O NOTÁRIO DO SÉCULO XXI:

COLETÂNEA DE ARTIGOS DA XXI JORNADA DO NOTARIADO JOVEM

Andrés Martínez, Adler Eduardo Bardalez Cochagne, Carlos Augusto Yábar Palomino, Derlis Ariel Velazquez Veron, Diego Mauricio Rojas Peña, Fernando Rubéns Báez Artecona, Franco Spaccasassi Ormaechea, Gabriela Jimenez Sanchez, Gustavo Dal Molin De Oliveira, Gustavo Casagrande Canheu, Henrique Furlan De Lazzari De Souza, Hernán Curet, Jessica Grisel Cabaña, Maria Jimena Puerto Viera, Jose Leandro Parajon, Lucas Martín Lloret, María Elisa Lloret, María Laura Abecasis, Noelia Rosalba Lamas Garcia, Rafael Buchelli Oliver, Sandra Carolina Alarcón Arias, Veronica Arminda Cespedes Darmany, Veronica Isabel Duré Fernandez, Wendell Jones Fioravante Salomão.

XXIV Congresso Notarial Brasileiro
PRAIA DO FORTE - BA

XXI Jornada Notariado Jovem do Cone Sul

2019

Andrés Martínez, Adler Eduardo Bardalez Cochagne, Carlos Augusto Yábar Palomino, Derlis Ariel Velazquez Veron, Diego Mauricio Rojas Peña, Fernando Rubéns Báez Artecona, Franco Spaccasassi Ormaechea, Gabriela Jimenez Sanchez, Gustavo Dal Molin De Oliveira, Gustavo Casagrande Canheu, Henrique Furlan De Lazzari De Souza, Hernán Curet, Jessica Grisel Cabaña, Maria Jimena Puerto Viera, Jose Leandro Parajon, Lucas Martín Lloret, María Elisa Lloret, María Laura Abecasis, Noelia Rosalba Lamas Garcia, Rafael Buchelli Oliver, Sandra Carolina Alarcón Arias, Veronica Arminda Cespedes Darmany, Veronica Isabel Duré Fernandez, Wendell Jones Fioravante Salomão.

O NOTÁRIO DO SÉCULO XXI:

Coletânea de artigos da XXI Jornada do Notariado Jovem

COORDENADORES:

TEMA 1

Brasil: Nacional - Caroline Mirandolli
Internacional - Talita Seiscento Baptista
Argentina - Gustavo Alejandro Boccolini
Paraguai - Guido Iván Flor Benítez
Uruguai - Juan Pablo Villar

TEMA 2

Brasil: Naciona l- Patricia Presser
Internacional - Henrique Resende Siqueira
Argentina - Jessica Grisel Cabaña
Paraguai - Sandra Johana González Rivas
Uruguai - Rafael Buchelli Oliver

TRABALHOS ACADÊMICOS APRESENTADOS DURANTE A XXI JORNADA DO NOTARIADO JOVEM DO CONE SUL, REALIZADA NA PRAIA DO FORTE, BAHIA - BRASIL DE 29 DE AGOSTO A 01 DE SETEMBRO DE 2019.

CARTA DE AGRADECIMENTO

Caros colegas,

Ilustres notários.

Este livro digital, publicado pelo Colégio Notarial Brasileiro – Conselho Federal, é uma homenagem aos autores dos trabalhos apresentados na XXI Jornada do Notariado Jovem do Cone Sul, pela primeira vez sediada no Brasil, que ocorreu nos dias 29 de agosto a 01 de setembro de 2019, no Estado da Bahia.

A proposta é perpetuar o ciclo virtuoso de estudos notariais que as Jornadas do Notariado Jovem simbolizam.

Contratualização do direito de Família, planejamento sucessório e a atividade notarial no século XXI são alguns dos temas que envolverão os artigos que formam esse livro.

A nova configuração das famílias no século XXI, com foco no princípio da autonomia privada, buscando a felicidade deve possibilitar a autorregulação a fim de garantir a liberdade na estrutura patrimonial familiar, o que acarreta numa reanálise do direito sucessório. Nos dias atuais, ainda há justificativas

para que as legislações prevejam o respeito a legítima nos testamentos?

Vários são os instrumentos existentes nos ordenamentos jurídicos dos países latinos para realizar um planejamento sucessório, como o testamento público no qual a atuação ímpar do notário no assessoramento até a sua lavratura é essencial. Para reger as relações patrimoniais durante o casamento, lavra-se um pacto antenupcial também perante um notário.

O notário tem demonstrado e reafirmado a importância de seu papel perante a sociedade em todo momento da história.

Esse livro nos apresenta um estudo valioso de direito sucessório comparado, nos enriquece com o aprendizado sobre normas patrimoniais que regem as relações matrimoniais em diferentes países. Mas vai além, a fim de contribuir com os interesses da sociedade moderna, questiona as legislações atuais.

Vivemos um novo tempo em que as novidades tecnológicas, a velocidade na transmissão de ideias, das informações e grandes inovações em todas as áreas são uma constante. A atividade notarial tal como a conhecemos está em constante evolução e muito tem a desempenhar neste novo cenário.

A sociedade moderna clama por acessar o ordenamento jurídico de maneira mais célere e eficiente, sempre com vistas

a alcançar a paz social e promover a manutenção da segurança jurídica.

Tal situação é notável em todo o mundo, não sendo diferente tal percepção no âmbito dos países integrantes do Cone Sul. Todos estão empenhados em possibilitar um ingresso mais eficiente e justo à ordem jurídica, o que se dá também por intermédio da busca por formas alternativas mais adequadas para resolução de conflitos. O presente livro, no tema "Novas atribuições e tecnologia: futuro da atividade notarial", tem por escopo trazer à baila o futuro da atividade notarial, uma vez que esta deve estar alinhada com os atuais eventos, sempre antenada com a evolução da sociedade, especialmente no que tange à tecnologia, eis que nos dias atuais temos o tempo como um dos bens mais valiosos para os cidadãos e há de se fazer um esforço para otimizá-lo ao máximo. Neste sentido, faz-se necessária a constante reflexão, a incessante criação acadêmica e iniciativas como a presente, em que notários integrantes dos países do Cone Sul trazem para debate temas de grande relevância para a nossa atividade e que precisam ser enfrentados.

A atividade notarial deve caminhar em sintonia com o mundo atual e suas necessidades, sendo uma de suas missões a de marchar a largos passos juntamente com a tecnologia, de modo a antecipar soluções e ações em relações aos fatos que estão por ocorrer. Considerando que nosso atual sistema notarial

data de alguns séculos, criado num contexto diferente do que vivemos no século XXI, há que se ajustar e realinhar nossas ações e procedimentos a fim de que estejam em completa harmonia com as necessidades hodiernas.

Para o alcance de tal intento, não obstante sejam fundamentais os princípios da fé pública e segurança jurídica, estes por si só não são suficientes em um contexto de uma sociedade complexa, que tem as relações humanas constantemente reestruturadas.

Hoje, não basta ao notário possuir conhecimento em Direito, há a necessidade de estar inteirado acerca de informática, conhecer e utilizar-se das tecnologias hoje existentes. É necessário que esteja pronto para readaptar-se, bem como para a adoção de postura vanguardista e proativa, trazendo aos cidadãos a oferta de soluções eficientes.

Neste contexto, o presente livro apresenta ao leitor nove excelentes artigos, redigidos por notários de países integrantes do Cone Sul, cada qual tratando da realidade de seu país, trazendo uma interessante discussão em relação ao direito comparado, demonstrando o que tem sido eficaz em seus países, de maneira a promover um intercâmbio e uma integração de conhecimentos excepcionais, que abrilhantam ainda mais o mister desta Jornada, que em muito acrescerá aos seus participantes e aos leitores desta obra coletiva. Em adição, conta o livro com o depoimento dos jurados, os

doutores Arthur Del Guércio Neto, Daisy Ehrhardt, Hércules Alexandre da Costa Benício, Karin Regina Rick Rosa e Letícia Franco M. Assumpção, que juntamente com o Dr. Filipe Andrade Melo selecionaram os trabalhos que foram premiados na festa de encerramento da XXI Jornada do Notariado Jovem do Cone Sul.

O notariado jovem busca o aprimoramento intelectual dos notários e prepostos como uma ferramenta poderosa de mostrar para sociedade nossa essencialidade, não apenas para estabilizar as relações, mas, sobretudo, em sua capacidade de transformar a ordem jurídica, diante das necessidades sociais.

Certos de que a crescente evolução tecnológica além de mudar o mundo tal como o conhecemos, traz grandes desafios para o notariado e que nossa atuação no direito sucessório e de família é essencial à sociedade, te convidamos leitor a realizar uma incursão a respeito por intermédio da leitura dos presentes artigos, a fim de seguirmos sempre adiante, no que tange à evolução de nossa atividade.

Carolina Catizane de Oliveira Almeida

Débora Fayad Misquiati

Wendell Jones Fioravante Salomão

Membros da Comissão da XXI Jornada do Notariado Jovem do Cone Sul

DEPOIMENTOS

O Cazuza dizia que "o tempo não para". Na verdade, atualmente, ele não só não para, como acelera a todo vapor! Vivemos uma constante mudança, quiçá uma ebulição de novos fatos e circunstâncias!

Na palma de suas mãos, um mundo chamado telefone celular ou smartphone, o qual possibilita cruzar barreiras inimagináveis.

A propósito disso, muitas pessoas questionam: a histórica atividade notarial e registral sobreviverá à 4ª Revolução Industrial? Tenho plena convicção que sim, pois cada vez mais a sociedade clamará por segurança e paz, pilares de nossa atuação. É preciso que o mundo virtual não seja uma terra de ninguém!

Nesse sentido, é fundamental que os notários e registradores dominem as novas tecnologias e evoluam na prestação de seu serviço, em inúmeros aspectos, incluindo o tecnológico.

Por isso, compor a Comissão Julgadora do Concurso da XXI Jornada do Notariado Jovem do Cone Sul, no Tema 2, "Novas atribuições e tecnologia: o futuro da atividade notarial", é uma enorme honra.

Os trabalhos são um norte de tudo aquilo que devemos observar para sobreviver e avançar. Os temas "Identidade Legal e Assinatura Eletrônica", "Contratos Eletrônicos, Documentos Eletrônicos e Novos Instrumentos Notariais", "Inteligência Artificial aplicada à Atividade Notarial" e "Meios

Adequados de Resolução de Conflito Notarial", são palpitantes e precisam ser enfrentados por tabeliães de todo o mundo.

Parabéns a todos os Autores, e que iniciativas análogas à do Colégio Notarial do Brasil e do Notariado Jovem, no sentido de fomentar a produção acadêmica notarial e registral, sejam pulverizadas por todo o mundo!

Arthur Del Guércio Neto – Tabelião de Notas e Protestos em Itaquaquecetuba. Especialista em Direito Notarial e Registral. Especialista em Formação de Professores para a Educação Superior Jurídica. Escritor e Autor de Livros. Palestrante e Professor em diversas instituições, tratando de temas voltados ao Direito Notarial e Registral. Coordenador do Blog do DG (www.blogdodg.com.br).

En la República Argentina, ya hace varias décadas, los notarios que iniciaban el ejercicio funcional como titulares o adscriptos a una temprana edad comenzaron a generar un ámbito de desarrollo diferenciado del resto del notariado local. Por entonces padecieron las críticas de aquellos que entendían que no debían existir diferencias por franjas etarias ni años de ejercicio funcional. Los inicios fueron duros. La perseverancia fue más fuerte. Los resultados están a la vista. Veinticuatro son las demarcaciones territoriales argentinas y más temprano que tarde lograron el reconocimiento local y luego la organización nacional, siendo una Comisión del Consejo Federal del Notariado Argentino. Los primeros encuentros casi turísticos, acompañados por notarios profesores que impartíamos alguna conferencia, evolucionaron hacia la aportación de trabajos autorales defendidos personalmente en los encuentros

regionales, nacionales y aun internacionales. Apuestan a la capacitación científica, se preparan cursando las Carreras de Postgrado en la Universidad Notarial Argentina (Fundación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires), desarrollan habilidades para la investigación, el debate y lo que es más importante, precisan conclusiones para mejorar el ejercicio funcional que redunda, indiscutiblemente en las comunidades en las cuales desarrollan la función pública notarial, investidos por el propio Estado que les delega parte del poder público de la dación de fe. Y también aprenden a organizarse institucionalmente, respectan su reglamento, eligen y son elegidos, palpitan la vida democrática notarial y se preparan para ser los dirigentes líderes del mañana. Y este movimiento notarial joven en Argentina, que soportó la negación y la crítica de inicio y supo trabajar con ahínco para poder revertir la adversidad, pronto de expandió a los países vecinos y así llegaron a los notariados de Uruguay, Paraguay y Brasil y contagiaron a más y más notariados hasta alcanzar, lo que yo llamo, la meta más destacada. Los notarios noveles de América hoy tienen su propia Comisión en el seno de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado. Felicidades.

Todos los jóvenes notarios deben comprender que los éxitos alcanzados (organización propia, reconocimiento por parte de las instituciones notariales locales, nacionales e internacionales y apoyo económico) no han sido casuales, sino que son fruto de años de trabajo y dedicación de quienes, hoy, ya no son “noveles”, pero que han sabido esforzarse en beneficio de las generaciones venideras.

Además, deben saber que son los “dueños del futuro” y que les esperan muchos desafíos. Por tanto, deben seguir recorriendo el camino notarial trasado guiados con los mejores valores que enaltecen a la persona humana y destacan al profesional del derecho que tiene a su cargo la función pública notarial.

Se deben a todos aquellos que los requieren. Asuman que son los garantes de la justicia preventiva y de la seguridad jurídica de sus países y abracen su vocación con pasión.

Cuenten conmigo, como lo han hecho ayer, hoy y mientras Dios me brinde la alegría de poder hacer lo que amo.

CRISTINA N. ARMELLA – La autora en Rectora de la Universidad Notarial Argentina, Consejera General de la Unión Internacional del Notariado y candidata propuesta por el Notariado argentino a la Presidencia de la UINL para el período 2020-2022. En su plan de gobierno se lee: " ... LA UINL Y LOS NOTARIOS NOVELES. Se afianzará la cercanía de la UINL con los notarios en sus primeros años de ejercicio de la función pública notarial. Ello possibilitará el surgimiento de un sentimiento de pertenencia lo que logrará, con el tiempo, la transferencia de las vivencias de los miembros más experimentados hacia las nuevas generaciones. La continuidad institucional contará con profesionales capacitados, entrenados y formados en el liderazgo".

Participar da avaliação dos trabalhos desta edição da Jornada Notariado Jovem do Cone Sul foi uma honra. Os artigos apresentados demonstram o engajamento dos novos Notários e de sua preocupação com a fidelidade aos princípios notariais gerais no exercício da atividade. O nível técnico superou minhas expectativas e pude me surpreender de verdade com alguns jovens Notários e seus escritos. Isso traz um sentimento de que a reunião destes jovens em eventos desta magnitude e o incentivo à

apresentação de trabalhos conduzem ao engrandecimento da classe como um todo. Os trabalhos da mesma forma condizem com o nível superior de profissionalismo que se espera de jovens Notários. Uma grande experiência.

Daisy Ehrhardt – Tabeliã de Notas e Protestos de Porto Belo. Graduada em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense. Possui especialização em Direito Administrativo, Direito Registral Imobiliário e em Direito Civil. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI/SC e atualmente, doutoranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI/SC.

É com muita alegria e satisfação que recebi a incumbência de analisar os trabalhos apresentados por colegas tabeliães nesta XXI Jornada do Notariado Jovem do Cone Sul, referentes ao Tema: "Novas atribuições e tecnologia: o futuro da atividade notarial".

Os vários artigos cuidadosamente elaborados, abordam temas bastante atuais e relevantes, tais como: problemas práticos e jurídicos que envolvem os contratos inteligentes (smart contracts); os impactos da rede descentralizada blockchain na atividade notarial; o auxílio da tecnologia na produção de atas notariais; as vantagens da identificação biométrica e da assinatura digital; a utilização da inteligência artificial para aprimoramento da segurança jurídica e o uso de meios eletrônicos para a formalização de acordos e resolução de conflitos.

Os textos apresentados revelam entusiasmo acadêmico, engajamento profissional e comprometimento com as demandas sociais por segurança jurídica, celeridade, comodidade e simplificação de procedimentos.

As Jornadas do Notariado Jovem do Cone Sul são ricas oportunidades de aprendizado qualificado e compartilhamento de boas práticas. Nesta XXI Jornada, os diversos textos referentes ao Tema 2 abordaram, por exemplo, exitosas experiências de uso da tecnologia na função notarial na Colômbia, no Peru, no Paraguai, na Argentina e no Brasil.

A propósito da realidade brasileira, o Conselho Federal do Colégio Notarial do Brasil vem desenvolvendo o e-notariado, que é uma plataforma orientada a serviços digitais. Seu objetivo é oferecer ao tabelionato e à sociedade um ambiente em que se possa ter as aplicações típicas do notário em formato digital. A vantagem de todo esse esforço é clara: menos papel, mais documentos digitais!

Algo que a sociedade brasileira já tem feito com sucesso em diversos setores; agora é chegada a hora do notariado!

O cidadão poderá, de posse de seu celular, usar um cardápio de serviços a partir desta plataforma e-notariado.org.br, pois o usuário do serviço terá, em um aplicativo (app), uma credencial (um certificado de identidade notarial), para realizar suas assinaturas digitais.

Para tanto, foi montado um módulo essencial que garante identificação segura e inequívoca dos usuários.

Serviços em diversas aplicações, tais como: atas notariais e assinaturas de escrituras são alguns exemplos de funcionalidades já disponíveis.

O e-notariado não descurou da segurança que é apanágio da profissão notarial. Segue as boas práticas e os padrões internacionais neste campo. Tecnologia de nuvem, criptografia e biometria são algumas das ferramentas que estão na base da plataforma e lhe dão solidez. Aliás, ressalto que, no âmbito, do e-notariado foi montado o Notarchain, que é

uma rede blockchain constituída apenas por notários, a qual possibilita a persistência do hash das assinaturas de documentos gerados no ambiente do e-notariado.

A desmaterialização de processos, ou seja, a troca do velho e tradicional documento em papel por um documento eletrônico é uma realidade global, e vem se tornando cada vez mais intensa nos Tabelionatos de Notas brasileiros.

O notariado deve acompanhar o avanço tecnológico e estar preparado para eficientemente atender as novas demandas sociais!

Hercules Alexandre da Costa Benício - Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. É tabelião titular do Cartório do 1º Ofício do Núcleo Bandeirante/DF; presidente do Colégio Notarial do Brasil - Seção do Distrito Federal e acadêmico ocupante da Cadeira nº 12 da Academia Notarial Brasileira. Foi Procurador da Fazenda Nacional com atuação no Distrito Federal. Autor do livro: Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro (Editora RT, 2005).

Fico extremamente feliz em ver o Notariado Jovem tão inspirado em escrever e em criar novas oportunidades de atuação para o Tabelião, em benefício de toda a sociedade. Os temas tratados nos trabalhos apresentados são de grande relevância, envolvendo: a autonomia da vontade no direito internacional da família; a questão da legítima; o testamento, o planejamento sucessório e a redução da legítima; a sucessão em sede notarial; o registro notarial de testamentos; o fideicomisso como forma de evitar o juízo sucessório; o reconhecimento

dos direitos consagrados em convenções internacionais, como as diretivas antecipadas de vontade, o destino do próprio corpo, entre outras; o pacto antenupcial. Sobre a questão específica do pacto antenupcial, na minha opinião deve tratar apenas de questões patrimoniais, mesmo porque o pacto foi feito para ser público, ou seja, para que as pessoas que vão negociar com o casal saibam identificar o regime de bens. Já para outras questões, mais íntimas, sugiro a criação do "contrato matrimonial", cujo acesso deveria ser apenas para o próprio casal. Escrevi um artigo em que trato do assunto e que compartilho para debates e quem sabe para que possamos levar aos legisladores, a fim de uniformizar por meio de lei esse novo instrumento notarial.

Letícia Franco Maculan Assumpção – Oficial do Cartório do Registro Civil e Notas do Distrito do Barreiro, Belo Horizonte-MG, pós-graduada, mestre e doutoranda em Direito. Diretora do Instituto Nacional de Direito e Cultura – INDIC. Presidente do Colégio Registral de Minas Gerais e Diretora do CNB/MG.

ÍNDICE

TEMA 1

"Contratualização do direito de Família, planejamento sucessório e a atividade notarial no século XXI"

NOME	TRABALHO	P.
Franco Spaccasassi Ormaechea • Argentina	**El Elefante en la Hábitación – Análisis de la legitima hereditária**	18
Gustavo Dal Molin de Oliveira • Brasil	**O Pacto antenupcial e os limites à autonomia privada**	67
María Elisa Lloret & Lucas Martín Lloret • Argentina	**Autonomía Privada: Convenios Prenupciales y Posnupciales; Regímenes Matrimoniales Mixtos; Libertad de Contratación**	126
Jessica Grisel Cabaña e Hernán Curet • Argentina	**Solo Se Vive una Vez" "Quod Remedium Praeter Mortem"**	173
Jose Leandro Parajon • Argentina	**Flexibilización del Orden Público en materia de Planificación sucesoria**	216
Noelia Rosalba Lamas Garcia, Veronica Arminda Céspedes Darmany, Veronica Isabel Duré Fernandez • Paraguai	**Planificación sucesoria en Paraguay. Breve Análisis.**	271
Derlis Ariel Velazquez Veron e Maria Alejandra Ferreira Espinoza • Paraguai	**El Fideicomiso como figura para evitar el juicio sucesorio**	302
Gabriela Jimenez Sanchez • Costa Rica	**La planificación de la sucesión.**	329

ÍNDICE

TEMA 2 "Novas atribuições e tecnologia: o futuro da atividade notarial"

NOME	TRABALHO	P.
Gustavo Casagrande Canheu e Wendell Jones Fioravante Salomão • Brasil	**Atas notariais e tecnologia: verificação de fatos e o futuro da atividade notarial**	370
María Laura Abecasis • Argentina	**El notário y la mediación**	402
Rafael Buchelli Oliver • Uruguai	**Dataísmo & Notariado: Inteligencia Artificial aplicada a la función notarial**	437
Henrique Furlan de Lazzari de Souza • Brasil	**A importância do notário para a história e o futuro e sua atuação no âmbito legal.**	470
Carlos Augusto Yábar Palomino; Adler Eduardo Bardalez Cochagne • Peru	**La identidade legal y firma eletrónica en la tecnologia vanguardista del sistema notarial Peruano al siglo XXI**	488
Andrés Martinez • Argentina	**Smart Contract**	523
Maria Jimena Puerto Viera • Paraguai	**Medios adecuados de Resolución de Conflictos Notariales**	573
Fernando Rubéns Báez Artecona • Paraguai	**Blockchain: ¿ El nuevo Notario?**	600
Sandra Carolina Alarcón Arias, Diego Mauricio Rojas Peña • Colombia	**Biometría en línea: Tecnología de Identificación y Validación de Identidad Ciudadana al Servicio de la Práctica Notarial**	630

TEMA 01

"Contratualização do direito de família, planejamento sucessório e a atividade notarial no século XXI"

Franco Spaccasassi Ormaechea* Escribano adscripto del Registro Notarial número 6 del Distrito Notarial de Bahía Blanca

EL ELEFANTE EN LA HABITACIÓN
Análisis de la Legitima Hereditaria

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es redactado para ser presentado en la XXI Jornada del Notariado Joven del Cono Sur; encuentro en el que tengo el agrado y el honor de presentarme como Delegado de Trabajo por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires de la República Argentina.

Más allá de la camaradería que caracteriza a este tipo de encuentros, es un desafío para un escribano novel preparar un trabajo para estas jornadas. Puesto que el alto nivel académico que suelen exhibir los colegas de toda Latinoamérica es en cierto sentido apabullante. Un escribano que recién comienza con sus desventuras académicas se zambulle en una calidad de análisis que eleva la vara para todos; y se plantea un desafío que hay que enfrentar con una sonrisa. Ello, puesto que la calidad y el respeto que uno encuentra en estos congresos es empoderante.

El desafío no es solo estar a la altura de los colegas. Es además entender que se está preparando una ponencia en un encuentro con participantes de diferentes ordenamientos jurídicos; con diferentes realidades económicas, sociales, culturales, y hasta climáticas. Con problemas que son diferentes desde todo punto de vista, y nos obligan a hacer una análisis distinto. Uno que no se centre en las complicaciones de un sistema normativo en particular, sino que aborde una temática que interese a todos.

En ese sentido, comencé a revisar los diferentes ordenamientos, y algo saltó a la luz. Tenemos regulaciones diferentes, pero son similares; puesto que compartimos un mismo antepasado común. Y esa fuente normativa ibérica, impregnó con determinados institutos a todos los ordenamientos latinoamericanos. Es de esa fuente de derecho de la que todos mamamos la bien conocida "legítima hereditaria".

Y si vamos a hablar de la contractualización del derecho de familia, atento a una planificación sucesoria, en la actividad notarial del siglo XXI, es inevitable tocar el tema. No podemos evitar hablar de la principal limitante de la autonomía de la voluntad. Ya sea que la entendamos como un derecho de los legitimarios, o una limitación del causante, la realidad es que la sucesión legitimaria es un obstáculo a la libertad de contratación y de disposición testamentaria.

Atento a la diversidad de los asistentes antes mencionada, me resultó altamente improcedente hacer una revisión del

tratamiento de la legítima en la Argentina. Me pareció poco atractivo para el resto de los colegas, describirles un sistema jurídico que les puede resultar ajeno. Y hasta aburridamente similar. Es así como decidí plantear la hipótesis de este trabajo de manera diferente. No detenerme a plantear, por ejemplo, como afecta a la circulación de los títulos los métodos de protección de la legítima. Mi intención fue plantearme una pregunta anterior: ¿Querémos la institución legitimaria?

Ahora bien, atento a lo mencionado precedentemente, no haré referencia a muchas citas legislativas, y trataré de evitar notas al pie para citar referencias bibliográficas. La intención es plantear una idea que se defienda por sí sola, y no de acuerdo a quien es el que la esté planteando. Espera uno estar, a la altura del desafío.

ACLARACIONES CONCEPTUALES

Antes que nada, es importante aclarar la terminología a usar. Tenemos diversidad de conceptos; y todos ellos son conceptos jurídicos que tienen una acepción específica en cada ordenamiento. No es este el lugar adecuado para plantear los peligros de la textura abierta del lenguaje; pero si vale la aclaración. Las siguientes definiciones no tienen por objeto verificar los alcances de cada instituto. La intención es evitar que por cuestiones terminológicas o conceptuales no se pueda transmitir claramente la idea detrás del trabajo.

Al hablar de **legítima**, me refiero a una porción indisponible de bienes por el causante; la cual se obtiene como una parte de

la suma de la herencia líquida y las donaciones que el causante haya hecho en vida. Ya sea que esta se describa como un derecho de los legitimarios o como una limitación de la facultad de testar del causante, la legítima es una cuota que los legitimarios pueden recuperar o no entregar, para incrementar los bienes que reciben por la muerte de una persona.

Es llamada legítima dentro de un sistema de asignaciones forzosas, en los Códigos de Chile (art. 1181), Uruguay (art. 870), y Colombia (art. 1226). Es llamada Legítima o porción legítima, en el Código Civil de Argentina (art. 2444), Perú (art. 723) y Paraguay (art. 2597). Es llamada legítima sin darle una definición, en el Código Civil de Bolivia (art. 1059, 1060, 1061) y de Brasil (art. 1846). Se la reconoce, pero con otra denominación, en el Código Civil de Cuba (art. 492). Y no se reconoce a la Legítima, en los Códigos de Costa Rica (art. 595) y Méjico (art. 1374).

Al hablar de **legitimario**, me refiero a aquellas personas físicas que tienen derecho a que se les respete la legítima; ya sea que ellos sean o no reconocidos como herederos del causante. En otras palabras, la clasificación que veremos posteriormente entre los sistemas de la *pars bonorum* y la *pars hereditatis*, son irrelevantes para el análisis.

Se refieren al vínculo para designar a los legitimarios, y los denominan como tal, en el código de Argentina (art. 2444). Se refieren al vínculo para designarlos, pero los denominan herederos con un carácter diferente, los códigos de Perú (art.

724, herederos forzosos), Bolivia (Capítulo VI, herederos forzosos), Cuba (art. 493, herederos especialmente protegidos), Paraguay (art. 2598, herederos forzosos), Uruguay (art. 884 y 885, herederos legitimarios o forzosos), Colombia (art. 1239, legitimarios), Chile (art. 1182, legitimarios) y Brasil (art. 1845, herederos necesarios).

Al hablar de **sucesión legitimaria**, me refiero a aquellas sucesiones en las que existen legitimarios que tengan derecho a reclamar su legítima. Eso no quiere decir que la sucesión no tenga *otros* herederos que puedan verificar su vocación. Un causante puede dejar un testamento para algunos de sus bienes, y esa sucesión va a regularse: por las normas de la sucesión testamentaria para sus disposiciones; las normas de la sucesión intestada para lo que exceda de ellas; y respetando siempre las disposiciones de orden público que emanen del respeto a la legítima, en ambas ocasiones. Cuando en la sucesión no existieren legitimarios, será *sucesión testamentaria* si existe testamento, aunque no comprenda la totalidad de los bienes del causante. Y será *sucesión legítima*, cuando no existan legitimario o testamento alguno.

En consecuencia, *heredero testamentario* será aquel que tiene vocación hereditaria en el testamento. En cambio, *heredero legítimo* será aquel que tiene su vocación hereditaria en la ley supletoria del testamento. Y finalmente, *heredero legitimario*, será el legitimario como está determinado en la primera parte de este apartado; aquel que tiene su vocación a los bienes del causante en la ley y de modo imperativo. Entiendo que establecer tres vocaciones, en lugar de dos, es algo objeto de

discusión; por eso aclaro el punto del análisis y los conceptos a utilizar.

Finalmente, cuando hagamos referencia al **acervo imaginario**, estaré señalando a la masa ideal de bienes sobre la cual se calcula la legítima. Esta masa es diferente al acervo hereditario.

Es común a los sistemas sucesorios que, producido el fallecimiento del causante, el patrimonio del *de cujus* se mantenga como una universalidad jurídica. Esta universalidad se encuentra en estado indiviso hasta tanto los herederos liquiden y hagan la partición. En otras palabras, primero habrán de pagar las deudas, luego tendrán que valuar los bienes, y finalmente deberán hacer la partición, donde cada uno se adjudicará uno o más bienes determinados. Este patrimonio constituye el acervo hereditario, que puede ser valorado contablemente de manera abstracta, pero que es un patrimonio indiviso que existe en la realidad.

En cambio, el acervo imaginario, masa de cálculo de la legítima, *no existe*. Puede o no coincidir con el acervo hereditario, pero está concebida como un concepto. Una idea para definir si se ha violado o no la legítima. Esa idea, ese concepto, es una ecuación. Comienza con el valor líquido de la herencia; es decir que partimos del acervo hereditario una vez que se hayan restado las deudas del causante. Y a esa masa líquida le agregamos los actos gratuitos que en vida haya hecho el causante. Cuales actos gratuitos es una cuestión que también varía dependiendo de cada sistema jurídico.

PLANTEO

Absolutamente todos los notarios de Latinoamérica nos hemos encontrado muchas veces en una situación parecida a la que voy a describir. En una consulta, un requirente me dice que tiene dos hijos. Pero que uno de ellos desde hace muchos años no le llama por teléfono o lo visita; mientras que el otro lo acompaña en la empresa familiar desde toda su vida productiva. Y nuestro honesto requirente, pretende dejarle a su hijo que lo acompañó su único bien inmueble.

Sí ese caso es ajeno al lector, seguramente habrá intervenido, conocido o asesorado a aquel matrimonio que quiere comprar una propiedad; y en las entrevistas preliminares a la celebración de la escritura manifiestan que quieren escriturar "a nombre" de uno de sus tres hijos. O el caso en el que un empresario quiere distribuir su patrimonio entre sus hijos; muchas veces por riesgos propios de la actividad. O, simplemente, un requirente que quiere regalarle a su compañera de vida la propiedad donde viven; pero tiene vivos a sus padres o sus abuelos.

Todas esas situaciones son comunes. Y nuestros requirentes nos consultan en la esperanza de hacer algo lícito, normal, sencillo y económico. Pero, principalmente, **quieren hacer lo que ellos quieren**. Distribuir, repartir, donar, en fin, organizarse patrimonialmente, de la manera que ellos encuentran más adecuada a sus afectos y principios. Sin embargo, existe un enorme elefante en la habitación que tenemos que esquivar: la legítima. Cada asesoramiento en esta materia tiene que

bordear este obstáculo, que se erige como ineludible; y muchas veces los caminos entre el elefante y la pared de la habitación, son muy pequeños. Entonces, costosamente, agrandamos la habitación con estructuras jurídicas complejas como el fideicomiso y la sociedad; o recurrimos a simulaciones que tienen un mayor costo impositivo, y muchas veces afectan la moral de nuestros requirentes.

Si bien los sistemas sucesorios de los países de Latinoamérica son todos diferentes, existe una cosa en común en la mayoría de ellos. Salvo contadas excepciones, estos reconocen que determinadas personas tienen un derecho inalienable e irrenunciable a una cuota de los bienes del causante. De este modo, la libertad de testar queda cercenada por el deber de respetar esta cuota. La que, a efectos de no ser burlada por actos en vida del causante, extiende sus limitaciones a los actos a título gratuito que realiza el *de cujus*.

Estas restricciones pueden ser más o menos firmes, dependiendo del sistema jurídico en el que se estudien. Y pueden llegar a ser mayores o menores, desde el punto de cuantitativo. Pero TODAS plantean una restricción a la voluntad de una persona al momento de otorgar un acto de última voluntad o una liberalidad en vida. Y no suavicemos los conceptos; porque cuando hablamos de la voluntad del testador, estamos hablando de su **libertad** para disponer de sus bienes. Estamos hablando de una rígida restricción del derecho de propiedad.

Está última salvedad es necesaria. Es menester aclarar que el objeto del trabajo no es plantear una forma de hacer más sencilla la noble profesión notarial. Tampoco es la intención de este trabajo, plantear que la legítima debiera desaparecer para poder hacer aún más donaciones; en una búsqueda interminable de aumentar la cantidad de nuestras incumbencias. La situación se plantea desde un punto de vista más abstracto. Tiene que ver con los alcances de lo que nosotros entendemos como propiedad.

El planteo del trabajo es que la *sucesión legitimaria* es hija de otras épocas; y que ya está marchita. Viejo resabio de regímenes jurídicos que buscaban el fortalecimiento de una familia que ya no existe más; basada en vínculos biológicos, que podrían ser hasta azarosos. O bien, tenían en mira una concentración de recursos necesaria para poder plantear los desafíos de la vida en esa época.

Si queremos plantear una contractualización del derecho de familia que nos permita viajar al futuro, tenemos que dejar de lado algunos combustibles fósiles.

ORIGEN DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA

Los autores suelen determinar el origen de la legítima hereditaria en la legislación romana. Y para ello siempre se comienza hablando de la absoluta libertad de testar, y de cómo el pretor fue poniendo barreras. Además, una fuente importante de influencias es el derecho bárbaro o germano; el que, partiendo de una absoluta imposibilidad de testar, fue ampliando la libertad del causante dejando siempre una

reserva en favor de los parientes más cercanos. Voy a volver a hacer estas breves referencias, para hacer hincapié al contexto en el cual surgen.

ORIGEN ITÁLICO/ROMANO

La descripción de la evolución histórica comienza por la mención de la Ley de las XII Tablas. El famoso cuerpo normativo romano daba la más absoluta libertad de testar en la célebre *uti legassit paterfamilias super pecunia tutelave suæ rei it ius esto*; la que se traduce en "lo que el padre disponga legando sus bienes y respecto de la tutela de su hijo, sea observado como ley".

Lo que no podemos dejar de tener en cuenta, es *quien* tenía esta libertad absoluta. En el siglo V a.c., época en cuestión, el eje del derecho era el *pater familias*; una figura jurídica que nada tenía de común con el padre de familia actual. El *pater*, era *sui iure*; es decir que era un sujeto de derecho que tenía la posibilidad de tener derechos, obligaciones y propiedad. Todos los demás miembros de la familia que NO fueran el *pater* dependían absolutamente de él. Tanto su mujer, como sus hijos, eran *alieni iure.* No tenían la capacidad jurídica de tener derechos. Es por eso que la emancipación y el divorcio incluidos en este cuerpo normativo, son importantes.

El mismo cuerpo normativo que ratifica la absoluta voluntad de testar del *pater*, limita el poder que tiene sobre su familia mediante la emancipación. Una vez que el hijo estaba emancipado, era *sui iure*; y pasaría a ser *pater* al momento de contraer nupcias o de tener hijos. En cambio, la mujer podía

ser *sui iure* al divorciarse, pero volvía a ser *alieni iure* al contraer nuevas nupcias.

Además, no se puede evitar mencionar la absoluta vinculación que había entre el rito religioso romano y el testamento. Morir intestado era una falta a los ritos religiosos, que hacían a que el ciudadano romano pudiera trascender este plano de la realidad. Era fundamental que el testamento existiere, no solo para el ordenamiento del patrimonio que queda vacante. Morir intestado era mal visto por los pares romanos; y, además, era mal visto por los Dioses.

En ese contexto, el testamento se explica como un deber religioso; y la libertad para testar se explica como *posterior a una concentración patrimonial*.

Vamos a poner este párrafo en contexto. En nuestro mundo actual, la concentración de riquezas y poder adquisitivo puede resultar hasta obscena; es un mundo donde no hay equidad distributiva y muchos mueren de hambre, mientras otros tiran su comida. Sin embargo, en el mundo antiguo la concentración de riquezas era necesaria para generar el poderío militar suficiente para la defensa o la conquista. Y eso era un norte deseable. Es así como este sistema de libertad absoluta no implicaba una desconcentración de los recursos. Puesto que, por más que el testador dispusiera de todos sus bienes, lo haría a otro *sui iure*. Y este era, en sí mismo, una concentración de recursos.

Claro está, que esta concentración de recursos implica un riesgo muy grande. Si un *pater* decidiera repartir todos sus

bienes en legados en favor de terceras personas, sus *alieni iure* herederos no tendrían nada. Literal, no tendrían un solo bien en su patrimonio. Puesto que los hijos y la cónyuge en esta época de Roma solo eran apéndices jurídicos del *pater*. No tienen un patrimonio propio; son *alieni iure*, incapaces de tener propiedades, o bienes a su nombre. Entonces, en los casos en los cuales ello sucedía, acudían al *pretor* romano quien no podía moderar o limitar la clara letra de la ley. Ahora bien, la herramienta procesal que existía para remediar esta injusticia era la *querella inofficiosi testamenti*, mediante la cual se reputaban nulos los testamentos; y bajo la presunción de que solo alguien que no esté en su sano juicio dejaría a sus familiares más cercanos sin nada, anulaban el testamento por falta de capacidad.

Esto traía como consecuencia que todas las disposiciones testamentarias se reputaran nulas. Y les daba a los parientes la posibilidad de reputar como nulo cualquier testamento que no tuviera cláusulas dispositivas a su favor. Es por esto, que, dentro del pragmático pueblo romano, sucedieron dos cosas.

La primera, es que la legislación romana empezó a contener limitaciones a la facultad de testar. Es así como surgen tres normativas. La primera es la *Lex Furia*, que en el año 200 a.c., estableció que ningún legado podía superar los mil acres, o algo así como quinientas hectáreas; pero sucedía de que muchos legados diferentes terminaban de todas formas consumiendo el acervo hereditario. La segunda es la *Lex Voconia*, que en el año 169 a.c., trato de resolver el problema equiparando el mayor de los legados a la porción que le

correspondía a los herederos; pero nuevamente múltiples legados pequeños podían reducir la posición del heredero a prácticamente nada. Es por eso que, finalmente, la *Lex Falcidia*, en el año 40 a.c., estableció que una cuarta parte del patrimonio del causante debía corresponder a los familiares que la ley calificara como herederos legítimos del testador. La *lex falcidia* dio origen así a la *pars legitima*. Una porción que se calculaba teniendo en cuenta las donaciones en vida hechas por el causante, y el haber relicto líquido; y que les daba a los familiares, en su calidad de tal, la garantía de una cuarta parte del patrimonio del causante.

La segunda situación, es que empezó a ser costumbre entre los romanos, determinar una cláusula para evitar que sus testamentos se declaran inoficiosos. Y esa cláusula testamentaria tenía como finalidad, relativizar el contenido de los legados, a efectos de no caer en la absoluta anulación. Si el testador no legaba nada a los herederos, o no respetaban la cuarta, la inoficiosidad del testamento producía su anulación total. Entonces los testadores incluían una cláusula que rezaba *boni viri arbitratu quarta impleatur;* la que decía que el legado podía ser reducido, o la legítima complementada, de acuerdo con el arbitraje de un hombre honrado. Posteriormente, en la primer mitad del primer siglo después de Cristo, esta cláusula fue considerada implícita en todos los testamentos por Justiniano. Dando nacimiento así, a lo que se conoce como acción de complemento.

Vale la pena remarcar que por cuestiones de brevedad no podemos mencionar otras instituciones testamentarias que

tienen importancia en el imperio romano; ni corresponde analizar las disposiciones correspondientes al derecho quiritario. Estas se embebieron del *ius civile*, pero tenían claras influencias de los pueblos conquistados por los romanos.

Es importante al terminar, hacer énfasis en que la legítima romana, *no estaba ligada al carácter de heredero*. Era una cuota o porción de los bienes del causante, a la que tenían necesariamente derecho sus familiares. Y esa legítima se entregaba por cualquier título o modo; ya sea mediante donaciones en vida, legados en un testamento, o su institución como heredero.

ORIGEN GERMANO

Las legítimas latinoamericanas, influenciadas fuertemente por la regulación española de la institución, tienen origen romano. Pero es muy marcada la influencia germana en su regulación. Es importante resaltar que cuando hablamos de los pueblos germanos, estamos hablando de los habitantes del área centro de Europa, donde se encuentran actualmente Alemania y los Países Bajos; pero que el grupo étnico social es el mismo que ocupaba originariamente las islas británicas y la península escandinava.

El ordenamiento jurídico de los asentamientos de los germanos en la Europa occidental no reconocía el testamento. No estaba dentro de la tradición jurídica de dichos pueblos, que el causante dejara determinado que iba a suceder con sus propiedades luego de su fallecimiento. Y esto se debía a que, tradicionalmente, no estaba en ellos el concepto de propiedad

privada tan arraigado; estos pueblos entendían la propiedad más de un modo familiar y comunitaria. Un germano tenía seriamente limitadas sus facultades dispositivas sobre los inmuebles, los que se denominaban *Word* o *Were*. De manera tal que le era virtualmente imposible disponer de esta. Ello, atento a que se presumía que la familia tenía un gran interés en dichos bienes. Incluso era necesario el consentimiento de toda la familia para proceder a la disposición onerosa de estos bienes.

Estas enormes limitaciones en vida, era lógico que se tradujeran a la muerte. La forma de entender la propiedad para los pueblos germanos era más parecida a la propiedad de muchos pueblos originarios de nuestro continente, que a la propiedad privada romana tal cual la heredamos. Ello, atento a la necesidad de concentrar recursos para generar sus fuerzas defensivas y ofensivas. En otras palabras, lo que los romanos resolvieron haciendo sujeto de derechos a sólo una clase de personas físicas, los germanos lo resolvieron haciendo comunitario el ejercicio de la disposición de la propiedad. En la mayoría de nuestros ordenamientos positivos, lejos está la actual propiedad de las limitaciones de la propiedad comunitaria.

Volviendo a la sucesión, el carácter de heredero estaba dado por la familia sanguínea, y nunca por un extraño. Era impensado en ese sentido que el causante pudiera instituir herederos; o que personas ajenas a su familia recibieran esa calificación que tanto hace a la identidad. En consecuencia, el acervo se dividía entre los familiares de acuerdo con su

función; las mujeres la labranza y utensilios, y los hombres las armas. Y esta sucesión, no les correspondía por voluntad expresa o presunta del causante, sino que les correspondía a los herederos por un derecho propio.

Sin embargo, por influencia de la tradición romana, los pueblos germanos empezaron a utilizar sus conceptos jurídicos. Y con ellos se incluyó el testamento. Pero además idearon figuras nuevas, que no tenían los sistemas romanos, a las que podemos denominar pactos sucesorios.

Estas instituciones, el testamento unilateral y los pactos sucesorios, tenían una importante función ordenadora familiar. Pero estaban muy limitados y relegados en cuanto a la disponibilidad a favor de terceros. Ello, atento a que la posibilidad de disponer de la propiedad estaba muy limitada. En otras palabras, el concepto de herederos necesarios o forzosos surge como una consecuencia lógica de cómo los pueblos germanos entendían la propiedad. Estos herederos necesarios, denominados *notherben,* tenían reservado un derecho propio a una porción de los bienes del causante. Pero ese derecho surgía de su condición de heredero; y su exclusión de la herencia implicaba la pérdida de todo derecho.

Vale aquí hacer esta salvedad. Pareciera que la concentración de los recursos está dada por la manera en que los pueblos germanos entendieron la propiedad; de manera comunitaria y familiar. La concentración de riqueza que se daba patriarcalmente en el sistema romano se daba comunitariamente en el germano. En consecuencia, es lógico

que las legítimas cambien cuantitativamente: mientras en el derecho germano las legítimas eran superiores a la porción disponible, en el sistema romano la porción disponible era superior a la legítima.

Estas instituciones romanas fueron posteriormente incentivadas sistemática y compulsivamente por el clero en la edad media, atento a que permitían a los señores feudales dar legados o instituciones piadosas. Las infames fuentes de riquezas donde el clero bendecía al testador con una parcela en el paraíso, tan grande como fuera su legado.

CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS LEGITIMARIOS

Traemos este tema a colación porque no hay una única forma de regular la legítima. Cada ordenamiento jurídico se ha organizado de diferentes maneras, dándole prioridad a algunos antecedentes antes que a otros; entendiendo los alcances de su regulación de manera diversa. En este punto, es necesario aclarar que por sistemas legitimarios entendemos las diversas maneras en que puede regularse la legítima.

Claro está que la primer clasificación que debiéramos hacer, es entre aquellos sistemas que reconocen las legítimas, y aquellos que no. Pero ello no sería una forma de clasificar los sistemas legitimarios, sino de clasificar los sistemas jurídicos. Esta aclaración es oportuna, porque no debemos olvidar que los sistemas legitimarios no son necesarios. Es decir, que no están intrínsecamente vinculados a la sucesión *mortis causa*. La determinación de si existen o no en un ordenamiento jurídico, así como la definición de sus reglas, son una decisión

de política legislativa. Decisión que puede, o no, responder a la historia y principios de una sociedad determinada.

Humildemente, tratare de proveer una clasificación original que nos permita entender las diferencias entre los sistemas.

SEGÚN SU ASPECTO FUNCIONAL

Este criterio de clasificación está vinculado con el modo en que se describe el funcionamiento de la legítima. Pero antes de plantear la clasificación, es necesario hacer una aclaración.

Al no existir una obligación, no hay una relación bilateral entre causante y legitimario. Es decir, el causante mal puede tener la obligación de respetar la legítima, puesto que esta se hace efectiva desde el momento en que él no está. Y por contrapartida, mal se puede decir que la legítima hereditaria es un crédito del legitimario, porque no se le puede exigir al causante su cumplimiento.

Sin embargo, es claro que la legítima es un derecho que el legitimario puede exigir *erga omnes*. Un derecho de propiedad que está sujeto en cuanto a su existencia, a la muerte del causante. Y, correlativamente, la legítima funciona como un freno para la libertad del causante; freno que puede caracterizarse como un deber que le impone el sistema jurídico.

El criterio de clasificación se basa en ello. No tanto en diferenciar acerca de la naturaleza, puesto que ambas son dos caras de la misma moneda, sino en cómo se plantea el funcionamiento de la misma. En consecuencia:

Por un lado, tenemos los Sistemas Positivos. Más influenciados por la regulación germánica de la legítima, se basan en darle a los legitimarios una atribución legal para reclamar una porción del patrimonio histórico del causante. Opera como una cuota del acervo imaginario, que legalmente y de modo imperativo, tienen los legitimarios. Otorgándoles la ley a estos, una protección directa a través de una vocación legal, aún en contra de las disposiciones testamentarias y de los actos realizados en vida a título gratuito.

Por otro lado, tenemos los Sistemas Negativos. Con un claro corte romano, estos sistemas legitimarios funcionan como un límite a la libertad de determinar las disposiciones testamentarias del causante. Este límite está plantado estrictamente a una cuestión sucesoria, vinculada a las disposiciones testamentarias; pero atento a la posibilidad de burlarlas previo a la apertura de la sucesión, se extiende a los actos gratuitos en vida del causante. Como consecuencia del carácter *privado* del derecho sucesorio, quien tiene la posibilidad de reclamar en su favor el incumplimiento de este deber, son los legitimarios.

SEGÚN SU FUENTE

Este criterio de clasificación se centra en determinar cuál es el origen de la legítima. Históricamente al legítima se discutió si la legítima era *pars bonorum* o de *pars hereditatis*. Y se hacía referencia a esta clasificación entendiendo que está como vinculada al contenido de la legítima. Dicho de esta manera, la legítima *pars bonorum* daba derecho a una cuota de los bienes

del causante; mientras que la legítima *pars hereditatis* daba derecho a que se lo reconozca como heredero de manera forzosa.

Sin embargo, esto nos fuerza a meternos en una discusión sobre si el legitimario tiene su derecho *por* ser heredero; o si, por el contrario, tiene su derecho *independientemente* de que lo sea. Es decir, que estamos en una discusión conceptual basada en su naturaleza. Entiendo que esta discusión carece del sentido práctico de las clasificaciones, por lo que propongo resolver la clasificación de acuerdo a como cada ordenamiento jurídico ha regulado la fuente del instituto. Independientemente de cómo queramos conceptualizar la legítima, sirve para dividir como cada derecho a encontrado el origen de la vocación legitimaria. Dicho así:

Por un lado, tenemos sistemas de vocación legitimaria sucesoria. Estos sistemas entienden la legítima como parte de la vocación sucesoria del heredero; vocación que, a falta de testamento, la ley da de modo supletorio. En consecuencia, cuando el legitimario deja de ser heredero, deja de ser legitimario. Y todo lo que haya recibido en vida a cuenta de la legítima debe ser imputado a la porción disponible del acervo imaginario.

En otras palabras, estas legítimas son de *iure hereditatis*. Es un derecho que surge de su carácter de heredero y nada más.

Por otro lado, tenemos los sistemas de vocación legitimaria personal. En este caso, el legitimario tiene derecho a la legítima independientemente de su investidura como heredero.

Propiamente hablando NO es un heredero forzoso, sino que tiene un derecho independiente de cualquier vocación hereditaria. En consecuencia, el legitimario que en vida del causante haya recibido donaciones, no pierde su derecho a la legítima por renuncia a su carácter de heredero; y las donaciones recibidas no deben ser imputadas a la porción disponible del acervo imaginario, sino a su legítima.

En otras palabras, estas legítimas son de *iure propio*. Es un derecho que surge de su carácter de pariente del causante. Una reminiscencia de lo que fue el vínculo que lo unió con quien ya no habita este plano. Y que sea *iure propio*, no quiere decir que no reconozca alcances sucesorios; simplemente planteo que no se limitan a la sucesión. La Vocación Hereditaria puede verse constitucionalmente como un derecho personal de una persona física, que le otorga el carácter de heredero. En cambio, el derecho a pedir la remoción del administrador de la sucesión, o la partición de los bienes de la sucesión, es un derecho que solo existe en su condición de heredero. El primero sería *iure propio*, el segundo *iure hereditatis*; ambos reconocen el mismo titular, y se relacionan con el mismo objeto.

INTERRELACIÓN DE LAS CLASIFICACIONES

Al haber escindido las cuestiones más viscerales de la clasificación, nos quedamos con cuestiones que nos permiten hacer un análisis más flexible. En otras palabras, al quitar del centro la cuestión de *qué* es la legítima, la clasificación se reduce a *cómo funciona* y a *de dónde surge*.

Entonces podemos plantear que existirían sistemas legitimarios que sean positivos de vocación legitimaria sucesoria, positivos de vocación legitimaria personal, negativos de vocación legitimaria sucesoria y negativos de vocación legitimaria personal.

Las similares raíces de nuestros derechos latinoamericanos hacen que la mayoría de nuestros ordenamientos clasifiquen como sistemas legitimarios positivos de vocación sucesoria, lo que tradicionalmente se mencionaría como *pars hereditatis*. Pero bajo ningún punto de vista pierde valor la clasificación planteada, puesto que puede servir para entender la separación entre herencia y legitima de manera clara.

DERECHO COMPARADO

Habiendo planteado las clasificaciones que utilizaré, vamos a aplicarlas a algunos sistemas legitimarios de América Latina.

Claro está que hay dos sistemas que no participarán de esta clasificación, porque no reconocen la legítima hereditaria; estos son Méjico y Costa Rica. Y como se planteó, no utilizaré todas las categorías puesto que algunas no se encuentran en nuestro derecho latinoamericano; la mayoría de los sistemas se clasifican de como sistemas positivos de vocación legitimaria sucesoria.

SISTEMAS POSITIVOS DE VOCACIÓN LEGITIMARIA SUCESORIA

Estos sistemas legitimarios describen a la legítima como un derecho de los legitimarios, que depende de su vocación sucesoria. Son la normalidad de los sistemas latinoamericanos.

Para determinar si el sistema es de vocación legitimaria sucesoria, no podemos ceñirnos a la letra de la ley exclusivamente. Es necesario ver qué efectos tiene la legítima. Si el derecho del legitimario está vinculado a su carácter de heredero, este no puede renunciar a la herencia, sin perder su derecho a la legítima. Y la pérdida del derecho de legítima, implica imputar lo recibido en vida a la porción disponible del causante. Recordemos, que conceptualizamos la legítima como un derecho que se puede recibir por cualquier título, y que puede o no ser ajeno a la vocación hereditaria. En esta clasificación, la vocación hereditaria está vinculada a la legitimaria.

En el sistema legitimario Chileno, el acervo imaginario se divide en cuatro partes. Dos partes son computadas como legítima rigorosa, que se tienen que repartir entre los legitimarios por las mismas reglas de la sucesión intestada; una de las dos cuartas partes restantes le corresponden a la mejora exclusiva para los legitimarios, y el cuarto restante es de libre disposición. Este sistema, de clara influencia del sistema tradicional español, reconoce como porción de libre disponibilidad solamente un cuarto de acervo imaginario.

Este cuerpo normativo define a la legítima como “aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios”, clasificándose como un sistema positivo de legítima. A su vez, en los artículos 1200 y 1201 se determina que sucede con las donaciones realizadas a título de legítima hechas a un legatario que posteriormente pierde su vocación hereditaria; al fulminarlas con la resolución, marca

claramente que la legítima está necesariamente ligada a la vocación hereditaria.

El Código Civil de Colombia es claro al respecto, y tiene una regulación similar al Código de Chile.

El Código Civil de Uruguay también ha definido positivamente a la legítima, como "la parte de bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador y de que éste no puede privarlos, sin causa justa y probada de desheredación."

Para la república de los orientales, la legítima es de la mitad si hay ascendientes y/o un solo hijo; la que asciende a dos tercios si hay dos hijos, y a tres cuartas partes si hay tres o más hijos.

Varios son los artículos que vinculan al legitimario a la vocación hereditaria. Pero la prueba final es, al igual que como se reseñó anteriormente, que el código de Uruguay imputa de resolubles las donaciones hechas a quién era legitimario, y que posteriormente resultó indigno (art. 1103).

El Código Civil de Paraguay, define positivamente a la legítima como "un derecho de sucesión limitado a determinada parte de la herencia de la que no puede disponer el causante." Y es claro en su artículo 2603 donde determina que para el cálculo de la legítima no se computa al renunciante, ni al indigno; lo que indica claramente que el carácter de legitimario depende del carácter de heredero.

Con relación a las porciones, la legítima de los descendientes es de cuatro quintos, la de los ascendientes es de dos tercios, y la del cónyuge es de la mitad.

En el código del Brasil, se entiende la legítima de manera positiva; sin definirla. Simplemente se limita a disponer quienes son los herederos necesarios, y a establecer que les corresponde la mitad del patrimonio del causante, *de pleno derecho*.

Más allá de la redacción, es claro que los legitimarios deben ser necesariamente herederos. Ello atento a que los ascendientes, descendientes y cónyuge que hayan recibido una donación y que luego hayan perdido su capacidad hereditaria, deben imputarla a la porción disponible del causante (art. 2008).

El Código Civil de Bolivia plantea una situación novedosa, al incorporar dentro del elenco de legitimarios al conviviente (art. 1064). Sin embargo, mantiene los mismo principios que los cuerpos normativos ya mencionados. Si bien no define la legítima, establece que la legítima *es de* los legitimarios. Le corresponden cuatro quintos a los descendientes, y dos tercios para los ascendientes y el cónyuge.

