

“APORTES PARA UN ESTUDIO DE TÍTULOS”

Docentes: Sonia Salgado y Andrea Tellechea

Coordinadora: Prof. Dora Bagdassarian

SUMARIO

- **Introducción**
- **Concepto de estudio de títulos y proceso dominial.**
 - Como se realiza la operación de estudio de títulos?
 - Que es el relacionado de procedencias?
 - Dificultades
- **Objetivo del estudio de títulos.**
 - Prueba de la titularidad
 - i. Imposibilidad de reivindicación por parte del Estado y del Municipio. Salida Fiscal y Salida Municipal.
 - ii. Imposibilidad de reivindicación por parte de los particulares
 - Obtención de un título que ofrezca el menor número de riesgos posibles.
- **Documentación a estudiar.**
 - Títulos
 - Elementos individualizantes del objeto:
 - i. Numero de padrón
 - ii. Sección o localidad catastral
 - iii. Plano de mensura
 - iv. Plano para prescribir
 - Expediente administrativo de edificación y obras sanitarias.
- **Metodología para el estudio de títulos de algunos Negocios Jurídicos.**
- **Clasificación de los negocios jurídicos**
 - Según el contenido: patrimoniales y extrapatrimoniales o de Derecho Personal y Familiar.
 - Según los efectos: dispositivos en sentido amplio por contraposición a los declarativos. Los primeros se subdividen a su vez en dispositivos en sentido estricto por contraposición a obligacionales. Y los dispositivos en sentido estricto se dividen en traslativos, constitutivos y extintivos.
 - Según el número de partes: unilaterales, bilaterales y plurilaterales.

- Según la coeficiencia causal del evento muerte: Entre vivos y Mortis causa.
- Según la forma: consensuales y solemnes.

➤ **Presupuestos externos, requisitos de validez y de eficacia de los negocios jurídicos. Publicidad.**

- Presupuestos externos.
 - i. Capacidad jurídica
 - ii. Poder normativo negocial
- Requisitos de validez
 - Capacidad de obrar
 - Consentimiento
 - Objeto
 - Causa

Solemidad

➤ **Nulidades**

- Absoluta
- Relativa

➤ **Requisitos de eficacia**

- Requisitos voluntarios
- Requisitos legales:
 - Autorización
 - Aprobación
 - Asistencia

➤ **Publicidad**

➤ **MODO TRADICION**

➤ **Compraventa**

- Presupuestos de existencia.
- Requisitos de validez
- Requisitos de eficacia
- Relevancia del estado civil
 - i. Bienes propios
 - ii. Subrogación
 - iii. Bienes gananciales
 - iv. Administración de la sociedad conyugal
 - v. Administración provisional
 - vi. Administración Extraordinaria
 - vii. Disolución y liquidación de la sociedad conyugal

➤ **Permuta**

- Presupuestos de existencia
- Requisitos de validez
- Requisitos de eficacia

➤ **Donación**

- Presupuestos de existencia
- Requisitos de validez
- Distintas clases de donaciones

: donación simple; donación onerosa o modal y donación remuneratoria.:

-Diferentes acciones que se pueden entablar.

-Resolución.

➤ **Paga por entrega de bienes**

- Naturaleza jurídica
- Presupuestos de existencia
- Requisitos de validez
- Requisitos de eficacia
- Adquisición por personas casadas.

➤ **MODO SUCESION**

- Presupuestos:
 - i. Muerte
 - ii. Existencia de herederos o legatarios
 - iii. Vocación hereditaria. Fuentes de la Vocación hereditaria: el testamento y la ley.
Ordenes de llamamiento
- Proceso sucesorio
 - i. Sucesión intestada
 - ii. Sucesión testada
 - iii. Certificado de Resultancias de Autos.
- Derechos del cónyuge supérstite

INTRODUCCION.

Sin pretender con este trabajo agotar el tema, tratamos apenas de hacer algunas reflexiones que contribuyan a la comprensión del mismo.

El tema es trascendente, ya que por una parte es de aplicación frecuente en la práctica profesional del Escribano, así como también es un tema de gran responsabilidad para el Escribano cuando se llega a una conclusión errónea del Estudio de Títulos. (Arts. 274 y 275 del Reglamento Notarial).

Por otra parte no solo es importante en el ámbito de la actuación extrajudicial, sino también en la judicial. Desarrollaremos en éste trabajo fundamentalmente la actuación en el ámbito extrajudicial analizando tan solo algunos aspectos de los modos tradición y sucesión. Pero aquí haremos también alguna referencia al ámbito judicial.

En la vía judicial es importante el estudio de títulos, ejemplo en el juicio Reivindicatorio Art. 679 CC y en otros juicios: Prescripción de 10 o 20 años Art.1209 CC. En los juicios monitorios véase especialmente los arts. Arts.363 y siguientes CGP.

Pero por sobretodo es importante en la vía de apremio Arts.384, 385, 387 G), 387.7 y 390 del CGP. De acuerdo a éste último en sus dos incisos finales:

“No podrá resistirse el comprador a escriturar alegando defectos de titulación anteriores al remate.

La formulación de postura significa que quien la hace acepta el título y las condiciones del remate”

Esto para señalar la importancia del estudio de títulos en la vía de apremio, que al aceptar una postura se acepta el título, por lo cual antes del remate es importantísimo hacer un estudio de los títulos, ya que la postura implica aceptar la titulación en el estado que se encuentre.

Por supuesto que el estudio de títulos, no solo se aplica a los inmuebles, sino también a los muebles, aunque en éste trabajo, abordaremos el estudio de títulos de inmuebles.

1. CONCEPTO DE ESTUDIO DE TITULOS Y PROCESO DOMINIAL.

Cuando nos referimos al título de propiedad de un bien, se habla de título en sentido material y también en sentido jurídico.

Hablamos de título en sentido material cuando nos referimos a un documento, o a un conjunto de documentos justificativos de la propiedad, tanto del actual propietario como de los anteriores por un período de tiempo determinado, que luego precisaremos. Es decir que puede tratarse de un solo documento o de un legajo de documentos, que puede estar compuesto por primeras copias de escrituras públicas, certificados de resultancias de autos, testimonios de sentencias de prescripción adquisitiva, etc. Aquí nos referimos entonces al título en sentido material, a ese conjunto de documentos que debemos analizar en su forma y sustancia. Este concepto de título en sentido material es de uso frecuente en la práctica administrativa, notarial y judicial y tiene base legal, ej. el art. 768 CC cuando dice: “la tradición de los derechos se verifica por la entrega de los documentos que sirven de título”

Hablamos de título en sentido jurídico refiriéndonos a: la causa jurídica que origina el desplazamiento de la propiedad o de otro derecho transmisible. Es el fundamento jurídico para la adquisición de un derecho. Vinculado con esta segunda acepción es importante destacar el concepto de último título, que es aquel a través del cual el actual propietario adquirió el bien por medio de un título hábil acompañado por el modo tradición. El último título que puede constar de uno o varios documentos debe abarcar inexorablemente la totalidad del bien.

Cómo se realiza la operación de estudio de títulos? A través del examen de todos los documentos que constituyen el legajo al que hicimos referencia. Ese examen lo haremos en un doble sentido: formal y sustancial para llegar a concluir sobre la bondad del título o en su caso, señalar las observaciones que resulten pertinentes.

Qué es el relacionado de procedencias? No es otra cosa que la síntesis de la historia de un bien determinado.

No es ni más ni menos que la comprobación de una realidad con respecto a ese bien, realidad que resulta, por otra parte, como consecuencia del estudio de títulos.

Quiere decir que cuando hacemos el estudio de títulos lo hacemos con un doble propósito:

I) Estudiar cada uno de los documentos durante un período determinado (o sea 30 años para la prescripción treintañal, o en su caso 45, tratándose de salidas municipales.)

II) Extraer determinados datos de ese estudio que nos servirán para confeccionar esa síntesis, ese resumen, esa historia del bien, que por otra parte surge como consecuencia del estudio de títulos, elementos que más adelante vamos a analizar.

La historia del bien, ese relacionado del bien, es trascendente por varias razones:

I.- En primer lugar para llegar más fácilmente a la determinación de la titularidad del bien. Tal es así que, la última reforma registral, introducida por la Ley 16.871 del 28 de setiembre de 1997 incorpora respecto de los inmuebles el principio de tracto sucesivo. Dice en su artículo 57: “..no se inscribirá acto alguno que implique matriculación, en el que aparezca como titular del derecho que se transfiere, modifica o afecta, una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente, salvo que el disponente se encontrare legitimado, o estuviere facultado para disponer de cosa ajena o así lo mande el Juez competente. A partir de dicha inscripción de los asientos en cada ficha especial, deberá resultar el perfecto encadenamiento del titular inscripto y demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones. En caso contrario, el registrador podrá denegar o inscribir provisoriamente hasta que se subsane la omisión...”.

Es importante señalar que la preocupación del legislador en materia registral también fue la de llegar a esa historia del bien, porque a través de la misma, arribamos a la conclusión de la titularidad. Del mismo modo, por medio del relacionado de procedencias, de ese resumen facilitamos la conclusión de la titularidad.

Desde la vigencia de la Ley mencionada, el perfecto encadenamiento de titulares tiene base legal para el registrador.

II.- En segundo lugar, facilita la solicitud de información registral. No debemos perder de vista que ningún estudio de títulos puede prescindir de la información registral. Necesariamente tiene que ser completado con la misma.

Dificultades

Pero el Estudio de títulos tiene sus dificultades. Al respecto son apropiadas las expresiones del Escribano José D'Alessandro Saullo¹ cuando dice: "...en el estudio de un título está lo que se ve, porque rompe los ojos como se dice vulgarmente, y está aquello que no se ve que hay que investigar y adaptar al caso concreto en estudio y es la incógnita a descifrarse". Dentro de lo que no se ve debemos distinguir lo que hay que investigar, por ejemplo con la información registral, y lo que está latente, como determinadas acciones que pueden estar en plazo de ser iniciadas, por ejemplo, rescisión por lesión, reducción de donaciones inoficiosas, etc.

Por otra parte, todos sabemos que en nuestro ordenamiento jurídico existen normas de fácil interpretación y aplicación, pero del mismo modo existen otras que ofrecen dudas dando lugar a diferentes posiciones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

En estos casos los operadores del derecho tratamos de aplicar la doctrina más recibida en el momento de la actuación. Pero también sabemos que estas posiciones son cíclicas y se presenta entonces el problema de resolver la aceptación o no de un título, en el cual se optó por una posición

¹ "El Estudio de Títulos de Propiedad" Apartado de la R.F.D y C.S de Montevideo, Año VII Nº 1 (1956)

determinada, si bien recibida pacíficamente en el momento de su otorgamiento, no lo es en la actualidad.

Pensemos por ejemplo en la porción conyugal, cuya naturaleza jurídica ha sido tan debatida y resolver su naturaleza no es sólo un planteo teórico sino también práctico, en la medida en que según la posición que se adopte estaremos determinando quiénes son las personas legitimadas para disponer de los bienes hereditarios.

Por ejemplo en la enajenación de uno de esos bienes ¿el cónyuge porcionero debe prestar su consentimiento? O, llegado el caso de una partición ¿debe partir?.

En temas debatidos algunas veces tenemos soluciones legislativas puntuales, ejemplo la renuncia de gananciales.

A partir de la Ley 10.783 del 18 de setiembre de 1946, llamada de “Derechos Civiles de la Mujer”, se comenzó a discutir en doctrina sobre la vigencia de este instituto, ya que un sector de la doctrina lo entendió derogado y otro no.

Actualmente, y desde la reforma del Código Civil por la Ley 16.603 del 19 de octubre de 1994, vigente desde el 19 de octubre de 1995, en su artículo 2018 derogó el instituto, estableciendo además, su inciso segundo, que las renunciaciones de gananciales efectuadas con posterioridad a la Ley 10.783 y hasta la vigencia de la presente disposición, son válidas siempre que no hubiere recaído sentencia ejecutoriada en contra.

Todo esto demuestra en términos generales algunas dificultades que podemos encontrar en un estudio de título.

2. OBJETIVO DEL ESTUDIO DE TÍTULOS

El objetivo del estudio de títulos es, en primer lugar, probar la titularidad y en segundo lugar obtener un título que ofrezca el menor número de riesgos posibles para el tráfico jurídico.

I.- Prueba de la titularidad, que no es otra cosa que la comprobación de la legitimación del actual propietario. Para cumplir este objetivo debemos tener en cuenta los distintos modos en virtud de los cuales opera la transferencia de la propiedad y que son clasificados por la doctrina en originarios y derivados.

El modo de adquirir es originario o derivado según no exista o exista sucesión en el derecho de propiedad del titular actual con respecto a los anteriores.

Los modos de adquirir son: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción (art.705 CC).

En el caso de transmisiones por acto entre vivos se requiere título y modo (negocio obligacional y dispositivo), ya que el artículo 705 del Código Civil establece que los títulos de adquirir sólo producen efecto personal, esto es derecho a la cosa “ad rem”, siendo la tradición la que opera el efecto real.

Cuando se trata del modo **tradición** el artículo 775 en su inciso 1º. CC. establece: “Por la tradición verificada con las calidades requeridas en ese título, se transfiere al adquirente el dominio de la cosa, tal como lo tenía el tradente”.

Entonces, si estamos con el modo tradición, podemos encontrarnos con cualquiera de los títulos hábiles nominados, o sea, tipificados por el Código Civil, que son: la Compraventa, la Permuta, la Donación, la Renta Vitalicia, etc.

Y aún con algún contrato innominado o atípico, que son aquellos que siguen los principios generales pero que no encajan estrictamente en ninguna de las categorías del mismo Código, a los que reconoce el artículo 1260 del Código Civil.

La tradición es un modo derivado, de la misma manera que el modo sucesión.

La **ocupación** no es un modo de recibo en materia de bienes inmuebles, sí de algunos bienes muebles.

Según el artículo 706 del Código Civil, la Ocupación es un modo de adquirir el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie y cuya adquisición no es prohibida por la ley.

Es decir que ocupar equivale al acto material de aprehender, asir la cosa, aprehensión corporal de la cosa.

De la lectura de los artículos del Código Civil relativos a la ocupación, artículos 706 al 730, surge claramente que este modo no es aplicable a los bienes inmuebles. Por otra parte, el artículo 481 establece que son bienes fiscales todas las tierras que estando situadas dentro de los límites del Estado carecen de otro dueño.

En cuanto a la **accesión**, el artículo 731 del Código Civil define este modo de adquirir expresando que por el mismo el dueño de una cosa, viene a serlo de lo que ella produce o de lo que a ella se incorpora natural o artificialmente. Es un modo originario.

En materia de bienes inmuebles el artículo 748 CC. pauta la perspectiva tridimensional del derecho de propiedad, expresando que éste no se limita a la superficie de la tierra sino que se extiende por accesión a lo que está sobre la superficie y lo que está debajo. Presupone el dominio de la cosa incrementada (art.751).

En el estudio de un título podemos encontrarnos frecuentemente con el modo accesión, en materia de inmuebles con construcciones. La construcción deviene parte del terreno y forma una unidad con él. Es así que el dueño del terreno deviene por el modo accesión dueño del Edificio por el solo hecho de la agregación y de pleno derecho aún cuando las construcciones fueren clandestinas.

El modo **sucesión** es un modo universal de adquirir por causa de muerte, modo derivado. De acuerdo al artículo 776 del Código Civil es la acción de suceder al difunto y representarle en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

Este modo de adquirir lo encontramos frecuentemente en un estudio de títulos. Así es que en el legajo de documentos frecuentemente encontramos agregados Certificados de Resultancias de Autos, Testamentos, etc.

Nos referiremos más detenidamente a este modo más adelante.

En cuanto al modo **prescripción**, el artículo 1188 del Código Civil establece que es un modo de adquirir o de extinguir los derechos ajenos. Con respecto al modo prescripción, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a si es modo originario o derivado. Para un sector es modo originario, ya se trate de la prescripción ordinaria o extraordinaria. Para otro sector es originario cuando se trata de la prescripción treintañal.

En este trabajo nos referiremos a la prescripción frente a las eventuales acciones reivindicatorias que se puedan entablar por un lado, por parte del Estado o de los Gobiernos Departamentales (por lo cual debemos analizar la temática de las salidas fiscales y municipales), y por otro lado a la posible reivindicación por parte de los particulares, por lo cual debemos también analizar la posible a prescripción de los particulares.

Imposibilidad de reivindicación por parte del Estado y el Municipio. Salida Fiscal y Municipal

Por el principio de legitimación establecido en el numeral uno del art. 769 del Código Civil que establece: " Que la tradición se haga por el dueño o por su representante ", y por los efectos de la tradición a que se refiere el art. 775 del Código " *Por la tradición verificada con las calidades requeridas en ese título, se transfiere al adquirente el dominio de la cosa tal como lo tenía el tradente* ", concluimos que debemos estudiar toda la titulación porque cada uno transmitió el derecho tal cual lo tenía , por lo que teóricamente deberíamos estudiar todos los antecedentes hasta llegar al Estado, ya que originariamente el Estado fue dueño de todas las tierras.

Esto que en doctrina se ha llamado la "prueba diabólica de la propiedad" en el sentido de prueba imposible, es una prueba de difícil producción y aún

puede resultar imposible en nuestro país de historia reciente, aún con más razón en aquellos países de historia milenaria.

El efecto saneador de la prescripción viene a acortar en el tiempo esa prueba, poniendo fin a esa prueba diabólica, dando seguridad y certeza al dominio.

Ante eventuales acciones reivindicatorias por parte del Estado o de los Gobiernos Departamentales la ley ha regulado el instituto saneador de la prescripción; de la misma manera que tratándose de la posible reivindicación de los particulares la doctrina y la jurisprudencia también se amparan en este instituto.

En su origen todas las tierras pertenecieron al Estado por derecho inmanente. Además conforme al artículo 481 del Código Civil: “Son bienes fiscales todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites del Estado carecen de otro dueño”.

El Estado dispuso de tierras a favor de los particulares en determinados momentos, a través de leyes que así lo permitieron, generándose períodos de disponibilidad y de indisponibilidad de las tierras públicas. Esta disponibilidad de las tierras a favor de los particulares recibe el nombre de Salida Fiscal.

El Estado también dispuso de tierras a favor de los Municipios, y éstos a su vez a favor de los particulares. Es lo que se llama Salida Municipal.

Según el Esc. Washington Lanziano², si bien en forma conteste la doctrina, la legislación, la jurisprudencia, la práctica notarial y la publicidad registral, se refieren a las tierras municipales como especie de tierras públicas, él considera que en nuestro territorio nunca ha habido tales tierras, ya que todas las tierras fueron de la Corona y que los Cabildos nunca fueron dueños de tierras. Según él, el hecho de que los repartimientos se efectuaran con el parecer del Cabildo, no significó que tuvieran tierras en propiedad. No obstante,

² “El Mito de las llamadas Tierras Públicas Municipales”

lo cierto es que la propia legislación toma en cuenta a las tierras fiscales y a las municipales.

Cabe señalar que en el departamento de Montevideo todas las salidas tienen origen fiscal; en cambio en el interior por regla general (ya que hay excepciones) las zonas urbanas tienen salida municipal y las rurales, fiscal.

Para las salidas fiscales debemos partir del estudio del artículo **121 de la Ley 12.802 del 30 de noviembre de 1960** que dispone que *“El poseedor de un campo u otro terreno que ha poseído por sí o por sus causantes a título universal o singular, por espacio de treinta años, estará en todos los casos al abrigo de las pretensiones del fisco siempre que esta posesión conste por documento público o auténtico”*.

Esta disposición fue incorporada a la actual redacción del Código Civil, incluyéndose en el inciso 2º del art. 1194.

Por otra parte, cuando no se pueda probar la posesión por documento público o auténtico, de acuerdo al artículo 122 de la mencionada ley: “Los poseedores que no puedan probar la posesión de 30 años por documento público o auténtico podrán optar por la declaración judicial, mediante justificación de que han poseído por sí o por sus causantes a título universal o singular en forma pública y continua, por un lapso no menor de 30 años”. Y el artículo 124 establece que: “La declaración judicial de propiedad a que se refiere esta ley es al sólo efecto de la salida fiscal”.

Del mismo modo que lo hizo para la Salida Fiscal, el legislador dispuso por la **ley 13.892 del 19 de octubre de 1970** la prescripción de las tierras Municipales. En su artículo 524 establece que: “Las tierras municipales a que se refiere la ley 4272 (del 21 de octubre de 1912), se considerarán definitivamente salidas del dominio municipal, siempre que hubieran sido poseídas por cuarenta y cinco años y que esa posesión conste en documentos públicos o auténticos”.

Aquí el plazo exigido es de 45 años, para la Salida municipal, a diferencia de lo que vimos respecto a la Salida Fiscal que es de 30 años.

Tanto cuando es salida fiscal o municipal, y se han cumplido con todos los requisitos necesarios para que se haya transmitido la propiedad y se han estudiado 30 o 45 años, podemos decir que *“el bien se encuentra al Abrigo de las pretensiones del Fisco o del Municipio”* .

El art. 525 de la ley 13892, dispone que cuando se trate de poseedores, que no tengan posesión por 45 años, acreditada en la forma del inciso primero del art. 524, y de poseedores cuyo sobrante extra título exceda del 15 % del área titulada, podrán obtener la salida municipal pagando al municipio tantos cuarenta y cinco avas del valor fiscal vigente al momento de iniciar la gestión, como años enteros faltaren para completar dichos 45 años.

Es decir que en defecto o por falta de alguno de esos requisitos, la ley permite que sean suplidos del modo a que se refiere el art.525. Se opera dicha Salida por escritura pública a favor del poseedor, solemnidad que surge del reenvío del inciso final de la norma de dicha ley a la ley 4272 del 21 de octubre de 1912, estableciendo la misma en su artículo 27 que *“las enajenaciones definitivas que se hicieran desde la promulgación de esta ley, se formalizarán en escritura pública”*.

También puede suceder que nos encontremos con una escritura de declaratoria de salida del Dominio Municipal, cualquiera sea la fecha de su otorgamiento, y en estos casos no es necesario el estudio de los 45 años, porque ya está la prueba de la salida municipal con esa escritura de declaratoria.

Por lo que si se trata de un bien cuyo origen es municipal, para estar al abrigo de las pretensiones del Municipio se pueden dar estas dos situaciones:

- A) Posesión transmitida por documentos públicos o auténticos durante el plazo de 45 años .Debemos estudiar el título de propiedad cubriendo dicho plazo.
- B) La otra posibilidad es que exista Escritura pública de Salida del dominio municipal, sin importar la fecha de su otorgamiento. Este segundo caso comprende también a las situaciones previstas en el artículo 525 de la ley 13.892, conocida desde antiguo con el nombre de “ composición “.

Habiendo tal salida el plazo de estudio de títulos es de 30 años como explicaremos más adelante. Sin embargo, en el caso de la composición, cuando se pruebe una posesión menor a los 30 años y no se prueba una posesión de 30 años, plazo de la prescripción treintañal a que se refiere el artículo 1211 de nuestro Código Civil, entendemos que deberíamos recurrir además al juicio de prescripción haciendo valer a ésta como acción, ya que en la práctica forense a través de este proceso se obtiene una prueba escrita de la propiedad, consiguiéndose con ello seguridad en el tráfico jurídico.

El propio Dr. De María, haciendo suyas las palabras del Dr. Lagarmilla expresa: “Sólo es necesaria la acción declarativa cuando la prueba documental de la prescripción sea insuficiente.”

Las escrituras de Salida Municipal se inscriben actualmente en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, dichas escrituras son la culminación de un trámite administrativo cuya Resolución otorga la salida municipal y que debe solemnizarse a través de la escritura pública. También es importante establecer que sigue vigente la ley 9880 de 27 de setiembre de 1939, que modifica la ley 4272 de fecha 21 de octubre de 1912 artículo 22, según la cual “ en lo sucesivo no se podrán inscribir en el Registro de Ventas, Hipotecas, Locaciones, y Anticresis, ningún documento relativo a bienes a que se refiere esta ley , sin que conste su adjudicación definitiva. Los documentos que se inscriban violando la disposiciones de la presente ley no tendrán efectos contra terceros, tanto el escribano o el encargado del registro serán responsables ante los contratantes, de cualquier perjuicio que tal omisión le cause.”

La ley 16.871 no modificó las leyes mencionadas por lo que siguen vigentes y es necesario controlar entonces la salida municipal en escrituras que se refieran a bienes inmuebles del interior del país que tengan esta salida.

Como surge de lo expuesto es sumamente importante llegar a concluir del estudio de títulos que se realiza que el bien no puede ser objeto de

acción reivindicatoria por el Estado, por el Municipio ni por los particulares, esta última será objeto de estudio inmediatamente.

Imposibilidad de Reivindicación por parte de los particulares

Nuestro sistema registral, no ofrece una presunción absoluta ni legitima la propiedad, por ello es que la prueba de legitimidad de la propiedad surge de los documentos que sirven de títulos, complementada con la información registral.

En consecuencia la prueba de la propiedad se apoya en la posesión transmitida que resulta del estudio de títulos y en la certeza y seguridad que da el instituto de la prescripción, como excepción, no como acción, ya que de lo contrario tendríamos superposición de títulos y modos.

La prescripción a la que nos referimos es la ordinaria o sea con justo título y buena fé.

Cuando hablamos de prescripción ordinaria, su plazo es de 10 años o 20 años conforme al artículo 1204 del Código Civil, sin embargo recurrimos aquí al plazo de amparo de la prescripción treintaañal, por las siguientes razones:

- I) Es el plazo más largo de prescripción previsto en nuestro Código Civil.
- II) Este plazo de 30 años no se suspende en favor de los incapaces, según los artículos 1243 y 1244 del referido Código.
- III) La acción de nulidad es inoponible contra una posesión de 30 años o más años conforme a la interpretación que se hace del art. 1561, in fine del Código Civil.

Como expresa Eugenio J. Lagarmilla³: *“ los vicios que su título pudiera tener se hallan purgados y en virtud de la excepción de prescripción puede estar tranquilo ante cualquier demanda que contra él pudiera entablarse ”.*

³ “Las Acciones en Materia Civil”

En definitiva el estudio de títulos debe comprender un período de 30 años por lo menos.

Si el inmueble objeto de estudio tiene salida fiscal, el plazo de prescripción de 30 años contra el Estado es el mismo que el de los particulares. Pero si tiene salida municipal, estudiamos 45 años de transmisiones o en su caso, si ubicamos la escritura de la Salida el plazo de estudio comprende 30 años de transmisiones.

II.- Obtención de un título que ofrezca el menor número de riesgos posibles.

No hablamos de título “perfecto” o “bueno” sino de un título que ofrezca el menor número de riesgos en el tráfico jurídico.

Una vez otorgado el título de propiedad circula en el mundo jurídico siendo pasible de observaciones.

