. En otras ocasiones, se fija un breve plazo para su extinción: SAP de Valencia 546/2012 de 18 de julio; SAP de Málaga 215/2016 de 31 de marzo; o SAP de Valladolid 20/2018 de 15 de enero.

da, conllevando, esto último, la extinción del derecho de uso atribuido.

Si bien la última de las posturas anteriormente referidas –partidaria de la extinción del derecho de uso atribuido– no venía siendo la mayoritaria, ha sido la adoptada en fecha muy reciente por el Tribunal Supremo en Pleno, en la STS 641/2018 de 20 de noviembre, primera ocasión en la que el Alto Tribunal se ha pronunciado respecto de esta cuestión, declarando extinguido el derecho de uso, por el referido motivo, en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

El Tribunal, en la fundamentación jurídica de la sentencia, recurre a la STS 671/2012 de 5 de noviembre que, refiriéndose al art. 96 del CC, dice que uno de los factores que elimina el rigor de la norma contemplada en el referido precepto es el carácter no familiar de la vivienda.

Partiendo de lo anterior, el Alto Tribunal, en la sentencia de 20 de noviembre de 2018, afirma: “La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza ‘por servir en su caso a una familia distinta y diferente’”, así como que “no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial”.

Nosotros, en contraposición a lo mantenido por la citada STS de 20 de noviembre de 2018, hemos de posicionarnos junto con aquella otra parte de la doctrina y de la jurisprudencia menor –ya citada–, para la que la convivencia marital del cónyuge beneficiario –y custodio– con un tercero en la vivienda familiar, no constituye, *per se*, una causa de extinción automática del derecho. No consideramos que exista fundamento jurídico suficiente para defender la pérdida del carácter familiar de la vivienda en el supuesto al que nos venimos refiriendo.

Ante el silencio del art. 96 del CC en lo que a causas de extinción del uso atribuido se refiere, se ha de acudir al fundamento, a la finalidad, de la medida contemplada en el art. 96.I del CC. Según lo ya desarrollado en este trabajo, el fin no es otro que la protección de los hijos comunes menores de edad, satisfaciendo una necesidad habitacional de tipo social o personal, razón por la cual el art. 96 del CC se sigue refiriendo a la vivienda familiar aun después de sobrevenida la ruptura

matrimonial; extiende, así, el régimen jurídico de protección de la vivienda familiar incluso una vez rota la familia. Precisamente por ello, mientras siga existiendo la necesidad que motivó la atribución, el hecho al que ahora se alude –la convivencia marital– no es motivo suficiente para cesar en esa protección.

Los únicos supuestos, hasta ahora, en los que el Tribunal Supremo ha considerado la extinción del derecho de uso atribuido por pérdida del carácter familiar de la vivienda, ha sido cuando los beneficiarios del uso abandonan el inmueble por encontrarse sus necesidades satisfechas por otros medios³⁹. En estos casos sí se encuentra fundamentado tal cese del régimen jurídico de la vivienda familiar, pues la necesidad ha cesado y el inmueble ha dejado de cumplir tal función, algo que no ocurre en el supuesto del que ahora nos ocupamos.

No podemos, así, compartir el criterio del Tribunal cuando, en la reiterada sentencia de 20 de noviembre de 2018, considera que el domicilio familiar “dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial”. Nótese que, aun siendo titular del derecho atribuido el cónyuge custodio, el uso se le atribuyó *per relationem*, por quedar bajo su custodia los hijos menores, cuyo interés es considerado el más necesitado de protección. Interés cuya protección, como anticipamos, está suficientemente justificada y que consistirá, a grandes rasgos, en la satisfacción de sus necesidades habitacionales, manteniéndolos en el mismo entorno en el que se han desarrollado.

La mera convivencia marital a la que nos venimos refiriendo no modifica, altera, ni hace desaparecer, en modo alguno, el interés –la necesidad– que motivó la atribución. Tales necesidades son independientes y completamente ajenas a las circunstancias sentimentales del progenitor custodio y a la decisión de este de compartir, o no, la vivienda familiar con su nueva pareja. Dichas necesidades habitacionales de los hijos subsisten plenamente; continúan siendo idénticas a las del momento en que se atribuyó el uso.

³⁹ Es el caso de las siguientes sentencias: STS 726/2013 de 19 de noviembre; STS 284/2016 de 3 de mayo; STS 524/2017 de 27 de septiembre, o, más recientemente, la STS 646/2017 de 27 de noviembre.

También subsiste el fundamento de aquella limitación del derecho de propiedad de uno o ambos padres: la obligación de los padres de velar por los hijos. Obligación que, al igual que no cesa a causa de la ruptura matrimonial de los progenitores, tampoco lo hace porque el cónyuge custodio conviva maritalmente con un tercero. No puede defenderse que ahora la vivienda haya pasado a servir a una familia nueva y distinta; sigue sirviendo, fundamentalmente, a los menores, que no han dejado de ser hijos –ni por tanto familia– del titular de la vivienda.

Llega a afirmar, incluso, el Tribunal Supremo en la fundamentación jurídica de la reiterada STS 641/2018 de 20 de noviembre que “No se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente, lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio”. Frente a ello, compartimos lo afirmado por la SAP de Madrid 217/2011 de 5 de mayo, en tanto que la presencia del tercero no le ocasiona al propietario de la vivienda ningún daño –adicional–. El perjuicio económico proviene directamente de la prevalencia que el legislador ha otorgado al interés de los menores, y no del comportamiento de la demandante.

Mientras el interés de los menores siga siendo el más necesitado de protección, y la forma de protegerlo sea mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, a ello habrá de atenderse, independientemente de las relaciones que el cónyuge custodio pueda tener con un tercero. De no considerarse así, el interés de los menores quedaría desprotegido, dependiendo del éxito o fracaso de las relaciones de pareja del progenitor custodio.

Si aceptamos lo que acabamos de defender, la única posibilidad de extinguir el uso atribuido sería a través de un procedimiento de modificación de medidas en el caso de que se entendiese producida una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en consideración en el momento de la atribución. Piénsese en el supuesto de que, habiendo rehecho su vida el progenitor custodio, la situación del excluido del uso sea tan sumamente precaria que el interés de los hijos, atendiendo a las nuevas circunstancias, haya dejado de ser el más necesitado de protección.

A lo que nos oponemos es, pues, a que la mera convivencia marital con un tercero haya de suponer necesariamente una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para la atribución, así como a que ello conlleve, de forma automática, la extinción del derecho de uso atribuido, como parece entender el Tribunal Supremo.

Más allá de la postura aquí mantenida por nosotros, cuestión distinta sería que el Código contemplase la referida convivencia marital con un tercero como causa de extinción. Así ocurre, por ejemplo, en Italia. El art. 337-sexies del Cód. Civil italiano, a diferencia del art. 96 del Cód. Civil español, sí contempla expresamente la extinción del derecho de uso cuando el beneficiario conviva *more uxorio* o contraiga nuevo matrimonio.

Ahora bien, pese a tal previsión, la Corte Constitucional (vid. Corte Cost., 30 de julio de 2008, nº 308) no considera la extinción automática, sino que la subordina a un juicio de conformidad al interés de los hijos. Cualquier automatismo en esta materia –considera– significaría descuidar el interés de los niños que la norma eleva a un parámetro fundamental y prioritario de referencia⁴⁰.

En la doctrina, POMODORO, GIANNINO y AVALLONE señalan que el párrafo tiene un evidente carácter punitivo para el progenitor y acaban cuestionándose la propia constitucionalidad de la norma, en tanto que hace recaer sobre un sujeto –el hijo–, cuyo interés se ha tomado en consideración, las consecuencias de acciones realizadas por tercero –el progenitor–⁴¹.

§ 5. CONCLUSIONES

El fin –la *ratio*– de la medida contemplada en el art. 96 del CC y en virtud de la cual el uso de la vivienda familiar puede ser atribuido, una vez sobrevenida la crisis matrimonial, al cónyuge no propietario, no es otro que la protección del miembro

⁴⁰ Vid. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, p. 182. Vid., asimismo: Cass. de 8 de mayo de 2013, núm. 10719; Cass. de 15 de julio de 2014, nº 16171; o Cass. de 14 de julio de 2015, nº 14727. Vid., en tal sentido, FERRANDO, *Diritto di famiglia*, p. 222.

⁴¹ POMODORO - GIANNINO - AVALLONE, *Manuale di diritto di famiglia e dei minori*, p. 174.

bro de la familia más débil. El propio precepto presume que el interés más necesitado de protección, salvo prueba en contrario, es el de los hijos comunes menores de edad, en caso de haberlos, lo cual determina la atribución del uso de la vivienda al cónyuge custodio.

No obstante, los supuestos que se pueden presentar en torno a la vivienda familiar una vez acaecida la crisis matrimonial pueden ser muy diversos, sin que el precepto cuente ni tenga por qué hacerlo, con respuesta para todos ellos. Entra, así, en juego, la interpretación de la norma por parte de los tribunales, que habrán de atender a cada caso concreto. Y lo cierto es que, en algunos casos, a la hora de proteger el derecho a permanecer en la vivienda del más débil frente al derecho de propiedad que ostenta el titular del inmueble, la postura más reciente de nuestros tribunales dista bastante de la mantenida por los tribunales de otros países con una medida similar a la nuestra, como es el caso de Italia, donde la protección del más débil se ve más reforzada que en España.

Así, frente a la postura del Tribunal Supremo español que, partiendo de la temporalidad del uso de la vivienda familiar atribuido, rechaza la equiparación del hijo mayor discapacitado o incapacitado al hijo menor de edad a tales efectos, en Italia, se viene considerando que, pese a tal temporalidad, esta puede ser superada por razones particularmente graves, como la total invalidez del hijo mayor, que puede justificar una duración indefinida de la atribución.

Por otro lado, frente a la postura del Alto Tribunal español, que considera causa de extinción del derecho de uso atribuido la convivencia marital del progenitor custodio con un tercero en la vivienda familiar, en Italia, pese a que el propio Código Civil contempla tal circunstancia de forma expresa como causa de extinción, la Corte Constitucional subordina la referida extinción a un juicio de conformidad al interés de los hijos.

Así, pues, aun teniendo el art. 96 del CC su razón de ser en la protección del miembro de la familia más débil y, en cualquier caso, en la protección de los hijos comunes menores de edad, la interpretación que del mismo se viene realizando parece alejarse cada vez más del fundamento y de la finalidad de la norma, contrastando, así, con la interpretación, más protectora, que tiene lugar en Italia. Sirva, pues, tal comparativa como reflexión.

BIBLIOGRAFÍA

- CABEZUELO ARENAS, ANA L., “¿Un paso atrás en la protección de hijos mayores de edad discapacitados o con capacidad judicialmente modificada? Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2017”, en YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. IX (2017), Madrid, Dykinson, 2018.
- CARAPEZZAFIGLIA, GABRIELE, “Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un ‘ragionevole bilanciamento’ nel dialogo con la giurisprudenza”, en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- CERVILLA GARZÓN, MARÍA D., *Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge*, “Revista Jurídica de la Región de Murcia”, nº 34, 2003, p. 13 a 52.
- CUENA CASAS, MATILDE, “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO - CUENA CASAS, MATILDE (dirs.), *Tratado de derecho de familia*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017.
- ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, PPU, 1992.
- FERRANDO, GILDA, *Diritto di famiglia*, Bologna, Zanichelli, 2013.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL, “Conexiones constitucionales entre propiedad, familia y vivienda”, en *El sistema económico en la Constitución española*, vol. I, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, CARMEN, “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en derecho común”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO (dir.) - GARCÍA MAYO, MANUEL (coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid, Reus, 2017.
- HERRANZ CASTILLO, RAFAEL, *Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución*, “La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía”, nº 4, 2003, p. 1506 a 1513.
- LEGERÉN MOLINA, ANTONIO, *Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012*, CCJC, nº 92, 2013, p. 525 a 544.
- LÓPEZ AZCONA, AURORA, “La solución del derecho civil aragonés y de los restantes derechos civiles territoriales”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO (dir.) - GARCÍA MAYO, MANUEL (coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid, Reus, 2017.
- MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO, *Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad*, “Revista de Derecho Civil”, nº 3, 2018.
- MARTÍN MELÉNDEZ, MARÍA T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC): teoría y práctica jurisprudencial*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2005.
- “Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo no titular y de su privación al titular en los casos de separación, divorcio y nulidad de matrimonio”, en GONZÁLEZ PORRAS, JOSÉ M. - MÉNDEZ GONZÁLEZ,

- FERNANDO (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. II, [s.l.], CRPME, 2004.
- MOLL DE ALBA LACUVE, CHANTAL, “Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar en el Código Civil catalán y reforma del art. 96 CC”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO (dir.) - GARCÍA MAYO, MANUEL (coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid, Reus, 2017.
- ORDÁS ALONSO, MARTA, *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Madrid, WoltersKluwer, 2018.
- *El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. un halo de esperanza*, “Diario La Ley”, nº 9332, 2019.
- PANIZAFULLANA, ANTONIA, *Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar*, “Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal”, nº 10, 2015, p. 79 a 91.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Madrid, coedición Universidad Carlos III de Madrid y BOE, 1995.
- PEREIRA COELHO, FRANCISCO - DE OLIVEIRA, GUILLHERME, *Curso de Direito da Família*, vol. I, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.
- PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL, *La atribución del uso de la vivienda familiar: aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, Barcelona, Bosch, 2011.
- POMODORO, LIVIA - GIANNINO, PAOLO - AVALLONE, PIERO, *Manuale di diritto di famiglia e dei minori*, Torino, UTET, 2009.
- RAMS ALBESA, JOAQUÍN J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, Tecnos, 1987.
- REYES GALLUR, JUAN J., *La vivienda familiar: adjudicación del uso. Terceros y liquidación: perspectiva jurisprudencial*, “Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación”, nº 59, 2013, p. 25 a 54.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, RAFAEL, *La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar*, “Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación”, nº 2, 1999, p. 21 a 66.
- RUBIO TORRANO, ENRIQUE, *El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar*, “Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal”, nº 8, 2011, p. 11 a 13.
- SALAZAR BORT, SANTIAGO, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- SALTER CID, NUNO, *A proteção da casa de morada de família no direito português*, Coimbra, Almedina, 1996.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, BLANCA, *Atribución del uso de la vivienda familiar*, en AC, nº 3, 2006, p. 343 a 364.
- “La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia”, en CERVILLA GARZÓN, MARÍA D. - LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS (coords.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

- SESTA, MICHELE, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, CEDAM, 2009.
- TAMAYO CARMONA, JUAN A., ¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?, “Revista de Derecho Civil Valenciano”, nº 10, 2011, www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/10-segundo-semester-2011/item/93-patrimonializacion-del-derecho-de-uso-de-la-vivienda-familiar
- UREÑA CARAZO, BELÉN, *Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)*, “La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores”, nº 6, 2015, p. 7 a 24.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, *Derecho de familia y de la persona*, Barcelona, Bosch, 2007.