SISTEMAS POSITIVOS DE VOCACIÓN LEGITIMARIA PERSONAL

Ninguno de los sistemas legitimarios revisados describe a la legítima como un derecho de los legitimarios, sin hacer de la vocación legitimaria una vocación sucesoria. En otras palabras, está fuertemente arraigada la fuente germana de la legítima; que entiende que el carácter de legitimario es una extensión

o cualidad del llamamiento que hace la ley a los parientes como herederos.

SISTEMAS NEGATIVOS DE VOCACIÓN LEGITIMARIA SUCESORIA

Estos sistemas describen a la legítima como una limitación a la facultad de testar del causante, cuyos legitimarios tienen que ser herederos.

En el Código Civil del Perú se define a la legítima como "la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos". En cuanto a su cuantía, limita la facultad de testar en dos tercios, cuando hubiera descendientes y/o cónyuge; el cual se reduce a la mitad del patrimonio cuando los legitimarios fueran los ascendientes.

Más allá de la expresa designación de los legitimarios como herederos forzosos, el código de Perú expresamente imputa las donaciones realizadas en vida del causante a la porción legítima, salvo dispensa de colación y hasta el monto de la porción disponible (art. 831 y 832). Y expresamente plantea que la donación con dispensa de colación realizada por mayor valor que la porción disponible y la del donatario que renuncia a la vocación hereditaria[1], son reducibles (art. 842).

[1] En rigor de verdad, el código peruano dice "renuncia de la legítima", no de la vocación hereditaria. Pero ello es atento a que están indisolublemente unidas para este código; resulta más claro explicarlo de esta manera, atento a que en este trabajo separé los conceptos "legítima" de "vocación hereditaria legítima o legal".

SISTEMAS NEGATIVOS DE VOCACIÓN LEGITIMARIA PERSONAL

Estos sistemas describen a la legítima como una limitación a la facultad de testar del causante, cuyos legitimarios no necesariamente tienen que ser herederos.

El Código Civil de Cuba dice textualmente en su artículo 452, que "La libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos".

Expresamente el Código Civil denomina *herederos* a los legitimarios. Y entiende este cuerpo normativo que la sucesión tiene lugar por testamento o por ley (art. 467). Sin embargo, es necesario remarcar algunas cuestiones.

En primer lugar, el código carece de una disposición que establezca que lo recibido por el legatario en vida del causante a título de donación deba imputarse a su parte disponible o legítima. El artículo 530 determina como se forma el acervo imaginario en las sucesiones testamentarias e intestadas. Y es notable aclarar que, en las testamentarias, los obligados a colacionar son los herederos instituidos, y no los legitimarios. Y en las sucesiones intestadas, solo se trae a la masa lo que exceda del valor de las donaciones declaradas inoficiosas. En otras palabras, los legitimarios no tienen la necesidad de traer a colación de la masa hereditaria lo que les corresponde como legítima por el acervo imaginario.

En segundo lugar, el artículo 494 determina que el causante puede entregar la legítima por cualquier título. Y que, si en la sucesión le llegara a corresponder menos de la porción legítima del acervo imaginario, le corresponde su complemento.

En tercer lugar, el artículo 495 determina que el heredero especialmente protegido desplaza al heredero instituido; demostrando que su vocación es anterior a la vocación hereditaria voluntaria del testamento.

Y finalmente, pero no menos importante, por más que se los denomine herederos el Código no los define por su calidad de tal. En lugar de decir que tienen carácter de especialmente protegidos los herederos legítimos siempre que se den determinadas condiciones, define que parentescos otorgan esta vocación.

A riesgo de caer en una contradicción con la clara letra de la ley, que los denomina "herederos", es importante entender cómo funciona el sistema en la realidad. Y es posible que podamos ver que los nombres no son lo más importante. Al fin y al cabo, la lógica del sistema es infalible: Para que una donación sea inoficiosa, tiene que cumplir alguna de las dos circunstancias que están determinadas en el artículo 378: exceder lo que puede darse o recibirse en testamento o comprometer la sustentabilidad económica del donante. La primera se tiene que dar necesariamente en la sucesión testamentaria; esta establece un límite solamente en los casos en que determinados parientes (ascendientes, cónyuge y ascendientes) no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante. Estos legitimarios para el código de Cuba no están obligados a colacionar en las sucesiones testamentarias. La segunda condición se dará en las sucesiones intestadas; donde los bienes entregados a título gratuito en vida del causante solo se traen a la masa cuando

estas donaciones son declaradas inoficiosas. En consecuencia, el reducido grupo de legitimarios del código cubano no está nunca obligado a colacionar lo que haya recibido del causante, por cualquier título o modo.

Sin embargo, como se ha de plantear posteriormente, aún este sistema implica una enorme restricción a la propiedad.

EL CASO DE ARGENTINA

El reciente Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigor en el mes de Agosto del año 2015, propone una redacción nueva.

En primer lugar, a los efectos de definir quienes son los legitimarios, el artículo 2444, utiliza una redacción positiva. Al definirla, determina que *tienen* una porción legitima determinadas personas físicas. Pero a diferencia del código anterior, no le asigna el carácter de legitimario a determinados herederos legítimos. Expresamente determina que parentescos tienen carácter de legitimarios.

En segundo lugar, elimina el concepto y la idea de los herederos forzosos. Simplemente los denomina legitimarios. Y a diferencia del código civil de Chile y de Colombia, no tiene un segundo párrafo donde aclare que los legitimarios son herederos. Y en ninguno de los 18 artículos en los que regula la institución se los menciona como tales.

En tercer lugar, se establece un sistema de mejoras novedoso, que pone el centro no solo en el vínculo sino en la necesidad del legitimario. Situación que no está planteada

supletoriamente en la regulación de la sucesión intestada para la vocación hereditaria.

Finalmente, se eliminan las causales de desheredación. Las cuales históricamente se entendían como el modo que tenía el causante para hacer perder la vocación hereditaria a los herederos forzosos. De esta manera se refuerza la idea de que el legitimario no necesita ser heredero; y que la indignidad para suceder afectar a todos los herederos, sean o no legitimarios.

Y en cuanto a la indignidad para suceder, resuelve la situación del legitimario donatario en el último inciso del artículo 2281. Expresamente determina que la indignidad se resuelve por las mismas causas que la revocación de las donaciones, lo que resultaría redundante si entendemos que la vocación hereditaria y la legítima son la misma; en otras palabras, si la vocación legitimaria fuese igual a la hereditaria, no sería necesario traer a colación las causales de las donaciones. Basta con que el heredero sea declarado indigno, para que la donación deba ser revocada. Al remitirse a las causales de revocación de las donaciones para determinar algunas de las causales de indignidad, está implícitamente reconociendo que, sin ese artículo, hay motivos por los cuales una donación puede ser revocada pero que no podrían generar la pérdida de la vocación legitimaria.

Incluso en la regulación de la colación de las donaciones, el artículo 2386 plantea que la donación debe ser imputada a la porción legítima del donatario, y en lo que excede a la porción

disponible a título de mejora. Y solo si excede de la sumatoria de ambas, es sujeta a reducción por parte de los otros legitimarios. Permitiendo la interpretación de que al mencionar al "descendiente" o al "conyuge", en lugar de al legitimario o al heredero, este derecho les corresponde en su carácter de tales. Es decir, fortaleciendo la interpretación que la legítima se fundamenta en el parentesco, y no en la vocación hereditaria.

Pero el artículo 2387 es determinante: al establecer que el "el descendiente o cónyuge que renuncia a la herencia pueden conservar la donación recibida… hasta el límite de la porción disponible", sienta un claro indicio. El legitimario es tal en su carácter de heredero; caso contrario, es un extraño al cual sus beneficios deben imputarse en la porción disponibles.

En este sentido, el Código Civil de la Argentina, con una redacción bonita y técnicamente pulida, se suma a las filas de los *pars hereditatis*. O como lo he definido, un sistema legitimario positivo con vocación legitimaria sucesoria.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA – SU FUNDAMENTO

Los diferentes criterios de clasificación de los sistemas legitimarios fueron una breve excusa para plantear que estos sistemas son diferentes. Y que, en consecuencia, no tienen las mismas características en todos los ordenamientos. A mayor abundamiento, es una institución jurídica innegablemente innecesaria para el sistema sucesorio; desde que existen varios

ordenamientos jurídicos que no la contemplan dentro de las normas para la transmisión de los bienes del causante.

En otras palabras, si bien la mayoría de los sistemas legitimarios conciben a la legítima como una consecuencia de la vocación hereditaria, esto *no es necesariamente así*. Y son numerosos los autores como, Goyena Copelo y Alfaro Guillen, quienes citan diversas fuentes que entienden que la legítima puede encontrar su fundamento en una vocación diferente a la hereditaria. Sin perjuicio de entrar en un debate acerca de cuál es correcto y cual no, la realidad es que la existencia misma del debate hace que no se pueda ignorar que los sistemas legitimarios *pueden ser distintos, aunque en su mayoría sean iguales*.

Si queremos plantear la conveniencia o inconveniencia de algo, es necesario saber de lo que estamos hablando. Pero planteado como hemos venido haciendo el análisis, cabe la pregunta, ¿qué es lo que hace que consideremos a la legítima como tal?

Lo que he planteado como sistemas legitimarios reconocen la misma evolución histórica, aunque beben de raíces diferentes. Los sistemas legitimarios encontraban en Roma y en los pueblos germanos una herramienta de concentración de recursos y de disrupción de inequidades. Podríamos plantear que el sistema germano no hizo más que romanizarse; y que, por el otro lado, el sistema del imperio Romano encontró en la Legítima una herramienta para limitar los abusos del *pater*. Pero plantear a la legítima como un evolución histórica no hace más que describir su desarrollo. Bajo ningún punto de

vista podríamos caer en la vacua ecuación que reduce la naturaleza de una institución al desarrollo de su evolución histórica. Ello porque todas las instituciones son el resultado de una evolución histórica.

El planteo de una *naturaleza jurídica de todos los sistemas legitimarios* parece, al menos, ambicioso. Nos llevaría al análisis de todos los sistemas legitimarios existentes, para encontrar sus diferencias y sus similitudes. Ello es ajeno a los recursos para este trabajo, y a su longitud. Aunque si podemos abstraer los conocidos para plantear una primera aproximación.

Entiendo que la mejor forma de acercarnos a su naturaleza podría estar en los fundamentos que se den para su instauración.

En ese sentido, se puede plantear que los sistemas legitimarios encuentran su fundamento en el carácter familiar de la sucesión patrimonial. Es decir, que los sistemas legitimarios encuentran su razón de ser en el afecto que existe entre los miembros de la comunidad a la que llamamos familia. Y que como cédula básica de la sociedad debe ser protegida e incentivada. La familia más allá del instinto humano reproductivo tiene una proyección afectiva y de contención; que no solo hace a la salud de una persona, hace a su identidad como persona.

El sistema legitimario se puede plantear desde este punto de vista, como un derecho de propiedad que las personas tienen, a efectos de no ver desmejorada su posición en la distribución

de los bienes que quedan luego de la muerte de un determinado pariente. En el carácter recíproco de los vínculos familiares, la legítima encuentra su razón de ser en el hecho de que los padres aprenden tanto como los hijos en el vínculo familiar. Si observamos la familia desde un punto de vista económico, al ser los individuos de la familia productivos, del enriquecimiento del padre no solo debe beneficiarse el padre. Este pondría a la legítima en un peldaño muy cercano al de la ganancialidad matrimonial.

Por otro lado, se pueden plantear que el fundamento de la legítima no radica en el vínculo familiar. Se fundamenta en su carácter asistencial. En otras palabras, la legítima existe para proteger que los legitimarios no sean desamparados; y que de la noche a la mañana no se vean afectados.

Esta interpretación del fundamento de la legítima como un sistema de contingencias la plantea también como un derecho de propiedad. Puesto que no podemos entender la previsión de las contingencias distinta a otras del mismo ordenamiento legal. De la misma manera en que la pensión por discapacidad es un derecho del pensionado, la legitima es un derecho del legitimario. Y es en ese sentido que la legítima puede tener una naturaleza mucho más rica que la simple limitación de la voluntad del testador.

Uno podría plantearse, de acuerdo con la clasificación positiva/negativa que he realizado, si conceptualizar la institución como un derecho de propiedad no sería solo propio de aquellos regímenes que la describen de esta manera. Pero

no es así. Si revisamos el repaso de la evolución romana de la institución, entenderemos que el límite que el pretor y la *ius civitas* le hicieron a la institución, fue porque les reconocieron un derecho previo a los herederos ignorados en las condiciones testamentarias. Puede o no haber sido expresamente al principio, pero finalmente se le atribuyó como una cuota que les corresponde por ley. Ese reconocimiento de un derecho natural se cristalizó en la legitima.

Ahora bien, si entendemos que la legítima es un derecho de los legitimarios, ¿necesariamente tenemos que plantearlo como un derecho en expectativa? Ello puesto que no tiene verdaderamente función hasta tanto el causante no haya fallecido. Y en ese sentido, vale la pena preguntarse si la imposibilidad de negociar la legítima en vida del causante es necesaria a la institución, o es también una cuestión de política legislativa.

Como dijimos al momento de hablar de la evolución del derecho germano, estos permitían los pactos de herencia. Y entendían a la legítima también dentro de sus instituciones. Por lo que pareciera que la imposibilidad de contratar sobre la legítima hereditaria es más bien una característica accidental; basada específicamente en el repudio que las legislaciones de fuente romana le tienen a la contratación sobre herencia futura.

Entonces, podemos plantear a la legítima como *un derecho de propiedad que una persona física tiene sobre bienes ajenos que conformaron el patrimonio de ciertas personas a las que suceden; el cual se encuentra suspendido hasta el momento de*

la muerte del causante, y puede estar sujeto a determinadas condiciones especiales según cada ordenamiento jurídico.

Con esta definición de la naturaleza jurídica de la legítima, realizamos una exclusión deliberada. El sistema del Código Civil de Méjico no reconoce la legítima; pero sí reconoce una obligación de alimentos a determinadas personas que se establecen en el artículo 1368. Esa obligación de alimentos encuentra los mismos fundamentos que la legítima hereditaria, en cuanto a su carácter asistencial; pero no recae sobre los bienes del causante. Es una obligación que el patrimonio del causante tiene para con los beneficiarios, y que puede ser adoptada por alguno o todos los herederos.

En ese sentido, el artículo 1374 determina inoficioso el testamento que no determine esa pensión; pero no determina parámetros cuantitativos o cualitativos sobre las cuales pedir algún complemento. Es una simple pensión, que cumple con el objeto asistencial que fundamenta la ética familiar. Por otro lado, las donaciones revocadas por el nacimiento de un hijo póstumo, solo se limitan al donatario sin efectos reipersecutorios (art. 2362).

En otras palabras, este sistema normativo encuentra los mismos fundamentos para la solidaridad familiar que la legitima. Pero no "grava" el patrimonio de las personas con un yugo invisible, conceptualizado como una porción de los bienes en favor de una persona determinada. No se reducen las donaciones, ni los legados, en la medida en que se respete

esta obligación alimentaria. La cual, a su vez, es subsidiaria a otros parientes, y tiene que existir realmente.

BREVE ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA LEGITIMA HEREDITARIA

Fundamental comenzar aclarando que este análisis es una simple introducción. Puesto que el estudio de la sucesión desde el punto de vista del *law and economics* nos debería introducir en el análisis de la concentración de riquezas y de la propiedad. Atento a las limitaciones propias de este trabajo, no puedo incluir en el análisis las cuestiones macroeconómicas; nos limitaremos a utilizar herramientas más propias de los análisis microeconómicos, vinculados a incentivos y a la asignación de recursos.

LOS INCENTIVOS

Lo primero que tenemos que preguntarnos es el motivo por el cual las personas acumulan riqueza hasta su muerte, en lugar de consumirla a lo largo de toda su vida. Partiendo del egoísmo propio del *homo economicus*, es contraintuitivo que este no aproveche al máximo sus beneficios en vida.

La primer respuesta que se puede dar, es que el hombre no sabe cuándo ha de morirse. Y en la expectativa de que eso suceda en un futuro lejano, capitaliza sus ingresos a efectos de poder prever contingencias. Pero, claramente esta respuesta encuentra un escollo en los sistemas de previsión social. Basta que el individuo separe una cuota de sus ingresos para destinarla a las primas correspondientes para su jubilación y su pensión, para que disfrute del resto a lo largo de su vida.

La segunda respuesta, es que las personas desean acumular para poder legarlo después de su muerte. Este interés en legar encuentra el mismo fundamento altruista que las donaciones; pero está sujeto a que él no pueda disfrutarlo más por su propio fallecimiento.

Posner entiende que un alto impuesto al acervo hereditario reduce este incentivo que tiene la persona a capitalizar en su vida; y sirve como un incentivo para que la persona disponga de los bienes en vida, en su favor o en favor de aquellos a quienes ellos quieren legar. Entonces se plantea, siempre desde la óptica del impuesto, que, si bien existen impuestos a las donaciones, estos regalos hechos en vida a los legatarios pueden ser planteados como servicios; y desde ese lugar eludir completamente la presión que el impuesto tiene sobre la herencia. El ejemplo es clarificante: cuando una persona capitaliza ahorra, los herederos debieran pagar impuestos cuando reciban ese capital. Ahora bien, si en lugar de ahorrar, el causante en vida le pagara la mejor educación a uno de sus hijos, le dejaría un bien mucho mayor que el dinero que le podría haber tocado en la herencia.

Finalmente, termina diciendo que este impuesto puede generar algún beneficio para el fisco. Pero que ese beneficio se determina en base a una transacción que es solo costo y ningún beneficio. Ello puesto que la distorsión que genera el impuesto lleva a que ese recurso en la sociedad esté alocado de una manera diferente a la que debiera.

Entiendo que la legítima hereditaria se puede plantear en el mismo análisis, con la diferencia de que no ingresa recurso alguno al fisco por el hecho de implementarla. Si el causante no está habilitado a disponer libremente de los bienes que quedan luego de su muerte, ¿qué incentivo tiene a mantener esos bienes en su patrimonio hasta el momento de su muerte?

Uno podría plantear que los legitimarios normalmente serían las mismas personas que él elegiría para distribuir. En dicho caso, ¿por qué imponerlas? Estamos restringiendo libertades sin ganar ningún beneficio.

Además, es revelador el análisis que utiliza para eludir el impuesto, que en nuestro caso sería la legítima. El causante puede eludir las disposiciones de *ius cogens*, disponiendo de su patrimonio en vida, en beneficio de uno de los legitimarios o de un tercero. Estos actos no necesariamente tienen que ser donaciones alcanzadas por las reducciones.

Es por esto por lo que los modernos códigos civiles tienen artículos como el 2391 del Código Civil Argentino, que determina que son colacionables no solo las donaciones, sino también toda "ventaja particular". Esto tiene dos inconvenientes en el análisis. El primero es que esta colación de ventajas sólo está limitada a los legitimarios; lo que quiere decir que si la ventaja está realizada a quien no es legitimario, no tiene por qué traerla a colación. Se me puede decir que es una cuestión de redacción de este artículo en particular; pero eso no resuelve la segunda cuestión: la probatoria. La prueba

de estas pequeñas erogaciones hechas a lo largo de toda una vida, resultan al menos difíciles en las particiones sucesorias.

Finalmente, podemos agregar un punto más: el incentivo que pueden tener los legitimarios en el afecto del causante. Al tener un derecho inalienable e intangible sobre su patrimonio, no están incentivados a mantener un vínculo familiar. Se podría plantear que el vínculo antecede al interés económico, que es su fundamento. Pero eso implicaría que son innecesarias las causales de desheredación. Si el vínculo es planteado como legitimario por su fortaleza, entonces no sería necesario regular la forma en que se pueden eliminar.

En consecuencia, desde el punto de vista de los incentivos, la institución de la legítima poco suma para el sistema sucesorio.

LA ASIGNACIÓN DE RECURSOS

El otro análisis que hace el autor mencionado radica en aquellos casos en los que el testamento determina una condición de ejecución permanente en su testamento, so pena de revocación. Claro está que estas condiciones no están permitidas en las mayorías de nuestros ordenamientos, pero sirven al análisis.

Plantea que una motivación que puede tener el causante es acumular la suficiente riqueza para poder proyectar su influencia en las generaciones futuras. Y esto lo haría estableciendo cargos en el uso de los bienes de la herencia; y pone el ejemplo de una persona que lega un inmueble a un municipio, con la condición de que lo usen para una plaza con juegos para niños.

Ahora bien, puede suceder que las condiciones de la ciudad cambien posteriormente, y que ese lugar sea ahora un sector industrial. Y que, en consecuencia, puede que no sea lo más conveniente tener una plaza en ese sector. O por allí cambia la reglamentación, y los juegos para niños pasan a estar prohibidos. En ese caso, ¿es convenientes mantener la voluntad del causante?

Plantea el autor que el dilema normalmente es falso. Puesto que, si la condición del legado es tan gravosa en términos de costo de oportunidad, el legatario simplemente dejara de hacerla porque los herederos le pagarán para dar un destino más eficiente al bien. Y si la condición se tornó de imposible cumplimiento, si el bien estaba bien alocado como recurso, su precio lo asignará. En el caso del ejemplo, si los juegos se prohíben, pero la plaza era un recurso útil al municipio, este la comprará a los herederos. Si no, simplemente se las devolverá y ellos darán un destino más eficiente al bien.

Sin embargo, mientras esta situación se mantenga hay una asignación ineficiente de recursos que se fundamenta en la voluntad de una persona que ya no existe más. Y esto no es un detalle menor; puesto que, si el causante estuviera vivo, este podría aclarar si es su voluntad que la plaza esté en el sector fabril. O si desea mantener la plaza sin juegos, cuando estos estén prohibidos.

El inconveniente es lo impredecible de estas situaciones y la imposibilidad del testador de hacer un legado que contenga todas las respuestas posibles. Es por eso que es recomendable

incorporar la doctrina del *Cy Pres*, que implica a los legatarios interpretar de manera flexible las condiciones determinadas en un legado. El análisis continúa, pero es irrelevante.

Entiendo que la legítima es como predeterminar un cláusula obligatoria en todos los testamentos, que les da un destino determinado: algunas personas físicas indicadas como legatarios. Puede ser que no sea la distribución en los legatarios el destino más eficiente para los recursos. Y es imposible que la legislación pueda prever de manera anticipada quienes son los destinatarios más eficientes.

Valga la salvedad, cuando hablo de eficiencia en la distribución no me refiero a eficiencia económica solamente. La podemos plantear en términos familiares y afectivos. Es absolutamente imposible para el legislador predeterminar de manera cierta en todas las sucesiones, que los legitimarios son aquellos que tienen un verdadero vínculo familiar con el causante. El caso extremo del hijo no reconocido que se descubre con posterioridad a la muerte del causante es un claro ejemplo. O la conviviente que no está reconocida en la legislación como legitimaria, es otro.

En otras palabras, la ley no puede determinar de manera previa quienes son los "legitimarios adecuados" de acuerdo con los afectos y a la composición familiar del causante. Salvo, claro está, que la familia no sea el fundamento de la legítima. Pero eso no es lo que se plantea casi unánimemente por todos los autores.

ANALISIS FINALES

Después de todo lo expuesto, queda reunir las diferentes piezas y dejar planteado el debate. Puesto que lo verdaderamente importante es que entendamos que hay determinadas cuestiones que creemos necesarias, pero no lo son. Solamente tienen la particularidad de que *siempre han estado allí*. La legítima es una institución que no responde a nuestra sociedad actual.

En primer lugar, la legítima romana ha evolucionado desde la total libertad del testador, en un régimen donde quien testaba era el auténtico dueño de todas las propiedades de la familia. Por lo tanto, el desplazamiento de los familiares cercanos del testador provocaba la verdadera ruina. Nuestro sistema jurídico actual no tiene esa particularidad. Hoy por hoy los legitimarios pueden tener algún interés en recibir los bienes que componen el patrimonio del causante, pero su subsistencia *no depende de ello*. Ello atento que ellos tienen la capacidad jurídica de procurarse sus propios bienes. Dicho esto, aclaro, que entiendo que muchas veces el patrimonio familiar *es el único patrimonio*. Pero esta cuestión asistencial no necesariamente se resuelve de la mejor manera mediante darle un derecho de propiedad sobre los bienes del *de cujus* al legitimario que sufre una contingencia económica.

En segundo lugar, la legítima germana partía de una concepción de la propiedad muy distinta a la nuestra. Nuestra concepción de la propiedad privada ha sido limitada en el último siglo, y siguen avanzando las regulaciones sobre el libre

ejercicio de la propiedad. Esto es claramente deseable, porque está interpuesto el interés público en evitar el abuso de derecho de la propiedad privada. Pero en este caso, estamos hablando de intereses privados. ¿Por qué ponderar como prioritario el derecho de los sucesores al patrimonio del causante, al derecho del causante en sí para disponer en su vida de su propiedad? En la tradición germana, la propiedad no era exactamente privada, por más que tuviera un titular exclusivo; y ello se traducía a su sistema normativo sucesorio. Pero nosotros no conocemos la propiedad de ese modo, y entiendo que más allá de algunas excepciones propias de los pueblos originarios de nuestro continente, la mayoría de las comunidades latinoamericanas no la quisieran entender así.

Entonces, si no tenemos el sistema de derecho de familia romano, ni tenemos la propiedad regulada de modo germano, ¿por qué mantener una institución que nos es ajena? Se podría plantear que el devenir de la historia y la evolución de nuestros sistemas normativos las ha incorporado, pero ¿forman parte de nuestra identidad como sociedad? ¿Está tan arraigada la institución de la legítima, que no podemos pensar nuestro sistema sucesorio sin ella?

Otra de las cuestiones que nos tenemos que plantear, es que el análisis siempre se hace desde el caso "difícil". Es decir que pensamos la reducción de las donaciones, las limitaciones a la disponibilidad, la restricción de los actos, todo para evitar el caso en que un legitimario es injustamente dejado de lado por el causante. ¿Cuántos son estos casos? Planteamos una restricción, prácticamente canónica, sobre las disposiciones a

título gratuito solo para evitar alguna esporádica injusticia. En la realidad de los casos, nuestras familias dispondrán en el orden que establece supletoriamente la ley; y si hay alguna inequidad, será para corregir alguna inequidad previa realizada en vida del causante. Pero en su gran mayoría las sucesiones no cambiarán. Derogar la legítima no va a implicar una horda de testadores, corriendo en masa a perjudicar a desamparados legitimarios.

Uno podría plantear, como se ha hecho hasta ahora en doctrina, que para lograr un sistema más justo basta con reducir las alícuotas de la legítima. Pero el inconveniente no es cuantitativo, es cualitativo. La existencia de un gravamen de semejante magnitud sobre los bienes de una persona, el cual no se puede cuantificar hasta su muerte, genera una incertidumbre que limita y plantea un costo muy alto en la disponibilidad de los bienes. **No basta con reducir las alícuotas, puesto que no es posible predeterminar quienes serán los legitimarios. Siempre corremos el riesgo de que aparezca un legitimario ignorado, como un hijo no reconocido.** En consecuencia, la intangibilidad que reviste la legítima siempre será un riesgo por más o menos tiempo. Y en ese tiempo, el donatario se verá limitado en la disponibilidad de lo donado, el testador tendrá incertidumbre en las disposiciones testamentarias realizadas, y la posible contratación patrimonial familiar se plantea en bases inestables.

Pero más allá de la circulación de las donaciones, existe un problema aún mayor. Más allá de que la ley pueda definir amplia o restrictivamente quienes son las personas que tienen

esta vocación legitimaria, puede suceder que las cuestiones sean más complejas. Por allí no basta con incorporar al conviviente, o al hijo del conviviente; por allí el vínculo familiar más fuerte que tiene una persona es la de su sobrino al que su hermana abandonó a su cargo. O el del abuelo que le brindó su contención y su educación, cuando el padre lo abandonó. **No puede la ley, con el carácter general que esta tiene, predeterminar de manera equitativa la definición de familia de manera imperativa**. Si el fundamento de la legítima hereditaria es el afecto familiar, está sobrado de casos que demuestran que la familia no siempre es la que comparte los lazos sanguíneos más directos. ¿Quién mejor que el testador para determinar quién es su familia? Es en el testamento en el que tenemos que fundar estas aclaraciones. Y dejar de lado concepciones patriarcales de familia que nos son fundamentalmente ajenas en los albores de la segunda década del siglo XXI.

Incluso la calificación de los vínculos que uno considera familia no resuelve la situación. Aun así, el legislador inventara una calificación fantástica, cuasi contrato perfecto, **la composición familiar de una persona es un concepto dinámico**. El sistema de la legítima hereditaria está planteado en un mundo donde la esperanza de vida era sustancialmente menor; y donde la familia era una sola para toda la vida. En nuestro mundo actual, es *imposible* predeterminar como va a estar compuesta la familia. Sucede que se nos plantea la situación de armar diferentes familias a lo largo de toda la vida. Y todas ellas deberán concurrir al momento de la muerte del titular de los

bienes. Cada uno con sus diferentes patrimonios, relaciones, derechos y obligaciones; pero, principalmente, con sus propias pretensiones. Le estamos quitando al causante la posibilidad de distribuir los bienes de la manera que mejor vea, de acuerdo con el conocimiento profundo que él tiene de sus vínculos.

En fin, por todos estos planteos, entiendo que lo más sano es *erradicar la legítima de nuestros derechos*. Que sea una nota al pie de cuando nuestro sistema sucesorio era patriarcal, y nuestro derecho civil se comportaba como la policía de las familias. Que comparta el lugar que le corresponde en la historia del derecho; junto con las capellanías, los mayorazgos, y la esclavitud. Un recordatorio de cuando las cosas estaban peor.

PONENCIAS

Atento a todo lo expuesto, la ponencia es solamente una, y de lege ferenda:

- Eliminar los sistemas legitimarios de la regulación de la sucesión.
- Proponer su substitución por sistemas que hagan hincapié en una pensión de los familiares que tuviera a cargo. La pensión debiera ser subsidiaria y su ausencia, de ser necesaria, implacaría la inoficiosidad del testamento.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AA.VV. Artículos 2444, 2445. Código Civil y Comercial de la Nación: Comentado, Anotado y concordado. Modelos de

Redacción Sugeridos. Coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas. Buenos Aires, Astrea – FEN, 2015 (Tomo VIII).

- AA.VV. Black's Law Dictionary. 8ed, Estados Unidos, Thomson West, 2004.
- ARGUELLO, Luis Rodolfo, "Manual de Derecho Romano: Historia e instituciones" - 3° ed, Buenos Aires, Astrea, 2007
- ALFARO GUILLÉN, Yanet. "Autonomía de la sucesión legitimaria: precisiones para consolidar una teoría necesaria" EN: DFyP 2017 (diciembre), 15/12/2017. Cita Online: AR/DOC/2995/2017.
- POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. 1ed, Boston, Editorial Little Brown and Company Law Book Division, 1992.
- GOYENA COPELLO, Héctor R. Tratado del Derecho de Sucesión. 2ed, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2007.
- ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil / Derecho de las Sucesiones. 5ed, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, 2008.

LEGISLACIÓN

- Ley Nacional. N° 59. Asamblea Nacional del Poder Popular. La Habana, Cuba. Gaceta Oficial de la República de Cuba. 17/07/1987.
- Ley Nacional. N° 59. Asamblea Nacional del Poder Popular. La Habana, Cuba. Gaceta Oficial de la República de Cuba. 17/07/1987.
- Ley Nacional. N° 57. Colombia. 1887.
- Decreto Legislativo. N° 295. Congreso de la República del Perú. Lima. "El Peruano" 24/07/1984.
- Ley Nacional. N° 16.603. Asamblea General de la república Oriental del Uruguay. Montevideo. 19/10/1994.

- Ley Nacional. N° 1183/85. Congreso de la Nación Paraguaya. Asunción. 23/12/1985.
- Decreto Ley. N° 12760. Presidencia de la República de Bolivia. La Paz. 06/08/1975.
- Ley. N° 30. Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. San José. 26/04/1886.
- Decreto Presidencial. Código Civil Federal. Mexico. Diario Oficial de la Federación 26/05/1928, 14/07/1928, 03/08/1928, 31/08/1928
- Decreto con Fuerza de Ley. Texto refundido, coordinado y sistematizado del codigo civil y otras leyes. Presidencia de la Nación. Santiago de Chile. 16/05/2000.
- Ley. N° 10.406. Congreso Nacional. Sao Pablo. 10/01/2002.

Gustavo Dal Molin de Oliveira- Sétimo Tabelião de Notas e Oficial de Registro de Contratos Marítimos de São Luís, Maranhão

O PACTO ANTENUPCIAL E OS LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA

Sumário: 1. Introdução; 2. Pacto antenupcial; 2.1 Disposições patrimoniais; 2.2 Disposições extrapatrimoniais; 3. Limites à autonomia privada; 3.1 Direito civil brasileiro; 3.2 Direito internacional privado; 3.3 Direito comparado; 3.4 Direito comunitário ou de integração; 4. Conhecimento pertinente; 4.1 Deontologia notarial; 4.2 Questões pós-modernas. 5. Conclusões; 6. Proposição. Referências.

Resumo: O pacto antenupcial é um contrato facultativo à disposição dos casais que queiram disciplinar as relações patrimoniais entre si e perante terceiros, podendo estipular ou mesclar regime de bens; além de permitir estipulações de caráter não patrimonial, ou seja, o estabelecimento de regras de convivência para a futura entidade familiar fundada no casamento civil. Contudo, a autonomia privada do casal não é absoluta. Este artigo trata da autonomia privada contratual em direito de família e dos limites impostos ao conteúdo da convenção antenupcial, seja por contrariar questão de ordem

pública, por violar direitos fundamentais ou por transgredir disposição absoluta de lei.

Palavras-chave: Pacto antenupcial. Autonomia privada. Limites. Ordem pública. Direitos fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

Pacto antenupcial é um contrato típico de direito de família pelo qual, antes da celebração do casamento, os nubentes podem estipular quanto aos seus bens o que lhes aprouver. O estudo do tema é relevante para notários, especialmente porque o instrumento público é da substância do ato, que será nulo se adotar forma diversa.

O problema consiste, então, em saber: Qual o conteúdo do pacto antenupcial? Quais cláusulas e disposições são lícitas? Quais os limites impostos aos nubentes?

Conhecer as respostas destas questões é fundamental para que o notário possa receber, qualificar e formalizar juridicamente a vontade das partes, redigindo a escritura pública em conformidade com o direito privado contemporâneo.

A globalização e a integração dos Países do Cone Sul deram origem às famílias internacionalizadas, cujos laços afetivos, parentais e patrimoniais vão além-fronteiras. Em sua formação, deve o notário buscar conhecimento pertinente à nova

realidade, novas demandas sócio jurídicas e demais questões pós-modernas.

Através da revisão bibliográfica, e da pesquisa na legislação e jurisprudência, buscaremos identificar as disposições patrimoniais e extrapatrimoniais permitidas aos contratantes do pacto antenupcial, assim como os limites à autonomia privada, tanto no direito pátrio como no direito comparado, especialmente dos países participantes do Notariado Jovem do Cone Sul.

2. PACTO ANTENUPCIAL

Ao versar sobre o direito patrimonial, no livro dedicado ao direito de família, o Código Civil brasileiro vigente desde 2003 estabelece que "é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver".[2] Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro manteve a tradição luso-brasileira de dar aos nubentes liberdade para contratação do pacto antenupcial e estipulação do regime de bens, restando supletivo o regime legal,[3] que

[2] BRASIL, Lei 10.406/2002 (Código Civil), art. 1.639. O dispositivo reproduz integralmente o texto do artigo 256 do primeiro Código Civil brasileiro (Lei 3.071/1916), revogado a 11 de janeiro de 2003.

[3] O direito civil brasileiro sempre contemplou dois regimes legais. O primeiro é o que o Código Civil manda aplicar de forma supletória ou residual, seja no silêncio das partes, seja em caso de nulidade ou ineficácia do pacto antenupcial; foi o da *comunhão de bens* até o início da vigência da Lei do Divórcio e, então, a partir de 27 de dezembro de 1977, passou a ser o da *comunhão parcial de bens*. O outro regime legal é o da *separação de bens*, cuja obrigatoriedade a lei impõe às pessoas mencionadas no artigo 1.641 do Código Civil vigente.

somente será aplicando não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz.[4]

De Plácido e Silva (2007, p. 994) explica que pacto antenupcial:

É a denominação dada, em sentido geral, a toda convenção promovida pelos nubentes, anteriormente ao casamento, para estabelecer o regime matrimonial de bens, ou para regular, como bem o entenderem, respeitadas as regras legais, as relações econômicas entre eles, após o casamento.

No Brasil, a elaboração do pacto antenupcial sempre foi atribuída aos tabeliães. Durante o processo de colonização brasileira, que perdurou do início do século XVI a meados do século XIX, aplicava-se à colônia a legislação da metrópole portuguesa.[5] Mesmo com a independência do Reino do Brasil, declarada a 7 de setembro de 1822, o então Brasil Monárquico seguiu utilizando parte da legislação portuguesa por força da Lei de 20 de outubro de 1823, na medida em que permaneceriam em vigor as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos Reis de

---

[4] BRASIL, Lei 10.406/2002 (Código Civil), art. 1.640. O dispositivo reproduz parcialmente o texto do artigo 258 do Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pela Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio). Os Decretos n. 5.604/1874 (art. 63, 10°) e n. 9.886/1898 (art. 70, 9°) que são precursores do sistema de registro civil das pessoas naturais, determinavam que o assento de casamento deveria conter declaração do regime matrimonial, com menção à escritura antenupcial e a substância dela quanto ao regime de bens. A exigência foi mantida pela Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73), devendo ser exarado no assento de casamento o regime de bens, com declaração da data e do serviço notarial em cujas notas foi lavrada a escritura pública de pacto antenupcial, quando o regime não for o legal.

[5] Título XLVI do Livro Quarto das Ordenações Filipinas: "Todos os casamentos feitos em nossos Reinos e senhorios se entendem serem feitos por *Carta de ametade*; salvo quando entre as partes outra coisa for acordada e contratada, porque então se guardará o que entre eles for contratado".

Portugal, pelas quais o Brasil se governava até 25 de abril de 1821, até que fossem gradativamente revogadas e substituídas pela legislação nacional.

No início do século XIX, Correa Telles (1830, p. 120-121) já explicava que, em geral, são lícitos todos os pactos antenupciais, contanto que não sejam contrários aos bons costumes. E tratou de exemplificar, como contrárias à ordem pública, aquelas cláusulas pelas quais: o marido não pudesse acusar a mulher por adultério; a mulher ficasse obrigada a guardar perpétua viuvez, sob pena de perder o dote; o marido estivesse sujeito à mulher.

Diante da reformulação dos serviços dos tabelionatos e da nova codificação civil portuguesa,[6] Annibal Augusto de Mello (1907, p. 109-110) elaborou minuta de escritura pública de pacto antenupcial já não mais conformada com as Ordenações, mas com supedâneo no artigo 1.096 do Código Civil Português, segundo o qual é lícito aos esposos estipular, antes da celebração do casamento, e dentro dos limites da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente a seus bens.

Ao comentar o Código Civil Português, José Dias Ferreira (1870, v.3, p. 49) sustenta que fogem aos limites da lei as convenções antenupciais que violam princípios de ordem pública:

[6] O Código Civil Português iniciou a vigência a 22 de março de 1868, consoante carta de lei de 1º de julho de 1867; e por força do disposto na mesma lei, e no decreto de 18 de novembro de 1869, passou a vigorar nas possessões ultramarinas a 1º de julho de 1870 (cf. FERREIRA, 1870, v.1, p. V).

Mas por mais que a lei favoreça os contratos matrimoniais sobre os bens dos cônjuges, não pode autorizar as convenções que entendem com objetos e interesse público, como são a ordem da sucessão, e os direitos de pais e de cônjuges, artigo 1103.

Assim, seria nula a estipulação de que os ascendentes herdariam de preferência aos descendentes, de que os cônjuges, tendo herdeiros legitimários, poderiam dispor além da quota legal, de que a mulher seria o chefe da família, de que qualquer dos pais renunciaria ao poder paternal, de que o divórcio e a emancipação teriam lugar fora dos casos prescritos na lei, etc.

Estas cláusulas são de tal maneira contrárias, já às indicações da própria natureza, e já aos bons costumes, ao decoro social e à ordem pública, tão intimamente ligados com a boa organização da família, que a lei não poderia admiti-las sem ferir profundamente a constituição da sociedade familiar, base da sociedade em geral.

O primeiro Código Civil brasileiro começou a vigorar a 1º de janeiro de 1917, trazendo a seguinte regulamentação sobre o pacto antenupcial: obrigatoriedade da forma pública (art. 134, I; art. 256, parágrafo único, I); liberdade de estipulação do regime de bens e das avenças patrimoniais (art. 233, II; art. 256; art. 278; art. 312); reputar não escrita a cláusula que prejudique direitos conjugais ou paternos, ou que contravenha disposição absoluta da lei (art. 257); a validade contra terceiros depende

da inscrição da escritura pública no registro imobiliário (art. 261).

Clóvis Beviláqua (1979, p. 637) comentou a necessidade de escritura pública:

Devem ser reduzidas a escritura pública. São relações da mais alta importância, que se regulam; é a base econômica da família, que se estabelece; há interesses recíprocos dos cônjuges, interesses dos filhos, que se esperam, e, ainda, interesses de terceiros, que exigem a firmeza e a solenidade da escritura lavrada por notário.

O novo Código Civil, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, regulamenta as convenções antenupciais de maneira semelhante: é nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento (art. 1.653); é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (art. 1.639); é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei (art. 1.655); as convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges (art. 1.657).

A opção do legislador pátrio pela forma pública conclama o notário a intervir nos negócios jurídicos a que as partes devam dar forma legal; formalizar juridicamente a vontade das partes; redigir ou autorizar a redação dos instrumentos adequados; conservar os originais e expedir certidões.

Conforme lição de Gustavo Tepedino (2012, p. 7-8):

A forma insere-se, na técnica do direito civil, como elemento essencial na ordem pública, representando, na tradição romano-germânica, instrumento para a proteção dos contratantes, que têm no oficial do registro o intérprete, o decodificador de intenções negociais nem sempre claras, o promotor da igualdade formal e substancial entre as partes.

Por sua vez, Cláudia Lima Marques[7] destaca que uma das formas de proteção da parte mais frágil na relação contratual é a imposição, pela legislação, de formalidades, ou da adoção de uma forma mais solene.

Uma vez que incumbe ao notário decodificar as intenções negociais das partes e proteger a pessoa mais frágil na relação contratual, promovendo a igualdade formal e substancial entre as partes, o instituto do pacto antenupcial não pode receber análise superficial, tampouco limitar-se à delimitação vaga e inconclusiva de que as partes podem dispor o que lhes aprouver, contanto que não contravenham a ordem pública.

Atualmente, o debate em torno do pacto antenupcial é mais rico em detalhes. "Ao aprofundar-se no tema, indaga-se, em primeiro lugar, se o conteúdo do pacto antenupcial deve se limitar às relações patrimoniais ou se é lícito aos nubentes dispor sobre situações jurídicas existenciais" (TEPEDINO, 2016,

[7] "A nova concepção social levará a um renascimento do formalismo, pois o dever de empregar determinadas formas para o nascimento de obrigações jurídicas representa uma proteção extra para os contratantes menos preparados. A forma leva o contratante a pensar na seriedade do ato que está empreendendo, contribui para que este conheça o teor da obrigação que está assumindo ou, pelo menos, protege e dá publicidade do ato para terceiros" (MARQUES, 2016, p. 277).

p. 487). Ademais, deve-se investigar os limites impostos à autonomia privada pela nova ordem constitucional.

2.1 Disposições patrimoniais

O direito civil brasileiro informa dois regimes legais, que disciplinam as relações patrimoniais das famílias fundadas no casamento ou na união estável.

Com efeito, o regime legal da comunhão parcial de bens será aplicado de forma residual, seja pela inexistência, nulidade ou ineficácia da convenção antenupcial firmada pelos nubentes antes do casamento, nos termos do art. 1.640 do Código Civil; seja pela inexistência de previsão contratual escrita firmada pelos companheiros, elegendo outro regime de bens, na forma do art. 1.725 do Código Civil. Tanto no casamento civil como na união estável, leciona Afrânio de Carvalho (1980, p. 370), "para afastar o regime comum, que é agora o da comunhão parcial, é preciso que haja escolha antecipada, expressa e solene, de um dos três outros regimes".

Quando obrigatório o regime da separação de bens, por força do artigo 1.641 do Código Civil,[8] o casal não terá a faculdade de optar pelos demais regimes de bens: comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens ou participação final nos aquestos. Contudo, existe debate doutrinário quanto à possibilidade de celebração de pacto antenupcial para

[8] Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

estipulação, no âmbito do regime legal da separação de bens, do afastamento contratual da incidência da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.[9] Zeno Veloso, José Fernando Simão, Flávio Tartuce e outros civilistas de escol defendem a possibilidade de afastamento total ou parcial da incidência da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal mediante pacto antenupcial; e, ainda, que os já casados pelo regime legal da separação de bens podem pleitear em juízo a modificação do regime de bens, para estipular o que lhes aprouver quanto à comunicação ou incomunicabilidade dos aquestos. O Corregedor Geral de Justiça de Pernambuco, Jones Figueiredo Alves, baixou o Provimento nº 08/2016, pelo qual impôs aos oficiais de registro civil das pessoas naturais o dever de esclarecer aos nubentes sobre os exatos limites dos efeitos do regime de separação obrigatória de bens, onde comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento; impondo-lhes, ainda, o dever de cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por meio de pacto antenupcial. Manifestou-se, então, outra corrente doutrinária, da qual participam Tomás Olcese e Vitor Frederico Kümpel, que coloca em dúvida a possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal por meio de pacto antenupcial, e lança objeções ao Provimento nº 08, de 30 de maio de 2016, da Corregedoria-Geral de Justiça pernambucana.

[9] Enunciado 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

Em recente decisão, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo permitiu o afastamento da incidência da súmula 377 do STF, por pacto antenupcial. Referida decisão ressalta que não se trata de substituir o regime de separação obrigatória pelo regime de separação de bens total ou convencional, efetivamente inadmissível, dada a diversidade de regramentos entre ambos; mas da faculdade conferida aos nubentes de manter o regime de separação obrigatória, vigente em todos os seus termos, com o reforço protetivo de incomunicabilidade dos aquestos definida por pacto antenupcial.[10]

Com exceção daqueles a quem a lei impõe o regime da separação de bens,[11] os nubentes podem valer-se do pacto antenupcial para optar pelos regimes da comunhão universal, separação total de bens, participação final nos aquestos, criar um regime misto ou híbrido e, mesmo no caso de optar pelo regime da comunhão parcial de bens, dispor quanto a seus bens da maneira que lhes aprouver. Isto porque "autoriza o art. 1.639 do Código Civil aos nubentes a fixação prévia de normas relativas ao regime de bens, não havendo qualquer restrição ao estabelecimento de regimes híbridos ou mesmo de outra forma não prevista em lei", conforme lição de Gustavo

[10] DECISÃO. Aprovo o parecer do MM. Juiz Assessor da Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto, dou provimento ao recurso administrativo, para que se dê seguimento à habilitação para casamento, com adoção do regime de separação obrigatória de bens, prevalecendo o pacto antenupcial que estipula a incomunicabilidade absoluta de aquestos. Publique-se. São Paulo, 6 de dezembro de 2017 (Recurso Administrativo 1065469-74.2017.8.26.0100, parecer de Iberê de Castro Dias, juiz assessor da Corregedoria, aprovado por Manoel de Queiroz Pereira Calças, corregedor-geral da Justiça, em 6 de dezembro de 2017, publicado em 23.01.2018).

[11] BRASIL, Lei 10.406/2002 (Código Civil), art. 1.641.

Tepedino (2016, p. 487), cujo entendimento é seguido por outros autores.[12]

É possível que o pacto antenupcial estipule doação *propter nuptias*, ou seja, em contemplação do futuro casamento;[13] e o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela exigibilidade de promessa de doação feita em convenções antenupciais.[14]

Causa controvérsia doutrinária a possibilidade de estipulação de indenização ao fim do casamento, seja por divórcio consensual ou por culpa de um dos cônjuges. Luciana Faisca Nahas defende que a cláusula é possível e que poderia ser classificada como uma promessa de doação, ao fim do casamento, de quantia de dinheiro previamente estipulada, condicionada ou não à durabilidade do casamento, ficando, pois, "sujeita às mesmas limitações e regramentos relativos às doações" (NAHAS, 2018, p. 234). Contudo, a doutrina alerta para a necessidade de aferir-se, no caso concreto, se o acordo faz

---

[12] "Além da escolha de alguns dos regimes tipificados expressamente no Código Civil – comunhão parcial, comunhão universal, separação de bens e participação final nos aquestos, é lícito às partes contratarem um regime de bens misto, mesclando regras dos existentes (NAHAS, 2008, p. 231)". Lafayette Rodrigues Pereira (2004, p. 135) já defendia que os nubentes podem escolher um dos regimes, "modificá-los e combiná-los entre si de modo a formar uma nova espécie".

[13] BRASIL, Lei 10.406/2002 (Código Civil), art. 546. A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.

[14] REsp 1355007/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 10/08/2017.

por merecer proteção jurídica, pois não se pode precificar o afeto nem tampouco as liberdades existenciais.[15]

Caso o pacto antenupcial e o casamento sucedam período de união estável, percebe-se divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade das convenções antenupcial versarem sobre o regime patrimonial da união estável, quanto aos bens adquiridos pelo casal no passado, ou mesmo quanto à possibilidade de retroagir os efeitos do regime de bens pactuado para o casamento futuro.

Admitiu-se o pacto antenupcial como documento escrito para regular os efeitos patrimoniais da união estável, no período compreendido entre a outorga da escritura pública e a celebração do casamento.[16] Por sua vez, em recente decisão, não se reconheceu efeitos retroativos ao pacto antenupcial que elegeu o regime da separação de bens, de modo que a partilha dos bens adquiridos no período de união estável anterior ao casamento deu-se pelas regras do regime legal, com aplicação das normas regentes do regime de comunhão parcial de bens.[17]

---

[15] De acordo com Gustavo Tepedino (2016, p. 489), "tem-se notícias de casos em que o casal prevê indenização progressivamente crescente de acordo com o período de convivência. Também aqui não parece persistir impedimento legal apriorístico para tal avença, como observado em doutrina. Convém verificar, no caso concreto, o merecimento de tutela da avença, evitando-se evidentemente qualquer tipo de precificação da liberdade existencial ou a submissão dessa à remuneração pecuniária".

[16] REsp 1483863/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 22/06/2016.

[17] AgRg no REsp 1427918/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015. Registra-se a opinião em contrário de Luciana Faisca Nahas (2018, p. 234): "Em algumas situações, as partes mantêm união estável anterior à celebração do casamento sem ter formalizado nenhum tipo de convenção a respeito, até porque legalmente dispensável. No entanto, ao solenizar o casamento, decidem aproveitar os

Importante ressaltar que, no caso do casamento dos septuagenários, há uma previsão legal excepcional[18] que permite-lhes a livre escolha do regime de bens, condicionada à comprovação de união estável iniciada antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por dez anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos.[19]

Dentre as disposições de caráter patrimonial no pacto antenupcial, talvez a mais polêmica seja quanto à possibilidade ou não dos nubentes renunciarem ao direito sucessório concorrencial, previsto no artigo 1.829 do Código Civil. Rolf Madaleno (2018, p. 94) advoga a tese da possibilidade da renúncia no pacto antenupcial:

De qualquer sorte, adotando eles o regime convencional da separação de bens, ao tomarem esta resolução de renúncia recíproca dos direitos sucessórios concorrenciais convencionam com a mesma amplitude e autonomia que lhes permitiu abdicar de eventuais meações.

Mário Luiz Delgado (2019) sustenta que "permitir a renúncia ao direito concorrencial não configura ato imoral, assim como não o é renunciar à meação, até mesmo porque se insere no

---

debates de ordem patrimonial para regular os efeitos da união estável. Assim, inclui no pacto antenupcial cláusula reconhecendo a união estável, e pactuam os seus efeitos.
Tal disposição tem objetivo reconhecimento e efetividade pelas cortes pátrias, incluindo retroagindo efeitos da separação de bens ao início da união estável, se assim disposto".

[18] BRASIL, Lei Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), art. 45. Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, nº II, do Código Civil.

[19] REsp 402.697/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2004, DJ 29/11/2004, p. 315.

quadro mais amplo da autonomia patrimonial da família", e que a possibilidade de renúncia por pacto antenupcial independe de alteração legislativa do artigo 426 do Código Civil, que veda o pacto sucessório ou *pacta corvina*.

Apesar do apoio doutrinário, a tese não prosperou nos tribunais. Pelo menos em duas oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça rejeitou a possibilidade da exclusão do cônjuge sobrevivente da sucessão do *de cujus* pelo pacto antenupcial.

Em 2011, a decisão destacou que o novo Código Civil trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima; frisou que em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge ao regime de bens adotado no casamento; e, então, concluiu que o artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei.[20]

Por sua vez, em 2014, a decisão considerou que o intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845 do Código Civil), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social; para, então, concluir que o concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo

[20] REsp 954.567/PE, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011.

nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil. [21]

Ainda prevalece o entendimento de que, no campo do Direito das Sucessões, a autonomia privada deve manifestar-se pela liberdade de testar.

Diferentemente do divórcio, da separação e da extinção da união estável que somente poderão ser realizados por escritura pública quando não houver nascituro,[22] no caso do pacto antenupcial o estado gravídico da nubente não é impedimento para a outorga da escritura pública, sendo desnecessária a intervenção de representante do Ministério Público como curador de nascituro.[23]

Por fim, uma importante questão de direito internacional privado brasileiro diz respeito à hipótese dos nubentes serem domiciliados em países diferentes, quando então o regime de bens, legal ou convencional, obedecerá à lei do país do primeiro domicílio conjugal.[24] Se o casamento for celebrado no exterior, mas o primeiro domicílio conjugal for o Brasil, então

---

[21] REsp 1472945/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 19/11/2014.

[22] BRASIL, Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), art. 733, *caput*.

[23] REsp 178.245/SC, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 06/03/2006, p. 389.

[24] BRASIL, Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), art. 7º, § 4º.

aplicar-se-á a lei brasileira,[25] merecendo especial atenção o disposto na cabeça do artigo 1.640 do Código Civil.[26]

2.2 Disposições extrapatrimoniais

No Brasil, a doutrina não é unânime quanto à possibilidade de utilização do pacto antenupcial para regular questões extrapatrimoniais ou existenciais, destinadas a regulamentar convivência familiar, a educação dos filhos, dentre outras questões.

A corrente majoritária entende que o pacto antenupcial deve ter conteúdo eminentemente patrimonial, seja pela redação do artigo 1.639 do Código Civil, seja pelo fato do legislador ter versado sobre o assunto no Título II (Do Direito Patrimonial) do Livro de Direito de Família.[27]

De acordo com Luiz Edson Fachin (2003, p. 187), "o pacto tem um conteúdo eminentemente patrimonial. Recaindo sobre o

---

[25] REsp 134.246/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2004, DJ 31/05/2004, p. 300.

[26] "Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial".

[27] "No que tange ao conteúdo desse pacto ou convenção antenupcial, há entendimentos divergentes, ou seja, se somente devem nele constar disposições de caráter patrimonial ou se, a par dessas, também as de natureza pessoal ou pecuniária não relacionadas a regime de bens. (...) Adotamos o primeiro desses entendimentos, pois, além da concordância com os dois primeiros juristas supracitados [Maria Helena Diniz e Washington de Barros Monteiro], consideramos que, por força de específica previsão legal, o novo Código, como o fazia o de 1916, contempla o pacto antenupcial e lhe reserva capítulo próprio, com vinculação a subtítulo denominado 'Do Regime de Bens entre os Cônjuges', que, de sua vez, integra o Título II, referente ao Direito Patrimonial de Família" (MANFRÉ, 2003, p. 37-38). O autor ressalta o entendimento contrário de Zeno Veloso e Maria Alice Zaratin Lotufo.

patrimônio, não apenas deve constar a escolha do regime, como pode também conter outras disposições patrimoniais (...)".

Maria Helena Diniz (2011, p. 446) ensina que "o pacto antenupcial deve conter tão somente estipulações atinentes às relações econômicas dos cônjuges".

Deise Maria Galvão Parada (2008, p. 100-101) sustenta que "as cláusulas do pacto só podem conter elementos das relações econômicas entre os cônjuges, não admitindo aquelas que tenham conteúdo pessoal" e rechaça inclusive cláusulas de cunho pecuniário não relacionadas ao regime de bens pactuado pelo casal.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 240) adotam o mesmo entendimento quanto ao conteúdo do pacto antenupcial:

(...) o seu conteúdo é restrito, exclusivamente, à deliberação sobre os efeitos econômicos do matrimônio, sendo absolutamente vedado aos cônjuges dispor sobre os efeitos pessoais. Assim, será nula de pleno direito (CC, art. 166), não produzindo qualquer efeito jurídico, qualquer disposição que, exemplificativamente, libere um dos consortes de prestar assistência moral ou material ao outro ou mesmo exonere um dos esposos do dever de fidelidade ou de respeito e lealdade.