Unas observaciones pueden ser formuladas por el registrador en ejercicio de su función de calificador. El artículo 65 de la Ley 16.871 establece que “ No podrá admitirse la inscripción definitiva de los actos, negocios jurídicos y decisiones de las autoridades competentes: 1) Cuando no contengan los datos que según las leyes y los reglamentos deban aportarse a los efectos de la publicidad registral; 2) Los que sean absolutamente nulos, siempre que la nulidad resulte del propio instrumento; 3) Los que no hayan cumplido las exigencias de las leyes tributarias aplicables y sus reglamentaciones; 4) Cuando los instrumentos que contengan no reúnan los requisitos formales propios, necesarios para su validez; 5) Cuando el acto o contrato no sea de los que legalmente deben inscribirse. Cuando no se cumplan las demás exigencias impuestas por las leyes y reglamentaciones para ser admitidos a la publicidad registral”.

Otras observaciones pueden provenir de las instituciones de crédito o de profesionales de derecho.

Se discute tanto en Doctrina como en la Jurisprudencia, el concepto de título perfecto. Desde el punto de vista legal, no encontramos ningún texto que lo defina, pero ciertas normas del Código Civil, nos permiten una aproximación.

Así, en primer lugar, el art. 769 del Código Civil, establece los requisitos exigidos para que la tradición sea válida, y ellos son :

- 1) Que la tradición la realice el verdadero dueño o su representante, es necesario que exista legitimación para disponer .
- 2) Que el que haga la tradición sea una persona capaz de enajenar.
- 3) Que la tradición se haga en virtud de un título hábil para transferir el dominio.
- 4) Tiene que existir consentimiento entre las partes.

Cuando la tradición no ha sido hecha o consentida por el verdadero dueño , no se produce la transferencia del dominio ,por lo tanto la tradición no es válida.

Este artículo establece a la vez requisitos de validez y de eficacia para que opere la tradición, entre ellos, para que se adquiriera el dominio por tradición se requiere que la tradición se haga en virtud de título hábil.

En segundo lugar, el artículo 1208 del Código Civil, dispone “Entiéndese por justo título el legal y capaz de transferir la propiedad. El título para la prescripción ha de ser verdadero y válido”.

Justo título es el título legal y capaz de transferir el dominio, es decir es aquel admitido por el orden jurídico como tal, concepto que coincide con el numeral 3 del artículo 769.

El título debe además ser verdadero, es decir que la voluntad declarada coincida con la voluntad real, es lo opuesto a simulado.

No obstante, la simulación sólo va a afectar la bondad del título si fue declarada en juicio (nulidad absoluta) y nunca podrá perjudicar a los sucesores a título singular. Salvo el caso previsto en el artículo 1660 del Código Civil, en

sede de Donación, que es una hipótesis de presunción absoluta de interposición.

El título debe ser válido, conforme a lo expresado en la norma, ello implica que no adolezca ni de nulidades absolutas ni de nulidades relativas.

Por último es importante resaltar las apreciaciones del Dr. Cibils Hamilton⁴ en cuanto a que "...De todo lo expuesto se deduce que debe ponerse sobre una base diferente el criterio para la admisión o el rechazo de los títulos de propiedad. Es necesario examinar en cada caso particular si los documentos ofrecen una prueba suficientemente acabada de que se ha cumplido la prescripción, o si por el contrario hay incertidumbre al respecto: y no perder de vista nunca que en nuestro sistema legal no hay ningún título que pueda llamarse perfecto, si por ello se entiende uno que de la seguridad absoluta de la propiedad. Dice muy bien el Dr. Juan Pedro Castro⁵ *"Esos ejemplos demuestran que la bondad del título es una cuestión de probabilidades, nada más y que anda muy engañado el Escribano que crea que con prolijidad puede librar en absoluto de todo riesgo a su cliente; garantiéndole un dominio indiscutible; el celo del Escribano aumenta las probabilidades y nada más; la certidumbre o seguridad absoluta sólo se obtiene dentro del sistema Torrens."* Por estas razones es que preferimos hablar no de título perfecto sino de título sujeto al menor número de riesgos posibles.

3. Documentación a estudiar

Corresponde estudiar: 1º los títulos; 2º los elementos individualizantes del objeto y 3º los expedientes administrativos relacionados con el edificio y obras sanitarias.

Haremos un rápido análisis de los mismos, siguiendo el orden señalado.

Títulos

⁴ "Prueba del Dominio y la posesión en los bienes raíces"

⁵ "Obras Jurídicas" (pag.149)

Con respecto a los títulos debemos tener presente lo ya referido en cuanto a la expresión **título en sentido material**, esto es el documento o conjunto de documentos justificativos de la propiedad, tanto del actual propietario como de los anteriores, o sea, de todos los propietarios durante el plazo de prescripción.

Entrando a la segunda acepción de título, vale decir, **título en sentido técnico jurídico**, se puede entender por tal la causa jurídica que origina el desplazamiento de la propiedad u otro derecho transmisible.

Vinculado con esa segunda acepción, es importante destacar el concepto de último título es decir, aquel a través del cual el propietario actual adquirió el bien por medio de un título hábil y el modo tradición.

En otro orden, el último título tiene que comprender inexorablemente la totalidad del bien.

Destacamos la noción del último título por lo que establece la ley de Registros 10.793 de 19 de setiembre de 1964, cuyo texto no fue derogado en su totalidad por la Ley 16.871, vigente desde el 1 de mayo de 1998.

Entre los artículos no derogados señalamos los artículos 14 y 15, que establecen: Art.14: “Los Escribanos, al autorizar todo acto o contrato que afecte el dominio de un inmueble, deberán anotar el instrumento que se le exhibe y acredite el derecho de las partes. Igual obligación tendrán los Actuarios que deberán cumplirla al autorizar cualquier instrumento en que se constaten actos que afecten el dominio de bienes raíces...”. Art. 15: “Desde la vigencia de esta ley ningún Escribano o funcionario autorizará acto o contrato en virtud de instrumento que debiendo estar inscripto, no lo estuviera.”

Actualmente también deberemos tener en cuenta la Acordada No.7533 del 22 de octubre de 2004 -Reglamento Notarial- que establece: Art. 239: “Cuando el Escribano autorice instrumentos que contengan actos por los cuales se trasmitan, declaren, afecten, modifiquen o extingan derechos resultantes de otros documentos que constituyan el antecedente inmediato de su actual intervención, pondrá en éstos nota que contendrá...”; Art. 240:

“Similar anotación a la referida en el artículo precedente se pondrá en el documento antecedente, cuando se trasmita por el modo sucesión el dominio de bienes inmuebles, establecimientos comerciales o vehículos automotores, o créditos o derechos relativos a éstos...”.

En consecuencia, respecto del último título debemos tener necesariamente a la vista la primera copia inscrita, a falta de ésta, la segunda o ulteriores copias expedidas de acuerdo a las normas legales que regulan la materia.

Elementos individualizantes del objeto

El objeto además de ser lícito y suficientemente determinado debe estar en el comercio de los hombres por lo que una de las primeras cosas a comprobar es que el inmueble objeto de nuestro estudio tenga autonomía jurídica.

Puede ocurrir que a través de todas las transmisiones de dominio el bien haya mantenido su individualidad jurídica, o que en el lapso de tiempo por el que debemos realizar el estudio de títulos haya cambiado su configuración. En este caso debemos constatar a través del examen de los distintos títulos y planos que el inmueble con su actual configuración estaba comprendido en los bienes transmitidos a través de los distintos títulos y modos.

El inmueble debe ser ubicado en un lugar determinado. La ley de Registros 16.871 en su artículo 9 exige para la matriculación de los inmuebles, además del número de padrón, la ubicación y descripción completa de los mismos según plano registrado, sección o localidad catastral, área, límites y linderos. .

A.- Número de padrón

Es el número con que se individualiza a cada inmueble. Las parcelas catastrales se identifican por un número de padrón de acuerdo a las normas de nomenclatura que establezca la Dirección Nacional de Catastro. Este número surge de la cédula catastral, documento que expide Catastro, que además contiene la localidad o sección Catastral y el valor real del Inmueble.

Debemos tener en cuenta que a partir de la Ley 16.462 del 11 de enero de 1994 ya no es posible actuar con padrones en mayor área. En efecto, su artículo 85 dispone que el Registro de la Propiedad no inscribirá los instrumentos que se presenten en las secciones correspondientes por los que se reconozca, modifique, transfiera, declare o extinga el dominio sobre bienes inmuebles, el usufructo, uso, habitación, servidumbre y cualquier desmembramiento del dominio, así como las promesas de compraventa sobre los mismos que refieran a solares o fracciones de padrones en mayor área. Sólo se procederá a la inscripción en caso de que la Dirección Nacional de Catastro deje constancia por escrito que no es posible el empadronamiento individual. Siempre que se verifique un cambio del número de padrón deberá consignarse en la cédula catastral correspondiente, así como en los instrumentos respectivos, la referencia al número de padrón anterior. Simultáneamente a la inscripción de un plano de fraccionamiento o reparcelamiento la Dirección Nacional de Catastro adjudicará a cada solar o fracción su correspondiente número de padrón.

Por su parte el Decreto 364/995 reglamentario de los artículos 84 y 85 de la Ley 16.462 expresa en su artículo 7 que “El Registro de la Propiedad Inmueble no inscribirá los instrumentos que refieran a bienes empadronados en mayor área, salvo que la Dirección General del Catastro Nacional deje constancia fehaciente que no es posible el empadronamiento individual”. En este caso debe surgir la referida constancia de la cédula catastral respectiva.

El artículo 8 del decreto exceptúa de la disposición precedente a los instrumentos relativos a arrendamientos, desalojos y cancelaciones y los relativos a expropiación, compraventa, cesiones de área u otro negocio jurídico que refiera a predios o fracciones de éstos cuyo destino sea el uso público, debiendo el escribano dejar constancia del destino en el respectivo instrumento a inscribir.

La identificación del bien a través del número de padrón es legalmente imprescindible tanto en vía judicial como extrajudicial. No solo interesa el número de padrón actual del bien sino también sus anteriores hasta cubrir los

plazos por los cuales hacemos el estudio de títulos, lo mismo que los planos de mensura antecedentes.

B.- Sección o Localidad Catastral.

Para ubicar el inmueble debemos localizarlo dentro del territorio nacional. Nuestro territorio está dividido en Departamento y éstos a su vez en secciones judiciales, división que tiene rango constitucional desde la Constitución de 1934 y se mantiene aún hoy .

El artículo 84 de la Ley 16.462 del 11 de enero de 1994 establece que la Dirección Nacional de Catastro y la Dirección General de Registros actuando conjuntamente quedan autorizadas a establecer subdivisiones territoriales en cada departamento que se denominarán Secciones o Localidades Catastrales.

El Decreto reglamentario 364/94 del 31 de diciembre de 1992 dispone la subdivisión territorial en localidades catastrales en zonas urbanas y suburbanas y secciones catastrales en zonas rurales. El departamento de Montevideo se subdivide en Localidad Catastral Montevideo, que comprende la zona urbana y suburbana y Sección Catastral Montevideo rural, que comprende la zona rural. Los demás departamentos se subdividen en Localidades catastrales que serán las localidades vigentes a la fecha del decreto, salvo excepciones determinadas por Catastro, y secciones catastrales que serán las secciones judiciales que estuvieren vigentes al 31 de diciembre de 1992. Conforme a lo expresado ya no hacemos más referencia a secciones judiciales sino a localidades o secciones catastrales que surgen preceptivamente de las cédulas catastrales que expide la Dirección Nacional de Catastro. Desaparece la sección judicial como elemento de individualización de los inmuebles, salvo en la zona rural ya que de acuerdo al decreto reglamentario 364/94 las secciones catastrales serán las secciones judiciales vigentes al 31 de diciembre de 1992.

C.- Plano de mensura

Contiene la representación gráfica del bien.

El plano de mensura es un documento gráfico formulado y suscripto por Agrimensor o Ingeniero Agrimensor que debe ser inscripto en la Dirección General del Catastro Nacional o en sus Oficinas Departamentales o Regionales.

La ley 12.804, del 30 de noviembre de 1960 estableció con carácter general la exigencia de actuar con plano de mensura inscripto. Así su artículo 286 dispone que las escrituras de traslación o declaración de dominio y las sentencias que declaran la prescripción adquisitiva, respecto a bienes inmuebles, deberán tomar como base y hacer mención al plano de mensura de los mismos, inscripto. Además establece que el Registro de Traslaciones de Dominio (hoy de la Propiedad Inmueble) no inscribirá los actos y sentencias expresados si no surge de los respectivos documentos la mención al plano inscripto.

El artículo 9 de la ley de registros 16.871 exige para la matriculación de los inmuebles, entre otros elementos, “la ubicación y descripción completa del inmueble según plano registrado”

Dónde se inscriben los planos de mensura? De acuerdo a lo que surge del citado artículo “en la Dirección General de Catastro y Administración de Inmuebles Nacionales, sus oficinas departamentales o en las dependencias administrativas que con anterioridad tuvieron a su cargo dicho cometido”. Hay que tener en cuenta que según la fecha del plano el registro pudo haber estado a cargo el Departamento Nacional de Ingenieros, de la Dirección de Topografía, de la Dirección de Impuestos Directos o de la Dirección General de Avalúos. Actualmente, a partir del año 1996 se cambió la denominación a Dirección Nacional de Catastro. El archivo de los planos está a cargo de la Dirección Nacional de Topografía que depende del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

Antes de la ley 12.804 existían otras normas de las que surgía la obligación de actuar con plano inscripto en situaciones particulares, como el literal c) del artículo 4 de la Ley 8.733 que establecía la obligación de hacer referencia al plano inscripto en el documento de promesa de enajenación de

inmuebles a plazos, y el artículo 7 del Código Rural que obligaba a los escribanos que autorizaran escrituras sobre traslación de dominio o división de inmuebles rurales a tener presente el plano inscripto referente al área a transmitir, exigiendo igual requisito para la aprobación de particiones y sentencias de prescripción adquisitiva de inmuebles rurales.

Puede ocurrir en la práctica que el plano de mensura del bien no figure agregado al documento o legajo de documentos que sirven de título.

Esto puede obedecer a dos razones: la primera, que no exista plano inscripto por tratarse de un título anterior a la ley 12.804 y la segunda a que exista pero el mismo no esté agregado a la documentación.

Si no existiera plano inscripto hay que solicitar a un ingeniero agrimensor que confeccione un plano e inscribirlo en la Dirección Nacional de Catastro.

Si existe plano inscripto pero no luce incorporado al legajo de documentos que integran el título, puede obtenerse una copia en el Archivo Gráfico de la Dirección Nacional de Topografía del Ministerio de Transporte y Obras Públicas. A estos efectos debemos tener en cuenta lo que establece el Decreto 318/995, artículos 18, 19 y 20. Artículo 18 : “Las copias suplementarias de planos de mensura de profesionales en actividad solicitadas por particulares serán extendidas y autenticadas por aquellos, a partir de dos ejemplares transparentes que obra en su poder o por el Archivo Gráfico de la Dirección Nacional de Topografía, para lo cual debe obtenerse la previa autorización del profesional actuante. Las copias de plano de profesionales jubilados, fallecidos o ausentes solicitadas por particulares, así como las que soliciten las oficinas públicas, serán extendidas por el Archivo Gráfico de la Dirección Nacional de Topografía a partir del ejemplar de su archivo”.

Actualmente accediendo a la Base de datos del Archivo Nacional de Planos de Mensura en la página de la Dirección Nacional de Topografía pueden verse on line los planos inscriptos.

Además de la obligación legal es fundamental tener el plano inscripto a la vista a efectos de la precisa identificación del bien, ya que es en base a éste

que debemos realizar la descripción y deslinde del bien con el que estamos trabajando. En ningún caso podemos pasar por la descripción y deslinde realizados por los profesionales intervinientes en los títulos antecedentes.

Plano para prescribir.

Entendemos que el plano exigido para prescribir merece ser tratado en un párrafo aparte, por las dudas que se plantean a partir del Decreto 318/995. La ley 12.804 en su artículo 286 exige plano de mensura inscripto para las sentencias que declaran la prescripción adquisitiva respecto de bienes inmuebles. Si existe un plano de mensura inscripto, cualquiera sea su fecha de confección, que refleja el área poseída (que se pretende prescribir), entendemos que es legalmente suficiente. Sin embargo el Decreto 318/995 que legisla sobre cotejo y registro de planos de mensura dispone en su artículo 16 que “la Dirección General del Catastro Nacional inscribirá los planos de mensura que serán usados en juicios de prescripción en un Registro Provisorio creado a esos efectos habilitando su uso como documento gráfico base en el juicio, no pudiendo considerarse registrados a otros fines que los indicados” y agrega que “Sólo podrán presentarse en un juicio de prescripción los planos realizados expresamente con tal fin”. Este artículo presenta dudas sobre su legalidad puesto que la ley 12.804 es clara en su texto, exigiendo únicamente un plano inscripto y no un plano especial levantado durante el proceso a los efectos de éste. El Decreto mencionado establece requisitos que exceden lo previsto en la ley.

Por lo tanto entendemos que el Juez de la causa puede dictar una sentencia de prescripción adquisitiva respecto a un inmueble basándose en un plano de mensura inscripto cualquiera sea su fecha.

Así lo ha informado también la Comisión Asesora Registral y la Dirección General de Registros en el sentido que el Registro de la Propiedad no debe exigir el plano especial a que se refiere el artículo 16 del Decreto 3818/995 para proceder a la inscripción del testimonio judicial de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de un inmueble, ya que no hay norma legal que lo

requiera, bastando con que haga referencia a un plano inscripto aunque el mismo no haya sido levantado especialmente a los efectos de la prescripción.

Expediente administrativo de edificación y obras sanitarias

Cuando el inmueble tiene construcciones las mismas incrementan la propiedad por el modo accesión de acuerdo al artículo 731 y siguientes del Código Civil, por lo cual el dueño del suelo es el dueño de las construcciones.

Pero por otro lado nos encontramos con determinadas normas que regulan la edificación. Entre ellas, una de carácter nacional, la Ley 1816 del 8 de julio de 1885, que se encuentra vigente, la cual exigió por primera vez el permiso de construcción, permitió a los Municipios dictar ordenanzas, dio condiciones generales en materia de construcción, así como también estableció facultades para aplicar multas y aún para hacer demoler lo construido fuera de las reglamentaciones respectivas.

Es decir que la competencia en esta materia es municipal, por lo que necesariamente tenemos que recurrir a la normativa establecida por cada gobierno departamental..

En la práctica si el estudio de títulos versa sobre un inmueble con construcciones, a los títulos de propiedad pueden estar agregados el o los expedientes administrativos relativos a la construcción y a las obras sanitarias.

El legajo relativo al expediente de construcción contiene varios elementos: permiso de construcción, diversos planos compuestos de distintas láminas, memoria descriptiva (detalle de las obras a realizar y de los materiales a emplear) y también la resolución final administrativa, que es lo que se denomina habilitación municipal y en algunos departamentos inspección final.

En Montevideo la habilitación municipal se exige desde el Decreto del 11 de abril de 1928 y con respecto a las obras sanitarias, la inspección final desde el 6 de junio de 1940. Esta inspección final tiene que ser necesariamente anterior a la habilitación final del edificio.

Pero no siempre el expediente administrativo relativo a las construcciones está agregado a la titulación. Si no está agregado, puede solicitarse un duplicado del mismo a la respectiva Intendencia.

Más grave es cuando nos encontramos con obras clandestinas, situación que se da con frecuencia en zonas balnearias.

Es indiscutible la propiedad de esas construcciones aún siendo clandestinas, ya que las mismas acceden al inmueble por el modo accesión.

Si estas construcciones se ajustaran a las reglamentaciones vigentes podrían regularizarse con posterioridad frente a la Intendencia correspondiente, pero ocasionando un desembolso económico.

Si las construcciones se hubieran realizado sin respetarse la normativa municipal habrá que consultar a un arquitecto para que determine si es factible la regularización.

Hay que tener presente que si bien el inmueble en el que se realizaron construcciones clandestinas puede enajenarse, existe el riesgo que la Intendencia respectiva establezca sanciones o determine la demolición de las obras.

Cuando existen construcciones el Escribano deberá además controlar si se han abonado las deudas que pudieran existir por aportes al Banco de Previsión Social, tema que excede el presente trabajo.

4. Metodología para el estudio de títulos

Conforme a lo visto, suponiendo que estamos en presencia de los títulos, del plano de mensura, demás elementos individualizantes del objeto, y en lo posible, el legajo de construcción. En consecuencia en condiciones de estudiar los títulos.

En primer lugar corresponde determinar el procedimiento material o práctico a seguir y en segundo lugar, ya desde un punto de vista estrictamente jurídico, señalar una metodología aplicable, a los efectos de lograr el mejor resultado.

Entrando al primer aspecto tenemos dos posibilidades: cronológicamente, es decir ubicando el título que cubra los 30 o 45 años de estudio según corresponda y comenzando desde allí hasta lo más reciente; o partiendo del último título y continuando hacia atrás por la cantidad de años que debamos estudiar.

No existen normas al respecto y cualquiera de los procedimientos citados puede utilizarse. Sin embargo consideramos que en aquellos casos en que hubo cambios en la configuración del bien puede resultar más sencillo comenzar desde el último título e ir encadenando las distintas procedencias hacia atrás. De esta manera resulta más fácil ubicar la realidad jurídica actual (que surge del último título) con la realidad gráfica que surge del plano.

Corresponde entonces analizar este último título, examen que se hará en sentido formal y sustancial, para valorarlo, sacar conclusiones y determinados elementos que se reflejarán en el proceso dominial, el que si se redactará en forma cronológica.

Agotado el análisis del último título procederemos de igual forma con cada uno de los antecedentes, hasta cubrir los años de estudio de títulos refiriéndonos al modo **tradición**.

Uno de los requisitos de validez de la tradición conforme al artículo 769 del Código Civil es estar precedida de título hábil.

Eugenio Cafaro y Santiago Carnelli⁶ señalan una metodología aplicable para el examen de la eficacia negocial, que es la que vamos a seguir en el presente trabajo.

La teoría del negocio jurídico no fue recogida por nuestro codificador, ni podía serlo ya que es una creación doctrinaria posterior. Y qué es el negocio jurídico? Siguiendo a Cariota Ferrara podemos decir que es una manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico tutelado por el derecho. Es una categoría más comprensiva que el contrato. Este es una especie de negocio jurídico.

⁶ "Eficacia contractual"

Podemos descomponer esta definición en estos tres elementos,

1.- manifestación de voluntad

La voluntad debe ser exteriorizada (si permaneciera reducida al ámbito de la psiquis del individuo no tendría relevancia para el derecho).

La voluntad tiene que exteriorizarse a través de una forma (declaraciones o actos).

La manifestación de voluntad debe tener un contenido (objeto) y un fin (causa).

2.- fin práctico

Lograr lo que la o las partes quieren. La voluntad es finalista: persigue alcanzar determinados fines u objetivos. El negocio procura la satisfacción de intereses individuales.

3.- tutelado por el derecho

El fin práctico que persiguen debe estar tutelado o protegido por el ordenamiento jurídico.

La teoría del negocio jurídico se ha construido con los principios generales de los contratos y los de otros negocios jurídicos. Por ejemplo los principios de fuerza vinculante del contrato, que es ley entre las partes (artículo 1291), de buena fe, de autonomía de la voluntad.

Incluso los negocios del derecho de familia quedan incluidos dentro de la doctrina de los negocios jurídicos.

La ventaja de esta teoría de los negocios jurídicos es que a través de su clasificación se permite categorizarlos y agruparlos para aplicarles determinados principios.

Clasificación de los negocios jurídicos

Negocios:

I) –Según el contenido:

Se dividen en negocios de contenido patrimonial por contraposición a los extrapatrimoniales, también llamados de Derecho Personal y Familiar.

Los primeros son aquellos que son susceptibles de valoración económica (contrato, tradición, etc), en lo que rige ampliamente la autonomía privada en sus manifestaciones: libertad de concluir negocios, libertad de determinar su contenido, libertad de crear negocios atípicos, como sucede en el ámbito contractual (art. 1260 CC)

Los segundos no son susceptibles de valoración económica. En ellos el principio de autonomía de la voluntad no rige tan ampliamente como en los de contenido patrimonial, pues solo existe libertad de conclusión, pero no de configuración interna, ni existe la posibilidad de crear negocios atípicos.

II) Según el número de partes que comparecen:

- **Unilaterales:** reconocimiento de hijo natural (aún cuando concurren ambos padres simultáneamente a reconocer)
- **Bilaterales:** adopción
- **Plurilaterales:** contrato de sociedad formado por más de dos socios

Esta clasificación es diferente en materia de contratos, ya que en este último caso lo que se tiene en cuenta es el vínculo obligacional (art.1247).

II) Según la coeficiencia causal del evento muerte

- **Entre vivos:** surten efectos desde la celebración con independencia de la ocurrencia del evento muerte. En principio son irrevocables como sucede con los contratos que solo son revocables en los casos que la ley autoriza (art.1294)
- **Mortis causa** (por causa de muerte): surten efecto desde la muerte. Son esencialmente revocables: Testamento (art.779)

IV) – Consensuales y solemnes: (arts. 1560, 1578, 1252, 1261, 1264)

- No formales, no solemnes

La solemnidad está vinculada a la forma de manifestar la voluntad. Cuando la ley establece una forma especial para manifestar el consentimiento, para que esa manifestación de voluntad merezca tutela, debe expresarse en la forma prevista por la ley. La falta de solemnidad produce nulidad absoluta (art.1560 CC)..

La solemnidad no se aplica sólo a los contratos, sino también a los actos (art.1578) y debe estar establecida a texto expreso (no hay solemnidad sin ley que la establezca). Ej.: partición (1128), capitulaciones matrimoniales (1943), reconocimiento de hijo natural (antes art. 233 CC hoy art.31 CN y A) .

V)Según los efectos

- **Declarativos:** no modifican una situación preexistente. También se llaman de fijación o accertamento. Ej. Partición, reconocimiento, transacción cuando se adjudica el bien en litigio.

- **Dispositivos en sentido amplio:** modifican una situación anterior. Ej. Adopción, capitulaciones matrimoniales.

Los dispositivos en sentido amplio **se subclasifican en:**

a.- obligacionales: Sólo surten efectos personales, como sucede en nuestro sistema con el contrato, que es negocio exclusivamente productor de obligaciones (arts. 1246, 1247, 705 CC).Para transferir el dominio se requiere un título hábil para transferir el dominio (contrato) seguido del modo tradición.

Los títulos solo dan derecho “a la cosa” no “en la cosa”.

La propiedad se transfiere por la yuxtaposición de dos negocios jurídicos: obligacional: título y dispositivo:modo.

b.- dispositivos en sentido estricto (producen efecto real): tiene por inmediato efecto la transferencia, constitución o extinción de un derecho subjetivo preexistente (Cariota Ferrara, p.222) Se subdividen en:

- Traslativos: tradición (artículos 769,775) produce el efecto real. Cada uno transfiere lo que tenía.
- Constitutivos: crean derechos reales menores de goce (usufructo, uso, habitación) o de garantía (prenda, hipoteca).
- Extintivos: renuncia

Esta subclasificación no se aplica al derecho de familia.

Presupuestos externos, requisitos de validez y de eficacia de los negocios jurídicos.