LEGISLACIÓN

PROYECTO DE LEY 3694/18

**RÉGIMEN DEL CONTRATO DE SERVICIOS
RESIDENCIALES GERONTOLÓGICOS***

TÍTULO I

CONTRATO DE SERVICIOS
RESIDENCIALES GERONTOLÓGICOS

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º Definición. – Hay contrato de servicios residenciales gerontológicos cuando un prestador se obliga a proveer servicios sociosanitarios integrales e interdisciplinarios a una persona mayor, en los términos establecidos por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

El contrato es de carácter oneroso, salvo que las partes lo establezcan a título gratuito o pueda presumirse la intención de beneficiar a la persona mayor.

Art. 2º Criterios de interpretación. – Las normas que rigen la celebración, ejecución y extinción del contrato se aplican e interpretan de acuerdo con los principios de dignidad, autonomía, buen trato, atención preferencial, respeto por las liberta-

* Este Proyecto (PL expte. 3694/18) fue presentado por los senadores nacionales Norma Durango y Mario Raimundo Fiat. Se encuentra, al cierre de esta edición, en la Comisión de Legislación Nacional.

des fundamentales y enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor contratante, conforme a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

En caso de duda, prevalece la interpretación más favorable a la persona mayor contratante.

Art. 3° Modalidades. – El prestador puede dar alojamiento diurno en calidad de centro de día u hospedaje de larga estadía. Las autoridades locales podrán autorizar otras prestaciones, siempre que amplíen los servicios previstos en este título.

En las residencias de larga estadía, la persona mayor contratante puede acordar establecerse allí de manera temporal o permanente. En este último caso, se presume que la persona mayor contratante tiene su domicilio en el establecimiento.

Art. 4° Forma. – El contrato de servicios residenciales gerontológicos debe ser hecho por escrito en igual cantidad de ejemplares que partes contratantes hubiere. Ante la ausencia de contrato escrito, cualquiera de las partes podrá exigir a las otras la firma y entrega del contrato. En caso de negativa injustificada, se podrá requerir su suscripción judicial, sin perjuicio de los daños que la negativa ocasione.

Si la fianza prevista en el art. 18 de esta ley es negada judicialmente, solo podrá probarse mediante la presentación del contrato escrito, sin admitirse otro medio de prueba.

La representación de la persona mayor contratante a los fines de la suscripción del contrato de servicios residenciales gerontológicos requerirá poder expreso en instrumento separado.

Art. 5° Prestadores. – Cualquier persona puede ser prestadora de servicios residenciales gerontológicos.

Cuando el prestador es una persona de derecho público, la relación se rige por normas de derecho público solo respecto de lo no previsto en esta ley.

Art. 6° Prohibiciones. – En ningún caso pueden ofrecer o prestar servicios residenciales gerontológicos quienes:

a) No acrediten el cumplimiento de las disposiciones de esta ley, ni de la normativa local que regule la actividad en el ámbito en que se encuentre el establecimiento.

b) No cuenten con responsable profesional que tenga título universitario habilitante y formación gerontológica.

c) No garanticen prestaciones profesionales gerontológicas integrales e interdisciplinarias conforme lo establecido por esta ley.

d) No contraten un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo con lo que fije la autoridad en materia aseguradora.

CAPÍTULO II

REQUISITOS DE CONTRATACIÓN

Art. 7° Información y consentimiento. – La persona mayor contratante debe recibir información previa adecuada, clara y oportuna, que resulte accesible sobre bases no discriminatorias, y comprensible de acuerdo con su identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación. En el caso de necesitar apoyo, asistencia o representación, se le debe proveer por vía judicial o extrajudicial.

Respecto de las prestaciones sanitarias o de las que puedan incidir en la salud de la persona mayor, el consentimiento informado es un elemento esencial y debe constituirse conforme a las disposiciones de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, el Código Civil y Comercial y la legislación especial sobre derechos de los pacientes y salud mental, bajo pena de nulidad absoluta del contrato.

En los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida de la persona mayor y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado, se podrán aplicar las excepciones establecidas de conformidad con la legislación vigente.

Art. 8° Actos de autoprotección. – En el momento de la celebración del contrato, el prestador debe requerir a la persona mayor contratante un acto de autoprotección o un mandato o poder preventivo en el cual queden establecidas sus directivas anticipadas en materias autorreferentes patrimoniales o extrapatrimoniales, y la designación de una o más personas que la asistan o representen ante la eventual pérdida de su discernimiento. Estos actos se rigen conforme a los alcances y previsiones del Código Civil y Comercial.

Art. 9° Requisitos formales de los actos de autoprotección. – Sin perjuicio de los requisitos de todo acto jurídico, regirán las siguientes disposiciones:

a) *Contenido del acto.* Las disposiciones pueden versar sobre materias autorreferentes atinentes a la salud del otorgante, a su cuidado personal, a su lugar de referencia, a sus bienes y a la designación del propio apoyo o curador. Asimismo, la persona mayor puede designar a una o más personas para que la representen cuando sea necesario y lleven a cabo los actos que requieran el cumplimiento de la voluntad expresada.

b) *Nulidad.* Son nulas las representaciones conferidas por la persona mayor contratante a los integrantes, dependientes o responsables del establecimiento. La indicación expresa en este sentido se tendrá por no escrita.

También son nulas las disposiciones que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas en los términos de la legislación vigente, afecten derechos de terceros o sean contrarias al ordenamiento jurídico.

c) *Forma.* El acto de autoprotección debe ser otorgado por escrito y con la presencia de dos testigos ante autoridad judicial competente o por escritura pública.

d) *Revocación y modificaciones.* El acto de autoprotección y el mandato preventivo pueden ser libremente modificados y revocados por quien lo otorgó. Sin perjuicio de ello, el prestador deberá instar a la persona mayor a revisarlo anualmente, salvo que pacte una frecuencia mayor o las partes establezcan una frecuencia de tiempo menor. Las disposiciones anticipadas y la designaciones previstas en calidad de asistencia o representación podrán ser modificadas y revocadas por el otorgante sin restricciones, cualquiera sea la forma con la que se haya celebrado el acto.

Art. 10. Intervención judicial. – En caso de duda acerca de la competencia para la comprensión o toma de decisiones de la persona mayor contratante, la prestadora debe comunicar esta circunstancia a todas las personas designadas en el acto de autoprotección o notificar a la autoridad judicial competente.

En ningún caso una persona mayor puede ser forzada a utilizar servicios residenciales gerontológicos, salvo orden de

autoridad judicial competente o situaciones de salud de extrema gravedad.

Las internaciones involuntarias se rigen por el capítulo VII de la ley 26.657, de salud mental. El establecimiento debe notificar a la autoridad judicial y al órgano de revisión competente dentro de las diez horas de producida la internación y procederse conforme a lo previsto por el art. 21 de la ley de salud mental.

La persona mayor internada involuntariamente, o su representante, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera dentro de las 48 horas de la internación, el Estado debe proporcionárselo. El defensor podrá oponerse a la medida y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control permanente de las actuaciones, conforme a lo previsto por el art. 22 de la ley de salud mental.

CAPÍTULO III

PRESTACIONES

Art. 11. Objetivos. – Las prestaciones tienen por fin garantizar la calidad de vida de las personas mayores contratantes, promover su inclusión y participación familiar y social y la optimización de su bienestar integral.

Art. 12. Alcance. – Las prestaciones pueden incluir servicios de alimentación, recreación, asistencia, cuidados u otras que se requieran, además de garantizar la seguridad en el establecimiento.

Art. 13. Control. – Las autoridades locales son competentes para establecer las condiciones de aplicación y control de las prestaciones, según corresponda en cada caso.

CAPÍTULO IV

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Art. 14. Derechos de los prestadores. – Sin perjuicio de lo que pacten las partes, los prestadores de servicios residenciales gerontológicos tienen los siguientes derechos:

a) Percibir el pago correspondiente a los servicios que se brindan en el establecimiento, en los casos que el contrato es oneroso.

b) Establecer reglas de convivencia y protocolos de actuación que garanticen la integridad y dignidad de las personas vinculadas al establecimiento y exigir su cumplimiento.

c) Determinar el contenido y la modalidad de los servicios sociosanitarios integrales e interdisciplinarios que se brindan a las personas mayores, garantizando su dignidad conforme a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

d) Solicitar la colaboración y asistencia de la familia de la persona mayor contratante.

e) Requerir judicialmente el traslado de la persona residente que necesita servicios que la institución no esté en condiciones fehacientes de dar, en caso de que esta no pueda resolverlo por sí misma, ni cuente con familiares o personas de confianza que asuman su cumplimiento. Otorgado el traslado definitivo por orden judicial, el contrato se tendrá por rescindido.

Art. 15. Deberes de los prestadores. – Sin perjuicio de los deberes que les impongan las disposiciones locales vigentes y de lo pactado por las partes, los prestadores están obligados a:

a) Brindar los servicios teniendo en cuenta la perspectiva de género y el respeto a la dignidad e integridad física y mental de la persona mayor.

b) Asegurar que la celebración, ejecución y extinción del contrato estén sujetos a la manifestación de la voluntad libre y expresa de la persona mayor.

c) Contar con personal especializado, que ofrezca una atención adecuada, integral e interdisciplinaria, que permita prevenir acciones o prácticas que produzcan daño o agraven la condición existente.

d) Llevar un registro de cada residente consignando sus datos personales, el contrato celebrado, condiciones de ingreso, cambios operados en su situación, información sobre sus familiares o personas de su confianza, entre otros.

e) Evaluar y supervisar la situación de la persona mayor semanalmente, o bien conforme a lo pactado o que las circunstancias requieran.

f) Garantizar el acceso de la persona mayor a la información vertida en sus expedientes personales, historias clínicas, u otros documentos ya sean físicos o digitales.

g) Dar a conocer a la persona mayor sus derechos y obligaciones, junto con los reglamentos de convivencia y protocolos que rigen los servicios.

h) Denunciar toda situación de abuso, violencia o malos tratos ocasionados por cualquier persona que se encuentre en el establecimiento.

i) Evitar injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, así como en la correspondencia, o en cualquier otro tipo de medios de comunicación de la persona mayor.

j) Proteger la seguridad personal y el ejercicio de la libertad y movilidad de la persona mayor.

k) Respetar la integridad, privacidad, e intimidad en las actividades que desarrolle la persona mayor, particularmente en los actos de higiene personal.

l) Permitir la comunicación y promover la interacción de la persona mayor con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales, parientes por afinidad en primer grado, allegados o con quienes justifiquen un interés legítimo. A tal efecto, resultan aplicables las disposiciones de los arts. 555, 556 y 557 del Cód. Civil y Comercial.

m) Garantizar la menor interferencia posible en los actos autorreferentes de la persona mayor y respetar su protagonismo en todo proceso de toma de decisiones.

n) Promover la accesibilidad cognitiva, edilicia, urbanística, social, económica y cultural de la persona mayor contratante.

ñ) Adoptar medidas adecuadas para facilitar cuidados paliativos a la persona mayor, su entorno y su familia, cuando así se requiera.

Art. 16. Derechos de la persona mayor contratante. – Sin perjuicio de los que reconoce la Convención Interamericana

sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y de lo que pacten las partes, la persona mayor contratante goza de los siguientes derechos:

a) A un servicio que promueva y proteja su autonomía e independencia, salud, seguridad física, alimentaria y nutricional, información, participación, recreación, asistencia y cuidado, en las condiciones establecidas en esta ley.

b) A la igualdad y no discriminación.

c) Al respeto por su identidad, género y diversidad cultural y religiosa.

d) A entrar y salir libremente del establecimiento, garantizando su movilidad en el marco de las normas de convivencia.

e) A la seguridad e integridad física y moral dentro del establecimiento y a vivir en un ambiente sano.

f) Al respeto por la intimidad y la no divulgación de los datos personales sin su consentimiento.

g) A mantener sus vínculos afectivos, familiares y sociales. En particular, las personas unidas en matrimonio, en unión convivencial o por cualquier otro vínculo afectivo tendrán derecho a cohabitar en el establecimiento.

h) A la comunicación y a la información permanente.

i) A ser oída en la presentación de quejas y reclamos.

j) A que se considere la residencia de larga estadía como su propio domicilio.

k) A la tutela por parte de los entes públicos, cuando sea necesario.

l) A la rescisión del contrato en cualquier momento sin compensación alguna, con preaviso no mayor a un mes.

Art. 17. Deberes de la persona mayor contratante. – Sin perjuicio de los deberes que les impongan las disposiciones locales vigentes y de lo pactado por las partes, la persona mayor está obligada a:

a) Respetar las estipulaciones contractuales acordadas y establecidas.

b) Cumplir con las normativas, prácticas de convivencia y protocolos de actuación del establecimiento, siempre que no sean contrarios a lo dispuesto por este título.

c) Informar al establecimiento de cualquier cambio en su estado sociosanitario.

d) Contribuir al buen funcionamiento de la convivencia en el establecimiento.

CAPÍTULO V

FIANZA Y RESPONSABILIDAD ALIMENTARIA

Art. 18. Fianza de los contratos de servicios residenciales gerontológicos. – El cónyuge o conviviente, parientes en línea recta, colaterales hasta el segundo grado, allegados o cualquier otra persona de confianza de la persona mayor contratante, solo podrán intervenir en los contratos de servicios residenciales en calidad de fiadores, de acuerdo con las normas del Capítulo 23, Título IV, Libro III del Código Civil y Comercial, y las previsiones del art. 4º de esta ley.

Salvo que los sujetos mencionados contaren con facultad expresa, autorización judicial o medie situación de grave riesgo para la vida o salud de la persona mayor, se considerarán nulos los contratos celebrados con el prestador.

Art. 19. Obligación alimentaria. – En los casos en que el alimentado sea una persona mayor, la prestación establecida en el art. 541 del Cód. Civil y Comercial se integra con las obligaciones que surgen del contrato de servicios residenciales gerontológicos.

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDADES

Art. 20. Violencia doméstica, familiar e institucional. – Si en el establecimiento se producen situaciones de abuso, maltrato o violencia contra alguna persona mayor, el prestador dará intervención a la autoridad judicial competente. En caso de no hacerlo, quedará afectada su habilitación para funcionar, conforme lo establezcan las normativas y autoridades locales de aplicación.

Art. 21. Incumplimiento. – En caso de incumplimiento contractual y sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiere

corresponder, la persona mayor podrá exigir al prestador por el cumplimiento de las prestaciones o pedir su resolución sin necesidad de preaviso.