Com isso, limita-se ao campo patrimonial a liberdade de estipulação conferida aos cônjuges, sendo impensável, entre nós, porque nulas de pleno direito, as disposições 'hollywoodianas', através das quais se exige, em pactos pré-nupciais, um número mínimo semanal de encontros sexuais ou

são garantidas indenizações milionárias para a quebra de obrigações matrimoniais pessoais.

Alexandre Guedes Alcoforado Assunção (2013, p. 1616) também é categórico: "O objeto do pacto antenupcial diz respeito ao patrimônio dos cônjuges, inadmitindo-se cláusulas atinentes a relações pessoais, ou as que não disponham sobre o regime de bens, ainda que de conteúdo pecuniário".

A problemática é exposta por Fabiana Domingues Cardoso (2010, p. 160):

Há posições doutrinárias nos dois sentidos, mas, dentre a doutrina pesquisada, é majoritária a posição que tende à interpretação legal restrita, ou seja, o pacto antenupcial, em tese, somente pode apresentar conteúdo patrimonial, conforme os arts. 1.639 e 1.640, parágrafo único.

Em suma, não só no Brasil, mas em parte das legislações que possuem a previsão legal de constituição de convenções pré-nupciais, o conteúdo possui seu limite na lei vigente à época do pacto e aos bons costumes considerados no respectivo país, bem como o limitam à matéria patrimonial.

A favor do conteúdo clausular extrapatrimonial, tem-se Francisco José Cahali, Maria Berenice Dias, Gustavo Tepedino e Débora Gozzo, conforme restará detalhado nos itens subsequentes.

De modo geral, elucida Gustavo Tepedino (2016, p. 489), "serão merecedoras de tutela as cláusulas que promovam a

dignidade de cada integrante da família à luz dos princípios constitucionais da solidariedade e da igualdade".

Ao comentar o conteúdo do pacto antenupcial, Clóvis Beviláqua (1979, p. 639) explicava, referindo-se ao Código Civil de 1916, que "não se pode considerar ofensiva dos direitos paternos a convenção de educar os filhos em determinada religião".

Já na vigência do novo Código Civil, Luciana Faisca Nahas (2018, p. 228) sublinha que "as normas do Direito de Família – no que diz respeito aos relacionamentos conjugais – retomam o seu aspecto privado, lançando aos particulares o desafio de construir os regramentos da relação mais íntima e privada".

Vitor Frederico Kümpel e Carla Modina Ferrari (2017, p. 981) defendem a possibilidade de incluir no pacto antenupcial cláusulas sem cunho patrimonial:

Não obstante, nada há no regime legal atinente aos pactos nupciais que obste a estipulação de cláusulas não econômicas. Numa acepção mais moderna do instituto, o pacto não tem por objetivo exclusivamente a estipulação do regime de bens, mas, de forma mais genérica, a própria definição dos traços fundamentais de convívio dos futuros cônjuges.

Segundo F. C. Pontes de Miranda, o negócio jurídico antenupcial pode servir para fixar as balizas para a convivência pessoal dos membros da família em formação, dizendo respeito tanto ao relacionamento entre cônjuges quanto à relação entre ascendentes e descendentes e determinando até critérios para aquisição, administração e partilha do acervo patrimonial da

família. O objetivo é sempre a clareza dos propósitos da estrutura familiar futura, em vista da comunicação dos sujeitos que buscam compartilhar uma mesma experiência de vida, dirimindo eventuais conflitos durante o casamento e em sua dissolução.

Destarte, o pacto não estaria restrito às cláusulas de cunho patrimonial, podendo abarcar também disposições relativas a matérias não patrimoniais, concernentes à relação entre os cônjuges e inclusive destes com a eventual prole, como por exemplo deveres domésticos e questões relativas à educação dos filhos.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2013, p. 1440-1441) comungam de entendimento similar:

São perfeitamente compatíveis com o conceito jurídico de casamento os negócios antenupciais, que definem traços fundamentais do convívio dos futuros cônjuges e fixam balizas para convivência pessoal dos membros da família que será formada, tanto quanto ao relacionamento dos cônjuges, quanto com relação ao relacionamento entre pais e filhos, bem como determinam critérios para a aquisição, administração e partilha do acervo patrimonial da família. Têm conteúdo pedagógico de abrandamento de arestas que, conhecidas dos nubentes, ou dos pretendentes companheiros, preparam a etapa seguinte de convívio mais intenso e duradouro do casal.

Conforme artigo 1.566 do Código Civil, são deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda

e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos. Fabiana Domingues Cardoso (2010, p. 191) explica que "os deveres inerentes aos cônjuges no casamento, estipulados nos incisos I e II do art. 1.566 do Código Civil, são o principal alvo da polêmica ora exposta".

Milton Paulo de Carvalho Filho (2017, p. 1775) defende a validade de cláusulas extrapatrimoniais, com apoio no magistério de Gustavo Tepedino,[28] destacando que "cláusulas que estabeleçam regramento de vida espiritual dos cônjuges, relativas à fidelidade e à coabitação, podem ser objeto do pacto, desde que, examinadas em cada caso concreto, não violem a dignidade dos cônjuges e o princípio da isonomia".

Questão polêmica é a que diz respeito às variadas formas de constituição de família e, inclusive, se o pacto antenupcial poderia versar sobre famílias simultâneas, ou uniões poliafetivas. Trazendo apontamentos de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Gustavo Tepedino (2016, p. 489) comenta o assunto:

Note-se, de outra parte, em uma análise mais ampla, que o Código Civil institui vedação a qualquer tipo de interferência externa à família. Essa proibição deve ser compreendida de forma ampla, possibilitando ao ordenamento a tutela das mais

[28] "Maior dificuldade, contudo, resulta da análise de cláusulas que afastam deveres tradicionalmente considerados essenciais à vida conjugal. No que tange aos deveres atinentes à solidariedade conjugal, como a mútua assistência, ou aos deveres decorrentes da autoridade parental, que alcançam a pessoa dos filhos, não há dúvida quanto à sua indisponibilidade. Contudo, no que tange às formas de vida a dois, especialmente quanto à fidelidade e à coabitação, há de se examinar, caso a caso, a seriedade do pacto, de modo que, caso não violem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia, não parece haver a priori, óbice na ordem pública para a sua admissão". (TEPEDINO, 2016, p. 488)

variadas formas de constituição da família, desprovida de preconceitos de qualquer tipo. Não é dado ao Estado impor a estrutura familiar que julgar acertada, sob pena de restringir ilegitimamente a esfera de liberdade dos indivíduos.

Na esteira de tal raciocínio, cogita-se, inclusive, do reconhecimento das chamadas 'famílias simultâneas': "Não cabe ao direito imiscuir-se na comunhão de vida constituída pela família, sendo lícito encetar os arranjos afetivos que atendam à dignidade intersubjetiva dos seus componentes; de outro, porém, se é dever do Estado proteger a família na pessoa de cada um de seus membros, impõe-se ao direito uma tutela que contemple uma dimensão coexistencial, em que não se proteja somente na esfera do desejo de um dos sujeitos, mas, sim, na dignidade intersubjetiva que deve constituir o *leitmotiv* de todas as relações humanas".

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade do reconhecimento de uniões estáveis simultâneas; bem como na impossibilidade do reconhecimento, como união estável, da relação concubinária mantida simultaneamente ao matrimônio, quando os cônjuges não estiverem separados de fato ou de direito. [29]

Em Plenário, o Conselho Nacional de Justiça firmou entendimento de que os tabeliães de notas não podem lavrar

[29] REsp 1628701/BA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017. No mesmo sentido: AgRg no REsp 1336163/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 04/12/2015.

escrituras públicas contendo relação poligâmica, ou uniões poliafetivas, isto é, aquelas formadas por três ou mais pessoas.

A decisão proferida no Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000 considerou que a sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e que os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e, portanto, veda a lavratura de escrituras públicas que tenham por objeto união poliafetiva.

O Conselho Nacional de Justiça sustenta que a escritura pública declaratória é o instrumento pelo qual o tabelião dá contorno jurídico à manifestação da vontade do declarante, cujo conteúdo deve ser lícito, uma vez que situações contrárias à lei não podem ser objeto desse ato notarial. E arremata, afirmando que o fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não é suficiente para fazer surgir, no ordenamento jurídico brasileiro, nova modalidade de entidade familiar.

A doutrina majoritária também sustenta a impossibilidade do pacto antenupcial permitir a infidelidade conjugal, a manutenção de famílias paralelas ou mesmo de dispensar um ou ambos os cônjuges dos principais deveres conjugais,[30] o que já era defendido por Clóvis Beviláqua (1979, p. 638), em seus comentários ao Código Civil de 1916: "O Código não

[30] Nas palavras de Fabiana Domingues Cardoso (2010, p. 197): "Em suma, sintetizando a posição majoritária encontrada na literatura jurídica, os dizeres de Rolf Madaleno: '(...) seriam ineficazes quaisquer cláusulas ou contratos matrimoniais que admitissem a infidelidade conjugal, que dispensasse os principais deveres conjugais, como a mútua assistência, o sustento, a guarda e a educação dos filhos, o respeito e a mútua consideração (...)".

permite que se derroguem os direitos conjugais e os paternos, porque, tendo estabelecido a organização da família sobre certas bases, seria imprevidência deixá-los à mercê das pretensões individuais".

Dentre as cláusulas do pacto antenupcial com conteúdo extrapatrimonial, Fabiana Domingues Cardoso (2010, p. 200-215) elenca: a definição da religião para catequese dos filhos; ajuste relativo à orientação espiritual ou crença dos consortes; previsão de indenização decorrente de violação do dever conjugal; estipulações sobre a rotina doméstica; opção quanto aos métodos de reprodução; perfilhação; e, nomeação de tutor para os filhos menores.

A variedade de temas que pode ser abordado no pacto antenupcial, tanto em assuntos patrimoniais como em questões existenciais leva a doutrina a destacar a progressiva ampliação da margem confiada à autonomia privada, assim como a ampliação do uso de negócios jurídicos e contratos no âmbito do Direito de Família.[31]

3. LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA

[31] "Amplia-se progressivamente o espaço de contratação e de negócios jurídicos no âmbito do Direito de Família, a permitir que as relações patrimoniais e muitos ajustes existenciais sejam regulados de acordo com a vontade das partes em ambiente de crescente isonomia, sob o paradigma do modelo democrático de família delineado pelo constituinte. Nesse cenário torna-se imperiosa a incidência dos princípios informadores da autonomia privada na legalidade constitucional, de modo a conciliar a liberdade individual com a tutela dos valores existenciais que, especialmente na comunidade familiar, devem ser preservados e privilegiados". (TEPEDINO, 2016, p. 507)

A autonomia privada é um princípio geral conformador e orientador da regulação das relações entre os particulares. Limita-se a autonomia privada apenas quando houver ofensa ou ameaça ao bem estar social, ao interesse de outrem, aos direitos fundamentais e aos valores constitucionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o estatuto jurídico do Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

O Código Civil estabelece que a autonomia privada será exercida em razão e nos limites da função social do contrato; e, quanto às questões patrimoniais familiares, que é lícito aos nubentes estipular o que lhes aprouver, quanto aos seus bens. Ressalta, porém, que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". [32]

No tocante ao pacto antenupcial, a liberdade contratual também não é ilimitada. Clóvis Beviláqua (1979, p. 638) já advertia: "A liberdade dos contratos matrimoniais, por extensa que seja, não poderia ser absoluta". Passaremos a analisar as limitações à autonomia privada nos negócios jurídicos de direito de família, conforme as regras do direito civil brasileiro

[32] BRASIL, Lei 10.406/2002 (Código Civil), art. 2.035, parágrafo único.

e do direito internacional privado, além de trazer elementos de direito comparado e normas de integração.

3.1 Direito civil brasileiro

O artigo 1.655 do Código Civil estabelece: "É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei". Clóvis Beviláqua (1979, p. 639) Clóvis Beviláqua (1979, p. 639) explica que "é a aplicação, aos contratos matrimoniais, da regra geral de que os preceitos de ordem pública não podem ser derrogados, nem alterados pelas convenções particulares. São rigorosamente obrigatórios".

A norma é redundante, porquanto o artigo 166 do Código Civil já sentenciava a nulidade dos negócios jurídicos quando: tiver por objetivo fraudar lei imperativa; for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática; o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; celebrado por pessoa absolutamente incapaz; não revestir a forma prescrita em lei.

Por força do disposto no parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil, a convenção antenupcial não prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública. [33]

[33] De acordo com Nelson Rosenvald (2017, p. 2285): "O parágrafo único representa fielmente o que se deseja de um direito civil-constitucional, cuja filtragem é conferida por direitos fundamentais que potencializam o primado da pessoa sobre as atividades econômicas. O princípio da dignidade da pessoa humana é um limite à autonomia privada, legitimando o exercício da liberdade contratual, com respeito aos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

Alguns autores incluem bons costumes no rol que limita a autonomia privada, enquanto outros reputam os bons costumes incluídos na noção de ordem pública.[34]

As questões de ordem pública, ressalta Gustavo Tepedino (2016, p. 507-508), devem ser estabelecidas pela legalidade constitucional, devendo o intérprete da lei despir-se de preconceitos e de padrões de moralidade pré-concebidos:

Nas relações de família, a compatibilização da noção de ordem pública com a intransigente tutela da dignidade da pessoa humana não deve afastar, senão estimular o desenvolvimento da autonomia privada, desde que as relações contratuais que vicejam no núcleo familiar, permeadas por intenso conteúdo ético, se constituam em instrumento de promoção e desenvolvimento da personalidade de seus integrantes. Para tanto, torna-se imprescindível e urgente – não pareceria exagerado acrescentar – abrir mão de visões preconceituosas que, baseadas em padrões de moralidade pré-concebidos, estipulam limites à liberdade em nome de uma ordem pública intangível, de difícil validação na legalidade constitucional. Há de se garantir, portanto, antes de mais nada, a liberdade na família, reservando-se as pontuais intervenções ou restrições do Estado às hipóteses em que a própria liberdade individual se encontra ameaçada. (...) A ordem pública constitucional, portanto, que funciona como balizador da legitimidade da

[34] "Alguns Códigos destacam, ainda, as cláusulas ofensivas dos bons costumes. Parece ociosa essa cautela, não somente porque não há exemplo de se encontrarem disposições dessa natureza em pactos antenupciais, como porque a defesa da ordem pública abrange, perfeitamente, a dos bons costumes, neste caso particular das relações conjugais". (BEVILÁQUA, 1979, p. 639)

autonomia privada e do merecimento de tutela dos negócios jurídicos no Direito de Família, não pode ser forjada por escolhas subjetivas morais ou religiosas, ao revés, ser construída em perspectiva funcional, que tenha o núcleo familiar como instrumento para a realização plena da dignidade humana e da liberdade individual.

Tendo em conta os valores inspiradores da Constituição brasileira de 1988, a legalidade constitucional rechaça a convenção ou as cláusulas do pacto antenupcial que contrariem o princípio da dignidade humana e todas as suas irradiações: isonomia, igualdade de gênero, não-discriminação, inviolabilidade da intimidade, liberdade de crença, livre exercício profissional, além das normas constitucionais de proteção da família e que definem o planejamento familiar como livre decisão do casal.

Os direitos fundamentais positivados em tratados internacionais e em diversas Constituições repercutiram profundamente no Direito Privado. Daí a afirmação de Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p. 145):

O grupo de direitos fundamentais atua como um núcleo, ao redor do qual se pretende que gire o Direito Privado; um novo sistema solar, no qual o Sol seja a pessoa. Não se trata de uma mera comprovação fática ou de uma instauração legal passiva, sim de um verdadeiro princípio ativo.

O Direito Privado enfrentou uma renovação dogmática, na medida em que a sociedade contemporânea já não se identificava com a totalidade dos princípios que inspiraram a

antiga codificação do direito civil. Surgiu então um novo Direito Privado, que tem seus princípios alinhados com os direitos humanos, ou seja, cujas normas convergem e privilegiam a pessoa humana.

A nova ordem constitucional abraça uma pluralidade de modelos familiares e protege o direito à diversidade, à diferença, à liberdade existencial. Nesse contexto, o pacto antenupcial deve ser encarado como um instrumento jurídico de regulação das relações patrimoniais e de proteção da dignidade da pessoa dos cônjuges, não se admitindo a invocação da autonomia privada para estipulação de cláusulas com conteúdo discriminatório ou prejudicial à integridade de um dos nubentes.

Se no passado eram proibidas e reputadas não escritas as cláusulas que ofendessem o *poder marital*, como a que privasse o marido do direito de fixar o domicílio conjugal ou de ser o cabeça do casal; ou as que importassem cerceamento do *poder pátrio*, como a que tirassem do marido o direito de corrigir os filhos e de dirigir-lhes a educação;[35] atualmente não são permitidas convenções antenupciais que violem os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição de 1988, como por exemplo a cláusula que ignorar a igualdade entre os gêneros, ou que onerar significativamente apenas um dos nubentes, ferindo a isonomia dos membros da sociedade conjugal. São encontrados na doutrina inúmeros outros

[35] Cláusulas proibidas nos pactos antenupciais, conforme Lafayette Rodrigues Pereira (2004, p. 140).

exemplos de cláusulas que não podem ser inseridas no pacto antenupcial. [36]

3.2 Direito internacional privado

De acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli (2017, p. 48), o direito internacional privado "tem por objeto a resolução de todos os conflitos de leis no espaço (sejam leis privadas ou públicas) quando presente uma conexão internacional", auxiliando, assim, os juízes e operadores do direito a identificar qual norma jurídica deverá ser aplicada ao caso concreto – se a brasileira ou a estrangeira – tendente à justa e útil solução.

A sua finalidade consiste, portanto, em "indicar ao juiz nacional a norma substancial (nacional ou estrangeira) a ser aplicada ao caso concreto, porém, sem resolver a questão jurídica posta perante a Justiça do foro" (MAZZUOLI, 2017, p. 53).

---

[36] Conforme apontamentos de Fabiana Domingues Cardoso (2010, p. 219): "Acresce-se, ademais, como cláusulas vedadas, aquelas que (i) determinem a proibição da separação do casal, (ii) que fixem por imposição de um dos cônjuges o número de filhos e o aborto se o número for extrapolado, (iii) que o marido tenha poderes sobre a esposa, a ponto de proibi-la a utilizar alguma espécie de método contraceptivo por razões religiosas ou outras, (iv) que disponha de regras que modifique o regime obrigatório estabelecido pela lei ao casal, (v) que fira os princípios da dignidade, do direito à vida, da liberdade de expressão, da privacidade, além da honra, ainda que o outro cônjuge consinta, (vi) que permita alienar o bem particular do outro cônjuge sem seu consentimento, (vii) que estipule o poder familiar a apenas um dos nubentes, proibindo o outro de exercê-lo, (viii), que institua a exclusão de direitos legalmente garantidos, como exemplo, o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivo, (ix) que determine tratamento desigual entre os cônjuges nas relações familiares, (x) a alteração da ordem de vocação hereditária, além de outras possibilidades que não possui o presente trabalho o objetivo e condição de esgotar".

No que diz respeito ao direito de família, o direito internacional privado impõe que "a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família", trazendo ainda disposição específica sobre o regime de bens, a saber: "O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal". [37]

Mesmo quando o direito internacional privado indicar a legislação estrangeira como aplicável ao caso concreto, existe uma norma de contensão que retira a eficácia de leis e declarações de vontade incompatíveis com nossos princípios fundamentais.

Assim, no caso de aplicação da legislação estrangeira, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro dispõe sobre a eficácia das declarações de vontade, leis, atos e sentenças oriundos de outro país: "As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes". [38]

Volta à tona a problemática da ordem pública e dos bons costumes como limitadores da autonomia privada nos atos de

[37] BRASIL. Decreto-Lei 4.657/1942, art. 7º, *caput* e § 4ª.

[38] BRASIL. Decreto-Lei 4.657/1942, art. 17.

declaração de vontade, o que evidencia a importância de compreender o conceito[39] e o alcance desses institutos.[40]

Quanto à denominação, Amílcar de Castro[41] prefere a expressão *ordem social*, que compreenderia não só a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, mas também a ordem econômica e a dignidade humana, dentre outros aspectos.

Ordem pública ou social, por sua vez, não se confunde com a ordem jurídica:

Soberania nacional, bons costumes estão ligados à ordem pública, que é, afinal, ordem social (...). Inconfundível a noção de ordem jurídica com ordem social; esta é o bem comum, patrimônio espiritual do povo a refletir seus costumes, tradições, ideias políticas, econômicas, morais, religiosas e jurídicas, e aquela, ordem jurídica, é o complexo de direito ditado pelo poder público, como normas direcionadas, que regulam e projetam as relações e interesses dos súditos entre

---

[39] Negi Calixto (1987, p. 29) informa o conceito formulado por Irineu Strenger, a saber: "O conjunto de princípios incorporados implícita ou explicitamente na ordenação jurídica nacional, que por serem considerados para sobrevivência do Estado e salvaguardar o seu caráter próprio, impedem a aplicação do direito estrangeiro que os contradiga, ainda que determinado pela regra dos conflitos".

[40] "Em notáveis Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, SERPA LOPES demonstra que o que há de fugidio e instável no conceito de ordem pública é o seu conteúdo, mas, em seus objetivos, apresenta um caráter sólido, fixo: de qualquer modo, ela atua como aparelhamento de garantia em relação às normas que possuam um substancial interesse moral, político e econômico. Uma determinada norma reguladora da propriedade pode ser considerada até certa época como de ordem pública, por interessar substancialmente a um relevante princípio econômico, e perder posteriormente esse caráter. A transformação, portanto, alcança a natureza e os fins primordiais da norma, e, de acordo com esses caracteres, é que ela é ou não alcançada pelo princípio de ordem pública, que prossegue inalterado em sua função". (CALIXTO, 1987, p. 34)

[41] Citado por Negi Calixto (1987, p. 27).

si, e entre eles e o Estado, mantendo a própria ordem social do Estado. (CALIXTO, 1987, p. 52)

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2013, p. 1649) elencam preceitos de direito civil-constitucional reputados de ordem pública:

As *cláusulas gerais*, notadamente as da função social do contrato (CC 421), função social da empresa (CF 170 e CC 421), boa-fé objetiva (CC 422), bons costumes (CC 187) e função social da propriedade (CF 5° XXIII e 170 III; CC 1228 § 1°), são de *ordem pública*, o que implica em seu conhecimento e aplicação *ex officio* pelo juiz, independentemente de pedido da parte ou interessado (basta que haja processo em curso), a qualquer tempo e em qualquer grau ordinário de jurisdição (*v.g.* CPC 303 III), não estando sujeitas a preclusão.

Acrescenta-se o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como princípio fundamento da República Federativa do Brasil, o qual impôs uma releitura das instituições de direito privado. "Este Direito Privado mais social é guiado pela ordem pública constitucional e seu valor-guia e *Ubergrundrecht*: a dignidade da pessoa humana" (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 8).

3.3 Direito comparado

Diferentemente do Brasil, onde vigoram os princípios da variedade dos regimes de bens e da liberdade dos pactos

antenupciais, no direito civil argentino os nubentes possuem pouca margem de contratação, ficando o objeto da convenção matrimonial adstrito ao conteúdo permitido pelo legislador. [42] Qualquer convenção entre os futuros cônjuges sobre qualquer outro objeto relacionado ao seu patrimônio não tem valor. [43]

O novo Código Civil argentino determina que as convenções particulares não podem limitar ou negar leis em cuja observância a ordem pública está interessada: "*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público*". [44]

O direito internacional privado argentino, na codificação de Velez Sarsfield, impedia a aplicação da lei estrangeira quando fosse incompatível com o espírito da legislação nacional. O novo Código Civil e Comercial da Argentina também rechaça a lei estrangeira incompatível com os princípios fundamentais de ordem pública que inspiram o ordenamento jurídico argentino. [45]

María Elsa Uzal (2016, p. 147-148) comenta a objeção de ordem pública:

---

[42] ARGENTINA. Lei 26.994/2014. Código Civil y Comercial de la Nación, artigo 446. *Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código*.

[43] ARGENTINA. Lei 26.994/2014, artigo 447.

[44] ARGENTINA. Lei 26.994/2014, artigo 12.

[45] ARGENTINA. Lei 26.994/2014, artigo 2.600. *Orden público. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino*.

El actual art. 2600 del CCCN sigue la línea velezana, con una redacción algo más precisa, pero con el mismo sentido y alcance. (...)

La incompatibilidad con el 'espíritu de la legislación" a que aludía el art. 14, inc. 2º, citado, deviene de una aplicación del derecho extranjero que conduce a resultados lesivos de principios generales que se infieren de normas positivas de la legislación y ellos es, precisamente, lo que explicita la actual fórmula del art. 2600, CCCN, en el afán de guiar al operador jurídico en su tarea interpretativa.

María Sara Rodríguez Pinto (2018, p. 371-372) comenta o pacto antenupcial no sistema jurídico da República do Chile:

El Derecho Civil chileno denomina *convenciones matrimoniales* a todos los acuerdos de carácter económico que pueden hacerse antes de contraer matrimonio (por ejemplo, alguno de los pactos de separación parcial del artículo 1720); en el acto del matrimonio (momento en el que solo es posible pactar separación total de bienes o participación en los gananciales, según el artículo 1723). Estos pactos no siempre crean derechos y obligaciones entre los cónyuges, y por eso no siempre son contratos, y por eso reciben genéricamente el nombre de convenciones. Se reserva el nombre de *capitulaciones matrimoniales* a las convenciones que se hacen antes de contraer matrimonio o en el acto mismo de su celebración (artículo 1715).

No Paraguai, a Lei 1183/1985, que instituiu o Código Civil, indica o conteúdo das convenções matrimoniais que os

nubentes podem pactuar antes do casamento, assim como as convenções permitidas aos cônjuges durante o casamento.

Art. 203. Los futuros esposos podrán realizar convenciones matrimoniales que tengan únicamente los fines siguientes: a) optar por el régimen de separación de bienes; b) determinar los bienes que cada uno de los futuros esposos aporte, con expresión de su valor y gravámenes; c) establecer una relación circunstanciada de las deudas de los futuros contrayentes; d) consignar las donaciones del hombre a la mujer; e) determinar los bienes propios de la mujer cuya administración ella se reserva. Los menores autorizados para casarse podrán también celebrar las convenciones a que se refieren los incisos a), b) y c), con la conformidad de sus representantes legales.

Art. 204. Después de celebrado el matrimonio los esposos podrán convenir únicamente sobre los siguiente: a) optar por el régimen de separación de bienes, o adoptar el de comunidad, en su caso; b) reservar bienes propios de la esposa a su administración o someter bienes reservados a la administración del marido; c) otorgarse recíprocamente mandato; d) permutar bienes de igual valor; y e) constituir sociedades con limitación de responsabilidad.

Os juízes aplicarão as leis estrangeiras *ex officio*, desde que não se oponham a instituições políticas, leis de ordem pública, moral e bons costumes. Também não serão aplicadas leis estrangeiras com regras menos favoráveis à validade dos atos. [46]

[46] PARAGUAI. Lei n. 1183/1985. Código Civil, artigo 22.

O Código Civil uruguaio permite que os nubentes façam convenções especiais que julgarem convenientes,[47] desde que não sejam ofensivas aos bons costumes e observem os seguintes limites: proibição da renúncia da faculdade de pedir divórcio; impossibilidade de derrogar direitos conferidos pela autoridade parental; vedação à renúncia ou alteração da ordem de vocação hereditária. [48]

A legislação uruguaia não permite que as convenções particulares contrariem disposições legais atinentes à ordem pública e aos bons costumes; e o objeto dos contratos é tido como impossível, *moralmente*, quando contrário à ordem pública e aos bons costumes.[49]

No que importa ao direito internacional privado, o artigo 2.404 do Código Civil uruguaio dispõe: "*No se aplicarán en nuestro país, en ningún caso, las leyes extranjeras que contraríen manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica*".

3.4 Direito comunitário ou de integração

Aplica-se aos países signatários, quanto aos contratos matrimoniais, o disposto na Convenção de Direito Internacional

---

[47] URUGUAI. Código Civil, artigo 1938. *Antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden hacer las convenciones especiales que juzguen convenientes, con tal que no se opongan a las buenas costumbres y se conformen a las disposiciones establecidas en los artículos siguientes. La ley, sólo a falta de convenciones especiales, rige la asociación conyugal en cuanto a los bienes.*

[48] URUGUAI. Código Civil, artigos 188, 1939 e 1940.

[49] URUGUAI. Código Civil, artigos 11 e 1284.

Privado, adotada pela Sexta Conferência Internacional Americana, reunida em Havana, e assignada a 20 de fevereiro de 1928, também denominado de Código de Bustamante.

Com efeito, os pactos antenupciais regem-se pela lei pessoal comum aos nubentes e, na sua falta, pela lei do primeiro domicílio conjugal; na mesma sequência, aplica-se a legislação que definirá o regime de bens supletivo, na falta ou ineficácia de estipulação antenupcial. [50]

Dentre outras estipulações, o Código de Bustamante reputa como sendo de ordem pública internacional o preceito que veda a alteração do regime de bens por mudanças de nacionalidade ou de domicílio dos cônjuges; assim como os preceitos que se referem à rigorosa aplicação das leis e dos bons costumes, aos efeitos dos pactos antenupciais em relação a terceiros e à sua forma solene. [51]

4. CONHECIMENTO PERTINENTE

O filósofo francês Edgar Morin analisa os sete saberes necessários à educação do futuro, dentre os quais o conhecimento pertinente, assim compreendido como o conhecimento que não fragmenta ou mesmo mutila o seu objeto de análise ou estudo. Nas palavras do autor:

---

[50] BRASIL. Decreto n. 18.871/1929. Código de Bustamante, artigo 187.

[51] BRASIL. Decreto n. 18.871/1929. Código de Bustamante, artigos 188 e 189.

A supremacia do conhecimento fragmentado de acordo com as disciplinas impede frequentemente que se opere o vínculo entre as partes e a totalidade e deve ser substituída por um modo de conhecimento capaz de apreender os objetos em seu contexto, sua complexidade, seu conjunto". (MORIN, 2011, p. 16)

O estudo do pacto antenupcial e dos limites à autonomia privada trouxe elementos de direito civil, direito constitucional, direito internacional privado brasileiro e estrangeiro, direito comparado e normas de integração. No direito contemporâneo, há necessidade de promover o conhecimento capaz de apreender problemas globais para neles inserir os conhecimentos parciais e locais. [52]

Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma cidadã paraguaia casar-se com um argentino, na cidade de Punta del Este, no litoral uruguaio, pelo regime supletório de *comunhão diferida*, e adotarem Curitiba, a capital paranaense, como primeiro domicílio conjugal. Como ficaria o regime de bens? Não seria possível responder o problema posto sem o conhecimento multidisciplinar e a visão totalitária do problema. No caso em exame, o direito internacional privado indica a legislação brasileira como aplicável para definir o regime de bens do casamento e, no direito civil brasileiro, a opção dos nubentes pelo *regime da participação final nos aquestos* deve ser formalizada por escritura pública de pacto antenupcial, sem a

[52] "A esse problema universal confronta-se a educação do futuro, pois existe inadequação cada vez mais ampla, profunda e grave entre, de um lado, os saberes desunidos, divididos, compartimentados e, de outro lado, as realidades ou os problemas cada vez mais multidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais e planetários". (MORIN, 2011, p. 33).

qual a escolha do regime de bens será ineficaz, dando lugar, então, ao *regime da comunhão parcial de bens*.

O conhecimento jurídico deve igualmente combater o erro, a ilusão, a memória de uma legislação já revogada ou mesmo apontamentos doutrinários defasados. Devem ser cuidadosamente interpretadas as obras doutrinárias referentes ao período em que prevalecia, no Brasil, um sistema jurídico patrimonialista, patriarcal, individualista, inspirado em tradições religiosas e no modelo de família matrimonial.

Como bem observa Luciana Faisca Nahas (2008, p. 226): "Não se pode mais admitir estudar o instituto matrimonial com base em conceitos jurídicos estruturados no casamento indissolúvel patriarcal".

4.1 Deontologia notarial

O notário deve exercer sua atividade profissional com competência e ter uma preparação adequada para as funções essenciais de assessoramento imparcial, conselho, interpretação e aplicação da lei, adquirindo conhecimentos nas matérias e disciplinas jurídicas que interessam ao notariado.

A propósito da preparação profissional e da necessária devoção aos estudos, a lição do saudoso Carlos Luiz Poisl (2006, p. 15):

Ser tabelião é ter um bom conhecimento do universo da Ciência do Direito e ter profundo conhecimento especializado em Direito das Pessoas, Direito das Coisas, Direito das

Obrigações e Direito das Sucessões, com incursões também especiais no Direito Internacional Privado e no Direito Tributário.

O conhecimento pertinente é elemento indispensável ao exercício profissional, pois, na elaboração dos instrumentos públicos, o notário – que deve atuar a todo momento conforme a lei – recebe e qualifica a vontade das partes e adequa a mesma às exigências legais. Nada disso é possível sem apurada técnica jurídica.

O notário é responsável pela redação e legalidade dos documentos que lavra, devendo estar plenamente capacitado não só para confeccionar o pacto antenupcial, conforme a vontade manifestada pelo casal, mas também a analisar e qualificar as minutas que lhe forem submetidas, para poder acatá-las, recusá-las ou indicar as modificações que considere pertinentes, com vistas a conferir segurança jurídica, promover a paz social e prevenir litígios e conflitos entre os contratantes.

O notário tem a obrigação de ser imparcial, e tal imparcialidade se expressa igualmente mediante a prestação de uma assistência adequada a uma parte que se encontre em situação de inferioridade perante a outra, para assim obter o equilíbrio necessário a fim de que o contrato seja celebrado em pé de igualdade.

Oportuna a lição de Leonardo Brandelli (2013, p. 609-610):

O tabelião deve estar acima dos interesses envolvidos, constituindo-se obrigação sua proteger as partes com igualdade, dando-lhes todo o conjunto de explicações

necessárias e oportunas, e livrando-as com imparcialidade dos enganos que pode engendrar a sua ignorância ou até mesmo uma possível presença de má-fé. Ele deve em igual medida e com a mesma lealdade tratar ao cliente habitual como ao acidental; ao que o elege como ao que o aceita; ao que o paga como ao que se beneficia de sua atividade sem despesa alguma. É notário das partes e de nenhuma em particular: preside as relações dos particulares, e sua posição equidista dos diversos interessados.

A imparcialidade notarial não significa apenas tratar a todos igualmente, mas, sim, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, buscando equiparar de alguma forma a relação jurídica. Assim, se houver uma parte hipossuficiente na relação, deve o notário dispensar uma maior preocupação com esta, orientando-a e atendendo-a com muito mais afinco, a fim de tentar tornar a relação jurídica o mais equânime possível. Note-se que a imparcialidade notarial vem ao encontro da autonomia real da vontade, preconizada no modelo contratual pós-moderno, pois, uma vez que as partes não são materialmente iguais, como supunha o contrato liberal, deve o notário buscar minimizar essa desigualdade existente, orientando e zelando pelo hipossuficiente, com muito mais cuidado, para que possa haver uma correta manifestação de vontade por parte deste, protegendo enfim esta vontade.

A observância da deontologia notarial é importante para que o tabelião possa exercer sua função e vencer os desafios impostos pela sociedade pós-moderna.

4.2 Questões pós-modernas

Na teoria de Erik Jayme (citado por MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 133), os quatro elementos da pós-modernidade são pluralismo, comunicação, narração e retorno dos sentimentos.

O pluralismo de sujeitos no novo direito privado cria desafios para os notários, no exercício da missão de intervir com imparcialidade nas relações privadas para dar-lhes autenticidade e segurança jurídica, e, ao mesmo tempo, garantir direitos e proteger a atuação negocial das partes vulneráveis.

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2014, p. 127) apontam a conotação pós-moderna da atuação dos novos sujeitos de direito:

A proteção dos vulneráveis pelo direito tem sua origem na identificação de diversos novos sujeitos merecedores de proteção por se encontrarem em situação de desigualdade, construindo-se a partir daí, um sistema de normas e subprincípios orgânicos para reconhecimento e efetivação de seus direitos. A identificação destes novos sujeitos de direito, grupos de não iguais, de vulneráveis pode ter conotações pós-modernas fortes.

Num passado recente, o mecanismo adotado pelo direito privado para "proteger" as pessoas vulneráveis era afastá-las das relações sociais e econômicas, inclusive tolhendo-lhe a capacidade civil. Agora, o novo direito privado enfrenta a

vulnerabilidade sob outro paradigma, no qual as normas de proteção não possuem mais caráter segregatício.

Tem-se início uma nova fase da proteção dos vulneráveis, em que o paradigma é o de proteger, respeitando as diferenças. O novo direito privado – e a atuação do notário contemporâneo – passam a visar a proteção jurídica dos mais fracos, a fim de que as pessoas que compõem os grupos vulneráveis possam verdadeiramente ser sujeitos de direitos.

Os notários devem atentar-se ao que parte da doutrina convencionou chamar de *crise da pós-modernidade*. Para alguns, o denominado pós-modernismo é uma crise de desconstrução de nossas instituições; para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito.

Com ponderação, buscando estabelecer um meio termo entre as correntes doutrinárias, Leonardo Brandelli (2013, p. 599-600) elucida que:

A pós-modernidade ainda não solidificou suas características, ainda não amadureceu, de maneira que em alguns momentos identifica-se com um retorno do liberalismo, ao pregar o afastamento do Estado, como, por exemplo, nas privatizações ou no exagerado apego à autonomia da vontade, pretendendo deixar livre o mercado, sem intervenções, e, em outros momentos, aventa resquícios do Estado social, pretendendo a valorização dos direitos humanos e a tutela dos débeis. Pode-se dizer que de certa forma o contrato pós-moderno mistura características dos seus antecessores modernos. (...) Nessa

esteira, o direito deve apresentar-se como um instrumento de organização social justa e equilibrada, como um instrumento de equidade e inclusão social, em contraste absoluto ao abuso do poder econômico. Deve o direito apresentar-se como um meio de contenção dos abusos e da exclusão causadas pela economia de mercado, e não como um servo desta, a teor do que defendem alguns.

Da lição de Leonardo Brandelli, percebe-se que o notário contemporâneo assume grande importância como agente delegado do Estado incumbido de receber e qualificar a vontade das partes, responsável por redigir o instrumento público representativo do contrato celebrado, que doravante deverá funcionar como instrumento de equidade e inclusão social.

Esta compreensão é fundamental para que, doravante, os pactos antenupciais sejam lavrados com respeito à dignidade humana dos nubentes, contendo cláusulas patrimoniais e extrapatrimoniais em consonância com a legalidade constitucional.

5. CONCLUSÕES

Pacto antenupcial é um negócio jurídico próprio do Direito de Família, com contornos contratuais, pelo qual é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

Além da definição do regime de bens e de outras disposições patrimoniais, admite-se a inclusão de cláusulas existenciais, voltadas à regulação da futura sociedade conjugal, das rotinas domésticas e de aspectos do planejamento familiar.

Embora o legislador tenha dado ampla margem de contratação aos nubentes, a autonomia privada não é ilimitada. Com efeito, as convenções nupciais limitam-se pelas disposições absolutas de lei e pelas questões de ordem pública.

O limite imposto à autonomia privada pelas questões de ordem pública é mutável e acompanha as transformações sociais e jurídicas, o que exige atenção dos notários para a identificação das cláusulas patrimoniais e extrapatrimoniais que estejam abalizadas, no tempo presente, com a legalidade constitucional.

No direito internacional privado e no direito comparado também prevalecem as normas que limitam a eficácia das declarações de vontade, quando ofensivas ou contrárias à ordem pública, aos bons costumes e aos direitos fundamentais que inspiram o sistema jurídico, a exemplo da dignidade da pessoa humana.

A técnica jurídica revela-se indispensável para o exercício da função notarial. O assessoramento das partes e a lavratura do pacto antenupcial exigem conhecimento pertinente, multidisciplinar, que envolve elementos de direito civil, direito constitucional e direito internacional privado, noções de direito comparado e de normas de integração.

O notário contemporâneo deve formalizar juridicamente a vontade das partes, redigindo os instrumentos adequados, com atenção ao novo direito privado, que recebeu grande influência da ordem constitucional fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. Deve o notário buscar minimizar a desigualdade existente, orientando e zelando pelo hipossuficiente, com muito mais cuidado, a fim de promover a paz social e prevenir litígios.

Além da busca pelo conhecimento pertinente, o notário deve atentar para os demais princípios fundamentais e regras deontológicas, para que possa exercer a função notarial adequadamente e vencer os desafios impostos pela sociedade pós-moderna, como o de promover a equidade e a inclusão social.

6. PROPOSIÇÃO

Apresenta-se as seguintes proposições para as conclusões da XXI Jornada do Notariado Jovem do Cone Sul:

1. Além da escolha do regime de bens e de outras disposições patrimoniais, o pacto antenupcial poderá conter disposições extrapatrimoniais ou existenciais, desde que não sejam contrárias à ordem social e jurídica.
2. A legalidade constitucional rechaça as cláusulas do pacto antenupcial que contrariem o princípio da dignidade humana e todas as suas irradiações: isonomia, igualdade de gênero,

não-discriminação, inviolabilidade da honra e intimidade, liberdade de crença, livre exercício profissional, além das normas constitucionais de proteção da família e que definem o planejamento familiar como livre decisão do casal.

3. No pacto antenupcial, a assessoria jurídica imparcial prestada pelo notário deve incluir a proteção da parte mais frágil ou em situação de vulnerabilidade (idosos, analfabetos, pessoas com deficiência, imigrantes, indígenas, minorias e grupos vulneráveis), de modo que o instrumento público notarial funcione como garantia de equidade e inclusão social.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coordenadora). **Código Civil comentado**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Edição histórica. Quarta tiragem. 2 Volumes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

BRANDELLI, Leonardo. **Atuação notarial em uma economia de mercado**. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio. Registros Públicos (Coleção doutrinas essenciais: evolução histórica; volume 7). 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

CALIXTO, Negi. **Ordem pública: exceção à eficácia do direito estrangeiro**. Curitiba: Editora Universidade Federal do Paraná, 1987.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

CARVALHO, Afrânio de. **Instituições de direito privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Família**. In: PELUSO, Cezar (Coordenador). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 11ª edição. Barueri-SP: Editora Manole, 2017.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL – Conselho Federal. **Princípios fundamentais**. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/notariado/principios-fundamentais/>. Acesso a 20 abr 2019.

CORREA TELLES, José Homem. **Manual do Tabellião**. Lisboa: Impressão Régia, 1830.

DELGADO, Mário Luiz. **Da renuncia prévia ao direito concorrencial por cônjuges e companheiros**. In: Revista Consultor Jurídico, 7 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-07/processo-familiar-renuncia-previa-direito-concorrencial-conjuge-companheiro>. Acesso a 1 mai 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA, José Dias. **Código Civil Portuguez annotado**. 5 volumes. Lisboa: Imprensa Nacional, 1870.

KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratato Notarial e Registral**. Volume III. São Paulo: YK Editora, 2017.

MADALENO, Rolf. **Renúncia da herança no pacto antenupcial**. In: Famílias e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

MANFRÉ, José Antonio Encinas. **Regime matrimonial de bens no novo código civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Annibal Augusto de. **Manual do Notário**. Figueira: Imprensa Lusitana, 1907.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 2ª ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2011.

NAHAS, Luciana Faisca. **Pacto antenupcial – o que pode e o que não pode constar? Reflexões sobre cláusulas patrimoniais e não patrimoniais**. In: Famílias e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PARADA, Deise Maria Galvão. **Regime de bens entre cônjuges**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

POISL, Carlos Luiz. **Em testemunho da verdade: lições de um notário**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

ROSENVALD, Nelson. **Disposições finais e transitórias**. In: PELUSO, Cezar (Coordenador). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 11ª edição. Barueri-SP: Editora Manole, 2017.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **O papel do tabelião no ordenamento jurídico brasileiro e a interpretação do art. 38, Lei 9.514/97**.

Civilistica.com, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/o-papel-do-tabeliao/>. Acesso a 22 abr 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Contratos em direito de família**. In: DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo (Coordenador). Tratado de Direito das Famílias. 2ª edição. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

UZAL, María Elsa. **Derecho internacional privado**. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2016.

LEGISLAÇÃO CITADA

ARGENTINA. **Lei 26.994/2014**. Código Civil y Comercial de la Nación. Disponível em <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso a 5 mai 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso a 20 abr 2019.

BRASIL. **Decreto n. 5.604**, de 25 de março de 1874. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-

1899/decreto-5604-25-marco-1874-550211-publicacaooriginal-65873-pe.html>. Acesso a 20 abr 2019.

BRASIL. **Decreto n. 9.886**, de 7 de março de 1888. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9886-7-marco-1888-542304-publicacaooriginal-50566-pe.html>. Acesso a 20 abr 2019.

BRASIL. **Decreto n. 18.871**, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/435904/publicacao/15693455>. Acesso a 5 mai 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso a 4 mai 2019.

BRASIL. **Lei de 20 de outubro de 1823**. In: Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1823, Parte 1, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1887.

BRASIL. **Lei n. 1.829**, de 9 de setembro de 1970. In: Colecção das Leis do Império do Brasil de 1870. Tomo XXX. Parte I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1870.

BRASIL. **Lei n. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso a 20 abr 2019.

BRASIL. **Lei n. 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015consolidado.htm>. Acesso a 20 abr 2019.

BRASIL. **Lei n. 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Lei do Divórcio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso a 20 abr 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso a 20 abr 2019.

PARAGUAI. **Lei n. 1183/1985**. Código Civil. Disponível em <http://www.bacn.gov.py/ leyes-paraguayas/5293/codigo-civil>. Acesso a 5 mai 2019.

PERNAMBUCO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento nº 08/2016**. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br>. Acesso a 30 abr 2019.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas, Livro IV**. Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4ind.htm>. Acesso a 20 abr 2019.

URUGUAI. **Código Civil**. Disponível em <https://parlamento.gub.uy/sites/default/files/CodigoCivil2010-02.pdf>. Acesso a 5 mai 2019.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 134.246/SP**, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2004, DJ 31/05/2004, p. 300.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 402.697/DF**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2004, DJ 29/11/2004, p. 315.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 178.245/SC**, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 06/03/2006, p. 389.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 954.567/PE**, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1472945/RJ**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 19/11/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1427918/SP**, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1336163/SP**, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 04/12/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1483863/SP**, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 22/06/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1355007/SP**, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 10/08/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1628701/BA**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017.

LLORET, MARÍA ELISA – Escribana Pública Nacional, TITULAR de Registro Notarial 685 con siento en Ballesteros, Departamento Unión de la Provincia de Córdoba.

LLORET.LUCAS MARTÍN – Notario con Matrícula Profesional de Escribano Nº 2434, otorgada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba

AUTONOMÍA PRIVADA y CONVENIOS PRENUPCIALES Y POSNUPCIALES; REGÍMENES MATRIMONIALES MIXTOS

INTRODUCCIÓN

La llamada constitucionalización del derecho civil y la incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (artículo 75 inciso 22, Constitución Nacional) han tenido un fuerte impacto en el derecho de familia. Muchas constituciones y convenios internacionales protegen específicamente a la familia, pero ninguna le otorga el rango de sujeto de derecho autónomo.

Aunque sociológicamente la familia pueda observarse como una realidad colectiva, no quiere decir que el derecho tenga que tratarla como algo distinto de los individuos que la

componen. La diversificación familiar no es sólo una realidad del Norte, también en América Latina el modelo nuclear, biparental con hijos se redujo. Este patrón coexiste con los hogares monoparentales, las familias compuestas, las uniones convenciales, las familias homoparentales, así como las familias a distancia producto de las migraciones de algunos de sus integrantes. Ante la complejidad de las formas familiares a las que se encontró confrontado el orden jurídico, en sus reglas clásicas del derecho de familia basado en gran parte en el orden público, se hizo necesario pergeñar mecanismos nuevos, que permitieran regular de una manera flexible los diferentes modos de organización familiar.

La familia aparece cada vez más como un instrumento de autorrealización de los miembros que la componen que como un fin en sí misma. La contractualización y la consecuente desjuridificación constituyen las herramientas jurídicas que permiten acompañar dicho proceso.

La evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial el de la "democratización de la familia", hizo que algunos autores contemporáneos entiendan que se ha pasado del derecho de familia a "derecho de las familias" en plural, dado que la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la "protección integral de la familia", de carácter sociológico y en permanente transformación.

La familia clásica con base en matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también

constituyen familias como las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (familias ensambladas), familias reconocidas por Ley 26.618 fundadas en matrimonio de personas del mismo sexo, etc. La unión en matrimonio y unión convivencial, conllevan una noción sociológica fundamental, generadora de efectos económicos, culturales y normativos que caracterizan a la sociedad contemporánea.

En los fundamentos de proyecto del Código Civil y Comercial se dijo: "la mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los derechos humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar, y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites".

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (texto ordenado Ley 26.994, promulgado en el año 2014) supo respetar y aggiornarse a las nuevas corrientes defendidas por la doctrina, jurisprudencia y práctica de la legislación comparada. Con una función tuitiva en defensa de los postulados jurídicos como la libertad, la igualdad entre los cónyuges, la solidaridad, la dignidad de las personas y la autonomía de la voluntad.

Con el principal propósito de constitucionalizar el derecho de familia, reformó seriamente el derecho de familia y receptó la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio.

AUTONOMÍA PRIVADA

El X Congreso Internacional de Derecho de Familia consideró que: "La autonomía de la voluntad no se contrapone con el orden público en el derecho de familia, sino que éste último resulta un límite preciso y útil para la realización de aquella".

El debate acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio ha sido objeto de numerosos trabajos desde fines del siglo XIX. La cuestión de la contractualización no es novedosa.

En los trabajos preparativos para la reforma del Código Civil, la doctora Kemelmajer de Carlucci sostuvo que "el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación "cultural", no "natural" o "esencial". Afirma la autora, "si el concepto de familia no es 'natural' sino 'cultural', se entiende fácilmente que no exista un modelo universal e inmutable sino muy diversos tipos de familia"[53]. Y en línea con lo sostenido por la autora, la doctora Herrera sostiene que "la familia no está en crisis [pero] sí lo están varios de los criterios sobre los cuales se ha edificado la noción jurídico-cristiana de familia"[54].

El Código Civil y Comercial de la República Argentina, conjuga el consentimiento personal-matrimonial con el interés público. El principio de Autonomía de la voluntad, se evidencia en cuanto a la facultad de los contrayentes o cónyuges de la

[53] Kemelmajer de Carlucci, Aida, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014". La Ley del 08/10/2014.

[54] Herrera, Marisa, La familia en la constitución del 2020. ¿Qué familia?, en: Gargarella, Roberto (coordinador), La constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011, Págs. 85-94.

elección del régimen patrimonial matrimonial, pero es restringida, dado que existen disposiciones comunes a ambos régimen, que se sustentan en principios fundamentales destinados a la protección de los interés familiares comprometidos, conformando el "régimen primario", que son indisponibles, inderogables por convención de los cónyuges, ya sea, anterior o posterior al matrimonio. La faz pública se encuentra en la determinación de la estructura legal que diagrama el Estado en la que podrá posicionarse patrimonialmente cada matrimonio, especificándose en cada uno de ellos los derechos, deberes, cargas comunes, etc. que imperarán en cada régimen económico y a través de la justicia evaluar el cumplimiento al marco de ejercicio.

El Principio de la Autonomía de la Libertad (restringida), en cuanto al régimen patrimonial matrimonial, del Código Civil y Comercial de la Nación argentina, implica dar preeminencia a la voluntad de las partes, hacer retroceder el orden público de dirección (normas imperativas), ofrecer alternativas allí donde sólo había adhesión. No significa fragilizar o dejar sin protección sino simplemente permitir que sean las partes, en última instancia, quienes deciden y no el Estado. Se trata tutelar a los miembros que componen la familia. Es por ello, que no se menoscaba el orden público ni afecta la seguridad jurídica por el solo hecho de darse cabida a la autonomía de la voluntad y permitir optar por un determinado régimen patrimonial que se ajuste a las aspiraciones de los contrayentes, siempre que no se alteren ciertos límites y principios tales como: las buenas costumbres, la igualdad, la

seguridad jurídica, protección integral de la familia, derechos de terceros, protección hijos menores de edad y conon capacidad reducida.

La autonomía de la voluntad en cuanto al régimen patrimonial matrimonial, oscilará en los contrayentes permitiéndoles escoger entre un estatuto económico matrimonial u otro, o simplemente no optar por ninguno para quedar enmarcados dentro del legal supletorio; y a los cónyuges, variar de régimen por considerar que equivocaron en su decisión u omisión inicial, o porque las circunstancias económico-matrimoniales que valoraron con anterioridad, ahora son diferentes y consideran oportuno mutar de régimen. Resulta importante porque les da a los cónyuges la posibilidad de elegir con la tranquilidad de que esa decisión no resultará definitiva y, fundamentalmente, porque les brinda el derecho de variar de régimen a todas aquellas cónyuges que han contraído nupcias con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

CONVENCIONES MATRIMONIALES: CONVENIOS PRENUPCIALES Y POSNUPCIALES

Las convenciones matrimoniales son facultativas, pueden modificarse antes de la celebración del matrimonio (convenios prenupciales) en cualquier momento que consideren y las veces que lo deseen siempre que se ajusten a las disposiciones pre-establecidas.

El CCCN regula las convenciones matrimoniales en los artículos 446 a 450, pero no brinda una definición, sino que se limita a

enumerar los supuestos admitidos (art. 446).

No obstante a ello, las convenciones matrimoniales son actos jurídicos familiares patrimoniales, acuerdos o pactos que en algunas ocasiones podrán constituir un contrato –como en el caso de las enumerados en los incisos c) y d) del art. 446-, o simplemente consistirán en una declaración de los futuros esposos con respecto a los bienes que cada uno lleva al matrimonio o las deudas que tuvieran –incisos a) y b) del mismo artículo. Más allá de las restricciones legales, su naturaleza jurídica y su esencia están vinculadas a las estipulaciones contractuales y en función de la definición del art. 957, pueden caracterizarse como contratos entre los contrayentes o los cónyuges, relativos a los efectos económicos de su matrimonio. [55]De allí que se les apliquen las normas generales en materia contractual.

El mismo sentido que el régimen anterior, los futuros esposos, sólo pueden celebrar las convenciones que expresamente se permiten y no pueden prever cómo se solucionarán sus relaciones en caso de ruptura o fallecimiento (el art. 447 es determinante). Son las convenciones previas al matrimonio que, al igual que en el Código derogado (CC), deben efectuarse con anterioridad al matrimonio, por escritura pública, solo pueden referirse a los contenidos taxativamente permitidos y se consideran sujetas a la condición suspensiva de que se

[55] Molina de Juan, Mariel F., "Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento especial "Código Civil y Comercial de la Nación. Familia", 2014 (diciembre), p. 17.

celebre un matrimonio válido.

Si los futuros esposos realizan una convención sobre otro objeto relativo a temas patrimoniales de su matrimonio, ello no implicará la nulidad de la convención, sino que sería una nulidad relativa (conf. art. 279, 386, 388, 389 CCCN), ya que la sanción es en protección del interés de los esposos.

CONVENCIONES ATÍPICAS

Las convenciones atípicas o no previstas por el sistema jurídico están prohibidas en el nuevo Código al decidirse por un sistema opcional restrictivo (similar al *numerus clausus*), ya que las convenciones antes del matrimonio únicamente pueden versar sobre determinados objetos (art. 446).

OBJETO

El régimen vigente amplía –parcialmente- el objeto tradicional de las convenciones matrimoniales.

Los futuros cónyuges pueden pactar (art. 446):

a) La *designación* y *avalúo* de los bienes que cada uno lleva al matrimonio. Es un medio para pre -constituir la prueba con relación al carácter de los bienes inventariados, y así evitar cuestionamientos futuros. Teniendo en cuenta la presunción de ganancialidad del artículo 466, este inventario constituye un medio para preconstituir la prueba de la calidad de propios de los bienes que cada cónyuge lleva al matrimonio, especialmente bienes muebles no registrables (dinero, obras de arte, joyas, etc.) y derechos personales (ej. boletos de compraventa sin fecha cierta).

b) La *enunciación de deudas*. Es otra forma de acreditar su existencia, y así al momento de la extinción de la comunidad se transforma en el derecho de recompensa que tiene el cónyuge si una deuda personal del otro fue solventada con fondos gananciales (arts. 489, 490 y 468).
c) Las *donaciones que se hagan entre ellos*. Este tipo de donaciones se rige por las normas relativas al contrato de donación, y sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra. La convención pre matrimonial es la oportunidad que tienen los contrayentes para hacerse donaciones, ya que luego de celebrado el matrimonio rige para ellos la prohibición del art. 1002 inc. d) C.C.C.N. si quedan sujetos al régimen de comunidad. Esta limitación no rige si su régimen patrimonial matrimonial es el de separación de bienes.