Retomando la metodología propuesta por Eugenio Cafaro y Santiago Carnelli⁷ para el estudio del negocio jurídico, se indican una serie de pasos a seguir para determinar si el negocio jurídico en estudio reúne las calidades de existente, válido y eficaz. Primeramente hay que interpretar y calificar la voluntad negocial para llegar al régimen jurídico aplicable al negocio en cuestión, y a partir de allí analizar los presupuestos externos, los requisitos de validez y los requisitos de eficacia.

Presupuestos de existencia.

En primer lugar corresponde el análisis de los presupuestos, que son externos al negocio y determinan el “marco preliminar de actuación eficaz del individuo”. Condicionan la existencia del negocio. Son la capacidad jurídica y el poder normativo negocial.

Capacidad jurídica

Es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, determina que un individuo sea sujeto de derecho y se tiene por el sólo hecho de ser persona.

En nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos con el artículo 21 del Código Civil que reconoce a todos los individuos de la especie humana la condición de personas, por lo que esta forma de capacidad no nos crea problemas. Gamarra, señala limitaciones a la capacidad jurídica en dos contratos: Donación (art.412 Nal 5º. CC) y Fianza (Arts.271 Nal 7,412 Nal 8 y

⁷ “Eficacia Contractual”

2116 CC.). El Dr Jorge Rodriguez Russo, señala un solo caso para la donación de todos los bienes o de bienes futuros..)

Poder normativo negocial

Es la posibilidad de crear normas mediante negocios jurídicos. Todos los sujetos tienen en principio esta potestad en la medida que una norma no los prive de la misma (art.1281 CC). Es la ley la que atribuye o priva a los individuos de poder normativo. Cuando falta poder normativo negocial la ley impone a un sujeto una prohibición de contratar respecto a un tipo negocial que en sí mismo es lícito.

En sede de compraventa por ejemplo nos encontramos con normas que limitan el poder normativo negocial en los artículos 1675 a 1679, 271 num.3, 412 numeral 1 y 2070 del Código Civil.

La consecuencia de la ausencia de algún presupuesto es, de acuerdo a los autores citados, la inexistencia del negocio. Para otros autores que no reconocen la inexistencia como categoría jurídica, la consecuencia del incumplimiento de las normas referidas es la nulidad absoluta.

Qué diferencia existe entre considerar que el negocio al que falta un presupuesto es inexistente o absolutamente nulo? Si el sujeto actuara a pesar de carecer de poder normativo negocial y se hubiera producido un desplazamiento patrimonial, si consideramos que el negocio es inexistente se aplicarán las normas del pago de lo indebido (artículo 1316 a 1318 CC), mientras que si consideramos que es absolutamente nulo operarán las restituciones conforme al artículo 1565 CC.

La diferencia se da en relación a los terceros. Las restituciones que operan como consecuencia de la acción del pago de lo indebido encuentran como límite la buena fe del tercero que adquirió a título oneroso. Aquellos terceros, que adquirieron a título oneroso y no tenían conocimiento de la falta de poder normativo de los sujetos que intervinieron en el negocio inexistente no son alcanzados. En cambio la nulidad es oponible a los terceros poseedores independientemente de su buena fe.(art.1565 inciso 2º. CC)

De lo expuesto surge claramente que cuando estudia un negocio jurídico el aplicador del Derecho debe revisar la respectiva normativa para constatar si existe alguna prohibición que impida al sujeto intervenir en el negocio en cuestión.

Requisitos de validez

En segundo lugar debemos analizar los elementos intrínsecos o estructurales del negocio. El Código regula los requisitos de validez de los contratos en el artículo 1261 del Código Civil: consentimiento, capacidad de obrar, objeto y causa y la solemnidad para los casos en que la ley lo exige, la solemnidad, que está vinculada al elemento consentimiento, por ser la forma preceptiva de exteriorizar la voluntad..

Hay que recordar, que conforme a lo que manifiestan los autores citados Cafaro y Carnelli⁸, el orden de los elementos estructurales indican al intérprete el camino a seguir, existiendo entre ellos una relación de antecedente a consecuente, pero se debe comenzar por la capacidad. Pero además respecto a cada uno de los elementos deberá verificarse no solo su existencia sino además su ausencia de vicios.

El orden de análisis de los elementos del contrato es el siguiente: capacidad de obrar, consentimiento, objeto (determinado, posible, lícito) y causa (lícita)

Capacidad de obrar

Es la aptitud del sujeto de constituir por sí mismo relaciones jurídicas, de ser titular de relaciones jurídicas a través de su propia actuación. Se sustenta en la capacidad jurídica.

La capacidad de obrar es asignada por la ley teniendo en cuenta la aptitud de querer y entender de los sujetos. Cuando estudiamos un negocio jurídico debemos revisar la capacidad de obrar de los sujetos intervinientes en el mismo, teniendo en cuenta los principios generales en materia de capacidad,

⁸ "Eficacia Contractual"

pero también las normas que regulan esta materia en el tipo negocial en estudio.

La capacidad de obrar condiciona al consentimiento porque si quien emite la voluntad carece de capacidad de obrar, esa voluntad no es jurídicamente relevante, y por tanto no hay consentimiento.⁹

Los principios generales en sede de capacidad están regulados por el artículo 1278 y siguientes del Código Civil, de los que surge que el principio es la capacidad y la excepción la incapacidad. A su vez se distingue entre absolutamente incapaces (artículo 1279: impúberes, dementes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito ni por lenguaje de señas) y relativamente incapaces (artículo 1280: menores púberes sometidos a patria potestad o tutela). La incapacidad es causa de nulidad, pero mientras que la actuación de un absolutamente incapaz tiene como consecuencia la nulidad absoluta (art.1560 CC), la actuación de un relativamente incapaz produce nulidad relativa.

- Situación de los habilitados por matrimonio y de los menores respecto a los bienes adquiridos con su peculio profesional o industrial.

El artículo 283 del Código Civil establece que el matrimonio produce el efecto de poder ejercer los hijos menores todos los actos de la vida civil excepto aquellos que por este Código se prohíben a los menores habilitados de edad y el artículo 307 que se encuentra en el Título de la Habilitación de edad establece que “El menor habilitado puede ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de edad, excepto aquellos actos u obligaciones de que una ley expresa lo declare incapaz.” Es decir que en principio tienen capacidad excepto cuando una norma expresa los declara incapaces(art.310 CC). La ley 16.719 del 11 de octubre de 1995 estableció la mayoría de edad en 18 años, dejando sin aplicación los institutos de la emancipación y la habilitación de edad, pero el mismo estatuto queda vigente para los

⁹ Eugenio Cafaro y Santiago Carnelli. “Eficacia Contractual”

habilitados por matrimonio (artículo 305) y para los menores con peculio profesional (artículo 267 inciso4).

La falta de capacidad de obrar se remedia en nuestro ordenamiento jurídico a través de dos institutos: la representación y la asistencia. Como dicen Dora Bagdassarian y Mabel Rasines¹⁰ son institutos que permiten que aquellos sujetos dotados de capacidad jurídica y poder normativo negocial pero que no pueden manifestar válidamente su voluntad, actúen en la vida jurídica.

Los representantes legales sustituyen la voluntad del incapaz. Permite que los efectos jurídicos de un acto realizado por un sujeto (representante) vayan a radicarse en la esfera jurídica patrimonial de un sujeto distinto (representado) que no intervino en el acto (art.1254 CC). Como el incapaz recibe las consecuencias (efectos) de contrato, se dice que es parte del mismo pero en sentido sustancial o sujeto del interés. En cambio al representante se le designa como parte en sentido formal ya que si bien participa en la formación del contrato, permanece ajeno a sus efectos. Así como en la representación voluntaria los límites del poder están determinados por el negocio de apoderamiento, en la representación legal los límites los fija la ley.

En la asistencia hay cooperación de la voluntad del incapaz (asistido) con la de otro sujeto (asistente). La ley dispone que la voluntad del incapaz no es suficiente por sí sola, por lo que debe complementarse con la de otro sujeto. Ejemplo; en sede de las capitulaciones matrimoniales, artículo 1946 y en la donación (art.1656 CC).

Frente a la asistencia nos encontramos distintas posiciones que determinan consecuencias bien distintas en caso de faltar la voluntad del asistente.

Jorge Gamarra¹¹ sostiene que la voluntad del asistente es un complemento del consentimiento (voluntad plurisubjetiva, acto complejo). Es decir que la voluntad negocial se forma con la concurrencia de las voluntades

¹⁰ "Dos Temas Vinculados al Régimen Matrimonial de Bienes"

¹¹ "Tratado de Derecho Civil Uruguayo"

del asistido y de su asistente. Si falta la voluntad del asistente la consecuencia será la nulidad absoluta.

Cafaro y Carnelli¹² sostienen que la voluntad del asistente no integra la voluntad negocial; es un negocio jurídico unilateral y autónomo que tiene por objeto dotar de eficacia al negocio celebrado por el asistido (es requisito de eficacia), con la particularidad que el consentimiento del asistente debe ser concomitante a la celebración del negocio por el asistido. De no cumplirse con este requisito de eficacia la “voluntad del asistido” resulta “inoperante” de manera que deberá reiterarse con la concurrencia del asistente para obtener el efecto querido.

Bagdassarian y Rasines¹³ entienden que la voluntad del asistente configura un requisito de eficacia, y al no haber norma expresa, esta voluntad podría ser perfectamente manifestada con posterioridad a la celebración del negocio.

El consentimiento, es la exteriorización de la voluntad. La voluntad al ser exteriorizada se transforma en declaración de voluntad. Esa manifestación de voluntad del sujeto será jurídicamente relevante en la medida que el ordenamiento jurídico le haya atribuido a aquel capacidad de obrar, por lo cual esta última condiciona al consentimiento. Pero además el consentimiento está vinculado a la solemnidad ya que hay situaciones en que la norma impone que la voluntad deba manifestarse a través de determinada forma.

Solemnidad

Como dicen Dora Bagdassarián y Mabel Rasines (ob. Cit) “Es un requisito de forma vinculado al consentimiento. Es la forma que debe revestir la manifestación de voluntad para que el contrato sea válido”.

Objeto:

Debe estar determinado o suficientemente determinado, de

¹² “Eficacia Contractual”

¹³ “Dos Temas Vinculados al Régimen Matrimonial de Bienes”

be ser posible material y jurídicamente y ser lícito. Como señalan Cafaro y Carnelli (5) “solo puede calificarse de posible lo determinado y de lícito o ilícito lo determinado y posible”. Por tanto primero hay que analizar si la prestación está determinada. Si lo está hay que ver si es posible material y jurídicamente, y por último debe analizarse la licitud o ilicitud (no debe ser contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres).

Lo lícito o ilícito será la prestación considerada en sí misma, esto es la conducta debida (dar hacer o no hacer). El objeto negocial es una unidad aunque esté integrado por dos prestaciones recíprocas.

Conforme a lo que dispone el artículo 1282 del Código Civil el objeto de los contratos es el objeto de las obligaciones que por ellos se contrajeren y pueden ser objeto de los contratos las cosas o hechos que no estén fuera del comercio de los hombres. Uno de los primeros elementos a constatar, pues, es que el objeto tenga autonomía jurídica, es decir que tenga aptitud para ser objeto de un negocio dispositivo. Para Cafaro y Carnelli, el objeto del contrato es la norma reguladora de la relación creada y es diferente al objeto de la obligación.

Causa:

Debe ser lícita.

La causa se presume que existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, conforme al artículo 1290 CC. Por lo tanto salvo que exista ilicitud o falsedad, no debemos formular observaciones respecto a la causa.

Nulidades

La nulidad, como dicen Cafaro y Carnelli¹⁴ “está concebida como una reacción negativa del ordenamiento ante situaciones de disconformidad negocial, es decir, ante un fenómeno patológico consistente en que un negocio no se adecua al marco legal”.

¹⁴ “Eficacia Contractual”

El Código Civil se refiere a las nulidades en los artículos 1559 y siguientes pero no da un concepto de nulidad. Sí se refiere a dos tipos de nulidad: absoluta y relativa. La nulidad absoluta está regulada en el artículo 1560, y también hay nulidad absoluta cuando estamos frente a la violación de una norma prohibitiva, artículo 8. La nulidad relativa sería una categoría residual, el inciso final del artículo 1560 establece “cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la anulación del acto o contrato”.

El contrato afectado de nulidad absoluta no produce efectos, y en caso de ejecución del contrato nulo las cosas deben reponerse al estado originario. El artículo 1565 dispone la restitución de las prestaciones cumplidas por haber desaparecido el contrato. La buena o mala fe de los terceros es irrelevante. La nulidad absoluta produce ineficacia desde el inicio y esa ineficacia es definitiva e insubsanable. El artículo 1561 establece: “...no puede subsanarse por ratificación de las partes”, ni por el transcurso del tiempo, aunque del final del artículo parece surgir que se subsanaría por un lapso de tiempo superior a los treinta años”. En realidad no se trataría de que se subsane la nulidad por el transcurso de 30 años sino que transcurridos 30 años se considera purgado el vicio que afectaba el título y tiene que ver con la necesidad de dar estabilidad al tráfico jurídico.

El Dr. Gamarra, sostiene que es erróneo porque la acción de nulidad absoluta es imprescriptible y Rasines y Rodríguez Russo entienden que los 30 años son para la prescripción adquisitiva.

En cuanto a si es necesario que la nulidad absoluta se declare judicialmente, el artículo 1561 dispone que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparece de manifiesto, es decir que si el juez la advierte en el expediente, tiene que declararla. También como dice el Dr. Gamarra en caso de litigio sobre si hay o no nulidad absoluta, se necesita una decisión judicial que lo dirima, pero en otras situaciones no tiene por qué ser declarada por el juez, porque el estado de nulidad no lo crea el pronunciamiento judicial. La nulidad absoluta opera de pleno derecho. La sentencia que declara la nulidad absoluta es declarativa, constata una nulidad anterior.

Si en un estudio de títulos advertimos una nulidad absoluta debemos observarlo y ver si se puede llegar a un nuevo otorgamiento. La nulidad absoluta configura un estado de ineficacia originaria y permanente.

El principio general que obliga a reponer la situación jurídica en el mismo estado anterior al contrato nulo tiene un par de excepciones: I) cuando la nulidad se produce por el objeto y causa ilícitos no puede repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas (artículo 1565). II) cuando el contrato se celebró por un incapaz sin los requisitos legales, el que contrató con él no puede reclamar la restitución salvo cuando pruebe que el incapaz se hizo más rico (art.1566 CC).

El negocio relativamente nulo en cambio produce efectos, es inmediatamente eficaz, pero puede ser anulado. Entra al mundo jurídico en forma provisoria: es anulable, o puede quedar firme la eficacia por el transcurso del tiempo o por confirmación.

Los legitimados para solicitar la declaración de nulidad relativa son “aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios” (artículo 1562) y esta declaración de nulidad extingue los efectos del contrato retroactivamente “como si no hubiera existido” (artículo 1565). No puede ser declarada de Oficio por el Juez ni a solicitud del Ministerio Público.

La nulidad relativa requiere necesariamente una sentencia judicial que la declare (artículo 1559). Esta sentencia es constitutiva en tanto la ineficacia se configura con el pronunciamiento del juez. El contrato es nulo desde que se otorga, es la declaración judicial la que constituye la ineficacia.

La nulidad relativa es subsanable, por el artículo 1562 por el transcurso del tiempo o por la confirmación. Si bien el Código emplea el término ratificación se trata de confirmación puesto que emana del propio interesado. Ejemplo: Un menor de 16 años, sometido a patria potestad, adquirió un inmueble, pero compareció a la escritura por sí y no a través de sus representantes legales. El negocio celebrado es relativamente nulo. Cómo puede subsanarse esta situación? Si el menor es ya mayor de edad puede confirmar el negocio relativamente nulo (confirmación expresa). La

confirmación es un negocio jurídico unilateral y debe revestir las mismas solemnidades que el negocio que se pretende confirmar. En el caso propuesto, debería otorgarse en escritura pública. Cómo se instrumentaría esa escritura de confirmación? Debe comparecer el menor hoy mayor de edad, que es la parte que tiene derecho de alegar de nulidad, y no se requiere la voluntad de la contraparte, la confirmación es una manifestación de voluntad no recepticia, es decir que no requiere que sea conocida por la otra parte. Habría una cláusula de antecedentes en la que se relacione el negocio afectado por la nulidad que se pretende subsanar y otra cláusula en la que el sujeto confirma en todos sus términos el negocio descrito conforme al artículo 1570 del Código Civil. A través de la confirmación el sujeto legitimado a ejercer la acción de nulidad estaría renunciando a ese derecho.

La confirmación también puede ser tácita. En el caso en que un menor celebró un negocio, por el que adquirió un inmueble, sin la representación legal exigida, quedaría tácitamente confirmado si con posterioridad y siendo mayor de edad, enajena el inmueble adquirido. (con conocimiento que era nulo el contrato).

También produce nulidad relativa la actuación de los representantes de los menores o incapaces sin las autorizaciones judiciales cuando la ley las exige, ya que las mismas no son exigidas en consideración a la naturaleza del acto sino atendiendo a la incapacidad de los sujetos.

La nulidad relativa también puede subsanarse por transcurso del tiempo. El plazo para pedir la anulación es de cuatro años y se cuenta desde que el legitimado a solicitar la anulación esté en condiciones de ejercer su derecho: es decir desde que terminó la incapacidad o en que cesó la violencia, y en caso de error o dolo desde el día de la celebración del contrato.

Si la nulidad relativa es declarada judicialmente el negocio hasta entonces relativamente nulo pasa a tener el mismo tratamiento legal que corresponde a un negocio absolutamente nulo, pues la eficacia es eliminada. Al declararse la nulidad el negocio relativamente nulo pasa a considerarse como si no hubiera existido y la regla general del artículo 1565 establece que las

cosas deben reponerse al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el acto o contrato nulo.

El efecto de la sentencia de anulación es retroactivo porque el acto o contrato es nulo desde el comienzo.

Requisitos de eficacia. Un negocio es eficaz cuando despliega los efectos propios inherentes al tipo de que se trate. La noción de eficacia dice relación únicamente con las partes. Hay situaciones en que para que el negocio alcance el efecto que persigue es necesario un dato externo al mismo. Ese dato externo determinante de la eficacia puede tener su origen en la voluntad de las partes o ser consecuencia de principios básicos del ordenamiento jurídico o de una norma legal expresa.

Requisitos voluntarios de eficacia: son expresión de la autonomía privada de las partes: condición (artículos 1407 y siguientes), plazo del contrato (art.1887 CC) (artículos 1433 y siguientes regulan el plazo de la obligación). “Son disposiciones de las partes en ausencia de las cuales las consecuencias inherentes al tipo se verifican en forma inmediata e irreversible”.¹⁵

Requisitos legales de eficacia: son impuestos por el legislador (autorización, aprobación, ratificación, confirmación, conformidad, asistencia) o resultado del sistema jurídico (poder de disposición). La ley limita la autonomía privada supeditando los efectos del negocio a la verificación de determinadas circunstancias.

Trataremos brevemente alguno de los requisitos legales de eficacia.

Autorización: supone la conformidad de alguien ajeno al negocio: por ejemplo autorización del Juez. Por disposición de la ley los representantes legales para otorgar determinados negocios deben obtener autorización judicial (artículos 271, 395, 431). También se exige autorización judicial para el otorgamiento de determinados negocios jurídicos a los menores de edad habilitados por matrimonio y a los menores respecto a los bienes obtenidos con su peculio

¹⁵ Eugenio Cafaro Y Santiago Carnelli. “Eficacia Contractual”

profesional o industrial (artículo 310). Cuál es la consecuencia de no obtener la autorización judicial? La nulidad relativa del negocio, en virtud de lo que dispone el artículo 1560 inciso 1, ya que no es una nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza, sino a las personas que intervienen en el mismo.

Aprobación: supone la conformidad de alguien ajeno al negocio pero con respecto a un negocio ya concluido. En este caso la eficacia queda supeditada a que se obtenga dicha aprobación. Los representantes legales deben obtener la aprobación judicial en ciertos negocios para que los mismos se tornen eficaces (artículos 305, 401, 2150, 1130). En algunas de las situaciones indicadas la omisión de la aprobación judicial legalmente exigida produce la nulidad relativa. Sin embargo, en sede de partición extrajudicial la ley prevé una consecuencia diferente. El artículo 1130 dispone que la partición extrajudicial en la que intervienen tutores o curadores debe ser aprobada por el Juez. Si dicha aprobación no se obtuviera la consecuencia no será la nulidad relativa sino que la partición se entenderá ser provisional, es decir partición del uso y goce de los bienes y no de la propiedad. Sería un caso de conversión de un negocio nulo en otro negocio de menor contenido. Es decir que el negocio (partición) no surte los efectos propios sino que pasa a tener efectos correspondientes a otro tipo negocial, de menor contenido, hasta que se obtenga la aprobación.

Ratificación En este caso, la eficacia queda supeditada a un acto de voluntad del titular del patrimonio a que el negocio refiere. Como dice el Dr. Gamarra (), la ratificación siempre emana de un tercero respecto al negocio que ratifica, y que a partir de la ratificación hace suyos (en forma retroactiva) los efectos del negocio (ejemplos: gestión sin poder, negocio sobre patrimonio ajeno, donde falta legitimación para disponer).

Confirmación Es una declaración de voluntad de un sujeto que teniendo legitimación para obtener la anulación del negocio, renuncia a dicha

prerrogativa asegurando la eficacia permanente de aquel -artículo 1570-.¹⁶ Emanada de quien fue parte en el negocio.

Conformidad Cafaro y Carnelli¹⁷ dicen que “Implica estar de acuerdo con un negocio a concluir o ya concluido y emana de alguien ajeno al negocio, cuya voluntad no integró el consentimiento de aquel”. Ejemplo: uno de los cónyuges pretende enajenar un inmueble adquirido por él durante el matrimonio. El inmueble es de naturaleza ganancial. En este caso de acuerdo a lo que dispone el artículo 1971 se requiere la conformidad de su cónyuge (no administrador). La voluntad de este cónyuge no administrador constituye un negocio unilateral y autónomo y puede manifestarse en forma simultánea o con posterioridad al negocio celebrado por el cónyuge administrador.

Asistencia: El negocio se integra únicamente con la voluntad del asistido. La voluntad del asistente no forma parte del negocio sino que configura un negocio unilateral vinculado al celebrado por el asistido al que dotará de eficacia. Cafaro y Carnelli¹⁸ entienden que la voluntad del asistente debe ser contemporánea con la declaración negocial del asistido. (Ya fueron oportunamente desarrolladas las distintas posiciones en torno a la asistencia).

Como ya dijimos los requisitos de eficacia también pueden ser consecuencia de principios básicos del ordenamiento jurídico:

Poder de disposición. El poder de disposición es la posibilidad que tiene un sujeto de obtener a través del negocio celebrado, los efectos perseguidos.

El principio general es que sólo se puede disponer de lo propio. No se puede invadir la esfera patrimonial ajena salvo representación: legal o voluntaria (artículo 1254). Cafaro y Carnelli¹⁹ establecen que para que los efectos del negocio se den en el patrimonio de un sujeto distinto del declarante

¹⁶ Eugenio Cafaro y Santiago Carnelli. “Eficacia Contractual”

¹⁷ “Eficacia Contractual”

¹⁸ “Eficacia Contractual”

¹⁹ “Eficacia Contractual”

será necesario recurrir a un dato externo al negocio: voluntad del titular del patrimonio al que se dirigen sus efectos. La voluntad del representado no incide en la existencia y validez del negocio celebrado entre el representante y el tercero sino en el ámbito de su eficacia. Por ello el representado, titular del patrimonio sobre el que se pretenden hacer recaer los efectos del negocio, puede emitir su voluntad incluso con posterioridad al mismo. Como expresan los referidos autores en la obra citada²⁰ “no debe confundirse voluntad negocial con poder de disposición. La primera forma el negocio y el segundo permite concretar los efectos propios del negocio”. La voluntad del representado no forma parte del negocio celebrado entre el representante y el tercero. Este será existente y válido en la medida que se haya cumplido con los presupuestos y con los requisitos de validez. Sin embargo para que se produzcan los efectos perseguidos debe sobrevenir una declaración de voluntad del titular del patrimonio sobre el cual van dirigidos los efectos del negocio.

Por último debemos analizar la Publicidad: (No es requisito legal de Eficacia)

Puede ser: 1. Constitutiva: el derecho nace con la inscripción: prenda sin desplazamiento, hipoteca, también promesa de enajenación de inmuebles a plazos, ley 8733 art.15; 2. Declarativa: el derecho preexiste. Esta forma de publicidad está vinculada a la oponibilidad. El negocio nace entre las partes pero no es oponible a terceros hasta su inscripción, o 3. Mera noticia: publicidad informativa, a los solos efectos de hacer conocer la situación.

Pasamos a ver algunos de los títulos hábiles para transferir el dominio que podemos encontrar en un estudio de títulos.

Cada vez que estudiamos un título debemos hacerlo en forma íntegra, desde el membrete hasta las firmas inclusive, pero únicamente vamos a dejar consignados en el proceso dominial determinados elementos que surgen del mismo: **sujetos intervinientes, naturaleza del acto, escribano autorizante, fecha de otorgamiento, inscripción en el Registro y eventualmente**

²⁰ “Eficacia Contractual”

anotación del último título (artículo 14 de la Ley 10.793 y artículos 239 y 240 del Reglamento Notarial).

COMPRAVENTA (Arts. 1661 y siguientes del Código Civil)

La compraventa es un contrato bilateral, oneroso, conmutativo. Es un contrato de cambio: cosa por precio.

Las dos prestaciones fundamentales son la entrega de la cosa (a cargo del vendedor) y el pago del precio (a cargo del comprador).

En nuestro ordenamiento jurídico la compraventa es un negocio obligacional, solamente produce obligaciones (tiene efecto personal). No es la compraventa la que opera el desplazamiento de la propiedad sino el modo (tradición), precedido de la misma como título hábil.

De acuerdo al artículo 1661 el vendedor se obliga a dar una cosa. Esta obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega de una cosa conforme al artículo 1333. Por consiguiente el vendedor cumpliría con su obligación entregando la cosa.

Entrando al estudio de los sujetos y siguiendo la metodología propuesta vamos a analizar el poder normativo negocial y la capacidad de obrar. Además debemos tener especialmente en cuenta el estado civil, como veremos más adelante.

Presupuestos de existencia

Poder normativo negocial

En sede de compraventa encontramos una serie de artículos que se refieren a la falta de poder normativo negocial. Artículos 1675 y siguientes. Sólo haremos referencia a alguna de las situaciones: Artículo 1675: Compraventa entre cónyuges no separados de cuerpos. También concubinos (art.7 de la ley 18.246), cuando fue declarada la unión concubinaria. Si bien el artículo habla de nulidad, en realidad se trataría de inexistencia por faltar uno de los

presupuestos del negocio jurídico. Artículo 1676: Tutores, curadores y padres carecen de poder normativo negocial para vender sus bienes a quienes están bajo su guarda o potestad, y para comprar (art.1678 CC) los bienes de sus hijos o de las personas que estén a su cargo. Artículo 1679 los administradores de establecimientos públicos no tienen poder normativo negocial en la venta de los bienes que administran y cuya enajenación no esté comprendida en sus atribuciones administrativas a no ser con autorización expresa de la autoridad competente. Artículo 412 numeral 1: Tutores y curadores no pueden comprar bienes de sus tutelados o curatelados.

