

## XXX JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

Mendoza, agosto de 2012

Pautas para el Tema III

### *La Legítima, Convenciones Matrimoniales, y Matrimonio Celebrado por Instrumento Notarial*

Introducción:

Tres son los temas que debe abordar la comisión.

Pensamos que de alguna manera se relacionan y el punto de conexión reside en la autonomía de la voluntad y el orden público.

Desde este ángulo recomendamos el estudio. No sólo para considerar las posibles incumbencias notariales sino para reflexionar sobre la armonización de los principios expuestos en estos temas concretos.

Autonomía de la voluntad y orden público.

Planteados como polos opuestos, son dos principios que deben armonizarse para la vigencia de un orden social justo.

Nuestro Código Civil consagra la autonomía de la voluntad en el campo de los contratos (art. 1197), pero lo retacea en el ámbito del derecho de familia y de las sucesiones.

El codificador fue muy estricto en lo referente al derecho de familia. No sólo en sus aspectos personales sino también en los patrimoniales.

También en materia sucesoria tal criterio se mantiene estableciendo la legítima, con porciones disponibles muy estrechas y con un sistema de protección que avanza sobre las donaciones y ofrece innumerables problemas de interpretación y juegan en contra de la autonomía de la voluntad y de la seguridad jurídica.

Modificaciones en los criterios.

En el derecho de los contratos la autonomía de la voluntad se ha visto morigerada, protegiendo a la parte débil en los contratos con cláusulas predispuestas, con la consagración del abuso del derecho, de la teoría de la imprevisión, entre otras.

En el derecho de familia el proceso ha sido inverso.

La concepción del orden público interno ha variado.

El matrimonio indisoluble fue sustituido por el matrimonio estable, instaurándose el divorcio vincular.

El tratamiento del divorcio también se ha modificado. Del sistema de divorcio sanción, litigioso, hemos pasado con la reforma de la ley 17711 al divorcio consensuado por la introducción del art. 67 bis, hoy traducido en los art. 205 y 215 del Código vigente. Incluso se introdujo como divorcio remedio el divorcio por separación de hecho por más de tres años, art. 214,2, con el agregado de la norma del art. 232 que acepta la prueba de confesión.

La interpretación del deber de fidelidad estando separado los cónyuges también ha merecido una apreciación de menor rigor en doctrina y jurisprudencia.

Basten estos ejemplos.

En el ámbito personal las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario, Provincia de Santa Fe, da muestras de las diferentes líneas de pensamiento en un tema que no se había tocado.

En cuanto a los aspectos patrimoniales, las reformas no acompañaron el nuevo perfil de la ley de matrimonio.

A pesar que desde las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de la Universidad de Belgrano del año 1987 se viene aconsejando la modificación del régimen en sucesivas jornadas, congresos y convenciones que tuvieron lugar en estos 25 años, sólo se modificó el art. 1294 que permite la separación judicial de bienes, reforma poco aplicada y que quedó a mitad de

camino porque no permitió la separación de bienes por vía de convención, acogiendo el principio de la autonomía de la voluntad.

En el derecho sucesorio las cosas se han mantenido imperturbables, salvo en lo referente al beneficio de inventario (ley 17711) y las defensas contra las particiones abusivas establecidas ya por la ley 14394, art.51 y ss. y por el derecho de habitación viudal.

La legítima, cercenando la autonomía de la voluntad, tal como está legislada ha sido criticada, con acentos más o menos fuertes. Desde el Primer Congreso Notarial del año 1917 que optó por un sistema de libertad testamentaria, hasta la críticas más suaves planteadas por todos los doctrinarios que postulan al menos una reducción de la alícuota, así como la de congresos, entre los cuales podemos contar con la última Jornada Nacional de Derecho Civil, Córdoba año 2009, que abordó el tema. En esas Jornadas surgen los problemas y discrepancias severas con respecto al régimen de protección de la legítima, habiendo existido unanimidad sólo en lo que respecta a su limitación.

Hacia una reforma del Código Civil.

Muchas han sido los proyectos de reforma, que no han alcanzado el resultado deseado. En estos momentos desde el Poder Ejecutivo Nacional se ha propiciado la modificación de nuestra ley, para lo cual están trabajando diversas comisiones, coordinadas por tres juristas de indudable valía.

Es el momento de hacer oír la voz del notariado. No en búsqueda de nuevas incumbencias, lo que genera ordinariamente rivalidades con los otros profesionales del derecho, sino en búsqueda de una ley que procure la justicia en una sociedad que ha cambiado notoriamente en el último siglo.

El estudio de los temas propuestos.

#### a) el matrimonio notarial

La forma de la celebración del matrimonio que consagra nuestra ley encuentra su fuente remota en las disposiciones del Concilio de Trento que cinco siglos atrás obligó a la forma canónica para la validez del matrimonio ante el párroco y dos testigos. La ley 2393 al prescindir el matrimonio religioso reemplazó al párroco por el Oficial del Registro Civil y creó los registros civiles que hasta entonces no existían.