Si el matrimonio no se celebra, todas las donaciones –contenidas en la convención o fuera de ellas, pero en miras al futuro matrimonio- podrán considerarse pagos sin causa y el donatario deberá restituir lo donado y sus accesorios.

Las donaciones que en razón del matrimonio futuro les efectuaran los terceros, también llevan implícita la condición de que el matrimonio se celebre y sea válido (452); y si no se celebra, deberán restituirse al tercero los objetos donados.

El plazo de validez de la oferta de donación que un tercero haga a uno de los novios o a ambos se fija en un año, transcurrido el cual, queda sin efecto si el matrimonio no se celebra. La oferta puede ser revocada antes de ser aceptada.

d) *La opción de los futuros esposos hagan por alguno de los*

regímenes patrimoniales previstos. Como se expuso en la introducción, esta es la gran modificación en materia de efectos patrimoniales del matrimonio. No obstante, se habla de una autonomía de la voluntad restringida, a diferencia de lo que ocurre en otros países donde son los propios contrayentes o cónyuges, como interesados, quienes estructuran el régimen de bienes que mejor se adecua a su situación particular. En Argentina, no se puede elaborar libremente el régimen patrimonial matrimonial, sino que la ley únicamente admite que los interesados opten por uno de los dos regímenes que regula: comunidad de gananciales o separación de bienes.

Pueden establecerse condiciones distintas siempre que no sean prohibidas, contrarias a la moral, a las buenas costumbres o que dependan exclusivamente de la voluntad del obligado, por lo cual se tendrá por no escrita las condiciones que afecten de modo grave la libertad de la persona. Por ejemplo, elegir el domicilio, decidir sobre el estado civil.

CAPACIDAD

La edad de los contrayentes es una de las limitaciones tenidas en cuenta por la mayoría de las legislaciones del derecho comparado en cuanto a la elección del régimen patrimonial del matrimonio.

Los mayores de edad tienen plena capacidad para celebrar convenciones matrimoniales, siendo un principio general en materia civil LA CAPACIDAD.

En cuanto a los menores de edad, mayores de dieciséis años, pueden contraer nupcias con las autorizaciones de sus

representantes legales o por la dispensa judicial si falta la mencionada licencia o no se ha alcanzado la citada edad. La doctrina mayoritaria considera, que todos los menores de edad que hayan contraído matrimonio, sea con autorización judicial o parental, les rige la prohibición de efectuar la opción por el régimen patrimonial matrimonial y efectuar donaciones en las convenciones matrimoniales. Dichas prohibiciones rigen hasta alcanzar la mayoría de edad, por lo que, si los menores hubieran obtenido autorización judicial para casarse y se casaran luego siendo mayores, la restricción no opera.

Se les niega a los adolescentes la posibilidad de celebrar pactos por los cuales efectúen donaciones o elijan el régimen patrimonial del matrimonio, ya que la entidad de tales decisiones requiere una deliberación propia del mayor de edad; máxime cuando el sometimiento al régimen de comunidad no afecta su interés, en la medida en que es el que mejor protege a las personas en situación de vulnerabilidad. Según el art. 450, las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial (a diferencia del art. 1222 del Código Civil que permitía a los menores que se casaban ejercer donaciones entre cónyuges en las convenciones matrimoniales), ni ejercer opción del régimen patrimonial (se les aplica el régimen supletorio de comunidad de ganancia). Según señala Marisa Herrera en su comentario a este artículo, dicha prohibición se funda en que son personas en pleno desarrollo madurativo y, por ende, pueden no tener la capacidad civil para poder decidir sobre los actos que pueden traer consecuencias gravosas o

perjudiciales para ellos. Por otra parte, con relación a la modificación del régimen patrimonial matrimonial de personas mayores adolescentes, hay distintas opiniones al respecto. Según nos ilustra Herrera, podría ser elegido el régimen de separación de bienes por los cónyuges cuando ambos cumplan los dieciocho años de edad y hayan transcurrido un año desde la celebración del matrimonio, es decir de la aplicación del régimen de comunidad. Por el contrario, entiende Azpiri, que nada obsta a que después del año de casados los menores puedan modificar el régimen patrimonial.

La norma se refiere específicamente a las personas menores de edad. No comprende el caso del matrimonio celebrado con dispensa por falta de salud mental (art. 405). En estos supuestos podrían aplicarse los mismos argumentos, sin perjuicio de remitirse a los términos de la sentencia de dispensa y, eventualmente, de la resolución que se haya pronunciado sobre la restricción de la capacidad de la persona que contrae matrimonio.

FORMA

Conforme a los artículos 448 y 449, tanto las convenciones matrimoniales como la convención referida a la modificación de régimen patrimonial después de celebrado el matrimonio deben efectuarse por escritura pública.

Asimismo, para que produzcan efectos frente a terceros, las convenciones deberán anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. En las prematrimoniales serán los contrayentes quienes se encargarán de manifestarlo ante el oficial del

Registro Civil para que éste lo asiente y en las convenciones posteriores al matrimonio será el escribano el encargado de rogar dicha anotación. En este punto cabe destacar que las convenciones también deberían inscribirse en los registros de bienes.

Respecto del carácter de la solemnidad impuesta, debemos concluir que esta es relativa, por no haberse impuesto expresamente la escritura pública bajo sanción de nulidad (arts. 285, 969, 1018 y cc.). Se trata de una omisión importante –e involuntaria– del legislador, pues, por su contenido, estas convenciones no deberían quedar sujetas a la posibilidad de posteriores acciones de escrituración, lo que resultaría un ridículo y podría afectar derechos de terceros.

EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

DERECHO COMPARADO

El derecho comparado ha venido aceptando desde hace algunos años la autonomía de la voluntad en relación al régimen patrimonial del matrimonio previendo también un régimen supletorio.

En general, existen tres regímenes que regulan las relaciones patrimoniales del matrimonio:

Comunidad de bienes: conocido también como régimen "societario" o "comunitario". Se constituye durante el matrimonio una masa de bienes que extinguida la comunidad deberá ser compartida entre los cónyuges o entre el supérstite y los herederos del otro cónyuge. Este régimen puede

clasificarse en cuanto a su extensión en:

a) universales: abarcan todos los bienes adquiridos durante el matrimonio por los cónyuges; b) limitado o restringido: integrado por ciertos bienes, o las ganancias, o bienes futuros, etc.

Separación de bienes: La celebración del matrimonio no altera la administración y disposición de los bienes de cada cónyuge. Cada uno conserva la titularidad de los bienes que tenía antes de casarse y adquiere para sí los incorporados después del matrimonio por cualquier título.

Participación de las ganancias: Este régimen surge en la segunda mitad del siglo xx. Es una combinación del régimen de comunidad y separación de bienes, situación que conduce a pensarlo como un régimen patrimonial matrimonial de naturaleza mixto. Desde la celebración del matrimonio el régimen funciona como una separación de bienes, situación que cambia después de la disolución. Por lo que, durante el matrimonio no se forma una masa común de bienes, sino que existen dos masas diferenciadas bajo la titularidad de cada cónyuge. Al disolverse, no se constituye una masa partible (como en el régimen de comunidad), sino que nace un derecho de crédito a favor de uno de los cónyuges contra el otro con el propósito de equiparar las ganancias obtenidas durante la vigencia del régimen. Por lo cual, al cesar el vínculo matrimonial, se mantienen los dos patrimonios separados, de lo que nace un derecho de crédito a favor del cónyuge más débil patrimonialmente para que el otro compense la

diferencia; por este camino se busca igualar el resultado final.

RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL ARGENTINO: El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en el Libro Segundo "RELACIONES DE FAMILIA" regula en Capitulo 1, Sección Primera, las Convenciones Matrimoniales, recepta el PRINCIPIO DE LA TEORÍA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, (restringida) otorgando a los contrayentes y cónyuges, la opción de elegir entre dos regímenes de patrimoniales matrimoniales: comunidad y separación de bienes, (opción que podrán manifestar en convenciones pre-matrimoniales o matrimoniales o en el acta de celebración del matrimonio). El régimen legal supletorio es de la comunidad (art. 463), fundado en ser el sistema más adecuado por la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad que gozan y el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias de la Argentina, al momento de sancionarse dicho Código. Para que la opción del régimen de separación de bienes produzca efectos respecto a terceros, debe anotare marginalmente en el acta de matrimonio, a los efectos de su publicidad.

Modificación del régimen: (Art. 449): En Argentina, se permite expresamente, luego de la celebración del matrimonio, pueden los cónyuges cambiar el régimen patrimonial matrimonial aplicable, este cambio lleva como consecuencia inmediata, la extinción y cese del régimen anterior debido al reemplazo por el nuevo.

Requisitos:

a) por un acuerdo entre los cónyuges (petición conjunta), el

cambio de régimen debe ser bilateral y no se permite la imposición del cambio por uno solo de los esposos;

b) Plazo: debiendo haber transcurrido un año como mínimo de la aplicación del régimen patrimonial elegido (convencional o legal supletorio), es decir un año desde la celebración del matrimonio o desde la aplicación del elegido si fuera con posterioridad;

c) Forma: Escritura pública: Nuevamente debe recurrirse a la intervención del notariado para otorgar estos actos tan trascendentes en la vida conyugal. No debemos perder de vista que en el caso de mutar del régimen de comunidad al de separación de bienes se producirá la disolución de la comunidad de gananciales, generándose la indivisión poscomunitaria y todas las consecuencias que esto conlleva, incluso la necesidad de proceder simultánea o posteriormente a su liquidación;

d) Inscripción en el Registro Civil: Para producir efectos frente a terceros, esta convención también debe ser inscripta en el Registro Civil mediante nota marginal en la partida de matrimonio. Si bien la publicidad en esta materia resulta necesaria, el hecho que, en la República Argentina, se trate de registros locales y de que no exista un registro federal, resta eficacia y practicidad al sistema, pues siempre deberá anotarse en el registro donde los cónyuges hayan contraído nupcias, sin importar el lugar de radicación del matrimonio al momento de otorgar la escritura de modificación de régimen. Y al problema de la distancia de los registros se le suma el de la validez

temporal de las partidas que ellos extienden.

DISPOSICIONES COMUNES a TODOS LOS REGÍMENES PATRIMONIALES MATRIMONIALES

Las normas dispuestas entre los artículos 454 y 462 constituyen un estatuto inderogable para el matrimonio, con independencia del régimen patrimonial aplicable (cfr. art. 454). Son indisponibles por los cónyuges, inderogables por los cónyuges, destinadas a la protección de los intereses familiares comprometidos, llamados "RÉGIMEN PRIMARIO" independiente del régimen patrimonial elegido, normas demostrativas, de la solidaridad familiar. [56] Tales como son:

1) DEBER DE CONTRIBUCIÓN: "ARTÍCULO 455.- Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas." La protección legal mira el sostenimiento del hogar y de los hijos, incluyendo las necesidades del hijo del otro cónyuge mientras conviva con ellos, sea menor de edad, con capacidad restringida o tenga

[56] Ver Medina, Graciela, "Las grandes reformas al derecho de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012", en AA.VV., *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, [s. e.], 2012, p. 303, § 14.b., citada por Sambrizzi, Eduardo A., "Disposiciones comunes a ambos regímenes patrimoniales del matrimonio en el proyecto de reformas", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2014-D, p. 688

alguna discapacidad.

2) SOLIDARIDAD: "ARTÍCULO 461.- Responsabilidad solidaria. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455. Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro."

La responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos. Se mantiene el principio de irresponsabilidad del cónyuge no contratante por las deudas adquiridas a título personal por el otro durante el matrimonio, estableciendo como excepción que la responsabilidad de los cónyuges será común, solidariamente responsables, por las deudas referidas a las necesidades básicas del grupo familiar.

Esta cuestión se encontraba regida por los art. 5 y 6 de la ley 11357, consagró el principio general de la irresponsabilidad del no contratante por las deudas contraídas por el otro cónyuge, con la excepción de los supuestos en que hubiesen sido contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos y para la conservación de los bienes comunes, en estos casos la responsabilidad se extendía al otro cónyuge, mas solamente con relación a los frutos de sus bienes propios y gananciales.

3) PROTECCION DE LA VIVIENDA FAMILAR: ARTÍCULO 456. "

Se reconoce a la vivienda como un derecho humano, la protección integral de la familia contemplada en el artículo 14 bis de la C.N. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro. Cabe destacar que el anexo II de la Lay 26.994, que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, deroga la ley 14.394 de Bien de Familia.

Se ha definido al asentimiento como: ... una declaración unilateral y autónoma que tiene por finalidad complementar la voluntad del cónyuge titular, cumpliendo así el requisito que la ley exige para disponer de bienes inmuebles, muebles y derechos registrales[57].

El artículo 456 CCCN, se corresponde con el segundo párrafo del artículo 1277 CCIV, que requería el asentimiento para disponer del inmueble propio cuando fuera sede del hogar conyugal y vivieran allí hijos menores o incapaces.

El artículo 456 mantiene y amplía dicha protección: el asentimiento se requiere para personas casadas bajo cualquiera de los dos regímenes patrimoniales, aun en un

[57] Martínez, Karina A. y Massone, Mariana C., "Algunas cuestiones relativas al asentimiento conyugal", en *Revista del Notariado*, n° 901, 2010, pp. 87-99, citadas por Ezernitchi, Darío J. y Pacheco de Ariaux, María I., "Asentimiento y convenciones matrimoniales a la luz del proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial", en *Revista del Notariado*, n° 911, 2013, pp. 87-104

régimen de separación. El legislador ha extendido el requisito para todo acto de disposición de derechos sobre la vivienda. Ya no será necesario que tengan hijos menores o incapaces que vivan en el inmueble para requerir el asentimiento. Además, abarca la disposición de todo tipo de derechos, pues no se limita a los reales. [58] El legislador extendió la protección a los bienes muebles indispensables de la vivienda, de los que no se podrá disponer ni podrán ser transportados fuera de ella sin asentimiento, lo que resultará sin dudas una prerrogativa de difícil aplicación.

Requisitos. Asentimiento anticipado

El artículo 457 CCCN dispone: En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento del acto, aquel debe versar sobre el acto en sí, y sus elementos constitutivos. Estos requisitos se refieren tanto al caso del artículo 456 CCCN, como a los supuestos regulados en el artículo 470 CCCN, por remisión expresa de este último.

Esta norma trajo una pronta y adversa reacción por parte del notariado. En primer lugar, se advierte un uso vago del lenguaje al referirse a "el acto en sí" y sus elementos "constitutivos". La alusión al "acto en sí" implica el reconocimiento normativo de la tesis que interpretaba improcedente el asentimiento general anticipado, tema que ha sido un punto de desacuerdo en doctrina y jurisprudencia [59] –

[58] P. ej.: la cesión del contrato de locación requerirá el asentimiento del cónyuge del cedente si el bien locado se destina a vivienda familiar del locatario

[59] Ver Giralt Font, Jaime, "Actos de disposición de bienes de los cónyuges, antes y después de la disolución de la sociedad conyugal", en *Revista del Notariado*, nº 903, 2011, pp. 93-102: "9.3. Opiniones en contra de la validez

la posición predominante dentro del notariado ha sido la validez y defensa de dicha figura, en virtud de la confianza que existe entre los esposos–. Con respecto a la mención a los elementos "constitutivos", una primera lectura parece indicar que al momento de otorgar el asentimiento el cónyuge no titular deberá conocer todos los elementos esenciales del acto jurídico que otorgará su consorte, esto es, sujeto, objeto y causa. Dicha interpretación haría prácticamente imposible el otorgamiento de un asentimiento anticipado. La posición que hace operativo un asentimiento anticipado es la que entiende que solo deben enunciarse aquellos elementos que resulten relevantes a efectos de realizar el control que la ley le otorga de forma irrenunciable al cónyuge no titular. En el supuesto de la disposición de un inmueble, me enrolo en la corriente de aquellos autores que sostienen que alcanza con describir la naturaleza del acto a otorgar, el bien y, en su caso, el precio mínimo que debería obtenerse. En definitiva, la persona que resulte compradora no es relevante a efectos del control que debe cumplirse.

Poder para asentir

Hay que distinguir: el asentimiento anticipado, ya sea especial o general, del poder para que el apoderado, en uso de la

---

del asentimiento general: Augusto César Belluscio, Raúl J. Cornejo, Guillermo A. Borda, José Ignacio Cafferata, Eduardo A. Zannoni, Carlos A. Vidal Taquini, Aquiles Horacio Guaglianoni, Santiago C. Fassi y Gustavo A. Bossert, Félix Alberto Trigo Represas, Jorge Joaquín Llambías, V Jornadas de Derecho Civil (Rosario, 1971). 9.4. Opiniones a favor de la validez del asentimiento general: Alberto G. Spota, Jorge Rodolfo Mazzinghi, Néstor Cichero, Fernando López de Zavalía, Oscar A. Borgonoso, XII Jornadas Notariales Argentinas (Resistencia, 1968), Instituto Argentino de Cultura Notarial, hoy Academia Nacional del Notariado".

representación conferida, otorgue el asentimiento en el caso concreto. La diferencia es fundamental, pues en el asentimiento anticipado el cónyuge ya prestó la conformidad requerida, mientras que en el apoderamiento el cónyuge no asiente, sino que le encomienda al apoderado que otorgue el asentimiento en un caso concreto.

Durante la vigencia del CC, la diferencia no resultó tan relevante en la medida en que los requisitos para el asentimiento anticipado y para el poder para asentir eran los mismos: individualizar el bien objeto del acto –doctrina mayoritaria–. Sin embargo, la diferencia vuelva a tomar relevancia como consecuencia del juego de los artículos 457 y 375 CCCN. Este último, relativo a los apoderamientos, dispone que serán necesarias facultades especiales para "b) otorgar el asentimiento conyugal, si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere". Frente a esto, la discusión gira en torno a interpretar si al requisito del artículo 375 CCCN deben sumárseles los requisitos del artículo 457 CCCN sobre los elementos constitutivos del acto.

Compartimos la opinión de quienes sostienen que el apoderamiento para prestar el asentimiento es válido con la sola mención del bien.

Nótese que el inciso b) del artículo 375 es el único supuesto en el que el CCCN solicita el llamado poder específico o especialísimo, requisito que no ha sido mantenido ni siquiera en materia de donación inmobiliaria. Imponerle al apoderamiento los requisitos del asentimiento es un

sinsentido, pues no sería necesario otorgar el poder de contarse con todos los requisitos para otorgar el asentimiento anticipado. Por otro lado, en el supuesto del apoderamiento, será el apoderado quien otorgue el asentimiento al cónyuge del poderdante, y dicho acto será imputable al poderdante como si hubiese actuado él mismo. La diferencia radica en la relación que se entabla entre el poderdante y el apoderado: si el poder se otorga en basa a un contrato de mandato y el mandatario actúa en contra de las indicaciones del mandante, esa desobediencia permanece en la faz interna de la relación contractual entre mandante y mandatario y dará lugar al reclamo del primero al segundo, pero resultará inoponible al tercero contratante de buena fe, en tanto en cuanto el poder cumpla los requisitos legales.

Mandato entre cónyuges y asentimiento conyugal

El artículo 459 CCCN, luego de establecer como regla general la posibilidad de que los cónyuges celebren entre sí contrato de mandato, expresamente dispone que dicho mandato no podrá ser "para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456". En primer lugar, la prohibición responde a la dinámica general adoptada en la materia de asentimiento, esto es, se adoptó una postura en la cual se desalienta la confianza en el cónyuge. Desde ese punto de partida, resulta coherente que, si no puede otorgarse un asentimiento general anticipado, ni siquiera especial si no se cuenta con "los elementos constitutivos del acto", tampoco pueda otorgarse mandato al otro cónyuge, pues en definitiva estaría entregando el control del acto al sujeto pasible de

control.

La discusión en torno a este tema deriva de la remisión que el artículo 470 (asentimiento de los bienes gananciales) hace a las disposiciones de régimen general en materia de regímenes patrimoniales, que se refieren al asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda. Como vimos, el artículo 459 prohíbe dar mandato al cónyuge para asentir "en los casos en que se aplica el artículo 456", es decir, para la disposición de la vivienda. Asimismo, el último párrafo del artículo 470 dispone que "al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459". Contrapuestas las dos normas, lo que hay que interpretar es si la prohibición alcanza los supuestos en que se dispone de bienes gananciales que no sean el inmueble que constituye la vivienda familiar.

Quienes opinan que en este caso no es aplicable la prohibición fundan su opinión en la letra del propio artículo 459, que dice que se aplica a los casos del 456, y expresan que la remisión solo tiene por fin ratificar la regla general que les permite a los cónyuges celebrar el contrato de mandato. Respecto de este argumento, la remisión expresa del artículo 470 al 459 no puede tener como objetivo la repetición de una regla general que de todas formas se aplicaría, justamente por encontrarse entre las normas aplicables a todos los regímenes. La remisión al artículo 459 se torna trascendente si se entiende que se refiere a la prohibición de que el mandato verse sobre el asentimiento conyugal. Por otro lado, también le es aplicable el argumento vertido con respecto al artículo 459 de que se

estaría delegando el control en el sujeto que debe controlarse, que parece ser lo que el legislador buscó evitar.

Venia judicial supletoria

En comparación con la norma anterior, el artículo 458 CCCN, mantiene la posibilidad de solicitar la venia judicial supletoria y amplía los casos en que puede aplicarse, pues se refiere a cualquier supuesto en que no pueda obtenerse el asentimiento, ya sea por negativa injustificada, ausencia, incapacidad, o impedimento transitorio.

Omisión del asentimiento. Efectos. Caducidad y prescripción

Desde la sanción de la Ley 17711 se ha discutido qué ineficacia afectaba al acto en el cual se había omitido el asentimiento del artículo 1277 CC. Para algunos, era un caso de nulidad relativa; para otros, el acto era inoponible al cónyuge. El CCCN termina con la discusión, optando por la nulidad relativa a favor del cónyuge no titular, pues la omisión podrá ser confirmada por el cónyuge que debió asentir.

El plazo de caducidad de seis meses resulta muy útil desde el punto de vista práctico. No obstante, debemos ser muy precavidos al momento de considerar el transcurso de dicho plazo como un supuesto de subsanación, por cuanto la determinación del momento en que el cónyuge pudo conocer el acto de enajenación no siempre es certera. En principio, los supuestos del artículo 456 parecen ser más claros, pues, tratándose de la vivienda familiar, difícilmente pueda alegarse que desconocía la situación luego de los seis meses de otorgado el acto. No obstante, el vendedor pudo haber

continuado en posesión del bien sin que su cónyuge tomara conocimiento de la venta efectuada.

Acreditación de la innecesariedad del asentimiento

Ante la existencia de tantas normas nuevas en la materia, lo que resulta relevante para el notario será como manejarse respecto de aquellos bienes propios (o sujetos al régimen de separación de bienes) que no constituyan la vivienda familiar. Estimamos que seguirá siendo una manifestación del enajenante, que requerirá para la buena fe del adquirente la previa visita del bien para verificar que el inmueble no constituya la vivienda familiar del disponente, sin necesidad de solicitar ninguna constancia adicional.

RÉGIMEN DE COMUNIDAD:

ARTÍCULO 463.- Carácter supletorio. El nuevo régimen de comunidad de bienes guarda similitud con el del código vigente. Pese a algunos cambios, sigue siendo aquel caracterizado por la distinción entre bienes propios y bienes gananciales.
Este régimen se caracteriza por la formación de una masa común integrada por todos los bienes que los cónyuges adquieran a título oneroso después de la celebración del matrimonio (bienes gananciales), destinada a ser dividida entre los cónyuges o entre ellos los herederos del otro, al momento de la disolución de la comunidad.

BIENES PROPIOS Y GANANCIALES

ARTÍCULO 464 CCCN, expresa una enumeración minuciosa de

cuáles son los bienes propios (propiedad exclusiva de cada cónyuge), sobre los cuales cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición, con excepción de aquellos actos para los que se requiere el asentimiento conyugal, por ejemplo, la protección de la vivienda familiar (Art. 456 CCCN)[60]. Del articulado, se desprende la incorporación de manera expresa de supuestos que fueron debatidos en jurisprudencia y doctrina, como es el caso de la incorporación expresa como bienes gananciales a las indemnizaciones por lucro cesante correspondientes a ingresos que habrían sido gananciales, siendo bienes propios las indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales y por daño físico causado a la persona del cónyuge.

El artículo 465 CCCN, enumera los bienes que corresponden ser calificados como gananciales incluyendo aquellos bienes sobre los cuales los esposos tienen un derecho de expectativa al momento de la extinción, resultando esta calificación un aspecto distintivo de régimen de comunidad.

Gestión de los bienes en la comunidad: Hay que distinguir bienes propios, gananciales

o adquiridos conjuntamente.

1) BIENES PROPIOS: Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, excepto lo dispuesto en el artículo 456 para la vivienda familiar.

2) BIENES GANANCIALES: La administración y disposición de

[60] tema ya tratado en: "**PROTECCION DE LA VIVIENDA FAMILAR**"

los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar:

a) los bienes registrables;

b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824.

c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior;

d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios.

También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.

Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459, vale decir: 1) El que no ha dado su asentimiento puede demandar la NULIDAD del acto o la RESTITUCIÓN DE LOS MUEBLES dentro del plazo de caducidad de SEIS MESES de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial; 2) Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo;

3) Bienes adquiridos conjuntamente. La administración y disposición de los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges corresponde en conjunto a ambos, cualquiera que sea la importancia de la parte correspondiente a cada uno. En caso de disenso entre ellos, el que toma la iniciativa del acto puede requerir que se lo autorice judicialmente en los términos del artículo 458 CCCN.

A las partes indivisas de dichos bienes se aplican los dos artículos anteriores.

A las cosas se aplican las normas del condominio en todo lo no previsto en este artículo. Si alguno de los cónyuges solicita la división de un condominio, el juez de la causa puede negarla si afecta el interés familiar.

ARTÍCULO 472.- Ausencia de prueba. Se reputa que pertenecen a los dos cónyuges por mitades indivisas los bienes respecto de los cuales ninguno de ellos puede justificar la propiedad exclusiva.

ARTÍCULO 473.- Fraude. Son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades, pero con el propósito de defraudarlo.

ARTÍCULO 474.- Administración sin mandato expreso. Si uno de los cónyuges administra los bienes del otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocios, según sea el caso.

Según nos explica Marisa Herrera, la calificación de los bienes propios y gananciales se estructura sobre la base de ciertas

reglas a saber:

Principio de inmutabilidad de masas: imposibilidad de modificar la calificación de bienes.

Principio de subrogación: se traslada las características de la cosa subrogada a la subrogante.

Principio de accesoriedad: "Lo accidental tiene carácter de la sustancia".

Presunción de ganancialidad (art. 466): se supone, salvo prueba en contrario, que todo bien que no pueda calificarse como propio pertenece a la comunidad.

Según la naturaleza de la adquisición los bienes adquiridos a título gratuito son propios mientras que las adquisiciones onerosas son gananciales, siempre que no se presente un supuesto de conservación de carácter propio.

Según el criterio temporal los bienes adquiridos antes del principio de la comunidad son propios y los adquiridos con posterioridad, gananciales.

Teoría del derecho (causa o título anterior): cuando la adquisición de un bien, estando vigente la comunidad, reconoce un derecho (causa o título) anterior a ella, se reputa propia con igual criterio en materia de ganancialidad, vale decir aquel bien ingresado extinguida la comunidad pero que reconozca causa o título a tal momento, será ganancial.

El Código adhiere al criterio de calificación única de bienes, previendo expresamente diversos supuestos de recompensas. La teoria de la recompensa es consecuencia de la calificación

única expresada en el art. 491 CCCN. Adquisición de un bien con dinero en parte propio y en parte ganancial. En estos casos, la doctrina mayoritaria le ha otorgado al bien el carácter de la mayor cantidad de dinero invertido. Esta regla se receptó en el CCCN, imponiendo las recompensas que correspondan.

Adquisiciones de partes indivisas que resulten de títulos distintos. Este es el supuesto que ha producido mayores contradicciones y ha generado dos corrientes doctrinarias, la monista y la dualista. Para la primera, los bienes debían calificarse siempre y en su totalidad como propios o como gananciales, y, en el caso de aportes mixtos, jugaba la regla de las recompensas al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Por el contrario, para la postura dualista, no existía inconveniente en sostener que un bien de titularidad de un cónyuge solo pudiera ser en parte propio y en parte ganancial, atento a la diferente calificación de los bienes o fondos utilizados para su adquisición. Dichas posturas, enfrentadas durante décadas, fueron sostenidas por respetados juristas. Los supuestos de recompensa implican reconocer créditos a favor de uno de los cónyuges o de la comunidad con el propósito de reestablecer la composición de las masas patrimoniales propias de cada uno. Corresponde a quien lo invoca la carga probatoria. Dichas recompensas operan al momento de liquidar la comunidad. La recompensa es un derecho, no una obligación. En cuanto a las deudas contraídas por los cónyuges bajo el régimen de comunidad, se aplica el siguiente sistema de responsabilidad: ARTÍCULO 467. Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios

y los gananciales por él adquiridos. Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales. El cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad.

De ello se desprende, que tanto en el régimen de Comunidad como en el de separación de bienes, rige el Principio de responsabilidad personas de cada uno de los cónyuges por las deudas que contrae, y su contracara es el principio e irresponsabilidad del otro cónyuge que no contrajo la obligación, con las excepciones que se indicaron ut-supra.

EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD

La enumeración de las causales de extinción del régimen patrimonial matrimonial de comunidad que se advierte en el artículo 475 es TAXATIVA.

Causas. La comunidad se extingue por:

a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges; en el supuesto de presunción de fallecimiento, los efectos de la extinción se retrotraen al día presuntivo del fallecimiento.

b) la anulación del matrimonio putativo;

c) el divorcio;

d) la separación judicial de bienes;

e) la modificación del régimen matrimonial convenido.

De las causas enumeradas se desprenden: a) que las tres primeras causales coinciden con la disolución del matrimonio y se establecieron modificación con respecto al régimen anterior; b) Suprime la separación personal como causa de extinción de la comunidad atento a la incorporación del divorcio incausado.

Incorporación de dos supuestos que son: 1) la modificación el régimen matrimonial convenido por los cónyuges, como consecuencia de receptarse el principio de la autonomía de la voluntad (restringido) en el régimen matrimonial patrimonial con las limitaciones que la ley prevé según ya fue explicado y 2) la separación judicial de bienes solicitada con motivo de cese de la cohabitación. La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges: a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales; b) si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge; c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse.; d) si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero. Esta acción está reservada al cónyuge, ya que mira la protección del patrimonio familiar, por lo que no puede ser promovida por los acreedores del cónyuge por vía de subrogación. En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen de separación de bienes establecido en los artículos 505, 506, 507 y 508. La acción judicial de separación de bienes es una acción autónoma de carácter preventivo orientada a hacer cesar la

comunidad de bienes gananciales y a proteger la integridad de la masa comunitaria sin implicar la extinción del vínculo matrimonial.

MOMENTO DE LA EXTINCIÓN del RÉGIMEN DE COMUNIDAD

La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación. El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD: Efectuado el balance de las recompensas adeudadas por cada uno de los cónyuges a la comunidad y por ésta a aquél, el saldo en favor de la comunidad debe colacionarlo a la masa común, y el saldo en favor del cónyuge le debe ser atribuido a éste sobre la masa común. En caso de insuficiencia de la masa ganancial, en la partición se atribuye un crédito a un cónyuge contra el otro.

PARTICIÓN DE LA COMUNIDAD de BIENES GANANCIALES: la partición puede ser solicitada en todo tiempo, excepto disposición legal en contrario. La masa común se integra con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge. La masa común se divide por partes iguales entre los

cónyuges, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales. Si se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiese correspondido al causante. Si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado.

Uno de los cónyuges puede solicitar la atribución preferencial de los bienes amparados por la propiedad intelectual o artística, de los bienes de uso relacionados con su actividad profesional, del establecimiento comercial, industrial o agropecuario por él adquirido o formado que constituya una unidad económica, y de la vivienda por él ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad, aunque excedan de su parte en ésta, con cargo de pagar en dinero la diferencia al otro cónyuge o a sus herederos. Habida cuenta de las circunstancias, el juez puede conceder plazos para el pago si ofrece garantías suficientes.

Forma de la partición. El inventario y división de los bienes se hacen en la forma prescripta para la partición de las herencias.

Gastos. Los gastos a que dé lugar el inventario y división de los bienes de la comunidad están a cargo de los cónyuges, o del supérstite y los herederos del premuerto, a prorrata de su participación en los bienes.

RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES

En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservan

la libre administración y disposición de sus bienes personales y cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas, con las excepciones ya tratadas[61]. Sólo en estos casos los cónyuges responden solidariamente.

Prueba de propiedad: Si no se puede demostrar la propiedad exclusiva se presume que el bien pertenece a ambos por mitades. La propiedad exclusiva se pueda demostrar por todos los medios de prueba (tanto respecto del cónyuge como de un tercero).

Tanto en el régimen de comunidad de bienes, como en el de separación de bienes, el cese del mismo se producirá por la disolución del matrimonio, o bien por la modificación del régimen convenido entre los cónyuges.

CALIFICACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL

El Escribano ante el otorgamiento de un acto por escritura pública cuyo objeto sean bienes registrables y las partes intervinientes sean personas casadas, ineludiblemente deberá realizar la calificación del régimen patrimonial matrimonial al cual se encuentran sometidos.

En principio, el notario estará a la declaración de las partes tanto en lo relativo al estado civil como así también a la situación patrimonial. Ante esta situación hay diversas variantes a tener en cuenta: A los cónyuges que manifiesten haber suscripta convención matrimonial y la misma esté inscripta en el Acta de Matrimonio, se les aplicará las reglas

[61] tema expuesto bajo el título:" DISPOSICIONES COMUNES a TODOS LOS REGÍMENES PATRIMONIALES MATRIMONIALES".

del régimen al cual se hayan sometido, siendo de buena práctica notarial contar con una partida de matrimonio lo más actualizada posible y dejar constancia de ello en forma clara en la escritura pública y adjuntar la documentación respaldatoria (Partida de Matrimonio y Convención). Además, al inscribir el acto en el Registro Especial de acuerdo a la naturaleza del bien, se le dará publicidad al régimen a través del mismo. A las personas casadas que manifiesten no tener convención se los tendrá por sometidos al régimen supletorio de comunidad, y de ello se tomará razón con relación a cada bien registrable en particular. Uno de los casos que puede presentar ciertos inconvenientes es cuando quien comparezca ante el escribano a otorgar un acto jurídico relativo a bienes que luego requieran de una inscripción, manifieste la existencia de convención celebrada por escritura pública, pero sin inscripción. ¿Cómo acredita fehacientemente el escribano el régimen al cual se encuentran sometidos? En primer lugar, no caben dudas que a los terceros les es inoponible el régimen optado en la convención no inscripta, pero sí es plenamente válida entre los cónyuges. Entendemos, que, para evitar serios inconvenientes al tráfico jurídico de los bienes, al notario actuante deberá proceder primero a la inscripción de la convención en el acta de matrimonio y luego sí podrá realizar el acto que soliciten las partes, pues, la manda de inscribir las convenciones al margen de la partida de matrimonio es expresa (no ocurre con las sentencias de divorcio). Pero hay quienes consideran, que basta con la declaración de las partes y, además, que con la escritura pública que contiene el convenio y el acta de matrimonio el escribano podrá calificarlo,

dejando constancia de ello en el acto notarial inscripto, lo que implica luego oponibilidad a terceros con relación a ese bien en particular por la toma de razón en el Registro de la naturaleza del bien. Asimilan en este caso al de los divorciados que acreditan tal circunstancia con la sentencia firme de divorcio aun cuando la misma no esté inscripta en el Registro Civil. Finalmente, otra hipótesis debatida es aquella en la cual un cónyuge deba otorgar un acto de disposición sobre un bien registrable ganancial y el Registro Civil publicita un régimen y el Registro Especial publicita otro. ¿En cuál de las dos publicidades debe sustentarse el escribano? ¿Cuál de ellas es oponible a los terceros?

Nos encontramos con dos posturas diferentes y antagónicas. La primera postula que debemos estar a la letra del artículo 448, que expresamente indica que... "*Para que la opción del artículo 446 inciso d), produzca efecto respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio".* Asimismo, el artículo 449 expresa "*Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio*". Hay doctrina que considera que la escritura pública se mantiene como forma ad solemnitatem y que no es modo suficiente de publicidad, por lo que la convención prematrimonial que contenga la opción por el régimen de separación de bienes y la convención matrimonial de cambio de régimen generarían efectos a partir de la inscripción en nota marginal del acta matrimonial, agregando que esta inscripción es forma especial de validez. Pero, otra postura sostiene que al tratarse de bienes

registrables se debe estar a la inscripción del régimen de bienes del matrimonio que surja de ese Registro, aun cuando difiera del régimen publicado por el Registro Civil, ya que la especialidad en materia de derechos reales y la existencia de Registros especiales llevan a concluir la prevalencia del primero sobre el segundo, por aplicación de la ley especial sobre la ley general.

UNIONES CONVIVENCIALES

Ha sido positivo, sin duda, el avance que representa el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina regulada en el Libro Segundo, "Relaciones de Familia", Título III, al contemplar normativamente la situación de las uniones convivenciales. El progresivo incremento del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión convivencial, constituye una constante en todos los ámbitos geográficos de la República Argentina y sectores sociales. El artículo 16 de la Constitución Nacional, posibilita el reconocimiento legal a estas dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial).

La conciencia social ha pasado de una consideración negativa (concubinato en sentido peyorativo) a reconocer que, las personas que no se casan, forman parte del espectro e formas de **vivir en familia**. Se posibilita la autorregulación de los intereses patrimoniales de los convivientes en base al principio de autonomía de voluntad consagrado. La base o fundamento de la regulación de esta institución, ha sido la constitucionalización del derecho privado, asegurando el

respeto a diferentes opciones de vida. Es por ello, que es destacable la **ubicación** donde se las legisla: Libro Segundo, "Relaciones de Familia", Título III, consolidándose social y jurídicamente, reconociendo efectos jurídicos a las uniones convivenciales, cuya unión se basa en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas mayores de edad, que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo. La libertad de contratar entre los convivientes, sobre aspectos patrimoniales de su relación ya la gozaban bajo la antigua legislación civil. Ahora, está regulada por una normativa legal expresa (arts. 513/518). El artículo 513 del Código Civil y Comercial de la República Argentina, recepta el principio de Autonomía de la voluntad de los convivientes. El principio general, que el artículo 518 del Código Civil y Comercial de la República Argentina recepta es que las relaciones económicas entre los integrantes de la unión, se rigen por lo estipulado en los pactos de convivencias. Estos pactos, son contratos, bilaterales, consensuales, formales, destinados a regular las relaciones entre los convivientes, deben ser hechos por escrito y pueden prever un régimen de administración conjunta, separada o indistinta, pueden regular, entre otras cuestiones (de manera orientativa): a) La contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; b) atribución del hogar común en caso de ruptura y división de bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia (ya sea por mitades o en forma desigual).

El régimen de estas uniones tiene un espectro más amplio de

la autonomía de la voluntad que el régimen matrimonial, ya que podrían pactarse participaciones desiguales. A falta de regulación y como régimen supletorio el Código, establece una administración y disposición separada de la propiedad de los bienes de cada uno de los convivientes y la única restricción es la vivienda familiar (art. 522). La eficacia que podrían llegar a tener estos pactos, su modificación y su extinción sería inter partes; ya que para desplegar efectos a terceros es necesaria la inscripción del art. 511 y en el registro de bienes en caso de corresponder. Con respecto a terceros de buena fe, el ejercicio de buena fe de los derechos generará la apariencia y así, quienes contraten con los convivientes, lo harán como si fueran individuales, sin importar los pactos, salvo su oponibilidad en caso que proceda su registración. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia, se mantienen en el patrimonio al que ingresaron. Por ello, la importancia que las previsiones del pacto de convivencia, sean otorgados por escritura pública, ya que, al cese de la convivencia, al momento de proceder a la distribución de los bienes, podrán las partes otorgar escritura de adjudicación por cese de unión convivencia cuya causa, será el pacto previo (oportunamente inscripto de corresponder, según la naturaleza de los bienes incorporados). El derecho hereditario legal se mantiene como privilegio exclusivo del matrimonio. No obstante, la aproximación que se ha producido progresivamente entre las diversas formas de conyugalidad, el derecho sucesorio continúa estableciendo una diferencia esencial entre el matrimonio y la unión convivencial.

LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

En el Código Civil la regla general era la libertad de contratar de personas capaces y esto incluía a los cónyuges. La incapacidad de derecho para contratar en ciertos contratos expresamente prohibidos se fundaba en la naturaleza que implicaba una alteración del régimen patrimonial del matrimonio o del carácter de los bienes, o que resultaban de ellos relaciones jurídicas, derechos u obligaciones incompatibles con las características de la relación matrimonial.

El Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, adhiriendo a un sistema de gestión patrimonial *no imperativo*, permitía que los cónyuges eligieran el régimen que creyeran más conveniente y se eliminaban todas las prohibiciones específicas para contratar entre ellos. La limitación en la posibilidad de elegir solo entre dos regímenes económicos se veía flexibilizada por esa libertad, ya que a través de contratos los esposos podían cambiar el carácter propio o ganancial de los bienes en el régimen de comunidad, aumentar sus deberes en orden a la contribución de los gastos o a la distribución de los bienes, con lo cual indirectamente se podían configurar regímenes intermedios.

Al tratarse el proyecto en el Congreso, si bien se mantuvo la posibilidad de pactar el régimen patrimonial, se agregó el art. 1002 el inciso d) del CCCN, que establece la prohibición de contratar en interés propio a los cónyuges bajo el régimen de comunidad. Flagrante contradicción si se lo evalúa con la

facultad que el art. 449 CCCN, brinda a los cónyuges la posibilidad de mutar al régimen de separación de bienes.

Frente a esta situación, debemos interpretar que las normas especiales, que permiten la contratación entre cónyuges, prevalecen sobre la inhabilidad especial consagrada en el art. 1002 inc. d). Según nos ilustra Marisa Herrera, esta prohibición deberá ser armonizada considerando que existen normas expresas que admiten la celebración de determinados contratos entre cónyuges tales como: contrato de mandato, art. 459, sociedad comercial, art. 27 de la Ley Sociedades Comerciales.

Por lo cual, deberá considerarse prohibido todo contrato que no esté expresamente autorizado, salvo el caso de separación de bienes. Las únicas excepciones a esta regla en el nuevo sistema son: el mandato (art. 459 [62]), las sociedades (art. 27 Ley General de Sociedades[63]) y la modificación del régimen patrimonial –punto 2–.

CONCLUSIÓN

La irresistible extensión de la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado ya una realidad en el ámbito del Derecho internacional de la familia. El Código Civil y Comercial de la República Argentina, supo respetar y aggiornarse a las nuevas corrientes defendidas por la doctrina y jurisprudencia y práctica de la legislación comparada, que sostienen la

[62] El artículo debió referirse al apoderamiento y no al contrato de mandato,

[63] El artículo fue modificado, aceptando ahora que ambos cónyuges forman parte de cualquier tipo de sociedad, incluso de las incluidas en la Sección IV

defensa de postulados jurídicos como igualdad entre cónyuges, autonomía de la voluntad y libertad.

Tradicionalmente las normas del derecho de familia estaban conformadas por reglas de orden público inexcusables, cuyo contenido se encontraba predeterminado, fundado en el carácter institucional de la familia, por lo que las consecuencias de tal orden público importaban: producir la irrenunciabilidad de los derechos incluidos en la norma de orden público y declarar la ineficacia de los actos contrarios a las normativas de orden público. El concepto de familia como el de matrimonio varió con el tiempo. La contractualización del derecho de familia es el resultado lógico de la progresiva democratización de la vida privada y la victoria de una concepción del individuo, definido en función de sí mismo, capaz de decidir del curso de su vida y medir las consecuencias de sus actos.

Entre las novedades que trajo el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (texto ordenado Ley 26.994), en materia del régimen patrimonial matrimonial, se destaca sin lugar a dudas, la facultad de optar por un régimen de separación de bienes, posibilitándose por primera vez salir del régimen único legal y forzoso de comunidad de gananciales previsto por el Código Civil. Esto resulta un avance fundamental para los tiempos que corren, pues la vida de los matrimonios actuales poco tiene en común con la de los matrimonios del siglo XIX. No obstante, entendemos, que ello, tampoco implica una total apertura a la autonomía de la voluntad, pues solo versa sobre la posibilidad de elegir entre el régimen de patrimonial

matrimonial de comunidad y el régimen patrimonial matrimonial de separación de bienes y sobre la posibilidad de mutar entre ellos, mediando mutuo acuerdo de los cónyuges, una vez transcurrido cierto tiempo. Por ello, se habla de una autonomía de la voluntad restringida, a diferencia de lo que ocurre en otros países donde son los propios contrayentes o cónyuges, como interesados, quienes estructuran el régimen de bienes que mejor se adecua a su situación particular. En Argentina, no se puede elaborar libremente el régimen patrimonial matrimonial, sino que la ley únicamente admite que los interesados opten por uno de los dos regímenes que regula: comunidad o separación de bienes. Es por esto, que, a falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos al régimen de comunidad.

Esto puede resultar criticable, especialmente teniendo en cuenta que en la regulación de las uniones convivenciales prevalece la autonomía de la voluntad de los convivientes (arts. 513, 514 y cc.); no obstante ello, hay principios y valores fundamentales del Derecho, los cuales deben ser respetados.

Según hemos intentado demostrar, el Código Civil y Comercial de la República Argentina texto ordenado Ley 26.694, promulgado en el año 2014, no elimina el orden público en derecho de familia, sino que lo redefine. Hay una clara preeminencia de la autonomía de la voluntad y un retroceso de las normas de orden público.

BIBLIOGRAFÍA

BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

BOSSERT, Gustavo A. y FASSI, Santiago C., *Sociedad conyugal*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1977.

HERRERA, Marisa, [comentario a los arts. 465 y 466], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* [online], Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica – Ministerio de Justicia de la Nación], 2014.

MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1996.

SABENE, Sebastián, "Reflexiones civiles y notariales de la reinversión de dinero propio en el régimen patrimonial del matrimonio", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, t. 2013-IV (cita online AP/DOC/1453/2013).

SOLARI, Néstor, "Calificación de un bien adquirido con fondos propios y fondos gananciales", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 20/4/2007 (t. 2007-B; cita online AR/DOC/1517/2007).

ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 2006

Jessica Grisel CABAÑA - Not. Jessica Grisel CABAÑA - Colegio Notarial de la Provincia del Rio Negro, REPUBLICA ARGENTINA.

Hernán CURET- Not. Hernán CURET - Colegio Notarial de la Provincia de Santiago del Estero, REPUBLICA DE ARGENTINA

"SOLO SE VIVE UNA VEZ"

"QUOD REMEDIUM PRAETER MORTEM"

SUMARIO: **I)** Introducción. **II)** El testamento. Derecho Argentino. Características. Disposiciones extrapatrimoniales. Formas de los Testamentos. Testamento Ológrafo. Testamento por acto público. Registros de última voluntad. Legitima. **III)** Planificación con fines de mejora. Mejora a favor de un heredero forzoso. Mejora a favor del heredero con discapacidad. **IV)** Planificación con fines de indivisión. Indivisión Hereditaria. **V)** Planificación con fines de administración. Fideicomiso Testamentario. **VI)** Planificación con fines de transmisión de la empresa familiar. Pactos sobre herencia futura. **VII)** Planificación con fines de partición. Partición por ascendiente. Partición por donación. **VIII)** Planificación sucesoria a los bienes digitales. Bienes digitales. Derechos personalismos e identidad digital. Testamento digital. **IX)** Conclusión. **X)** Ponencias. **XI)** Bibliografía.

I) Introducción.

No resultaba frecuente en nuestras costumbres, que las personas planificaran la distribución de sus bienes para su muerte. Las personas, eran reacias a hacerlo, lo veían como un signo de mal agüero, un gasto innecesario, un foco de discordia familiares, o lo posponían, excusándose en ignorancia sobre el tema. Los autores, también atribuían esta conducta, a la existencia de legítimas tan altas, que disuadían a quienes quisieran distribuir sus bienes luego de su muerte, con limitadas posibilidades de ejercer la autonomía de su voluntad. Sin embargo, en los últimos tiempos, se percibe, en la sociedad una tendencia a preparar la situación tanto patrimonial como extrapatrimonial, para el momento en que estas se incapaciten o fallezcan.

Es necesario asumir la importancia de la dimensión jurídica en la satisfacción de las necesidades de la vida cotidiana de las personas, proporcionado instrumentos necesarios para poder plasmar sus deseos y así aliviar la incertidumbre que los ahoga. Para averiguar, respecto a los derechos, según señaló el jurista Norberto Bobbio, "*cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados*".

El empresario Steve Job declaró, "*Si vives cada día como si fuera el último, algún día tendrás razón. Recordar que voy a morir pronto es la herramienta más importante que haya encontrado para ayudarme a tomar las grandes decisiones de mi vida*".

Con esto en mente, se aborda la planificación sucesoria, la que consiste en tomar los asuntos de la vida teniendo en cuenta la posibilidad del retiro y la certeza de la muerte, articulando un

conjunto de medidas o de acciones, con vistas a evitar los conflictos que puedan sobrevenir a la muerte de una persona. Por lo que la planificación sucesoria, es un conjunto de pasos adecuados para la mejor transmisión de nuestro patrimonio, y lo que puede verse, como fuente de disgustos y peleas entre los herederos, puede aportar gratas sorpresas y resolver conflictos innecesarios.

La planificación sucesoria se asienta sobre cuatro pilares básicos, a partir de los cuales se pueden comprender las motivaciones disímiles de cada persona, las que varían según la edad y circunstancia de la vida. Los que son:

La protección de los seres queridos, arbitrando medios para que estos no sufran un deterioro en sus condiciones materiales luego de la desaparición, de quien en vida colaborara con los ingresos del hogar.

La armonía, adoptando medidas tendientes a evitar conflictos entre miembros de la familia manteniendo la igualdad y la equidad entre los hijos.

La proyección, en las empresas, procurando, su fundador, que se continúe más allá de su esfuerzo personal, tratando de evitar con ello que la organización padezca el impacto de la falta de su aporte personal.

La trascendencia de sus proyectos personales en un futuro lejano, ya que, como Albert Einstein decía: "*Si quieres vivir una vida feliz, átala a un objetivo, no a las personas o a las cosas*".

El objetivo de este trabajo, es abordar y demostrar las bondades de la planificación sucesoria, la necesidad de

fomentarla en la sociedad, y el uso de institutos valiosos que provee el ordenamiento a tal fin.

II) <u>El Testamento.</u>

El jurista romano Herenio Modestino en el Siglo III, nos da la definición más conocida entre los juristas "*Testamentum: est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velí*". Es la expresión de la voluntad de una persona conforme al derecho y con vocación de producir sus efectos después de la muerte. Mucio Escévola sostenía que es un "*acto espontaneo, personal, solemne, y revocable, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley, dispone, para después de su muerte, tanto de su fortuna como de todo aquello que, en la esfera social en que vive, puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que a él estén unidas por cualquier lazo de interés*"[64].

En la historia del testamento, el Notario ha estado siempre presente, ya que el asesoramiento previo, el contacto directo y el profundo conocimiento técnico del Derecho se han puesto al servicio del otorgante en particular y de la sociedad en general. Según el jurista Pietro Bonfante: "*El testamento era el negocio más importante de la vida social y jurídica de Roma*" Para los romanos, morir testado era lo corriente, lo moralmente esparcido y lo socialmente recomendable. Quien moría sin testamento era un imprevisor, y no podía considerárselo como un buen paterfamilias. Sin embargo, en la realidad actual de

[64] CASTÁN TOBEÑAS, José, Derecho Civil Español y Foral, T. VI, Derecho de Sucesiones, 9° Edición, Reus, Madrid, 1989, vol. 1, p. 462.

muchos países de américa latina, no es común el otorgamiento de testamento por lo que cuando como profesionales del derecho nos solicitan asesoramiento respecto a la redacción de un testamento, observamos la situación como una simpática rareza.

Derecho Argentino.

El artículo 2462 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina[65], nos das un concepto de testamento estableciendo: "*Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales*".

Características.

Es un acto jurídico otorgado por una persona mayor de edad o emancipada por matrimonio, de manera unilateral. No siendo necesario la intervención del beneficiario para la existencia del acto. Se recepta el "*principio de especialidad*", al establecer, que el testamento, se regirá, en cuanto a sus elementos, en primer lugar, por las reglas de los actos jurídicos, salvo que existan disposiciones especiales en la materia.

[65] El CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA fue aprobado por el Congreso de la Nación el 1 de octubre de 2014, mediante la Ley N°26.994 (Argentina), promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre del mismo año. El Código entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. Reemplazando al Código Civil de 1869, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, y al Código de Comercio de 1862, redactado por Eduardo Acevedo y Vélez Sarsfield.

Es un acto de última voluntad, la existencia de sus disposiciones con sus efectos jurídicos entran en vigor desde el fallecimiento.
Es un acto escrito solemne, de solemnidad absoluta, ya que de no cumplirse las formalidades que fija la ley no existirán como tal.
Es un acto jurídico esencialmente revocable sin limitación alguna.
Es un acto personalísimo e individual, ya que solo puede otorgarse personalmente y no puede realizarse en conjunto o mancomunado, así lo establece el artículo 2465 del Código Civil y Comercial de la Nación.
Es un acto autosuficiente, debe bastarse a sí mismo.
Acto a título gratuito, pues no tienen por causa una contraprestación. Esto no quita la posibilidad de imponer al heredero o legatario una carga que disminuya o absorba el legado o una condición onerosa.

Disposiciones extrapatrimoniales.

El testamento, además de contener disposiciones de contenido económico nos brinda la posibilidad de incluir otro tipo de disposiciones no patrimoniales, como las que se mencionan a continuación:
Designación de tutor, de curador o albaceas, la que debe ser hecha por el padre o madre respecto a sus hijos menores, o mayores de edad incapaces por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente.
Disposición de órganos humanos para después del fallecimiento. La Ley N°27.447 de la República Argentina

establece que toda persona capaz y mayor de 18 años pasa a ser donante de órganos y tejidos tras su fallecimiento, salvo que haya manifestado su oposición[66]. En caso de optar por la negativa, podría estipularse en testamento.

Reconocimiento de hijos, el que es irrevocable según surge del artículo 573 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, y no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo. El reconocimiento del hijo, es un acto jurídico familiar unilateral, que no depende de la voluntad de ninguna otra persona, contrario sensu a lo mencionado respecto a las características de las disposiciones testamentarias, este es irrevocable, se rige por las normas de los actos entre vivos, en cuanto a su materia y su forma. Por lo que si se dictara la nulidad parcial o total de un testamento, el reconocimiento subsistiría como un acto jurídico familiar.

Formas de los testamentos.

El contenido del testamento, su validez o nulidad se juzga según la ley vigente al momento de la muerte del testador. Desde la vigencia del Código Civil Argentino, autoría de Vélez Sarsfield, en el año 1871 se siguió el "*principio tempus regit actum*" estableciendo que el momento en que se redacte regirá el futuro del acto jurídico más allá de los cambios normativos y en caso de judicializarse debe inclinarse por el "*principio del favor testamentti*", y declararlo valido.

[66] El artículo 31 que introduce el consentimiento presunto..."*De no encontrarse restringida la voluntad afirmativa de donación o no condicionarse la finalidad de la misma, se entienden comprendidos todos los órganos y tejidos, y ambos fines*".

Actualmente, las formas vigentes del testamento en el derecho argentino son: 1) Ológrafo (artículo 2477 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina), 2) Acto público (artículo 2479 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina), 3) Cerrado ante cónsul argentino en el exterior (artículo 2646 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina), 3) Consular (artículo 2646 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina), 4) Aeronáutico (artículo 85 del Código Aeronáutico Argentino), 5) Extranjero (artículo 2645 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina).

La validez del testamento otorgado en el extranjero, se debe analizar, a la luz de las normas de derecho internacional privado, que dispone que un testamento es válido en la República Argentina según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales impuestas por la ley argentina.

La interpretación de las disposiciones testamentarias siempre debe adecuarse al contexto total del acto, con expresiones claras y de uso corriente, salvo que el testador le quiera dar un sentido técnico. Y siempre cuando sea compatibles se aplican las reglas de interpretación de los contratos.

Testamento Ológrafo.

