

¿Protección? de las personas con discapacidad y de la legítima en el Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación*

Maritel M. Brandi Taiana

Sumario: 1. Introducción. 2. Disposiciones respecto de las restricciones a la capacidad. 3. Algunos comentarios acerca del tratamiento de los actos a título gratuito y la legítima en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. 4. Conclusiones.

1. Introducción

Todo cambia y, ciertamente, no siempre es fácil adaptarse a los cambios. Por momentos, tendemos a intentar mantener el *statu quo* por temor a lo nuevo. Sin embargo, de igual modo, es indudable que en muchas situaciones no es fácil colegir si esos cambios que se viven en lo contemporáneo suponen una evolución, una involución o, acaso, una revolución.

A medida que nos aproximamos al estudio del Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, tanto desde el punto de vista jurídico como del social, vivimos esa sensación de confusión que nos dificulta entender con claridad la lógica de las reformas propuestas.

Recurrimos a los fundamentos del Proyecto y allí se prioriza el reconocimiento de los principios de libertad, autonomía de la voluntad, protección de los más desfavorecidos y vulnerables, y la incorporación y actualización de modernas posturas e institutos doctrinarios y jurisprudenciales.

No obstante, cuando analizamos algunos aspectos en profundidad, nos encontramos con que, a la par de disposiciones que reivindicán y plasman esos principios, existen otras que los inhiben y acotan y que, incluso, suenan arcaicas y pretorianas. A modo de simple ejemplo: por una parte, el artículo 563 per-

* Este trabajo obtuvo el Primer Premio en el I Congreso Interdisciplinario "Vulnerabilidad y derecho" (Rosario, 8-10 mayo 2014).

mite que una persona consienta que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento, pero, por otra parte, impide –como veremos más adelante en este trabajo– que un padre done libremente bienes a sus hijos.

En un primer momento, analizaremos algunas previsiones establecidas en el Proyecto sobre las *restricciones a la capacidad* de las que el legislador ha decidido denominar “personas humanas” en una tautología altisonante y, a partir de allí, formularemos algunas consideraciones acerca del tratamiento que ofrece para los *actos a título gratuito*.

2. Disposiciones respecto de las restricciones a la capacidad

Este aspecto está regulado en el Libro Primero, Parte General, Título I “Persona Humana”, Capítulo 2 “Capacidad”, Sección 3ª (arts. 31-61).

Advertimos que el Código mantiene, en principio, el criterio de que la incapacidad o la capacidad restringida es aquella declarada tal por sentencia judicial. Decimos *en principio* porque, en algunos artículos, como el 2448 –al que aludiremos más adelante–, hace lugar al concepto de *discapacidad natural*, entendida como aquella que genera efectos jurídicos considerables aun no habiendo sido declarada judicialmente. Ello de acuerdo con la definición contenida en el artículo 897¹ del Código Velezano respecto de los hechos voluntarios y asumida por el texto de los artículos 259 y 260² proyectados al definir el acto jurídico voluntario, el que deberá ser valorado y calificado por el escribano público en su intervención (art. 299³), más allá de la existencia efectiva de una sentencia judicial. *El discernimiento es elemento esencial del acto jurídico válido, más allá de toda sentencia*.

Desde luego, y con gran satisfacción, observamos el cambio conceptual radical que supone la introducción de la *gradación* de la discapacidad y la incorporación de los grandes avances legislativos y doctrinarios que se han producido en esta materia en los últimos veinte años. No obstante, consideramos que el *aggiornamento* en la materia ha sido limitado en algunos aspectos; por ejemplo: al no receptor expresamente las

1. Art. 897. “Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad”.

2. Art. 259. “Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

Art. 260. “Acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”.

3. Art. 299. “Escritura pública. Definición. La escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos...”.

directivas anticipadas en aspectos patrimoniales y personales más allá de lo estrictamente sanitario, sin perjuicio de que la legislación de rango constitucional las admite, o al no aceptar expresamente los poderes preventivos como instrumentos necesarios y útiles para vehicular la voluntad libre y capaz de los individuos en previsión de la propia eventual futura discapacidad.

Al respecto, consideramos que –como ha sido siempre– todos estos institutos se irán incorporando a nuestro sistema jurídico a medida que la doctrina, la jurisprudencia y las inquietudes sociales, con sus interpretaciones, requerimientos y aportes, vayan aceitando los engranajes legislativos y exigiendo respuestas a medida a notarios y jueces. Sin embargo, nos inquieta encontrar algunas disposiciones que contravienen no sólo las disposiciones legales vigentes hasta ahora, sino la lógica de los principios que supuestamente han guiado el Proyecto en su totalidad y, lo que es peor aún, el comportamiento que los individuos han mantenido socialmente hasta ahora.

2.1. *Análisis del contenido y alcance de los artículos 39, 44, 45 y 46 proyectados*

2.1.1. *Registración de la sentencia y actos posteriores*

Respecto de la sentencia que determina la extensión y el alcance de la incapacidad, el artículo 39 proyectado dispone:

Registración de la sentencia. La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, los actos mencionados en este capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el Registro. Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.