Desde aquél momento nos hemos quedado apegados al rigorismo formal como lo exige el art. 172 del CC y las normas específicas sobre los trámites a realizar.

La reforma del año 1987 soslayó la posibilidad de consagrar efectos civiles a los matrimonios religiosos, tema que excede nuestro estudio. Sin embargo, conviene en este momento proponer la libertad de optar entre al matrimonio por vía administrativa y por vía notarial.

El tema de seguridad jurídica queda ampliamente amparado. Incluso debería pensarse en un Registro informatizado a nivel del país, cosa que no existe y que evitaría muchos casos de bigamia que suelen presentarse.

En la última Convención del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, la Dra. Kemelmajer de Carlucci en su exposición sorprendió a los asistentes con una propuesta de reforma de la ley permitiendo el divorcio consensuado por vía notarial, cosa que nunca fue propuesto hasta donde me consta por el notariado argentino. Esta propuesta sigue la línea de la ley peruana y brasileña que acepta el divorcio ante notario en determinados casos.

No es este el tema propuesto, pero si la comisión está estudiando la posibilidad de consagrar tal camino para el divorcio y no ha considerado siquiera el matrimonio notarial, sería tiempo de hacer oír la voz del notariado exponiendo los distintos países americanos que lo admiten y las ventajas que reportaría a la sociedad.

Lo dicho, sin perjuicio de las actas de convivencia que ya se realizan en sede notarial, a pedido de tantas parejas convivientes que necesitan tal constancia por intereses vinculados con beneficios de obras sociales. Casi resulta paradójico el tratar el matrimonio notarial cuando la extramatrimonialidad se encuentra en auge y el notariado a pedido de los particulares ha salido a colaborar en esta instancia, con un marco legal que perfectamente lo permite.

Cabe aclarar que queda fuera del tema el punto sobre los esponsales de futuro o compromiso, que no tiene forma legal y ha sido bastante abandonado por la costumbre social.

b) las capitulaciones matrimoniales.

La pobreza del nuestro art. 1217 que abarca el inventario de los bienes y las donaciones "propter nuptias" ha hecho que no fueran prácticamente utilizadas.

El tema está ligado a convenciones o capitulaciones que permitan la elección de un régimen alternativo. Esto no sólo ha sido pedido insistentemente como ya lo expresáramos por las diversas jornadas sino que es el derecho vigente en casi todos los países que nos circundan, sin mencionar los de Europa y Estados Unidos de Norteamérica.

Brasil y Paraguay, en particular los admiten y por lo tanto amplían el contenido de la escritura pública de convención o capitulación matrimonial, dando lugar a la autonomía de la voluntad, o sea poniendo en mano de las personas la elección del régimen conveniente, de acuerdo a su dignidad que rechaza tanta sobreprotección legislativa, sin perjuicio de la necesidad del asesoramiento que el notariado está más en condiciones de proporcionar, que el empleado administrativo del Registro Civil.

Cabe cuestionarse también sobre la posibilidad de modificación del régimen, sin perjuicio de los derechos de los terceros, que en todo caso gozan de la inoponibilidad de los actos que resulten en su perjuicio por el término de ley. También corresponde tratar la no judicialización del acuerdo, teniendo presente que aún en los convenios de división y adjudicación del art. 236 en caso de divorcio, si bien el juez tiene posibilidad de realizar observaciones, éstas no recaen ordinariamente sobre los aspectos patrimoniales.

c) la legítima

No se trata de recopilar y repetir lo que la doctrina explica sobre la legítima, tema por todos conocido, sino de estudiar el tema a fondo, sin prejuicio, permitiéndonos preguntarnos sobre la conveniencia de la conservación de la legítima, su eliminación como en el derecho anglosajón y mejicano, o su modificación como está ocurriendo en la ley brasileña que redujo la alícuota en todos los casos al 50%.

El otro punto importantísimo es en caso en que se propicie su conservación, el estudio del impacto de los medios de protección de la legítima en la doctrina y en la jurisprudencia. Es trascendental la defensa del contrato de donación, la libertad de donar, la libertad de testar, el análisis de los casos de desheredación, el esclarecimiento de las diferencias entre colación y reducción y la seguridad jurídica que en la actualidad no ampara adecuadamente los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, como en otros campos del derecho.

No debemos tener miedo a pensar con libertad, a nutrirnos de nuestra experiencia profesional y aprovechar esta instancia de diálogo a nivel nacional para efectuar una propuesta útil para nuestra sociedad.

Las grandes fortunas ya no pasan por los tribunales. Mil artilugios mediante el recurso a las sociedades anónimas y a fideicomisos, sin mencionar la posibilidad de celebrarlos en el extranjero, hacen que muchas de nuestras discusiones resulten arcaicas y estériles.

La clase media que pasa por nuestras escribanías es la que requiere nuestra colaboración. El tema está abierto.

Nota: Se adjunta bibliografía que me han preseleccionado  
Esc. Julio César CAPPARELLI