Es el testamento que se otorga íntegramente en manuscritos con caracteres idiomáticos, fechado y firmado por el testador sin necesidad de testigos. El doctrinario Eduardo Zannoni entiende que es el testamento más sencillo de otorgar, pero es

el menos idóneo para cumplir con su función, por su completa vulnerabilidad[67]. Este testamento, al redactarse íntegramente de puño y letra, es lo más cercano a una carta de despedida. La falta de testigos y peritos de derecho, le permiten ser más interesante, así como vulnerable.

La desventaja de este testamento, es el peligro de la suplantación, la posibilidad de que el documento pierda o altere, se niegue su existencia o se pretenda la incapacidad de su testador. Y según establece el artículo 2339 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, al momento de abrir la sucesión testamentaria, no solo es necesario la protocolización del testamento ológrafo, sino también una pericia caligráfica por lo que el proceso sucesorio se vuelve más costoso.

El artículo 2477 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece sus requisitos: "*El testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades invalida el acto, excepto que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta. La firma debe estar después de las disposiciones, y la fecha puede ponerse antes de la firma o después de ella. El error del testador sobre la fecha no perjudica la validez del acto, pero el testamento no es válido si aquél le puso voluntariamente una fecha falsa para violar una disposición de orden público. Los agregados escritos por*

[67] ZANNONI, Derecho Civil, Derecho de las Sucesiones, tº 2 p. 312. Ed. Astrea, 1983.

mano extraña invalidan el testamento, sólo si han sido hechos por orden o con consentimiento del testador".

Debe tenerse en cuenta que en la República Argentina, el texto siempre ha de ser manuscrito por el propio testador, no podría utilizarse un procesador de texto o máquina de escribir. Tampoco son aceptados testamento realizados en soporte vídeo o audio[68].

Puede redactarse en cualquier idioma, pero no podría utilizarse caracteres en braille, taquigrafía o sistema morse por no considerarse un idioma en sentido estricto.

La fecha puede fijarse antes o después de la firma, e incluso no es necesario que se indique día, mes y año puede remitirse a una fecha específica que se plasme de manera precisa, por ejemplo, las pascuas del 2019.

Por lo tanto el testamento ológrafo debe ser escrito, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido.

No es indispensable redactar el testamento ológrafo de una sola vez ni en la misma fecha. El testador puede consignar sus disposiciones en épocas diferentes, sea fechándolas y firmándolas por separado, o poniendo a todas ellas la fecha y la firma el día en que termine el testamento, como lo fija el artículo 2478 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

---

[68] La Ley Española N°15/2015 de jurisdicción voluntaria en su artículo 65.5, habla de los testamentos en peligro de muerte estableciendo que: cuando *la voluntad del testador se hubiere consignado en alguna nota, memoria o soporte magnético o digital duradero (...)*. Contemplando así la posibilidad de existencia de testamento en video o audio en soporte de CD.

Además, es preciso que haya un propósito manifiesto de testar y una disposición de los bienes que dejará. Este punto es uno de los más controvertidos en este tema.[69]

Testamento por Acto Público.

Esta clase de testamento es el que otorga ante un escribano de registro con la presencia de dos testigos. La doctrina y la jurisprudencia también le dieron el nombre de testamento notarial o testamento abierto, el testador lo otorga mediante escritura pública y ante un escribano que autoriza, quien da fe y firma la escritura conjuntamente con el otorgante y los testigos del acto[70].

---

[69] La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, en causa N° JU-7313-2012 caratulada: "ALONSO ISMAEL HORACIO S/SUCESION TESTAMENTARIA", a los 19 días del mes de Diciembre del año dos mil trece, hizo lugar al pedido de los herederos forzosos de una persona para que se declare la invalidez de un documento redactado por el causante, en el que le dejaba su propiedad a la municipalidad local con la intención de que se utilice como centro cultural. La Jueza de primera instancia decretó la validez del testamento ológrafo, ordenó la protocolización del mismo y desestimó la pretensión deducida por los herederos (en este casos, los tíos), tendiente a que se declare la inexistencia del mismo. A pesar de que estaba redactado como si fuese una carta, el magistrado entendió que el causante claramente indicó su intención de conferir a su vivienda y a sus herramientas de trabajo al municipio local para que luego de su muerte, éstos tengan como destino una pensión de estudiantes o un museo de arte. Contra este pronunciamiento, los herederos forzosos apelaron la decisión ya que consideraban que el causante expresó una idea, en la carta, con el fin de reunirse y de común acuerdo llevar adelante el proyecto. Para los camaristas, que hicieron lugar al pedido de los tíos, se debía deslindar el proyecto o la promesa de un testamento, más allá del medio o estilo empleado. En su sentencia, explicaron que "*no habrá testamento si se expresa o surge la intención de realizar la disposición por un acto posterior*". "*La simplificación de formas que supone el testamento ológrafo, impone la necesidad de certeza de que el acto no es un mero proyecto ni una promesa, sino expresión de una voluntad firme y deliberada*", indicaron los jueces. Sobre este punto, remarcaron que "*el que hace un acto tan serio no puede conformarse con encerrarlo en una carta, o en un escrito redactado como carta, sin imprimirle el sello de su voluntad testamentaria indudable, que debe surgir del instrumento mismo*".

[70] CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala J, 23/2/10, "S.I.E.M c/P.G.E.M.M y oro s/impugnación. Nulidad de Testamento", "Revista Notarial", N°926, p. 1026, con cita de López del Carril, Derechos de las Sucesiones, p.256.

Sus requisitos están establecido en el artículo 2479 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: "*El testamento por acto público se otorga mediante escritura pública, ante el escribano autorizante y dos testigos hábiles, cuyo nombre y domicilio se deben consignar en la escritura. El testador puede dar al escribano sus disposiciones ya escritas o sólo darle por escrito o verbalmente las que el testamento debe contener para que las redacte en la forma ordinaria. En ningún caso las instrucciones escritas pueden ser invocadas contra el contenido de la escritura pública. Concluida la redacción del testamento, se procede a su lectura y firma por los testigos y el testador. Los testigos deben asistir desde el comienzo hasta el fin del acto sin interrupción, lo que debe hacer constar el escribano. A esta clase de testamento se aplican las disposiciones de los artículos 299 y siguientes*".

Las virtudes de esta forma son múltiples, entre ellas: a) el asesoramiento integral por parte del notario; b) la custodia del instrumento; c) la presunción de autenticidad; d) la posibilidad de ser otorgado por una persona que no sepa leer y escribir; e) la inscripción en los registros de última voluntad; y f) es más económico y practico ya que no requiere peritos caligráficos ni una ulterior protocolización[71]. Las desventajas son la necesidad de la presencia de dos testigos que toman

[71] MES DEL TESTAMENTO: Para promover entre la población el otorgamiento de testamentos y fomentar la cultura de la legalidad que debe existir en la sociedad, los notarios mexicanos en el mes de septiembre de cada año buscan fomentar el otorgamiento de testamento, publicitando en conjunto con el Gobierno Nacional, las bondades del testamento haciéndolo más accesible a la ciudadanía, incrementando las horas y días de atención al público en sus oficinas y reduciendo en más del 50 % el monto del honorario que fija el arancel correspondiente.

conocimiento del acto y los honorarios y gastos notariales por la inscripción del acto.

Las personas con discapacidad auditiva o limitaciones en su aptitud para expresar, pueden otorgar testamento por instrumento público, ya que aunque no pueden oír la lectura que realiza el escribano del instrumento, si pueden leerlo por sí mismo y además, se cuenta con la presencia de testigos, quienes aseguran que el testador comprendió el texto, dejando constancia de esta circunstancia en el testamento por parte del notario. En el caso de que una persona tenga disminución en su aptitud para expresarse, puede redactar las disposiciones testamentarias para que el escribano las incorpore. Y en caso de que esa persona sea analfabeta puede recurrir a un intérprete, como lo marca el inciso e) del artículo 2467 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Otra de las ventajas del testamento por acto público es la posibilidad de ser otorgado por personas que no saben o no pueden firmar. El artículo 2480 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece: "*Si el testador no sabe firmar, o no puede hacerlo, puede hacerlo por él otra persona o alguno de los testigos. En este caso los dos testigos deben saber firmar. Si el testador sabe firmar y manifiesta lo contrario, el testamento no es válido. Si sabiendo firmar, no puede hacerlo, el escribano debe explicitar la causa por la cual no puede firmar el testador*".

Este tipo de testamento, exige, la presencia y firma de dos testigos. El artículo 2481 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece: "*Pueden ser testigos de los testamentos las personas capaces al tiempo de otorgarse el*

acto. No pueden serlo, además de los enunciados en el artículo 295, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge ni el conviviente del testador, ni los albaceas, tutores o curadores designados en el testamento, ni los beneficiarios de alguna de sus disposiciones. El testamento en que interviene un testigo incapaz o inhábil al efecto no es válido si, excluido éste, no quedan otros en número suficiente."

También debemos mencionar que los parientes, cónyuges, conviviente, y dependientes del notario están inhabilitados para testar como lo reza el artículo 295 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Lo que se pretende evitar, es cualquier tipo de conflictos de intereses entre los parientes del testador y la persuasión de su voluntad.

La doctrina critica la exigencia de la presencia de dos testigos al momento del otorgamiento del acto. El jurista argentino Guillermo A. Borda entiende que poco y nada contribuyen a asegurar el acto, su participación es inoperante y solo se conserva por una tradición jurídica[72]. Al respecto, en el año 1997 en las "XXXI Jornadas Notariales Bonaerenses" se propuso la supresión de los testigos instrumentales por no tener un sustento sustancial sino meramente formal.

Registros de última voluntad.

Los veinticinco (25) Colegios Notariales de la República Argentina crearon a nivel local, registros de última voluntad, donde se publicitan los testamentos en los que el notario haya

[72] REVISTA NOTARIAL N°945, p. 467 con cita de Borda, Tratado. Sucesiones, t. II, p.206.

intervenido como autorizantes, en la certificación de firmas (testamento ológrafo) o en la protocolización de testamentos dispuestos por la autoridad judicial como también cualquier forma de revocación. En dichos registros se inscriben los datos del testador y el escribano interviniente, manteniéndose en secreto el contenido del instrumento. A nivel nacional, existe el "Centro Nacional de Actos de Última Voluntad" a cargo del Consejo Federal del Notariado Argentino (C.F.N.A), en donde cada colegio informa los actos testamentarios en que hayan participado sus colegiados.

Legitima.

El doctrinario argentino José L. Pérez Lasala, ha definido a la legítima como "*una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o de bienes líquidos en favor de los denominados legitimarios*".

La legítima se contrapone a la libertad absoluta del testador de disponer de todos sus bienes a favor de las personas que considere más apropiadas, a diferencia del sistema anglosajón. Esta, tiene como fundamento el principio de solidaridad familiar y protección de sus integrantes partiendo de la hipótesis de que el éxito patrimonial del causante proviene, en alguna medida del apoyo emocional o afectivo que le brindó su familia. Sería poco valioso, a nuestro modo de ver, dejar de lado esa protección y consagrar la libertad absoluta del testador. Sin embargo, la ley, podría flexibilizar el régimen actual, protegiendo a los en menores de edad o incapaces.

La normativa argentina estipula que la porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio.

III) Planificación con fines de mejorar.

Mejora a favor de un heredero forzoso.

Dentro del límite de la porción disponible, el testador puede mejorar a uno o más herederos forzosos. Mejora es lo que el heredero forzoso recibe además de su porción hereditaria y su título a ella deriva del testamento o donación. Puede consistir en toda o una parte alícuota de la porción disponible o en un legado particular.

Mejora a favor del heredero con discapacidad.

EL artículo 2448 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece que el causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad[73]. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona

[73] El causante podrá, si así lo desea, disponer de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a favor del heredero con discapacidad. No se trata de un tercio de la herencia sino de un tercio de la porción legítima que corresponda, según quién concurra a la herencia. La legítima de los descendientes es de 2/3, la de los ascendientes 1/2 y la del cónyuge 1/2, entonces la porción para la mejora será: para los descendientes 1/3 de 2/3 (2/9) y para los ascendientes 1/3 de 1/2 (1/6). Si tomamos como ejemplo la existencia de dos descendientes (porción legítima: 2/3; porción disponible: 1/3), uno de los cuales tiene una discapacidad, en la hipótesis de máxima este podría llegar a percibir: la porción disponible de la herencia (1/3, o sea 3/9), la mejora (1/3 de 2/3, o sea 2/9) y su parte de la herencia como heredero legitimario (los restantes 4/9 a repartir entre dos, o sea 2/9). En este caso el heredero con discapacidad recibiría un total 7/9 y el otro heredero solo los 2/9 restantes.

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. El artículo solo habla de "descendientes o ascendientes", excluyendo, injustificadamente, al cónyuge supérstite.

Mediante este instituto, el estado argentino, sigue el lineamiento internacional, de brindar la máxima protección a las personas que adolezcan de una discapacidad, poniendo el acento, no en las deficiencias personales, sino en las barreras que la sociedad les coloca. Teniendo en cuenta que según establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD), la que en la República Argentina tiene jerarquía constitucional, "*las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*".

La discapacidad debe existir al momento de la apertura de la sucesión (fallecimiento del causante) y no necesariamente al momento del otorgamiento del testamento. Si se beneficia a una persona que tiene una discapacidad al momento de la mejora, pero al momento de la apertura de la sucesión su situación se ha modificado y ya no tiene una discapacidad, entonces la misma no procede. Del mismo modo, si se beneficia a una persona que tiene una discapacidad al momento de la apertura de la sucesión, la mejora es válida a pesar de que

luego su situación haya cambiado por motivo de su recuperación, incluso si ello ocurre antes de la partición.

IV) Planificación con fines de indivisión – Indivisión Hereditaria.

El artículo 2330 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece que el testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos alcancen la mayoría de edad. La indivisión impuesta por el testador prevé dos alternativas, la indivisión de la herencia y la de un bien determinado[74], un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica o las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista.

Este instituto, constituye una excepción al derecho de los herederos de pedir la partición en cualquier tiempo, posterior a la aprobación del inventario y avalúo de los bienes sucesorios.

La indivisión puede imponerse aún a los herederos forzosos del testador, lo cual constituye una excepción al principio de intangibilidad de la legítima. El testador puede imponerla por un plazo no mayor de diez años, y cualquier otro término

[74] Se refiere a un bien determinado o a una "*unidad económica*", que según Elías Guastavino, es el conjunto de bienes materiales (muebles e inmuebles) e inmateriales que armonizados en función productora de servicios o de bienes no podría continuar su función de producción o esta disminuiría considerablemente si soportase la separación de alguno de sus elementos.

superior al permitido se entenderá reducido a éste. Pero si hubiere herederos menores de edad, el plazo se extenderá hasta que éstos alcancen la mayoría de edad, siempre que la indivisión no recaiga sobre toda la herencia.

Para imponer la indivisión sobre partes sociales, cuotas o acciones, requiere el precepto que el testador sea el principal socio o accionista de la empresa, por la cantidad de cuotas o acciones de la que es titular, ya que lo que se pretende es no perder la preponderancia que tiene el testador en las decisiones societarias.

Esta indivisión forzosa impuesta por el testador no es absoluta. A pedido de un coheredero, el juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad.

Se considera con razón que si todos los herederos están de acuerdo, pueden poner fin a la indivisión, pues son ellos los titulares de los derechos hereditarios, y si ninguno quiere mantener la indivisión, ello significa que es útil ponerle fin.

Para el jurista argentino Salvador Fornieles Manzano, la indivisión impuesta por el causante: "*Es la más criticable y la que está llamada a ocasionar mayores trastornos. El condominio, la sociedad o cualquier tipo de comunidad, no se puede imponer, pues así como la sociedad requiere para vivir la affectio societatis, la indivisión hereditaria que es otra figura jurídica que reúne a varias personas en la propiedad de un conjunto de bienes, no funcionará eficazmente si no hay armonía entre ellas y esa armonía no se obtiene obligándolas a marchar de acuerdo si no quieren estarlo*". Y agrega de manera sugerente: "*Aplazar la división por diez años, cuando*

nadie sabe cuál será el estado económico del país cumplida esa fecha, y tratándose de una medida que de todos modos hay que realizar sin que los inconvenientes sean menores al final que al principio, me parece inconsulto..."[75].

V) **Planificación con fines de administración. Fideicomiso Testamentario.**

Es el negocio jurídico por el cual una persona (fideicomitente, instituyente o fiduciante) dispone por testamento transmitir la propiedad fiduciaria de su herencia, de una parte alícuota de la misma, o de bienes determinados, a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en interés de quien designe el testador (beneficiario), y a transmitir dicha propiedad, cuando se cumpla la condición o plazo establecido en el testamento, al fideicomisario, que es la persona instituida por el testador como destinataria final de los bienes.

Tiene como finalidad evitar la dilapidación o mala administración de los bienes de la herencia, por parte de los herederos menores o incapaces, de los carentes de idoneidad administrativa, o simplemente por aquellos que carezcan de experiencia en los negocios.

Puede constituirse por cualquier forma de testamento. Su objeto son los bienes del testador que ha dispuesto transferir al fiduciario, ya sea toda su herencia, una parte indivisa o bienes determinados, para que este los administre y entregue

[75] FORNIELES, Salvador, Tratado de las sucesiones, 4ª edición, Tipográfica Editora Argentina SA, Buenos Aires, 1958, T° I, p. 302.

sus frutos a los beneficiarios, siempre y cuando se respete la legitima que tiene o pudieran tener los herederos forzosos.

Los sujetos dentro de esta estructura del fideicomiso contractual son: **a)** El fiduciante o instituyente, es el propio testador que designa a los demás sujetos de la estructura. **b)** El fiduciario es la persona física o jurídica (solo entidades financieras), quien también puede ser el beneficiario[76], a nombre de quien se inscribirán los bienes y quien ejercerá las diligencias con prudencia, como todo buen hombre de negocio en su administración, según las instrucciones que se fijen en el propio testamento. Las utilidades que genere el fideicomiso serán destinadas al beneficiario. Al concluir el fideicomiso debe transmitir los bienes al fideicomisario o sus sucesores, al beneficiado o a los herederos del testador. Cesa en sus funciones en caso de remoción judicial por incumplimiento, por incapacidad, disolución de la persona jurídica, quiebra o liquidación, o por renuncia si fuera autorizado por el testador, o por causa grave o imposibilidad de ejercer el cargo. Está prohibido la sustitución del fiduciario; **c)** Beneficiario, es el que recibe los frutos del patrimonio del fideicomiso, puede ser una o varias personas físicas o jurídicas. Y deben aceptar este beneficio, una vez aceptado, pueden transmitir sus derechos adquiridos, por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del testador. **Y d)** Fideicomisario: es el destinatario final de los bienes que el fiduciario posee al tiempo de su conclusión. Se puede superponer la figura del beneficiario con el fideicomisario.

[76] La Ley N°17.703 de la República Oriental del Uruguay califica al fiduciario como heredero en su artículo 2.

El fiduciario, beneficiario y fideicomisario como sucesores mortis causa del testador son titulares del derecho de opción de aceptar o repudiar la herencia fiduciaria desde la muerte del causante.

El título constitutivo es el propio testamento, que cobrara vida desde el momento de la aceptación del fiduciante. Siendo el fideicomiso un contrato, y no una persona jurídica.

Desde la muerte del testador su patrimonio se convierte en una universalidad jurídica, y es necesario, la tramitación del proceso sucesorio, para obtener el auto aprobatorio del testamento y realizar la operaciones de inventario, avaluó y partición. Solo después de esto, los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio especial separado del patrimonio del fiduciante, formando así el dominio fiduciario.

El plazo del fideicomiso, deber ser determinado o determinable, con un máximo de treinta (30) años desde la apertura de la sucesión pero con efecto retroactivo a la muerte del causante. En caso de que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, el plazo puede extenderse, hasta el cese de esa restricción o hasta su muerte según lo establece el artículo 1668 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

El artículo 2493 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, establece expresamente que la constitución del fideicomiso no puede afectar la legitima de los herederos forzosos excepto en el caso previsto de la mejora especial a favor de los descendientes o ascendiente discapacitados.

VI) <u>Planificación con fines de transmisión de la empresa familiar. Pactos sobre herencia futura.</u>

Se planifica para concretar una trasmisión no traumática de los emprendimientos familiares. La relevancia del tema resulta ostensible, ya que interesa de modo especial evitar que la muerte de alguno o varios de sus titulares pueda poner en riesgo la estructura de un bien tan valioso – social y económicamente- como lo es la empresa familiar.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, incorpora una trascendente novedad: la tendencia moderna proclive a flexibilizar el régimen prohibitivo de todo contrato que tenga por objeto herencias futuras con la finalidad de asegurar la continuidad de la unidad económica empresarial, la cual consagra con carácter excepcional en el segundo párrafo del artículo 1010. Los pactos han de referirse a dos tipos de bienes: 1) Una explotación productiva, agropecuaria, industrial o comercial, que tiene la característica de pequeña o mediana empresa de naturaleza familiar. 2) Participaciones societarias, en sociedades personales o por acciones.

El artículo 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece: "*Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa. Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios*

y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.".

De acuerdo al artículo en análisis, se autorizan estos pactos entre el causante y futuros herederos, o terceros, o entre futuros herederos, con el objetivo de mantener las explotaciones productivas o participaciones societarias, conservando la unidad de gestión empresarial como prevención o solución de conflictos eventuales. Entendemos que se aplica no solo a tipos societarios, sino a la empresa unipersonal, agrupaciones económicas, o cualquier otro emprendimiento económico, sea una Pyme, empresa familiar, o holding económico, que pretendan mantener la unidad económica, la fuente de trabajo, y que a la muerte del propietario evite un desmembramiento que genere perjuicio económico y social. Por ello, el padre podrá poner en manos de uno de sus herederos la continuación de la unidad económica, sin perjuicio de que el resto de los coherederos sean compensados económicamente para no verse perjudicados, y sin que afecte la legítima de los herederos forzosos y los derechos del cónyuge supérstite. O los futuros herederos, sin la participación en el pacto de su padre y madre, pueden ponerse de acuerdo para establecer en manos de quién ha de quedar el establecimiento productivo o participaciones societarias del causante, al momento de deferirse la sucesión compensando a los restantes, con la finalidad de mantener la unidad económica y la fuente de trabajo, cumpliéndose con la función social del contrato.

La primera observación que se debe consignar es que el pacto de herencia futura no instituye la calidad de heredero. Ésta calidad es dada por el ordenamiento legal y no es disponible por la autonomía de la voluntad. Tampoco avala o faculta una afectación de la legítima respecto de algún heredero forzoso; la validez del pacto está sujeta al respecto a la referida institución. Por lo tanto, la validez del pacto será evaluada en la apertura de la sucesión, ya que el futuro causante conserva la titularidad de los bienes, pudiendo resultar de esta circunstancia que las previsiones del pacto a dicho momento resultaren lesivas a la legítima.

Otro efecto que cabe consignar es que el pacto de herencia futura es una partición que impedirá la existencia parcial de la comunidad hereditaria respecto de los bienes atribuidos al legitimario-beneficiario. A diferencia de la partición testamentaria, el pacto de herencia futura es un contrato, por lo tanto, un acto entre vivos pero que surtirá efecto a partir de la apertura del sucesorio del futuro causante.

Tiene efecto traslativo de derechos a partir de su suscripción respecto de los otorgantes, ya que el derecho de los beneficiarios a la explotación productiva o a las participaciones societarias se incorpora a su patrimonio en forma irrevocable, estando sujeta su materialización a la apertura del sucesorio. El futuro causante mantiene el dominio pleno de los bienes objeto del pacto, y constituyen prenda común de sus acreedores.

Todos los legitimarios conservan el derecho a mantener incólume su porción legítima.

Los bienes no comprendidos en el pacto por su objeto se distribuyen y dividen según las reglas legales.

Los legitimarios no beneficiados con la asignación del futuro causante por omisión deben respetar la correspondiente asignación en la medida en que se conforme su cuota legitimaria; igualmente el legitimario sobreviniente.

El pacto es una convención accesoria, vale decir que no podrá ser autónomo, sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un protocolo familiar[77] o pacto de sindicación de acciones.

Forma y contenido de los Pactos sobre herencia futura. Rol del Notario.

Respecto a la forma de los pacto sobre herencia futura, la forma escrita es esencial. Obviamente, un pacto verbal no sería

[77] **Protocolo Familiar**: Su uso se difunde a partir de 1980 cuando las empresas familiares reconocen que las relaciones entre familia y empresa deben ser reguladas a través de un conjunto de normas y patrones de funcionamiento. Desde entonces, numerosas familias empresarias en el mundo han realizado el esfuerzo de formalizar y poner en vigencia un conjunto de normas y procedimientos que regulan sus aspectos más críticos: propiedad, gobierno, gestión y sucesión. Es esencial que el protocolo sea aceptado por todos los que puedan resultar socios o participen de la empresa. El momento idóneo para acordarlo será aquél en el que no haya disputas entre sus partes y en que el fundador mantenga un liderazgo suficiente para generar consenso sobre las reglas que se desea establecer. También es un momento conveniente aquél en el que el grado de crecimiento aconseje una diversificación o maduración del objeto del negocio como la creación de una nueva línea de producción, o la entrada de nuevos inversores ajenos a la familia, o de nuevos miembros a la familia, y finalmente frente a situaciones tales como divorcios o declaraciones de incapacidad o enfermedad. La misión esencial del protocolo es optimizar las soluciones normativas para preservar, desarrollar y transmitir el negocio a la siguiente generación. En su defecto, entender que si esto no es posible, lo importante es que la empresa, obra del fundador, continúe aún fuera de la familia, favoreciendo así la maximización como ente en funcionamiento y los intereses de terceros relacionados con la misma, tales como empleados, proveedores y clientes. Podemos encontrar, entre otros, un modelo de Protocolo Familiar en: http://www.iadef.org/2012/07/02/modelo-de-protocolo-familiar/. También se brindó un modelo en LXXI Seminario Teórico – Práctico. Laureano Arturo Moreira - 9 Y 10 de junio de 2016 – Tema: cláusulas de protocolo familiar y planificación patrimonial sucesoria. Autor: Eduardo M. Favier Dubois - Martín J. Giralt Font.

suficiente para cumplir con la voluntad del perpetuar la empresa. La ley no establece una forma, se entendería que el pacto puede revertir la calidad de instrumento privado o público. Sin embargo, sostenemos, que la escritura pública, constituye la opción más acertada. Los beneficios del otorgamiento del acto, mediante instrumento público, son el dotarlo con fecha cierta, de matricidad, permite la expedición de una segunda o ulterior copia ente la destrucción o perdida de la misma. Además la intervención del notario, supone un asesoramiento integral respecto del alumbramiento de un acto valido, respetando las normas societarias y sucesorias, fundamentalmente lo que respecta a las legítimas. Ya que en palabras de José Gonzales Palomino: "*el derecho no tolera la carencia de formas*" y "*para admitir la existencia de la voluntad jurídica es preciso ante todo que sea posible reconocerla*". Por lo que el escribano en las sucesivas entrevistas con los requirentes debe desentrañar la verdadera voluntad de los otorgantes, en aras del otorgamiento de un válido y eficaz, y sobre todo que proteja sus intereses y los de la empresa familiar. Personalmente, creemos, que la actividad del notario no culmina con la instrumentación del acto sino que debería registrarlo, para la perpetuación del mismo y la eventual oposición. Sin embargo, la ley no ha establecido la necesidad ni un mecanismo para la registración de los mismos. Aunque será de buena práctica, inscribirlos en los Registros de última voluntad. Esto permitiría, que el juez del sucesorio, al requerir el informe de la existencia o no de un instrumento testamentario, se anoticie de la existencia de un pacto sobre herencia futura. La registración de los instrumentos tendría

solo fines publicitarios y no efecto constitutivo, por lo que un pacto no registrado, tendrá de igual manera plena validez, si se prueba su existencia, y las partes intervinientes reconocen sus firmas.

VII) Planificación con fines de partición.

Partición por ascendiente.

El derecho que tienen los padres de distribuir los bienes de la herencia entre sus hijos es una institución con una larga tradición. Es el poder que la ley les reconoce a los ascendientes para distribuir su herencia, el que se funda en la presunción de que aquéllos tienen un mejor conocimiento de los bienes que conforman la herencia y de las personas de sus herederos, y un criterio más fino para definir su distribución y adjudicación.

En la nota al artículo 3514 del Código Civil de la Nación Argentina, Vélez Sarsfield se refería al poder de los padres "*como medio de prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición, después de la muerte de ellos*" y, un poco más adelante, la misma nota alude a la "voluntad ilustrada" de los padres.

El derecho de los padres a realizar la partición es particularmente amplio pues abarca todos los bienes, incluso los que integran la porción legítima de los herederos forzosos, y puede ejercerse aunque los hijos sean mayores de edad.

Si la partición por el ascendiente se realiza a través de un testamento, se impone a la voluntad de los hijos, pues establece una distribución y una atribución de los bienes de la herencia que los descendientes no pueden contradecir.

La “voluntad ilustrada” de los padres sustituye a los deseos y a las preferencias que pudieran tener los hijos, y, aunque la partición efectuada por el ascendiente no puede afectar o violar cuantitativamente las porciones legítimas, sí puede definirlas, o conformarlas, atribuyéndole a cada uno de sus hijos los bienes que, en concreto, el padre o la madre quieran dejarles.

El aprecio y la valoración de la voluntad y el criterio de los padres se encuentran en el fundamento de la partición por los ascendientes. Como su nombre lo indica, la partición por los ascendientes puede ser realizada por el padre o por la madre que tienen descendencia.

En principio, podrán recurrir a esta figura los padres, con el propósito de distribuir la herencia entre sus hijos. La partición también podrá alcanzar a los nietos del que la realice, pues éstos heredan a su padre o a su madre por representación, ocupando su lugar en la sucesión del causante.

Si la persona que decide efectuar la partición está casada, puede incluir en la partición a su cónyuge, pero sólo con relación a los bienes que revisten carácter propio.

En este caso, el cónyuge supérstite se equipara a los hijos del causante, y éste último define los bienes que se atribuirán sus hijos, y define también los que habrán de corresponderle al cónyuge supérstite.

En la hipótesis, la partición por el cónyuge puede realizarse por testamento; sólo puede concretarse a través de una donación si los cónyuges han optado por el régimen de separación de bienes, pues los que están encuadrados en el régimen de comunidad no pueden efectuarse donaciones.

Si los cónyuges poseen bienes gananciales, la partición sólo puede realizarse con relación a los hijos y a través de la donación de los bienes mediante un acto conjunto de los dos cónyuges. De esta manera, contemplada en el artículo 2411 segundo párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, los cónyuges se desprenden de la titularidad y de los derechos que pudieran ostentar sobre los bienes gananciales, transmitiéndoles el dominio a sus hijos.

Partición por donación.

La partición por donación es el contrato en virtud del cual el ascendiente divide su herencia futura, en todo o en parte, entre sus descendientes o entre éstos y el cónyuge en los casos en que es procedente, en la proporción y con los requisitos legales.

Son partes del contrato el donante (ascendiente) y los donatarios (descendientes y/o cónyuge con vocación hereditaria), futuros herederos.

En el caso en que se trate de bienes gananciales y los cónyuges se encuentren sometidos al régimen de comunidad, la donación requiere el consentimiento de ambos cónyuges.

En cuanto a la naturaleza jurídica, se trata de un pacto sobre herencia futura, pero no sobre bienes futuros, siendo además un acto bilateral e irrevocable.

Contiene elementos de la donación y de la partición, produciendo efectos propios de ambas figuras.

De la donación, se producen los siguientes efectos: La propiedad de los bienes se transfiere a los donatarios en forma irrevocable, salvo en los casos previstos en el artículo 3420.

Los destinatarios de la partición son donatarios y se requiere su aceptación.

De la partición, se deriva que: Deben colacionarse las donaciones anteriores realizadas a los donatarios. Hay garantía de evicción entre los herederos adjudicatarios. Asimismo, produce efectos después de la muerte del donante, como el derecho a ejercer la acción de reducción.

En cuanto al contenido, "*tiene un objeto más amplio que la donación, ya que comprende tanto las cosas como los bienes inmateriales*", Solo puede comprender los bienes que se encuentran en el patrimonio del donante al realizar la donación, ya que para transmitir la plena propiedad o la nuda propiedad de los bienes donados, debe ser propietario al momento del acto.

La normativa admite no solo la transmisión de la propiedad de los bienes por parte del ascendiente, sino también el dominio desmembrado, reservándose el usufructo. Asimismo, puede pactarse con los donatarios el pago de una renta vitalicia a favor del donante.

En caso, de que se haya omitido algún descendiente, se mantiene la validez de la partición por donación, y el heredero excluido, podrá promover contra el coheredero o los coherederos que recibieron bienes por un excedente de la cantidad que la ley permite disponer al causante. Por lo tanto, es de extrema importancia determinar previamente en el instrumento si hay una mejora a favor del demandado o los demandados. La acción de reducción solo podrá promoverse si el heredero forzoso omitido o perjudicado en el monto del lote recibido no puede cubrir su legítima con los bienes

transmitidos por el causante al momento de su muerte, circunstancia que resulta un obstáculo para ejercer la acción de reducción, y solo será posible, luego de la muerte del donante.

VIII) Planificación Sucesoria a los bienes digitales.

Bienes digitales.

El uso de las nuevas tecnologías de conocimiento e información determinan la creación de una "*identidad digital*" de usuarios, quienes intervienen a través de las plataformas o aplicativos a cargo de empresas, en su mayoría extranjeras no vinculadas a un estado de derecho especifico, cuya relación jurídica queda sujeta a los términos y condiciones de uso impuestos por el propio fabricante o proveedor.

Estas relaciones contractuales que crean la identidad digital junto a sus bienes digitales[78] formaran parte, al momento del fallecimiento del usurario, de su herencia.

Estos bienes, sean o no de apreciación económica, se considera comprendidos en el "patrimonio digital" de la personas. Sin embargo, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina solo contempla la existencia de un patrimonio con contenido económico. Por lo tanto, para encuadrar jurídicamente a la identidad digital, al carecer de una regulación propia, debemos aplicar analógicamente normas que reglamentan otras materias. Por ejemplo, el artículo 17 del código supra referenciado, contempla la posibilidad de que sean objetos de

[78] El bien digital, se caracteriza por su inmaterialidad y que está almacenado, registrado o conservado en medio virtuales sea de modo local, servidores en la nube o en su caso mixto.

actos jurídicos derechos sobre el cuerpo humano o sus partes aunque no tengan valor económico pero si afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, reconociendo así la identidad biológica. Por lo que podríamos aplicar este principio a los archivos digitales que conforman la "identidad digital".

La herencia digital es solo una denominación social o de mercado, que se utiliza para señalar a los bienes digitales extrapatrimoniales. No se debe caer en la confusión de que los bienes digitales son derechos personalísimos, ya que estos se extinguen con la muerte y por ende no se trasmite por la sucesión.

Derechos personalismos e identidad digital.

El derecho a la imagen y/o voz no es transmisible *mortis causas* sino que después del fallecimiento requiere para su reproducción el consentimiento de los herederos quienes se encargaran de que no se afecte el honor o identidad del fallecido, este principio podría ser aplicado a la identidad digital o virtual.

Es decir los herederos no adquieren dicha identidad, ni derechos personalísimos, pero si tienen derecho a custodiarlos y velar por la memoria del fallecido. Por ejemplo, tienen la facultad de cerrar cuentas de redes sociales o modificar sus perfiles *post mortem*.

Se debe advertir, que esta facultad pesa sobre los herederos, o un tercero designado por el causante, en virtud de que no afecta la vocación hereditaria ni la porción legítima de contenido patrimonial. El causante tiene absoluta y libre

autonomía de la voluntad para escoger a quien desee. Dando lugar un especie de apoderamiento o autorización póstuma basándose en una manda para ejecutarse después de fallecido, para el caso de que no se identifique el servidor o cuenta, aplicando por analogía al segundo párrafo del artículo 1330 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que regula la materia de mandatos.

Si el causante manifiesto su decisión póstuma, de cerrar, mantener, o preservar su identidad digital, identificando expresamente el servidor o cuenta, estaremos frente a un acto "*in diem mortis dilati*" en que la voluntad y acto jurídico fue actual pero sus efectos difieren al momento del fallecimiento, es decir no hay transmisión por causa de muerte sino que el efecto natural de la manda será ejecutada luego del deceso del causante. Por lo que se asimila a un apoderamiento con eficacia post-mortem, previsto en el inciso b) del artículo 380 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que subsistirá al fallecer el mandante-usuario, siempre y cuando haya un interés legítimo del representante y este encausado en un negocio jurídico especial y determinado.

Testamento digital.

Comprendida la naturaleza de los bienes digitales, se plantea la cual es su destino, luego de la muerte del causante. Las empresas que administran cuentas digitales, facultan al usuario a designar un delegado póstumo, con una actuación limitada[79].

[79] Gestores de perfiles de redes sociales, como Facebook que ofrece la posibilidad configurar la cuenta conmemorativa con solo adjuntar la partida de defunción o de fijar un legado que solo podrá hacer una

Sin embargo, cuando sean cuentas digitales de contenido patrimonial, se aplicara el derecho común. Una designación que no cumpla con la forma jurídica impuesta y su proceso judicial, podría convertirse en un medio hábil para burlar la porción legítima de la herencia.

Así surgieron proyectos de empresas o negocios (start-up)[80] donde idearon lo que se denomina "testamento digital". En este contexto, el albacea digital o legado digital, tiene la recepción y/o acceso de todos los bienes digitales, por ejemplo archivos, perfiles de redes sociales, contraseñas, criptomonedas, perfiles, blogs. Con el fin de dar lugar al derecho del olvido, es decir dar de baja toda su vida digital, o para administrarla. Por lo que el albacea digital no es más que un gestor de archivos digitales, susceptible de ser nombrado por testamento.

Para evitar posibles conflictos el causante debe disponer en testamento notarial respecto a los derechos o bienes digitales. Lo que nos obliga a buscar una solución legal en caso de que la designación del legado digital conlleve contraseñas de acceso, las que por una cuestión de privacidad y mutación constante, no puede estar en el cuerpo de la escritura del

---

publicación fijada en el perfil del causante; solicitar la eliminación de tu cuenta y descargar una copia de lo que habías compartido en Facebook, si tenías activada esa función.

[80] Uno de los servicios que ha emergido recientemente para atender el problema de la herencia en criptomonedas es MyWish, una plataforma que por medio de contratos inteligentes permite ejecutar una herencia según la voluntad de su dueño. El contrato permite establecer algunos criterios para movilizar fondos de una cartera a otra en caso de que se le notifique sobre el fallecimiento de quien lega la herencia. Así, puede establecerse que luego de un número de días de inactividad estipulado por el dueño de la cartera, los fondos sean transferidos a otra automáticamente. A su vez, el dueño de la cartera puede asignar a personas de su confianza para que confirmen o nieguen su fallecimiento cuando lo amerite, creando así una especie de junta de supervisores. Otro servicio que funciona de manera similar, con contratos inteligentes, es DigiPulse, al igual que el servicio SafeHaven, que también funciona con contratos inteligentes.

testamento. Por lo que deberá otorgarse en un documento separado para reservar las claves de acceso, una posibilidad sería agregar al protocolo, en sobre cerrado el listado de cuentas.

El testamento digital, será una simple previsión o una autorización privada para la administración post muerte, ya que, como analizamos todo testamento tiene formalidades solemnes, debe ser escrito en soporte papel y firmado por el testador. Por lo que el notario tendrá que analizar y proveer sugerencias en materia de gestión y de riesgos derivados de los contenidos digitales y de las distintas obligaciones contraídas con los proveedores.

IX) CONCLUSION.

Siguiendo los principios del notariado latino, los escribanos, debemos procurar constantemente estar al día en nuestra preparación profesional, aplicándonos a ello tanto personalmente como de manera colegiada. Este continuo perfeccionamiento y evolución en los conocimientos, es preciso, no solo en nuestra calidad de peritos de derecho, sino en nuestro papel fundamental como exteriorizadores de la voluntad de las personas, honrando y respetando así nuestra profesión, y a los requirentes, quienes cifran su confianza en la figura del notario en los momentos más importantes de su vida: como en el momento de planificar que sucederá luego de su muerte. El ordenamiento argentino, de forma acertada, prevé múltiples figuras, tendientes a la protección de los más vulnerables, ya sea herederos, o el propio causante, quien desea organizar sus asuntos patrimoniales y personales, con

una gran preocupación por la validez y operatividad de los mismos, logrando, con el otorgamiento de un instrumento eficaz, encontrar la paz, y tranquilidad, en sus últimos días.

Como profesionales de derecho, debemos incentivar la planificación sucesoria y el otorgamiento de testamentos, volviendo a la conciencia jurídica latina, donde la herencia testamentaria, prevalecía sobre la intestada. Así, contribuiremos a crear una cultura de previsión, de certeza y seguridad jurídica fomentando la importancia social de actuar responsablemente con nuestros seres queridos y no heredarles problemas, no solo pensando en el ámbito patrimonial sino también en el extrapatrimonial.

Por lo que, siendo notarios, quienes desde un origen hemos estado en la vanguardia de la defensa de los derechos de las personas, adaptándonos continuamente a las nuevas necesidades y desafíos que plantea la evolución social, debemos actuar de una manera adecuada y constructiva: informar y asesorar a las partes respecto de las posibles consecuencias de la prestación requerida, eligiendo la forma jurídica más adecuada, conforme a la voluntad de los requirentes, asegurándoles su legalidad y pertinencia.

X) PONENCIAS.

- Importancia de incentivar el otorgamiento de testamentos, contribuyendo así a una cultura de previsión, de certeza y seguridad jurídica en el derecho a heredar.
- Al momento de asesorar integralmente sobre planificación sucesoria, no solo abordad aspectos patrimoniales, sino también extrapatrimoniales, como la designación de un tutor o curador. Trabajando en conjunto interdisciplinariamente con abogados, escribanos, psicólogos, contadores y asesores financieros y productores asesores de seguros.
- Importancia de que los países que intrigan el cono sur, adopten y legislen institutos adecuados para proteger a personas vulnerables y unidades económicas, siguiendo la tendencia internacional.
- La reducción de las porciones legítimas con el consiguiente aumento de la porción disponible establece un sistema más flexible y balanceado respecto a la voluntad y libertad de disposición del testador, los intereses y expectativas de su familia directa, y la preservación y continuidad del patrimonio familiar.
- Necesidad de la existencia de registros de actos de última voluntad en el seno de los colegios notariales, donde se inscriban no solo los testamentos sino también, los pactos sobre herencia futura.
- Importancia de velar por empresas longevas, implementando protocolo familiar y pacto sobre herencia futura. Otorgando los mismos en escritura pública, inscripta en registros creados o adecuados a tal efecto.

- Adecuar los ordenamientos, respecto a transmisión mortis causa de los bienes digitales. Importancia de incluir el contenido digital en la planificación sucesoria.

XI) BIBLIOGRAFIA.

Legislación:

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD).
- Ley Española N°15/2015.
- La Ley N°17.703 de la República Oriental del Uruguay.
- Ley N°27.447 de la República Argentina.
- Ley N°26.994 de la República Argentina.
- Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético. Autor: Jorge Alterini (Director) Editorial: La Ley Fecha de edición: 2015-08-01.

Doctrina:

- BARILI, Luciano N "El art. 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación como una manera de comenzar a transitar el camino hacia la protección de la empresa familiar" MJ-DOC-11975-AR MJD11975 Producto: SOC, MJ.
- BÍSCARO, Beatriz R. "Autonomía de la voluntad y planificación sucesoria en el Código Civil y Comercial de la Nación" RDF 73, 10/03/2016, 177 Cita Online: AP/DOC/69/2016.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, Derecho Civil Español y Foral, T. VI, Derecho de Sucesiones, 9° Edición, Reus, Madrid, 1989, vol. 1, p. 462.

- CESARETTI, María y CESARETTI, Oscar. "El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación" Revista del Notariado 918, 01/10/2014.
- DUBOIS, Eduardo M. Favier y GIRALT FONT Martín. "Cláusulas de Protocolo Familiar y Planificación Patrimonial Sucesoria". *LXXI Seminario Teórico – Práctico - Laureano Arturo Moreira* - 9 y 10 de junio de 2016.
- DUBOIS Eduardo M. Favier y SPAGNOLO Lucia. "Reconocimiento del pacto protocolar y nuevo marco legal para las empresas familiares en el Código Civil" *XIII Congreso argentino de derecho societario*. Tema: Empresas Familiares. Sucesión. Mendoza, septiembre de 2016.
- DUBOIS Eduardo M. Favier (h.), "La planificación sucesoria en la empresa familiar frente al Código Civil y Comercial". RDF 73, 10/03/2016, 189 Cita Online: AP/DOC/70/2016.
- FERRER, Francisco A. M. "Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial" La Ley 20/08/2015.
- FERREYRA, Ana M. "La mejora estricta a favor del heredero solidario" DFyP, 09/11/2018, 113 Cita Online: AR/DOC/1376/2018.
- FORNIELES, Salvador, Tratado de las sucesiones, 4ª edición, Tipográfica Editora Argentina SA, Buenos Aires, 1958.
- GOTLIB, Gabriel Burman, Guillermo. "La armonía en la empresa familiar y el nuevo Código". La Ley, 04/03/2016.
- HERNÁNDEZ, Carlos A. e IGLESIAS, Mariana B. "Los pactos sobre herencia futura como herramienta de planificación sucesoria (con especial referencia al pacto de familia del art. 1010)" RDCO 272, 30/06/2015, 709 Cita Online: AP/DOC/755/2015.
- IGLESIAS, Mariana B. y PERACCA, Ana G. "Indivisión poscomunitaria y empresa de familia: problemas y propuestas

de prevención de conflicto" RDF 88, 11/03/2019, 61 Cita Online: AR/DOC/1077/2019.

- LISOPRAWSKI, Silvio V. "Fideicomiso de planeación patrimonial y la prohibición del pacto sobre herencia futura" DCCyE, 24/02/2015, 119 - La Ley, 03/03/2015.
- MAZZINGHI, Jorge A. M. "La partición de la herencia realizada por los ascendientes. Novedades y conflictos a partir de la sanción del Código Civil y Comercial". La Ley, 19/12/2016, La Ley 2017-A, 593 - DFyP, 13/06/2017, 129, Cita Online: AR/DOC/3739/2016.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A. "El fideicomiso en la planificación sucesoria". La Ley 15/04/2014, 2014-B, 860.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A. "Planificación sucesoria y patrimonial en la empresa familiar" DCCyE, 03/02/2014, 99. Cita Online: AR/DOC/4368/2013
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A. "Programación patrimonial en la empresa familiar" La Ley 08/09/2015.
- MOURELLE DE TAMBORENEA, María Cristina "Planificación sucesoria patrimonial y no patrimonial. Una herramienta a utilizar pensando en la herencia" La Ley, 27/09/2018, 2018-E, 910 - DFyP, 11/03/2019, 81. Cita Online: AR/DOC/1597/2018.
- NATALE Roberto Miguel, "Principios que rigen la redacción de las cláusulas testamentarias". *XLV Seminario Laureano A. Moreira*. Mayo, 2003.
- OLMO, Juan Pablo y ROLLERI, Gabriel "Indivisión forzosa de la herencia ¿transitoria o vitalicia?" La Ley 27/10/2015 y 20/09/2016, 1. La Ley 2016-E, 923, DFyP, octubre, 2016, 137, Cita Online: AR/DOC/2831/2016.

- ORLANDI, Olga E. y FARAONI, Fabián E. "Alcances de los pactos de herencia futura con relación a la legítima" RDF 88, 11/03/2019, 135 Cita Online: AR/DOC/1084/2019.
- OTERO, Esteban D. "¿Es el contrato de donación una modalidad idónea y eficaz para la planificación sucesoria?" DFyP, 09/11/2018, 99. Cita Online: AR/DOC/1382/2018.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. "La mejora a favor del legitimario con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial" DFyP, 20/08/2015, 134. Cita Online: AR/DOC/2042/2015.
- Ricardo OLIVA León y Sansoles VALERO BARCELÓ (coordinadores) Testamento ¿digital? Colección desafíos legales. Juristas con Futuro. España. 1° Edición Febrero de 2016.
- ROLLERI, Gabriel "Indivisión forzosa de la herencia ¿transitoria o vitalicia?" La Ley, 20/09/2016, LA LEY2016-E, 923 - DFyP, 05/10/2016, 137 Cita Online: AR/DOC/2831/2016.
- ROLÓN, Avelino (h.) "Pactos sobre herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial (art. 1010, segundo párrafo): una interesante herramienta de planificación del patrimonio familiar". RCCyC, 05/05/2016, 129.
- ROLÓN, Avelino, "La legítima hereditaria en el nuevo Código. Fundamento, inviolabilidad, excepciones y la "Cautela Social", La Ley, 12/12/2017, 2017-F, 944, Cita Online: AR/DOC/2637/2017.
- MAZZINGHI, Jorge A. M. "Validez y exigibilidad de los pactos sobre la herencia futura" La Ley 03/08/2018, 2018-D, 713 - DFyP, 05/09/2018, 71. Cita Online: AR/DOC/1385/2018.
- ZANNONI, Derecho Civil, Derecho de las Sucesiones. Ed. Astrea, 1983.

Jurisprudencia:

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, Causa N°JU-7313-2012 caratula: "ALONSO ISMAEL HORACIO S/SUCESION TESTAMENTARIA".
- Cámara Nacional Civil, Sala J, 23/2/10, "S.I.E.M c/P.G.E.M.M y oro s/impugnación".

Jose Leandro Parajon - Escribano Publico, Formosa - Capital

"Flexibilización del Orden Público en materia de Planificación Sucesoria"

1. INTRODUCCIÓN

Los sistemas jurídicos pertenecientes al Derecho Continental o de "Derecho Civil", basados principalmente en las leyes, van en un gran avance en otorgar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden dejar de lado, sobre todo en materias de Derecho Sucesorio y de Familia, como así también en el reconocimiento de Derechos Personalísimos, brindando un amplio espectro de respeto a la esfera individual de la persona, como así también a la autonomía de la voluntad de las partes.

La amplitud de injerencia de la libertad y de la autonomía de la voluntad expuesta según la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), en cuanto a las normas que se refieren al Derecho Sucesorio y de Familia, resulta la consecuencia de la evolución social y jurídica de la República Argentina, en virtud del mayor ámbito de ejercicio de la libertad y la autonomía de la voluntad de los sujetos del derecho por ella alcanzados. Ello habilita un mayor grado de

dinamismo de las relaciones jurídicas vinculadas con la transmisión por causa de muerte.

El notario a la hora de encarar estos nuevos axiomas tendrá que hacerlo con prudencia y responsabilidad, con la finalidad de darle un correcto y equilibrado uso,y para eso es indispensable establecer y entender adecuadamente sus métodos.

2- DESARROLLO

2.1. Libertad y Autonomía de la Voluntad

El Diccionario de la Real Academia Española define a la libertad como *"la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. Facultad de hacer y decir cuando no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres, en las naciones bien gobernadas"* [81]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Artavia Murillo v. Costa Rica", ha dicho que "*el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana*".

Por su parte, el art. 19 de nuestra Constitución Nacional (nuestra Ley fundamental) establece que "Ningún habitante de la Nación

[81] http://lema.rae.es/drae/?val=libertad

está privado de lo que la ley no prohíbe…"[82]. "Existe un orden de prelación normativa -escala jerárquica- en nuestro ordenamiento jurídico en general (conf. art. 31 CN)…" [83],el cual debe ser respetado.

Con respecto a la "autonomía de la voluntad" nos animamos a definir, en breve síntesis, como la facultad que tienen los particulares de decidir darse y crear sus propias reglas en las relaciones jurídicas. La autonomía de la voluntad es un principio general del derecho civil, el cual consiste en la libertad que reconoce el ordenamiento jurídico a los individuos, a fin de que estos autorregulen sus intereses. Esta autonomía se manifiesta a través del acto jurídico, que es el medio que el derecho le otorga a los sujetos para crear, modificar transferir o aniquilar sus derechos y obligaciones. Tiene su origen en las ideas liberales del siglo XIX, y consagra en plenitud la libertad contractual que es fruto de la libertad individual, independizada de la ley y obteniendo sus propios fines de manera soberana. Y esos efectos, como bien enseña Ghestin, se dan "porque fueron queridos y como fueron queridos."[84]

Para sostener esta posibilidad se han señalado las siguientes bases: a) los hombres son esencialmente libres, autónomos e

---

[82]Art. 19 de la Constitución Nacional." Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados…"

[83]GASTALDI, José María y GASTALDI, José Mariano, "Los Contratos en General" en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (Director: Rivera, Julio César), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 582.

[84] GHESTIN, La formation du contrat cit., p. 27, N° 36.

iguales, y sólo su voluntad es soberana; b) la voluntad individual reina como única fuente de obligación y justicia. De allí el dicho de Foullié: "qui dit contractuel dit juste".De esa idea, que tiene un gran desarrollo durante todo el siglo XIX y parte del siglo XX, se deducen las siguientes consecuencias: a) la libertad contractual que significa poder contratar o no, ya que nadie está obligado a hacerlo; b) la imposición de la fuerza obligatoria que surge del acuerdo, y de allí el célebre adagio romano del "pacta sunt servanda", es decir, que los pactos deben cumplirse[85], y por último, c) el "efecto relativo" que importa que los contratos surten efecto entre las partes y sus sucesores universales, y no pueden invocarse, ni perjudicar, ni ser opuestos a los terceros[86]. La libertad de configuración del acuerdo o, para mejor decir, de completar y llenar el contenido de las cláusulas convencionales, es la zona donde aparecen las limitaciones a esa esfera de la libertad; y resultan: las leyes imperativas, la moral, las buenas costumbres y el orden público.

Siguiendo de esta misma línea, Atilio A. Alterini, nos ha enseñado que "la idea de libertad negocial estuvo en la base del Derecho privado antiguo", en el cual "la lex publica no aporta restricciones al dominio de la legislación privada sino allí donde el interés de todos lo exige imperiosamente". Los

[85] COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., El principio de autonomía de la voluntad y sus límites, en J. A. del 12-7-2000. LARENZ, Karl, Derecho de Obligaciones, trad. de Jaime Santos Briz, RDP, Madrid, 1956, t. I, p. 6

[86] TRIGO REPRESAS, Félix A., Relatividad de los contratos y oponibilidad a terceros, en Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda, La Ley, Buenos Aires, 1984, p. 44. SALAS, Acdeel E., La regla "res inter alios acta", en Obligaciones, contratos y otros ensayos, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 217. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., El efecto relativo de los contratos, en L. L. 2007-B-1108. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José I., El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español, Colex, Madrid, 2000, p. 24.

principios de UNIDROIT prevén concordantemente que "las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido" (art. 1.1), pues –se explica en su comentario– "la libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico Internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad".El mismo criterio central resulta del art. 42 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos y del art. 1:102 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos".[87]

El reconocido principio de autonomía de la voluntad o sea, de la libertad contractual inherente a la convención, sólo se detiene, como lo hemos dicho anteriormente, ante las vallas del orden público, la moral, las buenas costumbres y la buena fe.[88]

La libertad es individual, mientras que en la autonomía de la voluntad no existe plena libertad, porque está condicionada a la concurrencia de otra voluntad afín. Así nos enseña Lucchini Guastalla, al diferenciar los actos unilaterales de los plurilaterales, cuando refiere que:"el primero está constituido por la declaración de voluntad de una sola parte, mientras que el acto plurilateral se compone de las declaraciones de voluntad de dos o más partes. Nos menciona que el testamento

[87] ALTERINI, Atilio A., "Los Pilares del ContratoModerno" en Private Law Beyond The National Systems – Liber Amicorum Guido Alpa, British Institute of International and Comparative Law, Great Britain, 2007, pp. 113/114. Con citas de VON IHERING

[88]En "Palavecino Mariana Elena s/tercería de dominio en autos Machado Lázaro Esteban del Pilar c. IOA Distribuidora Electromédica Argentina y/u otros s/haberes impagos – casación laboral", Sala Criminal, Laboral y Minas del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, Resol. Serie "B" N° 25 – Sentencia de Fecha 13/2/2009 – Fallo N° 23859 Mag. votantes: Juárez Carol-Rímini Olmedo-Suarez.

y el poder son ejemplos del primero, respecto del segundo invoca al contrato y el matrimonio."[89]

Pero la autonomía de la voluntad tiene una valla inexcusable representada por el orden público, el que puede ser conceptualizado como el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de esta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras, es decir, un conjunto de reglas o normas que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes ni por la aplicación de normas extranjeras, ya que su promulgación se basó en ciertos principios que la que comunidad considera fundamentales.