La Ley 26.413, reguladora del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, consagra desde su redacción originaria –derogada por la Ley 17.671– una previsión similar, especialmente en sus artículos 88 y 89⁴. Igual inscripción prevé el artículo 633 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,⁵ si bien no especifica el alcance de la comunicación de la sentencia al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

4. Art. 88. “Se inscribirá en un libro especial que se llevará en la dirección general todo hecho o acto jurídico que modifique la capacidad de las personas”.

Art. 89. “Sin perjuicio de lo dispuesto por leyes de fondo de la Nación, los actos mencionados en este capítulo no producirán efectos contra terceros sino desde la fecha de inscripción en el registro”.

5. Ver nota extendida en p. 138.

Sin embargo, el problema se suscita cuando vinculamos el contenido de este artículo a la consecuencia que prevé el artículo 44 proyectado:

Art. 44. Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

No obstante la actual exigencia legal de inscribir las sentencias que limitan o restringen la capacidad en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, hasta la fecha dicha registración no provoca la condena que pretende el artículo 44 proyectado.

La rápida lectura de este artículo podría hacernos pensar que es lógico prever una sanción contundente para el caso en que se vulnere el contenido de la sentencia, pero también es dable esperar del legislador que, con el fin de proteger a un sector social que desde luego requiere especiales cuidados, no paralice el tráfico jurídico general, con las consecuencias que ello acarrea para todos los miembros de la sociedad.

En la práctica, nos preocupa la seguridad jurídica que merecerá cualquier acto o negocio que celebre cualquier individuo a partir de una disposición como la transcripta. En un enfoque parcial, a partir de una concepción patológica del funcionamiento social habitual, el legislador vulnera, en aras de prevenir situaciones puntuales, los derechos de todos, sean personas con discapacidad o sin ella.

Cabe preguntarse:

- ¿El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas expedirá certificados con la celeridad que el tráfico jurídico cotidiano requiere?
- ¿A qué actos se extiende la nulidad? ¿Todos los actos y negocios jurídicos que se celebran a diario, desde la compra de un billete para viajar hasta la transmisión de un derecho real sobre inmuebles, requerirán este certificado?
- ¿Qué alcance y plazo de validez tendrán dichos certificados?
- ¿Se establecerá un procedimiento de reserva de prioridad indirecta?

- ¿Qué operadores profesionales deberán gestionarlos?
- ¿Deberán pedirlos los particulares al celebrar transacciones informales o suscribir instrumentos privados?

Debe recordarse que estamos ante una normativa de fondo que condiciona los efectos del acto o negocio más allá de los recursos técnicos de los que dispongan los agentes en cada oportunidad.

Los medios con los que actualmente contamos en el ámbito jurídico son suficientes y efectivos a la hora de proteger debidamente del fraude a las personas con discapacidad mediante exigencias básicas a observar por cada uno de los intervinientes en el tráfico: la de actuar de buena fe y con la debida diligencia para evitar resultados perjudiciales.

En efecto, por una parte, respecto de los negocios jurídicos autorizados por los escribanos públicos e incluso aquellos en donde su actuación se limita a la certificación de firmas, se mantiene vigente, por el juego de los artículos 259, 260, 299 y concordantes del Código proyectado, nuestra obligación de verificar el discernimiento de las partes en los actos y contratos celebrados con nuestra intervención. Por otra parte, en los casos en que inmuebles, buques, aeronaves o rodados sean objeto del negocio jurídico a celebrarse, incluso respecto de algunos actos societarios en particular, y existiendo procesos de quiebra o concurso, *la ley exige la previa solicitud de informes o certificados de inhibiciones, que informan, de acuerdo con la normativa vigente, las sentencias que declaran la incapacidad y/o inhabilidad de las personas físicas.*

Entendemos que, de existir algún ámbito en particular en el que el legislador considere la necesidad de extremar puntualmente la precaución más allá de lo que en la actualidad se hace, podría extenderse la obligación del operador del derecho interviniente de solicitar, la emisión del certificado respectivo, como requisito previo. No obstante, no estimamos conveniente generalizar su solicitud para los casos que no generan habitualmente conflicto y que, lejos de coadyuvar a una solución, provocarán la paralización de las relaciones civiles y mercantiles y la permanente desconfianza negocial.

Evidentemente, sería muy conveniente contar con el tan reclamado Registro de Anotaciones Personales de orden nacional que centralice la información que actualmente se inscribe en los registros locales. Hasta tanto ello pueda concretarse, nos

inclinamos por la preservación del sistema de verificación del que actualmente disponemos.

De acuerdo con lo anterior, proponemos la siguiente redacción para el artículo 39 proyectado:

Artículo 39. Registración de la sentencia. La sentencia debe ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento. *Asimismo, debe inscribirse en los Registros de Anotaciones Personales correspondientes al lugar en donde se encuentren los bienes registrables de la persona cuya capacidad se restringe.* Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, los actos mencionados en este capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de la inscripción en el *Registro de Anotaciones Personales respectivo.* Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.