En todos los casos, deberá dársele participación al Ministerio Público que resulte competente, quien velará por la integridad de la persona mayor.

CAPÍTULO VII

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Art. 22. Título ejecutivo. – El contrato de servicios residenciales gerontológicos debidamente celebrado conforma a lo establecido en esta ley, junto con el certificado de deuda suscripto por el representante legal del establecimiento y un profesional contable, constituirán título ejecutivo del saldo deudor de las prestaciones pactadas en los términos del art. 523 del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación o concordantes.

No podrá ejecutarse cualquier otro título cuya causa fueren las prestaciones de los servicios residenciales gerontológicos, pudiéndose oponer la nulidad como excepción al momento de contestar la demanda por el deudor.

Art. 23. Sustitúyese el art. 1756 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley nacional 26.994, por el siguiente:

“Art. 1756. Otras personas encargadas. – Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo.

Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia.

El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas, así como también los prestadores de servicios residenciales gerontológicos dentro de la institución, responden por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control”.

Art. 24. Orden público e integración al Código Civil y Comercial. – Las normas contenidas en este título son de orden público, e integran el Código Civil y Comercial de la Nación.

Art. 25. Cláusula transitoria. – Los contratos de servicios residenciales gerontológicos en curso de ejecución deberán adecuar su contenido a los términos de esta ley dentro del plazo de un año de su entrada en vigor.

TÍTULO II

REGISTRO DE RESIDENCIAS GERONTOLÓGICAS DE LARGA ESTADÍA Y CENTROS DE DÍA

Art. 26. Registro. – Créase el Registro de Residencias Gerontológicas de Larga Estadía y Centros de Día, que tendrá a su cargo el relevamiento y registración de todos los establecimientos habilitados por las autoridades locales y nacionales competentes.

Art. 27. Autoridad de aplicación. – Como garante del cumplimiento de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, corresponde al Poder Ejecutivo nacional designar la autoridad de aplicación de este título.

Art. 28. Funciones. – La autoridad de aplicación tiene a su cargo las siguientes funciones:

a) Controlar y mantener actualizado el Registro que se creó por este título.

b) Establecer objetivos y recomendaciones a fin de que en cada jurisdicción se realicen los ajustes requeridos por esta ley en forma progresiva.

c) Propiciar el desarrollo de estándares de habilitación y supervisión periódica de las residencias gerontológicas y centros de día, públicos y privados, en colaboración con las autoridades locales que sean acordes a los principios de esta ley.

d) Promover la implementación de programas y planes de estudios universitarios para que la formación de los profesionales sea acorde con los principios, políticas y dispositivos de este título, haciendo especial hincapié en el conocimiento del derecho de la vejez.

e) Realizar actividades de formación y actualización para los profesionales que se desempeñen en servicios de residencias gerontológicas en todo el país.

Art. 29. Relevamiento y registración. – A partir de la sanción de esta ley, cada tres años, la autoridad de aplicación realizará un relevamiento de las residencias gerontológicas y centros de día públicos y privados del país.

También indicará la situación de las personas residentes y usuarias, discriminando sexo, tiempo de estadía, existencia o no de consentimiento, actos de autoprotección, condición social y familiar, situación judicial, servicios brindados, capacitación del personal y otros datos que considere relevantes, protegiendo la información colectada en los términos de la ley 25.326.

Para su efectivización, se promoverá la participación y colaboración de las jurisdicciones y otros organismos, gubernamentales o no gubernamentales, que trabajen en el campo gerontológico.

Art. 30. Convenios de colaboración. – La autoridad de aplicación promoverá la celebración de convenios de colaboración para la implementación de los principios expuestos en este título con las jurisdicciones locales, universidades y organismos no gubernamentales. Estos convenios incluirán:

a) Cooperación para la realización de programas de capacitación permanente del personal de los establecimientos gerontológicos.

b) Asesoramiento para la creación de áreas específicas para la aplicación de políticas gerontológicas en cada una de las jurisdicciones que actuarán en coordinación con la autoridad de aplicación nacional.

Art. 31. Reglamentación. – El Poder Ejecutivo nacional debe reglamentar dentro de los sesenta días a partir de su entrada en vigor.

Art. 32. [De forma]

JURISPRUDENCIA

LA CONVALIDACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y DE LA PLENA FE DEL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los [...] días del mes de mayo de dos mil diecinueve, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “D”, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados “K., A. L., y otro c/R, E. R., y otro s/nulidad de acto jurídico”¹, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Patricia Barbieri, Liliana E. Abreut de Begher y Víctor Fernando Liberman.

A la cuestión propuesta la doctora Patricia Barbieri dijo:

I) *Apelación y agravios.* La sentencia de fs. 161/87 fue apelada por la parte demandada a fs. 188, quien expresó agravios a fs. 197/210, cuyo traslado fue respondido por los actores a fs. 212/5. Cuestionan que se haya tenido por probado que los demandados abusaron del deterioro del estado mental de la señora S. B. quien, a su entender, podía comprender perfectamente la finalidad de los actos realizados por ante escri-

¹ CNCiv, Sala D, 8/5/19, “K., A. L., y otro c/R., E. R., y otro s/nulidad de acto jurídico” (JuzgNCivil n° 53), expte. n° 88.549/16.

vana pública el 28 de enero del año 2015 y que constaron en la donación de ochenta mil dólares estadounidenses a favor de su sobrino –coactor E. R.– y la venta por escritura pública del inmueble de una propiedad sita en la calle Á. G. en la cual se constituyó un usufructo vitalicio a favor de la codemandada I. M. C. Afirman que no se tuvo en cuenta el sobreseimiento del demandado en la causa penal iniciada por uno de los actores por defraudación a un menor o incapaz, sentencia que puso fin a la causa y no fue apelada por los interesados. Destaca que habiendo finalizado ese juicio, este debe influir en la sentencia impugnada, en tanto no puede discutirse en este fuero la culpabilidad del codemandado ni mucho menos puede ponerse en tela de juicio que los actos jurídicos impugnados se llevaron a cabo conforme surge de sus propios textos. Agregan que es arbitrario que ahora se afirme que dichos actos son “sospechosos” porque el sobreseimiento en ningún momento dice que lo son. Seguido sostienen que se omitió valorar el juicio sucesorio de la señora B. del que surge el importante acervo sucesorio, el que incluyen al menos siete inmuebles más (muchos de ellos administrados por el codemandado R. por orden de su tía y por los cuales rindió cuentas a los reclamantes), dos de los cuales fueron cedidos por la causante a los accionantes. Con esto refieren que no existió de ninguna manera desapoderamiento y tampoco es cierto que los accionantes se hayan quedado sin bienes. Por otra parte, cuestionan que la *a quo* haya mencionado que en la demanda se solicitó la nulidad del acto jurídico por el cual su tía le otorgara a Raschinsky poder judicial y de administración cuando ello no surge del escrito inicial. También critican la interpretación que la sentenciante realiza del art. 474 del Cód. Civil, en tanto sustituye la ausencia de demanda por incapacidad con lo actuado en la causa penal sobre defraudación. Por lo demás, se agravian de que la sentencia no repara en el hecho de que los actores nunca justificaron por qué no iniciaron en su oportunidad la demanda civil de incapacidad que exige el 474 del Cód. Civil, respetándose las garantías constitucionales de la señora S. B. Por lo demás, sostienen que es arbitrario controvertir un acto celebrado por escritura pública. En definitiva, piden se revoque el fallo y se rechace la demanda entablada en todas sus partes con expresa imposición de costas a los vencidos.

II) *Antecedentes.* A. L. K. y O. K. se presentaron promoviendo demanda contra los E. R. R. e I. M. C., por nulidad de acto jurídico con relación a los celebrados el día 28 de enero de 2015 y mediante los cuales su abuela S. B. donó la suma de dólares estadounidenses ochenta mil (U\$S 80.000) y realizó la escritura de venta del inmueble ubicado en la calle Á. G. 820/24 Unidad Funcional nº 1 de esta ciudad. Señalaron que son nietos de B., quien contrajo matrimonio con M. K. y de esa unión nacieron dos hijos, H. P. I. K. y L. G. K., este último, padre de los actores (fallecido). Que a partir del fallecimiento de su padre el demandado R. (sobrino de S.) y su pareja comenzaron a ganarse de a poco su confianza, para así, alejarla de sus nietos. Agregaron que obtuvieron favores como plazos fijos de dinero conjunto, donaciones de dinero en efectivo y otros regalos a más de que el mencionado administraba bienes de su abuela, recibiendo pagos por los arriendos de las propiedades. Refirieron que a raíz del distanciamiento con su abuela, quien le habría regalado dinero a su sobrino, se inició una causa por ante la Justicia en lo Criminal de Instrucción contra E. R. R. por defraudación a un menor o incapaz que tramitó por ante el Juzgado Criminal de Instrucción nº 37. Comentan que allí se investigó la conducta del mencionado quien a fines de diciembre de 2014, con la excusa de que S. (ya con 97 años de edad) se había caído en la calle y no se encontraba cuidada, la internó en el “Parque Rosal”, geriátrico con quien el demandado dijo tener una relación con los dueños. Así las cosas, contaron que una vez internada se les hizo casi imposible ver a su abuela pues no le pasaban los llamados telefónicos y cuando concurrían a verla siempre estaban R. o su pareja I. que intercedían para que no pudieran sacarla del lugar con algún tipo de excusa. Así, expresaron que en el mes de enero de 2015 el demandado citó en el geriátrico a la escribana E. R. para hacerle firmar a S. un poder judicial y de administración, una donación de U\$S 80.000 y la escritura de venta del inmueble de la calle Á. G. 820/24 Unidad Funcional nº 1 de CABA, habiéndole otorgado el usufructo del inmueble a su pareja I. M. C. Señalaron que en la causa penal se le realizaron dos pericias médicas psiquiátricas en el Cuerpo Médico Forense en las cuales se dictaminó que S. B., de 97 años de edad, no poseía aptitud para administrar sus bienes, no solo cuando fue evaluada, sino también al momento de la firma de la escritura traslativa de dominio y

demás documentos suscriptos con fecha 28 de enero de 2015. Por lo expuesto explican que dichos actos resultan nulos, en razón de haber sido otorgados por una persona que carecía de aptitud para administrar sus bienes y así piden su declaración.

E. R. R. e I. M. C. reconocieron la autenticidad de la documentación acompañada y señalaron que los originales se encuentran agregados a la causa penal n° 46.514/2015. Sostuvieron que los actores pretenden demostrar la causal de nulidad en sede civil, con el dictamen pericial del Cuerpo Médico Forense llevado a cabo en el marco de la causa penal, sin tener en cuenta los otros elementos de prueba que surgen de la causa que ellos mismos han promovido. Afirmaron que S. decidió libremente internarse en el geriátrico y que tal cuestión fue hablada con sus médicos del Hospital Italiano, en oportunidad que fue atendida como consecuencia de una caída sufrida el 23/12/2014. Agregaron que de la historia se desprende que los profesionales habían conversado con la mencionada sobre la necesidad de un acompañamiento permanente.

Por otro costal, refirieron que los actores no tienen prueba alguna que pueda conmovir la validez de los instrumentos atacados, porque estos fueron suscriptos libremente por S. B. y que no existió incapacidad en ese momento ni en ningún otro. Que el poder general de administración y judicial, la escritura de venta del inmueble de la calle Á. G. y la certificación de una donación de U\$S 80.000 fueron firmados libremente y con plena capacidad. Afirmaron que se trata de una demanda inadmisibile y los actores tergiversaron los hechos, no encontrándose acreditada en forma alguna la incapacidad aludida. Por último, sostuvieron que la demanda equivale a una impugnación posterior a la muerte de quien otorgó el acto y debe rechazarse porque, los actos entre vivos, no pueden ser objetados.

El *a quo* dispuso la citación en los términos del art. 89 del Cód. Procesal, como litisconsorte pasivo necesario de la escribana E. R. quien compareció efectuando la negativa pormenorizada de rigor. Destacó la completa lucidez mental de S. B. lo que le permitió comprender el alcance de sus actos, negando enfáticamente la falta de aptitud para administrar alegada por

los actores. Destacó que la otorgante estaba lúcida y no evidenció ningún indicio que pudiera haberla llevado a no autorizar las escrituras y la certificación de firma y asimismo, señaló que de su propio puño y letra suscribió las mismas, ya que no se encontraba impedida para hacerlo. Pidió el rechazo de la demanda.

La citada en garantía Allianz Argentina Compañía de Seguros SA se presentó en razón del contrato de seguro de responsabilidad civil de escribanos con el Colegio de Escribanos de la Capital Federal instrumentado bajo póliza n°... adhiriendo a lo expuesto por su asegurada.

III) *La sentencia.* La sentenciante admitió la demanda impetrada y en consecuencia declaró la nulidad de los actos jurídicos celebrados con fecha 28/1/2015, es decir, la donación de U\$S 80.000 y la compraventa inmobiliaria instrumentada en la escritura pública número ... respecto del inmueble de la calle Á. G. ... Unidad Funcional n° 1 de CABA, matrícula ... pasada por ante la escribana E. R., matrícula n° ... y que otorgara la señora S. B. a favor del demandado E. R. R.

Concluyó la *a quo* que existió un vicio de la voluntad del sujeto actuante –S. B.– encuadrándose el caso dentro de lo previsto por el art. 1045 del Cód. Civil en los casos en que el acto ejecutado fue sin discernimiento ni comprensión jurídica de su alcance y por ello corresponde la anulación del acto para volver las cosas al estado anterior. Impuso las costas a la parte demandada vencida con excepción de las correspondientes a la participación en el proceso de la escribana actuante y su compañía aseguradora las que deberán ser soportadas en el orden causado.

Finalmente ordenó comunicar por oficio al Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y al Registro de la Propiedad del Inmueble para que se tome nota de la nulidad declarada.

IV) *La solución.* En primer lugar debo señalar que conforme ha sido sostenido reiteradamente, no me encuentro obligada a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, *Fallos*, 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etcétera).

Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolverlo (CSJN, *Fallos*, 274:113; 280:320; 144:611).

Entrando al análisis de los agravios vertidos por los demandados destaco que basaron sus quejas cuestionando la nulidad de los actos por la supuesta falta de discernimiento de S. B. al momento de otorgar la donación y la venta de un inmueble el 28/1/2015 instrumentado por escritura pública, en tanto, como argumento central, sostienen que los actores no iniciaron oportunamente el juicio de insania de su abuela, limitándose a denunciar penalmente al coactor por defraudación de un incapaz, causa que finalizó con el sobreseimiento del imputado.