2.2. El Orden Público

El orden público, ha dicho Capitant, es "el conjunto de instituciones y reglas destinadas a mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre particulares, y cuya aplicación en las convenciones no puede en principio ser excluida por los contratantes. Se hallan vinculadas de tal manera con la civilización de un país, que los jueces de éste deben aplicarlas con preferencia a la ley extranjera, aunque ésta fuese admisible según las reglas ordinarias de los

[89]LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, "Negoziogiuridico" en Ilcontratto e ilfattoillecito. Corso di dirittocivile, Giuffré, Milano, 2012, p. 120.

conflictos de leyes"[90].De ello podemos inferir, de acuerdo con Zannoni, que la idea de orden público marca límites. Desde la perspectiva del Derecho interno delimita el territorio aunque se desenvuelve la autonomía privada (al que se denomina orden público interno); desde la perspectiva del Derecho Internacional señala los límites a la aplicación del Derecho extranjero (es decir, el orden público internacional). En puridad, nace como modo de armonizar la justicia conmutativa y la distributiva en las relaciones sociales, del mismo modo que intentan armonizarla otros grandes estándares como los que encierra la noción de buena fe o abuso. Es que el orden público implica por esencia el interés general o comunitario sobre el particular. "El orden público no se limita a los intereses comunes, sino que exige que los intereses y los derechos de cada uno sean salvaguardados, siempre que sean compatibles con el bien común. Ese contenido axiológico y las valoraciones fundamentales que la sociedad quiere mantener, para proteger la integridad de esa comunidad en su totalidad"[91]. Desde esta perspectiva encontramos, como refiere De la Fuente, que el orden público limita la autonomía de la voluntad, produciendo determinados efectos jurídicos (imperatividad, irrenunciabilidad, aplicación de oficio y nulidad), con el objeto de defender y garantizar la vigencia de los intereses generales de la sociedad, de modo que prevalezcan sobre los intereses particulares. Importa pues una institución que se encuentra

[90] MÜLLER, Enrique Carlos,"EJERCICIO REGULAR Y EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS: ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES O MORAL SOCIAL". Cita: RC D 1109/2012, Tomo: 2007 3 Orden público y buenas costumbres. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Rubinzal- Culzoni, Pag:1

[91] PONSSA DE MIGUENS, Nina Inés G. J., Acerca del orden público, en J. A. 1964-I-87

jerarquizada por valores que encuentran respaldo axiológico, porque en definitiva lo que persigue es una suerte de justicia absoluta, aunque distinguiendo que esos "principios fundamentales" o "intereses generales" son el bien jurídico protegido o se identifican con él, mientras que la institución "orden público" es el instrumento que los defiende y asegura su inexcusable vigencia, frente al peligro que representa una ilimitada autonomía de la voluntad que no respeta los intereses de la sociedad.

Es importante también destacar, que el notario, como profesional del derecho a cargo de una función pública, en el marco del control de legalidad de la norma que lleva a cabo en el ejercicio de sus funciones y como creador de derecho, deberá verificar a la hora de recibir los requerimientos de las partes, en el marco de sus libertades, sea para dar forma a un acto jurídico de disposición de última voluntad (acto unilateral) o un contrato (acto bilateral:pacto sucesorio), si el encuadre jurídico de acuerdo al caso concreto, son compatibles con los principios del orden público establecido. También deberá proceder de la misma manera en el caso inverso, ya en el plano del derecho internacional privado, cuando redacte un documento (pactos de familia o sucesorios) destinados a circular en otro Estado miembro ya que deberá asegurar la eficacia del mismo.

La práctica notarial debería buscar una vía entre la compatibilidad con el orden público y los pactos sucesorios o de familia.

2.3. Relación con el Derecho Sucesorio.

Es principio general, por disposición de la más alta jerarquía normativa de nuestro país (art. 19 de la Constitución Nacional)[92], que ningún habitante de la Nación está privado de lo que la ley no prohíbe. Ello implica, que dentro del ámbito del derecho sucesorio, las personas son libres para disponer de sus herencias, salvo las limitaciones previstas por la ley, y es como explican José María y José Mariano Gastaldi: "Existe un orden de prelación normativa -escala jerárquica- en el ordenamiento jurídico en general (conf. Arts. 31, CN)...".[93] Expone Bianca que "el límite fundamental que encuentra la autonomía testamentaria es el de la solidaridad familiar... En presencia de legitimarios, la persona puede disponer sólo de una parte de su patrimonio".[94] En el mismo sentido Puig Brutau exhibe que: "El testamento supone la posibilidad de que la voluntad del sujeto de derecho determine el destino de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su fallecimiento. Es un acto por el cual una persona puede determinar, dentro de los límites y en la forma que prescribe la ley, el destino de su patrimonio después de su muerte".[95]

---

[92]Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

[93]GASTALDI, José María y GASTALDI, José Mariano, "Los Contratos en General" en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (Director: Rivera, Julio César), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 582.

[94]BIANCA, C. Massimo, "La successione testamentaria" en DirittoCivile - la familia - le successioni, Giuffré, Milano, 2005, p. 730.

[95]PUIG BRUTAU, José, "El testamento" en Fundamentos de Derecho Civil - Sucesiones, Volumen II, Bosch, Barcelona, 1963, p. 5.

El contenido del texto constitucional es además reconocido como un principio básico informante de todo el derecho[96]. Surge claro del pensamiento del profesor Stiglitz y del texto constitucional, que el principio es la libertad del sujeto, que sólo puede ser limitada por normas imperativas, es decir, aquellas que la misma constitución indica cómo deben ser gestadas.

En la mayoría de los países que pertenecen al Derecho Continental, como el nuestro, se reconoce dos tipos de sucesiones: la sucesión legítima y la sucesión testamentaria. La sucesión legítima tienen lugar cuando no hay testamento y es la que la ley defiere a los parientes más próximos, de acuerdo a un orden que ella misma establece, son los herederos forzosos. También llamada sucesión ab intestato. La sucesión testamentaria se basa en la voluntad del difunto establecida en el testamento.

Ahora bien, el testador carece de facultad de disponer de todos sus bienes a su agrado o según sus preferencias, aun el caso que realice un testamento deberá respetar una porción de la que no puede disponer libremente, esta porción la llamamos legítima y comprende a los parientes en línea recta y al cónyuge en su legítima.

---

[96]STIGLITZ, Rubén, "Un nuevo orden contractual en el Proyecto de Código Civil" en http://www.nuevocodigocivil.com/un-nuevo-orden-contractual-en-el-proyecto-de-codigo-civil-por-ruben-stiglitz/

Las reformas incorporadas mediante la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación surgen a partir de una imperiosa necesidad de adaptar, modificar y flexibilizar ciertos principios y pautas que eran pilares determinantes durante la vigencia del antiguo código.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, y en la misma línea pensamiento de la Dra. Maria Cristina de Mourelle de Tamborenea, "el Código Civil y Comercial unificado plantea una flexibilización del orden público, el que queda demostrado en varias de sus disposiciones, tales como la disminución de los montos de legítima (art. 2445), los límites a la acción de reducción (art. 2459), la mejora a favor del heredero con discapacidad (art. 2448), todo lo cual supone ampliar los márgenes de la autonomía privada, cercenada por la sucesión forzosa, entre otros. De todas maneras, es indudable que, ante la existencia de herederos forzosos, resulta indispensable atender el orden público sucesorio, ya que no puede excederse -en cuanto a las liberalidades-de la porción disponible del autor de la sucesión."[97]

Los aspectos más relevantes de la reforma son: 1) el amplio espacio destinado a la autonomía de la voluntad en el nuevo articulado - es preciso tener en cuenta que la expresión "autonomía de la voluntad" en nuestro sistema jurídico es de creación doctrinaria; 2) el ejercicio de libertad del causante; 3)

[97]MOURELLE DE TAMBORENEA, María Cristina, "Planificación sucesoria patrimonial y no patrimonial: una herramienta a utilizar pensando en la herencia" Publicado en: LA LEY 27/09/2018, 27/09/2018, 1 - LA LEY2018-E, 910 - DFyP 2019 (marzo), 11/03/2019, 81 - RCCyC 2019 (mayo), 15/05/2019, 81, Cita Online: AR/DOC/1597/2018,Pag:3.

la solidaridad familiar; 4) la tutela de la familia en sus diferentes formas y 5) la protección a los herederos más débiles e incapaces, entre otras. Estos son algunos de los principios que, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial, cobraron fuerte protagonismo en el ámbito de las transmisiones por causa de muerte.

Por consiguiente, aunque la libertad del causante solo puede estar limitada por normas imperativas, el objetivo del legislador ha sido lograr un equilibrio entre las disposiciones legales y la autonomía de la voluntad.

Este equilibrio se puede ver reflejado en varios supuestos:

a) en la disminución de la legítima, proporcionándole al causante un mayor ámbito a la hora de testar; b) en la sanción de indignidad para quien haya provocado o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento, lo modifique o no lo haga y a quienes oculten, falsifiquen o lo reemplacen.

También se encuentra en institutos tales como;

c) fideicomiso testamentario (art. 2448) como mejora de un heredero con discapacidad, (4) "... 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 legitimas para aplicarlas como mejora...";

d) el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, así lo dispone el art. 2383, "Si en el haber hereditario hay sólo un inmueble habitable, y éste fue el último hogar conyugal, el

cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito. Este derecho se extingue si el cónyuge beneficiario contrae nuevas nupcias o vive en concubinato". La convivencia concubinaria es incorporada como causal de pérdida del derecho real de habitación, con ello, se pretende evitar que los concubinos posean mayores derechos que quienes contraen nuevas nupcias.

Además, el equilibrio, se encuentra presente en institutos que buscan proteger a la empresa familiar, en este caso;

e) el testador puede imponer una indivisión hereditaria forzosa sobre su herencia por un plazo determinado, "El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de 10 años..." (art. 2330);

f) los herederos también pueden convenir que dicha indivisión forzosa perdure un plazo determinado, siempre y cuando no exceda de 10 años (art. 2331);

g) el cónyuge supérstite tiene el derecho y puede imponerse a la indivisión forzosa en los términos y circunstancias que establece el art. 2332.

Siguiendo la misma línea, un heredero también puede oponerse a la partición de una unidad económica, conforme los lineamientos del art. 2333; y

h) respecto al pacto de herencia futura se incorpora una excepción, si bien es cierto que el pacto de la herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, el equilibrio

se encuentra plasmado en la excepción que cita el artículo 1010, "...Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros".

Es así como el causante tiene la posibilidad de realizar un convenio sobre su patrimonio con algunos de sus coherederos, otorgándosele una mayor autonomía de la voluntad. La reforma proyectada al permitir mayor discrecionalidad del causante para repartir los bienes, ha fomentado la autonomía de la voluntad.

El nuevo espíritu del derecho sucesorio pretende actuar en concordancia con la evolución y el desarrollo jurídico y social actual y el objetivo de este trabajo es demostrar el equilibrio entre las disposiciones legales y la autonomía de la voluntad del causante.

También, con el art. 2.445 del Código Civil y Comercial de la Nación: "La porción legítima de los descendientes es de DOS TERCIOS (2/3), la de los ascendientes de UN MEDIO (1/2) y la del cónyuge de UN MEDIO (1/2)", se ha ampliado la porción disponible del causante en relación a los ascendientes y

descendientes, lo que otorga una mayor libertad para disponer de su herencia.

En cuanto al testamento, entendido como una manifestación de voluntad del testador que se refleja mediante documento escrito que contienen disposiciones de carácter patrimonial y/o extrapatrimonial, y que mediante el nuevo art. 2417 se incorpora la idea de la interpretación.

En definitiva, a lo largo del nuevo articulado sobre el cuál trabajamos, se demostró cómo se receptó el respeto de la autonomía de la voluntad (como uno de los grandes principios del Código Civil y Comercial unificado) y la posibilidad de autorregulación, acorde a uno de los principios filosóficos esenciales del orden jurídico argentino.

En este sentido, vemos que el objetivo del legislador ha sido lograr un equilibrio entre las disposiciones legales y la autonomía de la voluntad del causante. Considerada ésta, en un sentido amplio, como poder referido al uso y goce, disposición de poderes y facultades y derechos subjetivos, la autonomía de la voluntad se manifiesta en todos los derechos subjetivos y también en el derecho sucesorio.

2.4. Relación con el Derecho de Familia.

a) Régimen Patrimonial del Matrimonio

Es importante destacar que las reformas introducidas en el derecho de familia, repercuten directamente en el derecho sucesorio, a pesar que éste es considerado como un derecho interdependiente.

En cuanto al Régimen Patrimonial del Matrimonio, definido como:"el conjunto de relaciones jurídicas de orden o- de interés- patrimonial que el matrimonio establece entre los cónyuges y entre éstos y terceros"[98], el Código Civil Unificado, permite que los cónyuges puedan optar entre dos regímenes patrimoniales: el de comunidad de ganancias y el de separación. Si al contraer el matrimonio, los cónyuges no se pronuncian sobre la opción de un régimen patrimonial u otro, quedan sometidos al régimen de comunidad, y luego de un año pueden pasar al de separación.

En el régimen de separación de bienes existe independencia patrimonial entre los cónyuges, el matrimonio no modifica la propiedad de los bienes (no hay masa común partible) y no da a los consortes expectativas comunes sobre los mismos. Cada uno conserva la propiedad de los bienes que poseía antes de la celebración de las nupcias y los que adquiera con posterioridad, por título gratuito u oneroso. La administración y disposición es libre, salvo disposición de la vivienda familiar que forma parte del estatuto primario. Ambos cónyuges tienen exclusiva responsabilidad por las deudas contraídas, excepto las cargas del hogar y ciertos casos de responsabilidad común; no hay calificación de los bienes, ni derechos sobre los bienes del otro ni derecho a las ganancias. El fallecimiento de uno de los cónyuges no altera el patrimonio del supérstite, lo mismo que el divorcio no involucra división patrimonial. Nuestro

[98] WEISS, Karen Maína, "SEMINARIOS DE TEORIA Y PRÁCTICANOTARIAL" Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Unidad Temática 1, Régimen Patrimonial Matrimonial, Pag:1

régimen sucesorio se encarga de otorgarle al supérstite un reconocimiento a la cooperación, el esfuerzo común y la solidaridad, al incluirlo como heredero de los bienes propios del causante, o permitir mejorarlo vía testamentaria.

En cambio, el régimen de comunidad de bienes se caracteriza por una masa de bienes que pertenece a los esposos, quienes participarán de la buena o mala fortuna del matrimonio. En este régimen se forma una masa de bienes que al momento de la disolución se dividirá entre los cónyuges o entre uno y los herederos del otro. Hay una expectativa común sobre los bienes adquiridos. La titularidad sobre los bienes se vincula al régimen de administración y disposición, no se trata de copropiedad o condominio sobre ellos, y según su extensión determina distintos tipos de comunidad. El principio de administración separada lo establece el arto 469 CCCN,y retrasa la formación de la masa común hasta que se liquide la comunidad. Es allí donde los cónyuges actualizan sus expectativas comunes sobre los bienes que la componen. Nuestro sistema es restringido de ganancias: todas las ganancias o adquisiciones a título oneroso que realicen los cónyuges durante el matrimonio, y los frutos de los bienes propios, son comunes. Son bienes propios los que sean llevados al matrimonio (sean muebles o inmuebles), o los adquiridos con posterioridad a título gratuito (herencia, legado o donación), o por permuta con otro bien propio o adquirido con el producido de la venta de un bien propio o por causa anterior al matrimonio. Hay tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer, y los gananciales.

La autonomía de la voluntad oscilará en los contrayentes permitiéndoles escoger entre un estatuto económico matrimonial u otro, o simplemente no optar por ninguno para quedar enmarcados dentro del legal supletorio; y a los cónyuges, variar de régimen por considerar que equivocaron en su decisión u omisión inicial,o porque las circunstancias económico-matrimoniales que valoraron con anterioridad, ahora son diferentes y consideran oportuno mutar de régimen.

En cuanto a las convenciones matrimoniales, la autora las define como: "actos jurídicos familiares patrimoniales, acuerdos o pactos que en algunas ocasiones podrán constituir un contrato -corno en el caso de las enumerados en los incisos c) y d) del art, 446- o simplemente consistirán en una declaración de los futuros esposos con respecto a los bienes que cada uno lleva al matrimonio o las deudas que tuvieran -incisos a) y b) del mismo artículo-. Su naturaleza jurídica y yen función de la definición del arto 957 CCCN, pueden caracterizarse como contratos. De allí que se les apliquen las normas generales en materia contractual".[99]

Las convenciones pueden otorgase antes de la celebración del matrimonio -"prematrimoniales"- (art. 446), y después de la celebración del matrimonio -"matrimoniales"- (art. 449).

Las convenciones "prematrimoniales" son actos sometidos a la condición suspensiva de que el matrimonio se celebre

[99] WEISS, Karen Maína, "SEMINARIOS DE TEORIA Y PRÁCTICANOTARIAL" Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Unidad Temática 1, Régimen Patrimonial Matrimonial, Pag:2

válidamente y no sea anulado; su objeto está definido taxativamente en el artículo 446. En cuanto a la forma establecida se debe celebrar mediante escritura pública y pueden modificarse –antes del matrimonio- con la misma formalidad.

Las convenciones "matrimoniales" de cambio de régimen patrimonial. La forma impuesta exigida para la celebración de las convenciones matrimoniales es la escritura pública. En cuanto a su inscripción, el notario que autorice una convención "matrimonial" tiene la obligación de inscribirla en el Registro Civil y Capacidad de las Personas conforme el artículo 449. Se registra mediante nota al margen, en el acta del matrimonio. La inscripción de las convenciones matrimoniales referida a los artículos 448 y 449 es meramente declarativa.

Eficacia en el país de las convenciones celebradas en el extranjero: La vieja ley 23.515 incorporó un "punto de conexión" fundamental (art 163 CC), y unificó en el primer domicilio conyugal todo el régimen de bienes del matrimonio, incluyendo las convenciones matrimoniales. Así fueron aplicables en nuestro país las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero, y también se posibilitó que esas convenciones sean celebradas aquí si el primer domicilio conyugal fijado en país extranjero las admitía y allí fuera aplicablela convención formalizada. El nuevo Código prosigue con dicho lineamiento y el arto 2625 establece que el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal -también aplicable para las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio- y que las posteriores se rigen por

el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración. Si los cónyuges deciden cambiar su domicilio a este país, pueden hacer constar en "instrumento público" –el artículo no específica cuál– su opción de aplicar el derecho argentino, por lo que la escritura pública cumple acabadamente con la garantía necesaria para no afectar el derecho de terceros.

Opción de aplicación de la ley argentina, y del régimen patrimonial de separación de bienes del matrimonio: En los casos de matrimonios celebrados en el extranjero los cónyuges que opten por sujetarse al régimen legal argentino, también podrán otorgar estas convenciones, aún cuando la ley foránea no lo contemple (art. 2625 ult. pte.)

Hoy la denominada "familia empresaria" puede estar organizada jurídicamente bajo estos dos esquemas diferentes de administración de bienes familiar. La asunción de cada esquema difiere notablemente en orden a la estructuración de la planificación patrimonial de la empresa familiar, ya que las consecuencias jurídicas (y eventualmente la posibilidad de extinción del vínculo mediante un divorcio) difieren en cada uno de los sistemas.

Según el caso, la separación de bienes podría resultar una herramienta útil para evitar los inconvenientes que la "comunidad de bienes" suele ofrecer en aquellos matrimonios en los que el cónyuge no está comprometido con la gestión de la empresa familiar. Es una alternativa válida para "pactar" puertas adentro como será desarrollada la actividad

empresarial, la que podría ser llevada a cabo por un cónyuge con sus hijos o nietos (o aún con los hijos del otro cónyuge). Las motivaciones y razones que originan los diversos modelos de planificación patrimoniales son muy diversos y muchas veces se originan en cuestiones nacidas en generaciones anteriores. Como se ve, la separación de bienes no es la regla (todo lo contrario, debe pactarse expresamente pues si no la regla es la comunidad de bienes), pero es una variante de planeación que puede ser útil para la empresa familiar.En el régimen de separación de bienes los cónyuges podrían celebrar la más variada gama de contratos. Ello está permitido actualmente bajo el velo del art. 1002, inc. d) CCC. Este precepto señala que no pueden contratar en interés propio los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí. Por ello, en una interpretación a contrario, los cónyuges entre sí podrían celebrar contratos de compraventa, cesión de derecho, mutuos, locación de un inmueble comercial hasta cincuenta años y cualquier otro contrato que permitiera una adecuada planificación patrimonial. Esto permitiría cesiones de acciones y participaciones societarias en empresas familiares. Obviamente, que esta posibilidad no sería lícita bajo el régimen de comunidad de bienes.

La cuestión familiar siempre estuvo regida por normas de orden público y con escaso margen para la realización o planificación de cuestiones patrimoniales o negocios entre sus miembros. La mayoría de los contratos se encuentran prohibidos entre los cónyuges o, incluso, entre padres e hijos y la planificación del futuro de una empresa familiar siempre

encontraba límites en los cuestionados "pactos de herencia futura"

En las empresas familiares, se admite el mandato entre cónyuges (haya o no régimen de separación de bienes). En función del art. 459, CCC, uno de los cónyuges puede dar poder a otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento conyugal.-

Graciela Medina considera "que la disposición de celebrar contratos entre cónyuges unidos por el régimen de comunidad es absurda, carece de sentido y es contraria al interés de la familia en general y de la empresa familiar en particular por lo que debe ser interpretada restrictivamente"[100]

Sin dudas, es un retroceso respecto de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia y las tendencias legislativas que se vienen promoviendo en el derecho comparado. Así lo ha hecho el Código Civil español (art. 1323, texto ley 23/2005) que dispone: "Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos". Siguen esta corriente contractual países como Alemania, Suiza y México, entre otros.

La plena capacidad civil de la mujer, la igualdad de los cónyuges, la idea de consagrar la libertad contractual entre

[100]MEDINA, Graciela, "La protección de la empresa familiar en el Cód. Civ. y Com.", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-2; Derecho de Familia II. Relaciones entre adultos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016, p. 101.

ellos, la buena fe, el avance de la autonomía de la voluntad, deben ser las pautas rectoras en materia contractual, independientemente del régimen matrimonial por el que hayan optado.

b) Uniones convivenciales

El Condigo Civil Unificado reconoce, receptando el mandato constitucional de protección integral de la familia, a las situaciones jurídicas de la convivencia y la unión convivencial. Entre ambas existe una relación de género a especie, recibiendo la unión convivencial una regulación específica en los veinte artículos que componen el Título III del Libro Segundo del CCCN. En la unión convivencial se genera un vínculo legal de derechos y obligaciones entre los convivientes y los integrantes de la familia, aun ensamblada. Se diferencia del matrimonio porque carecen de vocación hereditaria entre sí y parentesco por afinidad con los parientes del otro; el derecho real de habitación al supérstite es temporal; el derecho personal de uso de la vivienda familiar es temporal; y por inexistencia del derecho a solicitar alimentos posteriores al cese de la unión.

La unión convivencial puede probarse por cualquier medio de prueba. Puede ser inscripta o no inscripta. Su inscripción en el registro especial no constituye el estado o situación jurídica de unión convivencial, a diferencia del matrimonio para el vínculo conyugal.

Como señala Carlos A. Molina Sandoval, que: "todo lo demás, por exclusión, puede ser objeto de contrato y no existen limitaciones para que los convivientes celebren todo tipo de contrato y acuerden, de común acuerdo, como van a administrar, gestionar y proyectar a futuro no sólo la empresa familiar en sí, sino también los bienes que la componen y los bienes de la familia empresario. Los límites sólo son los generales y algunos específicos derivados del régimen sucesorio (propios del sistema jurídico general)."[101]

Estos pactos deben ser formalizados por escrito (art. 513 CCCN). Aquellos que tengan por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrables, deben ser formalizados por escritura pública y, para su oponibilidad a terceros, deben inscribirse conforme lo indica el art. 517 CCCN. En el marco de la autonomía de la voluntad, los convivientes pueden pactar con la mayor amplitud de contenidos la regulación de su convivencia, tanto en aspectos patrimoniales como extrapatrimoniales, reconociendo como límite el conjunto de normas que se encuentran consagradas en el régimen primario indisponible (arts. 519, 520, 521 y 522 CCCN). Pueden formalizarse tanto antes del inicio de la convivencia, como durante su existencia, mientras no haya cesado.

A través del pacto convivencial los integrantes de la unión pueden convenir libremente el régimen especial de administración y disposición de los bienes. Pueden establecer, entre otros, un régimen de comunidad de bienes e intereses

[101] Molina Sandoval, Carlos A., "Programación patrimonial en la empresa familiar", Publicado en: LA LEY 08/09/2015, 08/09/2015, 1 - LA LEY2015-E, 677, Cita Online: AR/DOC/2986/2015, Pag:6.

siempre que se respete el principio de igualdad y basada en el esfuerzo en común, siendo causa suficiente para una futura adjudicación de estos bienes en caso de cese de la unión. Podrán integrarse con poderes redactados con las previsiones del art. 1330 CCCN, con la finalidad de que el conviviente supérstite pueda transferir a su favor los bienes que se le reconocen en caso de cese. La circulación de títulos sobre inmuebles provenientes del cese de la unión convivencial tiene causa en adjudicaciones por ejecución de pactos de convivencias inscriptos y previos a su extinción. Si el pacto es simultáneo o posterior al cese o tiene su origen en un contrato de transacción o dación en pago por reconocimiento de una compensación convencional, la causa es una transmisión onerosa por monto determinado o indeterminado.

Es importante destacar que la existencia y extinción de la unión convivencial puede ser acreditada por acta notarial, donde el notario podría tener plenas facultades, mediante apoderamiento expreso, para registrar la unión convivencial en el Registro de Uniones Convivenciales que corresponda a cada jurisdicción local.

"Si bien el margen de libertad es mayor en las uniones convivenciales que en el matrimonio, aun en este caso la posibilidad concreta del régimen de separación de bienes brinda muchos elementos en la estructuración de negocios, acuerdos y demás instrumentos. Los cónyuges tiene la posibilidad de fijar no sólo las cuestiones tradicionales sino que podrán pautarse esquemas más sofisticados, en los que la comunión entre la propiedad, la gestión y la familia se

relacionen con ratios de rendimientos, con asignación de beneficios económicos en función del logro de objetivos empresariales, con tableros de planificación que tengan en cuenta las modernas técnicas del management empresarial." [102]

El respeto de la autonomía de la voluntad, la igualdad entre cónyuges o convivientes, la contratación y circulación de bienes, la protección de la familia y de la empresa familiar son algunos de los grandes principios del Código Civil y Comercial unificado. Estos deben adecuarse a las necesidades de los miembros de la familia empresaria, alentando el progreso económico con herramientas dinámicas y actualizadas, todo ello en un marco de equidad.

2.5. Planificación Sucesoria

a) Concepto

La Real Academia Española define la planificación como la "acción o efecto de planificar" o "plan general, científicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objetivo determinado, tal como el desarrollo económico, la investigación científica, el funcionamiento de una industria, entre otros".[103]

El tema de la planificación sucesoria se inscribe dentro del marco del diálogo entre las diferentes ramas del derecho civil, en particular el derecho contractual y el derecho sucesorio, sin

[102] Molina Sandoval, Carlos A., "Programación patrimonial en la empresa familiar", Publicado en: LA LEY 08/09/2015, 08/09/2015, 1 - LA LEY2015-E, 677, Cita Online: AR/DOC/2986/2015, Pag 12.
[103] https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=planificaci%C3%B3n

dejar de lado otras ramas del derecho como puede ser el tributario, etc.

Según la Dra. María Cristina Mourelle de Tamborenea, se entiende por Planificación a "la actividad de formulación de planes para la transformación del futuro desarrollo del sistema objeto del proceso de planificación, el cual lleva implícito la fijación de objetivos y metas concretas al comportamiento del sistema a planificar en un plazo determinado y la correspondiente asignación precisa de medios que aseguren el logro de dichos objetivos" [104]

Sostiene la autora que:" la planificación sucesoria es ese conjunto de pasos adecuados para la mejor transmisión de nuestro patrimonio o como veremos, encontrar la mejor solución para nuestras cuestiones personales o patrimoniales, o futuras posibles enfermedades, siempre teniendo en cuenta que lo que hemos de analizar para nuestra problemática concreta es cómo encargar un traje a medida que habrá de requerir de un detallado análisis".

Hoy en día, dentro de nuestra sociedad algunas personas -ante la posibilidad de poder incapacitarse o ante la proximidad o no de la muerte- desean planificar su situación tanto patrimonial como no patrimonial cuando ya no estén en

[104] MOURELLE DE TAMBORENEA, María Cristina, "Planificación sucesoria patrimonial y no patrimonial: una herramienta a utilizar pensando en la herencia" Publicado en: LA LEY 27/09/2018, 27/09/2018, 1 - LA LEY2018-E, 910 - DFyP 2019 (marzo), 11/03/2019, 81 - RCCyC 2019 (mayo), 15/05/2019, 81, Cita Online: AR/DOC/1597/2018,Pag:1

condiciones de poder realizarlo porque no quieran o porque no puedan..

b) Ventajas

Nadie puede dudar de que resulta mejor planificar que no hacerlo. La planificación tiene múltiples ventajas, en general preventivas, entre las que se mencionan:

1) opera como un mecanismo de prevención de conflictos (pues una adecuada planificación sucesoria debe adelantarse a los posibles problemas mediante el acuerdo y consenso familiar y pudiendo conocer, en detalle, la voluntad del fundador);

2) brinda mayores posibilidades de continuidad a la empresa (pues al prevenir conflictos, en algún modo, garantiza un mejor posicionamiento de la empresa y brinda fortaleza —minimizando las naturales debilidades que la sucesión acarrea al cambio generacional-);

3) facilita la toma de ciertas decisiones que involucran la venta de la empresa o la compensación de ciertos bienes del patrimonio (evitando colaciones u otras acciones sucesorias);

4) permite organizar al empresario que planifica sus ingresos futuros y cómo se va a desarrollar el cambio de mando (y de propiedad), pero garantizando un nivel mínimo de ingresos y su personal sustentabilidad patrimonial (mediante pactos de accionistas, usufructos, etc.);

5) facilita la apertura de información a los futuros herederos y la transmisión de ciertos bienes a personas importantes en el plan de sucesión, evitando de esa manera los naturales

problemas de información que tienen los traspasos de activos, acciones y empresas (problemas que se potencian cuando esa transmisión no es planificada).

c) Planificación Sucesoria Patrimonial:

Dentro de los actos jurídicos plurilaterales tendientes a planificar la situación patrimonial del futuro causante, podríamos mencionar las siguientes figuras jurídicas de nuestro pais:

- Donación a Herederos Forzosos y no Forzosos; es la figura jurídica por antonomasia de una planificación, donde permite la transmisión del dominio a los futuros herederos forzosos y no forzosos del causante. Esta misma figura, podría ser utilizada bajo diversas modalidades incluyendo clausulas como:pacto de derecho de reversión e clausulas con derecho de acrecer entre los donatarios, la constitución del derecho real de usufructo, donación con cargo a favor del donante, etc, todo dependiendo de las circunstancias en cada caso.-

Ante esta posibilidad de planificar, el ordenamiento jurídico nos brinda algunas herramientas para partir o mantener indivisos los bienes del acervo hereditario como son los supuestos previstos en los arts. 2411 al 2423 del Cód. Civ. y Com., a saber:

- Partición y-o indivisión;Ante esta posibilidad de planificar, el ordenamiento jurídico nos brinda algunas herramientas para partir o mantener indivisos los bienes del acervo hereditario como son los supuestos previstos en los arts. 2411 al 2423 del Cód. Civ. y Com., a saber: Partición por los ascendientes: Este

instituto permite que la partición sea la realizada por los padres u otros ascendientes, y puede ser efectuada por actos entre vivos o por actos de última voluntad. La partición por ascendientes ya había sido contemplada por Vélez, y al respecto Fornieles hace una aclaración al considerar que su escasa aplicación se debía a múltiples causas, entre ellas, la falta de hábito de hacer testamento, sobre todo existiendo herederos forzosos ;Partición por Donación: se trata de una partición por donación, debemos considerar que se trata de un contrato entre el ascendiente y sus descendientes, y en ese supuesto deberá cumplirse con las formas previstas según el tipo de bienes objeto de esta, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1552 del Cód. Civ. y Com. Como toda donación —en principio—, es irrevocable, más allá de la posibilidad de revocación por inejecución de cargas y condiciones o por causa de ingratitud o indignidad; Partición por testamento: en la partición por testamento se ha de tratar de un acto de última voluntad, unilateral, que no impedirá el nacimiento de la indivisión hereditaria, situación esta que no ocurre en la partición por donación;

Indivisión forzosa: Hoy incorporada al nuevo ordenamiento por medio de los arts. 2330 al 2334, del Cód. Civ. y Com. inclusive.El art. 2330 contempla la posibilidad de que el testador imponga la indivisión de la herencia o la indivisión de un bien en particular . Por su parte, el art. 2331 del Cód. Civ. y Com. permite que este pacto de indivisión voluntaria opere y se perfecciona entre los herederos que, habiendo analizado las ventajas y desventajas de la unidad, deciden mantener unido el acervo

hereditario o parte de él, para un mejor aprovechamiento del derecho o de las cosas.Y, por último, el art. 2332 del Cód. Civ. y Com., bajo el título "oposición del cónyuge", regula dos supuestos en los cuales el cónyuge supérstite —siempre y cuando conserve la vocación hereditaria—, puede solicitar la indivisión;

Mejora estricta al heredero con discapacidad: Esta es una novedad introducida por el nuevo Código Civil y Comercial, el cual prevé a través del art. 2448 del citado ordenamiento, la protección del heredero con discapacidad quien, eventualmente quedaría sin protección luego de la muerte de un ascendiente o descendiente que seguramente se hubiera hecho cargo de él. El beneficio puede otorgarse por el medio que al causante le resulte conveniente, ya sea por medio de una donación, legado, fideicomiso con una mejora de un tercio sobre la porción legítima, la que estará condicionada a que se le haya otorgado la porción disponible, que en realidad deja de ser tal cuando el testador quiere hacer uso de la facultad de beneficio con la mejora estricta al discapacitado.

Contrato de Fideicomiso:Este es quizás el mejor avance en materia de programación del patrimonio familiar. En la práctica, el fideicomiso se ha utilizado para muchas finalidades conexas (o incluso estructurales) de la adecuada organización del patrimonio familiar. El fideicomiso permite "unificar" las participaciones societarias del fundador (o de todo el grupo familiar), permite realizar aportes de bienes inmuebles en orden a organizar o administrar de una manera más eficiente el patrimonio familiar, admite fondos de garantía y/

financiamiento de necesidades alimentarias, profesionales o aun empresarias de las generaciones siguientes, permite adaptar una estructura contractual flexible con la "impermeabilización" patrimonial de la que goza el esquema de dominio fiduciario. Parece haber quedado superada la posibilidad concreta de celebrar fideicomisos de planeación patrimonial o que procuren organizar todo el patrimonio completo de una determinada persona humana o jurídica.Pero muchas veces la selección de un fiduciario de confianza de todos los miembros de la familia era una selección difícil, sobre todo si el fiduciario elegido tenía una eventual vocación sucesoria sobre los bienes que integraban el patrimonio fideicomitido (ya que de heredar la posición de beneficiario en el fideicomiso se produciría la yuxtaposición de dos roles contractuales: fiduciario y beneficiario);

Fideicomiso Testamentario: el Código Civil y Comercial de la Nación lo regula expresamente en el Libro de los contratos a través de los arts. 1699, 1700, y en el Libro Quinto de Transmisión de los derechos por causa de muerte en el art. 2493 del Cód. Civ. y Com., y lo reitera en el 2448 del mismo ordenamiento al disponer sobre la mejora a favor del heredero discapacitado. Para Kiper, "el contrato de fideicomiso con finalidad testamentaria se da cuando una persona, en su calidad de fideicomitente, traslada los bienes de su patrimonio, que desea destinar para el beneficio de las personas designadas en ese acto (o consignando las normas o reglas para su determinación) a un fiduciario, quien los recibe con el

encargo o la instrucción de destinarlos al momento de verificarse su muerte".

Transmisión de la empresa familiar:Graciela Medina entiende que "hay empresa familiar cuando una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio. Existe por lo tanto una estrecha relación entre propiedad y gestión o, dicho de otro modo, entre la vida de la empresa y la vida de la familia (...). Las principales características de las empresas familiares son: a) Que una o más familias tengan una participación importante (normalmente la mayoría) del capital social de la sociedad familiar. b) Que la familia ejerza un control de la empresa. c) Que algún miembro de la familia participe en la gestión de empresa. d) Que exista una vocación de continuidad y permanencia en la propiedad y gestión de la misma, incorporando a las siguientes generaciones"[105].Este constituye un tema de estudio e interés en el último tiempo, que ha sido considerado principalmente desde la perspectiva del derecho societario y su relación con el derecho contractual y el derecho sucesorio. La relevancia del tema resulta ostensible, toda vez que interesa de modo especial para evitar que la muerte de alguno o varios de sus titulares pueda poner en riesgo la estructura de un bien tan valioso —social y económicamente— como lo es la empresa familiar .

[105] MEDINA, Graciela, "Empresa familiar", 13/09/2010, LA LEY 2010-E, 920.

Pactos de Herencia Futura:El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación —al igual que el Código velezano—, prohíbe por regla los pactos sobre herencia futura. Por su parte, el art. 1010 del Cód. Civ. y Com., en su primer párrafo, dispone: "Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa". Por lo expuesto, tenemos una regla de prohibición de dichos pactos, pero esta contiene excepciones, al disponer en el segundo párrafo: "Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros".La aplicación de la excepción a la prohibición de pactar sobre herencia futura, debe corresponder indefectiblemente a la hacienda comercial en el sentido más amplio del término, concebida como explotación productiva —comprensiva de cualquier tipología societaria y/o sus participaciones en el capital social o de participaciones societarias (sean acciones, cuotas partes, partes de interés, entre otras), quedando fuera de los acuerdos vinculados con eventuales patrimonios futuros que carecen del carácter de empresa en actividad. Dicho de otro modo, “la conservación de la empresa en marcha es colocada por encima

de la nulificacion de los pactos de herencia futura, en tanto busca como objetivo darle prioridad al desarrollo económico en general y a tratar de lograr la creación de empleo, entre otras posibilidades".[106]

- Cesión de Herencia y Cesión de Herencia sobre Bien Determinado: Es un contrato bilateral y consensual, de allí que las partes pueden pactar en contrario lo que libremente dispongan.Este contrato no implica en ningún caso la transmisión de la calidad de heredero; el cesionario queda colocado en la posición que tenía el cedente en la sucesión, pues la cesión de herencia importa el traspaso de los derechos y obligaciones patrimoniales derivados del carácter de heredero.La cesión de derechos hereditarios puede efectuarse desde el fallecimiento real o presunto del causante (apertura de la sucesión, art. 2277, CCyCN) hasta la partición de la herencia (art. 2363, CCyCN).Forma: Deben otorgarse por escritura pública (art. 1618 inc. a) siendo un contrato formal; el contrato de cesión de herencia debe encuadrarse como un acto de solemnidad relativa. El objeto del contrato de cesión de herencia es una universalidad jurídica, entendida como la herencia o una parte alícuota de ella, sin consideración a los bienes que la integran, en cambio, la cesión de herencia realizada exclusivamente sobre un bien determinado, se juzgara por las normas de una compraventa, permuta o donación (según la contraprestación), sujeta a una condición suspensiva de que ese bien sea adjudicado al cesionario en la

[106] REY, Hernán, "Objeto de los contratos", en CURA, José María (dir.) - GARCÍA VILLALONGA, Julio César (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. III, p. 622

partición, estas cesiones deben otorgarse por escritura pública y deben ser incorporadas al expediente del sucesorio para dar plena publicada del contrato; estos contratos se pueden otorgar desde el momento de la muerte del causante hasta la partición de los bienes del acervo hereditario.

d) Planificación no patrimonial.

La planificación no patrimonial se encuentra relacionada con los derechos y actos personalísimos de la persona humana. Con su incorporación al nuevo ordenamiento se reconoce expresamente que la persona humana es inviolable, en su integridad física y espiritual, tiene derecho al reconocimiento de su dignidad inherente, y a su tutela jurídica. Derechos como a la integridad espiritual, intimidad, imagen, honor, honra y reputación,o como a la Integridad física: derecho a la vida, a la salud. Incluye el derecho a la autodeterminación a tomar todas las decisiones autorreferentes e inclusive a las exequias y disposición del cadáver (art. 19 CN), mientras no afecten el derecho de otras personas.

Haciendo uso de la libertad del causante y de la autonomía de la voluntad, el individuo puede planificar este tipo de derechos, que son aquellos que están íntimamente ligados a la persona, al ser de cada uno, que solo pueden ser ejercidos por ella misma y en forma directa.

Estos derechos personalísimos han sido regulados en el nuevo Código Civil y Comercial y nos autorizan a planificar con respecto a cómo queremos ser tratados frente a una futura incapacidad en que se vea involucrada nuestra persona y/o

nuestra salud, o con relación a personas que tenemos a nuestro cargo, ya sean menores o incapaces. Estas herramientas a tener en cuenta, entre otras, pueden ser:

- El destino del propio cuerpo: esta situación está contemplada en el art. 56 del Cód. Civ. y Com.[107], y la legislación especial que rige sobre el tema. Además, es de recordar lo establecido en los arts. 26, 55, 58 y 59 del Cód. Civ. y Com., lo prescripto en la ley 26.529 —modificada por la ley 26.749— y su reglamentación, toda persona competente puede disponer del propio cuerpo a través de un acto de voluntad, libre y revocable.

- Las exequias u honras fúnebres: de acuerdo con lo dispuesto por el art. 61 del Cód. Civ. y Com[108], se reconoce a la persona la posibilidad de disponer la forma, u otras circunstancias que tengan que ver con sus exequias e inhumación y, por otro lado,

---

[107]"Art. 56.- Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable".

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

la posibilidad de disponer de su cadáver con fines terapéuticos, científicos, o pedagógicos.

- Las directivas médicas anticipadas: debido a los avances logrados en el campo de la medicina, hoy en día están disponibles numerosos medios para prolongar la vida de personas gravemente enfermas. A veces se dilatan agonías que no hacen sino aumentar y profundizar el sufrimiento del enfermo terminal. Teniendo en cuenta esta posible situación, el nuevo ordenamiento ha contemplado, a través del art. 60 del Cód. Civ. y Com. [109], la posibilidad de que todo individuo pueda planificar por escrito su deseo de evitar tratamientos de salud inconducentes y/o la previsión de cuidados que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia —descartando desde ya prácticas eutanásicas. El derecho a otorgar estos actos no se circunscribe a las cuestiones de salud y al nombramiento de curador, sino que abarca, y de hecho así ocurre en la práctica notarial, otros ámbitos de la vida de la persona. Una interpretación armónica de las normas del código, en el marco de los principios constitucionales y convencionales (arts. 1 y 2 CCCN) que sostienen la dignidad y la libertad del ser humano en sus actos autorreferentes, no deja dudas al respecto.

[109] "Art. 60.- Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento".

-Derechos actos de autoprotección: Importan el ejercicio del derecho de todo ser humano a decidir acerca de las materias autorreferentes a su persona y a su patrimonio para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno. El acto de autoprotección entonces es aquel en el cual una persona deja plasmada su voluntad en ese sentido, de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro. Se trata del respeto a la voluntad de las personas aún en circunstancias de extrema vulnerabilidad, en aras a los principios de igualdad, dignidad y libertad, inherentes a todo ser humano. La trascendencia de las directivas contenidas en un acto de autoprotección es de tal magnitud en la vida del otorgante, que deben gozar de las máximas seguridades. Por ello, todo documento en el cual el sujeto deje plasmada su voluntad en el sentido señalado debe ser fehaciente y estar rodeado de las garantías que aseguren, al momento de ser ejecutado, que expresa su auténtica y bien deliberada voluntad, el pleno discernimiento, la intención y la libertad con fue otorgado. Sin dudas la escritura pública es el instrumento idóneo. Además de sus reconocidas ventajas (autenticidad y matricidad, plena fe de las declaraciones que contiene, fecha cierta, asesoramiento), la escritura pública es el instrumento adecuado para brindarle seguridad a la persona que debe ejecutar las directivas impartidas. Muchas veces la situación requerirá también que el acto de autoprotección sea acompañado con otros instrumentos que lo complementan y fortalecen, como testamentos, contratos de renta vitalicia, poderes de administración, poderes preventivos, fideicomisos, donaciones. Cada escribano debe llevar a cabo una importante

tarea de difusión de esta incumbencia notarial, e informar de su trascendencia y beneficios a sus requirentes. Tienen especial trascendencia las audiencias previas a la instrumentación del acto notarial, quizás más que en cualquier otro. En esas etapas, el profesional fedatario podrá desentrañar e interpretar la autentica voluntad de los interesados y volcarla al protocolo con la mayor precisión posible. Si la situación lo amerita, se podrán realizar consultas interdisciplinarias con otros profesionales (psicólogo, médico de cabecera) o allegados (familiares, amigos), siempre mediando acuerdo previo del interesado. A diferencia de los testamentos, el otorgamiento de estos actos en forma conjunta por varios requirentes no se encuentra prohibido. Todo dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, como por ejemplo en el de los cónyuges que proyectan su futuro con el anhelo de transitarlo juntos, bajo las mismas condiciones y cuidad

- El reconocimiento por testamento de hijos nacidos fuera del matrimonio: esta situación está considerada en el art. 571, inc. c), al contemplar textualmente: "Formas del reconocimiento. La paternidad por reconocimiento del hijo resulta: … c) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental".

- La designación de tutor para hijos menores: situación contemplada en el art. 106 del Cód. Civ. y Com. [110]. Esta

[110] "Art. 106.- Tutor designado por los padres. Cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental puede nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente. Se tienen por no escritas las disposiciones que eximen al tutor de hacer inventario, lo autorizan a recibir los bienes sin cumplir ese

designación de tutor o tutores para los hijos menores de edad se atribuye a cualquiera de los progenitores que no se encuentren privados o suspendidos del ejercicio de la responsabilidad parental, y su designación puede ser realizada por testamento o por escritura pública, y surtirá sus efectos propios con posterioridad al fallecimiento de los progenitores. Tengamos en cuenta que, de morir el primero de ellos, los hijos quedan bajo la responsabilidad parental del sobreviviente, y la designación debe ser aprobada judicialmente.

- La designación de curador para parientes incapaces: situación también contemplada en el nuevo ordenamiento por disposición del art. 139, Cód. Civ. y Com. [111], que regula la designación de curadores, aplicable también a la elección de figura de apoyos.

En la misma línea de pensamiento de la Dra. María Cristina Mourelle de Tamborenea, consideramos que la planificación

requisito, o lo liberan del deber de rendir cuentas. Si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor de sus hijos menores de edad, designación que debe ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente. Si existen disposiciones de ambos progenitores, se aplican unas y otras conjuntamente en cuanto sean compatibles. De no serlo, el juez debe adoptar las que considere fundadamente más convenientes para el tutelado".

[111] "Art. 139.- Personas que pueden ser curadores. La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela. Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente. A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica".

sucesoria, ya sea patrimonial o no patrimonial, es una herramienta para la cual se requiere un minucioso análisis con el planificante, que en algunas ocasiones requerirá de un trabajo interdisciplinario entre abogados, escribanos, psicólogos, contadores y asesores financieros y productores asesores de seguros. Es un desafío para que los operadores del derecho podamos abordar con mayor eficiencia los planteos que nos presenta la nueva sociedad argentina.

Los documentos notariales son herramientas jurídicas idóneas para plasmar la voluntad sobre derechos personalísimos y decisiones autorreferentes sobre el propio cuerpo, sobre el cadáver, consentimientos informados, directivas anticipadas de salud, poderes preventivos, actos de autoprotección y convenios reguladores de derechos extrapatrimoniales. El artículo 561 CCyCN establece una nueva incumbencia notarial: "la protocolización ante escribano público" de los consentimientos médicos previos, informados y libres para la utilización de técnicas de reproducción humana asistida y manifestación de la voluntad procreacional.

2.6. Actividad Notarial

Es importante también destacar, que el notario, como profesional del derecho a cargo de una función pública, en el marco del control de legalidad de la norma que lleva a cabo en el ejercicio de sus funciones y como creador de derecho, deberá verificar a la hora de recibir los requerimientos de las partes, dentro de sus libertades, sea para dar forma a un acto jurídico de disposición de última voluntad (acto unilateral) o

un contrato (acto bilateral:pacto sucesorio), si el encuadre jurídico de acuerdo al caso concreto, son compatibles con los principios del orden público establecido. También deberá proceder de la misma manera en el caso inverso, ya en el plano del derecho internacional privado, cuando redacte un documento (pactos de familia o sucesorios) destinados a circular en otro Estado miembro ya que deberá asegurar la eficacia del mismo.

El notariado cumple un rol fundamental al brindar asesoramiento previo a las personas que se deseen planificar su vida para en el futuro, porque comprende y entiende cabalmente todas las ramas del derecho privado, y porque además obran conforme a la ley; es decir, que en esta etapa de asesoramiento previo e imparcial, recepta la voluntad de las partes y de acuerdo a cada circunstancia le da un encuadre legal justo, determinando de esta manera el equilibro entre la libertad del futuro causante o la autonomía de la voluntad de la partes con el orden publico establecido, asegurando la paz y la armonía entre los miembros de una familia.- También es una función fundamental que lo caracteriza y que lo diferencia de los demás profesionales del derecho es el juicio de capacidad que realiza sobre las partes intervinientes en el acto, y que quedara plasmada en el instrumento público, brindando por medio delmismo la garantía de la seguridad jurídica a lo largo del tiempo.-

La planificación sucesoria previa y estratégica, realizada con la ayuda del notario, ayudaría evitar, en el futuro, que las partes necesiten recurrir al Poder Judicial para tratar de temas

sucesorios o, por lo menos, como hay algo definido y delimitado, la ida al Poder Judicial será más puntual con menos probabilidades de conflictos familiares, lo que le da al trámite seguridad jurídica mediante la función preventiva de conflictos.

La actuación del notariado en el marco de una planificación sucesoria consideramos que es fundamental; por eso es importante resaltar el concepto del Notario y la Función Notarial, ya que de ahí podremos extraer la mayor parte de sus cualidades, y así podemos extraer la definición que la Unión Internacional del Notariado establece: *"El Notario es un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios."..* *"La función notarial es una función pública, por lo que el Notario tiene la autoridad del Estado. Es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado"...."La función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia"..."En cuanto al documento notarial podemos decir que: "pueden tener por objeto la formalización de actos y negocios de todo tipo, son los autorizados por el Notario. Su autenticidad comprende autoría, firmas, fecha y contenido. Son conservados*

por el Notario y clasificados por orden cronológico"....Documentos Notariales: "En la redacción de los documentos notariales, el Notario, que debe actuar en todo momento conforme a la Ley, interpreta la voluntad de las partes y adecua la misma a las exigencias legales, da fe de la identidad y califica la capacidad y legitimación de los otorgantes en relación al acto o negocio jurídico concreto que pretenden realizar. Controla la legalidad y debe asegurarse de que la voluntad de las partes, que se expresa en su presencia, haya sido libremente declarada. Todo ello se entiende con independencia del soporte en el que conste el documento notarial"..."El Notario es el único responsable de la redacción de sus documentos. Es libre de aceptar o rehusar todo proyecto o minuta que le sea presentado o bien de introducir en él, con el acuerdo de las partes, las modificaciones que estime pertinentes"...."Los otorgantes de un documento notarial tiene derecho a obtener copias de su original, que queda en poder del Notario. Las copias auténticas tienen el mismo valor que el original. El Notario podrá también expedir copias a favor de personas que, según su legislación nacional, tengan interés legítimo en conocer el contenido del documento"..."Los documentos notariales gozan de una doble presunción de legalidad y de exactitud de su contenido y no pueden ser contradichos más que por la vía judicial. Están revestidos de fuerza probatoria y ejecutiva"..."La actuación notarial se extiende también a la legitimación de firmas de particulares puestas en documentos privados, así como a la expedición de testimonios de conformidad de las copias con sus originales en toda clase de documentos y a cualquier clase de actividades

previstas por su respectiva legislación nacional"…"Los documentos notariales que respondan a los principios aquí enunciados deberán ser reconocidos en todos los Estados y producir en ellos los mismos efectos probatorios, ejecutivos y constitutivos de derechos y obligaciones que en su país de origen.." (poner cita de la unión)

En este contexto, el notario, considerado como profesional del derecho titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos, luego de un asesoramiento previo dentro del marco del diálogo entre las diferentes ramas del derecho civil, en particular del derecho contractual , derecho sucesorio y de familia, al momento de redactar un documento destinado a planificar en el futuro la situación patrimonial como extrapatrimonial del futuro causante, cumple además, como lo dijimos anteriormente, una función primordial en calificar la capacidad de las partes y da fe de identidad de las mismas.-

CONCLUSION

A lo largo de este trabajo se vio reflejado que el objetivo del legislador ha sido lograr un equilibrio entre las disposiciones legalesy la autonomía de la voluntad del futuro causante, considerada ésta, en un sentido amplio, como la facultad que tienen los particulares de decidir darse y crear sus propias reglas en las relaciones jurídicas. En estos nuevos articulados sobre los cuáles trabajamos, se demostró cómo se receptó el

respeto de la autonomía de la voluntad (como uno de los grandes principios del Código Civil y Comercial unificado) y la posibilidad de su autorregulación, acorde a uno de los principios filosóficos esenciales del orden jurídico argentino.

Podemos decir que el ámbito que cada sistema jurídico reserva a la autodecisión en el nacimiento de ciertos derechos u obligaciones y a la autorregulación de su normativa es la autonomía de la voluntad

Es así que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) plantea una flexibilización del orden público, el que queda demostrado en varias de sus disposiciones, tales como la disminución de los montos de legítima (art. 2445), los límites a la acción de reducción (art. 2459), la mejora a favor del heredero con discapacidad (art. 2448), todo lo cual supone ampliar los márgenes de la autonomía privada, cercenada por la sucesión forzosa, entre otros.

Estas reformas incorporadas surgen a partir de una imperiosa necesidad de adaptar, modificar y flexibilizar ciertos principios y pautas que eran pilares determinantes durante la vigencia del antiguo código, y es este nuevo espíritu el que pretende actuar en concordancia con la evolución, el desarrollo jurídico y social actual

También es importante destacar que las reformas introducidas tanto el derecho de familia, repercuten directamente en el derecho sucesorio, a pesar que éste es considerado como un derecho interdependiente.

El respeto de la autonomía de la voluntad, la igualdad entre cónyuges o convivientes, la contratación y circulación de bienes, la protección de la familia y de la empresa familiar son algunos de los grandes principios del Código Civil y Comercial unificado. Estos deben adecuarse a las necesidades de los miembros de la familia empresaria, alentando el progreso económico con herramientas dinámicas y actualizadas, todo ello en un marco de equidad.

PONENCIA

1- El notario, como profesional del derecho a cargo de una función pública, en el marco de su control de la legalidad que lleva a cabo en el ejercicio de sus funciones y como creador de derecho, deberá verificar a la hora de recibir los requerimientos de las partes, en el ámbito de sus libertades, sea para dar forma a un acto jurídico de disposición de última voluntad (acto unilateral) o un contrato (acto bilateral: pacto sucesorio), si el encuadre jurídico de acuerdo al caso concreto, son compatibles con los principios del orden público establecido. También proponemos que el notario deberá proceder de la misma manera en el caso inverso, ya en el plano del derecho internacional privado, cuando redacte un documento (pactos de familia o sucesorios) destinados a circular en otro Estado miembro ya que deberá asegurar la eficacia del mismo. La práctica notarial debería buscar una vía entre la compatibilidad con el orden público y los pactos sucesorios o de familia.

2- Los aspectos más relevantes de la reforma de nuestro Cogido Civil en materia sucesoria son: 1) el amplio espacio destinado a la autonomía de la voluntad en el nuevo articulado ; 2) el ejercicio de libertad del causante; 3) la solidaridad familiar; 4) la tutela de la familia en sus diferentes formas y 5) la protección a los herederos más débiles e incapaces, entre otras. Estos son algunos de los principios que, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial, cobraron fuerte protagonismo en el ámbito de las transmisiones por causa de muerte. Por consiguiente, aunque la libertad del causante solo puede estar limitada por normas imperativas, el objetivo del legislador ha sido lograr un equilibrio entre las disposiciones legales y la autonomía de la voluntad.