No descartamos la posibilidad de que, como alternativa, en el texto de dicho artículo se reemplace el Registro de Anotaciones Personales del lugar en donde se encuentren los bienes registrables por el Registro de Anotaciones Personales Nacional, por el que tanto ha bregado el notariado.

Sin perjuicio de hacer realidad tan deseada aspiración, dado que somos de la opinión de que es conveniente mantener lo que de hecho funciona, de momento nuestra propuesta es tal vez algo más conservadora.

Más allá de la preocupación que nos suscita la previsión de inscripción del artículo 39 proyectado y sus efectos en relación con el 44, consideramos que este último artículo se aparta de la doctrina y de la jurisprudencia *vivida* y desarrollada a partir de los principios del Código Civil Velezano y de la reforma de la Ley 17.711 al abandonar el criterio rector que los preside, que consiste en proteger y salvaguardar la buena fe y la debida diligencia, amén de dar un alcance prácticamente constitutivo a la inscripción de la sentencia cuando, en realidad, se trata de la necesidad de regular los efectos de ésta, no de la inscripción en sí misma.

La sanción de nulidad que prevé la redacción del artículo 44 proyectado es aceptable sólo frente a quien no haya cumplido con los requisitos impuestos por la ley –siempre razonables, de posible observancia– o, aun habiéndolos cumplido, haya actuado con mala fe, por haber conocido o debido conocer la existencia de la sentencia limitativa de la capacidad del

otorgante. Este es el criterio de nuestro actual sistema jurídico, que, de esta manera, protege la sociedad en su integridad, más allá de los supuestos patológicos que puedan suscitarse aisladamente pero que en modo alguno justifican modificar nuestros códigos sociales de conducta para asumir como regla general el fraude y la mala fe.

El catedrático español Montoro Ballesteros señala:

Esa adaptación e integración en el grupo social se lleva a cabo mediante el conocimiento, asimilación y asunción de las ideas y creencias, de los principios y valores, de los hábitos, costumbres y tradiciones propios del grupo social. El derecho contribuye, fundamentalmente, a ese proceso educativo mediante la creación, consolidación, modificación o extinción de hábitos y adaptando al hombre a los diversos roles sociales (ciudadano, padre, soldado, comerciante, funcionario...) sobre los que se articula y desenvuelve la vida social.⁶

Ante un Código Civil que basa su regulación en la presunción de mala fe, ¿qué mensaje se le está dando a la sociedad?, ¿cómo se cumple la función educadora del derecho si la normativa troncal de un país presume la actuación fraudulenta de sus ciudadanos y descuida a quien, actuando de buena fe y de forma diligente y cumpliendo los requisitos impuestos para cada negocio jurídico, pretende la consolidación de sus derechos?

Por todo lo anterior, proponemos modificar el texto proyectado del artículo 44 con una redacción más respetuosa de nuestra tradición jurídica y nuestros valores sociales y principios de convivencia:

Artículo 44. Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia en los siguientes casos:

- a) *Los realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Anotaciones Personales del lugar donde se hallaran los bienes, siempre que la solicitud del certificado expedido por dicho registro resulte preceptiva para el otorgamiento del acto o contrato de que se trate; o*
- b) *Cuando el tercero interviniente en el acto o contrato celebrado con la persona incapaz o con capacidad restringida conocía o debió haber conocido, actuando con la debida diligencia, la existencia de la sentencia limitativa de la capacidad del otorgante.*

6. Ver nota extendida en p. 138.

2.1.2. *Actos anteriores a la inscripción de la sentencia*

Los artículos 45 y 46 del Proyecto, que regulan los actos y contratos otorgados y/o celebrados antes de la inscripción de la sentencia, merecen especial consideración.

El artículo 45 es del siguiente tenor:

Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida y se cumple alguno de los siguientes extremos:

- a) La enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto.
- b) Quien contrató con él era de mala fe.
- c) El acto es a título gratuito.

Como no se prevé como presupuesto el inicio de un proceso judicial atinente a la capacidad del otorgante, el primer punto a destacar es que los “actos anteriores a la inscripción de la sentencia” son aquellos otorgados por cualquier persona en cualquier momento de su vida hasta que, declarada incapaz o con capacidad restringida por una sentencia judicial, ésta se inscribe, con el único límite, a favor de la preservación del acto o negocio jurídico, de los plazos de prescripción.

El segundo punto que nos inquieta es la equiparación de los actos a título gratuito a la existencia de mala fe. En efecto, las previsiones contempladas en los apartados a) y b) del artículo que comentamos respetan el criterio jurídico que ha informado nuestro derecho tradicionalmente al hacer caer el acto perjudicial para la persona incapaz o con capacidad restringida si su enfermedad era ostensible al momento de celebrar el acto o si quien contrató con ella era de mala fe. Sin embargo, no se entiende por qué el legislador ha decidido equiparar esas actuaciones negativas a los actos a título gratuito. Además, no queda claro de qué forma puede evaluarse si un acto anterior a la inscripción de la sentencia, otorgado, por ejemplo, diecinueve años antes de la declaración de incapacidad o capacidad restringida, es o no perjudicial para una persona.