Requisitos de validez

Consentimiento: Acuerdo de voluntades en la cosa y en el precio. Como regla general este consentimiento es consensual. Excepcionalmente es solemne, cuando la ley requiere la observancia de formalidades especiales. Para la “venta de bienes inmuebles, servidumbres, censos y de una sucesión hereditaria” el artículo 1664 inciso 1 del Código Civil exige como requisito de solemnidad la escritura pública. La ausencia de escritura pública en los casos anotados apareja la nulidad absoluta del contrato.

Capacidad de obrar

Los menores de edad y los incapaces, al carecer de capacidad de obrar deben actuar en el negocio jurídico a través de sus representantes legales.

Como en el estudio de títulos debemos estudiar documentación por un período de tiempo de 30 o 45 años, dependiendo de la salida que corresponda al inmueble, tenemos que tener presente que hasta la ley 16.719 del 11 de octubre de 1995 la mayoría de edad estaba fijada en 21 años (como sabemos a partir de dicha ley se bajó a 18 años). Qué trascendencia tiene esta modificación? Veamos un ejemplo. En el año 1990, A, de 19 años de edad enajenó un inmueble por título compraventa y modo tradición. En esa fecha A era menor de edad, por lo que debió haber comparecido representado por sus padres o por un tutor (salvo que hubiera sido emancipado o habilitado de edad) y con la correspondiente autorización judicial.

Debemos analizar la capacidad de vendedor y comprador.

Capacidad del vendedor:

- Menor sometido a Patria Potestad legítima

Debemos hacer una breve referencia a los peculios (artículo 266).

a.- Peculio adventicio ordinario: lo integran aquellos bienes del menor sobre los cuales los padres tienen el usufructo. El usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos es de naturaleza personal, nace y se acaba con la patria potestad. Por su parte el artículo 267 establece que los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad y el artículo 258 dispone que los padres son los representantes en todos los actos civiles. Para vender un inmueble propiedad de los hijos menores sometidos a patria potestad quienes comparecen en su representación son sus padres y requieren autorización del artículo 271 primer inciso del Código Civil.

b.- Peculio adventicio extraordinario: en este caso quien tiene el usufructo de los bienes es el hijo. Integran este peculio los bienes que los hijos adquieran por caso fortuito (numeral 3), por herencia, legado o donación cuando el testador o donante dispuso expresamente que el usufructo corresponda al hijo (numeral 4), y en los casos de herencias o legados que hayan pasado al hijo por indignidad del padre o madre o por haber sido éstos desheredados (numeral 5). En el caso del numeral 4, si el donante o testador no dispuso en forma expresa que el usufructo corresponde al hijo, los bienes donados o heredados integran el peculio ordinario del mismo. Aún cuando los padres no tengan el usufructo, les corresponde la administración salvo que se les haya privado de ésta (artículo 268).

- Menor sometido a Patria Potestad natural

Debemos tener en cuenta que el artículo 276 dispone que los padres naturales no tienen el usufructo de los bienes de sus hijos, pero sí los administran.

- Menor adoptado:

Adopción simple (por la posibilidad de que en el estudio de títulos encontremos algún caso de adopción simple de menores de edad, situación que ya no puede darse de acuerdo a las disposiciones vigentes): la representación de los menores es ejercida por los padres adoptantes. En cuanto a si los padres adoptantes tienen o no el usufructo sobre los bienes de sus hijos adoptivos se han sustentado tres posiciones: a.- que el usufructo es un atributo de los padres legítimos por lo cual los padres adoptantes no tienen el usufructo, b.- que siempre los padres adoptantes tienen el usufructo, porque la patria potestad pasa a éstos con todos los atributos, y c.- que la patria potestad pasa a los padres adoptantes de la misma manera que la tenían los padres de sangre. Es decir que si el adoptado era de filiación legítima, como los padres tenían el usufructo éste pasa a los adoptantes, en cambio si el adoptado era de filiación natural como sus padres no tenían el usufructo, tampoco lo tendrán los adoptantes.

Entendemos que los padres adoptantes están atribuidos de la patria potestad con todos sus atributos, por lo que tienen el usufructo y la administración de los bienes de los hijos.

Puede ocurrir como ya vimos, que los padres hayan sido privados de la administración de los bienes. En este caso quien deberá comparecer a vender en representación del menor será un curador especial.

- Menor sometido a Tutela.

Su representante legal es el tutor (artículo 316), que también es quien administra los bienes (artículo 393), por lo que es quien comparece en la compraventa. Requiere autorización del artículo 395 del Código Civil para enajenar y constituir derechos reales sobre bienes inmuebles (y muebles preciosos o con valor de afección o que tengan un valor superior a 500 unidades reajustables). Para otorgar la autorización el juez debe constatar la absoluta necesidad o evidente utilidad.

Conforme al artículo 396: antes del año 1978 los tutelados solo podían vender sus bienes en subasta pública. La ley 14766 del 18 de abril de 1978 derogó este requisito y a partir de entonces la exigencia se reduce a que el precio sea

superior al que se establezca según el medio más adecuado que el Juez estime conveniente.

- Menores habilitados por matrimonio y menores respecto a bienes inmuebles que integran su peculio profesional o industrial.

Se les aplica el mismo régimen. Es el menor quien tiene la administración del peculio profesional e industrial para cuyos efectos se le considera como emancipado o habilitado de edad (artículo 267 inciso 4). El menor comparece sólo y para vender inmuebles, requiere autorización del artículo 310 inciso primero del Código Civil.

- Mayor Incapaz sometido a Curatela.

Se aplican las mismas normas que a la tutela por la remisión realizada por el artículo 431. El curador es el representante legal y el administrador de los bienes del incapaz y para vender los inmuebles requiere autorización del artículo 395 del Código Civil.

Capacidad del comprador:

- Menor sometido a Patria Potestad. Los padres no requieren ninguna autorización ni aún cuando queda pendiente saldo de precio.
- Menor sometido a Tutela e Incapaz sometido a Curatela. Los representantes legales requieren aprobación judicial prevista por el artículo 394 del Código Civil para adquirir bienes raíces, (en el caso de los curatelados por remisión del artículo 431).
- Menores habilitados por matrimonio y menores respecto a bienes inmuebles que adquieren con dinero de su peculio profesional o industrial. No requieren autorización judicial, salvo que compren quedando adeudando un saldo de precio por un monto superior a las 500 Unidades Reajustables, en cuyo caso la autorización requerida es la del artículo 310 numeral 4, que establece “Tampoco podrá, sin autorización del Juez, y bajo pena de nulidad.....ni contraer deudas que pasen del valor de 500 Unidades Reajustables”

Objeto:

Siendo un contrato bilateral el objeto es doble: Cosa y precio (artículo 1661). La cosa como ya vimos debe ser determinada o determinable y tener autonomía jurídica (artículos 1282 y 1283). El artículo 1686 dispone que las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida. La tradición o entrega es la transferencia de la posesión con el ánimo de transferirle el dominio (artículo 758).

Con respecto al precio es la principal obligación del comprador.

Puede surgir de la propia escritura de compraventa que el precio fue abonado con anterioridad o que se abonó en ese acto. En estos casos va a surgir del propio documento que el acreedor otorgó carta de pago por el total del precio. Actualmente además se deberá tener en cuenta la ley No.19.210 (pago por medios electrónicos)

Conforme a lo que dispone el artículo 1734 si en la escritura de venta de un inmueble aparece haberse pagado el precio, no se admitirá prueba en contrario, sino la nulidad o falsificación de la escritura.

También puede ocurrir que de la escritura de compraventa surja que el pago de una parte del precio queda diferido para un momento posterior. En este caso deberemos buscar entre la documentación, la carta de pago, que no es otra cosa que la manifestación del vendedor (acreedor) de haber recibido a su satisfacción todo el precio.

Como no hay requisito de solemnidad la carta de pago (que es otorgada por el acreedor) puede instrumentarse tanto en documento público como privado, y es conveniente que las firmas se certifiquen notarialmente. Muchas veces vemos que se opta por otorgarlas en documento público porque éste tiene la ventaja de la matriz, lo que permite la prueba en caso de extravío.

Este documento no es inscribible en ningún Registro Público. Excepción: cuando para garantizar el saldo de precio de la compraventa el deudor había hipotecado el bien adquirido y el acreedor una vez recibido todo el precio otorga al deudor carta de pago y cancela la hipoteca que lo garantizaba. En

este caso la carta de pago y cancelación de hipoteca debe instrumentarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad de ubicación del inmueble (artículos 2347 del CC y 17 numeral 20 de Ley 16.871).

Si el pago del saldo de precio surge de la propia compraventa o de un documento posterior, el título será definitivo (no resoluble), ya que las posibles acciones del vendedor se habrán extinguido por la paga.

Si en cambio no constara el pago de la totalidad del precio, el título será resoluble. De acuerdo a lo que dispone el artículo 1731 el vendedor podrá accionar contra su comprador para exigirle el pago de su deuda (acción ejecutiva para reclamar el pago) o podrá, a su elección, pedir la resolución de la compraventa con daños y perjuicios. De alguna manera el artículo 1731 en sede de compraventa reitera lo establecido por el artículo 1431.

Si no surge de la documentación el pago de todo o parte del precio el título causal resultaría observable porque está latente la acción resolutoria mientras no se acredite el pago.

Ahora bien, si el vendedor hubiera renunciado expresamente al ejercicio de la acción resolutoria el título será definitivo y el vendedor sólo tendrá acción ejecutiva por cobro del precio, que no pasa a los adquirentes.

Operada la resolución la sentencia ejecutoriada dará lugar a las prestaciones recíprocas que se deben el vendedor y el comprador (artículos 1733 y 1728). Y los terceros subadquirentes cuya propiedad procede de la del demandado deberán soportar la pérdida de lo adquirido por no poder ser considerados de buena fe. (si es sobre inmuebles).

Causa:

Siendo un contrato bilateral y oneroso la causa de cada obligación, está dada por la ventaja o provecho que le produce la otra parte. Debe ser lícita y la lícitud se presume (artículos 1287, 1288 y 1290).

Requisitos de eficacia:

Conformidad de cónyuge no administrador: Será tratado al ver sociedad conyugal régimen legal.

Publicidad:

Inscripción de la primera copia expedida para el comprador en el Registro de la Propiedad Inmueble del departamento de ubicación del bien. Art.17 Ley 16.871.

Relevancia del estado civil

El examen del estado civil de los sujetos intervinientes en los distintos negocios jurídicos que integran el proceso dominial es absolutamente relevante, porque va a incidir en la naturaleza jurídica de los bienes (propios o gananciales).

Si una persona compra un inmueble soltera y vende casada, en principio no hay problema, salvo que se construya un edificio durante el matrimonio, ya que en esa situación, si se cumplen determinados requisitos previstos en el artículo 1955 numeral 6 inciso 2 del CC, el inmueble se ganancializa.

Brevemente recordaremos en nuestro ordenamiento jurídico cuáles son los bienes propios y cuáles los gananciales y las distintas formas de administración de la sociedad conyugal.

Bienes propios:

Antes de entrar al examen de los bienes propios haremos referencia a la presunción de ganancialidad a la que se refiere el artículo 1964 CC., que establece que: “Se reputarán gananciales todos los bienes existentes en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad si no se prueba que pertenecían privativamente al marido o a la mujer a la celebración del matrimonio o que los adquirió después por herencia, legado o donación”. El cónyuge que pretenda atribuir el carácter de propio a algún bien es el que tiene la carga de la prueba. Por tanto se trata de una presunción relativa.

I) Artículo 1951 CC.: Son bienes propios los adquiridos por cualquiera de los cónyuges a cualquier título antes del matrimonio. Se aplica tanto a bienes como a derechos.

II) Artículo 1961CC: No reputarán gananciales los bienes adquiridos durante el matrimonio aun a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición es anterior al mismo. El acápite establece el principio general y los numerales siguientes son aplicaciones del mismo. No es una enumeración taxativa. Entendemos, como sostiene el Profesor Cafaro (9) cuando el artículo habla de título se refiere “al fundamento jurídico de la adquisición del un derecho” y cuando habla de causa a “la razón o motivo de alguna cosa, implicando al hecho que permite explicar por qué se ha producido un cierto efecto”

Numeral 1: *“No pertenecerá a los bienes gananciales la propiedad de las especies que uno de los cónyuges poseía a título de dominio antes de la sociedad, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella”.*

La norma habla de posesión. Un sujeto posee cosa ajena antes del matrimonio pero adquiere el dominio como producto de la adquisición originaria, vigente la sociedad conyugal. El bien es propio.

En la transacción estamos frente a un contrato. Si antes del matrimonio uno de los cónyuges tenía pendiente un litigio respecto a la propiedad de un inmueble y durante el matrimonio se otorga una transacción por el que se le reconoce la propiedad, el inmueble es propio (artículo 2160). Si el inmueble fuera ajeno al litigio, la situación es distinta, porque en este caso la transacción no es declarativa ni retroactiva, sino que hay traslación del dominio y el inmueble es ganancial.

Numeral 2: *“Ni los bienes que poseía antes del matrimonio por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante él, por la ratificación o por otro medio legal.”*

Si antes del matrimonio uno de los cónyuges adquirió un bien a través de un contrato relativamente nulo y durante la vigencia del mismo se subsana la

nulidad (por el transcurso del tiempo o por la confirmación- artículos 1570 y 1568-), el bien es propio.

Numeral 3:” *Ni los bienes que vuelvan a uno de los cónyuges por la nulidad o la resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación”.*

Un sujeto vende un bien siendo soltero, y le quedan adeudando parte del precio. Luego de contraer matrimonio, ante el incumplimiento de su comprador, el vendedor solicita la resolución del contrato y por efecto de la misma el bien vuelve a su patrimonio, y sigue siendo propio. Se llega al mismo resultado si en lugar de una venta el sujeto donó un bien antes del matrimonio y luego del mismo la donación se revoca por ingratitud (artículo 1634) o se rescinde (artículo 1632).

Numeral 4: “*Ni los bienes litigiosos y de que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica”.*

Antes del matrimonio uno de los cónyuges tenía un litigio respecto a la posesión de un bien y durante la vigencia del matrimonio se dicta sentencia resolviendo el litigio a favor de dicho cónyuge. La sentencia es declarativa, declara un derecho que el cónyuge tenía antes de contraer matrimonio: el bien es propio.

Numeral 5:” *Tampoco pertenecerá a la sociedad el derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge; los frutos sólo pertenecerán a la sociedad”.*

Si uno de los cónyuges adquirió la nuda propiedad de un bien siendo soltero y durante la vigencia del matrimonio se consolida el usufructo con la nuda propiedad porque por ejemplo fallece el usufructuario o éste renuncia a su derecho, el bien tendrá naturaleza propia. Lo mismo ocurre si uno de los cónyuges adquirió la nuda propiedad durante el matrimonio por herencia, legado o donación y vigente el mismo se consolida el usufructo con la nuda propiedad.

Numeral 6:” *Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, pertenecerá al cónyuge acreedor.*

Lo mismo se aplicará a los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio y pagados después”.

Antes del matrimonio uno de los cónyuges era acreedor de un sujeto. Si durante la vigencia de la sociedad conyugal ese crédito se extingue a través de una paga por entrega de bienes, el bien que ingresa es de naturaleza propia, porque con él se extingue un crédito anterior al matrimonio.

Qué ocurre en el caso de las promesas? Si se trata de una promesa de enajenación de inmuebles a plazos (Ley 8.733) otorgada por uno de los cónyuges antes del matrimonio, estamos frente a un título hábil para transferir el dominio, por tanto si durante el matrimonio se otorga la tradición, el bien es indiscutiblemente propio.

Veamos ahora el caso de una promesa de compraventa que origina obligaciones de hacer: otorgar el contrato definitivo. Si uno de los cónyuges otorga una promesa de compraventa siendo soltero, y celebra la compraventa en cumplimiento de la misma durante la vigencia de la sociedad conyugal, estamos frente a un negocio de cumplimiento de una obligación que nació antes del matrimonio. En este caso como sostienen las Escribanas Bagdassarian y Rasines²¹ “La compraventa es negocio de cumplimiento de una obligación que nació antes del matrimonio, situación que le da naturaleza de propio al crédito; al otorgarse la compraventa estamos ante un acto de pago de ese crédito y se le aplica el numeral 6 del artículo 1961”.

III) Artículo 1964: Son propios los bienes adquiridos durante el matrimonio por herencia, legado o donación.

Se aplica a todo tipo de donaciones y a los legados o instituciones de heredero sometidas a carga que debe soportar la sociedad legal de bienes.

Si se dona o lega a ambos cónyuges un bien, o se los instituye herederos, los bienes serán propios de cada uno de ellos en las proporciones establecidas por el donante o testador, o por partes iguales si nada se hubiera establecido, salvo

²¹ “Dos Temas Vinculados al Régimen Matrimonial de Bienes”

lo dispuesto por el artículo 1655. Esto surge de lo dispuesto por el artículo 1953. Ambos cónyuges serán pues condóminos en los mismos (copropiedad de tipo romano).

IV) Bienes subrogados.

Acá nos estamos refiriendo a la subrogación real. En determinadas situaciones la ley permite que un bien ingrese en lugar de otro que salió del patrimonio, manteniendo su naturaleza jurídica, es decir que el nuevo bien se ubica en el lugar de otro o de valores que eran propios del cónyuge. La subrogación es un instituto excepcional y por tanto solamente opera cuando se cumplan todos los requisitos exigidos por la norma.

El Código prevé diferentes tipos de subrogación:

- De valores propios por bienes muebles. El artículo 1957 habla de la subrogación de valores propios por cosas, sin distinguir entre muebles e inmuebles, y bien o cosa es de acuerdo al artículo 460 todo lo que tiene una medida de valor y puede ser objeto de propiedad.

Hipótesis: durante la vigencia de la sociedad conyugal uno de los cónyuges adquiere un bien mueble, con los valores destinados a ese efecto en las capitulaciones matrimoniales o en la donación hecha a uno de ellos. Es decir que es posible establecer en las capitulaciones matrimoniales que se destinan valores para que luego del matrimonio uno de los cónyuges adquiriera un bien de naturaleza propia o que se done a uno de los cónyuges valores para adquirir bienes que tendrán la naturaleza de propios.

Qué se entiende por valores? “ Los títulos representativos de participación en haberes de sociedad, de cantidades prestadas, de mercaderías, de fondos pecuniarios o de servicios que son materia de operaciones mercantiles” Dentro del concepto de valor queda incluido el dinero, que de acuerdo a lo que expresa el Dr. Arezo²², es el valor por excelencia.

²² Sociedad Conyugal: bienes propios y gananciales. Subrogación de propios R.A.E.U Vol. 89 1-12 Año 2013.

No todos los autores admiten este tipo de subrogación, porque si bien el artículo 1957 habla de cosas, sin distinguir entre muebles e inmuebles, el resto de los artículos que regulan la subrogación se refiera a inmuebles.

- De inmueble por inmueble por permuta.

Hipótesis: un cónyuge es titular de un inmueble de naturaleza propio (por haberlo adquirido antes del matrimonio, o por herencia, legado o donación, o por haber funcionado la subrogación o por aplicación del artículo 1961) y lo permuta durante el matrimonio. Para que el bien que ingresa subroge al anterior es necesario que en la escritura de permuta se manifieste el ánimo de subrogar y que además se respete la diferencia de valor entre ambos inmuebles, exigida por el artículo 1959.

Si no se cumple estrictamente con los requisitos exigidos por la ley para que opere la subrogación, el inmueble que ingresa a través de la permuta será ganancial, dando lugar a un crédito del cónyuge propietario del bien propio contra la sociedad conyugal.

- Subrogación de inmueble vendido por inmueble comprado.

Hipótesis: un cónyuge vende durante la vigencia de la sociedad conyugal un inmueble propio y luego adquiere otro inmueble, con el precio obtenido, que tendrá la misma naturaleza, esto es, propio. Para que ello suceda es necesario que tanto en la escritura de venta como en la de compra se haya manifestado el ánimo de subrogar y que se respete la diferencia de valores exigida por el artículo 1959.

Es importante en este tipo de subrogación tener presente que nuestro derecho no admite la subrogación por anticipación. Para que funcione la subrogación debe respetarse un orden sucesivo entre ambos negocios jurídicos: venta del bien propio y con el producido de esa venta compra del otro bien.

En este caso para que proceda la subrogación hay dos momentos distintos (la venta y la compra). Por ello en esta situación, como manifiestan

Dora Bagdassarian y Mabel Rasines²³ es conveniente que cuando el cónyuge vende su inmueble de naturaleza propia se le expida una copia como prueba de uno de los elementos de la subrogación y es aconsejable que al comprar el bien que se pretende subrogar se anote la referida primera copia para impedir que se pueda seguir haciendo funcionar la subrogación respecto a otras adquisiciones.

- Subrogación de valores por inmuebles

Hipótesis: En las capitulaciones matrimoniales o en una donación se destinan valores para adquirir un bien inmueble que tendrá la naturaleza de propio de uno de los cónyuges. Durante la vigencia de la sociedad conyugal se adquiere el bien con el producido de esos valores y en la escritura se manifiesta el ánimo de subrogar. Debe existir la diferencia de valores exigida por el artículo 1959.

No debemos olvidar que las condiciones de la subrogación son muy estrictas y de no cumplirse no hay subrogación. Si uno de los cónyuges compra un inmueble con dinero propio, aunque pueda probar que el dinero le pertenecía, el bien adquirido con el mismo será ganancial.

Cotejo de valores.

Para que proceda la subrogación debe darse cierta proporción en los valores. Artículo 1959:

-Subrogación de inmueble por inmueble por compraventa: si el precio de venta del inmueble vendido excede el precio de compra del nuevo, la sociedad debe el exceso al cónyuge propietario del inmueble vendido, y si el precio de compra del nuevo inmueble es superior al precio de venta del antiguo, será el cónyuge el que deba el exceso a la sociedad.

-Subrogación de inmueble por inmueble por permuta: si resulta un saldo en dinero, la sociedad debe ese saldo al cónyuge subrogante, y si por el contrario se pagase un saldo, lo debe el cónyuge a la sociedad.

²³ "Dos Temas Vinculados al Régimen Matrimonial de Bienes"

-El inciso final establece que no habrá subrogación cuando el saldo a favor o en contra de la sociedad excediere la mitad del valor de la finca que se recibe. Por lo tanto es fundamental realizar el cotejo de valores entre el bien que sale y el que ingresa, ya que si la diferencia entre ambos es superior a la mitad del valor de la finca que ingresa no hay subrogación y la naturaleza jurídica de ésta será ganancial aunque se haya cumplido con el resto de los requisitos legalmente exigidos.

Bienes gananciales:

El artículo 1955 establece cuáles son los bienes gananciales. La enumeración es taxativa.

Son bienes gananciales:

Numeral 1: Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno solo de ellos

La expresión caudal común puede inducir a confusión y se debe a la contradicción en los textos que fueron tomados como fuente en materia de subrogación y en sede de bienes gananciales. Como ya vimos para que opere la subrogación deben cumplirse estrictamente los requisitos exigidos por la ley. Si un cónyuge permuta un bien propio por otro durante la vigencia de la sociedad conyugal y no se cumplen con las condiciones exigidas para la subrogación el bien que ingresa será ganancial.

En realidad son gananciales todos los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio tanto hayan sido adquiridos con caudal común o propio. Será pues ganancial el bien adquirido con dinero propio de uno de los cónyuges, dando lugar a una recompensa de la sociedad al cónyuge.

Numeral 2: Los obtenidos por la industria, profesión, empleo oficio o cargo de los cónyuges o de cualquiera de ellos. Es necesario que el trabajo se haya realizado durante la vigencia de la sociedad conyugal, independientemente de cuál sea la fecha de pago.

Numeral 3: *Los adquiridos por hechos fortuitos como lotería, juegos, apuestas.* Se refiere a contratos aleatorios. Los premios ganados con billetes de lotería comprados durante la vigencia de la sociedad conyugal por cualquiera de los cónyuges son gananciales. Vaz Ferreira²⁴ entiende que lo mismo ocurre cuando el billete premiado lo había comprado el cónyuge antes del matrimonio o le había sido regalado.

Numeral 4: *Los frutos, rentas e intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, sean procedentes de los bienes comunes, o de los propios de cada uno de los cónyuges.* Entendemos con las Escribanas Bagdassarian y Rasines²⁵ que los frutos naturales e industriales para ser gananciales deben ser recogidos durante la vigencia de la sociedad conyugal, en cuanto a los civiles lo serán los devengados durante la misma.

Hay que tener en cuenta aquí lo dispuesto por el artículo 2009 que establece una excepción a la regla general en materia de usufructo con respecto a los frutos pendientes, que en lugar de corresponderles al nudo propietario, se prorratarán atribuyendo a la sociedad los correspondientes a los días que ella hubiera durado durante el último año. Si a la disolución de la sociedad conyugal existe una cosecha pendiente los frutos se prorratarán entre la comunidad y el propietario del bien. En cambio la cosecha a punto de ser recogida el día del matrimonio pertenece a la sociedad conyugal que la percibe.

Numeral 5: *Lo que recibiere alguno de los cónyuges por el usufructo de los bienes de los hijos de otro matrimonio.* Es la contrapartida de lo que dispone el artículo 1965 numeral 5 que pone de cargo de la sociedad legal el mantenimiento y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges.

Numeral 6: *El aumento de valor en los bienes propios de cualquiera de los cónyuges por anticipaciones de la sociedad o por la industria de marido o la mujer.*

²⁴ "Tratado de la Sociedad Conyugal" Tomo I.

²⁵ "Dos Temas Vinculados al Régimen Matrimonial de Bienes"

Será también ganancial el edificio construido durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenecía.

Debemos analizar cada uno de estos incisos por separado.

El primer inciso se refiere a que si en un bien propio se realizan mejoras que aumentan su valor, surge un crédito de la sociedad conyugal contra el propietario del bien, pero la naturaleza del mismo continúa siendo propio. Este inciso se corresponde con el principio de accesión (artículo 748): el dueño del terreno lo es también del edificio y de las mejoras que se le incorporen.

Vaz Ferreira²⁶ distingue tres tipos de plusvalía (aumento de valor): a.- la plusvalía monetaria, que es consecuencia de la desvalorización de la moneda; b.- la plusvalía económica que resulta de factores externos como puede ser la valorización de la zona donde está ubicado el inmueble por la construcción de determinada obra, y c.- la plusvalía voluntaria, que es consecuencia de la incorporación de mejoras que provienen de anticipaciones de la sociedad o del trabajo de los cónyuges. Este último es el aumento de valor a que se refiere este inciso.