En este orden de ideas diré que por tratarse el reclamo de autos de una impugnación posterior a la muerte de quien otorgó el acto que constituye el objeto de aquella (recordemos que S. B. falleció el día 5/8/2016, v. fs. 480 de la CP), debemos subsumir legalmente el caso en el art. 474 del Cód. Civil vigente al momento de los hechos, el cual dispone (sin el agregado de la reforma del año 1968): “Después que la persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, a no ser que esta resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad”. La ley 17.711 le agregó como segundo párrafo lo siguiente: “Esta disposición no rige si se demostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido”.

El Código Civil y Comercial de la Nación trae una disposición similar en su art. 46. Es decir, no es factible la impugnación póstuma de los actos jurídicos atribuidos a un presunto demente, salvo que con anterioridad se haya iniciado el juicio de insania con respecto al mismo, o que el estado de enfermedad se refleje en las estipulaciones del propio acto, quedando una tercera excepción que es el caso de mala fe de quien contratar con el fallecido (conf. BUERES, ALBERTO - HIGHTON, ELENA I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 1B, p. 905).

Así las cosas, analizaré las tres excepciones configuradas en la norma.

a) En primer lugar, la incapacidad alegada por la recurrente no resulta de los actos celebrados. Basta con leer los instrumentos impugnados.

A mayor abundamiento obsérvese la declaración que efectuara la escribana interviniente (v.fs. 160 de la causa penal nº 46514/2015) de la que surge que se apersonó en el geriátrico donde se encontraba internada la causante, habló con ella para ver como estaba, destacando que se encontró con una mujer muy lúcida, que le contó de sus hijos y de sus viajes, que se trataba de una señora muy culta y muy viajada. Luego la señora B. firmó un poder general de administración y judicial a favor de R. y una escritura de venta, además la escribana certificó la firma de la señora por una donación. Dijo que le explicó las condiciones y los alcances que implicaban la firma de los documentos, los que la señora S. entendió y consintió perfectamente, comprendiendo el tenor de los actos que suscribía.

Como es sabido el art. 993 del Cód. Civil prevé expresamente que el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia.

Como se ve, la fecha del acto, la autenticidad de las firmas asentadas y la observancia de las formalidades cuyo cumplimiento hace constar el documento, pasados ante la oficial pública o realizados por ella, comprometen directamente la fe de la funcionaria y tienen una fuerza de convicción que solo es posible desvirtuar por la llamada querrela de falsedad, lo que en el caso no fue efectuado por los accionante.

b) En segundo término, tampoco se interpuso demanda de incapacidad.

La jurisprudencia se ha expedido en el sentido que de no reunirse el requisito de su declaración judicial, es impropio decir de una persona que es “incapaz”. Confusión habitual en la que incurre el propio codificador en los arts. 1045 y 474 del Cód. Civil, donde la palabra “incapacidad” debe ser entendida como sinónimo de “incapacidad natural” (conf. LLORENS, LUIS R., *La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?*, LL, 2007-E-1106, citando a NERI, ARGENTINO I., *Tratado*

teórico y práctico de derecho notarial, vol. 3, p. 385, Bs. As., Depalma, 1970; y CIFUENTES, S. - RIVAS MOLINA, A. - TISCORNIA, B., *Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad*", Bs. As., Hammurabi, 1990, n° 69, p. 50).

En nuestro derecho y con relación a actos o negocios jurídicos, existen sujetos capaces y sujetos incapaces (o, entre ambos, inhabilitados). Los primeros –como sería el caso de autos donde no existe una declaración judicial al respecto– pueden o no tener discernimiento en el momento del otorgamiento del acto, esto último, tanto porque padecen algún trastorno o porque por cualquier otra razón se encuentren imposibilitados de comprenderlo; tanto en forma total como parcial, tanto en forma permanente como transitoria.

En el caso de autos, los reclamantes refieren que su abuela no comprendía el alcance de sus actos, o que tenía ausencia de discernimiento o de razón. Ello, manifestaron los actores, dada su avanzada edad y en virtud de las pericias que en vida se le realizaran a la causante en el marco de la causa penal sobre defraudación a un incapaz por uno de ellos iniciada.

Si bien la primera cuestión podría generar algún tipo de presunción acerca de la existencia de una disminución en las facultades mentales de la abuela que a la fecha de los actos contaba con 97 años, de ninguna manera basta por sí sola para tener por probado que esta carecía de discernimiento al momento de otorgar los actos cuestionados.

Es decir, debe encontrarse apoyada en otros elementos probatorios con suficiente entidad como para lograr convencer al juzgador que la abuela de los actores realizó un negocio que no obedecía a su voluntad.

Y en el caso, disiento con la solución a la que arribara la *a quo*. Si bien es cierto que la prueba idónea por sí para acreditar las características del estado de la señora B. era la pericial médica, ya sea examinando a la propia persona o sobre la base de la historia clínica de la misma, adelanto que no considero que tales características fueran probadas en la causa.

De las constancias de la causa penal que tengo a la vista, caratuladas "R. R. E. s/defraudación a un menor o incapaz" expte. n° 46.514/2015, surgen las pericias efectuadas a la causante mientras estuvo internada en el geriátrico "Parque Rosal".

La doctora A. M. A., facultativa del Cuerpo Médico Forense sostuvo con relación al estado de salud mental de la mencionada que B. carece de aptitud para administrar sus bienes por poseer el juicio debilitado, aunque dice que posee autonomía básica para las situaciones comunes y cotidianas de la vida.

Sobre esto también declaró el encargado del geriátrico donde residía la señora, quien afirmó que los que se encargaban de todo lo que no estaba a cargo del geriátrico y del arancel del mismo eran su sobrino y la esposa I., quienes si bien no recuerda la asiduidad, la visitaban (v. fs. 355/7).

La doctora A. presentó un segundo informe a fs. 317/22 en el que afirmó que B. posee un cuadro involutivo con descenso de su capacidad judicativa que implica limitación de su autonomía psíquica, bajo la forma clínica de deterioro cognitivo moderado. Aseguró que con todas las constancias que tiene a su alcance y los exámenes realizados le es posible inferir que la nombrada al mes de enero de 2015 también poseía su juicio debilitado lo cual le impedía tener aptitud para administrar sus bienes.

A fs. 344/5 A. reiteró su opinión y a fs. 454/6 la doctora A. y el doctor M., ambos pertenecientes al CMF en junta médica presentaron dictamen en el que soslayaron que “el deterioro cognitivo que S. B. padeciera en enero de 2015 le habría impedido tener plena capacidad para dirigir sus acciones y comprender los alcances jurídicos de suscribir documentos a favor de tercero”, y aclararon que en esa fecha “dicho cuadro involutivo con descenso de su capacidad judicativa que implica limitación de su autonomía psíquica, podría no haber sido evidente o fácilmente advertida por otras personas, ya que la causante poseía autonomía básica para situaciones comunes y cotidianas de la vida”.

A fs. 313/6 se realizó otro informe, en este caso neurológico, también por profesional del Cuerpo Médico Forense donde se dejó asentado que se observó deterioro cognitivo moderado de la examinada.

El informe efectuado por el consultor técnico de parte que obra agregado a fs. 335/7 en disidencia con lo informado por el Cuerpo Médico Forense. El doctor E. de R. concluye que no existe ningún elemento firme y científicamente comprobable que le permita afirmar que S. no estuvo en condiciones de realizar los actos libremente.

Lo cierto es que la pericia efectuada por los galenos del Cuerpo Médico Forense se efectuó casi un año y medio después de las firmas de los documentos cuestionados por lo que no hay certeza absoluta sobre la capacidad de la señora B. en esa fecha.

Por lo demás, todos los testigos que declararon en sede penal dieron cuenta de que la señora S. estaba en muy buen estado de salud teniendo en cuenta la edad que tenía (v. fs. 134/50, 160, 184, 355/7).

Destaco que la misma causante admitió frente a la entrevista que mantuviera con la doctora A. que R. (demandado) era quien la ayudaba, que no le vendió su casa porque le dijo que se la guardaba por si ella quería regresar a la salida del geriátrico, que le dio su palabra lo que manifestó que le bastaba por ser su familia mientras que con respecto a la nuera (madre de los aquí accionantes) no tuvo términos agradables, dando cuenta de que “se quedó con departamentos que no le pertenecían” (v. fs. 226/9).

He de acentuar además que la señora fue internada por recomendación de sus médicos y no por decisión unilateral del sobrino, como presuntamente sugieren los actores, tal y como surge de las constancias de la historia clínica que luce agregada en la causa penal a fs. 33/40.

Así, tal y como surge del fallo penal (v. fs. 424 vta.) entiendo que con las declaraciones testimoniales recabadas, lo señalado por la escribana interviniente, lo manifestado por la propia B. y demás prueba referenciada, la capacidad de discernimiento de la otorgante al momento de celebrar los actos cuestionados no pueden ser controvertidos. Máxime cuando, como lo señalé más arriba, reitero tampoco tales actos celebrados ante una actuario fueron redargüidos de falsedad.

Subrayo en especial la sentencia mencionada cuando refiere que “de los testimonios brindados a lo largo de la presente investigación y la documentación recabada se desprende que la nombrada B. no evidenciaba al momento de suscribir el poder que le otorgó a R. una incapacidad tal como para no comprender sus actos, sino que este fue llevado a cabo con la presencia de una escribana que la encontró lúcida y con conocimiento de las implicancias que ocasionaban dichos actos [...] Tales circunstancias me llevan a concluir que mal pudo R. influenciar a la señora B. con el objeto de defraudar sus intereses, cuando

esta actuaba libremente teniendo la capacidad suficiente para decidir al manejo de sus bienes” (*sic* fs. 461/72).

En definitiva, las pruebas arrimadas no alcanzan para tener por probada la falta de discernimiento y comprensión de los actos por parte de la señora S. como tampoco se acreditó que hubiera habido un aprovechamiento de una parte sobre otra, es decir la mala fe de quien contrató con la fallecida en los términos del art. 474 citado.

La imposibilidad de impugnar por causa de incapacidad aquellos actos entre vivos que han sido celebrados por una persona que ha fallecido (art. 474, Cód. Civil) halla su razón de ser en la inseguridad que importaría su admisión, en tanto no sería posible indagar la verdadera situación de salud del causante al momento de otorgamiento (CCivCom Concordia, Sala III, 15/2/96, “L., A. F., y otro c/P., O. A.”, *LLLitoral*, 1997-614), lo que en el caso entiendo no se logró con las pericias efectuadas oportunamente en sede penal.

La *ratio legis* del art. 474 del Cód. Civil consiste en evitar la nulidad de actos con fundamento en pruebas inseguras, cuando ya no es posible la investigación médica de la lucidez del presunto demente. Por ello, para abonar la seriedad de la pretensión de nulidad de un acto jurídico, se exige que la demanda de incapacidad haya sido promovida con anterioridad al acto cuestionado (CCivCom Concordia, Sala III, 15/2/96, “L., A. F. y otro c/P., O. A.”, *LLLitoral*, 1997-614).

Por otra parte, el art. 1045 del Cód. Civil dispone: “Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos”, lo que tampoco logró ser comprobado en esta litis.

Se ha dicho que la anulabilidad del acto estará sujeta a la prueba de la carencia de discernimiento al momento de celebrar el acto (cfr. arg. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La demencia como base de las nulidades en el Código Civil*, “Revista de Dere-

cho Privado y Comunitario”, Rubinzal-Culzoni, t. 8, p. 32, 33, 37 y 60), lo que como señalé más arriba no se evidenció.

c) En último lugar, resta analizar si se encuentra acreditada la mala fe de quien contrató con el fallecido, circunstancia que fue desestimada en sede penal (v. fs. 461/472) donde se dispuso su sobreseimiento haciendo mérito de que la propia B. relató que su sobrino era el único que la visitaba, la sacaba a pasear y se ocupaba de ella (fs. 226/9), por lo que “tampoco resulta descabellado suponer que la voluntad de aquella fuera favorecer al imputado con una donación y posterior venta de un inmueble, el cual se efectuó con parte de recursos del propio acusado” (*sic*).

Es de presumir que, si recibía de su sobrino los cuidados y la atención que ella necesitaba conforme la causante lo reconociera y surgen de las declaraciones testimoniales referidas, que hubiese querido compensarlo de alguna manera, tal como lo hizo, máxime teniendo en consideración que no dispuso de todo su patrimonio a favor del demandado, por el contrario, de sus propios dichos y de los autos sucesorios se evidencia que sus herederos recibieran una parte sustancial de sus bienes.

Así no se configuró ninguna conducta sospechosa que implique mala fe en los términos establecidos en la norma en análisis, dando aquí por reproducido lo que se expusiera anteriormente que, de haber existido alguna mengua en las actitudes de la señora S., dicha circunstancia era inadvertida por quienes la frecuentaban a la fecha de la firma de los actos impugnados.

Concluyo entonces que lo expuesto resulta suficiente para admitir las quejas vertidas por la parte demandada, revocar la sentencia recurrida y rechazar la demanda impetrada en todas sus partes, con costas de ambas instancias a los actores vencidos (art. 68, CPCCN).

Conclusión:

Por todo ello y si mis distinguidos colegas compartieran mi opinión propicio al acuerdo: 1) admitir las quejas vertidas por la parte demandada, revocar la sentencia recurrida y rechazar la demanda impetrada en todas sus partes, con costas de ambas instancias a los actores vencidos (art. 68, CPCCN); 2) diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto sean fijados en primera instancia. Así mi voto.

Los señores jueces de Cámara doctores Liliana E. Abreut de Begher y Víctor Fernando Liberman, por análogas razones a las aducidas por la señora juez de Cámara doctora Patricia Barbieri, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto.

Patricia Barbieri. Liliana E. Abreut de Begher. Víctor Fernando Liberman.

*Comentario de E. Jorge Arévalo**

§ 1. **REVOCACIÓN DE SENTENCIA DICTADA EN PRIMERA INSTANCIA**

La Cámara Civil, Sala D, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el mes de marzo del año en curso resolvió, mediante el voto unánime de sus integrantes, revocar la sentencia dictada en autos “K, A, L., y otro c/R., E. y R., y otro s/nulidad de acto jurídico”, dictada por el Juzgado n° 53. El pronunciamiento del *a quo* había hecho lugar a la pretensión incoada por los nietos de la señora S. B., identificados como “A. L. K.” y “O. K.”, decretando la nulidad de los actos relativos al otorgamiento de un poder judicial y de administración, de una donación dineraria y de la venta de un inmueble ubicado en CABA, efectuados por su ascendiente a un sobrino de ella y la constitución de derecho real de usufructo en cabeza de la pareja del comprador.