El legislador olvida que, precisamente, los actos a título gratuito pueden constituir una herramienta más de autoprotección, favorable para la persona con discapacidad en caso de necesitarlo. Por ejemplo, puede darse el caso de una persona a

la que le han diagnosticado síndrome de Alzheimer y, en previsión de su incapacidad futura, transmite a título gratuito los bienes a sus hijos con el fin de que éstos los alquilen y, con el producido de la locación, hagan frente a los gastos que genere su enfermedad.

Es cierto que hay quienes se aprovechan de la discapacidad de una persona para obtener un beneficio gratuito, despojando al transmitente de sus bienes, pero esa no es la regla sino la patología. ¿No sería suficiente en estos casos la existencia ostensible de la enfermedad en el disponente o la previsión de mala fe en el cocontratante?

Por lo expuesto hasta aquí, proponemos que se elimine del artículo comentado la referencia al “acto a título gratuito” como supuesto hábil para determinar la nulidad de un acto o negocio jurídico celebrado con anterioridad a la inscripción de la sentencia.

Finalmente, si bien el artículo 392 prevé que

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

consideramos que este principio debería ser de aplicación, en estos casos, frente al subadquirente de todo tipo de bienes, a título oneroso o a título gratuito.

No perdamos de vista que se trata de actos o negocios celebrados con anterioridad a la inscripción de la sentencia y no hay razón que legitime la afectación de la adquisición de bienes registrables o no efectuada por un tercero, salvo que hubiese actuado de mala fe por conocer el vicio del negocio antecedente. En consecuencia, proponemos la siguiente redacción para el artículo 45:

Artículo 45. Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida y se cumple alguno de los siguientes extremos, *salvo los derechos de los terceros subadquirentes de buena fe, de toda clase de bienes, a título oneroso o gratuito:*

- a) *La enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto.*
- b) *Quien contrató con él era de mala fe.*

Más desafortunada aún consideramos la redacción del artículo 46 proyectado, que regula los efectos de los actos anteriores a la inscripción de la sentencia realizados en vida por una persona fallecida:

Art. 46. Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.

Las excepciones que plantea el artículo son muy preocupantes no sólo por la entidad de cada una en sí misma sino porque tienen efectos independientes. *Cada una es valorable separadamente y no requiere de las restantes para provocar la impugnación del acto o negocio de que se trate.* Los supuestos alternativos son los siguientes:

- a) Que la enfermedad mental resulte del acto mismo
- b) Que se haya promovido acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida previamente al fallecimiento
- c) Que el acto sea a título gratuito
- d) Que quien contrató con la persona incapaz o con capacidad restringida sea de mala fe

No se entiende la ampliación del ámbito de protección que prevé el artículo. Si su intención es cuidar el patrimonio de la persona incapaz o con capacidad restringida, ¿por qué se profundiza esa protección cuando ya ha fallecido?

Este artículo protege exclusivamente el patrimonio de los sucesores mayores y capaces de la persona con discapacidad en un momento en el que ésta ya no puede esgrimir argumento alguno en defensa de sus actos.

Recordemos que el artículo 35⁷ proyectado recoge el criterio de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia más actual, que prevén que el juez entreviste personalmente y escuche a la persona con discapacidad. En este caso, será imposible.

7. Art. 35. "Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarle personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado deben estar presentes en las audiencias".

El primer supuesto que establece el artículo para permitir la impugnación del acto es “que la enfermedad mental resulte del acto mismo”. ¿Por qué el legislador no mantuvo los términos del artículo anterior? La redacción propuesta es desafortunada y debería reiterarse el concepto del artículo anterior, que es más abarcador que el propuesto en el artículo que analizamos: “que la enfermedad mental haya sido ostensible en el momento del otorgamiento del acto o contrato”.

Disentimos también con la conveniencia de prever como supuestos admisibles para impugnar el acto los indicados en los apartados b) y c). Operan en forma independiente.

Consideramos absolutamente ilegítima e inconstitucional la posibilidad de que se declare nulo un acto o negocio jurídico por el hecho de haberse instado la acción declarativa de incapacidad con carácter previo a su fallecimiento. Se trataría de un caso en el que el fallecimiento de una persona genera los efectos de una sentencia declarativa de incapacidad, sin respeto al debido proceso y a los principios básicos y personalísimos que los artículos anteriores de este mismo capítulo proyectado pretenden destacar. Además, se posiciona como una convocatoria al fraude.

Destacábamos antes la función pedagógica del derecho: ¿qué pautas de conducta sociales está promoviendo el legislador con una disposición como esta?