Estamos de acuerdo con Vaz Ferreira²⁷ en cuanto a que esta disposición está mal ubicada, porque la encontramos dentro de los bienes que son gananciales y en este caso el bien sigue siendo propio así como las mejoras que se le incorporan. Lo ganancial sería el aumento de valor, que genera un crédito a favor de la sociedad, por lo que su ubicación correcta estaría en sede de recompensas.

Diferente es la situación planteada en el inciso segundo. Aquí la norma se aparta de los principios de la accesión, invirtiendo sus reglas. Si durante la vigencia de la sociedad conyugal se edifica en un terreno propio de uno de los cónyuges, éste se ganancializa y nace una recompensa debida por la sociedad conyugal al cónyuge propietario del terreno.

²⁶ "Tratado de la Sociedad Conyugal" Tomo I

²⁷ "Tratado de la Sociedad Conyugal" Tomo I

Esta disposición ha dado lugar históricamente a tres interpretaciones:

a) Tesis de la accesión común (Irureta Goyena). Dando una interpretación diferente a la que surge de la letra del texto legal, sostiene que el edificio que se construye durante el matrimonio en suelo propio sigue siendo propio y lo que corresponde a la sociedad conyugal es un crédito por el valor del edificio. Si esto fuera así, se estaría reiterando lo dispuesto en el inciso anterior.

Cuando la norma dice que debe abonarse el valor del suelo “al cónyuge a quien pertenecía”, es porque dejó de pertenecer.

b) Tesis intermedia (Julio Bardallo²⁸). Entiende que se establece una excepción al principio de accesión ganancializándose solo el edificio, manteniendo el terreno la naturaleza propia. Esta interpretación que disocia el terreno del edificio debe ser rechazada.

c) Tesis de la inversión de la accesión (Seco Illa, Saúl Cestau²⁹), Fernando Miranda³⁰, Eduardo Vaz Ferreira³¹, Eugenio Cafaro³², Teresa Gnazzo³³, Enrique Arezo³⁴. La norma debe ser interpretada en forma estricta. En la situación planteada se ganancializa todo, terreno y edificio.

Aquí hay algunos aspectos a precisar. Entre ellos qué se entiende por edificio. Si recurrimos al sentido literal y obvio, edificio, sería toda construcción con finalidad y destino propios, no una simple dependencia o la ampliación de un edificio existente.

²⁸ R.A.E.U. Tomo 34 año 1948

²⁹ Modos de adquirir el dominio: Ocupación y accesión

³⁰ Derecho Teórico y Práctico

³¹ Tratado de la Sociedad Conyugal Tomo I

³² R.A.E.U. Tomo 70 1-3 Año 1984

³³ R.A.E.U. Tomo 70 1-3 Año 1984

³⁴ R.A.E.U Tomo 70 1-3- Año 1984

Si a una construcción existente se le agrega una habitación y un baño, no entra dentro del término edificio. Tampoco la construcción de un parrillero o garaje, ni galpones ni corrales en caso de fincas rústicas.

Por supuesto que este tema presenta varias dificultades prácticas.

Arezo³⁵ plantea que si en un inmueble de grandes dimensiones el propietario siendo soltero edifica en una parte, dejando libre la otra parte del terreno y durante la vigencia de la sociedad conyugal edifica en esa otra parte, se ganancializará no todo el terreno sino aquella parte del mismo que sirva de asiento y razonable contorno al edificio construido durante el matrimonio, siendo propio lo demás. Lo mismo ocurriría si por ejemplo en un campo de naturaleza propia se construye una casa: en este caso no podría sostenerse que se ganancialice todo el campo sino aquella parte del terreno asiento del edificio. No obstante si se enajena el campo deberán consentir ambos cónyuges (o el administrador con la conformidad del toro) porque no es posible separar una u otra parte. Habrá que resolver cada caso atendiendo las circunstancias particulares.

Se ha discutido si opera la ganancialización cuando el terreno ya está parcialmente edificado. Mientras Arezo la admite³⁶, Pardías y López Fernández³⁷ entienden que si el terreno se encuentra parcialmente edificado no habrá ganancialización por considerar las nuevas construcciones complementarias de las ya existentes.

Otra situación a considerar es qué pasa cuando el terreno se encuentra en condominio: es decir que no es propiedad exclusiva del cónyuge sino que se encuentra en condominio con otros sujetos. Arezo³⁸, Molla, Prunell, entienden que en este caso también funciona la antiaccesión, ya que el término “propio” se utilizó por oposición a ganancial. En cambio Cestau y Pardías sostienen que

³⁵ R.A.E.U Tomo 84 1-12 Año 1998

³⁶ R.A.E.U Tomo 84 1-12 Año 1998

³⁷ R.A.E.U. Tomo 74 1-6 Año 1988

³⁸ R.A.E.U. Tomo 89 1-12 Año 2003

para que proceda la ganancialización el terreno tiene que pertenecer al cónyuge en forma exclusiva.

Lo que debemos tener en cuenta es que para que haya ganancialización la condición es que el edificio haya sido comenzado y terminado durante la vigencia de la sociedad conyugal. Tanto el comienzo como la finalización del edificio son cuestiones de hecho a resolver en cada caso. Son irrelevantes los trámites administrativos vinculados a la edificación (permiso de construcción, habilitación municipal), en la medida que la construcción puede haberse iniciado en los hechos antes de la obtención del permiso y finalizado antes de la correspondiente habilitación. Estos elementos podrán ser tomados en cuenta llegado el caso como medios probatorios, pero lo que realmente determina la ganancialización del inmueble es el comienzo y la finalización de la construcción en sí misma independiente de las respectivas autorizaciones administrativas. Es una cuestión de hecho la prueba del tiempo en el que se construyó.

Cuando se construye un edificio en suelo propio de uno de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal se ganancializa todo el inmueble y la administración corresponderá al cónyuge que era propietario del terreno.

Si se destruye el edificio que ganancializó el terreno, éste continúa siendo ganancial.

Este segundo inciso es muy importante en el estudio de títulos. Veamos un par de ejemplos.

Ejemplo I:

En 1980 adquiere por compraventa A soltero el padrón 1000 de Montevideo.

En 1990 A se casa con B.

En 1991 se construye un edificio. (Tener presente que quien construye es el propietario del bien).

En 2004 se enajena el bien por compraventa a C, soltero.

Evidentemente, en la compraventa deben enajenar ambos cónyuges A y B o A (que es el cónyuge administrador) A con la conformidad de B, por haberse producido la ganancialización del bien por la construcción realizada durante el matrimonio.

Para probarlo deberemos tener en cuenta la fecha del matrimonio y la fecha de comienzo y finalización del edificio.

Ejemplo II:

Se reitera ejemplo anterior con la siguiente variante:

1991 Al edificio existente se le agrega una barbacoa y un baño en suite.

En el 2004, quien enajena es A, ya que el bien continúa siendo propio. Lo que hubo respecto a ese inmueble es un aumento de valor que genera una recompensa a favor de la sociedad conyugal, que deberá abonar el propietario en oportunidad de la disolución y liquidación de la misma.

Administración de la sociedad conyugal

El régimen patrimonial durante el matrimonio puede surgir del acuerdo de los cónyuges pactado en las capitulaciones matrimoniales, de la ley o de una sentencia judicial (separación judicial de bienes).

En primer lugar nos referiremos al régimen legal, que es supletorio de la voluntad de las partes, es decir que funciona siempre que las mismas no hayan convenido adoptar otro (artículos 1938 inciso 2 y 1941).

Cómo funciona el régimen legal.

Dentro del régimen legal podemos encontrar tres formas de administración: la ordinaria, la provisional y la extraordinaria. Como estas dos últimas se dan en situaciones excepcionales, nos referiremos en primer lugar a la administración ordinaria, que es la más frecuente.

El régimen legal anterior a la Ley 10783 era de comunidad de gananciales de administración marital, combinación del régimen dotal romano con el germano de comunidad. El marido era el único administrador de la

sociedad conyugal. Esto surgía de los artículos 130 y 1970 del Código Civil, que disponían: Artículo 130 “Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges y toma el marido la administración de los de la mujer según las reglas que se expondrán en el título de la Sociedad Conyugal y de las dotes”. Artículo 1970 “El marido es el jefe y el único administrador de la sociedad legal”. Los bienes que integraban la sociedad legal eran los bienes propios de la mujer (dotales), bienes propios del hombre (maritales) y bienes gananciales.

Luego de la Ley 10783 cuyas disposiciones fueron incorporadas al texto del Código Civil por la ley 16.603 del 19 de octubre de 1995, el marido ya no es más el único administrador de la sociedad conyugal, sino que, de acuerdo a lo que surge del artículo 1970, cada cónyuge administra sus bienes propios y los gananciales que hace ingresar a la sociedad conyugal con determinadas excepciones que surgen de los textos legales.

En sede de responsabilidad el artículo 1975 mantiene el mismo criterio: cada cónyuge responde de sus deudas con sus bienes propios y con los gananciales que administra.

El régimen actual es de participación en los gananciales o de comunidad diferida, vigente la sociedad conyugal ésta funciona como un régimen de separación y una vez disuelta se liquida como una comunidad (artículo 2010: el fondo líquido de gananciales se divide entre los cónyuges por mitades).

Las excepciones a que refiere el artículo 1970 surgen del artículo siguiente (1971) que exige para enajenar o afectar con derechos reales los inmuebles gananciales adquiridos a nombre de uno de los cónyuges o de la comunidad, la conformidad expresa de ambos cónyuges. La misma exigencia se requiere para la enajenación de casa de comercio, establecimientos agrícolas o ganaderos o explotaciones industriales o fabriles, de carácter ganancial.

A partir de la ley 16.871, artículo 27, también se requiere la conformidad del cónyuge no administrador para enajenar y gravar vehículos automotores de carácter ganancial.

Dentro del régimen legal nos podemos encontrar con tres tipos de administración: la ordinaria, la provisional y la extraordinaria (las dos últimas se dan en situaciones excepcionales).

El vocablo administración debe ser tomado en sentido amplio, comprensivo de los actos de administración propiamente dichos y de los actos de disposición.

Como vimos el régimen de administración ordinaria surge del juego de los artículos 1970 y 1971 del Código Civil ya mencionados y del artículo 27 de la Ley 16.871.

Bien ganancial adquirido por ambos cónyuges. Ambos son los titulares del dominio y ambos lo administran. Por lo tanto para realizar cualquier acto de administración o disposición respecto a ese bien se requiere el consentimiento de los dos cónyuges.

Bien ganancial adquirido por uno sólo de los cónyuges. El que lo adquirió es el titular del dominio y el administrador, pero con relación a determinados bienes: inmuebles, vehículos automotores y para ejecutar determinados actos (enajenación, afectación con derechos reales) se requiere la “conformidad expresa de ambos cónyuges”. La misma exigencia se plantea para la enajenación de casa de comercio, establecimiento agrícola o ganadero, explotación industrial o fabril, de carácter ganancial.

En doctrina se ha discutido sobre el alcance de la expresión “conformidad expresa de ambos cónyuges”.

En este sentido el Dr.Enrique Arezo³⁹ sostiene que ambos cónyuges, tanto el administrador como el no administrador se encuentran en un pie de igualdad: ambos deben enajenar. Argumenta que el inciso final del artículo 1971 exige poder expreso cuando el cónyuge no administrador concurre al negocio a través de un apoderado. Si la norma exige poder expreso al cónyuge

³⁹ R.A.E.U. Responsabilidad de los cónyuges por el pasivo de la sociedad conyugal” 1989 No.7 a 12

no administrador es porque es enajenante, y debe hacer la tradición, ya que para disponer en materia inmobiliaria se exige poder expreso.

El Dr. Eduardo Vaz Ferreira⁴⁰, entiende que el cónyuge que presta la conformidad a la enajenación de un bien ganancial administrado por el otro cónyuge, no es enajenante. El que enajena es el cónyuge administrador y el otro cónyuge da su conformidad a la enajenación (tradición). Si dar la conformidad fuera lo mismo que enajenar el inciso final del artículo 1971 sería innecesario ya que para enajenar e hipotecar el artículo 2056 ya exige poder expreso.

Por último el Esc. Eugenio Cafaro y el Dr. Santiago Carnelli⁴¹, sostienen que la conformidad del cónyuge no administrador en la enajenación de un inmueble ganancial es un requisito de eficacia. Explican que prestar la conformidad no es otra cosa que estar de acuerdo con un negocio a concluir o ya concluido y que emana de alguien ajeno al negocio. La conformidad del cónyuge no administrador constituye un negocio unilateral y autónomo cuya finalidad es dotar de eficacia la enajenación realizada por el cónyuge administrador.

De acuerdo a la posición doctrinaria que se adopte las consecuencias son bien distintas en caso de faltar la conformidad del cónyuge no administrador en la enajenación o gravamen de un inmueble.

Según la posición del Dr. Arezo al tratarse de un problema de consentimiento, la consecuencia es la nulidad absoluta, y la única forma de solucionarlo sería a través de un reotorgamiento del negocio.

El Dr. Vaz Ferreira⁴² sostiene la validez de la venta y la inoponibilidad de la misma al cónyuge no administrador que no prestó su conformidad, y admite que pueda prestarla en cualquier momento.

⁴⁰ Tratado de la Sociedad Conyugal Tomo II

⁴¹ Eficacia Contractual

⁴² Tratado de la Sociedad Conyugal Tomo II

Para Cafaro y Carnelli⁴³ al faltar un requisito legal de eficacia, la enajenación realizada por el cónyuge administrador es ineficaz, pero puede devenir eficaz si se obtiene la conformidad del otro cónyuge.

Entendemos que el cónyuge no administrador no es enajenante, por lo tanto no responde por saneamiento ni correspondería efectuar por él los controles exigidos por las normas fiscales en las situaciones de enajenación o gravamen.

Además y en concordancia con lo expresado los embargos genéricos trabados contra el cónyuge no administrador no afectan la enajenación, puesto que no es enajenante (lo que además es coherente con el régimen de persecución de los acreedores que surge del artículo 1975).

Durante la vigencia de la sociedad conyugal el titular es el cónyuge que adquirió el bien, el otro solo tiene una expectativa que se concretará al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Durante la vigencia de la sociedad conyugal no se puede hablar de cuotas, el derecho se cuotifica en la etapa de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Ejemplo I

1982- A, soltero enajena por compraventa y tradición el inmueble padrón 1000 a B, casado con C.

1990- Se vende a D, soltero.

En el año 1990 pueden adoptarse cualquiera de las posiciones doctrinarias referidas, esto es decir que venden B y C cónyuges entre sí, o que vende B (que es el administrador) con la conformidad de C, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1971.

Hoy, el titular del bien es D, y la naturaleza del bien, propio.

Ejemplo II

⁴³ Eficacia Contractual

1982 – A, soltero, enajena por compraventa y tradición el inmueble padrón 2000 a B y C casados entre sí en únicas nupcias.

1995- Se vende a D, casado con E.

En el año 1995 deben enajenar necesariamente ambos cónyuges, B y C porque ambos son administradores del bien.

Hoy el titular del bien es D, y la naturaleza del bien, ganancial.

Administración provisional

Se da en los casos de separación de cuerpos (instituto de escasa aplicación), nulidad de matrimonio y disolución de sociedad conyugal y divorcio. Es en este último caso que se da con más frecuencia porque una vez que se inician los trámites de divorcio se producen situaciones que hacen necesaria la adopción de ciertas medidas para evitar los abusos de poderes de administración, ocultación de bienes, etc.

El juez podrá separar a los cónyuges de la administración y decretar medidas que conduzcan a la buena administración de los bienes. Este régimen de administración, que no es ordinaria ni extraordinaria tiene carácter provisional.

Artículo 157: “Decretada la separación provisional, el Juez a instancia de parte mandará se proceda a la formación del inventario de los bienes del matrimonio, así como todas las medidas conducentes a garantizar su buena administración, pudiendo separar a cualquiera de los cónyuges de la administración o exigirle fianza.”

Artículo 158: “Serán nulas todas las obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges a cargo de la sociedad conyugal así como las enajenaciones que se hagan de los bienes de esa sociedad, toda vez que fueren en contravención de las providencias judiciales que se hubieren dictado e inscripto en el Registro respectivo”.

Artículo 189: “Lo dispuesto en las cuatro secciones anteriores rige en materia de divorcio, sin perjuicio de lo que se dispone especialmente en esta sección.

En los casos previstos por los numerales 2 y 3 del artículo 187, se cumplirá también con lo previsto por el artículo 167”.

Artículo 205: “Durante el juicio de nulidad, el Juzgado decretará las medidas provisorias a que hubiere lugar, según los artículo 154 y siguientes.”

Artículo 1989: “Deducida la acción de separación y aun antes de ella si hubiere peligro en la demora, podrá el Juez a petición de parte o de oficio dictar las providencias que estime convenientes, aplicándose lo preceptuado en el artículo 157”.

Administración extraordinaria.

En el régimen anterior a la Ley 10.783, la administración ordinaria, como vimos la ejercía el marido, y la extraordinaria la ejercía la mujer en determinadas situaciones: cuando era curadora legítima del marido, cuando se oponía a la declaración de ausencia conforme al artículo 62 y en caso de impedimento absoluto del marido, cuando el juez le confería la administración.

Con la sanción de la ley 10783 se discutió si este tipo de administración había quedado derogada o si continuaba vigente pero haciéndola extensiva a ambos cónyuges, en las situaciones de incapacidad, ausencia o impedimento de cualquiera de ellos, previstos en la norma.

Actualmente, luego de la Ley 16.603 no cabe dudas que esta forma de administración se encuentra vigente. Veremos los artículos que la regulan.

Artículo 1979: “La administración de los bienes del matrimonio se confiere exclusivamente a uno de los cónyuges:

1. Siempre que sea curador del otro con arreglo al artículo 441
2. Cuando se oponga a la declaración de ausencia del otro, según lo dispuesto en el artículo 62.

El juez conferirá también la administración a uno de los cónyuges, con las limitaciones que estime convenientes, de los bienes propios y gananciales cuya

administración corresponda al otro, si hallándose éste absolutamente impedido , no hubiera proveído sobre la administración”.

El artículo prevé tres situaciones, las dos primeras funcionan de pleno derecho y la tercera a instancia de parte y por decreto del Juez.

Analicemos brevemente cada una de las hipótesis.

1) Incapacidad.

Cuando uno de los cónyuges se incapacita el otro cónyuge es su curador legítimo (artículo 441), y en esta situación nace la administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

La redacción del artículo 441 fue modificada por la ley 16.603, que suprimió la expresión “y necesario” eliminando la preceptividad de la curatela legítima. El legislador tuvo en cuenta que puede haber situaciones en que el otro cónyuge no esté en condiciones de asumir la curatela por razones de avanzada edad, enfermedad, etc.

Como dijimos en esta situación la administración extraordinaria nace a vía de consecuencia: se es administrador extraordinario por haber sido discernido en el cargo de curador legítimo de su cónyuge.

Para ver cómo funciona esta administración extraordinaria debemos distinguir las distintas masas de bienes:

Bienes propios del administrador extraordinario, no merece mayores comentarios, en tanto que él administra y dispone de sus bienes propios libremente.

Bienes propios del incapaz. Lo que se discutió, antes de la Ley 16.603, es si respecto a estos bienes se aplicaban las normas de la curatela (posición del Dr. Vaz Ferreira) o las normas especiales de la administración extraordinaria. Las consecuencias según se adoptara una u otra posición eran distintas: de entenderse que se aplicaban las normas de la curatela había que tener en cuenta la autorización judicial del artículo 395, mientras que si se aplicaban las

normas de la administración extraordinaria la autorización que correspondía obtener era la prevista en el artículo 1981. Comparemos ambas normas:

- Ambos artículos emplean el término enajenación en su acepción restringida, es decir comprensiva exclusivamente de los negocios dispositivos traslativos.
- Mientras el artículo 395 exige que se compruebe la necesidad o utilidad, el art. 1981 no exige tal comprobación.
- Ambos disponen la exigencia de autorización judicial para las enajenaciones y gravámenes de bienes inmuebles, pero el artículo 1981 se refiere además a los bienes enumerados en el artículo 1971 por lo que abarcaría también enajenación de casas de comercio, establecimientos agrícolas o ganaderos o explotaciones industriales o fabriles de naturaleza ganancial.
- El artículo 395 exige también autorización judicial para enajenar y gravar los bienes muebles preciosos que tengan un valor de afección y aquellos cuyo valor exceda las quinientas unidades reajustables. El artículo 1981 no exige venia para estos casos.
- Si falta la autorización judicial del artículo 395 la consecuencia es la nulidad relativa, ya que es un presupuesto que se exige en consideración a las personas (artículo 1560), en cambio si falta la autorización del artículo 1981 es una situación de responsabilidad: el cónyuge administrador será responsable con sus bienes.

Actualmente dicha discusión está superada por la redacción del artículo 1981 del CC dada a partir de la ley 16.603. Para enajenar y gravar los bienes inmuebles de su cónyuge incapaz, el administrador extraordinario deberá obtener la autorización judicial prevista por el artículo 1981.

Qué ocurre en el negocio partición. Cuando alguno de los copartientes está sometido a tutela o curaduría, el tutor o curador requieren para partir autorización judicial (artículos 1117 y 399) y aprobación (artículos 1130 y 412). Pero si el copartiente es incapaz y el curador es su cónyuge, debemos aplicar

las normas relativas a la administración extraordinaria de la sociedad conyugal. En este caso encontramos que el artículo 1981 no establece la exigencia de autorización judicial para la partición.

Bienes gananciales adquiridos por cualquiera de los dos cónyuges
(administrador extraordinario o incapaz)

En ambos casos quien administre los bienes, será el administrador extraordinario, pero para los negocios jurídicos y con relación a los bienes que establecen los artículos 1981 y 1971 va a necesitar obtener la venia del primero mencionado.

Veamos algunos ejemplos:

I.- 1980- Donación a B, casado con C bajo el régimen legal de bienes.

1990- Venta a D, habiendo sido B declarado incapaz dos años antes, siendo el curador su cónyuge.

Qué ocurre en esta situación? En 1980 el bien que adquiere B, siendo casado, es propio porque lo adquirió por donación.

Cuando se vende el bien en 1990, quien comparece en esa enajenación es C (ya que B es incapaz), en su calidad de administrador extraordinario de la sociedad conyugal (por ser el curador legítimo) y con la autorización del artículo 1981.

Variante: Si no se hubiera designado curador de B a su cónyuge C sino a un tercero, lo que es posible dado que se eliminó la expresión “y necesario” del artículo 441, a la venta de 1990 comparecerá el curador X en su calidad de curador y en representación de B, casado con C, y la autorización que deberá obtenerse es la del artículo 395.

II.- 1980- Venta a B, casado con C.

1990- Venta a D, habiendo sido B declarado incapaz dos años antes, siendo su cónyuge el curador.

En 1980 el bien que adquiere B es ganancial, puesto que lo adquirió casado bajo el régimen legal de bienes. Al incapacitarse B y ser curador su cónyuge nació de pleno derecho la administración extraordinaria de la sociedad conyugal. A la venta de 1990 comparecerá a enajenar C en su calidad de administrador extraordinario y con la autorización del artículo 1981.

2) Ausencia

No vamos a analizar en profundidad esta hipótesis. Simplemente recordaremos las distintas etapas que supone la ausencia:

- Presunción de ausencia (arts.52 a 54 CC)
- Comienza con la solicitud de declaración de ausencia (arts. 55 a 57)
- Se inicia con la petición de la posesión interina. Aquí encontramos el artículo 62 que establece que cuando el cónyuge presente, que no es heredero, se opone a la posesión interina de los bienes del ausente, nace la administración extraordinaria de la sociedad conyugal. También en esta situación nace de pleno derecho, con la oposición del cónyuge, sin que se requiera un decreto del juez que la confiera.
- Posesión definitiva (artículo 68). En esta etapa puede solicitarse la partición y que la posesión interina se declare definitiva. En este caso la administración extraordinaria de la sociedad conyugal se extingue; el cónyuge administrador no puede impedir la posesión definitiva.

Veremos las distintas masas de bienes

a.- Bienes propios del cónyuge administrador extraordinario (cónyuge presente). Los administra libremente.

Bienes propios del cónyuge ausente. En esta situación se sostenían dos posiciones antes de la Ley 16.603. El Dr. Vaz Ferreira entendía que respecto a estos bienes se aplicaban las normas de la ausencia y de acuerdo al artículo 67 no podían enajenarse ni hipotecarse los bienes raíces y para enajenar los bienes muebles se requería autorización judicial. Otra posición sostenía que

debían primar las normas de la administración extraordinaria por tratarse de normas específicas.

Actualmente no hay dudas, como ya vimos cuando en la hipótesis de incapacidad, la nueva redacción del artículo 1981 dispone que se aplicarán a esta masa de bienes las normas de la administración extraordinaria, debiendo obtenerse la autorización de dicho artículo en los casos que él exige.

Bienes gananciales adquiridos por cualquiera de los dos cónyuges.

Son administrados por el administrador extraordinario de la sociedad conyugal y para el caso de enajenación o gravamen de los bienes referidos en el artículo 1981 requerirá la venia de este artículo.

3) Impedimento

En este caso, a diferencia de las situaciones anteriores, la administración extraordinaria es concedida por el juez a petición de parte. Vamos a encontrarnos con un expediente específico en el que el Juez nombra a uno de los cónyuges administrador de la sociedad conyugal. Esta administración extraordinaria será ejercida conforme a lo que el juez disponga en cada caso. Como dice Vaz Ferreira, el juez podría reducir la administración a un solo acto por razones de urgencia.

Bienes propios del administrador: los administra y dispone libremente.

Bienes propios del administrado. Actúa el administrador extraordinario con la autorización judicial del artículo 1981 para los casos requeridos en dicha norma.

Bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges. Actúa el administrador extraordinario con la autorización del artículo 1981.

DISOLUCION Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Artículo 1998 establece las causales de disolución de la sociedad conyugal: disolución del matrimonio, sentencia de separación de cuerpos, separación judicial de bienes, declaración de ausencia, declaración de nulidad de matrimonio. La ley 18.246 en su artículo 5, inciso final, agrega una nueva causal: “El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables, salvo que los concubinos optaren, de común acuerdo, por otras formas de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaria”.

Nos referiremos brevemente a la separación judicial de bienes.

La disolución y liquidación de la sociedad conyugal tiene como presupuesto la existencia de un matrimonio. Supone un trámite judicial en el que puede actuar el escribano (artículo 37.3 del Código General del Proceso).

La disolución judicial de la sociedad conyugal ya estaba prevista en el primitivo Código Civil pero sólo en beneficio de la mujer. Como el marido era quien tenía amplísimas facultades de administración se estableció la posibilidad de que la mujer solicitara la disolución de la sociedad conyugal. Luego de la ley 10.783 cualquiera de los cónyuges puede solicitarla conjuntamente o por separado. –Del artículo 1985 del Código Civil, actualizado conforme a la ley 10.783, surge que es un procedimiento simple, sin intervención del Ministerio Público, “el juez debe decretarla sin más trámite”. Con el Código General del Proceso (Ley 15.982) surgieron dudas respecto a si se trataba de un proceso voluntario en todos los casos, y algunos sostenían que cuando era pedida solo por uno de los cónyuges había que seguir el procedimiento del juicio ordinario. La ley 16.699 lo dejó definitivamente aclarado estableciendo que la disolución es jurisdicción voluntaria, pero en la práctica sin intervención del Ministerio Público.