3- La planificación sucesoria se inscribe dentro del marco del diálogo entre las diferentes ramas del derecho civil, en particular el derecho contractual y el derecho sucesorio, sin dejar de lado otras ramas del derecho como puede ser el tributario, etc. La planificación sucesoria, ya sea patrimonial o no patrimonial, es una herramienta para la cual se requiere un minucioso análisis con el planificante, que en algunas ocasiones requerirá de un trabajo interdisciplinario entre abogados, escribanos, psicólogos, contadores y asesores financieros y productores asesores de seguros. Es un desafío para que los operadores del derecho podamos abordar con mayor eficiencia los planteos que nos presenta las nuevas sociedades

4-El respeto de la autonomía de la voluntad, la igualdad entre cónyuges o convivientes, la contratación y circulación de

bienes, la protección de la familia y de la empresa familiar son algunos de los grandes principios del Código Civil y Comercial unificado. Estos deben adecuarse a las necesidades de los miembros de la familia empresaria, alentando el progreso económico con herramientas dinámicas y actualizadas, todo ello en un marco de equidad

5-La plena capacidad civil de la mujer, la igualdad de los cónyuges, la idea de consagrar la libertad contractual entre ellos, la buena fe, el avance de la autonomía de la voluntad, deben ser las pautas rectoras en materia contractual, independientemente del régimen matrimonial por el que hayan optado

6-En cuanto a las uniones convivenciales no existen limitaciones para que los convivientes celebren todo tipo de contrato y acuerden, de común acuerdo, como van a administrar, gestionar y proyectar a futuro no sólo la empresa familiar en sí, sino también los bienes que la componen y los bienes de la familia empresario. Los límites sólo son los generales y algunos específicos derivados del régimen sucesorio

7- Si bien el margen de libertad es mayor en las uniones convivenciales que en el matrimonio, aun en este caso la posibilidad concreta del régimen de separación de bienes brinda muchos elementos en la estructuración de negocios, acuerdos y demás instrumentos.

8- En cuanto a la Planificación Sucesoria no Patrimonial o extra-patrimonial, sugerimos a los demás países que se ajusten

a un amplio reconocimiento a los Derechos Personalísimos consagrados en los Pactos Internacionales. Estos derechos personalísimos han sido regulados en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nacion (Ley 26.994) ;y nos autorizan a planificar con respecto a cómo queremos ser tratados frente a una futura incapacidad en que se vea involucrada nuestra persona y/o nuestra salud, o con relación a personas que tenemos a nuestro cargo, ya sean menores o incapaces.- Sugerimos a los demás países la incorporación de las siguientes herramientas jurídicas en donde el notariado cumple un rol fundamental: Directivas Medicas Anticipadas (Art. 60 CCCN),Exequias u Honras Fúnebres (Art. 61 CCCN), Destino del Propio Cuerpo (Art.56 del CCCN), Derechos de Autoprotección,etc.

9- Sugerimos que el notario realice cuantas audiencias previas sean necesarias a la instrumentación del acto notarial, quizás más que en cualquier otro. En esas etapas, el profesional fedatario deberá desentrañar e interpretar la autentica voluntad de los interesados y la volcara al protocolo con la mayor precisión posible. Si la situación lo amerita, se podrán realizar consultas interdisciplinarias con otros profesionales (psicólogo, médico de cabecera) o allegados (familiares, amigos), siempre mediando acuerdo previo del interesado

10- En este contexto, el notario, considerado como profesional del derecho titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos, luego de un asesoramiento previo dentro del marco del diálogo entre las diferentes ramas del derecho civil, en particular del derecho

contractual , derecho sucesorio y de familia, al momento de redactar un documento destinado a planificar en el futuro la situación patrimonial como extrapatrimonial del futuro causante, cumple, como dijimos anteriormente, una función primordial en calificar la capacidad de las partes y da fe de identidad de las mismas; y además de acuerdo a cada circunstancia le da un encuadre legal justo, determinando de esta manera el equilibro entre la libertad del futuro causante o la autonomía de la voluntad de la partes con el orden publico establecido, asegurando la paz y la armonía entre los miembros de una familia.-

11-Proponemos el respeto y el alcance extraterritorial de aquellos instrumentos otorgados dentro de la órbita de la competencia notarial, cuando en su contenido de la redacción existan clausulas previstas en su derecho privado nacional vigentes,como ser por ejemplo en nuestro país, el respeto a aquellos pactos de mejoras a herederos forzosos; mejoras estrictas al heredero con discapacidad, como así también poder exigir el respeto a aquellas clausulas donde existan directivas medicas anticipadas (Derechos de Autoprotección) vigentes en nuestro país conforme a lo establecido en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994),siendo de vital importancia el asesoramiento previo del notario interviniente.-

Bibliografía

- **CONSTITUCION NACIONAL**
- **CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**. Ley 26.994

- **MOURELLE DE TAMBORENEA**, María Cristina, "Planificación sucesoria patrimonial y no patrimonial: una herramienta a utilizar pensando en la herencia" Publicado en: LA LEY 27/09/2018, 27/09/2018, 1 - LA LEY2018-E, 910 - DFyP 2019 (marzo), 11/03/2019, 81 - RCCyC 2019 (mayo), 15/05/2019, 81, Cita Online: AR/DOC/1597/2018
- **HELÚ**, Nair , "Reformas del derecho sucesorio. Libertad del causante: autonomía de la voluntad. Legítima y testamento", Publicado en: DJ25/05/2016, 1, Cita Online: AR/DOC/157/2016,
- **MOLINA SANDOVAL**, Carlos A., "Programación patrimonial en la empresa familiar", Publicado en: LA LEY 08/09/2015, 08/09/2015, 1 - LA LEY2015-E, 677, Cita Online: AR/DOC/2986/2015
- **MÜLLER**, Enrique Carlos, "EJERCICIO REGULAR Y EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS: ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES O MORAL SOCIAL". Cita: RC D 1109/2012, Tomo: 2007 3 Orden público y buenas costumbres. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Rubinzal- Culzoni
- **WEISS**, Karen Maína, "SEMINARIOS DE TEORIA Y PRÁCTICANOTARIAL" Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Unidad Temática 1, Régimen Patrimonial Matrimonial,
- **GASTALDI,** José María y **GASTALDI**, José Mariano, "Los Contratos en General" en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (Director: Rivera, Julio César), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 582
- **GASTIAZORO**, Fernando A, "Pactos entre convivientes o

cónyuges a efectos de prevenir las consecuencias de la ruptura en el desarrollo de la empresa familiar", Publicado en: DFyP 2018 (noviembre), 09/11/2018, 51 - RCCyC 2019 (mayo), 15/05/2019, 16, Cita Online: AR/DOC/1851/2018

- **PONSSA DE MIGUENS**, Nina Inés G. J., Acerca del orden público, en J. A. 1964-I-87
- **MEDINA**, Graciela, "Empresa familiar", 13/09/2010, LA LEY 2010-E, 920.
- **REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA INTEGRACIÓN.**Número 2 - Julio 2015 Fecha: 21-07-2015 Cita: IJ-LXXX-719 "Las sucesiones notariales extranjeras y su reconocimiento en el derecho internacional privado argentino".
- **EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.** Por Marcelo Iñiguez.
- http://lema.rae.es/

NOELIA ROSALBA LAMAS GARCIA, Notaria pública Titular de Registro – Abogada - Mediadora - Especialista en Planificación Estratégica Nacional por el Instituto de Altos Estudios Estratégicos- Especialista en Didáctica Universitaria

VERONICA ARMINDA CÉSPEDES DARMANY, Notaria pública Titular de Registro- Abogada- Mediadora - Especialista en Derecho Notarial por la Universidad de Salamanca-Docente

VERONICA ISABEL DURÉ FERNANDEZ- NOELIA ROSALBA LAMAS GARCIA- celular:595 981 998024 - Colegio de Escribanos del Paraguay - Información Académica: Notaria pública Titular de Registro- Abogada- Mediadora- Especialista en Planificación Estratégica Nacional por el Instituto de Altos Estudios Estratégicos- Especialista en Didáctica Universitaria

VERONICA ARMINDA CÉSPEDES DARMANY- email: celular: 595 981 408480 - Colegio de Escribanos del Paraguay - Información Académica: Notaria pública Titular de Registro- Abogada- Mediadora- Especialista en Derecho Notarial por la Universidad de Salamanca-Docente Universitaria

VERONICA ISABEL DURÉ FERNANDEZ- email - celular: 595 986 480047- Colegio de Escribanos del Paraguay - Información Académica: Notaria pública Titular de Registro- Especialista en Didáctica Universitaria- Auxiliar de Cátedra en la Universidad Nacional de Asunción.

PLANIFICACION SUCESORIA EN PARAGUAY. BREVE ANÁLISIS.

I. PRESENTACIÓN:

Mediante este trabajo las autoras buscamos investigar alternativas para planificar la sucesión de una persona, desde la óptica y el marco de la legislación paraguaya, dando cumplimiento a nuestra obligación de asesoramiento, en calidad de notarias.

En primer término nos abocaremos al estudio del proceso sucesorio en nuestro país para posteriormente estudiar la problemática que presenta.

Profundizaremos sobre la estipulación a favor de terceros, haciendo hincapié a las figuras jurídicas complementarias a la sucesión como ser: El contrato de seguro de Vida, El Contrato de Fideicomiso, La Donación, ya sea con cargo o con reserva de usufructo vitalicio; sociedades patrimoniales familiares y fondos mutuos-

En cada una de ellas ahondaremos sobre sus generalidades, la legislación paraguaya, el derecho comparado y por último, nuestros comentarios.

Las autoras

II. PLANIFICACION SUCESORIA EN PARAGUAY. BREVE ANÁLISIS. –

1) PROCESO SUCESORIO EN EL PARAGUAY

En nuestro país, Paraguay, la sucesión se debe realizar por la vía judicial. No está regulada la sucesión en sede notarial, amén de que lo ideal es que los notarios podamos realizarla en nuestras oficinas con las ventajas que ello traería para nuestra sociedad.

Seguiremos trabajando para que esas atribuciones lleguen a ser realidad en nuestro país. Mientras tanto, nos abocaremos a mencionar que la planificación de la sucesión se presenta como una alternativa, que en nuestra función de asesores, nos obliga a considerar la planificación de la sucesión mediante otras figuras jurídicas que están reguladas en nuestro ordenamiento jurídico a saber: la estipulación a favor de terceros, la donación, el usufructo y las sociedades mercantiles.

Mediante esta investigación, buscamos descubrir nuevas realidades teóricas y prácticas aplicables a las diferentes situaciones que se presentan en el quehacer cotidiano del notario y lograr, mediante nuestro asesoramiento, la continuidad del patrimonio del causante con las mínimas erogaciones posibles en la máxima eficacia en el tiempo.

2) PROBLEMÁTICA DEL PROCESO SUCESORIO EN EL PARAGUAY

El proceso sucesorio se encuentra regulado en el Código Civil Paraguayo Ley N° 1.183/1985, Libro V y el Código Procesal Civil Ley N° 1.337/1988.

Una vez acaecida la muerte del causante se trasmiten la propiedad de los bienes y derechos que se constituyen en lo que llamamos herencia, a quienes deben recibirla (herederos). Desde el fallecimiento del causante los herederos le suceden en sus derechos efectivos y eventuales.

Abierto el proceso sucesorio debe notificarse por cedula u oficio a los herederos denunciados y publicarse en edicto por diez días dando intervención al Ministerio Fiscal y Pupilar si correspondiese, en consecuencia, será dictada la declaratoria de herederos. Podrá nombrarse un administrador que deberá rendir cuenta de sus funciones. El Juez debe ordenar el inventario y avalúo de bienes del causante comisionando al Secretario del Juzgado o concurrir personalmente si lo considera pertinente. En cuanto a los bienes mencionados se encuentran en estado de indivisión hasta que se verifique la partición. Mientras los bienes permanezcan indivisos la administración corresponderá en común a todos los coherederos.

Si todos los herederos fueren capaces y estuvieren de acuerdo pueden suscribir un convenio de partición ante Notario Público y presentarlo al Juez para su homologación. En los casos previstos por la Ley la partición será judicial bajo pena de nulidad.

La partición de los bienes que son registrables debe ser inscriptos ante la Dirección General de los Registros Públicos y ello confiere a cada heredero el dominio exclusivo de los bienes comprendidos en su hijuela.

Este trámite conlleva el pago de Tasas Judiciales y además cada certificado de adjudicación debe inscribirse en el Registros Publico correspondiente. Ante lo expuesto puede verse el trámite es engorroso, extenso y bastante oneroso, y exige necesariamente la intervención de un profesional abogado incluso en los casos no controvertidos.

3) **FIGURAS JURÍDICAS COMPLEMENTARIAS EN UNA PLANIFICACIÓN SUCESORIA**

En el marco de la planificación de la sucesión dentro de nuestro ordenamiento jurídico encontramos otras figuras que pueden ser aplicadas para este objeto:

ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

1. Generalidades

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos casos especiales de contratos a favor de terceros: a) la donación con cargo a favor de personas distintas al donante, es decir cuando el beneficiario del cargo es un tercero, b) el seguro de vida cuando el beneficiario no es el que contrata el seguro sino un tercero, c) el contrato de transporte de cosas a favor de un tercero, d) el contrato de depósito, especialmente bancario, en interés de un tercero que haya dado su adhesión, e) la

transferencia de fondos de comercio, cuando se estipulan beneficios a favor del personal, etc.

La estipulación a favor de terceros es un contrato mediante el cual el deudor denominado promitente se compromete frente a otra persona denominada estipulante, a ejecutar una prestación en beneficio de un tercero.

Es la única excepción a la regla de que el cumplimiento de los efectos del contrato deba ser entre partes pues en este caso, el que estipula está dando un mandato al prometiente para que lo ejecute en favor de un tercero o beneficiario, ajeno, que no forma parte inicial del trato. Esta excepción ésta estipulada en la Ley

2. Legislación Paraguaya

Cuando se estudian los efectos del contrato vemos que éstos se producen entre partes y no alcanzan por lo general a los terceros, sin embargo, en el artículo 717 de nuestro ordenamiento, dice: "...los contratos no pueden oponerse a terceros ni ser invocados ellos salvo los casos previstos en la ley", de lo cual se infiere que la regla general es que un contrato no genera derechos y obligaciones a un tercero pero la excepción a esta regla la encontramos en la expresión "salvo los casos previstos en la ley" donde se encuadra las estipulaciones a favor de terceros.

Conforme al artículo 732 del Código Civil Paraguayo que reza: "El que obrando en su propio nombre estipule una obligación en favor de un tercero, tiene el derecho de exigir su ejecución en provecho de ese tercero".

Continúa diciendo el Art. 733.- "El tercero o sus derechohabientes pueden también reclamar directamente del deudor salvo convención en contrario, la ejecución de la prestación El deudor puede oponer al tercero las excepciones resultantes del contrato. En caso de revocación de la estipulación, o de negativa del tercero a aprovecharse de ella, la prestación quedará a beneficio del estipulante, salvo que otra cosa resultare de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato".

El estipulante puede reservarse el derecho de subsistir al tercero designado en el contrato, independientemente de la anuencia del otro contratante. Tal sustitución puede hacerse por actos entre vivos o por disposición de última voluntad (art. 734 del Código Civil).

Si la prestación debiere ser efectuada[112] al tercero después de la muerte del estipulante, podrá éste revocar el beneficio, aun mediante disposición testamentaria y aunque el tercero hubiere declarado que quiere aprovecharlo, salvo que en este último caso el estipulante hubiere renunciado por escrito a su poder de revocación.

La prestación deberá ser efectuada a favor de los herederos del tercero si éste muriese antes que el estipulante, con tal que el beneficio no hubiere sido revocado, o que el estipulante no hubiere dispuesto de otro modo.

[112]Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV, Editorial La Ley, Buenos Aires, pág. 380.

El tercero que no haya aceptado el beneficio estipulado a su favor puede repudiarlo.

La renuncia será irrevocable y extinguirá su derecho como si nunca hubiere existido.

La estipulación a favor de tercero es un procedimiento técnico que permite a dos personas que celebran un contrato entre ellas hacer nacer un derecho en beneficio de un tercero. Los dos contratantes desempeñan respectivamente el papel de estipulante y de promitente. El estipulante toma la iniciativa de la creación del derecho a favor del tercero; el promitente acepta obligarse a favor de ese tercero. La persona que resulta acreedora a consecuencia del contrato se denomina tercero beneficiario.

EL CONTRATO DE SEGURO DE VIDA

1. Generalidades

El seguro es un medio para la cobertura de los riesgos al transferirlos a una aseguradora que se va a encargar de garantizar o indemnizar todo o parte del perjuicio producido por la aparición de determinadas situaciones accidentales.

Entre los tipos de seguros encontramos los seguros personales, los seguros de daños y los seguros de prestación de servicios; dentro de los seguros personales el objeto asegurado es la persona, es decir, se protege al individuo ante la ocurrencia de un evento que le afecte directamente como puede ser el fallecimiento.

El seguro de vida, su característica fundamental es que el pago de la cantidad pactada en el contrato depende del fallecimiento o supervivencia del asegurado. En este tipo de seguro se debe delimitar el concepto de: asegurado, de cuya vida depende el pago del capital; el tomador que es quien contrata el seguro y paga la prima y el beneficiario, que es la persona que percibirá el capital pagado por el asegurador.

2. Legislación Paraguaya

Es toda transacción comercial basada en convenio o contrato en el cual una parte denominada aseguradora o fiador se obliga a indemnizar a otra parte tomador o asegurado a una tercera persona denominada beneficiario por daño, perjuicio o pérdida causada por algún azar, accidente o peligro especificado o indicado a la persona, intereses o bienes de la segunda parte contratante, su beneficiario, su cesionario, su causahabiente o similar a cambio del pago de una suma estipulada.[113]

Conforme al artículo 16 del citado cuerpo legal el capital de las empresas de seguro se establecerá conforme al tipo de operaciones que realice dividiéndose en dos grupos: a) empresas que aseguren riesgos de pérdida o deterioro de las cosas y b) riesgo de las personas garantizando a estas dentro del término de un plazo un capital, una póliza saldada o una renta para el asegurado o sus beneficiarios. El artículo 17 establece que el capital mínimo por cada grupo.

[113] Definiciones de la Ley Nro. 827/1996.

3. Legislación Comparada

En URUGUAY según lo regula la Ley N° 19.678 del año 2.018 que sustituye la Ley N° 16.426 del 13 de octubre de 1.993, desde el artículo 94 al 98, el seguro de vida comprende todos los riesgos que pueden afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado, el beneficiario podrá ser un tercero determinado o determinable al momento del siniestro y este adquiere un derecho propio al tiempo de producirse el siniestro no pudiendo ceder sus derechos a la indemnización durante la vida del tomador o asegurado. En caso de que aquél que abona la prima por tal seguro no designa de forma expresa sus beneficiarios o resultando ineficaz o sin efecto tal designación, se tendrá por tales a los herederos del asegurado. Cuando se designen o resulten designados los herederos, se entiende a los que por ley suceden al asegurado si no hubiese otorgado testamento; si lo hubiere otorgado, se tendrá por designados a los herederos legales y a los testamentarios en los porcentajes en que hereden. El asegurador podrá solicitar todos los recaudos necesarios a efectos de corroborar la condición de heredero legal o instituido. Designados varios beneficiarios sin indicación de cuota parte se beneficiarán por partes iguales y existiendo varios herederos con derecho al beneficio, el beneficio se distribuirá en los porcentajes en que hereden. Cuando se designen a los hijos se entiende a los concebidos y los sobrevivientes al tiempo de ocurrido el siniestro previsto.

En el REINIO DE ESPAÑA según por Ley N° 50/1980, el seguro sobre la vida puede estipularse sobre la vida propia o la de un tercero, tanto para caso de muerte como para caso de

supervivencia o ambos conjuntamente, así como sobre una o varias cabezas. En los seguros para caso de muerte, si son distintas las personas del tomador del seguro y del asegurado, será preciso el consentimiento de éste, dado por escrito, salvo que pueda presumirse de otra forma su interés por la existencia del seguro. En el artículo 84 menciona que la designación del beneficiario podrá hacerse en la póliza, en una posterior declaración escrita comunicada al asegurador o en testamento. Si en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiere beneficiario concretamente designado, ni reglas para su determinación, el capital formará parte del patrimonio del tomador. Específicamente en el artículo 85, refiere que en caso de designación genérica de los hijos de una persona como beneficiarios, se entenderán como hijos todos sus descendientes con derecho a herencia. Si la designación se hace en favor de los herederos del tomador, del asegurado o de otra persona, se considerarán como tales los que tengan dicha condición en el momento del fallecimiento del asegurado.

4. Comentarios

Conforme a nuestra investigación, la creación de empresas que se dediquen al seguro de vida es excesivamente onerosa por consiguiente actualmente solo existen dos con capital paraguayo (Seguridad Sociedad Anónima y La Paraguaya Sociedad Anónima de Seguros).

En nuestro país el seguro de vida, tal vez, no es utilizado por la falta de promoción, a más de una cuestión cultural de falta de planificación o miedo a la muerte.-

Las cooperativas ofrecen el pago de seguro de vida, designando a un beneficiario, pero el monto de la indemnización es ínfimo. La indemnización se abona a la persona designada por el socio en el formulario de solicitud de ingreso al momento de asociarse, siendo el importe a entregar la suma resultante del cálculo basado en los saldos de los depósitos de acuerdo a la edad del socio fallecido, sin más trámites que la presentación del documento de identidad del beneficiario designado.

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

1. Generalidades

El término alude a un contrato mediante el cual un individuo (el fiduciante o fideicomitente) encomienda dinero o bienes de su propiedad a otra persona jurídica o física (el fiduciario) para que los administre en beneficio de un tercero (el beneficiario) y, luego del cumplimiento de una condición o de un plazo, los transmita nuevamente al fiduciante, al beneficiario o a otro sujeto.

Puede decirse que el fideicomiso se inicia cuando el fiduciante (quien decide la concreción del contrato) designa a un fiduciario, transfiriéndole la administración de los bienes de los cuales se desprende. En el fideicomiso se especifican los fines de la operación y se nombra al beneficiario de la acción del fiduciario. Cabe destacar que el destinatario final de los bienes puestos en fideicomiso recibe el nombre de fideicomisario que, si bien suele ser el mismo beneficiario, también puede tratarse del propio fiduciante o de un tercero.

El fideicomiso finaliza cuando se cumple una condición estipulada en el contrato o cuando vence el plazo definido. También puede terminar anticipadamente por alguna circunstancia. A modo de cierre, se liquida el fideicomiso y se entregan los bienes a quien corresponda

2. Legislación Paraguaya

La figura del fideicomiso se encuentra regulada en nuestra legislación por Ley 921/1996 de Negocios Fiduciarios, en ese marco pueden ser objeto del negocio fiduciario toda clase de bienes o derechos cuya entrega no está prohibida por la Ley.

El negocio fiduciario podrá constituirse o celebrarse por acto entre vivos con sujeción a las reglas señaladas en el artículo siguiente, o por acto testamentario con sujeción a las reglas del derecho sucesorio consagradas en el Código Civil.

Los bienes fideicomitidos y los que los sustituyan no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario ni a la masa de bienes de su liquidación. Dichos bienes únicamente garantizan las obligaciones contraídas por el fiduciario para el cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo; por consiguiente, en desarrollo de su actividad de gestión, el fiduciario deberá expresar siempre la calidad en la cual actúa.

Para todos los efectos legales, en el fideicomiso la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos da lugar a la formación de un patrimonio autónomo o especial, el cual queda afectado al cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo.

3. Legislación Comparada

En Argentina según Ley Nro. 24.441 del año 1.994, habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario. El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura.

Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual; también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte. Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante. El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante. El fideicomiso también podrá constituirse por testamento.

En Estado Unidos la figura del fideicomiso es conocida con el nombre de trust, se podría definir como "la relación fiduciaria con relación a una propiedad, que sujeta a la persona que tiene el título de la propiedad a los deberes de equidad de utilizar

la propiedad para el beneficio de otra persona, y que emerge como un resultado de la manifestación de la intención de crearlo". Es imprescindible que este la propiedad fiduciaria, ya que, de no existir, no se estaría dentro de la figura de Trust. Para crear esta figura los métodos son, entre otros: una declaración del propietario de un bien de que él lo tiene en propiedad fiduciaria a favor de un tercero. La promesa de una persona a otra persona de que sus derechos serán tenidos en propiedad fiduciaria por una tercera persona. Una transferencia por testamento. Una transferencia inter vivos por el propietario de un bien a otra persona como fiduciario en beneficio del fiduciante o de una tercera persona. La designación por una persona que tiene derecho a determinar quién será el propietario de ciertos bienes de un tercero, en beneficio de ese tercero o de otro. Para esto existen ciertas limitaciones: Uno de varios fiduciarios puede ser uno de varios beneficiarios. Uno de varios fiduciarios puede ser el único beneficiario. El único fiduciario, puede ser uno de varios beneficiarios. Si hay varios fiduciarios, pueden ser beneficiarios. El único fiduciario, no puede ser el único beneficiario. Los ingresos acumulados en fideicomiso para el beneficio de las personas no determinadas, no nacidos o personas con intereses contingentes, y los ingresos acumulados o lugar para su futura distribución en los términos del testamento o fideicomiso. Los ingresos recibidos por los bienes de personas fallecidas durante el período de administración o liquidación de los bienes.

4. Comentarios

Si en la Escritura constitutiva o mediante una modificación se pactase que el bien fuese restituido a un tercero, ya sea beneficiario o no; no se aplicarían las reglas de la sucesión debido a que el banco fiduciario reintegraría el objeto en cumplimiento de un mandato.

Sin embargo, este procedimiento no parece el idóneo en todos los casos, ante la inexistencia de estipulación contractual, deberán aplicarse las reglas de la sucesión

En la práctica, este procedimiento es excesivamente oneroso, ya que en Paraguay el fiduciario solo puede ser un banco o una sociedad anónima autorizada por el Banco Central del Paraguay, mediante la Superintendencia de Bancos.

El costo usual del contrato constitutivo ronda a los 10.000 usd a más de la suma estimativa del 2 por ciento del capital. En el eventual caso que se requiera un especialista los costos serían aún más elevados.-

LA DONACIÓN

1. Generalidades

Negocio jurídico en virtud del cual una persona (donante) dispone de una cosa de su patrimonio a favor de otra (donatario) a título gratuito. Se requiere para su perfección no sólo el animus donandi en el donante, es decir, la liberalidad, sino también la aceptación del donatario.

Para que la donación tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario expresa o tácitamente.

Guillermo Borda afirma[114]: "En su esencia, la donación es un acto unilateral de disposición gratuita de bienes, más próximo a la disposición testamentaria que al contrato". Actualmente predomina la doctrina contractualista. A ella se ha adherido no solo nuestro Código, sino también los de Alemania, Suiza e Italia.

Los elementos distintos que caracterizan a la donación son: a) que es un contrato consensual, b) es un contrato unilateral, c) gratuito, d) es un contrato formal y e) en los casos importantes solemnes. Es un contrato irrevocable una vez perfeccionado con la aceptación y es un contrato personalísimo.

Importará aceptación el recibo de lo donado y en general el aprovechamiento del beneficio que el contrato represente.

Podemos encontrar donaciones inoficiosas en puridad no nos referimos a una categoría autónoma de donaciones, sino que nos referimos a una necesaria conexión de este contrato con el derecho sucesorio.

Una donación se considera inoficiosa cuando el donante- teniendo herederos forzosos- hace una donación que excede la porción disponible. En esos casos, como los herederos ven afectada su porción legítima, pueden demandar la reducción de la donación hasta quedar cubiertas sus legítimas, esto conforme al artículo 1226 y 1227 del Código Civil Paraguayo.

[114] Borda. Guillermo A, "Tratado de Derecho Civil – Contratos" Editorial Perrot. Buenos Aires 1979

DONACIÓN CON CARGO

1. Legislación Paraguaya

   Está regulada en los artículos 1224 y 1225 del Código Civil Paraguayo, la donación podrá imponer cargos a favor del donante o de un tercero sean relativos al empleo o al destino de lo donado, o consistente en una prestación. Ejemplos: Dono mi auto a Juan con el cargo de que lleve a mi hijo al Chaco una vez al año.

2. Legislación Comparada

   EN ARGENTINA según Ley 26.994, habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa. Si alguno prometiese bienes gratuitamente, con la condición de no producir efecto la promesa sino después de su fallecimiento, tal declaración de voluntad será nula como contrato, y valdrá sólo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos. Antes que la donación sea aceptada, el donante puede revocarla expresa o tácitamente, vendiendo, hipotecando, o dando a otros las cosas comprendidas en la donación. Si la donación se hace a varias personas separadamente, es necesario que sea aceptada por cada uno de los donatarios, y ella sólo tendrá efecto respecto a las partes que la hubiesen aceptado. Si es hecha a varias personas solidariamente, la aceptación de uno o alguno de los donatarios se aplica a la donación entera. Pero si la aceptación de los unos se hiciera imposible, o por su muerte o por revocación del donante respecto de ellos, la donación entera

se aplicará a los que la hubiesen aceptado. Si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donación, puede éste, sin embargo, aceptarla, y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa dada. Si muere el donatario antes de aceptar la donación, queda ésta sin efecto, y sus herederos nada podrán pedir al donante. Nadie puede aceptar donaciones, sino por sí mismo o por medio del que tenga poder especial suyo al intento, o poder general para la administración de sus bienes, o por medio de su representante legítimo. Cuando la donación se haga a dos o más beneficiados conjuntamente, ninguno de ellos tendrá derecho de acrecer, a menos que el donante lo hubiese conferido expresamente.

EN MEXICO según el Código Civil Federal, la donación es pura es la donación que se otorga en términos absolutos, y condicional la que depende de algún acontecimiento incierto. La donación puede hacerse verbalmente o por escrito. No puede hacerse la donación verbal más que de bienes muebles. Si el valor de los muebles excede de doscientos pesos, pero no de cinco mil, la donación debe hacerse por escrito. Si excede de cinco mil pesos, la donación se reducirá a escritura pública. Es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante, si éste no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias. Las donaciones legalmente hechas por una persona que al tiempo de otorgarlas no tenía hijos, pueden ser revocadas por el donante cuando le hayan sobrevenido hijos que han nacido con todas las condiciones que sobre viabilidad exige el artículo 337.

Si transcurren cinco años desde que se hizo la donación y el donante no ha tenido hijos o habiéndolos tenido no ha revocado la donación, ésta se volverá irrevocable. Lo mismo sucede si el donante muere dentro de ese plazo de cinco años sin haber revocado la donación.

Si dentro del mencionado plazo naciere un hijo póstumo del donante, la donación se tendrá por revocada en su totalidad.

DONACIÓN CON RESERVA DE USUFRUCTO

1. Legislación paraguaya

El usufructo es un derecho real en virtud del cual el propietario de una cosa transfiere a otro el derecho de usar y gozar, pero reservándose la propiedad desnuda (Artículo 2230 del Código Civil y siguientes).

Puede establecerse con carácter gratuito u oneroso por lo general es a título gratuito, este contrato puede ser vitalicio (se extingue con la muerte del usufructuario). El usufructo sobre inmuebles siempre se constituye por escritura pública.

2. Comentarios

En vida, el titular de un bien puede planificar la distribución de su patrimonio sin que sus futuros causahabientes deban recurrir a la vía judicial, evitando el engorroso proceso sucesorio y manteniendo la armonía familiar.

Sin embargo, esta figura jurídica ofrece ciertas limitaciones, pues en el caso de que exceda la porción disponible, los herederos forzosos podrían, si amerita el caso, reclamar una reducción o una colación de bienes quedando supeditada esta

situación al acervo hereditario al momento de la muerte del causante.

Así mismo, las Entidades Bancarias, en la práctica, no aceptan un bien donado como garantía suficiente a un Mutuo, en vista al problema antes mencionado de la eventual colación de los bienes o a la aparición de un heredero forzoso o la revocación de la donación.

Por todo lo dicho no ofrece seguridad jurídica como una alternativa válida a suplir una sucesión.

SOCIEDADES PATRIMONIALES FAMILIARES

1. Generalidades

Se trata de una sociedad de capital de características especiales que permiten que ésta tribute de forma diferenciada y, en ocasiones, más ventajosa.

Existe mucha confusión sobre las sociedades patrimoniales. Sobre todo porque se las conoce con varios términos: entidades patrimoniales, sociedades patrimoniales, sociedad de tenencia de valores e incluso sociedades sin actividad económica. Pero también porque no se trata de un concepto mercantil. Es decir, no podemos inscribir una empresa como sociedad patrimonial en ningún registro para que así lo sea. En definitiva, estas sociedades no se constituyen para realizar actividades empresariales sino para la posesión de bienes o cartera.

El patrimonio para ser considerado como tal, debe poseer los siguientes elementos:

- Estar compuesto por un conjunto unitario de derechos y obligaciones,
- Tener significado económico y pecuniario y, ser atribuido a un titular como centro de sus relaciones jurídicas. Además, el patrimonio no desaparece con la persona tras su fallecimiento, este posee la característica de ser transmisible y por tanto se hereda a otra persona o grupos de personas.

2. Legislación Paraguaya

   En nuestro país, no existe regulación respecto a este tema.

3. Legislación Comparada

   La regulación la encontramos en el artículo 5.2 de la Ley: "A los efectos de lo previsto en esta Ley, se entenderá por entidad patrimonial y que, por tanto, no realiza una actividad económica, aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto (...) a una actividad económica". En general, nos encontramos con dos grandes grupos de sociedades:

   Aquellas cuya actividad principal consiste en la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. A estos efectos, es importante que la Ley entiende que no constituye actividad económica el arrendamiento de inmuebles, cuando no exista ninguna persona empleada con contrato laboral y jornada completa dedicada a esta gestión. Sí existirá actividad económica, por tanto, cuando exista al menos una persona empleada con estas características.

También se considerarán sociedades patrimoniales aquellas en las que más de la mitad de su activo esté formado por valores. Como se puede ver, la condición más importante es la no realización de una actividad económica, aspecto que el legislador considera válido cuando al menos el 50% del activo no esté afecto a una actividad económica. Lo cual puede llegar a resultar una paradoja, ya que podría darse el caso de una empresa que sí desarrolla una actividad empresarial pero que debido a las peculiaridades de su activo sea considerada sociedad patrimonial.

Por lo tanto, nos encontramos ante sociedades de mera tenencia de bienes, o de cartera, que no realizan ninguna actividad empresarial. Hay dos figuras impositivas que conviene analizar y no perder de vista, cuando nos planteamos esta disyuntiva:

La tributación por el patrimonio que se posee: Impuesto sobre el Patrimonio.

La tributación por las rentas que genera dicho patrimonio: Impuesto sobre la renta de las personas físicas e Impuesto sobre sociedades (para personas jurídicas). En el primer escenario impositivo, es muy habitual que los contribuyentes opten por la figura de la sociedad patrimonial familiar o entidad patrimonial a la hora de pagar sus impuestos, especialmente cuando su patrimonio tiene un valor elevado. La sociedad patrimonial tributa por el Impuesto sobre Sociedades, en lugar de hacerlo por el Impuesto sobre el Patrimonio. Y hay

que tener en cuenta que este último es un impuesto que varía en función del importe declarado y de la comunidad autónoma en la que nos encontremos, por lo que no es fácil saber qué fórmula es fiscalmente más ventajosa sin analizar cada caso concreto.

En el caso de la tributación por las rentas generadas por el patrimonio, es importante resaltar que la sociedad patrimonial no existe de forma diferenciada en la legislación mercantil: se trata de una sociedad de capital de características especiales que permiten que ésta tribute de forma diferenciada y, en ocasiones, más ventajosa. Es decir, el concepto de sociedad patrimonial tan sólo tiene relevancia a efectos fiscales, pero no mercantiles. Esto quiere decir, a efectos prácticos, que no se puede constituir una sociedad patrimonial, sino que, una vez constituida la sociedad, si cumple unos requisitos se considerará patrimonial a efectos fiscales. Sobre todo, es importante no perder de vista que el juego de exenciones y demás ventajas que recoge la Ley del Impuesto sobre Sociedades no siempre se aplica a las sociedades patrimoniales, por lo que habrá que estudiar cada caso concreto para analizar qué opción fiscal es más ventajosa. En general tienen que tributar en este impuesto por el 20% de sus beneficios. La reforma fiscal de 2015 supuso crear un nuevo régimen para las antiguas sociedades patrimoniales, eliminando algunos incentivos

4. Comentarios

Lo que en la cotidianeidad se realiza es la constitución de sociedades comerciales, que en la práctica no cometen actividades económicas y su capital se constituye solamente con los bienes de la persona cuya sucesión se pretende evitar.

Al momento del fallecimiento del causante, la sociedad continuará operando, por tanto los bienes seguirán generando utilidades, mientras se tramita el proceso sucesorio pues la sociedad seguirá siendo administrada por otros directores. Las acciones o las cuotas sociales deben ser adjudicadas por el juez de la sucesión a los declarados herederos.

A nuestra consideración, es un despropósito y desnaturaliza la función de la sociedad comercial.

FONDOS MUTUOS

1. Generalidades

Es una herramienta de inversión colectiva que permite invertir los aportes de personas físicas o jurídicas en instrumentos de oferta pública de manera diversificada. Cada fondo está diseñado con determinadas políticas de inversión. Inciden en la clase, características, la diversificación y los mercados en los que invierte.

Reúnen recursos de inversores físicos y jurídicos, los cuales se invierten en determinados activos por cuenta y riesgo del inversionista.

El objetivo es brindar la rentabilidad máxima a sus participantes, minimizando riesgos a través de la diversificación.

Diversificación: La cartera de inversiones está distribuida en varios instrumentos financieros y emisores que disminuyen el riesgo total de la cartera.

Liquidez: El dinero puede ser rescatado de manera parcial o total las veces que desee, de manera fácil y rápida.

Rentabilidad: Busca brindar una rentabilidad superior de acuerdo a los niveles de riesgo determinado por la política de inversión.

Administración Profesional: Los recursos invertidos son administrados por personas con alto nivel de conocimiento en el mercado financiero.

Economías de escala: los altos montos de dinero en el fondo, permite a la administradora tener menores costos relativos al monitorear las buenas oportunidades de inversión.

Inversión pequeña que actúa como grande: Con poco dinero se obtiene una inversión diversificada, similares a personas de grandes recursos.

Apertura a mercados o activos de difícil acceso: las relaciones del administrador y el tamaño de los recursos del fondo permiten tener acceso a mercados y activos más restringidos a inversionistas.

2. Legislación Paraguaya

En nuestro país inicialmente fue regulada por la Ley 811/96 derogada por la ley 1334/98 y modificada por la Ley N° 5452/15 de Administración de Fondos Patrimoniales de Inversión. Los mismos son controlados y autorizados por la Comisión Nacional de Valores, dependiente del Ministerio de Industria y Comercio.

En Paraguay los fondos invierten en instrumentos de deuda, los que pueden ser clasificados por el plazo de los mismos: corto, mediano y largo plazo.

3. Legislación Comparada

En CHILE, según Ley N° 1.328, del año 1976 sobre administración de fondos mutuos, manifiesta que consiste en el patrimonio integrado por aportes de personas naturales y jurídicas para su inversión en valores de oferta pública y bienes que la ley permita, que administra una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los partícipes o aportantes, llamada la administradora. Deberá efectuarse en todo tipo de instrumentos o bienes o certificados representativos de éstos, que cumplan con alguno de los requisitos, sin perjuicio de las cantidades que mantengan en dinero efectivo o moneda extranjera: a) Que sean transados en una bolsa de valores, nacional o extranjera, b) Que el emisor se encuentre sometido a la fiscalización de la Superintendencia o de alguna institución u organismo público, nacional o extranjero, de similar competencia, c) Que sean emitidos por organismos internacionales, d) Que sean emitidos o garantizados por el

Estado o Banco Central de Chile, o por el Estado o el Banco Central u organismo público de similar competencia de un país extranjero.

En PERU, los fondos mutuos son definidos como instrumentos de inversión que permiten ir generando ganancias a partir de la apreciación de capital. Se puede invertir en fondos mutuos de renta fija o otro tipo de fondos. Los inversionistas aportan el dinero -aportes- en las empresas administradoras de fondos mutuos que luego lo invertirán en diferentes instrumentos financieros en: acciones, bonos así como en mercados financieros internacionales. Existen diferentes tipos de fondos mutuos dependiendo de los instrumentos financieros utilizados en la inversión, además dichos fondos mutuos están creados para diferentes perfiles de inversionistas.

4. Comentarios

Si bien podemos decir que son eficientes a la hora de las inversiones, también es cierto que, al momento de considerarlo para una planificación sucesoria, presenta inconvenientes pues se debe aplicar igualmente las reglas de la sucesión.

III. CONCLUSIONES:

En la legislación paraguaya existen diversas figuras que podrían aplicarse para la planificación familiar, de manera a ahorrar, acortar o bien obviar el proceso sucesorio a más de hacerlo económico. -

Sin embargo, como hemos evaluado mediante la elaboración de este trabajo, la aplicación real es onerosa en exceso, por consiguiente, hasta tanto no se modifiquen o creen nuevas leyes, se seguirán abriendo sucesiones, independiente de su costo (porque sigue siendo menor) y del tiempo que conllevan, impidiendo la deseada descongestión judicial. -

IV. PONENCIA:

En virtud a lo plasmado en nuestra investigación consensuamos en que, es necesaria la implementación de la sucesión en sede notarial, pues, en la mayoría de las situaciones planteadas, se debe tramitar por la vía judicial, pudiendo desde nuestra función colaborar en la celeridad de estos trámites.

V. BIBLIOGRAFÍA:

- https://segurosypensionesparatodos.fundacionmapfre.org/syp/es/seguros/definicion-seguro-asegurar/
- https://segurosypensionesparatodos.fundacionmapfre.org/syp/es/pensiones/
- http://www.cu.coop.py/index.php/servicios-cooperativos/seguro-de-vida-ahorros-aportes-y-cancelacion-de-deudas
- Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV, Editorial La Ley, Buenos Aires, pág. 380.
- http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/donaci%C3%B3n/donaci%C3%B3n.htm
- Martyniuk Barán, Sergio. Año 2.010. Lecciones de Contratos Derecho Civil. Asunción- Paraguay. Editora Intercontinental.
- Borda. Guillermo A, "Tratado de Derecho Civil – Contratos" Editorial Perrot. Buenos Aires 1979
- Código Civil Paraguayo Ley 1183/85
- Frank J. Fabozzi, Franco Modigliani; Mercados e Instituciones Financieras, Editorial Pearson Education. Mexico
- Horacio Antonio Pettit, Nuevos OCntratos Comerciales. Intercontinental editora. Asuncion Paraguay- 2012
- Ernesto Velazquez Guido, Manual de Derecho Societario. Editora Intercontinental. Asuncion Paraguay. 2003.

DERLIS ARIEL VELAZQUEZ VERON – Escribano Titular del Registro N°1182 de la ciudad de Valenzuela, Paraguay

MARIA ALEJANDRA FERREIRA ESPINOZA– Escribana Titular del Registro N°57 de la ciudad de Asunción, Paraguay

El Fideicomiso como figura para evitar el juicio sucesorio

INTRODUCCION

La interrogante de que pasarán con nuestros bienes después de fallecer siempre fue objeto de estudio desde los inicios del derecho y de creación de diversas leyes. En un principio la transmisión de los bienes era regulada directamente por la religión, diciéndose que la propiedad no era de un individuo, si no que pertenecían a la familia, por lo que inclusive les estaba prohibido la enajenación, expresaban que el derecho al suelo era inalienable e imprescriptible. Además, expresaban que "lo que hace que herede el hijo no es la voluntad del padre, sino la propia religión. El padre no necesita hacer testamento. *Ipso jure heres exsistit* dice el jurisconsulto. Es de igual manera *Heres necessarius.* No tiene que rechazar ni aceptar la herencia, porque la continuación de la propiedad y del culto es para él una obligación y un derecho,

y quiéralo o no, la sucesión le incumbe aún con sus cargas y sus deudas. El beneficio de inventario y de abstensión no se admitían en el derecho griego y en el romano se introdujeron hasta muy tarde". A medida que avanzaba el tiempo y al mismo tiempo la evolución del hombre las restricciones empezaron a cesar; se creó la figura del beneficio del inventario, donde el heredero podría elegir no hacerse cargo de todo el patrimonio del causante y rechazar las deudas del mismo. Posteriormente, en Atenas, con la creación de las Leyes de Solón, consideraron que le individuo debería tener la libre disposición de sus bienes antes de morir, y fue ahí donde apareció la figura del Testamento, donde le otorgaba este derecho de disposición, aunque con muchas más excepciones de las que conocemos hoy en día, y que fue evolucionando paulatinamente con la ley de las XII Tablas de la Antigua Roma, hasta el día de hoy. No obstante, sus limitaciones a la hora de poder hacer la distribución de bienes sin afectar la legítima de los herederos, que en varias legislaciones es muy alta, hacen que esta figura no sea utilizada principalmente en nuestro país, ya que prácticamente tampoco evita los altos costo y el tiempo que ocasiona una sucesión *ab intestato.* Fue así que surgió como opción la partición anticipada hecha por los ascendientes, donde en vida otorgan sus bienes a sus descendientes, por medio de la donación como anticipo a la legítima, ya sea con reserva de usufructo o sin ella.

Todo lo mencionado son las principales opciones hoy en día de la transmisión de bienes mortis causas, cada una con su ventajas y desventajas, por lo que sería importante utilizar

otras figuras jurídicas para que nosotros como notarios podramos brindar otra opción para la realización de la planificación patrimonial.

La Sucesión

Es la transmisión de los bienes de una persona fallecida a una o varias personas que lo sobreviven y corresponde asimismo el patrimonio trasmitido. Existe la sucesión a título universal, que es s la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial. Lo que comprende la totalidad de un patrimonio o una parte proporcional de él. Equivale a herencia en sentido estricto y el sucesor se denomina heredero. La herencia comprende todos los bienes, así como los derechos y obligaciones del causante que no se hubieren extinguido por su fallecimiento.

¿Qué se entiende por derecho de sucesión?

Es el derecho que tienen a los que por ley o por disposición testamentaria válida tienen las personas que son llamadas a suceder al causante en los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. Es más, los herederos pasan a ser poseedores de los que el autor poseía aún antes de ejercer efectivamente el derecho sobre las cosas hereditarias.

La herencia en el mundo antiguo [115]

[115] López Rivera, Sergio A. (2003). La Herencia en el mundo antiguo. *Revista Podium Notarial*, 22-26.

Los derechos de sucesión no se pueden entender sin el derecho de propiedad, que en realidad es una institución antigua como ninguna y que en sus orígenes fue totalmente distinta a lo que conocemos en el mundo actual. Por supuesto que varias de las sociedades antiguas no conocían ni aplicaban el derecho de propiedad privada, por ejemplo los tártaros concebían ese derecho exclusivamente sobre los rebaños y entre los antiguos germanos el derecho de propiedad recaía sobre las cosechas y no sobre la tierra, que como sociedad nómada, cada año era asignada en forma arbitraria. En cambio en la Grecia y la Roma antiguas, el derecho de propiedad privada era conocido y practicado desde la más remota antigüedad, aún cuando en algunas partes como Creta, estaban obligados a participar a los demás con una décima parte de las cosechas, pero lo cierto es que en esas culturas estaban estrechamente ligadas tres cosas: la religión doméstica, la familia y el derecho de propiedad; pues cada familia tenía sus propios dioses que sólo ella podía venerar y sólo a ella protegían. La familia está ligada al hogar, el que a su vez está íntimamente ligado a la tierra o al lado de la familia y por tanto debía conservarse y pasarse de generación en generación, por lo que lo importante era esa raíz y esa propiedad de la tierra que tenía una simbología religiosa, puesto que los miembros de la familia pasaban de generación en generación y los dioses familiares debían tener ese lugar permanente que solo así se les aseguraba, y cada hogar representó divinidades distintas que jamás se unen ni se confunden, por eso se les llama dioses ocultos o *"muxioi"* o dioses interiores o *"penates".* La casa se construía alrededor del hogar y por ello se dice que este había enseñado al hombre

a construir su morada, o sea que la religión había enseñado a los hombres a construir sus casas, como decían los griegos. Cicerón mismo decía que: *"Nada había de más sagrado que la morada del hombre".*

E inclusive en dicho lar familiar se ubicaban las tumbas de los miembros de la misma, puesto que la principal ceremonia del culto a los muertos que era anual y que constituía principalmente la ceremonia de la comida fúnebre, se debía celebrar en el mismo hogar donde reposaban los antepasados.

Por lo que podemos señalar que el sentido de la propiedad privada tenía una enorme connotación religiosa y por tanto, cómo no establecer reglas para determinar la herencia de esos lugares tan sagrados entre los antiguos, que debían irremisiblemente quedar en una sola mano siempre y no dividirse ni separarse, lo que en las épocas más remotas de la humanidad se concebía como un sacrilegio, y así tenemos que entre los antiguos nunca se puede destruir ni trasladar una tumba. He aquí cómo la tierra, en nombre de la religión, se convierte en objeto de propiedad perpetua para cada familia. Cada familia se ha apropiado esa tierra al depositar en ella a sus muertos. El vástago o heredero puede legítima- mente decir: "Esta tierra es mía" y no tiene ni siquiera derecho a separarse de ella, ese suelo es inalienable e imprescriptible. La ley romana exige que si se vende el campo donde está la tumba familiar, esa familia siga siendo propietaria al menos de esta última y conserve el derecho a tener acceso a ella para cumplir las ceremonias del culto. La sepultura había pues establecido la unión indisoluble de la familia con la tierra, es

decir, con la propiedad. Por ello podemos afirmar que el hombre de las antiguas edades quedó así dispensado de resolver problemas demasiado difíciles, y sin discutir, sin trabajo, sin sombra de duda, llegó de un solo golpe y por virtud única de sus creencias, a la concepción del derecho de propiedad, de ese derecho que hace surgir toda la civilización, pues él mejora la tierra del hombre y él mismo se hace mejorar. No fueron las leyes las que garantizaron en un principio el derecho de propiedad: fue la religión.

El testamento

Según el significado vulgar el testamento es la declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de bienes y de asuntos que le atañen para después de su muerte. Con un criterio exclusivamente patrimonial, Vélez Sarsfield define el testamento en el artículo 3607 del Código Civil, título XI De la sucesión testamentaria, legislado detrás del título De la porción legítima de los herederos forzosos y como parte del Libro IV (De los derechos reales y personales). De ahí que, según la visión marcada por cierto materialismo individualista y racionalista, el Codificador definiera al testamento como "un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte". Seguramente por tal motivo, el Codificador haya rechazado en el artículo 3724 las sustituciones testamentarias (relacionadas normalmente a los mayorazgos y las mal llamadas manos muertas), sosteniendo en la nota respectiva que impedían la movilidad del comercio, quizás con el afán economicista y utilitarista de que todos los

ciudadanos se convirtieran en comerciantes o en vendedores y compradores del propio hogar y el del prójimo. En cambio, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, pese a su ideología disvaliosa expresada en su regulación de la persona, la familia, los contratos, etc., que prácticamente torna estéril todo otro acierto, adopta en materia sucesoria y, en otras de carácter patrimonial familiar, un criterio más amplio, tradicional y más acorde con el Derecho Comparado europeo. Veamos la definición de testamento para darnos cuenta y comparar ambas. El nuevo artículo 2462 (Título XI, Sucesiones testamentarias, capítulo 1, disposiciones generales), prevé: "Testamento: Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales".

El testamento en la historia

En una apretadísima síntesis, es preciso tener presente un panorama histórico, a fin de apreciar la evolución del testamento.

La Antigüedad, Grecia y Roma

Desde los albores de la Antigüedad la propiedad era comunitaria y estaba ligada a la familia grande y patriarcal; en el pueblo judío a la tribu y al linaje, en el romano a la gens. La propiedad pertenecía al grupo familiar, quien era el titular, porque la propiedad individual se conoció mucho tiempo

después, ya que no se conocía en esta época todavía al individuo. La propiedad familiar solía ser administrada por el jefe de familia, quien no era más que un poseedor. Los miembros de la familia pasaban, pero la propiedad familiar permanecía. Tanto en Grecia como en Roma, mientras perduró el espíritu comunitario, no surgió la novedad de la libre disposición de los bienes. Pero a medida que fue cobrando protagonismo el individuo, aparecieron en Atenas las leyes de Solón y en Roma la ley de las XII Tablas. La primera reconoció por primera vez el derecho de disponer por testamento con excepciones, para luego aumentar paulatinamente la libertad de disposición hasta ser absoluta y pasar a Esparta y otros estados. Esa era la génesis del testamento, es inútil buscarla en Oriente ya que, como afirma Guaglianone, fue una concepción grecorromana. Con la ley de las XII Tablas el poder del individuo también creció en cabeza del pater y la libertad de testar que, en un principio se limitó al ámbito familiar para aumentar luego con la admisión a la herencia de los extraños, fue irrestricta durante la decadencia republicana, provocando las frecuentes quejas de los miembros de la familia del causante, que dieron lugar a las "querella inoficiosi testamenti", que originaron la legítima, principalmente en razón de la piedad y de un deber alimentario. Los testamentos que Diógenes Laercio atribuye a Platón y a Aristóteles, son sumamente interesantes para ver su sentido moral y religioso, mediante los cuales se reconoce -entre otros aspectos- un parentesco notable con los testamentos indianos.

Ventajas y desventajas

Cómo ventajas podríamos citar las siguientes:

- **El reparto se hace como estime el difunto:** A través de la redacción del testamento, el testador puede administrar sus bienes y propiedades como estime. Como hemos visto en el caso anterior, puede dejar su patrimonio a su cónyuge o puede dedicar cantidades diferentes a sus hijos dependiendo de la situación económica y social de cada uno, cosa que sin testamento se resolvería en los juzgados.
- Mediante el testamento el testador puede mejorar si así lo desea a alguno de sus herederos, mientras que si no existiera testamento todos recibirán lo mismo. Es importante este detalle, cuando algún hijo se ocupa de sus necesidades vitales y el padre o madre quiere compensarlo con esa mejora.
- En caso de no tener herederos, podrá disponer libremente de sus bienes para que estos no pasen en poder del Estado en caso de ser considerados bienes vacantes.

Desventajas

- No evita realizar un juicio sucesorio, lo que implica de todas formas largos trámites y muchos gastos para los herederos
- En caso de no ser calculado con precisión, podría ser objetado por los herederos forzosos en caso de no haberse respetado la legítima
- En nuestro derecho la realización del testamento acarrea muchas formalidades solemnes y requisitos que se deben observar y tener en cuenta a la hora de la elaboración del mismo, por lo que ya hubo varios casos que fue impugnado

de nulidad por alguna inobservancia o falla en su formalización.

Donación como Adelanto a la legítima [116]

Otra forma de la transmisión de bienes a los herederos sería mediante la partición anticipada hecha por los ascendientes por donación entre vivos.

Formas en que procede la partición anticipada

El art. 2.553 del Código Civil paraguayo, establece:

"El padre, la madre y los otros ascendientes, podrán hacer partición anticipada de sus bienes propios, a favor de sus hijos y demás descendientes, sea por donación entre vivos, o por testamento".

Es decir, en la norma sub-examine, se establece la potestad de los ascendientes, lo cual no hace obligación.

"No se debe confundir con la facultad que la ley acuerda a todas las personas capaces de disponer a título gratuito de sus bienes", dice el Dr. Vélez Sarsfield, y agrega: *"Se trata de reglar el ejercicio del derecho de sucesión conferido por ley..."* .

Quienes no sean padres o ascendientes, pueden donar sus bienes a sus herederos legales (ascendientes, cónyuges, colaterales), pero esa donación NO tendrá efecto de partición, según lo establece la doctrina, pues carece de solidez jurídica.

[116] Galeano, Oscar (2013). La partición anticipada en el derecho sucesorio paraguayo. Recuperado el 29 de julio del 2019 de https://abogado-oscar-galeano.blogspot.com/2013/10/la-particion-anticipada-en-el-derecho.html

Tras la sucesión, luego de traída a la masa por colación recién lo tendrá.

Entonces, la partición anticipada, establecida en la ley civil paraguaya, permite:
PARTICIÓN ANTICIPADA:

-Padres, madres, demás ascendientes (FACULTADOS).

-Disposición de bienes propios (excluye los gananciales).

-A hijos y otros descendientes (FAVORECIDOS).

-Por donación entre vivos o por testamento (FORMAS).

Reglas para la partición anticipada hecha por los ascendientes

Ordena el art. 2.554 del Código civil:

"Sea cual fuere la forma de esta partición, se ajustará a las reglas siguientes:

a) Se comprenderá al cónyuge supérstite y a otras personas, a quienes el disponente beneficiare dentro de su porción disponible;

b) El ascendiente deberá colacionar a la masa de sus bienes, las donaciones que hubiere hecho a sus descendientes (colación);

c) El ascendiente podrá adjudicar a uno o a varios de sus descendientes, o al cónyuge, una explotación agroindustrial-ganadera, cubriendo la parte de los otros herederos con bienes o dinero, cuyos inmuebles quedarán gravados como garantía...".

Requisitos para la partición por actos entre vivos.

El art. 2.555 del Código civil paraguayo, advierte, en pocas palabras, que los requisitos para la validez de la partición anticipada entre vivos, cuanto sigue:
VALIDEZ DE LA PARTICIÓN:

-Que la propiedad de bienes será irrevocable (Potestad del donante: usufructo o renta vitalicia).

-Que sea aceptada por todos los interesados.

-Que no esté sujeta a condiciones (sin gravámenes).

-Que tenga por objeto todo o parte de bienes presentes.