En cuanto al supuesto previsto en este artículo respecto de los actos a título gratuito, nos remitimos a los argumentos expuestos en nuestro análisis del artículo 45 proyectado:

- a) ¿Por qué podría impugnarse un contrato celebrado con una persona no declarada incapaz en vida por el solo hecho de que, instado el procedimiento, hubiera fallecido?
- b) ¿Por qué podría impugnarse un acto a título gratuito otorgado por una persona previamente a la inscripción de su incapacidad o de su capacidad restringida en el Registro de Anotaciones Personales si la enfermedad mental no era ostensible al momento de su otorgamiento y el cocontratante no era de mala fe?
- c) ¿Por qué podría caer un acto a título gratuito otorgado por una persona con anterioridad a la inscripción de su incapacidad o capacidad restringida por el mero hecho de que un tercero pudiera haber instado una acción de incapacitación en la que no recayó sentencia o en la que, si re-

cayó, el tercer adquirente no tomó conocimiento, obrando con la debida diligencia?

Más allá de las críticas que nos merece el tratamiento que el Proyecto da a los actos a título gratuito –y que someramente abordaremos en el siguiente apartado–, sólo la disposición contenida en el artículo 46 proyectado es suficiente como prohibición genérica *erga omnes* de donar a legitimarios o terceros, puesto que, de mantenerse la redacción propuesta, toda donación es pasible de nulidad con el único remedio que puede aportar la prescripción. También en este caso deberían quedar a salvo de toda acción, por los argumentos expuestos, los terceros adquirentes de buena fe, a título oneroso o gratuito, de bienes registrables o no.

Por lo tanto, proponemos modificar la redacción del artículo 46 proyectado de la siguiente manera:

Artículo 46. Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental *haya sido ostensible a la época de la celebración del acto* o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe. *Quedan a salvo los derechos de los subadquirentes de buena fe de toda clase de bienes, a título oneroso o gratuito.*

3. Algunos comentarios acerca del tratamiento de los actos a título gratuito y la legítima en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

El estudio de los artículos relativos a la capacidad de las personas físicas nos llevó al análisis de las previsiones del Proyecto respecto de las donaciones y/o actos a título gratuito y nos trajo a consideración el alcance de la legítima y las acciones de colación y reducción.

El legislador ha decidido dar a los actos a título gratuito un tratamiento tan desfavorable que prácticamente llega a prohibirlos. La exposición que el Proyecto contiene sobre los principios y valores que lo inspiran se contradice particularmente con la regulación que en definitiva dispone. ¿Dónde quedó la autonomía de la voluntad?

Mucho se ha comentado ya acerca de los inconvenientes que las disposiciones del Código Velezano respecto de las donaciones han generado en el tráfico jurídico. Sin embargo, gracias al desarrollo doctrinario y jurisprudencial, el tema quedó zanjado en el sentido de admitirse como plenamente válidas las donaciones a descendientes legitimarios y como observables los títulos antecedentes que contengan donaciones a terceros, de acuerdo con las consecuencias que, en un caso y otro, deparan las acciones de colación y reducción.⁸

No obstante, contradiciendo la doctrina y la jurisprudencia vigente, el legislador ha reducido el ámbito de la acción de colación y ha extendido a los herederos legitimarios los efectos de la acción de reducción con las consecuencias reivindicatorias que hoy prevé el artículo 3955 del Código (arts. proyectados 2450-2459⁹ y concordantes).

Coincidimos con Piazza y Lamber¹⁰ en cuanto a que, en caso de que se apruebe el Proyecto en los términos previstos, las transmisiones a título de donación darán al adquirente un dominio revocable, que se perfeccionará, según lo dispuesto por el artículo 2459 proyectado, por el transcurso de diez años computados desde la adquisición de la posesión y no, como erróneamente indica el título de dicho artículo, como consecuencia de una prescripción adquisitiva. Sin embargo, no compartimos con dichos autores la opinión acerca de la bondad y el avance que suponen las disposiciones proyectadas en esta materia.

El legislador ha decidido defender a ultranza –o decir que defiende, porque el Proyecto es contradictorio incluso en este aspecto, como veremos– el interés de los herederos legitimarios por encima del interés del donante, que es quien forjó el patrimonio que se transmite. Así, le impide a éste disponer gratuitamente de sus bienes en el marco de la autonomía de la voluntad, incluso a favor de legitimarios si es que realmente pretende beneficiarlos.

Desde la óptica de la función pedagógica del derecho a la que hemos hecho referencia antes, se trata de disposiciones poco alentadoras. Se le transmite a la sociedad el mensaje de que los herederos tienen un *derecho* sobre el patrimonio de los padres, incluso en vida de ellos, en lugar de hacerles ver que dicho patrimonio, construido con su sacrificio, no es más que un *beneficio* que deben agradecer. Precisamente, este erróneo

8. Al respecto, nos remitimos a CERÁVOLO, Ángel F., "Algunas cuestiones del proyecto de unificación en materia de donaciones", en AA. VV., *LXIV Seminario teórico-práctico "Laureano Arturo Moreira"*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2012.