El actual Código General del Proceso (Ley 19090) en su artículo 369 regula la disolución de sociedad conyugal dentro de los procesos monitorios cuando se solicita en forma unilateral.

En sede de procesos voluntarios el artículo 406.1 establece que “La disolución de la sociedad conyugal promovida de común acuerdo tramitará por la vía del artículo 406.3”. Y el artículo 406.3 dispone: “En los casos de simple comunicación de actos de voluntad, sea de opción, intimación o similares, el procedimiento se limitará a los siguientes trámites:

- 1) Solicitud del interesado
- 2) Providencia judicial disponiendo la notificación, sin perjuicio.
- 3) Notificación de la providencia.

El intimado podrá comparecer al solo efecto de manifestar lo que crea oportuno”.

Efectos de la separación de bienes

Entre las partes. Uno de los temas a considerar es si el auto que decreta la separación de bienes puede ser apelado. Couture así lo entendía por tanto hay que ver si quedó ejecutoriado. Si la disolución es pedida por ambos cónyuges se entiende que surte efecto desde el auto de disolución. Si en cambio fue pedida por uno sólo de los cónyuges se ha entendido que debe ser notificado el otro cónyuge y esperar 15 días para que quede ejecutoriada. Anido por su parte⁴⁴, entendió que por ser la providencia solo susceptible de apelación sin efecto suspensivo la eficacia entre los cónyuges es desde la sentencia. Por su parte Couture⁴⁵ reconociendo lo opinable del punto confiesa que no sin vacilaciones se inclina por admitir que “...pendiente el plazo para apelar, los efectos de la sentencia quedan en suspenso. Si el recurso no fuera interpuesto,

⁴⁴ Encuentro Técnico Regional Año 1996

⁴⁵ R.A.E.U. Tomo 35

sería posible concebir una retroactividad al día del fallo porque, al fin y al cabo, no interpuesto el recurso de apelación, la sentencia de primera instancia ha adquirido la autoridad de cosa juzgada”.

Frente a los acreedores. En la tramitación de la separación judicial de bienes hay que hacer un emplazamiento a los acreedores para que comparezcan dentro del plazo de 60 días. Los acreedores que no se presenten dentro del término del emplazamiento son acreedores perjudicados, quiere decir que sólo pueden ir contra los bienes del cónyuge deudor y contra los que se adjudiquen en la partición . Los que se presenten dentro del plazo pueden ir contra los bienes propios del deudor y todos los gananciales.

Frente a terceros: la oponibilidad frente a los terceros lo da la inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales Sección Regímenes Matrimoniales.

Con la disolución de la sociedad conyugal se produce el nacimiento de la indivisión postcomunitaria. Esta es una indivisión de tipo romano. Acá aparece la noción de cuota; ya que durante la vigencia de la sociedad conyugal respecto a los bienes gananciales ninguno de los cónyuges puede disponer de su cuota.

Ejemplo I.

1980- Compra B casado con C.

1990.- Disolución y liquidación de la sociedad conyugal

Hoy se vende todo el bien a X.

Quiénes deben vender? B y C, porque a partir de la disolución de la sociedad conyugal ambos son titulares del bien.

Durante la vigencia de la sociedad conyugal puede vender el cónyuge administrador y el otro prestar su conformidad, pero una vez disuelta aquella se crea entre ambos cónyuges una indivisión de tipo romano, cada uno es titular

de la mitad indivisa del bien, y por tanto necesariamente ambos deben enajenar.

Por otro lado, los bienes que ingresan al patrimonio de cada uno de los cónyuges con la sociedad conyugal disuelta tendrá naturaleza de propio para el que lo adquiera.

Ejemplo II.

1980.- A vende a B, casado con C y separado judicialmente de bienes.

1990.- Venta a X

El bien que adquiere B en 1980 es de naturaleza propio y por tanto en 1990 va a enajenar él solo.

Cuando en el proceso dominial nos encontramos con una disolución de sociedad conyugal deberemos hacer referencia al expediente: Sede, Carátula, auto que declara la disolución y liquidación de la sociedad conyugal (que debe haber quedado ejecutoriado), controlar que se ordenó la inscripción en el Registro respectivo (que actualmente es Actos Personales Sección Regímenes Matrimoniales), que se efectuaron las publicaciones emplazándose a los interesados por el plazo de 60 días las que fueron acreditadas según constancia de la oficina actuaria y que no haya operado la retroversión a que hace referencia el artículo 1996.

En qué consiste la retroversión? En que luego de declarada judicialmente la separación de bienes, pueden los cónyuges de común acuerdo volver al régimen legal. La retroversión debe ser necesariamente solicitada por ambos cónyuges, y una vez declarada por el Juez se borra el período de disolución, es como si no hubiera habido interrupción en la ganancialidad. Esto quiere decir que si alguno de los cónyuges adquirió bienes durante la vigencia de la disolución de la sociedad conyugal luego de decretada la retroversión pasan a ser gananciales.

El último inciso del artículo 1996 establece: “El restablecimiento de la sociedad conyugal restituye las cosas al estado anterior como si la separación de bienes no hubiese tenido lugar, sin perjuicio de los actos ejecutados legítimamente por cualquiera de los cónyuges durante el intervalo de la separación”. Es decir que los actos o negocios celebrados mientras la sociedad conyugal estuvo disuelta son válidos. Por ejemplo: si disuelta la sociedad conyugal uno de los cónyuges compró un inmueble (que en ese momento era propio) y lo hipotecó, luego de reestablecida la sociedad conyugal no se podrá perjudicar al acreedor argumentando que al ser ahora ganancial el bien a esa hipoteca le falta la conformidad del cónyuge.

Hay que tener presente que cuando se produce la disolución y liquidación de la sociedad conyugal el matrimonio continúa vigente por tanto la venta entre cónyuges separados judicialmente de bienes en virtud de los que establece el artículo 1675 es inexistente o nula (según la posición que se adopte).

Separación de bienes por capitulaciones matrimoniales

El régimen legal de bienes durante el matrimonio es supletorio del convencional, es decir que rige únicamente en ausencia de capitulaciones.

En un régimen de autonomía privada, los sujetos pueden regular las relaciones patrimoniales de bienes durante el matrimonio de la forma que convengan, pero con ciertas limitaciones: Las capitulaciones matrimoniales: artículo 1938: no pueden oponerse a las buenas costumbres; 1939: no pueden derogarse los derechos inherentes a la patria potestad; 1940: no pueden hacer convenciones que alteren el orden legal de las sucesiones; 1948: no puede establecerse que la sociedad conyugal comience a regir en un momento distinto al de la celebración del matrimonio; 1986: no puede pactarse que no se pueda pedir por cualquiera de los cónyuges, sin expresión de causa, la disolución de la sociedad conyugal; artículos 1878 y 1879 por remisión del 1950: están prohibidos los pactos leoninos, no siendo válido convenir que sólo uno de los cónyuges contribuya a las pérdidas o que las ganancias

pertenezcan exclusivamente a uno de los cónyuges; la doctrina está de acuerdo en que tampoco podría pactarse un régimen dotal cuya característica más saliente es la inalienabilidad relativa de los bienes.

Sí se pueden pactar modificaciones al régimen legal en cuanto a la administración, a los poderes de disposición de algunos de los cónyuges, en cuanto a la forma de liquidar la sociedad conyugal, establecer que se paguen algunas deudas de los cónyuges sin derecho a recompensas, o simplemente estipular un régimen de bienes diferente, por ejemplo el de separación de bienes. Con éste último es con el que vamos a trabajar dentro del proceso dominial por ser el que se pacta con mayor frecuencia.

Las capitulaciones matrimoniales configuran un negocio jurídico bilateral y solemne que necesariamente debe otorgarse por los futuros cónyuges, es decir antes de la celebración del matrimonio (artículos 1938 y 1942). Si se quisieran modificar o alterar las capitulaciones también las modificaciones deben ser anteriores al matrimonio, observar las mismas solemnidades que las originales y ser inscriptas (artículo 1945).

Las capitulaciones surten efecto a partir de la celebración del matrimonio, y desde este momento devienen irrevocables (artículo 1944).

Capacidad. Puede otorgar capitulaciones matrimoniales los menores hábiles para contraer matrimonio, actualmente se requieren 16 años para ambos sexos. Pero en este caso deben ser asistidos por los mismos sujetos que los deben asistir en el matrimonio (artículos 91 numeral 1 en la redacción dada por la ley 19.075 y 1946).

Artículo 1943: Solemidad: escritura pública "...si el valor de los bienes aportados por cualquiera de los esposos pasare de 500 unidades reajustables o si se constituyeren derechos sobre bienes raíces. Fuera de los dos casos expresados, bastará para la validez que las convenciones matrimoniales consten por escritura privada firmada por las partes y tres testigos domiciliados en el departamento. No surtirán efecto contra terceros mientras no sean

inscritas en el correspondiente Registro”. Lo normal es verlas instrumentadas en escritura pública.

Las primeras copias de la escritura de capitulaciones matrimoniales se inscriben en el Registro Nacional de Actos Personales Sección Regímenes matrimoniales (artículo 39 de la Ley 16.871). La publicidad es declarativa, los derechos preexisten a la inscripción, ésta confiere oponibilidad frente a terceros.

El artículo 1945 dispone que cuando se otorgan modificaciones o alteraciones a las capitulaciones matrimoniales se debe poner al margen del Protocolo del Escribano que las autorizó, un extracto o minuta de las modificaciones. Es decir que el Escribano que autorice las modificaciones o alteraciones, deberá comunicarlo al Escribano autorizante de las capitulaciones originales para que éste ponga al margen de su Protocolo un extracto de las modificaciones.

Si un sujeto casado adquiere un inmueble separado de bienes por capitulaciones matrimoniales deberá controlarse la primera copia de la escritura de capitulaciones (fecha, escribano autorizante, inscripción, contenido: otorgantes -que en el momento del otorgamiento nunca van a estar casados entre sí-, régimen pactado. Es fundamental establecer cuál fue el régimen pactado, porque esto va a determinar la naturaleza jurídica de los bienes de los cónyuges.

Además de lo expresado, y de acuerdo al artículo 1945 deberá controlarse el protocolo del Escribano que autorizó las capitulaciones originales para verificar que no haya ninguna nota marginal que acredite que las mismas fueron modificadas.

PERMUTA (Arts.1769 y siguientes del Código Civil)

Es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo.

Igual que la compraventa es un contrato de cambio. La diferencia se encuentra en que en la permuta los contratantes se obligan a dar cosa por cosa en lugar de cosa por precio, (salvo precio mixto art.1662 CC).

Además, a diferencia de lo que ocurre en la compraventa, la permuta impone no sólo la obligación de entregar la cosa, sino también la de transferir el dominio de la misma al co-permutante.(art.1772 CC)

En el artículo 1769, al igual que en el 1661, el legislador habla de que se obliga a dar. Sin embargo en el primero de los artículo citados la palabra dar está empleada en el significado restringido que corresponde al dare romano (dar = transferir la propiedad).

El permutante debe ser dueño de la cosa que permuta, en tanto que ésta impone la obligación de transferir el dominio.

Esta obligación aparece indirectamente en el artículo 1772 en cuanto establece que “Si uno de los contratantes ha recibido ya la cosa que se le prometió en permuta, y acredita que no era propia del que la dio, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio, y cumple con devolver la que recibió”. Si fuera suficiente con entregar la cosa y no se requiriera la transferencia de la propiedad el permutante que recibió cosa ajena no podría negarse a entregar la que prometió en cambio.

Si el permutante sufre evicción, es decir, si resulta privado de todo o parte de la cosa por sentencia judicial, puede optar entre pedir su valor con daños y perjuicios o reclamar la cosa que entregó a cambio (artículo 1773). Sin embargo no puede accionar para recuperar la cosa si ésta ya se hubiera enajenado a un tercero. En este caso sólo podrá pedir su valor, no siendo posible la resolución del negocio.

Por esta razón cuando en los títulos que estamos estudiando nos encontramos con una permuta y éste es el último título, debemos comprobar que efectivamente se hayan hecho las recíprocas tradiciones.

Si hay una permuta pero no es el último título, deja de tener importancia ese control, ya que al haberse enajenado el bien no hay posibilidad de que se resuelva el negocio, quedando al permutante sólo la acción de pedir el valor.

El artículo 1775 dispone que en lo que no esté especialmente regulado en el título de la permuta se aplicarán a ésta las normas de la compraventa.

Presupuestos de existencia:

Poder normativo negocial

En virtud de que surge del artículo 1775 y del art. 1771 /1, ya mencionado, la permuta entre cónyuges no separados de cuerpos es inexistente. Igualmente rigen para la permuta las prohibiciones establecidas en sede de compraventa para padres, tutores, curadores, etc. (artículos 1676 y siguientes menos Nal 3 y 4 del art. 1678 CC).

Requisitos de validez

Consentimiento: Artículo 1262 CC.: Acuerdo de voluntades en dar una cosa por otra. Normalmente la permuta es consensual. Excepción: cuando una de las dos cosas que se permutan o ambas sean bienes raíces o derechos de sucesión hereditaria en cuyo caso debe otorgarse en escritura pública (requisito de solemnidad, art.1770 CC).

Capacidad de obrar: El artículo 1771 dispone que “No pueden permutar los que no pueden comprar y vender. No pueden permutarse las cosas que no pueden venderse.”

Se aplican a la permuta las mismas disposiciones en materia de capacidad de obrar que en sede de compraventa, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto.

Objeto

Puede ser de naturaleza mueble, inmueble, corporal, incorporal.

A los efectos del presente trabajo nos referiremos a bienes inmuebles.

Causa

Siendo un contrato bilateral y oneroso: la causa para obligarse está dada por la ventaja o provecho que le procura la otra parte.

Requisitos de eficacia: Nos remitimos a lo ya visto en compraventa.

Publicidad: Inscripción de la primera copia en el Registro de la Propiedad Inmueble del departamento de ubicación del bien. Art.17 Ley 16.871.

DONACION

El título Donación ha sido visto con recelo por parte de los operadores jurídicos, encontrarnos con un título Donación como antecedente en un estudio de títulos lleva a que se analice con mayor profundidad dicha titulación, por temor a la contingencia incierta de que algún heredero del donante pueda interponer en el futuro acciones establecidas en el Código Civil.

Es importante para comenzar el estudio de la Donación referirnos a la definición de la misma y su clasificación dentro de los negocios jurídicos.

El Código Civil define el Contrato de Donación en el artículo 1613 dice: “La donación entre vivos es un contrato por el cual el donante, ejerciendo un acto de liberalidad se desprende desde luego e irrevocablemente del objeto donado a favor del donatario que lo acepta”. El art. 1249 del Código Civil da la definición de contrato gratuito, aquel que sólo una de las partes del contrato tiene la utilidad y la otra sufre un gravamen. Teniendo en cuenta estas dos definiciones llegamos a la conclusión de que la Donación es un contrato gratuito, hay un acto de liberalidad, existen los dos elementos de la gratuidad ellos son ausencia de equivalencia e intención de liberalidad.

Podemos clasificar a la donación como un negocio jurídico:

A) Bilateral, considerando en número de partes que se requiere para su formación (arts. 1247, 1613 y 1621 del código Civil).

B) Es un Contrato Unilateral, ya que la obligación es para una de las partes art. 1248 del Código .Civil.

C) Es negocio entre vivos.

D) Es solemne, según lo establece el artículo 1619 del Código Civil, en caso de tratarse de donación de bienes inmuebles, pues para su validez deberá otorgarse por escritura pública.

E) Es un contrato principal (art. 1251 del mismo Código).

Presupuestos de Existencia

Capacidad Jurídica

Ahora vemos la capacidad del donatario que está referida en el artículo 1617 del Código Civil que se refiere a capacidad jurídica, que establece que toda persona legalmente capaz de recibir por testamento, lo es en iguales términos y con las mismas limitaciones para recibir por donación, y se remite al artículo 834 del Código Civil que se refiere a los que pueden adquirir por testamento

La capacidad del donatario es juzgada en el momento de aceptar la donación.

Poder normativo negocial

En sede de Donación nos encontramos con los artículos 1657 y 412 Numeral 5 del Código civil que se refieren a la falta de Poder normativo negocial.

El art. 1657 establece que la donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio será nula, mientras que el art. 412 numeral 5 que se refiere a los tutores -y que por remisión del art. 431 del Código Civil se extiende a los curadores- prohíbe disponer a título gratuito de los bienes del menor.

REQUISITOS DE VALIDEZ

Capacidad de obrar

En cuanto a los requisitos de validez de los contratos art. 1261 del Código Civil uno de ellos es la capacidad de obrar requerida para ser donante, aquí debemos ir al art. 1616 del Código Civil que establece que pueden donar entre vivos toda persona que la ley no haya declarado inhábil. Son inhábiles para

donar los que no tienen la libre administración de los bienes, salvo en los casos y requisitos que las leyes prescriban. Debemos tener en cuenta la capacidad del donante en el momento que se hizo la donación, de acuerdo al artículo 1618 del código civil y la del donatario al momento de la aceptación.

Por lo que se puede concluir lo siguiente: de acuerdo al artículo 271 del código civil en el inciso 1° para los menores sujetos a patria potestad se exige para enajenar causa de necesidad o utilidad evidente, y es claro que en el caso de la Donación no existen dichas causas ni utilidad.

Qué sucede con los habilitados por matrimonio, o menores con peculio profesional o industrial según el artículo 310 del Código Civil pueden donar con autorización del Juez.

Resumiendo debemos entonces decir que los menores bajo patria potestad no pueden donar, tampoco los tutelados y los curatelados, y los habilitados por matrimonio o con peculio profesional podrán donar con autorización del Juez.

Consentimiento

En cuanto al requisito del consentimiento se exige la aceptación simultánea por el donatario en la misma escritura de donación o por otra escritura de aceptación que se hará saber en forma auténtica al donante, artículo 1621 del Código Civil.

El artículo 1622 que también se refiere a que la aceptación establece que se puede hacer por poder especial para el caso o poder general para la administración de sus bienes.

Debemos tener en cuenta que los artículos 1619, 1620 y 1621 del Código Civil establecen las formalidades para la Donación, exigiendo la escritura pública como solemnidad para los bienes inmuebles.

Objeto

En cuanto al objeto de la donación debemos mencionar los artículos 1625 y 1626 del Código Civil, ambos determinan lo que se puede donar y las limitaciones que la ley establece. El artículo 1626 del Código Civil se refiere a la

prohibición de donar entre vivos más de aquello de que pudiera disponerse libremente por última voluntad, es decir es una limitación al Poder de disposición, que será como vamos a ver luego este artículo el fundamento de la Acción de Reducción de las Donaciones inoficiosas, es decir la prohibición de lesionar la legítima que el heredero forzoso tienen derecho a percibir, independientemente de la voluntad del donante.

Causa

Tratándose de un contrato gratuito la causa para obligarse el donante es la mera liberalidad, conforme lo establece el art. 1287 inciso 2° del Código Civil

DISTINTAS CLASES DE DONACION

Es importante determinar cuando estamos con una donación si estamos frente a una donación simple, donación modal o una donación remuneratoria.

El artículo 1615 del Código Civil establece la clasificación de los distintos tipos de donación. Podemos decir que estamos frente a una donación simple cuando hay un acto de liberalidad y no existe ningún gravamen para el donatario. La donación es modal u onerosa, cuando al donatario se le impone un modo o carga que debe cumplir, y la remuneratoria es cuando se dona por un servicio ya prestado por el donatario.

Nos interesa el tipo de Donación porque hay diversas acciones que el Código prevé, acciones que son aplicables a algún tipo de donación y no a los otros tipos de donaciones.

➤ **DONACION SIMPLE**

Comencemos con la Donación Simple, a este tipo de donación se le puede entablar las siguientes acciones y ellas son:

A) Acción de Revocación por causa de ingratitud: artículo 1634 y 1635 del Código Civil; solamente procede en la donación simple y debe ser entablada

en vida del donante y contra el donatario. Es una Acción Real, el donatario será condenado a la restitución del bien o al valor del bien si lo ha enajenado.

El plazo de prescripción es muy corto, ya que es de un año contado desde que el donante pudo conocer la ofensa. El artículo 1636 del Código Civil establece que esta acción no se trasmite a los herederos del donante, si éste pudiendo, no lo hubiere dejado intentada.

El artículo 1634 del Código Civil establece cuáles son las causas para iniciar esta acción, y son graves y no muy frecuentes.

Hay que tener en cuenta el artículo 1638 del Código Civil en cuanto determina que la revocación por ingratitud será sin perjuicio de las enajenaciones hechas por el donatario y de los derechos reales que hubiere constituido sobre la cosa donada antes de interponerse la demanda revocatoria. Y en este caso el donatario será condenado a la restitución del valor de las cosas donadas.

Aquí es de suma importancia la información registral que complementa el estudio de títulos, ya que la acción revocatoria hoy se inscribe en el Registro de la Propiedad Sección Inmobiliaria, con la ley 16.871 en el artículo 17 establece la inscripción de las demandas sobre bienes inmuebles.

Por lo que si el donatario enajena antes de interponerse la demanda revocatoria -la Profesora Bagdassarián considera que es antes de la inscripción de la demanda- la enajenación será válida y eficaz, resultando protegido el tercero, pero debiendo el donatario abonar el valor de las cosas enajenadas.

Cuando la enajenación del donatario es posterior a la inscripción de la demanda, conociendo el tercero adquirente dicha inscripción a través de la publicidad registral, la sentencia será oponible al adquirente que tendrá que devolver la cosa donada.

B) Acción de Reducción de las donaciones inoficiosas: es una acción personal, está prevista en los artículos 1639 al 1643 del Código Civil, como ya hemos dicho el fundamento de esta acción está en la prohibición de lesionar la legítima que el heredero forzoso tiene derecho a percibir, y que se podría ver afectado por la donación realizada por el donante. Es decir que las legítimas

se respetan a la muerte, pero también se respetan a través de lo que establece el artículo 1626 del Código Civil que establece que no se puede donar más de aquello que pudiera disponerse libremente.

El problema que plantea la eventualidad de esta acción es más económico que jurídico. Es de hacer notar que por la acción de reducción no se reivindica el bien donado, sino que se obtiene una suma de dinero, tampoco se resuelve el contrato que pueda hacer caer los derechos otorgados a terceros por el donatario.

La acción de reducción no puede darse en vida del donante, es imposible invocar dicha acción, porque no se sabe con certeza quién será o serán los herederos al fallecimiento del donante, ni qué bienes hay en su patrimonio y por lo tanto ni si las legítimas serán vulneradas.

En qué consiste esta acción, el artículo 1636 del Código Civil dispone que las donaciones que tengan el carácter de inoficiosas, una vez hecho el cálculo general de los bienes del donante al tiempo de su muerte podrán reducirse en cuanto al exceso, a instancia de los herederos forzosos ya sea que estos hayan aceptado la herencia pura y simplemente o con beneficio de inventario

Cuando se llega a la reducción artículo 890 del Código Civil, el donatario o el tercero adquirente deberán restituir al heredero legítimo que reclama dinero, es decir lo que faltare para cubrir su legítima, lo equivalente al exceso que recibió el donatario de la parte de libre disposición, por lo tanto debe haber un heredero forzoso o porcionero a quien se haya lesionado Artículo 884 y 887 del Código Civil. El artículo 889 del Código Civil señala que para fijar la porción legítima se atenderá al valor de los bienes que hayan quedado a la muerte del testador, previas las reducciones indicadas en el Código Civil. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará imaginariamente, el que tenían todas las donaciones del mismo testador de acuerdo al artículo 1108 del Código Civil. De acuerdo a este último artículo mencionado la colación se hace no de las mismas cosas donadas, sino del justiprecio en unidades reajustables que tenían al tiempo de la donación.

El heredero legitimario lesionado debe interponer la Acción de reducción, y hay un plazo para interponerla que es de 4 años desde el fallecimiento del donante, artículo 1643 del Código Civil, la doctrina entiende que dicho plazo es de caducidad.

Una vez que se hayan dados todos los requisitos que establece el artículo 890 del Código Civil, una vez reducidas las disposiciones testamentarias, y las donaciones más recientes, y no se pudieran cubrir la legítimas se podrá ir contra el donatario, y si el donatario es insolvente como dice el artículo 1112 del Código Civil se le debe entablar la acción de excusión, una vez cumplidas esas etapas se podrá ir contra el tercero poseedor artículo 1112 del Código Civil restituyendo a la masa hereditaria una suma de dinero que falta para cubrir la legítima.

Dijimos que es una acción personal, es *propter rem* con respecto al tercero poseedor, el Doctor Eduardo Vaz Ferreira⁴⁶, define a estas obligaciones como aquellas cuyo sujeto pasivo se determina por la posesión de un fondo o como obligaciones ligadas a un derecho real sobre una cosa individualizada. Por lo que esta obligación se trasmite ipso jure, no a los herederos o sucesores universales del obligado donatario, sino a sus sucesores a título particular, es decir a los sucesivos propietarios de la cosa o sus tenedores.

Es así entonces la importancia y el recelo que provoca encontrar un contrato Donación en el estudio de títulos, ya que el que hoy va a adquirir puede verse afectado si se entabla una acción de reducción por ser el futuro poseedor del bien y es por esa razón que el Escribano debe tener en cuenta esta situación, no podemos calificar una donación de inoficiosa mientras el donante viva, ya que por lo que dijimos deben darse la situación del fallecimiento del donante como primer presupuesto, y luego seguir las distintas etapas establecidas en el propio Código Civil. Pero podemos ver la posibilidad de riesgo que pueda existir ante la eventualidad, pero sólo podríamos mediante un estudio minucioso de la situación patrimonial del donante que vive, su edad, sus presuntos herederos, hacer el estudio si es factible que se pueda dar esta

⁴⁶ "Tratado de las Sucesiones" Tomo II

acción y prevenir al que lo está adquiriendo del donatario o de los sucesivos propietarios el potencial riesgo.

En qué consiste la obligación una vez que está la sentencia que culmina la acción de reducción, esta obligación consiste en reintegrar a los herederos legítimos una cantidad de dinero, el valor nominal o en unidades reajustables, según se aplique el artículo 1108 del Código Civil antes o después de la reforma del mismo, según corresponda, es decir el valor del bien inmueble donado al tiempo de la donación y sólo en la medida que se lesionen las legítimas.

Después de la muerte del donante es cuando se plantea la posibilidad de entablar la acción de reducción, a los bienes quedados en el patrimonio del donante le vamos a agregar imaginariamente las donaciones y lo que se forma es el acervo imaginario. Determinamos luego la porción disponible y las legítimas. Cuando las donaciones realizadas por el causante donante no cupieran dentro de la porción disponible, se deberán reducir las donaciones.