§ 2. **LAS CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO**

Dos principios procedimentales hace suyos la sentencia dictada, conforme lo expresado por la vocal pre-opinante de la alzada, doctora Patricia Barbieri; el primero, refiere a los alcances de la obligación que pesa sobre el juzgador, relativa al análisis de las argumentaciones vertidas por las partes, ejercicio que abarca solamente a las que “sean conducentes y posean

* Notario jubilado de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe. Director del Archivo de protocolos y Registro de Actos de Autoprotección ciudad de Rosario, Santa Fe. Secretario del Instituto de Derecho e Integración (IDel). Docente universitario en carreras del Notariado en la UNR y Pontificia Universidad Católica de Derecho.

relevancia para decidir el caso”. Apoya su argumentación en reiterados fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que cita la sentencia (primer párrafo del punto IV). En forma coincidente y con similar soporte jurisprudencial, sostiene la camarista, “tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso”.

El máximo tribunal ha puntualizado que los magistrados no se encuentran compelidos a efectuar el análisis de todos y cada uno de los elementos probatorios producidos en el proceso, sino solamente aquellos que les permitan “formar convicción acerca de la racionalidad de la valoración efectuada”. Este postulado no implica desconocimiento del principio consagratorio de las reglas relativas a la sana crítica en materia probatoria, que propugna la valoración armónica y conjunta de las pruebas arrojadas al proceso. Pero compete al juez realizar “el análisis crítico de todos los jurídicamente relevantes e incorporados al proceso” y debe desechar aquellos que “no permiten formar convicción acerca de la racionalidad de la valoración efectuada”².

El principio probatorio de la libre convicción o sana crítica racional, que permite al “juzgador admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad y [...] apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de psicología y experiencia común”, no resulta contradictorio (particularmente en materia civil), con la priorización de los efectos que generan ciertas pruebas designadas como legales: entre ellas los instrumentos públicos, cuyo contenido debe ser tenido por cierto en un todo de acuerdo a los alcances establecidos por el art. 296 del Cód. Civil y Comercial de la Nación (plena fe). Es la postura que aplica el tribunal de alzada, haciendo al efecto expresa mención del art. 993 del derogado Cód. Civil argentino, cuyo texto en sintonía con los dos preceptos siguientes (994/995), consagraba idéntico principio reafirmado por la normativa sustancial vigente: la plena fe de los instrumentos públicos. Así, sostiene el tribunal, “la fecha del acto, la autenticidad de las firmas y la observancia de las formalidades” por parte de “la oficial pública o realizados por ella, comprometen directamen-

² CSJN, *Fallos*, 258:304; 262:222; 265:301; 327-2:2260. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, capítulo VIII, y *La valuación de la prueba*, p. 365.

te la fe de la funcionaria y tienen una fuerza de convicción que solo es posible desvirtuar por la llamada querrela de falsedad, lo que en el caso no fue efectuado por los accionantes”³.

§ 3. **LA EVALUACIÓN CRÍTICA DE LA APTITUD DE DISCERNIMIENTO, PARTE ESENCIAL DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL. PREVENCIÓN DE DAÑOS**

La función de la escribana autorizante no se limitó a la dación de fe. En cumplimiento de su rol como profesional u operario del derecho, al decir de CARNELUTTI, tuvo a su cargo la calificación de los presupuestos inherentes a cada acto requerido y su configuración técnica, atendiendo a la consecución de las causas determinantes de la voluntad de las partes, representadas en los documentos otorgados (arts. 301 y 281, Cód. Civil y Comercial). Concretamente: realizó las entrevistas necesarias con las partes en forma previa a la redacción y autorización de las escrituras públicas, prestando su asesoramiento y consejo que cumplieron un papel determinante en la disipación de las dudas jurídicas. Esa indispensable tarea de índole consultiva, común al abogado y notario, fue conocida en el derecho romano como *respondere*, una de las actividades que cumple el jurista⁴.

Se incluye como aspecto trascendente de la función calificadora y de intérprete jurídico que corresponde a la notaria, la pormenorizada atención que ella debió dedicar en la evaluación de la aptitud de discernimiento de la poderdante-vendedora-donante. La avanzada edad de la requirente, 97 años, y el hecho de que ella se encontraba internada en un geriátrico por su propia voluntad, atendiendo a la recomendación de sus médicos, fundamentaban la indagación profundizada de esa situación.

La doctrina ha puntualizado que “la dación de fe no involucra el discernimiento o estado mental del otorgante”. Pero

³ Sobre la eficacia probatoria de la fe pública, resultan esclarecedoras las enseñanzas de COUTURE, *El concepto de fe pública* en “Lecturas Esenciales de Derecho Notarial”, Colección Biblioteca Notarial Serie 1, Gaceta Notarial, sep. 2011, p. 25 y siguientes.

⁴ CARNELUTTI, *La figura jurídica del notario. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 17 de mayo de 1950*. p. 137 a 149. Otras dos voces resumen la gestión del jurista: *postulare*, función del defensor (abogado) y *cavere*, incumbencia propia del notario.

si el agente advierte que alguno de los sujetos intervinientes padece situaciones de vulnerabilidad que impiden o dificultan la plena comprensión del alcance y efectos de los actos jurídicos objeto de su participación, debe adoptar las medidas tendientes a superar esa instancia o, en su caso, negarse a prestar su ministerio⁵. La jurisprudencia ha resuelto que en el supuesto de que el notario autorice un instrumento público, constándole que en el otorgante la falta de comprensión o discernimiento, procede con dolo⁶. Leyes orgánicas notariales como la de al provincia de Buenos Aires, consagran entre las causales que autorizan al notario a rehusar su intervención, el hecho de que existan “dudas razonables respecto del estado mental del requirente o de su libertad de volición”⁷. Otras normativas orgánicas profesionales, como la ley orgánica del notariado de la provincia de Santa Fe, estatuyen entre los deberes esenciales del escribano la intervención profesional en los asuntos en que sea requerido, “no siendo dicha intervención contraria a las leyes”⁸. Bien entendido que la negativa por parte del notario a la prestación de sus servicios, atendiendo al argumento de la falta de discernimiento, debe adoptarse si de las entrevistas con el otorgante, inducen a una conclusión fundada en ese sentido. El criterio interpretativo a los fines de que el fedatario adopte una decisión racional en esas situaciones, puede encontrarse en textos del derogado Código Civil: casos de demencia notoria –falta de discernimiento– (art. 473) o que “la incapacidad resulte de los mismos actos” realizados por el otorgante (art. 474). Hoy esas pautas se reiteran en el texto del actual Código Civil y Comercial (arts. 44 a 46).

El tribunal consideró acreditada la actividad consultiva de la escribana resumida en los dos puntos anteriores, apoyándose en las constancias obrantes en la causa penal n° 46.514/2015 y las manifestaciones realizadas ante el *a quo* en la etapa procesal oportuna (art. 89, CPCN), respecto de “la completa lucidez mental de S. B. (donante-vendedora), lo que le permitió com-

⁵ LLORENS, *La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?*, LL, 2007-E-1106.

⁶ CNCiv, Sala B, 23/7/81, ED, 95-380.

⁷ Ley Orgánica Notarial de la Provincia de Buenos Aires 9020, t.o. s/ dechr. 8527/86, art. 131, inc. 3°.

⁸ Ley orgánica del notariado santafesino 6898, t.o, art. 11, inc. d.

prender el alcance de sus actos, negando enfáticamente la falta de aptitud para administrar alegada por los actores” (parte del punto II de la sentencia-antecedentes). En concreto, la judicatura de alzada avaló el accionar de la fedataria en cuanto operadora jurídica, que realizó las gestiones a su alcance tendientes a prevenir consecuencias dañosas en los actos jurídicos instrumentados por ella (art. 1710, inc. a, Cód. Civil y Comercial).

§ 4. **ASPECTOS SUSTANCIALES: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 474 DEL CÓDIGO CIVIL, HOY 46 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

La cuestión sustancial fue considerada y decidida por la judicatura de alzada, teniendo en cuenta la normativa vigente al momento del acaecimiento de los hechos generadores del conflicto: el art. 474 del Cód. Civil, hoy vigente en el Cód. Civil y Comercial –art. 46–. Interpreta el tribunal que conforme resulta de la lectura de los instrumentos impugnados relacionados en los puntos anteriores, no quedó acreditada insuficiencia de discernimiento (rotulada como “incapacidad” en la norma abrogada y designada como “enfermedad mental” en el precepto vigente) por parte de la donante-vendedora. Queda así descartada la primera de las excepciones que habilitan la impugnación de los actos celebrados entre vivos con anterioridad al fallecimiento de la persona y a la inscripción de la sentencia relativa a la restricción de su capacidad de ejercicio (art. 46).

El tribunal en el marco de su interpretación jurídica del caso planteado, puntualiza que “tampoco se interpuso demanda de incapacidad” o “acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida”, otra de las causales enervantes de la regla tutelar de la incolumidad de los actos realizados entre vivos, receptada en el Código Civil y Comercial a través del art. 46, sucedáneo del recordado art. 474 del Cód. Civil. Concluida una concisa mención respecto de la distinción conceptual entre incapacidad y falta de discernimiento (apdo. b del punto IV), avalada con fuentes doctrinarias y jurisprudenciales, la magistrada Barbieri refuta el planteo de los reclamantes, quienes refirieron “que su abuela no comprendía el alcance de sus actos o que tenía ausencia de discernimiento o de razón”.

Los actores fundaron su pretensión tendiente a obtener la nulidad de los actos celebrados por su antecesora, la que fuera admitida en primera instancia, fundándose en la avanzada

edad de la causante y las pericias realizadas en la causa penal por defraudación a un incapaz impulsada por uno de los accionantes. La apreciación que realiza la magistrada Barbieri de las periciales médicas, entre ellas las constancias de la causa penal que tiene a la vista (“R. R. E. s/defraudación a un menor o incapaz”, expte. 46.514/2015), y de las declaraciones testimoniales, le permite sostener que las pruebas arrojadas (pericial, testimonial y documental) “no alcanzan para tener por probada la falta de discernimiento y comprensión” de los actos otorgados por la causante. En ese tramo, los considerandos de la sentencia se refieren a la fundamentación axiológica que legitima el principio que proscribe (dejando a salvo las excepciones precisadas por la misma norma) la impugnación de los actos entre vivos celebrados por una persona fallecida (art. 474 Cód. Civil; art. 46, Cód. Civil y Comercial). Allí se puntualiza que la *ratio legis* de la norma “consiste en evitar la nulidad de los actos con fundamentos en pruebas inseguras”, una aplicación concreta del principio de conservación de los actos jurídicos, instituto que atiende a la finalidad garantista de las relaciones jurídicas privadas en el marco del conflicto de intereses que puede generarse entre la seguridad del tráfico jurídico y los derechos de la persona en eventual situación de vulnerabilidad⁹.

Finalmente, la magistrada analiza si “se encuentra acreditada la mala fe de quien contrató con el fallecido, circunstancia desestimada en sede penal donde se dispuso su sobreseimiento”. Aunque los considerandos carecen de cita normativa, entendemos que a la especie resulta aplicable lo previsto en el primer párrafo del art. 1777 del Cód. Civil y Comercial, que veda la discusión en el proceso civil de aquellos hechos considerados inexistentes en la sentencia penal.

§ 5. **UNA NUEVA CAUSAL DE IMPUGNACIÓN NO APLICABLE AL CASO: LA DONACIÓN DINERARIA**

Corresponde advertir que el art. 46 del Cód. Civil y Comercial introduce una nueva causal que habilita la impugnación de

⁹ A las fuentes jurisprudenciales y doctrinarias citadas por el fallo, pueden agregarse entre otras: SCBA, 19/3/57, LL, 88-622; MOISSET DE ESPANÉS, *Los dementes y las reformas introducidas por la ley 17.711*, JA, 1972-166 y 167, secc. doctrina.

los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia de la persona fallecida: “que el acto sea a título gratuito”. Durante la vigencia del art. 474 del Cód. Civil la jurisprudencia sostuvo que los actos incluidos dentro de la normativa, abarcaban los realizados a título oneroso y gratuito y que la enumeración de las impugnaciones era de carácter taxativo¹⁰. Esa situación –la gratuidad de la donación dineraria– no es mencionada en el fallo objeto de esta glosa, en atención que los actos objeto de la demanda por nulidad fueron celebrados el 28 de enero de 2015 (ver punto II-Antecedentes), esto es, durante la vigencia del Código velezano. El fundamento se encuentra en el segundo párrafo del art. 7° del Cód. Civil y Comercial (principio de irretroactividad de las leyes).

Resta mencionar que en el decisorio de la Alzada deja constancia de que los actos de disposición realizados por la causante no involucraron a la totalidad de su patrimonio, habiéndose cumplido la regla establecida por el art. 1551 del Cód. Civil y Comercial.

BIBLIOGRAFÍA

- CARNELUTTI, FRANCESCO, *La figura jurídica del notario*, “Gaceta Notarial”, serie 1, sep. 2011, Colección Biblioteca Notarial, serie 1, Guy Editores SRL-Pando-San Miguel, Perú.
- CIFUENTES, SANTOS - RIVAS MOLINA, ANDRÉS - TISCORNIA, BARTOLOMÉ, *Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad*, Bs. As., Hammurabi, 1990.
- CLUSELLAS, EDUARDO G. (COORD.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 2015.
- COUTURE, EDUARDO J., “El concepto de fe pública”, en PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. - CAM CARRANZA, GUILLERMO - ARÉVALO, MIGUEL Á. (DIRS.), *Lecturas esenciales de derecho*, Lima, Gaceta Notarial, 2011.
- LORENZETTI (DIR.) - DE LORENZO, MIGUEL F. - LORENZETTI, PABLO (COORDS.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- ESPERANZA, SILVIA L., *Sana crítica: visión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, <http://desa1.cejamericas.org:8080/handle/2015/3384>.
- JAUCHEN, EDUARDO M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2014.

¹⁰ CCiv 1ª, 21/9/32, JA, 39-445; CCiv 2ª, 28/12/32, JA, 40-574.

LLORENS, LUIS R., *La falta o disminución del discernimiento, ¿constituye una incapacidad?*, LL, 2007-E-1106.

MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Los dementes y las reformas introducidas por la ley 17.711*, JA, doctrina 1972-166 y 167.

SALAS, ACDEEL E., *Código Civil anotado*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1979.

VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho procesal penal*, Córdoba, Lerner, 2006.

PRÁCTICA NOTARIAL

ACTO DE DISPOSICIÓN DE EXEQUIAS, CREMACIÓN E INHUMACIÓN

*María Mercedes Córdoba**

“Entierro de pobre, ya sabes, amigo.
Sin flores horribles de trapo, contigo”.