9. Ver nota extendida en p. 138.

10. LAMBER, Néstor D. y PIAZZA, Marta R., "La legítima y el proyecto de unificación de Código Civil y Comercial año 2012" (ponencia presentada por los autores en la XXX Jornada Notarial Argentina [Mendoza, 2012]), publicada en *CEN. Centro de Estudios Notariales de la Delegación Lomas de Zamora del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*, n° 10, noviembre 2013, pp. 37-59. [N. del E.: ver, en este número, pp. 259-286].

pensamiento es el que genera un sinnúmero de controversias familiares que es de esperar el legislador no fomente.

Aún peor es que, como veremos, se favorezcan las donaciones a terceros con una total desprotección de los herederos legitimarios. ¿Cómo es ello?

Si todas las donaciones son pasibles de una eventual acción de reducción con efectos reipersecutorios, evidentemente darán lugar a títulos observables que se subsanarán una vez transcurridos diez años desde la adquisición de la posesión por parte del donatario, tiempo durante el cual los bienes quedarán fuera del comercio. Antes de transcurrido dicho plazo, el padre que quiso beneficiar a su hijo para facilitarle el acceso a una vivienda habrá logrado su fin a medias, ya que si éste necesita obtener un crédito con garantía hipotecaria no lo conseguirá por tratarse de un título observable.

Una vez más, el Proyecto propende al fraude que se supone quiere evitar, por cuanto los padres simularán ventas cuando realmente se trate de donaciones, para no perjudicar los intereses de los hijos, a quienes buscan beneficiar.

Adelantamos que tampoco es tan cierta la protección a ultranza de los intereses de los legitimarios y que los propios artículos citados encierran en sí mismos una *trampa*. Si el dominio se perfecciona luego de transcurridos diez años desde la adquisición de la posesión por parte del donatario, el caso de un padre que dona a uno de sus cuatro hijos todos los inmuebles de los que era titular y sobrevive diez años permite consolidar definitivamente en cabeza de éste el dominio. Por lo tanto, si el beneficiado quiere burlar la legítima de los demás coherederos legitimarios, podrá transmitir libremente el bien a terceros sin que aquéllos puedan ejercer la acción de reducción, que, según parece entender el legislador, es el medio idóneo para la protección de su derecho. Ello sin perjuicio del derecho de colación.

No obstante, el peor escenario se presenta cuando se efectúa una donación a tercero, ya que, hoy por hoy, el tercero estará sujeto a la observabilidad de su título por veinte años o por diez desde la fecha de fallecimiento del donante. Con la redacción proyectada del artículo 2459, el tercero habrá subsanado su título por el transcurso de diez años desde la adquisición de la posesión y los herederos legitimarios no tendrán acción alguna contra él. Evidentemente, estarán en una situación peor

que con la normativa vigente. Los amantes y quienes tengan familias paralelas y doble-vida estarán de parabienes.

Se advierte con claridad que el tratamiento que se da en el Proyecto a la acción de reducción aun perjudica la protección que el artículo 2448¹¹ proyectado pretende dar a favor de un heredero con discapacidad, ya que incluso éste se verá perjudicado frente a una donación a tercero.

Es una auténtica pena que un avance legislativo tan importante como el reconocimiento de la discapacidad natural¹² que incorpora este artículo, junto con la previsión de una legítima mejora, quede en agua de borrajas por la falta de coherencia y coordinación del resto del articulado.

En este punto, debemos colegir que, en algunos casos, al incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico previsiones aisladas de otro, no se alcanzan los efectos buscados. El antecedente del artículo 2448 proyectado es el artículo 808¹³ del Código Civil español (reformado por la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad), pero éste se inscribe en un ordenamiento jurídico en el que la acción de reducción no tiene alcances reipersecutorios,¹⁴ lo que torna innecesaria una disposición como la contemplada en el artículo 2459 proyectado.

Mención aparte merece la redacción propuesta para el artículo 2461 proyectado, respecto del cual los fundamentos del Proyecto expresan: “se simplifica la figura del tan comentado artículo 3604 vigente y se trata de solucionar las dificultades interpretativas que muestra la jurisprudencia”. El artículo proyectado señala:

Art. 2461. Transmisión de bienes a legitimarios. Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado.

El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación.

Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas.

11. Ver nota extendida en p. 139.

12. Ver nota extendida en p. 139.

13. Ver nota extendida en p. 139.

14. Sostiene el notario y registrador español Juan José RIVAS MARTÍNEZ en *Derecho de sucesiones común y foral*, Dykinson, 2009, t. II, pp. 231 y 232: “Los legitimarios disponen de una acción rescisoria, por tanto, de carácter personal, dirigida a dejar sin efecto una transmisión patrimonial ya consumada. Por ello, la reducción o revocación de estas donaciones no alcanza a los objetos que el donatario haya enajenado normalmente, pero sí alcanzará al valor del bien, o sea, el donatario queda obligado a pagar en dinero a la masa común el importe de la enajenación [...] La reducción por inoficiosidad no alcanza a terceros adquirentes. La acción de reducción es, como se ha dicho, una acción rescisoria, es decir, de carácter personal. No tiene eficacia respecto de terceros de buena fe, aunque no estén protegidos por la Ley Hipotecaria; ulteriormente, la acción de reducción puede alcanzar eficacia contra terceros sólo mediante la anotación preventiva de su demanda”.