Entonces dados los mencionados presupuestos se abre la posibilidad de entablar la acción de reducción, pero qué es lo que se persigue, ya lo dijimos es reintegrar dinero y no el bien, para ello nos fundamentamos en el artículo 1108 del Código Civil y el artículo 2391.1 del Código Civil, que determinan que valor es el que se va tener en cuenta. El artículo 2391.1 del mencionado Código Civil establece que dicha norma será de aplicación a las sucesiones que se abran con posterioridad de la vigencia de la misma, que entró en vigencia con la ley 16.603 que reformó el Código Civil y entró en vigencia el 1 de enero de 1995.

Por lo que aplicando el artículo 1108, artículo 2391.1 del apéndice del Código Civil y el artículo 1112 del mismo, podemos decir que si se otorgó una donación en 1988, luego el donante fallece con **posterioridad a** la vigencia de la ley 16.603, que es del primero de enero de 1995, deberá reajustarse el valor del bien teniendo en cuenta la Unidad Reajutable, y se deberá una suma de dinero por parte del donatario.

¿Cómo debe actuarse cuándo nos encontramos frente a una donación en un estudio de títulos? Lo conveniente es realizar el siguiente estudio:

I) **Si el donante vive**, se debe realizar el llamado estudio de factibilidad y analizar la situación del donante, en cuanto a su edad, situación patrimonial, presuntos herederos, debemos prevenir al adquirente lo dispuesto en los arts. 1639 y 1643 del Código Civil y advertirle la posibilidad del reembolso económico que podría efectuar en caso de entablarse una acción de reducción y como poseedor del bien debería reintegrar esa suma al heredero o herederos forzosos. Hay algunas instituciones o Bancos que solicitan un Certificado notarial de las circunstancias estudiadas del donante.

II) Si el donante falleció, podrían darse distintas situaciones:

a) Si pasaron los 4 años desde la muerte del donante al día de hoy, sería la situación de menor riesgo para el adquirente, ya que se debería controlar el expediente sucesorio, compulsarlo para comprobar que no se ha iniciado en esos 4 años acción de reducción y por lo tanto no existe luego posibilidad de iniciar. Debemos recordar que la acción de reducción caduca a los 4 años desde la muerte del donante.

b) Si no han pasado los 4 años desde la muerte del donante hay distintas variantes:

- Compulsar el expediente sucesorio y controlar la declaratoria de herederos y ver que no quedaron herederos forzosos ni cónyuge porcionero, y por lo tanto no pudo iniciarse ninguna acción de reducción.
- Si hay herederos forzosos deberá controlarse el expediente sucesorio y que éstos no iniciaron la acción de reducción de las donaciones inoficiosas. Y por los años que faltan para cumplirse los 4 años podrían renunciar a la posibilidad de iniciar la acción que deberán hacerlo en escritura pública.

Por todo lo dicho es que debemos concluir que frente a un título donación será necesario estudiar la situación, que no siempre es rechazable y que a veces aún entablado la acción de reducción la posibilidad de reintegro económico dependerá de la situación planteada.

A) Resolución del título en caso de cumplimiento de la condición resolutoria

El artículo 1631 del Código Civil se refiere a esta situación y dispone: *“No se resuelve la donación entre vivos porque después de ella le hayan nacido al donante uno o más hijos legítimos o naturales, a no ser que esta condición resolutoria se haya expresado en la escritura de donación.”*

Solo afectaría el título si la condición está establecida en la donación, que no es común, ni corriente.

Dijimos que existen distintos tipos de donaciones, nos hemos referido a la donación simple y a las acciones posibles de entablarse frente a ese tipo de donación, ahora vamos a ver las otras dos donaciones que pueden darse, ellas son:

➤ DONACION ONEROSA O MODAL

La donación onerosa o modal es aquella que el donatario recibe la liberalidad que realiza el donante, pero con la imposición de un gravamen o modo que debe cumplir artículo 1615 del Código Civil.

Es importante referirnos a la Ley 16.170 de 28 de diciembre de 1990 que se refiere a las donaciones modales que pueda recibir el Estado, y dispone en su artículo 516 lo siguiente: *“Las donaciones, de acuerdo con su monto deberán ser aceptadas por el ordenador competente. El mismo deberá verificar la posibilidad y legalidad de las condiciones o modos que eventualmente se impongan en la donación, además de la conveniencia con respecto a los intereses del Estado. Exceptúense las pequeñas donaciones de objetos o elementos cuyo justiprecio no exceda el límite de las contrataciones directas, las que podrán ser aceptadas por la autoridad de la Oficina o servicio*

respectivo. Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente , en todos los casos en que el Estado o persona pública no estatal sea o haya sido gravada por un plazo, modo o condición establecida por voluntad testamentaria o por una donación onerosa (artículos 947, 956 y 1615 del Código Civil) dicho gravamen podrá cumplirse en una forma razonablemente análoga a la prescripta por el testador o por el donante siempre que lo autorizare el Juzgado competente por motivos fundados de interés público, a petición del organismo beneficiario y con audiencia de quienes pudieren tener derecho a oponerse La pretensión se tramitará en la forma establecida para el proceso extraordinario. Lo previsto en este artículo se aplicará aún si el modo contiene cláusula resolutoria. En los casos a que se refiere esta disposición siempre que no hubiere obtenido la autorización judicial prevista anteriormente, la acción para exigir el cumplimiento del plazo, condición o modo, caducará a los 4 años de la apertura legal de la sucesión o de la fecha del contrato de donación....”

A este tipo de donación las acciones que se puede entablare son:

- A) **Acción de Rescisión por incumplimiento del modo** establecida en el artículo 1632 del Código Civil. Es una acción Real, si el donatario no cumple con el modo o gravamen se rescinde y deberá restituir el bien, prescribe la acción a los 4 años de desde que el donatario cae en mora por no cumplir con dicha carga u obligación, artículo 1633 del Código Civil. Se inscribe en el registro de la Propiedad Sección Inmobiliaria.
- B) **Acción de Reducción de las Donaciones inoficiosas**, acción personal; todo lo dicho para la donación simple sobre esta acción también se aplica a esta clase de donación, con la particularidad que aquí se reduce hasta el límite de la liberalidad contenida en ella (art. 1642 CC).

➤ **DONACION REMUNERATORIA**

Finalmente está la donación Remuneratoria, que es aquella que el donante realiza por los servicios prestados por el donatario, el Código Civil no da una definición de la misma , se refiere a ella en el artículo 1615 del Código Civil. Las Acciones que se puede entablar en este tipo de Donación es la Acción de

Reducción, con todo lo relativo a la misma que hemos relacionado en este trabajo.

PAGA POR ENTREGA DE BIENES (Artículos 1490 y siguientes del Código Civil)

En materia de pago hay un principio que nuestro Código Civil recoge en el artículo 1458: el pago debe hacerse en la misma cosa debida. Este principio sufre excepción con el instituto de la paga por entrega de bienes.

El deudor no tiene la facultad de pagar con una cosa distinta de la que debe, el acreedor debe permitirlo.

La paga por entrega de bienes esta legislada en el art. 1490 y siguientes del Código Civil.

Este instituto tiene importancia práctica. Con cierta frecuencia puede darse la situación en la cual el deudor no puede pagar y propone al acreedor que reciba una cosa distinta de la debida.

Para dar el concepto de este instituto seguiremos al Escribano Miranda⁴⁷ que decía que es una convención en virtud de la cual acreedor y deudor operan la satisfacción del uno y la liberación del otro extinguiendo la obligación existente entre ellos, mediante la entrega por el primero al último de una cosa que no sea dinero, en sustitución del contenido de la prestación debida (de la dación o hecho que debía prestarse).

Para que haya paga por entrega de bienes se requiere:

- Una obligación preexistente sobre la que actúa, extinguiéndola. Si no existiera esa obligación que le sirve de sustento, la paga sería sin causa.
- Que se entregue alguna cosa distinta de la debida, que no sea dinero. En nuestro derecho se admite que se entregue en pago una cosa incorporal como un crédito o un derecho. Como estamos abordando el estudio de títulos respecto a bienes inmuebles, nos referiremos

⁴⁷“ Dación en pago y compraventa”

exclusivamente a la situación en que lo que se da en pago es un inmueble.

- Que el acreedor consienta la entrega de una cosa diferente a la debida. Como ya expresamos la paga por entrega de bienes supone un acuerdo de voluntades.
- La entrega de la cosa debe hacerse con la intención de extinguir la obligación preexistente.

El artículo 1663 dispone “Cuando las cosas se entregan en pago de lo que se debe (artículos 1490 y 1493) el acto tendrá los mismos efectos que la compraventa, pero la deuda así fuese cubierta será juzgada por las reglas generales del pago”. Según se dijo, en cuanto al crédito se regula por la paga, pero en cuanto a los efectos por la compraventa, ya que la paga por entrega de bienes, cuando es seguida de tradición produce la transferencia del dominio, pero a diferencia de la compraventa, requiere la presencia de una obligación preexistente.

A los efectos de nuestro estudio, sólo vamos a tratar el caso de que el deudor va a pagar su deuda con un inmueble.

Naturaleza jurídica

Sin pretender profundizar demasiado en el tema de la naturaleza jurídica de este instituto digamos que en torno a la misma existen dos posiciones: la que entiende que la paga por entrega de bienes sería una novación por cambio de objeto y la que sostiene que simplemente sería una modalidad de pago.

Estamos de acuerdo con el Esc. Fernando Miranda⁴⁸ en cuanto a que se trata de una forma de pago.

En la paga, a diferencia de lo que ocurre en la novación, se satisface el interés del acreedor. En la novación nace una nueva obligación que sustituye a

⁴⁸ “Dación en pago y compraventa”

la antigua que queda extinguida (artículo 1525); en la paga no se crea una nueva obligación, justamente porque supone un pago: deudor y acreedor quedan desvinculados.

Presupuestos de existencia

Poder normativo negocial: Con relación a si es aplicable a la paga el artículo 1675, Fernando Miranda⁴⁹ sostiene que es viable entre cónyuges el negocio paga por entrega de bienes ya sea para liquidar una deuda de la sociedad conyugal o para extinguir la obligación de pago de soulte surgida de una partición.

Requisitos de validez

Consentimiento o acuerdo de voluntades expresado por personas con capacidad de obrar o a través de sus representantes legales o voluntarios.

Capacidad de obrar Debemos distinguir claramente las dos figuras de este negocio: el deudor de la obligación preexistente, que es quien enajena el bien y el acreedor de la obligación preexistente, que es quien lo adquiere.

I) Con referencia al deudor, (que es quien paga, equivale a la figura del enajenante): sus representantes legales necesitan cumplir con los requisitos necesarios para disponer del bien, en caso de ser inmueble, las autorizaciones correspondientes para enajenar. Los representantes voluntarios requieren poder expreso (artículo 2056).

Haciendo un repaso de las autorizaciones judiciales para enajenar inmuebles, digamos que:

- Menor sometido a Patria Potestad: representado por sus padres y con la autorización del artículo 271 del Código Civil.

⁴⁹ "Dación en pago y compraventa"

- Menor sometido a Tutela o mayor sometido a curatela: representado por su tutor o curador con autorización del artículo 395 (en caso de cuartelados, en virtud de la remisión establecida por el artículo 431).
- Menor habilitado por matrimonio, o respecto a bien que integra su peculio profesional o industrial: Como el artículo 310 habla de “vender” entendemos que para dar en pago no requieren autorización judicial.

II) Con relación al acreedor que equivale a la figura del adquirente debemos aplicar el artículo 1492 que establece que “Los representantes legales o voluntarios del acreedor no están autorizados para aceptar pago por entrega de bienes”. La redacción de la norma es poco feliz y debe interpretarse en el sentido de que los representantes legales para aceptar paga por entrega de bienes deben obtener la autorización judicial de este artículo. Los representantes voluntarios necesitan poder expreso.

Si el adquirente en la paga por entrega de bienes es un menor sometido a patria potestad o tutela o un incapaz sujeto a curatela, su(s) representante(s) legal(es) debe(n) obtener la autorización judicial prevista en el artículo 1492.

Objeto: cosa (corporal o incorporal que no sea dinero). Como ya fue aclarado, en el presente trabajo sólo nos referiremos a objeto inmueble, que debe ser determinado o determinable y estar en el comercio de los hombres.

Causa: como finalidad satisfacer al acreedor y liberar al deudor.

Solemnidad: cuando lo entregado en pago es un inmueble debe celebrarse en escritura pública, porque los actos que son título hábil o los negocios que operan la enajenación de un inmueble son siempre solemnes para nuestro derecho (artículos 1619, 1664, 1770, 1943 y 767 in fine- Cfme. Miranda, Ob.- Cit.)

Requisitos de eficacia: Es necesario que el deudor tenga poder de disposición de la cosa que se entrega en pago.

Por último la Publicidad: Inscripción de la primera copia en el Registro de la Propiedad Inmueble del Departamento de ubicación del bien. Art.17 Ley 16.871.

La paga por entrega de bienes no es un contrato, sino un modo de extinguir obligaciones que tiene la particularidad de que cuando se acompaña del modo tradición produce la transferencia del dominio, (es negocio real y con efecto real). El legislador no ubicó este instituto en sede de contratos sino dentro del Libro IV De las Obligaciones en el Título que trata de los modos de extinguirse las mismas (es negocio real y con efecto real).

La paga por entrega de bienes es un negocio dispositivo extintivo, con efecto real puesto que supone la entrega de la cosa con la cual se quiere pagar.

De acuerdo a lo que dispone el artículo 1663, la obligación extinguida se regula por las reglas del pago. Con relación a la cosa que se entrega en pago, el acto tiene los efectos de la compraventa: el acreedor que es privado de la cosa será indemnizado como comprador evicto, no pudiendo hacer revivir la obligación extinguida.

Si lo dado en pago fuese un crédito se juzgará la paga de acuerdo a las normas de la cesión de créditos.

Qué ocurre cuando nos encontramos con personas casadas?

Dos situaciones:

1) Deudor: enajenante: titular del bien, casado:

De acuerdo a los principios generales si el bien es de naturaleza ganancial tengo que determinar quién lo administra: si ambos cónyuges administran el inmueble ambos lo deben dar en pago si administra uno de ellos deben enajenar el cónyuge administrador con la conformidad del otro, o ambos, según la posición que se adopte.

El origen de la deuda que da lugar a la paga (si era propia o ganancial) no me interesa, si el bien con que se paga esa deuda es ganancial, deben

enajenar los dos cónyuges, o el administrador con la conformidad del otro. El origen de la deuda dará lugar a un problema de recompensas que se solucionará al momento de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal pero no me afecta el estudio de títulos.

Uno de los casos más frecuentes en que se debe recompensa a la comunidad se configura cuando ésta ha pagado el capital de deudas personales.

Es decir que en la relación jurídica preexistente tenemos una deuda que va a pagarse con un bien ganancial, si esa deuda era del marido o de la mujer, o de ambos, es un tema que deberán arreglarlo entre ellos y no nos interesa a efectos del estudio del título. Lo que sí debemos constatar es que enajene el titular del bien y siendo el inmueble ganancial deberán enajenar ambos cónyuges o el administrador con la conformidad del otro.

II) Acreedor: adquirente, casado.

Si la paga por entrega de bienes se hace a A casado con B el principio general es que durante la vigencia de la sociedad conyugal cualquiera de los cónyuges puede hacer ingresar bienes, que serán gananciales. Pero acá ***me interesa el origen del crédito, porque va a determinar la naturaleza jurídica del bien que ingresa***: si el crédito que da origen a la paga era propio del cónyuge acreedor, el bien que ingresa será propio, y si el crédito era ganancial, el bien será ganancial.

Esto surge de lo que dispone el artículo 1961 numeral 6: “No se reputará ganancial la especie adquirida durante el matrimonio, aun a título oneroso, cuando la causa o título de adquisición ha precedido a él. Por consiguiente:...6.- Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio pertenecerá al cónyuge acreedor.

Lo mismo se aplicará a los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio y pagados después.”

Si los acreedores de la obligación son ambos cónyuges, la paga por entrega de bienes se hará a favor de ambos.

SUCESIÓN

Es un modo de adquirir derivado (art. 705 CC).

El artículo 776 dispone que “La sucesión o herencia, modo universal de adquirir, es la acción de suceder al difunto, y representarle en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte”. A pesar del tenor de lo que establece el artículo debemos decir que la sucesión no es una acción sino un hecho natural que produce efectos jurídicos.

El artículo 777, por su parte, al establecer que “la palabra herencia puede significar también la masa de bienes y derechos que deja una persona después de su muerte, deducidas las cargas” da un concepto de herencia que se asemeja al de acervo líquido.

Presupuestos para que estemos frente a una sucesión:

I) Muerte. El art. 1037 se refiere a la apertura legal (necesaria). El CC siempre se refiere a la apertura legal ya que el concepto de apertura judicial es posterior a la época de sanción del Código Civil.

El CGP art. 407 en su redacción original obligaba a abrir judicialmente la sucesión. A partir de la Ley 16699 del año 1995, el proceso sucesorio ya no es obligatorio sino facultativo “podrá promoverse el proceso sucesorio”.

Consecuencias de la apertura legal de la sucesión: por un lado produce la disolución de la sociedad conyugal, cuando se trata de personas casadas, naciendo en consecuencia la indivisión postcomunitaria y por otro lado produce el nacimiento de la indivisión hereditaria.

II) Existencia de herederos o legatarios. Diferencia entre ambos:

- El heredero adquiere a título universal: sucede en toda la herencia o en una parte alícuota de la herencia (art. 1039 CC).

El legatario adquiere a título particular.

- El heredero adquiere por modo sucesión en tanto que el legatario adquiere por sucesión sólo cuando el legado es de especie cierta y determinada (art.937) mientras que si el legado es de género o especie adquiere por modo tradición (art.925).
- El heredero responde con los bienes hereditarios y con los propios (art.1069) (salvo que acepte bajo beneficio de inventario).

La responsabilidad del legatario es subsidiaria (art.1175).

III) Vocación hereditaria

Es el fundamento jurídico por el cual alguien puede pretender la herencia de otro.

Fuentes de la vocación hereditaria: testamento y ley.

En primer lugar el testamento, ya que en materia sucesoria el legislador recoge el principio de autonomía de la voluntad en cuanto establece en el artículo 778, que “La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento; y a falta de éste, por disposición de la ley. Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o ab intestado. La sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria y parte intestada (artículo 893 num.3 y artículo 1011)...” El artículo 1011 dispone que “La sucesión intestada tiene lugar: 1. Cuando uno muere sin testamento o con testamento nulo, o con testamento que perdió después su fuerza, aunque al principio fuese válido. 2. Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en alguna parte de los bienes (art. 893). 3. Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o el instituido muere antes que el testador, o es incapaz, o indigno, o repudia la herencia; fuera de los casos de sustitución y acrecimiento con arreglo a este Código. Si el descendiente que repudia tuviese hijos o descendientes y hubiese otros herederos testamentarios regirá lo dispuesto en el artículo 848”.

El testador podrá disponer de sus bienes con el límite determinado por las asignaciones forzosas (art. 870). Sólo podrá disponer de la parte de libre

disposición. Habiendo testamento la vocación hereditaria se comprobará con éste.

Conforme a lo ya expresado, si no hay testamento estaremos frente a la sucesión intestada, debiendo recurrir a lo que dispone la ley. En este caso heredarán aquellos familiares que conforme a la ley son llamados a hacerlo, por su orden y en distintos grados. En este caso la vocación hereditaria se acreditará con los respectivos testimonios de partidas.

Los órdenes de llamamiento están regulados en los artículos 1025 y siguientes del Código Civil.

Tenemos que tener en cuenta que dado que los títulos deben estudiarse por un período de 30 o 45 años, podemos encontrarnos en el estudio de títulos con sucesiones a las que haya que aplicar el orden de llamamiento anterior a las modificaciones introducidas por la Ley 15.855 del 25 de marzo de 1987. A través de esta ley, se equipararon los derechos sucesorios de los hijos naturales con los legítimos.

Primer orden de llamamiento.- Recordemos entonces que antes de la citada ley el primer orden de llamamiento era fijado por los hijos legítimos y los hijos naturales los acompañaban. Es decir que heredaban los descendientes legítimos y junto a ellos, si los había, los hijos naturales pero en situación de desventaja por cuanto estos últimos llevaban los dos tercios de la legítima, conforme a lo dispuesto por la ley 3494 del año 1909. No habiendo hijos legítimos los hijos naturales pasaban al segundo orden compartiendo la herencia con el cónyuge y los ascendientes legítimos.

Luego de la ley 15.855 se produce un cambio fundamental ya que no solo el hijo legítimo fija el primer orden de llamamiento sino que también lo fija el hijo natural. Esto quiere decir que si el causante sólo tenía hijos naturales éstos concurren en el primer orden llevándose toda la herencia. Pero además se iguala la situación de los hijos naturales con relación a los legítimos en cuanto a que reciben lo mismo en concepto de legítima, es decir que heredan en las mismas condiciones.

Actualmente existiendo descendientes legítimos o naturales éstos excluyen a todos los otros herederos, ya sucediendo por derecho propio o por derecho de representación (artículo 1019).

Segundo Orden de llamamiento. - Art. 1026. En el régimen anterior heredaban los ascendientes legítimos, los hijos naturales y el cónyuge.

La actual redacción del art. 1026 dispone que si no hay descendientes legítimos o naturales sucederán al causante sus ascendientes de grado más próximo, sean legítimos o naturales, (siempre que el reconocimiento haya sido anterior al fallecimiento), y su cónyuge. Si existen ambas clases llamadas a concurrir la herencia se dividirá en dos partes: una para los ascendientes (legítimos o naturales) y la otra para el cónyuge. Si sólo hay una de las dos clases, ésta se llevará toda la herencia.

Debemos recordar que el cónyuge no es heredero forzoso por lo que puede ser desplazado totalmente a través de un testamento. Tampoco son herederos forzosos los padres naturales. La ley 15.855 se propuso igualar la situación de los hijos naturales a los legítimos, no adoptando el mismo criterio respecto a los padres. Los padres naturales mantienen diferencias con los legítimos, no sólo en cuanto a que no son legitimarios (artículo 885 numeral 3), sino también por ejemplo en lo que tiene que ver con el derecho de usufructo de los bienes de los hijos que sólo poseen los padres legítimos (artículo 276).

En este orden de llamamiento concurren entre los llamados, los ascendientes legítimos, que son legitimarios junto a otros que no lo son, es por ello que debe armonizarse este artículo 1026 con el artículo 887, porque nunca aplicando aquel se puede afectar la parte de bienes que la ley asigna a los ascendientes legítimos.

Tercer Orden de llamamiento.- El artículo 1027 dispone “A falta de los llamados por el artículo anterior sucederán al difunto sus hermanos legítimos o naturales y sus hijos adoptivos; la herencia se dividirá en dos partes; una para los hermanos, y otra para los hijos adoptivos, y si falta una de estas clases, la otra se llevará toda la herencia...” Es decir que luego de la modificación introducida

por la ley 15.855 se incluyen en el tercer orden de llamamiento a los hermanos naturales junto a los hermanos legítimos.

Cuarto Orden de llamamiento está determinado por el artículo 1028 “A falta de descendientes, ascendientes y hermanos, de cónyuge sobreviviente y de hijos adoptivos, son llamados a la sucesión, el padre o madre adoptante y los colaterales legítimos o naturales del difunto fuera del segundo grado (artículo 1021) según las reglas siguientes: 1. El adoptante excluirá a los colaterales de que habla este artículo.” Es decir que a partir de la reforma anotada se incluye en el cuarto orden a los colaterales naturales junto a los colaterales legítimos.

Quinto Orden de llamamiento: Artículo 1028“...2. El colateral o los colaterales de grado más próximo...que excluirán siempre a los otros.” Los derechos de sucesión de los colaterales nunca se extienden más allá del cuarto grado, sin perjuicio del derecho de representación. Los colaterales de simple conjunción tienen los mismos derechos que los de doble conjunción.

Sexto Orden de llamamiento: Está conformado por los primos del causante.

El artículo 1029 que regulaba el orden de llamamiento para los causantes de filiación natural, sin descendientes legítimos, actualmente se encuentra derogado.

La sucesión conforme a lo que dispone el artículo 778 puede ser parte testada y parte intestada, por ejemplo cuando a través del testamento se dispone de la parte de libre disposición y respecto al resto rige el orden de llamamiento, o cuando en el testamento sólo se dispone a título de legado.

Cuando no hay herederos conocidos, o éstos repudiaron la herencia la herencia se reputa yacente (artículo 1072 CC y 428 y siguientes del CGP).

Proceso sucesorio

En nuestro derecho por el solo hecho de abrirse la sucesión la propiedad y posesión de la herencia pasa de pleno derecho a los herederos del causante (artículo 1039 del CC.)

El proceso sucesorio voluntario tiene por finalidad obtener un reconocimiento judicial que será la declaratoria de herederos y en caso de existir bienes la determinación de los mismos con objeto de dar publicidad a la transmisión sucesoria⁵⁰. Está previsto en el Código del Proceso

Lo puede tramitar un profesional Escribano, ya que existiendo acuerdo entre todos los interesados, se aplican las normas de la jurisdicción voluntaria (artículo 410 del Código general del Proceso). Si surgiera cualquier conflicto, el proceso se transformará en contencioso.

Los Juzgados competentes son los Letrados de Familia o los Juzgados Letrados de Primera Instancia con competencia de Familia.

I) Sucesión intestada

Artículo 412 del Código General del Proceso “El procedimiento en la sucesión intestada, será el señalado para la jurisdicción voluntaria de acuerdo con el artículo 410 en todo cuanto no aparezca especialmente determinado en los artículos siguientes”.

Qué deben presentar los interesados para iniciar el proceso sucesorio? Art.413 CGP.Un escrito solicitando la apertura del proceso acompañado con el testimonio de partida de defunción del causante, el certificado del Registro de Testamentos y los testimonios de las partidas que acrediten la legitimación de quienes se presentan. En este mismo escrito ya puede presentarse la relación de bienes del causante y solicitarse la declaratoria de herederos acompañando los testimonios de partidas que correspondan.

Art. 414 CGP. Transcurridos 20 días desde la última publicación los interesados deberán acreditar las publicaciones, y si no se hubiere solicitado en el escrito anterior, se presentará un nuevo escrito indicando los nombres de las personas a heredar con los testimonios de partidas que correspondan y la

⁵⁰ Esc.Enrique Bielli Sassi. “El certificado de resultancias de autos. Contribución a su estudio”. R.A.E.U. No. 63 Año 1977

relación de todos los bienes del causante, siendo obligatorio incluir aquellos cuyos actos de transferencia se inscriban en los Registros Públicos, y eventualmente el proyecto de partición de la herencia (artículo 415 CGP.).

El Código General del Proceso anterior (Ley 15.892) disponía la presentación de dos escritos, actualmente luego de la reforma del mismo (Ley 19.090) se permite que se presente un único escrito en el que se incluya todo: la solicitud de apertura judicial de la sucesión, la relación de bienes y la indicación de las personas a heredar, el que será acompañado de todos los documentos ya indicados.

Una vez presentado el primer escrito (o el único si se hace todo en el mismo) con los documentos ya vistos, el tribunal declarará abierta judicialmente la sucesión, ordenará la publicación por edictos por el término de 10 días en el Diario Oficial y otro periódico de la localidad emplazando a los interesados por un plazo de 30 días. Una vez finalizado el término de emplazamiento, las publicaciones se justificarán en el expediente por constancia de la Oficina Actuarial que la extenderá previa exhibición de los ejemplares de la primera y última publicación de cada uno de los diarios.