AZARÍAS PALLARIS

§ 1. *CARACTERIZACIÓN*

Una actividad que se considera distintiva del ser humano con relación al reino animal, ha sido desde tiempos remotos la realización de actos o rituales funerarios de mayor o menor complejidad. La capacidad o aptitud de abstracción del pensamiento humano capaz de imaginar y proyectar hacia el futuro y la incertidumbre sobre la posibilidad de existencia de vida tras la muerte, junto con la necesidad de reforzar la diferencia con la naturaleza animal puede haber llevado a nuestros ancestros a elaborar estos ritos. Lo cierto es que la comunidad ha reclamado tener derecho a opinar sobre qué debe hacerse con los cuerpos muertos a través de la religión, y el Estado regula de forma especial cómo debe hacerse la disposición de los cadáveres por motivos de salud pública. Factores religiosos, costumbres, geografía, medio ambiente y economía influyen en la manera en que se regulan estas prácticas.

Este tipo de actos también son una reafirmación de derechos. Hace a la dignidad humana reconocer que la voluntad es trascendente, aun al cuerpo.

* Abogada. Notaria titular de Registro de la Ciudad de Rosario. Miembro pleno del Instituto de Derecho e Integración (IDeI). Miembro del comité de redacción de esta revista.

§ 2. DERECHO DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CADÁVER

Superada la discusión sobre la naturaleza jurídica del cadáver, creemos que el derecho de disposición sobre él se inserta entre los derechos humanos, al ser la vida y la muerte las dos caras de un mismo fenómeno, al ser la persona libre por naturaleza y poder disponer en vida todo lo que considere respecto a su muerte. Intentaremos delinear un modelo esquemático de disposición de exequias que será completado a medida de cada requirente, según sus preferencias y realidades personales. Para garantizar el derecho es que surge la posibilidad de documentar la voluntad en orden a determinar el destino final del cadáver como un todo, que incluiría inhumación, cremación, realización de investigaciones científicas o con fines docentes, realización de ritual funerario; en cuanto a la determinación del lugar de reposo final, exhumación, destino de las cenizas, inmersión en el mar, criogenización; en orden a determinar sobre la integridad física del cadáver, autopsia, embalsamamiento y otras técnicas de preparación del cadáver y en orden a determinar sobre partes del cadáver, donación de órganos, tejidos y otras piezas anatómicas con fines de trasplantes para salvar vidas humanas, donación de órganos, tejidos y otras piezas anatómicas para fines docentes o de investigación científica.

La temática está regulada en el art. 61 del Cód. Civil y Comercial que expresa: “Exequias. *La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o esta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad*”.

Criticamos la expresión plenamente capaz. Replicamos lo dicho en ocasión de tratar el tema de directivas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con capacidad restringida, entendiendo que toda persona con independencia de su edad y grado de madurez tiene derecho a comparecer en el

acto escriturario. En personas con enfermedades degenerativas puede ser de especial interés personal para la persona que su cuerpo sea utilizado para investigación y no se ve sentido en prohibir o limitar en forma genérica este derecho personalísimo.

§ 3. *EL ACTO*

La disposición sobre exequias puede ser incorporada a cualquier acto de autoprotección o incluso dentro de los testamentos. En este caso lo hemos tratado como un acto autónomo. En cuanto a la forma no se requiere ninguna. El artículo analizado especifica “por cualquier forma”, por lo que podrían disponerse incluso verbalmente lo que no generará inconvenientes mientras todos los deudos estén de acuerdo, mas consideramos que la escritura le otorga una certeza indubitable a la voluntad que no garantizan las otras modalidades. Quizá puede plantearse que es un acto menor, casi sin consecuencias jurídicas. No creemos que sea así; por ejemplo, si se solicita la cremación del cuerpo no quedará material genético del causante para hacer pruebas de ADN lo que puede generar una serie de conflictos con consecuencias patrimoniales concretas. Otras formas como instrucciones verbales, instrumento particular, instrumento privado o instrumento privado con firma certificada son válidas y cada una tendrá su propia eficacia probatoria. Mayores solemnidades como la presencia de testigos pueden aceptarse. En nuestro modelo incorporamos la presencia de un testigo. También hay un párrafo dedicado a la publicidad del acto, ya que en nuestro colegio pueden inscribirse en una sección especial del Registro de Actos de Auto-protección; esto deberá ajustarse a cada demarcación notarial. Por último, en el modelo hemos incorporado la designación de una persona como interlocutor para el cumplimiento de la voluntad del fallecido. Escapa a este trabajo definir si se trata de un representante o de un albacea. El Código establece el orden de prelación de personas autorizadas a la disposición del cadáver, aclarando que tienen obligación de darle el destino que hubiera dado el fallecido. No hay obstáculo legal alguno a que sea un tercero designado por el disponente.

Por último queremos reforzar la idea de que este tipo de actos también son una reafirmación de derechos. Hace a la dignidad humana reconocer que la voluntad es trascendente aun al cuerpo.

ANEXO

MODELO DE ESCRITURA FICTICIA

DISPOSICIONES ANTICIPADAS PARA LAS PROPIAS EXEQUIAS, CREMACIÓN E INHUMACIÓN

En ..., a ... días del mes ... del año ..., ante mí, escribana autorizante, comparece ... [datos y justificación de identidad conforme arts. 305 y 306 del Cód. Civil y Comercial]. Y expone: I) Que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales. II) Que viene por la presente a otorgar disposiciones anticipadas para las propias exequias, cremación e inhumación a fin de que inmediatamente de ocurrido su fallecimiento se cumpla con su voluntad aquí expresada. III) Que fundamenta el derecho a efectuar las siguientes disposiciones en el pleno ejercicio de la autonomía de su voluntad y de sus derechos personalísimos, reconocidos por los principios generales del derecho, por nuestra Constitución nacional y en un todo de acuerdo con lo dispuesto por el art. 61 y conchs. del Cód. Civil y Comercial de la Nación. IV) Disposiciones para después de su fallecimiento: Que es su voluntad que tras su fallecimiento: a) *Donación de órganos*: La declarante desea donar sus órganos para trasplante. Si los médicos los considerasen no aptos para trasplantes no autoriza su uso de otra manera [Aquí pueden incorporarse las distintas variantes en cuanto al uso terapéutico, científico o pedagógico, por ejemplo la donación a entidades que los reciben para su uso]. b) Dispone que sus restos sean [velados o no, y toda disposición sobre el tipo de rituales, religiosos o seculares, instrucciones sobre el ceremonial funerario, comunicación a distintos parientes, tiempo después de la muerte a realizarse el funeral, etc.] y cremados y sus cenizas esparcidas ... [el notario debería instruir al disponente sobre las restricciones sobre la disposición de las cenizas contenidas en las reglamentaciones locales]. c) Que designa para hacer cumplir su voluntad

aquí expresada a ... a quien encomienda realizar todos los trámites necesarios a tal fin. *d) Publicidad:* Que a efectos de garantizar el conocimiento oportuno del presente otorgamiento y la eficacia de sus disposiciones, solicita a la escribana autorizante: 1) Que se inscriba en el Registro de Actos de Autoprotección del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª circunscripción. 2) Que, además de la primera copia que le corresponde de la presente escritura, se expida otra primera copia para ser entregada a ..., a quienes autoriza a requerir informes al Registro de Actos de Autoprotección y a solicitar la expedición de segundas o ulteriores copias de la presente, cuando lo consideren conveniente. Se encuentra presente ... [datos personales] quien concurre en carácter de testigo que lo ha presenciado en forma íntegra y ... [datos personales] quien manifiesta conocer la voluntad del compareciente aquí plasmada y las instrucciones que ha impartido, y declara su total aceptación y conformidad. En su testimonio, previa lectura y ratificación, así la otorgan y firman los comparecientes como acostumbran a hacerlo habitualmente, todo ante mí, escribana autorizante, de lo que doy fe.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANO, CARLOS A., *El cuerpo humano, sus partes anatómicas y el cadáver como objeto de los actos jurídicos*, en http://sedici.unlp.edu.ar/sistreamo/handle/10915/50582/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1.
- CIFUENTES, SANTOS, *Derechos personalísimos*, Bs. As., Astrea, 2008.
- CLUSELLAS, EDUARDO G. (COORD.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 2015.
- ENRÍQUEZ SORDO, JORGE, *¿Existe un derecho de disposición sobre el cadáver? Un estudio desde la realidad cubana en los ámbitos del derecho civil y la bioética*, Valencia, Idibe (Instituto de Derecho Iberoamericano), 2017.
- GUZMÁN LOZANO, JORGE A., *La naturaleza jurídica del cadáver revisión y tendencia*, en <http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view-File/1489/1429>.

CONGRESOS Y JORNADAS

DESAYUNO DE TRABAJO

“EL SER HUMANO Y SUS CIRCUNSTANCIAS. EL DERECHO Y SUS RESPUESTAS”

El día 28 de junio de 2019 el IDEI llevó a cabo, como cada año, su tradicional desayuno de trabajo. Luego de la presentación del libro: *Autonomía progresiva. Evolución de las facultades de niñas, niños y adolescentes*, de autoría de MARÍA CLAUDIA TORRENS, miembro pleno del instituto, se puso en escena la obra *En la cola del cajero*, por el Grupo de Teatro del IDEI, con el guión y la dirección de la escritora STELLA STERLICH.

Contamos con la valiosa presencia de la notaria de la ciudad de Lima ROSALÍA MEJÍA, quien viajó especialmente desde su país para compartir este evento con nosotros. Nuestro profundo agradecimiento para ella.

Posteriormente, mientras compartimos un agradable desayuno, a partir de las preocupaciones y conflictos expresados por cada uno de los personajes de la obra, debatimos, en diferentes grupos integrados por abogados y escribanos, las posibles respuestas jurídicas a cada situación.

Los temas centrales del debate giraron en torno a renta vitalicia, fideicomiso de administración, fideicomiso testamentario, testamento, porción disponible, mejora estricta, atribución preferencial, derecho de habitación del cónyuge y conviviente.

Presentamos a continuación un resumen de las circunstancias de cada personaje, de las preguntas planteadas y de las conclusiones a las que se arribaron.

Priscila

La situación que relata Priscila tiene que ver con su relación convivencial que duró más de 25 años y la muerte de su pareja, quien era el propietario de la vivienda sede del hogar convivencial. Este había tenido un hijo antes de su relación con Priscila, y con ella tuvieron otro hijo, que hoy tiene 25 años. Priscila teme que los hijos reclamen su herencia y deba dejar su hogar de tantos años. Dado que ella no tiene otra vivienda ni medios suficientes para procurársela, es una situación que le angustia.

Nos preguntamos:

¿Qué derechos tiene Priscila?

¿Tiene Priscila alguna protección legal que le permita seguir viviendo en su hogar?

¿Si Priscila se casa con Adalberto cambia su situación?

La situación de Priscila nos llevó a las siguientes conclusiones:

1) Tras el fallecimiento de la pareja de Priscila heredan sus hijos. Como no estaban casados, Priscila no es heredera forzosa. Tampoco puede invocar el derecho real de habitación vitalicio y gratuito, que reconoce el art. 2383 del Cód. Civil y Comercial, sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar de ambos. Si su pareja hubiese hecho un testamento, podría haber heredado sobre la porción disponible.

2) Priscila tiene derecho real de habitación por el plazo de dos años (art. 527, Cód. Civil y Comercial). No tiene que poseer bienes inmuebles ni dinero para adquirirlos. Este derecho real opera *ipso iure* pero debe inscribirse en el Registro de la Propiedad para que sea oponible a los herederos del causante.

3) El art. 527 del Cód. Civil y Comercial no menciona que la convivencia deba estar inscrita, por lo que entendemos que, si bien dicha inscripción es un medio de prueba, no es requisito *sine qua non* para que se otorgue *ipso iure* el derecho de habitación convivencial. Se puede probar la convivencia por cualquier medio fehaciente.

4) Debe presentarse al sucesorio y solicitar el reconocimiento de este derecho. Puede renunciarse.

5) Si Priscila inicia una relación convivencial con Adalberto pierde el derecho real de habitación, al igual que si contraen matrimonio. Pero en este último caso adquiere otros derechos como cónyuge. Por ejemplo, en caso de fallecer Adalberto, Priscila se convierte en heredera forzosa y le correspondería el derecho de habitación viudal, que es más amplio que el convivencial.

6) Priscila puede pedir la compensación económica por el desequilibrio manifiesto que le ocasiona la muerte de su conviviente. (art. 524).

7) La notaria ROSALÍA MEJÍA, que ha venido especialmente desde Lima para compartir este evento, comenta la legislación peruana y la vocación hereditaria del conviviente y sus requisitos.

Adalberto

Adalberto comenta sus preocupaciones en la cola del cajero automático, pues se encuentra en una situación similar a la de Priscila y tampoco desea abandonar su hogar. Aunque sus circunstancias varían, pues estaba casado. Siempre vivió con su familia en la misma propiedad. Hace un tiempo enviudó. Tiene dos hijos mayores de edad, quienes desean vender la casa, a lo cual él se niega. Expresa que la vivienda se encuentra en su barrio de toda la vida y es su pretensión continuar allí.

Nos preguntamos entonces sobre la situación de Adalberto:

¿Qué derechos puede invocar?

¿Cambia la situación si la casa es un bien propio de Adalberto, de la comunidad ganancial o un bien propio de su cónyuge?

¿Podría haber previsto esta situación en vida de su cónyuge?

Del debate surgieron las siguientes conclusiones:

1) En principio es importante determinar el estado de familia al momento de la adquisición del bien, incluso si se compró con dinero propio o ganancial. Si se trata de un bien propio de Adalberto el inmueble no ingresa en la sucesión de su esposa. Si el bien es ganancial los hijos son herederos de la mitad, y si es propio del cónyuge, Adalberto junto con sus hijos son herederos forzosos.

2) Le corresponde el derecho real de habitación viudal legislado en el art. 2383 del Cód. Civil y Comercial. La norma

dispone que se reconoce este derecho al cónyuge supérstite sobre el inmueble de propiedad del causante, el cual constituyó el último hogar conyugal. Es muy importante analizar el título de adquisición del inmueble, por la limitación establecida en dicho artículo respecto del condominio. No obstante, esta limitación no opera en el supuesto de condominio con el cónyuge supérstite y tampoco cuando se trate de un bien ganancial de propiedad exclusiva de este último. Ello es así, puesto que en ambos casos el cónyuge supérstite será beneficiario de una parte indivisa del bien y la restricción se extendería sobre la parte restante, siendo en este caso procedente, toda vez que también lo será cuando no tiene participación alguna en él, por aplicación del principio general del derecho: "quien puede lo más puede lo menos".

3) Otra posibilidad para Adalberto la da el art. 2381 que regula la atribución preferencial, por la cual, al momento de practicar la partición de la herencia, puede solicitar que se le adjudique el inmueble en su hijuela.