A pesar de la destacada opinión de Piazza y Lamber, quienes sostienen que el artículo 2461 proyectado obedece a una postura del proyectista “de facilitar la autonomía de voluntad y libertad del testador para disponer de sus bienes a título gratuito para después de su fallecimiento [...] al presumir que todo legado se hace como mejora, salvo disposición expresa en contrario del testador” y que “demuestran estas normas la nueva política legislativa hacia una mayor libertad”¹⁵, consideramos que el texto del Proyecto nuevamente da solución a situaciones patológicas, quitando herramientas legítimas al buen ciudadano.

El contrato oneroso de renta vitalicia, si bien tal vez poco utilizado –más por ignorancia de los operadores del derecho que por falencias del propio instituto–, es una alternativa válida y legítima que puede resolver problemas de vejez en una forma equitativa y sin violar los derechos de los legitimarios. Además, constituye una herramienta interesante en el ámbito del derecho de autoprotección. El Proyecto lo condena a la inutilización definitiva no sólo a la luz del artículo 2461 transcrito sino por la aplicación del artículo 1600¹⁶ proyectado, que ordena atribuirle, como subsidiarias, las reglas de la donación, contrato que, como ya hemos visto, también se ha encargado de debilitar.

No resulta difícil imaginar el caso de una familia en la que los hijos mayores han alcanzado diferentes situaciones económicas (mientras unos disfrutan de bienestar en este sentido, otros carecen de él) y los padres, ya en su vejez, cuentan con patrimonio inmobiliario, pero la pensión y/o jubilación no les proporciona la liquidez suficiente para vivir bien sus últimos años. Los hijos en mejor posición económica acuerdan solventar las necesidades de sus padres y éstos, que se consideran ricos-pobres porque su patrimonio no les facilita un bienestar suficiente, deciden celebrar con los hijos aportantes un contrato oneroso de renta vitalicia para evitar realizar los bienes y, con ello, perjudicar a todos los herederos en conjunto.

No se entiende por qué ha de presumirse, sin admitir prueba en contrario, que se trata de un acto a título gratuito. Si en nuestro ejemplo los hijos no hubieran querido o no hubieran podido ocuparse de los padres y, en cambio, los hubiera asistido económicamente un tercero, ¿con qué derecho, *iuris et de iure*, se afecta la bondad de un título de propiedad, quitándolo del comercio por diez años desde la adquisición de la

15. LAMBER, Néstor D. y PIAZZA, Marta R., ob. cit. (cfr. nota 10).

16. Art. 1600. “Reglas subsidiarias. Si el contrato es a favor de tercero, respecto de éste se rige en subsidio por las reglas de la donación, excepto que la prestación se haya convenido en razón de otro negocio oneroso”.

posesión y perjudicando al tercero que, en sustitución de los hijos, se ocupó del bienestar de aquellos mayores?

El artículo transcrito incurre en más contradicciones aún. Establece que pueden deducirse del valor de lo transmitido las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado, pero no se prevé ninguna actualización de éstas, mientras que el artículo 2385¹⁷ indica que en la colación el valor de los bienes donados se determina a la época de la partición. No se entiende –y resulta ajeno a la noción de justicia– la disparidad de criterio entre un caso y en otro. En los hechos, teniendo en cuenta la depreciación monetaria de nuestro dinero, no hay importe a deducir.

Finalmente, estas objeciones no se salvan con la disposición acerca de que los legitimarios que consintieron en la enajenación no podrán solicitar la imputación y la colación que prevé el artículo ya que, precisamente en los casos en que sólo uno de los legitimarios se ocupe de los padres o incluso que lo haga un tercero, es cuando más difícil será la concurrencia de los restantes hijos al acto para evitar reclamaciones futuras.

4. Conclusión

De lo analizado hasta aquí concluimos que la reforma proyectada, en los artículos citados, adolece de una contradicción entre los supuestos principios inspiradores del nuevo Código Civil y las previsiones concretas que contempla.

En especial, echamos en falta un mayor respeto real de la autonomía de la voluntad y, en definitiva, de la libertad, entendida como el ejercicio pleno de los derechos propios con el límite del respeto al derecho de los demás.

A nuestro juicio, la aprobación de los artículos proyectados en los términos propuestos por el legislador, lejos de constituir un avance supone un error que devendrá en perjuicio para quienes el Proyecto supone proteger.

17. Art. 2385. “Personas obligadas a colacionar. Los descendientes del causante y el cónyuge superviviente que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento. Dicho valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación...”.