Se da vista al Ministerio Público y si el mismo no formula observaciones el Juez dicta el auto de declaratoria de herederos. Este auto no causa estado. Como dice el Esc. Enrique Bielli Sassi⁵¹, es de naturaleza declarativa y significa que no se presentaron otros herederos a la sucesión y si se hubieran presentado no fueron reconocidos judicialmente como tales.

Certificado de Resultancias de Autos

El proceso sucesorio culmina con la expedición del certificado de resultancias de autos que no es otra cosa que un resumen de lo actuado en el expediente. Este certificado de resultancias de autos puede ser expedido por el Actuario del Juzgado o por el Escribano patrocinante cuando fue autorizado a esos efectos en el escrito respectivo (artículo 105.2 CGP).

⁵¹ “El certificado de resultancias de autos. Contribución a su estudio.” Rev. A.E.U. Tomo 63 Año 1977

Como ya dijimos, en la relación de bienes deben incluirse todos los bienes cuyos actos de transferencia se inscriban en los Registros Públicos. Estos bienes incluidos en la relación constarán en el certificado de resultancias de autos que deberá inscribirse en tantos Registros como bienes registrables surjan del mismo.

Registro de testamentos (artículos 279 y siguientes del Reglamento Notarial)

Se creó por Acordada del 23 de junio de 1992. Es un registro único con competencia nacional y sede en Montevideo y depende de la Inspección General de Registro Notariales de la Suprema Corte de Justicia. Hay que tener en cuenta que lo que se inscribe no es el testamento sino las relaciones o comunicaciones que presentan los escribanos de los testamentos solemnes abiertos que autoricen y de las cubiertas de testamentos cerrados en que intervienen.

El Escribano tiene diez días corridos a partir del siguiente al de la autorización para presentar la comunicación. La relación se presenta en original y duplicado en formularios confeccionados al efecto por la Inspección General de Registros Notariales. El original es protocolizado y el duplicado se devuelve con la constancia de haber recibido el original. Los datos que deben contener las relaciones a presentar por los Escribanos surgen del artículo 284 del Reglamento Notarial.

El Registro de Testamentos tiene carácter reservado durante la vida del testador, pero cualquier persona puede solicitar se le informe si existe o no inscripción en la cual aparezca como otorgante.

Para solicitar certificado del Registro de Testamentos debe presentarse una solicitud en formulario autorizado por la inspección General de Registros Notariales y acompañado del testimonio de la partida de defunción del causante o la declaración de ausencia. Lo que informa el certificado es si existe o no inscripción a nombre del causante o declarado ausente.

Sólo podrá gestionarse el certificado transcurridos 15 días corridos a contar del siguiente al fallecimiento.

Contenido del certificado de resultancias de autos

- Juzgado de radicación
- Individualización del expediente sucesorio: autos, IUE
- Nombre del causante, fecha de fallecimiento, estado civil, si la sucesión es intestada o testada
- Auto (No., fecha) que declara la apertura judicial
- Constancia de las publicaciones en el Diario Oficial y otro
- Relación de bienes
- Auto de declaratoria de herederos (No., fecha), del que surgirán quiénes son declarados herederos, los derechos del cónyuge supérstite y eventualmente los legados si los hubiera.
- Fecha de expedición
- Firma del Actuario del Juzgado o del Escribano que lo expide.

El certificado de resultancias de autos deberá inscribirse en todos los Registros que corresponda de acuerdo a los bienes registrables incluidos en la sucesión.

El certificado de resultancias de autos tiene su origen en la Ley 10.793 del año 1946, que establecía la obligación de inscribirlo en el Registro de Traslaciones de Dominio en las sucesiones en que existían bienes inmuebles.

La ley 11.326 del 7 de setiembre de 1949 suprimió su inscripción y la Ley 12.804 del 30 de noviembre de 1960 impuso nuevamente la obligación de inscribir en su artículo 153 que dispuso “El certificado de resultancias de autos sucesorios en los que se hayan denunciado bienes inmuebles, deberá inscribirse en el Registro de traslaciones de Dominio a cuyo fin tendrá lugar lo dispuesto por el artículo 5 apartado 1 de la Ley 10.793 del 25 de setiembre de 1946.”

Actualmente la ley de Registros 16871 artículo 17 numeral 6 establece la inscripción del certificado de resultancias de autos en el Registro de la

Propiedad Sección Inmobiliaria y por el principio de radicación será el del lugar de ubicación de los inmuebles incluidos.

Cuando estamos estudiando los títulos de un inmueble y nos encontramos con una sucesión es importante verificar que nuestro inmueble esté incluido en la relación de bienes que surge del certificado de resultancias de autos. Si no lo estuviera será necesario solicitar al Juzgado una ampliación del mismo en que se incluya el inmueble objeto de nuestro estudio. Y la única inscripción que nos va a interesar controlar es la del Registro de la Propiedad Inmobiliaria que corresponda a dicho inmueble (no nos va a interesar que el certificado de resultancias de autos se haya inscripto con relación a otros bienes que se hayan incluido en la relación pero que no sean objeto de nuestro estudio).

II) Sucesión testada.

El causante pudo haber otorgado testamento: abierto o cerrado. Si otorgó testamento abierto, cuando se inicia el proceso sucesorio además de presentar los documentos ya indicados deberá agregarse la primera copia del mismo. Si otorgó testamento cerrado, previo al inicio del trámite sucesorio deben haberse cumplido las diligencias de apertura del testamento. En este caso lo que se acompañará es el testimonio de protocolización del testamento cerrado.

El testamento es un negocio jurídico esencialmente revocable (artículo 998 CC.) por el cual una persona dispone, conforme a las leyes, del todo o parte de sus bienes para después de su muerte (artículo 779). Pero el testamento puede tener otros contenidos no vinculados al patrimonio del testador, como por ejemplo, el reconocimiento de un hijo natural (artículo 233 Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia, el nombramiento de tutor (artículo 321) o curador (artículo 444) para sus hijos menores o incapaces, etc.

Debemos tener en cuenta que si el testamento que contiene el reconocimiento de un hijo natural fuera revocado, el reconocimiento realizado en el mismo se mantiene, ya que el artículo 239 establece que el reconocimiento de hijo natural, sea hecho por escritura pública o por testamento, es irrevocable y no admite condiciones, plazos o cláusulas de cualquier naturaleza que modifiquen sus efectos regulares.

El testamento solemne (no nos referiremos aquí al menos solemne o especial por su carácter excepcional) puede ser abierto o cerrado. El testamento abierto debe otorgarse ante Escribano y tres testigos. No surge en forma expresa la escritura pública como requisito de solemnidad, entendiendo la doctrina que podría aún otorgarse por acta notarial, pero lo normal es que se otorgue por escritura pública.

La primera copia de la escritura se expide para el testador. Una vez acreditado su fallecimiento o la presunción de muerte causada por su ausencia pueden expedirse copias para el cónyuge, los herederos, legatarios, albaceas y tutores o curadores testamentarios (artículo 218 Reglamento Notarial).

Si el causante falleció habiendo otorgado testamento, el certificado del Registro de testamentos va a arrojar la información del mismo. Del certificado va a surgir una fotocopia de la comunicación realizada oportunamente por el Escribano autorizante de dicho testamento. Para iniciar el proceso sucesorio, además de la documentación indicada en el caso de sucesión intestada, deberá presentarse la primera copia del testamento abierto y la sucesión se rige en cuanto al procedimiento por las disposiciones ya vistas de la sucesión intestada.

El testamento cerrado requiere la intervención de cinco testigos además del Escribano. En este caso las disposiciones del testador, escritas por él o por otro a su ruego, estarán contenidas en un pliego, que cerrará y sellará y lo presentará al Escribano y testigos. El Escribano levantará un acta en la cubierta del testamento en la que firmarán el testador, el Escribano y los testigos (artículo 801). El testamento cerrado debe ser abierto en una diligencia judicial de apertura. A diferencia del testamento abierto, el cerrado para recibir ejecución debe ser presentado ante el Juez competente y llenarse en su apertura las demás formalidades que prescribe el Código General del Proceso (artículo 807 CC).

Una vez presentado el testamento cerrado al Juzgado y verificado por el actuario la forma en que se encuentran la cubierta y sus sellos de lo que dejará constancia, se procederá a su apertura en audiencia.

A la audiencia serán citados, además de los interesados, el escribano autorizante de la carátula y los testigos que intervinieron.

El Tribunal interrogará al Escribano y testigos si las firmas que aparecen en el documento son suyas y si las vieron colocar a todas en un mismo acto, y si el pliego está cerrado y sellado como en el momento del otorgamiento del acta.

Luego interpelará a los herederos o interesados presentes para que manifiesten si tienen observaciones que formular.

Se labra acta de todo lo actuado y recién allí se procede a la apertura del testamento y a darle lectura. El Tribunal revoca cada una de las fojas del testamento y su carátula y entregándolo al escribano designado por la mayoría o en su defecto por el propio tribunal para que lo incorpore a su Registro de Protocolizaciones. Una vez protocolizado el testamento el escribano expedirá testimonio de la protocolización y a partir de allí prosigue el trámite sucesorio de acuerdo a lo ya visto, solo que a los documentos que deben acompañar ea escrito deberá agregarse el primer testimonio de protocolización del testamento cerrado.

Si el causante hubiera otorgado varios testamentos y aún cuando en el último de ellos hubiera revocado a todos los anteriores, deben agregarse al proceso sucesorio todos ellos, por la eventualidad de que en alguno el causante hubiera reconocido algún hijo natural dado que, como ya dijimos, el reconocimiento es irrevocable.

Aceptación de herencia bajo beneficio de inventario.

La herencia puede aceptarse pura y simplemente o a beneficio de inventario (artículo 1061 Código Civil).

En la aceptación pura y simple el heredero es responsable de todas las obligaciones de la herencia no sólo con los bienes de ésta sino también con los suyos propios (artículo 1069).

Cualquier heredero puede pedir la formación de inventario antes de aceptar o repudiar la herencia (artículo 1078). El heredero que acepta bajo beneficio de inventario sólo queda obligado hasta donde alcanzan los bienes hereditarios (artículo 1092).

Cuando los herederos son menores de edad sometidos a patria potestad o tutela o incapaces sometidos a curatela, o menores habilitados por matrimonio, la aceptación de la herencia deben hacerla bajo beneficio de inventario.

Artículo: 1055 CC. “El menor habilitado no puede aceptar la herencia, sino con beneficio de inventario (Artículo 307)”

Artículo 1056CC.: “La herencia deferida a individuos que están sujetos a tutela o curaduría sólo puede ser aceptada o repudiada válidamente por el tutor o curador; debiendo además observarse lo prevenido en el artículo 400 y en el artículo 412 número 4”. Por su parte, el artículo 400 dispone que el tutor no podrá repudiar ninguna herencia deferida al menor sin decreto del Juez y el 412 número 4, que es prohibido a los tutores aún cuando el Juez indebidamente los autorice aceptar herencias deferidas al menor sin beneficio de inventario.

Artículo 1057 CC.: “La herencia deferida a los que se hallen bajo la patria potestad, será aceptada o repudiada por los padres, en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores”.

En estos casos del trámite sucesorio va a surgir que se confeccionó inventario y que el mismo fue aprobado por el Juez, y en la declaratoria de herederos va a establecerse la aceptación del heredero bajo beneficio de inventario.

Derechos del cónyuge supérstite en la sucesión.

1) Heredero. Ya vimos que el cónyuge puede ser heredero del causante: en la sucesión testada si así lo dispuso el causante en el testamento y en la sucesión intestada, cuando el causante no tiene hijos, por aplicación del segundo orden de llamamiento, concurriendo con los ascendientes legítimos o naturales de grado más próximo (artículo 1026).

II) Porción conyugal. El cónyuge puede ir a la sucesión por su derecho a la porción conyugal; asignación forzosa (artículo 870). La porción conyugal “es aquella parte del patrimonio del cónyuge premuerto que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación” (artículo 874).

Naturaleza jurídica. No surge en forma expresa de la norma. Históricamente existieron distintas posiciones al respecto: quienes consideraban que la porción conyugal tenía naturaleza alimentaria (Irueta Goyena⁵², Gatti⁵³, Cestau⁵⁴; quienes consideraban que tenía naturaleza hereditaria (en este caso el porcionero al ser coindivisario, estaba legitimado para pedir la partición e intervenir en ella) y la sostenida por Vaz Ferreira⁵⁵, Arezo⁵⁶, que terminó imponiéndose en forma mayoritaria, y que considera a la porción conyugal como un legado legal de eficacia personal. Esta es la posición sostenida en las XXXIII Jornadas Notariales realizadas en Melo en 1992. El porcionero adquiere su derecho en los mismos bienes de la herencia, es acreedor de una parte del patrimonio del cónyuge premuerto (artículo 874) y tiene derecho a ser pagado con los bienes que lo integran. No obstante es posible que la asignación forzosa se pague con dinero o con otros bienes, siempre que exista acuerdo de partes. El porcionero es titular de un derecho de crédito, de un derecho personal, que prescribe a los 20 años, cuyo objeto es una cuota de los bienes del cónyuge premuerto. El cónyuge porcionero tiene derecho a una parte de los bienes pero a diferencia de los herederos que conforme al artículo 1039 adquieren la propiedad y posesión recta vía del causante, el porcionero adquiere por la tradición que le hagan los herederos a quienes corresponde el pago de la porción conyugal.

⁵² “Curso de sucesiones” Tomo V Vol.I

⁵³ “Estudios sobre derecho sucesorio”, 1966

⁵⁴ “Apuntes de clases” publicados por el Centro de estudiantes de Notariado Tomo I

⁵⁵ “Tratado de las sucesiones” Tomo II

⁵⁶ “Porción conyugal”

Como el cónyuge porcionero no integra la indivisión no interviene en la partición, tiene una acción personal para obtener lo que es objeto de su crédito, o sea una cuota de los bienes. Si concurre a la partición a efectos de recibir el pago de su asignación estaremos frente a dos negocios jurídicos: partición (negocio declarativo) y pago de porción conyugal (negocio dispositivo traslativo). Si la porción conyugal se paga con bienes necesariamente se requiere la correspondiente tradición. Al ser un mero acreedor tampoco interviene en la enajenación de los bienes de la herencia.

Para determinar si un cónyuge tiene derecho a la porción conyugal debe considerarse su situación económica al momento de la muerte del causante. Si tiene bienes por un valor superior al monto de lo que le corresponde por porción conyugal (cónyuge rico), no tiene tal derecho. Si tiene bienes, pero por un valor inferior a la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento (artículo 878). El derecho a la porción conyugal queda fijado al momento de la muerte del otro cónyuge, independientemente de los cambios posteriores. Si al tiempo del fallecimiento no tuvo derecho a la porción conyugal no lo adquirirá luego por caer en pobreza (artículo 877).

Deben imputarse a la porción conyugal íntegra los bienes propios del cónyuge sobreviviente, los bienes que le correspondan como heredero o legatario en la sucesión de su cónyuge, su mitad de gananciales, y el derecho real de habitación si no es suficiente la porción disponible (ya que primero se imputa a ésta, y si no alcanzare, por el remanente, se imputará a la porción conyugal y en último término y en determinados casos, a la porción legitimaria).

Con relación al quantum de la porción conyugal el artículo 881 dispone que es la cuarta parte de los bienes del difunto, en todos los órdenes de llamamiento, menos en el primero (descendientes legítimos o naturales reconocidos o declarados tales). Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos a efectos del artículo 887 inciso primero, y la porción conyugal será igual a la legítima rigorosa de un hijo. Al cónyuge porcionero no le aprovechan los acrecimientos establecidos en el artículo 893. En este orden de llamamiento la porción conyugal se calcula de la porción legitimaria y es a los

herederos legitimarios a quienes les corresponde el pago de la misma. El monto de la porción conyugal varía en este orden según el número de hijos. En los restantes órdenes de llamamiento el monto de la porción conyugal es fijo, un cuarto de los bienes del causante y se trata de una baja previa (artículo 1043) por lo que deben pagarla todos los herederos en la proporción que a cada uno corresponda.

Ejemplo.

1980- Donación a A casado con B.

2000- Fallece A en igual estado civil. Sobreviven 2 hijos legítimos I y II y su cónyuge B a quien corresponde porción conyugal.

2005- Venta a Z

La naturaleza del inmueble respecto a A es indiscutiblemente propio ya que lo adquirió por donación (artículo 1964) y no surge de los datos proporcionados que haya existido alguna construcción que haya podido producir la ganancialización del bien.

A la sucesión de A debe aplicarse el artículo 1025, primer orden de llamamiento, por lo que heredan los hijos I y II, y a B le corresponde porción conyugal.

Quiénes enajenan en el año 2005?

Antes de controlar la compraventa de 2005 debemos relacionar el pago de la porción conyugal a B. Quiénes realizan el pago? Los herederos I y II.

Cómo realizan el pago? Distintas situaciones que pueden plantearse:

- Con dinero. En cuyo caso controlaremos una carta de pago otorgada por el cónyuge B a los herederos, en la que manifiesta que no tiene nada que reclamar por concepto de porción conyugal.
- Con el bien objeto de nuestro relacionado. En este caso deberemos controlar el pago de la porción conyugal efectuado por los herederos a la

cónyuge con la correspondiente tradición en escritura pública inscrita en el Registro respectivo.

- Con otro bien. En este caso tendremos a la vista una escritura por la cual los herederos pagaron al cónyuge con otro bien en la que manifiesta que nada tiene que reclamar por concepto de porción conyugal.

Volviendo a la pregunta de quiénes enajenan en el año 2005, la respuesta dependerá de la solución adoptada respecto a cómo se pagó la porción conyugal: si se pagó en dinero o con un bien distinto, en el 2005 los titulares del inmueble son los herederos y por lo tanto son ellos quienes enajenan; si se pagó al cónyuge su porción conyugal con el bien cuyo proceso dominial estamos estudiando y se le hizo tradición, el titular del bien será el cónyuge viudo, y por lo tanto quien deba enajenar.

III) Derecho real de uso y habitación

Es una asignación forzosa (artículo 870).

Naturaleza jurídica. Surge en forma expresa de la norma legal: artículo 881 numeral 9: es un legado legal (el origen de este legado se encuentra en la ley, no en la voluntad del testador). El cónyuge titular del derecho real de habitación tiene la responsabilidad de los legatarios: subsidiaria (artículo 1175).

Artículo 881.1 “Si una vez pagadas las deudas de la sucesión quedare en el patrimonio de la misma un inmueble, urbano o rural destinado a vivienda y que hubiere constituido el hogar conyugal, ya fuere propiedad del causante, ganancial o común del matrimonio y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatario, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita.

“En defecto del inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal, los herederos deberán proporcionarle otro que reciba la conformidad del cónyuge supérstite. En caso de desacuerdo, el juez resolverá siguiendo el procedimiento extraordinario”.

En el caso del primer inciso estamos frente a un legado legal de cosa cierta y determinada, lo que la doctrina llama legado de eficacia real. Conforme a lo que dispone el artículo 937 el legatario adquiere la propiedad del bien legado por modo sucesión desde el mismo momento de la muerte del causante.

Cuando el segundo inciso dice “en defecto del inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal”, entendemos que se refiere a los casos en que existe un inmueble que constituyó el hogar conyugal pero no es posible o conveniente ejercer sobre él el derecho de habitación. En este sentido se manifiestan también Arezo⁵⁷ que habla de conmutación, Bagdassarian y Rasines⁵⁸ y Mabel Rivero de Arhancet⁵⁹ Este inciso debe interpretarse armonizándolo con lo dispuesto en el inciso primero: tiene que existir un inmueble que era asiento de la sociedad conyugal, y los herederos podrán proporcionar al cónyuge supérstite otro inmueble, siempre que exista acuerdo. Vaz Ferreira ha sostenido al respecto que si bien la ley está gravando a los herederos de un modo excesivo, de la lectura de la norma surge que si no hay un bien con esas características en el patrimonio del causante los herederos deben proporcionarle otro al cónyuge supérstite. Yglesias y María del Carmen Díaz⁶⁰ se manifiestan en el mismo sentido. En este caso estamos frente a un legado de eficacia personal. El bien puede encontrarse en el patrimonio de los herederos o ser propiedad de un tercero (legado de género- artículo 925 inciso 2-). Y el contenido del legado es el derecho real de habitación sobre el bien y requiere la correspondiente tradición.

Junto con el derecho de habitación se confiere al cónyuge supérstite el derecho de uso de los muebles que equipan el hogar conyugal, pero no nos referiremos al mismo porque queremos acotar el tema al estudio de los bienes inmuebles.

⁵⁷ Encuentro Técnico Regional Florida 1999 -

⁵⁸ “Derechos de habitación y uso del cónyuge supérstite”

⁵⁹ Estudio general de la Ley 16.081 referida a la atribución del derecho de habitación al cónyuge supérstite. Revista Uruguaya de Derecho de Familia No.5 Año 1990

⁶⁰ Sobre la habitación del cónyuge supérstite Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo 20, 1989

Presupuestos para que nazca el derecho real de habitación

1) Que se haya pagado a los acreedores de la sucesión. Si en el patrimonio sucesorio sólo queda el inmueble que constituyó el hogar conyugal y debe enajenarse para pagar a los acreedores, el cónyuge se quedará sin este derecho.

2) Que quede un inmueble destinado a vivienda que haya sido el hogar conyugal. Puede estar ubicado en zona urbana, suburbana o rural y debe ser estar destinado a vivienda (si el destino fuera mixto por ejemplo vivienda y comercio, el derecho real de habitación solo alcanza la parte destinada a vivienda).

El inmueble puede ser propio del causante, ganancial, o común del causante y el cónyuge supérstite por ejemplo porque lo adquirieron en común proindiviso antes del matrimonio, o luego de haber disuelto la sociedad conyugal (indivisión de tipo romano).

El inmueble debe haber constituido el hogar conyugal. No es necesario que lo fuera al momento de la muerte del causante, es suficiente con que lo haya sido en algún momento (Bagdassarian y Rasines⁶¹, Mabel Rivero de Arhancet⁶², Arezo⁶³).

3) El inmueble debe pertenecer en propiedad exclusiva al causante, no debe encontrarse en condominio con otras personas. Si con respecto al inmueble asiento del hogar conyugal existía una promesa de enajenación a favor del causante (naturaleza propia o ganancial) no puede nacer el derecho real porque no se encuentra en el patrimonio del causante sino en el del promitente vendedor (Bagdassarian y Rasines⁶⁴)

⁶¹ "Derechos de habitación y de uso del cónyuge supérstite"

⁶² Estudio General de la Ley 16.081 referida a la atribución del derecho de habitación al cónyuge supérstite Revista Uruguaya de Derecho de Familia No.5 Año 1990

⁶³ Encuentro Técnico Regional Florida 1999.

⁶⁴ "Derechos de habitación y uso del cónyuge supérstite"

4) Que además del cónyuge sobrevivan herederos o legatarios o herederos y legatarios. Si por aplicación del segundo orden de llamamiento el cónyuge es el único heredero del causante, no puede nacer el derecho.

5) Que no tenga otro inmueble propio apto para vivienda similar al que hubiera sido el hogar conyugal (881.7). La existencia de otro inmueble debe referirse al momento de la apertura legal de la sucesión. La dificultad estriba en determinar si el inmueble propio del cónyuge supérstite es o no “similar” al que había constituido el hogar conyugal. La norma no establece qué criterios deben tomarse en cuenta para entender si los inmuebles son “similares” y eso puede dar lugar a conflictos entre el viudo y los herederos o legatarios, que deberán ser dirimidos judicialmente.

6) Plazo mínimo de matrimonio 30 días salvo que se hubiera contraído para regularizar un concubinato de por lo menos 180 días de duración. Cuando se pretenda imputar el derecho real de habitación a la porción legitimaria se exige un mínimo de dos años de matrimonio, salvo que se hubiere celebrado para regularizar un concubinato estable, singular y público de igual duración, durante el cual hubieren compartido el hogar y la vida en común.

Causales de pérdida del derecho

El derecho real de habitación se extingue de la misma forma que el usufructo (artículo 542 CC). Por tanto debemos recurrir a lo establecido en el artículo 537 del Código Civil que es el que se refiere a las formas de acabarse el usufructo.

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite, por tratarse de una asignación forzosa, no puede constituirse por un plazo ni sujetarse a una condición resolutoria, pero sí se le aplican las demás causales de extinción:

- Si muere el cónyuge supérstite, el derecho real de habitación se acaba.
 - El titular puede renunciar a su derecho. Hay que distinguir la renuncia que se da cuando el derecho ya nació, es decir que ya se encuentra en el patrimonio del cónyuge supérstite, del repudio. Por tratarse de un legado legal el derecho
-

real de uso y habitación puede ser repudiado, pero en este caso el derecho no ingresa al patrimonio del cónyuge supérstite porque la repudiación retrotrae sus efectos al momento de la apertura de la sucesión.

- Puede consolidarse el derecho de habitación si el cónyuge supérstite adquiere la nuda propiedad del bien afectado por el derecho.

- Si se destruye el bien el derecho de habitación no puede subsistir.

Pero además de las citadas hay causales específicas de extinción de este derecho, que surgen del artículo:

1.- si el cónyuge supérstite contrae nuevas nupcias o viviere en concubinato

2.- si adquiriere un inmueble apto para vivienda, de similares condiciones al que hubiera sido el hogar conyugal. Con respecto a qué se entiende por calidad similar, reiteramos lo ya expresado.

Imputación (artículo 881.4 y 881.5 CC.)

El derecho real de habitación se imputa en primer lugar a la parte de libre disposición, si no es suficiente, el remanente se imputa a la porción conyugal, y si tampoco fuera suficiente, a la porción legitimaria. Pero para poder imputar este derecho a la porción legitimaria se exige que el matrimonio haya tenido una duración mínima y continua de dos años, salvo que se hubiere celebrado para regularizar un concubinato estable, singular y público de igual duración, durante el cual hubieren compartido el hogar y vida en común.

Esta imputación podrá alcanzar hasta la totalidad de las legítimas rigorosas siempre que los legitimarios sean descendientes comunes del causante y de cónyuge supérstite. Tratándose de otros legitimarios sólo podrá imputarse hasta la mitad de las legítimas rigorosas.

Del certificado de resultancias y autos resultará que nació el derecho real de habitación sobre determinado inmueble que aparecerá individualizado con el número de padrón.

En el proceso sucesorio el cónyuge supérstite deberá manifestarse respecto a este derecho, si le corresponde o no y sobre qué bien. Si el cónyuge no se hubiera expedido en este sentido, el Ministerio Público observará el trámite hasta que el aquel se manifieste. Es decir que aún cuando el derecho no haya nacido por no darse los presupuestos exigidos por la ley corresponderá esta situación quede plasmada en el expediente sucesorio. La publicidad de este derecho estará dada por la inscripción del certificado de resultancias de autos en el Registro de la propiedad de ubicación del inmueble sobre el cual nació (Art. 17 Ley 16.871).