4) En caso en que el inmueble se adquirió o construyó total o parcialmente con fondos gananciales, Adalberto puede oponerse a la partición mientras viva, excepto que pueda serle adjudicado el bien en su lote (art. 2332, párr. último, Cód. Civil y Comercial)

5) Podría haberse previsto esta situación realizando en vida una donación a los hijos con reserva del usufructo vitalicio y con derecho de acrecer para Adalberto y su cónyuge. También podrían reservarse el derecho real de habitación (art. 2154) que es inembargable.

Rosa

Rosa es viuda, recibe una pensión, tiene casa propia y no tiene hijos. Le inquieta su situación económica, pues sus ingresos no son suficientes para mantener la casa y solventar sus gastos. Está sola y no cuenta con ayuda. Le preocupa también la posibilidad de tener que enfrentar problemas serios de salud y no poder atenderse a sí misma.

Sobre su situación nos preguntamos:

¿Cómo podría Rosa continuar habitando su vivienda y a la vez obtener de ella el dinero necesario para mantenerse y mantenerla?

¿Qué herramientas jurídicas pueden dar respuesta a su temor a la soledad, la enfermedad y la pérdida de su autonomía?

Llegamos a las siguientes conclusiones:

1) El contrato oneroso de renta vitalicia, regulado en el art. 1599 y ss. del Cód. Civil y Comercial, con reserva de usufructo, puede constituir una respuesta idónea a la primera preocupación de Rosa. Se trata de que transfiera el dominio de su propiedad, reservándose el usufructo, por una prestación periódica en dinero durante su vida, lo cual le permitiría solventar sus gastos y continuar habitando el inmueble como es su deseo. Es aconsejable garantizar el pago de la renta, por ejemplo, con una hipoteca. Es posible que algún familiar o vecino se interese en adquirir el inmueble, como inversión, abonando el precio con esta facilidad.

2) Los actos de autoprotección y las directivas médicas anticipadas permitirán a Rosa planificar su futuro para la eventual pérdida de su autonomía. Estas herramientas jurídicas nacieron en el ámbito notarial aun antes de que la legislación nacional las recepte, con fundamento en normas constitucionales y convencionales de protección de los DDHH. Actualmente se encuentran reguladas, quizá de manera insuficiente, en el art. 11 de la ley 26.529 (modif. art. 6º, ley 26.742) y en los arts. 59 y 60 del Cód. Civil y Comercial. Mediante las entrevistas necesarias el escribano interviniente deberá atender las inquietudes de Rosa y encontrar las personas que puedan representarla en el futuro para respetar su voluntad.

Zulma

Zulma cuenta que es casada, tiene un hijo con discapacidad que no puede valerse por sí mismo; ella y su marido lo cuidan y atienden todas sus necesidades. La desvela el futuro de su hijo en caso de fallecer ella y su marido. Desea que en esas circunstancias su hijo continúe viviendo en su hogar y reciba las atenciones que necesita y merece para asegurar su bienestar. Son propietarios de la vivienda y de un campo que explotan. Tienen otro hijo que no vive con ellos.

Nos preguntamos:

¿Qué herramientas jurídicas podrían proteger los derechos del hijo y garantizar que permanezca en su vivienda con los cuidados necesarios, si fallecen los padres?

¿Cómo podrían beneficiar a ese hijo sin vulnerar la legítima del otro heredero?

¿Se plantea Zulma la posibilidad de que aun en vida, ella y su cónyuge, por enfermedad, accidente o vejez, no estén en condiciones en algún momento de continuar atendiendo al hijo?

Arribamos a las siguientes conclusiones:

1) Como en todos los casos se imponen las necesarias entrevistas previas, pero según lo que expresa Zulma en la cola del cajero automático, cuenta con una persona de confianza que quiere a su hijo, y también otro hijo que podría llevar adelante la administración de los bienes en resguardo de su hermano con discapacidad si los padres no pudieran hacerlo. Con ambas personas se podría armar una estrategia jurídica para el caso planteado.

2) El fideicomiso testamentario, resulta un instrumento adecuado (arts. 1699 y ss., y 2493, Cód. Civil y Comercial).

3) Puede beneficiar a ese hijo sin vulnerar la legítima del otro heredero con la mejora para el heredero con discapacidad (art. 2448, Cód. Civil y Comercial).

4) Designar apoyo o curador para su hijo por escritura pública o testamento (arts. 139 y 106, Cód. Civil y Comercial).

5) El acto de autoprotección sería el instrumento adecuado para planificar el futuro de Zulma y su marido en caso de pérdida de su autonomía.

6) La notaria ROSALÍA MEJÍA nos comenta la reforma del régimen de capacidad del Perú, que rige a partir del año 2018 y el sistema de apoyos que reemplaza al de curatelas.

HORIZONTES

HONORARIOS Y ARANCELES

*Pedro Eugenio Marzuillo**

“Ganarás el pan con el sudor de tu frente, hasta que vuelvas a la misma tierra de la cual fuiste sacado ¡Porque eres polvo y al polvo volverás!” (Génesis, 3:19).

§ 1. ACLARACIÓN PREVIA

En principio deberíamos diferenciar el concepto de “honorario profesional” de los “aranceles profesionales”. El *Diccionario de la lengua española* define al primero como estipendio o sueldo que se da a alguien por su trabajo en algún arte liberal. Se entiende que el honorario es la retribución o contraprestación por una actividad intelectual, por una obra concluida, sin mediar relación de dependencia. Se pacta entre profesional y requirente. Mientras que el arancel consiste en la tarifa o tabla del pago de servicios profesionales que lo determina la autoridad competente –Poder Ejecutivo-Colegio de Escribanos– teniendo en cuenta valores y la importancia económica del servicio.

En nuestro país, las distintas legislaciones locales han ido regulando la actividad notarial a lo largo del siglo xx. Contienen el derecho de los notarios a percibir honorarios como con-

* Abogado, notario titular de Registro de Contratos Públicos de la Ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe. Profesor en la carrera de Notariado de la Pontificia Universidad Católica Argentina-Facultad de Derecho de Rosario. Miembro pleno del Instituto de Derecho e Integración (IDeI) del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe (2ª Circunscripción-Rosario).

traprestación de servicios profesionales, sin embargo muchas de ellas agregan que dichos honorarios deben estar regulados por los aranceles que se determinarán por ley.

Con posterioridad y casi culminando el siglo xx, el Poder Ejecutivo nacional mediante decr. 2284/91 (BO, 1/11/91) inició el conocido proceso de “desregulación económica” comenzado con la anulación de orden público de los aranceles profesionales (art. 8º) y luego mediante el decr 240/99 (BO, 23/3/99) –ratificado por ley del Congreso nacional 24.307– legisló la desregulación sobre un conjunto de regímenes profesionales, entre ellos el de los notarios.

§ 2. *LEGISLACIONES LOCALES*

A modo ejemplificativo, se citan algunas de las leyes orgánicas del notariado argentino que consagran el derecho del notario a percibir un honorario profesional y, a su vez, que esté determinado por un arancel, tal como:

a) La ley notarial de la provincia de Buenos Aires (9020/78, t.o. por decr. 8527/86, modif. por leyes 10.542, 11.138, 12.008, 12.623, 14.099, 14.152 y 14.154) determina en su art. 37 que “los notarios percibirán sus honorarios por la prestación de servicios con arreglo al arancel que se establezca por ley”, sin embargo y previo al honorario existe un principio ético determinado por el art. 32 que es “deber del escribano proceder de conformidad con las reglas de la ética. Constituyen en general faltas de ética, los actos que afecten el prestigio y el decoro del cuerpo notarial o que fueren lesivos a la dignidad inherente a la función o que empañen el concepto de imparcialidad propio de la actividad notarial o que importaren el quebrantamiento de las normas de respeto y consideración que se deben los notarios entre sí”.

b) La ley orgánica del notariado de Santa Fe en su art. 59 regula: “Los escribanos públicos podrán convenir libremente con sus clientes los honorarios por sus servicios profesionales. Los convenios sobre honorarios deben formalizarse y aprobarse por escrito y sus efectos no podrán ser opuestos ni invocados por terceros. Cuando no existiera convenio serán de aplicación los aranceles que establezca el Poder Ejecu-

tivo a solicitud del Colegio de Escribanos” (texto incorporado por ley 10.965, modif. ley 6898 orgánica del notariado santafesino).

c) La ley orgánica de la provincia de Entre Ríos (6200) en su art. 32 dispone: “Los escribanos percibirán la retribución de sus servicios notariales mediante honorarios fijados por la ley de arancel respectiva”. Y el art. 33 dice: “La ley de aranceles establecerá el procedimiento a seguirse en caso de que las partes se nieguen al pago de los gastos u honorarios o se desconformen con la liquidación practicada”.

d) La ley notarial de la provincia de Formosa (719, modif. por ley 1219, año 1997) en su art. 26 establece: “Los escribanos percibirán sus honorarios por la prestación de servicios con arreglo al arancel que se establezca por ley”. Mientras que la ley orgánica del notariado de la provincia del Chubut (ley III, n° 25 –antes ley 5055–) dentro de las atribuciones del Colegio de Escribanos, estipula la de “fijar los aranceles y honorarios profesionales, los que serán de cumplimiento obligatorio” (art. 53 *in fine*).

e) La ley orgánica de la provincia de San Luis (ley XIV-0360-2004 –5721–) establece en su art. 23: “Los aranceles notariales serán determinados por ley y la forma de su percepción será reglamentada por el Colegio de Escribanos”.

f) La ley orgánica del notariado de la provincia de Córdoba (4183, del 6/6/75) regula un minucioso sistema de aranceles entre los arts. 82 a 97 inclusive dentro de la Sección –De la Retribución de los Servicios Notariales. Capítulo único– del Arancel Profesional.

g) La ley orgánica de Ciudad Autónoma de Buenos Aires (404, sancionada el 15/6/00, promulgada el 12/6/00, BO, 24/6/00) en su art. 25 establece que “los aranceles notariales serán determinados por ley”. Y luego, dentro de las facultades del Colegio de Escribanos establece en el art. 124, inc. a: “Prever en los aranceles la fijación de honorarios mínimos respecto de actos y contratos de ningún o pequeño valor patrimonial en los que fueren parte jubilados, pensionados o discapacitados de escasos recursos o personas, también de escasos recursos, carentes de ocupación laboral al tiempo del otorgamiento” (conf. art. 33, ley 3933, BOCBA, 17/11/11).

§ 3. PROCESO DE “DESREGULACIÓN ECONÓMICA”

Con este proceso, el notario adquiere la libertad de estipular con los requirentes sus honorarios y las tablas de aranceles subsistentes solo a los efectos de dar cumplimiento al pago de los aportes sociales al Colegio notarial respectivo. No obstante la libertad expresada, existen normas éticas que regulan la materia con el fin de mantener una retribución incólume. Como ejemplo se cita el Código de Ética del Colegio de Escribanos de Santa Fe (aprobado mediante acta 528 del Consejo Superior, res. 1), cuyo art. 5º ha determinado: “Las normas que imponen la desregulación no pueden ser invocadas para fundamentar la alteración de los principios éticos en que se basa el ejercicio de la función notarial. No es justificable en tal sentido la rebaja desproporcionada de honorarios, cuando dicha actitud tenga como finalidad el desplazamiento de otro colega”. A su vez, el art. 7 establece: “Implica falta de ética percibir honorarios no proporcionados a la importancia del acto y a la labor desarrollada, cuando ello se lleva a cabo con la intención de captar trabajo que de otra manera no le sería asignado al escribano actuante”. Principios éticos que tienden a contener los efectos no deseados de una desregulación que ocasiona el desprestigio de la profesión notarial.

§ 4. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LIBRE ELECCIÓN DEL NOTARIO

Ante el proceso de desregulación se ha temido la competencia desleal, vale decir, con la finalidad de desplazar a un colega otro ofrece un mismo servicio profesional determinando un honorario desproporcionadamente inferior. Sin embargo, existe un problema no menor relacionado con el otro extremo. Se vincula con la fijación de un honorario desproporcionadamente alto en los casos donde el requirente se ve compelido a contratar con el notario como excepción al principio de libre elección del notario.

La libertad de elección del notario de confianza es un derecho inalienable. Ante la norma general de libertad en la elección del notario como profesional suelen surgir casi de inmediato las excepciones a este principio como el caso de ventas

simultáneas a diferentes compradores con un mismo título de adquisición. La justificación de esta excepción radica lo antieconómico que resultaría la elección de diversos profesionales para instrumentar un acto existiendo un mismo título de adquisición y a su vez teniendo una única mayor área. Otro caso de excepción es el de las ventas de inmuebles que no se efectúan simultáneamente. Como el de los loteos, propiedad horizontal, fideicomisos de construcción, entre otros. La justificación reside también en que al existir un mismo título de adquisición resulta antieconómico que cada comprador elija su escribano.

Sin embargo, vemos en la práctica que el adquirente o comprador al perder ese derecho de elegir a su profesional de confianza se ve perjudicado aún más, ya que los honorarios en muchos casos no suelen ser ni siquiera cercanos a la vieja tabla de aranceles profesionales. Advertimos entonces que en ocasiones no es correcto apartarnos del principio general, ya que se termina ejecutando un resultado antieconómico: honorarios desproporcionadamente altos, que precisamente es lo que se pretende evitar. En estos supuestos, es decir, ante la imposibilidad de libre elección de notario, sería indispensable la determinación de los honorarios profesionales al momento de contratar, o bien que las partes apliquen las viejas tablas de aranceles.

Para finalizar, ante la existencia de un conflicto entre partes, frente a las legislaciones locales que establecen el derecho de percibir un honorario dentro de parámetros éticos y una desregulación a nivel nacional, deberemos recurrir a lo preceptuado en el Código Civil y Comercial de la Nación. Por una parte, el art. 1251 define el contrato de locación de obra o servicios diciendo que en la locación de obra o servicios, una parte “contratista” o “prestador independiente” se obliga a prestar a otra “comitente” una obra material o intelectual o servicio a cambio de retribución. Además, por aplicación analógica de los principios del apoderamiento, que a partir del Código Civil y Comercial se presume oneroso (art. 1322)¹. Y finalmente, el mismo cuerpo legal en el art. 1255 establece que para la deter-

¹ Art. 1322 del Cód. Civil y Comercial: “Onerosidad. *El mandato se presume oneroso. A falta de acuerdo sobre la retribución, la remuneración es la que establecen las disposiciones legales o reglamentarias aplicables, o el uso*”.

minación del precio dentro de las obras o servicios se debe tener en cuenta el contrato, la ley, los usos y la decisión judicial². Agrega que las leyes arancelarias no pueden cercenar facultad de las partes a determinarlo y si depende de determinación judicial, debe estar ajustada equitativamente teniendo en cuenta la labor del prestador. Por esta razón se debería sugerir la determinación de la retribución del notario dentro del mismo contrato, fundado en el principio de la buena fe.