Notas extendidas

5. Art. 633. “Antes de pronunciar sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación. La sentencia se dictará en el plazo de quince (15) días a partir de la contestación de la vista conferida al asesor de menores e incapaces o, en su caso, del acto a que se refiere el párrafo anterior. Si no se verificare la incapacidad, pero de la prueba resultare inequívocamente que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar daño a la persona o al patrimonio de quien sin haber sido hallado demente presenta disminución de sus facultades, el juez podrá declararlo inhabilitado en la forma y con el alcance previstos en el artículo 152 bis del Código Civil. En este caso o si se declarase la demencia, se comunicará la sentencia al registro del estado civil y capacidad de las personas. La sentencia será apelable dentro de quinto día por el denunciante, el presunto demente o inhabilitado, el curador provisional y el asesor de menores. En los procesos de declaración de demencia, si la sentencia que la decreta no fuere apelada se elevará en consulta. La cámara resolverá previa vista al asesor de menores e incapaces, sin otra sustanciación”.

6. MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “El derecho como sistema normativo: notas sobre su naturaleza preceptiva y su función educadora”, en AA. VV., *Funciones y fines del derecho (estudios en honor del profesor Mariano Hurtado Bautista)*, Universidad de Murcia, p. 198. Cita DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970 (5ª ed.), pp. 28 y ss. Agrega el mencionado autor en el artículo citado: “El modo más perfecto de realizar la justicia es cumplir voluntariamente con sus exigencias. En el cumplimiento voluntario de la justicia se encuentra la raíz más sólida y profunda del verdadero orden y de la paz social, como apuntase Ortega y Gasset, ‘orden en el buen sentido de la palabra [...] excluye como ingredientes normales policía y bayonetas. Orden —añadía Ortega— no es una presión que desde afuera se ejerce sobre la sociedad, sino un equilibrio que se suscita en su interior’. Y ese equilibrio que se suscita en su interior, que emana desde adentro, no puede ser más que la consecuencia del recto conocimiento y de la libre aceptación y cumplimiento de lo que a cada uno le corresponde como suyo; esto es, de la libre realización de la justicia [...] Lo dicho hasta aquí parece ya suficiente para entender y justificar que la función propia, específica, del derecho —en cuanto norma de conducta para seres racionales y libres— no puede reducirse a una simple tarea de control social [...] sino que debe consistir [...] en una función paidética, educadora, que tiene como última meta la formación de buenos ciudadanos...”.

9. Art. 2450. “Acción de entrega de la legítima. El legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima a título de heredero de cuota. También la tiene el legitimario cuando el difunto no deja bienes pero ha efectuado donaciones”.

Art. 2451. “Acción de complemento. El legitimario a quien el testador le ha dejado, por cualquier título, menos de su porción legítima sólo puede pedir su complemento”.

Art. 2452. “Reducción de disposiciones testamentarias. A fin de recibir o complementar su porción, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados, en ese orden. Los legados se reducen en el mismo orden establecido en el segundo párrafo del 2358”.

Art. 2453. “Reducción de donaciones. Si la reducción de las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante. Se reduce primero la última donación y luego las demás en orden inverso a su fecha, hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata”.

Art. 2454. “Efectos de la reducción de las donaciones. Si la reducción es total, la donación queda resuelta. Si es parcial, por afectar sólo en parte la legítima, y el bien donado es divisible, se lo divide entre el legitimario y el donatario. Si es indivisible, la cosa debe quedar para quien le corresponde una porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho. En todo caso, el donatario puede impedir la resolución, entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima. El donatario es deudor desde la notificación de la demanda, de los frutos o, en caso de formular la opción prevista en el párrafo anterior, de intereses”.

Art. 2455. "Percimiento de lo donado. Si el bien donado perece por culpa del donatario, éste debe su valor. Si perece sin su culpa, el valor de lo donado no se computa para el cálculo de la porción legítima. Si perece parcialmente por su culpa, debe la diferencia de valor; y si perece parcialmente sin su culpa, se computa el valor subsistente".

Art. 2456. "Insolvencia del donatario. En caso de insolvencia de alguno de los donatarios e imposibilidad de ejercer la acción reipersecutoria a que se refiere el artículo 2458, la acción de reducción puede ser ejercida contra los donatarios de fecha anterior".

Art. 2457. "Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores".

Art. 2458. "Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario, satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima".

Art. 2459. "Prescripción adquisitiva. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años, computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901".

11. Art. 2448. "Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que, en relación a su edad y medio social, implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".

12. Así lo estudiamos y propusimos en BRANDI TAIANA, Maritel M., *Algunos apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en los derechos español y argentino*, Buenos Aires, Astrea, 2004 (también publicado en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 954, mayo-agosto 2006, pp. 431-512). Este trabajo recibió el I Premio de Investigación Jurídica en la Prevención, Rehabilitación, Integridad Social o Promoción de las Personas con Discapacidad, Personas Mayores, Inmigrantes, Infancia y Refugiados (y otros grupos que carezcan de la debida protección), otorgado por la Fundación Aequitas en el año 2002.

13. Art. 808. "Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos".