² Art. 1255 del Cód. Civil y Comercial de la Nación: “Precio. *El precio se determina por el contrato, la ley, los usos o, en su defecto, por decisión judicial. Las leyes arancelarias no pueden cercenar la facultad de las partes de determinar el precio de las obras o de los servicios. Cuando dicho precio debe ser establecido judicialmente sobre la base de la aplicación de dichas leyes, su determinación debe adecuarse a la labor cumplida por el prestador. Si la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida, el juez puede fijar equitativamente la retribución*”.

FE DE ERRATAS

Revista Derechos e Integración n° 14

Por tratarse de un error material involuntario, donde se consigna “*Cesión* de responsabilidad parental”, tanto en la Tabla de contenido (página 7), el título de la sección “*Práctica Notarial*” (página 105) y en la contratapa, debe leerse: “*Atribución y delegación* del ejercicio de la responsabilidad parental”.

PAUTAS PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS

A) SOBRE LAS SOLICITUDES DE PUBLICACIÓN

La revista IDEI publica trabajos relacionados con las especialidades que se vinculan a los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad. Abarca el análisis de la condición jurídica y social de las personas menores de edad, personas con discapacidad, personas mayores, entre otros colectivos que requieren una protección jurídica complementaria para el ejercicio pleno de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas y el diseño de herramientas jurídicas idóneas para garantizar dicho ejercicio. Cuenta con las siguientes secciones: a) *Doctrina*: trabajos de investigación originales e inéditos artículos monográficos, aportes teóricos o metodológicos que abordan, desde la mirada y el discurso jurídico e interdisciplinario, temas vinculados a los objetivos de la revista descripción de los trabajos que se encuentran en esta sección e la revista, p.ej. trabajos de investigación, artículos monográficos, de revisión, aportes teóricos o metodológicos. b) *Legislación*: difusión de los avances legislativos, proyectos y modificaciones en los temas abordados descripción. c) *Jurisprudencia*: publicación de fallos de tribunales provinciales, nacionales e internacionales referidos a derechos de las personas en situación de vulnerabilidad y sus comentarios descripción. d) *Jornadas y congresos*: publicación de las conclusiones de diferentes eventos científicos en relación a los temas que aborda la revista. e) *Práctica notarial*: Publicación de proyectos de documentos jurídicos notariales que garantizan el ejercicio de derechos fundamentales de las personas descripción de lo que se encuentra en esta sección. f) *Horizontes*: Sección abierta a la publicación de breves relatos, notas, artículos y comentarios de temas libres. descripción de lo que se encuentra en esta sección.

B) ESTILO Y ESTRUCTURA DE LAS PUBLICACIONES

§ 1. PAUTAS EDITORIALES GENERALES, PARA TODO TIPO DE CONTRIBUCIÓN

a) *Idioma*: solo se admitirán trabajos escritos en idioma castellano.

b) *Formato de envío*: los trabajos deberán realizarse en procesador de texto con la extensión .doc o similares y enviarse por correo electrónico a la dirección idei@colescribanos.org.ar.

- c) *Tipografía*: fuente Arial, 12 pts.; notas al pie, 10 pts.
- d) *Márgenes*: superior e inferior: 2,5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- e) *Interlineado*: cuerpo principal y notas al pie 1,5 líneas.
- f) *Alineación*: texto completo justificado.

§ 2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

El estilo de citación de la revista IDEI tiene como base la norma internacional ISO 690:12^a ed. 1987, con las adaptaciones que se detallan a continuación. Para las referencias bibliográficas se utiliza el método de *notas secuenciales a pie de página con bibliografía completa, citada al final (Bibliografía)*. En este sistema, cada vez que el autor quiera complementar el texto del cuerpo principal del trabajo con un texto secundario o la referencia a una fuente, debe insertar un número superíndice que reenvía a las notas al pie, las cuales deberán colocarse en forma consecutiva a partir de la número 1 (1, 2, 3,...). Todas las citas bibliográficas a pie de página (de la primera a la última) se describirán en forma abreviada y en la bibliografía final, en forma completa. La bibliografía citada se registrará al final del texto, ordenada alfabéticamente por apellido de autor. Si dos o varias obras tienen el mismo autor, se subordinarán alfabéticamente conforme al título. Se utilizará sangría francesa al inicio de cada obra. Se usará el guión largo o raya cuando se repitan los mismos autores en la bibliografía final. Seguidamente, se indicará la forma de describir cada tipo de material de manera abreviada *En notas al pie* y de modo completo en la bibliografía final y se darán ejemplos.

a) Libros

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra), si hay más de un autor se separa con guiones; título (en cursiva o bastardilla)¹, sin subtítulos; tomo, volumen (si lo hubiere) páginas.

Ejemplos:

ETCHEGARAY, *Escrituras y actas notariales*, p. 98.

CLUSELLAS, *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, p. 154.

AARNIO - GARZÓN VALDÉS - USITALO, *La normatividad del derecho*, p. 21 a 78.

En la bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título y subtítulo (en cursiva o bastardilla). Agregar solo el subtítulo principal. *No describir el contenido de la obra, que muchas veces aparece debajo del título o del subtítulo propiamente dicho*; n° de edición: en arábigos y según abreviaturas; labor de traducción, revisión o similares, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

¹ Un título puede tener un subtítulo principal o destacado y otras informaciones sobre el título. El subtítulo propiamente dicho es una *frase* que suele acompañar y detallar o especificar al título; habitualmente figura en la portada en una tipografía más pequeña o diferenciada.

Ejemplos:

ETCHEGARAY, NATALIO P., *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

CLUSELLAS, EDUARDO G., *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

b) *Parte de libro (capítulo, sección o párrafo completo de obra de más de un autor y donde se especifica quién escribió cada parte):*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s (del director/editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); tomo o volumen (si lo hubiere), y número de páginas.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, “Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito”, en GUIBOURG, *Informática jurídica decisoria*, p. 191 a 211.

KLAMI, “Res ad ethicam venit”, en AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 17 a 36.

En la bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); si reviste alguna jerarquía especial, consignarla abreviada entre paréntesis (director, coordinador, editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); nº de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas, tomo o volumen (si lo hay); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, GLADYS S., “Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito”, en GUIBOURG, RICARDO A. (dir.), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

KLAMI, HANNU, “Res ad ethicam venit”, en AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

c) *Artículo de revista*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) y sin subtítulo. Si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol., y/o nº o si no dispone de esa numeración, mes abreviado y año de publicación en arábigos; números de páginas.

Ejemplos:

ALEXY, *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, "Derechos y Libertades", año V, nº 8, p. 21 a 41.

STIGLITZ, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, nº 9, p. 944 a 947.

En la bibliografía final

Autor: apellido/s (en fuente versales), nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título del artículo: con subtítulo (en cursiva o bastardilla); título de la revista: con subtítulo (entre comillas). Si es conocida por su sigla o abreviatura ella va en cursiva, sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o nº, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas.

Ejemplos:

ALEXY, ROBERT, *La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático*, "Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid", año V, nº 8, ene.-jun. 2000, p. 21 a 41.

STIGLITZ, GABRIEL, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, nº 9, oct. 2013, p. 944 a 947.

d) *Libros y documentos publicados en internet*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); Título del libro (en cursiva o bastardilla); URL o DOI (*Digital Object Identifier*): Si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

En la bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona (si la hubiere); datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año; URL o DOI (*Digital Object Identifier*): Si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, Buenos Aires, CLASO, 2012, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

e) *Artículos de revistas publicados en internet*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la re-

vista (entre comillas) sin el subtítulo si lo tuviere. Si es conocida por su sigla o abreviatura, las iniciales van en cursiva o bastardilla: *URL* o *DOI* (*Digital Object Identifier*); si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, <http://estudiosdeldesarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, *Elder Law*, "Ageing International", DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

En la bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla), con subtítulos; título de la revista (entre comillas) con subtítulos; si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas (si lo hubiere); URL o DOI (Digital Object Identifier): Si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, ERAMIS, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, "Observatorio del desarrollo", vol. 1, n° 4, <http://estudiosdeldesarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, M. ISOLINA, *Elder Law. A need that emerges in the course of life*, "Ageing International", sep. 2013, DOI 10.10/S12126-013-91193-4

f) *Congresos, conferencias, simposios, u otras reuniones o eventos académicos*

Las conferencias publicadas como libro o artículos de revistas deben registrarse según las reglas para esos tipos de fuentes. El resto de los materiales presentados en eventos académicos debe registrarse según la siguiente fórmula:

En notas al pie

Autor de la ponencia o "paper": apellido/s en fuente versales; Título de la ponencia o "paper" (entre comillas); Número y nombre del Congreso o evento: antecedido por la frase "presentado en" (en cursiva o bastardilla); Disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en Internet, agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, "Considerazioni sul precedente", *presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

En la bibliografía final

Autor de la ponencia, "paper": apellido/s en fuente versales, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título de la ponencia, o "paper", etc. (entre comillas); número y nombre del congreso o evento, etc. antecedido por la frase "presentado en", (en cursiva o bastardilla); lugar y fecha de realización del evento (ciudad del evento, día, mes abreviado según Anexo 4, y año en números arábigos); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en Internet agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, *presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho sobre “Verdad, Justicia y Derecho”*, Ushuaia, 1 a 3 oct. 2015, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>

g) *Jurisprudencia:*

Los fallos se citan *solo en notas al pie, teniendo en cuenta la tabla de abreviaturas de títulos de revistas y bases de datos jurídicas y la tabla de abreviaturas de organismos del Poder judicial*, ver Anexos 5 y 6 respectivamente.

En notas al pie (para todo tipo de Tribunal)

Tribunal (si no es nacional, indicar de dónde es el juez), lugar de la jurisdicción, Sala o Secretaría (si corresponde); Fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en caso de corresponder, título de revista impresa o sigla, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplo:

CCivCom Mercedes, Sala II, 12/09/15, “Agüero, Carlos c/González, Arturo s/ incidente de verificación”, *LLonline*, 2015-A-98.

En notas al pie (para Fallos de la Corte Suprema Argentina).

CSJN; Fecha (día/mes/año); Carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en el caso de Fallos publicados en la revista de la CSJN colocar únicamente, n° de tomo: página. Si está publicado en alguna otra revista, colocar el *título de revista* impresa, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplos:

CSJN, 3/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/ amparo”, *Fallos*, 312:986.

CSJN, 3/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/ amparo”, *LL*, 1984-B-183.

h) *Legislación*

La cita de la legislación se registra en el cuerpo principal del texto entre paréntesis. Las leyes nacionales se citan por el número (ley 24.240). Las leyes provinciales se citan indicando y el número y la provincia (ley 10.000 de Santa Fe). Los decretos nacionales se citan por el número/año de vigencia (decr. 386/07). De tratarse de un decreto provincial, se citan por el número/año de vigencia y la aclaración de la provincia de que se trate (decr. 386/07 de Río Negro). En todos los casos, de ser un decreto anterior a 1920, se registran los cuatro números del año. En los demás casos referidos a disposiciones normativas de menor jerarquía, se indica la clase de fuente legal, seguido de la sigla del organismo que la dictó y el número/año (res. IGJ 7/15; ord. munic. 6287/96CD de Rosario). En el caso de la legislación extranjera, se utiliza el mismo mecanismo, pero se adiciona el nombre de la ley, decreto etc., desarrollado y con iniciales en mayúsculas.

§ 3. INCLUSIÓN DE IMÁGENES Y TABLAS

Dentro del texto principal del trabajo solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos en formato *.jpg.

§ 4. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA DOCTRINA

Los estudios no podrán exceder de 30 páginas con 22 renglones cada una, sin contar con las citas bibliográficas. Deberán incluir: título, subtítulo, si así lo re-

quiere; resumen, abstract, palabras clave en español y en inglés. El título deberá ir en mayúsculas, el resumen tendrá un máximo de mil (1.000) caracteres con espacios, y se registrarán cinco (5) palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave deberán figurar en español e inglés. Secciones, subsecciones y párrafos: En caso de corresponder, los títulos de las secciones del artículo deberán estar escritos en negrita y centrados al ancho de la página, listados en letras mayúsculas (A, B, C). No colocar una Sección A si no hay al menos una Sección B.

Los títulos de las subsecciones, que excepcionalmente correspondan, deberán estar escritos en letra negrita y centrados al ancho de la página, numerados por números arábigos (1, 2, 3). La numeración de las subsecciones comienza en 1 para cada sección. No colocar una subsección 1 si no hay al menos una subsección 2. Los párrafos son la unidad temática básica. Deberán estar en letra cursiva o bastardilla y negrita, listados en forma sucesiva a lo largo de todo el texto del artículo, independientemente de que pertenezcan a distintas secciones o subsecciones (§ 1, § 2, § 3).

C) ENVÍO DE LAS CONTRIBUCIONES

§ 7. MODO DE REMISIÓN

Para garantizar el cumplimiento de las pautas de evaluación, los trabajos deben ser enviados en un archivo electrónico en formato .doc o similares, nombrado con las tres (3) primeras palabras del título, y *sin la identificación del autor*. Su nombre y apellido, pertenencia institucional, cargos y datos de contacto, deberán enviarse en otro archivo con extensión .doc y encabezado con el apellido del autor seguido de las tres (3) primeras palabras del título.

§ 8. CORREO ELECTRÓNICO

Las contribuciones, ajustadas a las pautas editoriales referidas, deben dirigirse a idei@cescribanos.org.ar.

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Sres. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe
2ª Circunscripción

At.: Revista IDEI

De mi mayor consideración:

Ref. Autor/a del artículo /Título del artículo

Por medio de este documento, dejo constancia de que soy autor/a originario/a del trabajo que ofrezco para su posible publicación en la revista IDEI del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción, ya que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y las referencias a materiales ya publicados están correctamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las citas bibliográficas al pie y en la bibliografía final.

Por lo antepuesto, asumiré cualquier reclamo relacionado con derechos de propiedad intelectual, del material aquí ofrecido, eximiendo de responsabilidad al Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción. Además, dejo constancia de que este artículo no ha sido presentado para su publicación en otra revista, obra monográfica, ni bajo ninguna otra forma.

En caso de que el artículo ofrecido sea aprobado para su publicación, como autor/a y propietario/a de los derechos de autor autorizo de manera ilimitada en el tiempo al Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción para que incluya dicho texto en la revista IDEI, para que pueda reproducirla, editarla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, internet o cualquier otro medio conocido o por conocer, por sí o por un tercero autorizado por ella.

Como única contraprestación por la presente autorización, declaro mi conformidad de recibir dos (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

Se firma esta declaración a los ... días, del mes de ..., del año ..., en la ciudad de ...

Nombre/s y apellido/s del autor/a, firma, número de documento de identidad, teléfonos, domicilio particular y correo electrónico.