Efectos

Los efectos directos tras la Partición anticipada por actos entre vivos serán:

a) La propiedad de los bienes donados se transmiten irrevocablemente, excepto que haya inejecución de cargas y condiciones impuestas o por ingratitud del donatario (repudio).

b) Si hubiere excedente de la parte adjudicada, esta no será considerada "mejora", aunque así se lo declare.

c) A los beneficiarios, herederos y demás sucesores (aún antes de fallecer el donatario), podrán ejercer sus derechos los unos contra los otros, hasta satisfacer una eventual garantía de evicción.

Efectos de la partición anticipada.

De acuerdo al art. 2.563 del Código civil paraguayo, nuestra ley civil abandona el "sistema declarativo", y se incorpora a los

que adoptan el principio de que la partición (si los bienes fueran registrables), una vez efectuada su inscripción correspondiente. Y se dice por ello, que *"confiere la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados a los herederos"*.

Además, los coherederos son garantes los unos con respecto de los otros, de toda evicción de los bienes de la partición, cuando la causa de la evicción o turbación es de una época anterior al de la partición (Art. 2.564).

Efectos de la partición:

- Bienes registrables inscriptos en la D.G.R.P. (son dominio exclusivo de herederos, Art. 2.563)
- Coherederos son garantes entre sí (garantía de evicción eventual, Art. 2.564)

Ventajas

- Se evita el juicio sucesorio, reduciendo los gastos y evitando demoras.
- Ya el titular en vida realiza la partición, evitando conflicto entre los herederos.

Desventajas

- El titular ya se despoja en vida de sus bienes, no pudiendo más disponer de los mismos.
- Los herederos, al recibir de un solo momento ya los bienes que les corresponden, corren el riesgo de mal administrarlos, y no cumplir así con la duración esperada por el titular.

Seguro de vida

Otra opción para la gente que no posee bienes en demasía es contratar un seguro de vida. El seguro de vida es el tipo de seguro que le garantiza a una persona en caso de su propio fallecimiento un resarcimiento económico a sus familiares directos, o en su defecto a aquellas personas que él mismo elija beneficiarios del mismo.

De esta manera la persona que contrata este tipo de seguro se asegura que, si le ocurre algo grave como ser su muerte, sus allegados, familiares o personas más queridas no quedarán a la deriva en materia económica, y entonces recibirán una suma de dinero estipulada en el contrato del seguro, que obviamente dispondrá una serie de condiciones para el pago.

Esta indemnización se denomina capital asegurado y puede ser pagada en una única vez o a modo de renta financiera. Por lo general, los beneficiarios son los familiares del asegurado, aunque también pueden ser sus socios o acreedores.

Los motivos que llevan a muchas personas a optar por contratar un seguro de vida son circunstancias tales como que de ellas depende económicamente su familia o que su pensión es muy baja y, en el caso de que fallecieran, sus hijos y cónyuges no podrían subsistir con aquella. Razones estas que también son tenidas en cuenta para todo lo contrario, para no contratar este citado seguro. Así, se establece que las personas solteras o que no tienen ningún tipo de cargo familiar no necesitan del mismo.

Los seguros de vida pueden clasificarse de acuerdo a su duración (temporarios o de vida entera), su tipo de prima (a prima nivelada, donde el pago es constante, y a prima de riesgo, donde aumenta de acuerdo a la edad del asegurado) o la cantidad de asegurados que cubre la póliza (seguros individuales, colectivos o de varias cabezas).

Las aseguradoras afirman que, gracias a la combinación de la previsión y la solidaridad del sistema, el asegurado obtiene una cobertura inmediata por importantes montos, aun cuando los aportes individuales son reducidos.

La edad de su pareja y de sus hijos así como del resto de personas que dependan del asegurado, si hay alguno de sus miembros con alguna discapacidad, el número de personas que se sustentan con el sueldo de aquel o la cantidad económica necesaria para que aquellas puedan salir adelante son algunos de los parámetros que se tienen que tener en cuenta a la hora de elegir un seguro de vida u otro.

De la misma forma, también es importante que el individuo que tenga claro que quiere contratar un seguro de vida tenga muy presente otros factores de gran importancia como sería, por ejemplo, la fiabilidad de la empresa aseguradora.

En algunos países, como Estados Unidos, el seguro de vida no es sólo una fuente de sustitución de ingresos, sino que también permite pagar el saldo de la hipoteca u otras deudas al momento del fallecimiento del asegurado; pagar los impuestos de sucesión; pagar los gastos funerales; proveer fondos para la

educación de los descendientes; y hasta realizar donaciones de caridad.

Ventajas de comprar un seguro de vida[117]

Tanto el seguro de vida de valor en efectivo como el seguro de vida a término tienen sus ventajas.

En el caso del seguro de vida de Valor en Efectivo, el beneficio más importante es su capacidad para ofrecer una **cobertura durante toda la vida del asegurado**, lo que es muy interesante para las personas jóvenes con familias en formación o adultos en plena edad productiva.

De hecho, en Estados Unidos son los jóvenes los que más adquieren estas pólizas, aprovechando la ventaja de durabilidad de este tipo de seguros.

Esto ocurre porque en el caso de un contratante joven y en buen estado de salud, las primas serán muy baratas incluso si escoge un monto de cobertura significativamente alto.

Por ejemplo, en Estados Unidos es posible en muchos casos comprar seguros con una alta cobertura con primas iniciales mensuales de apenas US$20 a US$30.

En este caso, una de las ventajas es que **con este pequeño gasto mensual un individuo podría proteger a su familia a la hora de fallecer** y tener que cubrir deudas financieras adquiridas a lo largo de las siguientes 2 o 3 décadas por cosas

[117] Cansino, Macarena (2019). Recuperado el 2 de agosto del 2019 de https://www.cuidatudinero.com/13182260/ventajas-y-desventajas-del-seguro-de-vida

como préstamos para compra de vehículos, hipotecas y pago de educación de sus hijos.

Además, las cuentas de valores en efectivo vinculadas con estos seguros también pueden ser objeto de retiros parciales o cobro durante la vigencia de la póliza, lo que da una posibilidad de ingresos para el asegurado en algún momento que lo necesite.

Otra ventaja es que **los asegurados no están obligados a pagar impuestos** sobre los intereses o las ganancias adjuntas a las cuentas de valor en efectivo de estos seguros.

Finalmente, hay que destacar que tanto empresas como familias enteras pueden comprar estos seguros para todos sus miembros.

Desventajas de los seguros de vida

Aun contando con los beneficios que ofrecen los seguros de vida, también hay que señalar que adquirir uno de estos instrumentos tiene ciertas desventajas o problemas que es necesario conocer.

La desventaja más significativa de los seguros de vida de valor en efectivo es **la falta de coherencia en las primas**, pues el costo mensual de estas puede aumentar con el tiempo por diversas razones.

Esto puede hacer que una póliza inicialmente barata se convierta en unos pocos años en algo muy caro de pagar para personas que dependen de un presupuesto, sobre todo si hablamos de pólizas con una cobertura importante.

Además, aunque muchas de las pólizas contienen cláusulas en las que los dividendos de las cuentas de efectivo pueden utilizarse para pagar las primas, dicha situación casi siempre da como resultado quitar fondos del valor en efectivo o de la cuenta de inversión.

A esto se suma que **nunca hay garantía de que habrá suficientes fondos disponibles para cubrir las primas perdidas** en el caso de que un asegurado se atrase.

En cuanto al Seguro de Vida a Término, también hay varias desventajas notables, comenzando por el hecho de que su duración no es permanente.

A pesar de que un asegurado puede disfrutar primas muy baratas cuando es joven, los productos de término expiran después de un cierto número de años, o cuando el asegurado alcanza una edad determinada.

En ese momento, debe comprar otra póliza para seguir disfrutando de la cobertura, pero ahora se le aplicarán nuevas "tarifas" basadas en su edad y salud actual.

Muchas veces, **esto se traduce en primas más altas** o que la persona sea rechazada por la empresa aseguradora porque "no es apta" por razones de salud o edad.

En todo caso, hay ciertos casos donde se incluyen opciones de renovación que no requieren probar la idoneidad del contratante para seguir con la cobertura.

Fideicomiso

El fideicomiso es un acto jurídico, de confianza, en el que una persona entrega a otra la titularidad de unos **activos** para que ésta los administre en beneficio de un tercero. A continuación una breve introducción a este amplísimo tema.

Definición

Se puede definir el contrato de fideicomiso como el negocio Jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante transfiere a título de confianza, a otra persona denominada -fiduciario-, uno o más bienes (que pasan a formar el patrimonio fideicomitido) para que al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición, éste transmita la finalidad o el resultado establecido por el primero, a su favor o a favor de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Partes intervinientes

Se identifican cuatro partes dentro del contrato de fideicomiso:

- **Fiduciante o fideicomitente**: Es quien constituye el fideicomiso, transmitiendo la propiedad del bien o de los bienes al fiduciario. para que cumpla la finalidad específica del fideicomiso.
- **Fiduciario**: En general puede serlo cualquier persona. Por lo tanto pueden serlo personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras. etc. Sin embargo en el caso del fideicomiso financiero, solo podrán ofrecer sus servicios como fiduciarios, las entidades financieras sujetas a la ley respectiva o bien personas jurídicas expresamente autorizadas a tal fin.

- **Beneficiario**: Es aquel en cuyo favor se ejerce la administración de los bienes fideicomitidos. Puede ser una persona física o jurídica que puede no existir al tiempo del contrato o testamento, siempre que consten los datos que permitan su individualización futura. Se puede designar más de un beneficiario y beneficiarios sustitutos. Si el beneficiario no llegara a existir, no acepta, o renuncia, el beneficiario será el fideicomisario y en defecto de éste será el fiduciante.
- **Fideicomisario**: Es quien recibe los bienes fideicomitidos una vez extinguido el fideicomiso por cumplimiento del plazo o la condición.

Ventajas

Según el tipo de fideicomiso y las cláusulas pactadas se obtienen ciertas ventajas, a continuación algunas que suelen aplicar a todos o a la mayoría de los contratos de fideicomiso:

- Los bienes administrados son inembargables.
- Contabilidad y auditorías independientes.
- Beneficios tributarios.
- Puede emplearse para la realización de fines ilimitados, en tanto éstos sean lícitos.

Cuatro factores que explican el desarrollo del fideicomiso:

1. **Enfoque comercial de la figura**: Una figura que en sus fundamentos conceptuales se presenta como un contrato de naturaleza jurídica, trasciende esta disciplina para convertirse en un negocio comercial y especialmente un negocio bancario en razón de la importancia que los bancos le han otorgado al mismo como fuente generadora de negocios. Lo anterior significa que se ha puesto el Fideicomiso al servicio de los clientes de los bancos para que éstos puedan realizar nuevos negocios valiéndose de las ventajas y versatilidad que ofrece.
2. **Finalidad por cumplir**: El segundo factor es que todo fideicomiso tiene implícita necesariamente una finalidad, esto es, que todo fideicomiso se realiza por algo y para algo. En un mundo donde tantas cosas se inician y no todas llegan a su término, creer que un negocio que se ha propuesto se lleve a cabo de la manera más fiel como se le ha encarga do a un fiduciario, es una garantía que en vez de limitar las posibilidades de su desarrollo, lo estimula y le da un impulso renovador.
3. **Patrimonio autónomo**: La conformación de un patrimonio autónomo o de afectación constituye uno de los elementos más sobresalientes del fideicomiso, que permite que los recursos puestos en fideicomiso no se confundan contable ni jurídicamente con los del propio fiduciario, ni aún con otros recursos fideicometidos que éste pudiera tener bajo su administración. El establecimiento de tantos patrimonios autónomos como fideicomisos administrados por un fiduciario, rompe con el principio clásico del derecho civil referente a

«una persona, un patrimonio» y da la posibilidad de a que con éstos se puedan llevar a cabo múltiples negocios.

4. **Elasticidad de la figura**: Finalmente, la enorme flexibilidad que presenta la figura del fideicomiso permite que se puedan llevar a cabo múltiples negocios de acuerdo con las necesidades de los clientes.

Afirma además que un fideicomiso se asemeja a un recipiente al cual se le agrega un contenido que es puesto por el cliente, quien define sus necesidades; se asemeja también a un traje a la medida, a sus gustos y preferencias, encargándole al fiduciario efectuar una labor de gestor profesional en la administración del fideicomiso.

Es justamente por este último punto donde se puede utilizar el fideicomiso como forma de transmisión de bienes a los herederos evitando un juicio sucesorio.

Fideicomiso como figura para evitar juicio sucesorio

Podríamos partir de la base utilizando un ejemplo práctico, para ir analizando punto por punto las cuestiones principales e ir definiendo la forma para utilizarlo en nuestro derecho positivo.

El Sr. Márquez es un reconocido empresario, el cual su primer matrimonio resultó en divorcio, pero con un hijo en común. Posteriormente contrajo matrimonio en segundas nupcias, ya bajo el régimen de separación de bienes, con su actual esposa, con la que tienen tres hijos en común. Hoy en día ya piensa en el futuro y en como influiría en la vida de su

esposa y de sus cuatro hijos su fallecimiento, por lo que empieza a ver las alternativas para poder hacer la distribución de bienes equitativamente y tratar de evitar los mayores conflictos posibles. Así también, además de la distribución, quiere asegurarse que los bienes serán bien administrados y que durarán lo mayor posible a fin de evitar que por una mala administración pierdan con rapidez los bienes que con mucho esfuerzo le costó conseguir.

Es por eso que concurre a la oficina notarial a fin de conseguir un asesoramiento profesional atendiendo sus necesidades. Llegamos a la conclusión de que un fideicomiso bien elaborado es la alternativa correcta, y pasamos a detallar las razones y los pasos a seguir:

-Para empezar, el fideicomiso posee un marco jurídico blindado, por lo que no hay elemento que modifique la voluntad legal, todas las divisiones que quería para mi familia así quedan, siempre y cuando se respete las legítimas de los mismos.

-Se debe elaborar un fideicomiso irrevocable, donde el fiduciante, fiduciario y fideicomisario, sea el mismo en un primer lugar, de tal modo en vida el Sr. Márquez puede usar y gustar sus bienes como si no hubiera fideicomiso. Y, debe nombrar sustitutos para que lo reemplacen en el momento en que fallezca. En el caso de sustituto de fiduciario, puede nombrar a una persona de confianza que él considere apto para poder administrar por el tiempo que durará el fideicomiso, que se encargará de cumplir lo expresado como si fuera un

“albacea”; otra opción también sería designar a una institución fiduciaria que se encargue de negocios fiduciarios, lo que generará más confianza y tranquilidad por la experiencia de los mismos, y porque el riesgo de que su imposibilidad por cualquier eventualidad se reduce drásticamente. Y como sustitutos de fideicomisarios, podrá nombrar a su cónyuge actual y a sus cuatro hijos.

-Al ser también irrevocable, ofrece una mayor protección de activos, ya que los acreedores no pueden perseguir los bienes que se encuentran en el fideicomiso, a menos que lo haya constituido en defraudación de los mismos.

-Lo principal debe ser calcular detenidamente la cantidad de dinero que quiere que reciba su cónyuge y cada hijo, puede también decidir la forma en que se destinarán, diciendo que deberán ser para gastos de educación, salud o imprevistos, y los momentos en que se realizarán dichos pagos, ya sea de forma mensual o anual, o conforme sea necesario. En este caso, el seguro de vida funciona como un recurso de financiamiento para alcanzar la solución, es un eslabón para dar vida al fideicomiso y lograr los objetivos propuestos.

- En el caso de que considere de que faltará dinero para cumplir con su expectativa, puede asimismo acudir a una empresa aseguradora, acorde a lo mencionado arriba, a los efectos de solicitar un seguro de vida por el monto necesario para cubrir la diferencia, y nombrar como beneficiario al fideicomiso, del cual el fiduciario se encargará posteriormente de administrar.

-La ventaja en lo que respecta al punto anterior, de no otorgar la indemnización directamente a la cónyuge e hijos, es que según estudios se estima que el dinero de un seguro de vida dura en promedio entre siete (7) a nueve (9) años por causa de una mala administración, sea la cantidad de dinero que fuese, por lo que no se llega a cumplir el cometido de por cual el asegurado contrato en primera medida dicho seguro.

La figura del Fideicomiso es adecuada para utilizar cuando se busca salvaguardar un patrimonio de posibles contingencias. Es recomendable por su fácil estructuración.

Podría haberse intentando un fideicomiso testamentario, que está regulado pero recién entraría en vigencia con la muerte del causante. Además, en el fideicomiso testamentario se debería hacer la sucesión testamentaria para darle validez a ese testamento, no es este el caso, porque los bienes ya no están en el dominio del causante.

Conclusión

Por todo lo expuesto, consideramos viable enfocar el fideicomiso actual tal y conocemos a los efectos de usarlo en la práctica como una alternativa ideal para la transmisión de bienes a los herederos evitando un largo, costoso y tedioso juicio de sucesión. Considerando el momento que estamos atravesando como gremio, donde cada vez nos están quitando protagonismo de atribuciones que teníamos, y siendo cada vez más difícil para algunos países como el nuestro de conseguir nuevas atribuciones, ya sea como el matrimonio, divorcio y juicio sucesorio en sede notarial, podríamos usar lo que ya

tenemos a mano y darle un enfoque distinto, dándole también mayor publicidad, siempre y cuando también se modifiquen ciertas cuestiones a tener en cuenta, como en este caso se puede citar lo siguiente.

Modificar la legislación que respecto al Fideicomiso para que el Fiduciario no sea solamente entidad financiera como lo contempla actualmente, que también pueda ser cualquier persona física o jurídica que el fideicomitente considere apto o de confianza para ejercer dicha administración, como en el caso de los designados albaceas en los testamentos.

Así también permitir en estos casos, la llamada "sucesión fiduciaria", de que en vida el fiduciario el fideicomitente pueda ser el mismo fiduciario encargado de administrar los bienes, pudiendo en vida usarlos como si fueran suyos, pero al mismo tiempo protegiendo los bienes de acreedores y posibles demandas. Se podría resumir en la siguiente expresión "CONTROLAR TODO, SER DUEÑO DE NADA".

Bibliografía

- Rosso, Aberto P. y Uriarte, Carlos María. Financiamiento agropecuario. IICA, 2003.
- MARTINEZ, Eladio Wilfrido. Derecho Sucesorio en la Legislación Paraguaya, 9na Reimpresión, La Ley Paraguaya S.A., 2013.
- PANGRAZIO, Miguel Ángel. El Código Civil Paraguayo Comentado, Tomo III, Ediciones Cromos, Asunción, Paraguay, 1987.

- López Rivera, Sergio A. (2003). La Herencia en el mundo antiguo. *Revista Podium Notarial*, 22-26.

Gabriela Jimenez- Notaria Publica de Costa Rica

La Planificación de la Sucesión

Introducción

Para la realizar este trabajo se tomaron en cuenta todas aquellas consideraciones que el notario debe tener en cuenta en su actuación para planificar una sucesión en Costa Rica, tanto de forma legítima como testamentaria, se llevó a cabo un examen exhaustivo de todos los aspectos civiles impositivos, analizados con especialistas a la luz de la reforma procesal civil que entro a regir en el país en el año 2018. Siendo que es una tarea importante de la comisión de notariado novel el desarrollo de investigaciones para mejorar el ejercicio del notariado, la inclusión en el ámbito digital se tomó con suma importancia el desarrollo de la presente ponencia para la participación especial en la XXI Jornada de Notariado Novel del Cono Sur, Bahía, Brasil 2019.

Se consideró lo indicado por las normas civiles, así como las notariales aplicables en cuanto a materia de sucesiones, autonomía de la voluntad y la libertad en la planificación patrimonial. Se plantearon interrogantes en cuanto al tema de forma amplia, aplicándose no solamente a las normas

testamentarias, individuales y el derecho de familia, con exclusiones de bienes gananciales o de mejor derecho, y también se realizan cuestionamientos sobre la implementación de las nuevas tecnologías en el ejercicio notarial. Nos preguntamos ampliamente sobre los nuevos retos digitales que enfrentan las personas en el siglo XXI y se analiza en ese contexto la asesoría pre cartular del notario, la cual es vinculante en el país.

Glosario

CC: Código Civil

CF: Código de Familia

CN: Código Notarial

CSN: Consejo Superior Notarial

DH: Derechos Humanos

DNN: Dirección Nacional de Notariado

NCPC: Nuevo Código Procesal Civil

PRODHAB: Agencia de Protección de Datos de los habitantes

SUGEF: Superintendencia de Entidades Financieras

Testamento

Un testamento ayuda a planificar la sucesión de las personas físicas y a dejar organizada la distribución de bienes entre

todos sus herederos, es la manifestación máxima de la voluntad en vida de la persona. Existen varias formas y estructuras jurídicas para disponer de los bienes después de la muerte, conviene destacar algunos aspectos claves a considerar para quienes tengan intención de testar. De conformidad con el CC se debe ponderar el tema dentro de las variantes planteadas por el articulo 27 con relación a la interpretación de los contratos, así como en el artículo 66 del domicilio de la sucesión; y desarrollado mas ampliamente por el NCPC en aplicación a partir de octubre del 2018, bajo el planteamiento del Título III del Proceso Sucesorio, las cuales han sufrido cambios de consideración con respecto al que normalmente interpretábamos los Notarios Públicos y los Jueces Civiles en el país, quienes tienen conocimientos amplios en derecho, y que en el caso del notario, este cuenta con competencia material suficiente para la tramitación de los procesos sucesorios, de conformidad con las normas y restricciones otorgadas por el artículo 129 del CN.

Como es indicado por Monge, I. (2018) en primer término, nuestra legislación civil no define propiamente el término "testamento", sino que se limita a establecer quiénes son capaces para testar, los tipos, formalidades testamentarias y otros aspectos generales. La doctrina nacional de vieja data conceptualiza al testamento como un acto para producir las consecuencias jurídicas según los intereses últimos del testador, con las características propias de ser un acto escrito, solemne, unilateral, personalísimo, revocable y "mortis causa". Es decir, dichas manifestaciones surten efecto luego del

fallecimiento del testador, una vez verificado el cumplimiento de las formalidades legales. En caso de incumplimiento de tales formalidades testamentarias, lo que se tendrá es un legítimo saludo a la bandera.

Teniendo una estructura el documento notarial claramente determinada en la redacción correcta del documento como es establecido por el articulo 81 del CN, y definido más ampliamente por el dictamen de la Procuraduría General de la Republica N° 219 del 04 de julio del año 2007; en el cual se define la estructura de la escritura pública notarial distribuyendo en introducción, contenido y conclusión. Cabe aclarar que el CC establece, entre otras condiciones, que tienen incapacidad absoluta para testar los que no estén en perfecto juicio o los menores de quince años. Además, que el testador podrá disponer libremente de sus bienes, pero debiendo dejar asegurados los alimentos de sus hijos hasta la mayoría de edad si son menores y por toda la vida si tienen alguna discapacidad que les impida valerse por sí mismos.

Aspecto por el cual se analiza el tema de forma amplia de conformidad con las variantes que pueden ser llevadas a cabo desde la perspectiva del asesoramiento previo cartular a la confección de la manifestación máxima de estas voluntades finales, y las consideraciones que se deben tomar de acuerdo con la vida del compareciente. Con variantes de la persona física a lo largo del desarrollo de su vida, con las consideraciones patrimoniales, tributaria y administrativa que puedan ser afectadas a la trasmisión del patrimonio a los herederos, con la mayor eficacia y el menor tiempo posible en

la tramitación del proceso legal mortis causa que deben ser consideradas en sede notarial para la correcta aplicación de las normas jurídicas y la eficacia en la aplicación de los servicios notariales.

Ya nos aclaró el tema Alpizar, M. (2010) y es que el CC de Costa Rica en el artículo 595, la cual ciertamente se fundamenta en la libertad que posee el testador de disponer por medio del testamento de todos sus bienes y derechos después de su muerte. Por tener nuestro país su sistema basado en esa libertad de testar, en la sucesión testada es fundamental analizar este sistema y determinar si resulta ser la opción en nuestro sistema sucesorio.

Capacidad

Para el otorgamiento de los actos preparatorio de una sucesión tenemos que hacer hincapié en la capacidad que puede tener la persona testadora, o bien de la perdida de alguna de sus condiciones de la misma, se debe ver que la existencia y capacidad de las personas fisicas debe señalarse no solamente desde su capacidad natural, sino que se debe incluir su capacidad jurídica y su capacidad de actuar, lo cual, de acuerdo con la Constitución Política y el CC de Costa Rica, es definida la existencia por el articulo 31 CC[118].

Pero si bien la persona existe, esta debe tener capacidad plena en todos sus aspectos legales para el otorgamiento correcto de

[118] La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. La representación leal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal.

sus voluntades, razón por la cual se debe ampliar la misma a las nuevas tecnologías y su reconocimiento en este campo, por tal razón se analiza también la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos la cual mediante el articulo 5 indicando la particular y excepciones en cuanto se consignen documentos electrónicos con especial particularidad para realizar alguna disposición por causa de muerte o bien los actos personalísimos en general, entre otras quedarían dentro de las excepciones de las nuevas tecnologías.

Aspecto por el cual la materia testamentaria es uno de los documentos notariales que hasta el día de hoy se mantiene como uno de los más formalistas que mantenemos en Costa Rica, no solo desde la necesaria identificación del compareciente de acuerdo con el articulo 83 del CN, sino que se debe considerar adicionalmente lo indicado por la resolución 0001381-F-S1-2011 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, y el oficio del CSN N°DE-DNN-0908-2014 para la identificación plena, sin lugar a dudas y por todos los medios posibles como fue ordenado por la Resolución No. 085-2015-VI de las 15:00 hrs del 22 de mayo del 2015, adicionada el 10 de junio, del Tribunal Contencioso Administrativo (Sección Sexta) en el cual se establece «...el deber del Estado de suministrar a los notarios públicos, la información necesaria y pertinente que les permita constatar y verificar de la manera más certera e indubitable posible, la identidad de las personas que comparecen a esas notarías...».

Se analiza que la actuación notarial realiza una determinación en la capacidad legal y moral del otorgante a la hora de

efectuar la interpretación plena de sus voluntades adicionando a alguno de los elementos especiales que pueda considerar para llevar a cabo dicho documento, tales es el caso del idioma, ya que en caso de que el compareciente sea una persona extranjera y que no hable y entienda claramente el español, el notario deberá procurar que el documento sea traducido correctamente en relación manifestación de la voluntad, es por ello que en este caso es necesario no solamente la indicación clara y expresa en el documento del entendimiento y comprensión del idioma, sino el acompañamiento de traductores oficiales en el acto, como lo indica los artículos 72, 86 al 92 del CN; y es más ampliamente desarrollado en la necesidad del contenido y su validez jurídica en la Sentencia N° 2011 – 00005 del Tribunal de Notariado; y la Sentencia N°2012 - 00812 de la Sala Primera de la Corte.

En Costa Rica debemos abordar el tema desde la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad que tiene como objetivo implementar normas de relevancia contenidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, principalmente en los artículos, 4, 12 y 19 de la misma. Se garantiza a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, el reconocimiento de su plena igualdad jurídica y la garantía de su derecho a capacidad jurídica y a capacidad de actuar, a través de la derogación de la curatela y la interdicción contenidas en el CF y NCPC; así como busca garantizar el derecho de una vida independiente, al establecerse la figura del asistente personal, como apoyo

para el ejercicio de las actividades cotidianas más esenciales, en un marco de respeto y dignidad.

La cuestión de los alimentos en el derecho sucesorio presenta la consideración de un régimen jurídico especial, cuya naturaleza es diversa de la obligación alimentaria sometida en el CF y en la Ley de Pensiones Alimentarias, sin que sea una de las razones expuestas por el artículo 134 del CN para que el Notario tenga una pérdida de la competencia expuesta de forma particular en caso de no existir un proceso donde se declare al causante como incapaz de conformidad con el CN, pero que deberá velar en sus responsabilidades el Notario.

Y para la adecuada interpretación de las personas con discapacidad se estableció el proceso donde se establece un "Garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad" que se define como la persona mayor de dieciocho años que, para asegurar el goce pleno del derecho a la igualdad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, le garantiza la titularidad y el ejercicio seguro y efectivo de sus derechos y obligaciones. Para los casos de personas con discapacidad que se encuentren institucionalizadas en entidades del Estado, el garante podrá ser una persona jurídica. Teniéndose como primordial necesidad el darle a la persona con discapacidad una vida independiente, la cual es definida como el principio filosófico de vida que propicia que las personas con discapacidad asuman el control de su propio proyecto de vida y tomen decisiones.

Autonomía

Se debe tomar en consideración lo expuesto también por Ramos V,I. (2019) "el derecho de autonomía es un derecho universal que abarca todas las interrelaciones inherentes a las personas -civil, social, cultural, laboral, política, entre otras- , trátese de niños, adultos, ancianos, con o sin discapacidad, en un marco de libertad, dignidad e igualdad. Tales derechos se encuentran contenidos en las declaraciones de derechos humanos y los pactos internacionales. En este contexto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), en su artículo 1 establece el propósito "...promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente."

Si una persona acude ante un notario para disponer de sus bienes, el deber del notario es asegurarse que esta persona tenga capacidad para actuar, que tenga capacidad volitiva y cognoscitiva, que en efecto sea dueña del bien del que desea disponer y debe indicarle los riesgos e implicaciones que pueden traer realizar el acto que desea. Asimismo, debe indicarle los costos económicos que acarrea; para que una vez expuesta toda la asesoría previa al acto la persona exprese la manifestación plena de su autonomía.

Esta temática ha sido abordada desde distintos ámbitos, filosófico, médico, social, y en especial desde mediados del siglo pasado, desde la perspectiva de los DH. El respecto por la

Dignidad humana es el punto de partida para el reconocimiento y desarrollo de una "vida humana digna", conforme el propio plan de vida de cada persona, con libertad para tomar las propias decisiones, la autonomía para elegir opciones, en igualdad de oportunidades que las demás. Estos son valores que se constituyen en instrumentos mínimos y necesarios para el logro de una vida humana digna, que permita el ejercicio pleno de los derechos, el desarrollo de la personalidad, y una efectiva participación social.

En esta concepción, los DH son exigibles por todos los seres humanos, sin distinción y en cualquier contexto político, jurídico, social, y cultural, con independencia de su justificación y fundamento. Ha habido, sin embargo, a lo largo de los años, una sistemática violación respecto de personas en situación de vulnerabilidad y desventaja social, para quienes los DH no resultan universales, indivisibles e interdependientes, como son caracterizados en el mundo de los derechos. Como operadores del derecho, tenemos la responsabilidad de elaborar y proponer instrumentos jurídicos eficaces para ampliar las opciones de todas las personas, para decidir y disponer sobre su vida, en miras a prevenir las condiciones de fragilidad que las puedan afectar en el futuro, y en especial, ante una eventual pérdida de la aptitud para decidir por sí misma. La función de asesor del notario con relación al alcance y consecuencias del acto es relevante para acompañar a las personas que por alguna razón se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, para que estos hagan valer sus derechos.

Debe tenerse en cuenta lo indicado por el "Reglamento del Consentimiento Informado en la práctica asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social", ya que nos señala la necesaria constatación de voluntades por parte de la persona física. Se analiza la Ley de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos ya que nos interesa en cuanto al tema de la determinación de la voluntad y la constatación del consentimiento de la persona física, ya que se establece en su artículo 17 las limitantes jurídicas para la extracción de órganos y tejidos, allí se prevé como aspecto a valorar la capacidad volitiva y cognoscitiva. Por lo que para los efectos médicos que se crea por parte del Ministerio de Salud bajo el articulo 17 el "Registro Nacional de Información de los procesos de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos"; pero si es de importancia establecer que dentro de los supuestos de la Ley y su Reglamento, el Notario tiene juega un rol importante en relación con el donante vivo emocionalmente relacionado, ya que se solicita una declaración jurada en donde el donante le sean interpretadas en los alcances de la ley y su reglamento, así como las prohibiciones de la materia en aras de evitar el Tráfico y la extracción ilícito de órganos, tejidos humanos y/o fluidos humanos en materia penal, así como que se haga constancia del no haber recibido condicionamiento económico, social ni psicológico o remuneración de índole económica.

Si bien este es un tema bastante complejo en el contexto de la autonomía de la voluntad, no podemos dejarlo de lado, a pesar de que no puede ser evaluado en estos momentos en el

contexto costarricense, ya que las resoluciones de la Sala Constitucional no han emitido un criterio con pautas definitivas y vinculantes, esto para el ámbito notarial de interés para esta investigación.

Libertad de Disposición Patrimonial

Se analiza este tema desde las lecturas de votos judiciales relacionados del Tribunal Civil, Tribunal de Familia, Tribunal Disciplinario Notarial, Sala Constitucional y demás despachos judiciales que se vieron inmersos en el tema no solamente con la interpretación de las normas jurídicas que ser interpretadas y confeccionadas por medio de la fe pública notarial, sino ampliando y determinando la normativa e interpretación que se ha ido gestando sobre la libertad de disposición patrimonial en Costa Rica, los cuales nos dan una guía de prevención y mejoría en el asesoramiento pre cartular.

Se debe tomar en consideración las normas establecidas para la tramitación de procesos sucesorios en Costa Rica, por lo cual debemos observar no solamente las normas del proceso sino también la justificación legal de las mismas establecidas en el CC; no solamente desde la perspectiva de una autonomía de la voluntad del individuo así como el establecimiento de las obligaciones y responsabilidades inherentes a lo largo de su vida, este puede haber organizado su patrimonio y haber dejado constancia de la más clara manifestación de dicha autonomía al confeccionar los documentos jurídicos referentes a estos temas, como la determinación de la materia testamentaria, la cual sufre un claro limitante al tenerse como

prioridad esencial la manutención de las necesidades de quien depende económicamente del ahora causante.

Se debe señalar que los notarios podemos ayudar plenamente en la disposición patrimonial ya sea como acto preparatorio de una sucesión o bien la correcta distribución del haber sucesorio en el país, pero debe esta ser analizada desde lo mencionado por Goytisolo (2012) las cuatro tipos de responsabilidades notariales: responsabilidad civil, responsabilidad penal, responsabilidad administrativo-tributaria, y responsabilidad disciplinaria, se debe observar el artículo 18 del CN se nota que la responsabilidad disciplinaria se lleva a cabo gracias a la debida fiscalización y los procesos de denuncias.

Delimitación de los alimentos en materia sucesoria

Como bien lo señala Peña Bernaldo (1989) los alimentos constituyen una relación jurídica entre dos personas, unidos por vínculos conyugales o de parentesco, en virtud del cual, uno de ellos, en situaciones de necesidad, tiene derecho a exigir del otro, con posibilidad económica para su subsistencia.

La causa jurídica de brindar alimento se evidencia estrechamente condicionada a vínculos parentales y matrimoniales. Tal circunstancia se aprecia claramente lo dispuesto en el ordinal 169 del CF, que nos indica cuáles son las relaciones de familia que nos pueden generar una recíproca obligación y enumera taxativamente quienes están obligados a darse alimentos. La lista o enumeración de beneficiarios y obligados se presenta como taxativa y referida al requisito

ineludible de presencia de relación familiar o conyugal entre los sujetos de la relación de acuerdo con las necesidades de uno y posibilidades del otro. Además, la obligación alimentaria está dotada de garantías especiales para su eficacia y aplicación (artículo 167 del CF y ordinal 2 de la Ley de Pensiones Alimentarias) cuyo diseño responde a una obligación legal impuesta y regulada por ley sin que intervenga la voluntad de las partes –sólo por el hecho que se haya dado el supuesto de hecho legalmente tipificado referidas a la satisfacción de las necesidades de la vida un sujeto.

Esa tutela personal, concerniente a la satisfacción de las necesidades del acreedor y la conservación de su propia vida y el libre desarrollo de su personalidad, transciende más allá de su patrimonio al involucrar valores superiores al de una mera deuda civil, sino propiamente encaminados a conservar y dignificar la propia vida del beneficiario. Lo anterior caracteriza la condición personalísima de la obligación alimentaria, tanto la de proporcionar alimentos como el correlativo derecho a reclamarlos, se presentan como inherentes a la persona del deudor y acreedor, al ser sus particulares circunstancias personales y no otras las que determinan la relación obligatoria.

Por consiguiente, el derecho o la obligación alimentaria no son transmisibles tanto a los herederos del deudor como del acreedor, al tratarse de derechos personales que nacen y mueren con la persona. En nuestro derecho positivo, el carácter de personalísimo y la intransmisibilidad mortis causa de la pensión alimentaria, se aprecia de lo dispuesto en el artículo

50 de la Ley de Pensiones Alimentarias donde se reconoce el archivo del expediente en supuesto de fallecimiento del acreedor o del deudor alimentario. No es posible transmisión mortis causa de la condición de beneficiario ni de obligado alimentario referida a la obligación o pensión alimentaria prevista en la Ley.

El numeral 595 del CC, establece que el testador puede disponer libremente de sus bienes, con tal de que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo. Además, le exige asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten. La obligación de dar alimentos está referida a personas familiares cercanas excluidas del testamento (los hijos, los padres y el consorte) y esa obligación alimentaria está sustentada en el deber de auxilio económico que surge como consecuencia del vínculo parental. Si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos, el heredero (que puede ser otra persona diferente al alimentario) solo tiene derecho a recibir de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar su subsistencia. Finalmente, si los hijos, los padres o el consorte poseen, al morir el testador, bienes suficientes, el testador no está obligado a dejarles alimentos.". (véase Votos 38-2C-2012 y 00713 – 2013 del Tribunal Primero Civil).

Unión de Hecho

Las uniones de hecho de acuerdo al voto N°1151-94 de la Sala Constitucional debe entender conforme a nuestro derecho positivo, revistiendo ciertas características básicas, para poder ser tuteladas por el ordenamiento jurídico; entre ellas: su estabilidad (quiere decir que las relaciones casuales, no serán tuteladas), la publicidad (no deben ser relaciones ocultas, sino públicas), la cohabitación (lo que viene a reafirmar, una vez más, la primera de las características enunciadas; pues deben convivir bajo un mismo techo, lo que les permitirá asistirse mutuamente) y la singularidad (no ha de ser una relación bígama). Entonces, se puede decir que, las familias producto de una unión de hecho, están constituidas por un conjunto de personas, que, vinculadas por una relación estable y pública, entre hombre y mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, viven bajo un mismo techo e integran una unidad social primaria.

El artículo 40 del CF, literalmente indica: "Cada cónyuge puede disponer de sus bienes. Si no hubiere capitulaciones matrimoniales cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros". Pero vemos que también es establecido mediante el artículo 242 del CF los presupuestos para que se configure la unión de hecho.

Sin embargo, a pesar de que no se establezca, alguna limitación concreta a esa libertad de administración y de disposición de

los bienes propios, con vocación de ganancialidad y más aun en el caso de las uniones de hecho es innegable que, ese derecho, no es absoluto, pues tiene como barrera infranqueable, máxime cuando se vislumbra la disolución del vínculo, las exigencias de la buena fe y el reconocimiento judicial de la misma para que pueda considerarse totalmente a derecho tal reclamo.

El papel del notario en relación con la población homosexual se debe ver desde la resolución de la Sala Constitucional que realiza una interpretación del voto de la Corte Interamericana de DH, en el cual se abre la posibilidad de las uniones jurídicas que puedan realizar este tipo de población. En este tema se cuenta con el pronunciamiento previo y posterior a la sentencia, del CSN las cuales fueron discutidas entre acciones de inconstitucionalidad y recursos de amparo; ya que los notarios deben ajustarse a la legislación vigente y el CF no ha sufrido modificación en tal sentido, pero es por ello que el poder ejecutivo ha sido impulsor de normativa inclusiva tales como la Directriz a las instituciones que están en el CSN para eliminar la prohibición y sanción a notarios que realizan matrimonios para las personas LGTBI, el reglamento de reconocimiento del derecho a la imagen sexual y de genero a personas extranjeras en el Documento de Identidad y Migratorio para Extranjeros (DIMEX), el reconocimiento del estatus migratorio para parejas que se casan con personas de otra nacionalidad, el poder tener acceso a bonos de vivienda, así como la Declaratoria de interés publica de protocolo de hominización, el cual implementó la Caja Costarricense de

Seguro Social y busca brindar una atención integral a las personas trans.

Régimen de Bienes Gananciales

La determinación de derecho de gananciales es contemplado dentro del artículo 41 del CF y deberá ser tramitado por parte de la sucesión de conformidad con el artículo 521 del CC, dispone: "La sucesión comprende todos los bienes, derechos y obligaciones del causante, salvo los derechos y obligaciones que, por ser meramente personales, se extinguen con la muerte", motivo por el cual cuando indicamos que debe darse la liquidación del derecho de gananciales, pues esa labor atañe hacerla dentro del proceso universal en el cual se discute sobre la globalidad, a saber, como se dijo: de los bienes, derechos y obligaciones del causante, dentro de cuya última categoría se encuentran los pasivos reales y personales; de conformidad con la interpretación otorgada por el voto N° 313-4C del Tribunal Primero Civil de San José.

Se debe ver que el derecho de bienes gananciales es uno de los elementos importantes a la hora de realizar una planificación de la sucesión, ya que será un punto a considerar en el proceso, pero puede ser considerado claramente como un crédito irrenunciable que tiene el conyugue hacia el derecho que le corresponde; es por ello su especial importancia a la hora de brindar la asesoría en la materia, ya que las personas a lo largo del desarrollo de sus vidas forman vínculos con terceros de manera formal y otras no tan formales, y le es complejo la disolución jurídica de los mismos y muchas veces

tenemos causantes con separaciones de hecho pero sin la adecuada culminación legal del vínculo; lo cual no solamente arrastra el régimen de gananciales en el proceso sucesorio, sino que podría ser una causal de controversia entre los herederos en una legitima de acuerdo con el articulo 572 CC.

Si vemos dentro de la redacción del documento testamentario el Notario, puede hacer constar esta situación lo cual no subsana la clara culminación del vínculo, pero deja una constancia y dación de fe de cada uno de los bienes que el propietario expresa están fuera del régimen de gananciales; aunque ya la jurisprudencia del Tribunal Superior Civil ha sostenido que si el causante al adquirir el bien no advirtió en la escritura pública correspondiente que estaba separado de hecho, tal hecho hace que no habiendo otra prueba fehaciente, deba tenerse como heredero al cónyuge supérstite; razón por la cual la importancia del señalamiento. Si bien la manifestación del adquirente en el sentido de ser casado y no separado, no tiene, a nuestro juicio, sino un interés puramente registral; ya que el estado de "separado de hecho" no existe, de manera que o se es casado, viudo, divorciado o "separado judicial"; pero deja una constancia de la voluntad y libre manifestación que puede llegar a ser valorado de acuerdo con el Tribunal Civil y las causales expuestas por el 572 CC para el caso de los conyugues separados.

En cuanto a bienes gananciales, es de hacer notar que el supérstite no puede pretender que su derecho a gananciales se traduzca siempre en una cuota de la mitad de todos y cada uno de los bienes gananciales, sino que, refiriéndose la ley al

valor neto del patrimonio, su derecho será satisfecho cuando se lo asigne uno o varios de los bienes cuyo valor monte a esa suma de la mitad del valor neto de todo el patrimonio; debemos ver en este aspecto lo indicado en la sentencia N° 179 de la Sala Segunda Civil, interpretando el entonces vigente artículo 77 del CC.

Fideicomiso Testamentario

El Fideicomiso es un contrato en el cual una persona (fideicomitente) le transmite la propiedad o administración de determinados bienes a otra (fiduciario), en donde esta última la ejerce en beneficio de quien se designe en el contrato (fideicomisario), hasta que se cumpla un plazo o condición pactados. El fiduciario queda obligado a utilizarlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo, siendo por ende muy amplia las posibilidades de empleo de dicha figura jurídica.

No obstante, no debemos dejar de lado un aspecto relevante, con el fin de dar respuesta a la consulta planteada. El contrato de fideicomiso tiene como objeto la creación de un patrimonio autónomo para el cumplimiento de determinados fines. Señala el artículo 634 del Código de Comercio, lo siguiente: "Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio. Los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso."

Sobre esta línea de pensamiento, el dictamen de Procuraduría General de la República número C-449-2014 del 3 de diciembre

del 2014, en lo que interesa indica: "El fideicomiso entraña la transmisión de derechos, tanto reales como personales, al fiduciario para que los destine al cumplimiento de un fin que es determinado en el acto constitutivo. La nota característica de este contrato es la transferencia de la propiedad del bien o derecho sobre el que recae el negocio a título fiduciario. Es un negocio traslativo de la propiedad para disponer de bienes dentro de los límites y con sujeción a las modalidades previstas para el cumplimiento de los fines."

Básicamente la transformación del patrimonio fideicometido en un patrimonio autónomo y las características de las que está revestido, constituye el elemento distintivo de este tipo de negocio. Los bienes fideicometidos no pueden ni deben confundirse con el patrimonio del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario: son independientes de los patrimonios de las partes del contrato. Son bienes separados del resto del activo, lo que implica cuentas separadas; pero, además, dichos bienes están excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario y del mismo fideicomitente, por cuanto solo responden por las obligaciones derivadas del fideicomiso. Lo que reafirma que el patrimonio del fideicomiso debe utilizarse exclusivamente para los fines establecidos en el acto constitutivo y dentro de los límites establecidos por la ley.

En resumen, según la exposición del acuerdo 2016-014-008 del Consejo Superior Notarial, se concluye que, de conformidad con la legislación nacional, tratándose de fideicomisos testamentarios, la materialización o ejecución del patrimonio autónomo se dará a partir de la muerte de fideicomitente,

siendo esta autonomía un requisito indispensable, previo a la concreción de cualquier otro acto o negocio jurídico.

Inscripción de Fideicomisos

La confección de los contratos de fideicomiso ha sufrido grandes cambios a nivel nacional desde ya hace varios años, en razón a la facilidad bancaria y el manejo de estos por parte de gran número de entidades por parte del sistema financiero nacional, lo cual hace que la asesoría y tratativas de este sea realizado fuera de la esfera notarial; al ser contratos privados estos pueden ser realizados sin necesariamente tener una inscripción en el Registro de Testamentos que lleva el Archivo Notarial.

Pero se ha iniciado el tema de su necesaria regulación en el país, no solamente desde la seguridad jurídica sino desarrollando una perspectiva tributaria; teniendo cambios considerables en el tratamiento registral a la hora de la verificación de las cargas devengadas y las posibles exoneraciones como se observa en la Circular del Registro Inmobiliario RIM-020-2012[119] no es más que una clara aplicación de la reforma del artículo 662 del Código de

[119] Para los traspasos en fideicomiso de bienes inmuebles, cuya fecha de otorgamiento sea a partir del viernes 28 de setiembre del 2012, únicamente se encuentran exentos del pago de derechos y timbres e impuesto de traspaso (con excepción del timbre de abogado, por tratarse de una contribución especial), **los fideicomisos de garantía de una operación financiera o crediticia en los cuales tanto el fiduciario como el fideicomisario se encuentren inscritos ante la Superintendencia General de Entidades Financieras**, tal y como establece el artículo 662 del Código de Comercio. Debe el notario dar fe de la existencia de la mencionada inscripción. Los demás traspasos en propiedad fiduciaria deben cancelar la totalidad de los tributos.

Comercio, reformado mediante la Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria.

Por lo que, habiéndose definido la responsabilidad administrativa en cuanto a la inscripción de fideicomisos ante el Registro Nacional, mediante la Circular CIRBM-008-2007, en la que cabe destacar que en el Registro Público no se inscriben los contratos de fideicomiso, sino exclusivamente los traspasos en propiedad fiduciaria, de conformidad con el artículo 51 inciso a del Reglamento del Registro Público; y en relación a los artículo 450 del CC y 636 del Código de Comercio: por lo que tomando en consideración las recientes modificaciones debemos analizar que las personas físicas o jurídicas que se desempeñen como fiduciarios de "fideicomisos de garantía" constituidos a la luz del artículo 648 del Código de Comercio y limitados a la función que establece dicho artículo, es decir, que no impliquen de manera alguna la administración de recursos o activos financieros, no requieren la inscripción ante la SUGEF, pero si los mismos si realizan algún tipo de administración de fondos los mismos deben contar con dicha inscripción para la adecuada capacidad.

No siendo lo único modificado por parte del legislador en materia de fideicomisos, ya que el Registro de Trasparencia y Beneficiarios Finales, debido a que el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), ha emitido una serie de recomendaciones que constituyen un esquema de medidas que los países deben implementar para combatir la legitimación de capitales, el financiamiento del terrorismo y otros delitos conexos, específicamente en las recomendaciones 8, 24 y 25

para Costa Rica. Estas recomendaciones establecen la obligación de identificar los beneficiarios finales de las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas incluidas las organizaciones sin fines de lucro, los fideicomisos y los administradores de recursos de terceros, para ello los países deben asegurar que las autoridades competentes puedan obtener acceso oportuno a información adecuada y precisa sobre el beneficiario final y el control de estas estructuras.

Motivo por el cual, en el Reglamento del Registro de Trasparencia y Beneficiarios Finales bajo el artículo 3 se establecen los sujetos obligados al suministro de información[120] y entre ellos es considerada la figura de los fideicomisos, los cuales son más ampliamente en la información requerida por parte del articulo 13[121] ajustándose a los requerimientos de inscripción del nuevo Registro establecidos por el acuerdo SUGEF 11-18, y administrado por el Banco Central de Costa Rica a partir del mes de setiembre del año 2019.

---

[120] Están obligados a presentar la información establecida en el Capítulo II de la Ley para Mejorar la Lucha contra el Fraude Fiscal, las personas jurídicas y otras *estructuras* jurídicas domiciliadas en el país, los administradores de recursos de terceros a favor de sus clientes, las organizaciones sin fines de lucro y los fideicomisos privados, incluyendo los fideicomisos extranjeros que realizan actividades en Costa Rica

[121] Los fideicomisos privados y los extranjeros que realicen actividades en el país deben estar registrados en el Registro de Transparencia y Beneficiarios Finales, incluyendo la información sobre el objeto del contrato, el fideicomitente, el fiduciario o los fiduciarios, fideicomisario o fideicomisarios y otros beneficiarios. En el caso que el fideicomitente, el fiduciario, fideicomisarios o los beneficiarios sean una persona jurídica o estructura jurídica, el responsable del registro de información debe suministrar al Registro de Transparencia y Beneficiarios Finales, los datos de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 6 de este reglamento. En la resolución de alcance general indicada en el artículo 8 del presente reglamento, se establecerá el detalle de la información a suministrar.

Registro Nacional de Testamentos

Se debe observar en este aspecto la competencia que posee el Archivo Nacional mediante el Departamento del Archivo Notarial, como entidad rectora del Sistema Nacional de Archivos, así como administra el patrimonio documental de la Nación y colabora con el control del ejercicio notarial en el país de la custodia de la materia testamentaria a través de los reportes de índices notariales, teniendo incluso la opción de una consulta pública en línea actualmente, así como la plataforma de consulta de tomos microfilmados de los protocolos notariales.

A lo externo de la institución tiene estrecha relación con el CSN, órgano encargado de organizar el notariado costarricense y donde la Junta Administrativa del Archivo Nocional tiene un representante; además, se relaciona con el Colegio de Abogados; con los diferentes registros del Registro Nacional, el Juzgado Notarial y despachos judiciales en general.

Se puede consultar la referencia en la base de datos del Archivo Notarial, el documento físico se resguarda en el Archivo Histórico. Y esta consulta puede ser realizada mediante la consulta de la página web https://www.index.co.cr/index.aspx; viendo en la creación de los Lineamientos para el Servicio de Presentación de Índices de Instrumentos Públicos vía internet, del año 2017, el cual ha sido una base esencial en la utilización del sistema Index.

Ahora es importante señalar que pese la competencia del archivo notarial este no custodia los expedientes de la

actividad judicial no contenciosa realizada en sede notarial, ya que es establecido por el 131 CN así como el artículo 77 de los LECSN la competencia del Archivo Judicial la custodia de los mismos, pero han existido conflictos desde el año 2011 entre la Corte Plena y el CSN en el interpretación de la normativa sobre tema, ya que fue claramente indicado mediante el oficio AJ-J-051-2011 del 24 de octubre del 2011, Acta N°02-2011 de la Comisión Institucional de Selección y Eliminación de Documentos del Poder Judicial; así como la Circular 85-2011 del 2 de noviembre del 2011 de la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial que "la entrega de expedientes de actividad judicial no contenciosa deberá coordinarse con la Dirección Nacional de Notariado y no con el Archivo Judicial". Teniendo un gran conflicto con relación a la responsabilidad de custodia que tienen los notarios en esta clase de actuaciones; siendo delegada en el Notario la custodia indefinida hasta la modificación legislativa necesaria para la solución del conflicto de competencia que ha resultado de la entrega de los expedientes de las actividades judiciales no contenciosas realizadas exclusivamente en sede notarial.

Protección de Datos

De acuerdo con la Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales, ha ido implementando una nueva cultura en la protección de los datos por parte de las instituciones públicas, creando un órgano de desconcentración máxima adscrito al Ministerio de Justicia y Paz denominado Agencia de Protección de Datos de los habitantes (PRODHAB). Y estableciendo definiciones que son

de obligatoria aplicación para el notario en el manejo de la confidencialidad de las manifestaciones de la última voluntad de las personas.

Siendo tan recientes en el tema de la protección de datos, se debe citar a Lora-Tamayo (2013) el cual nos manifiesta lo indicado por la Sentencia del 05 de mayo del 2002 del Tribunal Constitucional Español, en el cual se nos la aseveración de que "si en los protocolos notariales están recogidos aspectos de la vida íntima y privada de las personas es una obligación, derivada de la Constitución, que los poderes públicos preserven el secreto del protocolo, que lo respeten como un principio fundamental, que solo permitan la comunicación de su contenido a las personas con derecho a ello y que excepcionalmente regulen el acceso a los mismos cuando el mantenimiento del secreto choque con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales protegidos".

Lo anterior Costa Rica no es una realidad hoy en día, pese a la creación de la Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales y las nuevas inherencias de la PROHAB, ya que es evidente que las manifestación de voluntades contempladas en los Testamentos contienen una serie de datos sensibles y custodiados por el derecho a la intimidad; y actualmente se cuenta con un sistema de acceso irrestricto a copias de los documentos custodiados por parte del Archivo Notarial, sean estos índices notariales, protocolos notariales e incluso testamentos de terceros.

Voluntad Anticipada (Testamento Vital)

Los Actos de autoprotección expresan la libre y consciente voluntad del otorgante, y puede estar referido a cuestiones personales, sobre calidad de vida, lugar de residencia, decisiones relacionadas con el patrimonio, como la administración de los bienes, cómo afrontar los gastos que demanden los tratamientos médicos, utilización de recursos que garanticen un nivel de vida adecuado a sus costumbres, actuación en cuentas bancarias, directivas relacionadas con la salud. Las materias que pueden contener estas disposiciones anticipadas son tan amplias, como la imaginación o las expectativas que cada persona tenga respecto de su propio plan de vida, que es intransferible e irrepetible. No se tiene una ley específica para poder hablar abiertamente del tema en Costa Rica, pero el Dr. Mora presento la consulta específica del tema ante el CSN en el año 2015, teniéndose el Acuerdo 2015-006-008 como primera referencia sobre el tema.

Como bien lo indica Jinesta (2002) la definición de las consideraciones en las voluntades anticipadas en anuencia con la doctrina; la voluntad anticipada o testamento vital ha sido definido como aquel documento por medio del cual un paciente hace referencia a la aplicación de actos médicos que puedan determinar el alargamiento o interrupción de la vida. Es decir, se trata de un documento con indicaciones anticipadas que realiza una persona en pleno uso de sus facultades, para que sean tomadas en cuenta cuando por causa de una enfermedad o cualquier otro evento se encuentre imposibilitado para expresar su voluntad. En nuestro

ordenamiento jurídico no existe una norma específica que regule lo concerniente a las manifestaciones de voluntad anticipada o testamento vital, a excepción del artículo 45 del CC que dice: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física excepto los autorizados por la ley. Es válido disponer del propio cuerpo o parte de él para después de la muerte."

Asimismo, el artículo 46 CC nos dice que: "Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del CF (...)" concluyéndose que el notario público, ante el requerimiento del servicio notarial para la manifestación de voluntad anticipada deberá asesorar al usuario de su servicio y enmarcar su actuación, de conformidad con la manifestación de la parte, a la normativa vigente.

Consentimiento Informado

En el país, bajo la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, señala que es obligatorio que quien realice tratamiento de datos personales facilite un consentimiento a los titulares de esa información cumpliendo con los requisitos que se indicarán. Siendo de importancia señalar el artículo 4 que se reconoce y se define la Autodeterminación informativa; por lo que las personas pueden disponer de su consentimiento, aspecto por el cual es

señalado en documento o bien en un respaldo digital, atendiendo de esa forma a los cambios tecnológicos, de conformidad con lo que se señala en el inciso 2 del artículo 5.

El consentimiento informado, es la declaración de voluntad expresada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada sobre su estado de salud, procedimientos propuestos, beneficios esperados, los riegos, molestias y efectos adversos previsibles, riesgos, y consecuencias previsibles. Este consentimiento debe ser agregado a la historia clínica del paciente. Por otra parte, esta ley reconoce, entre los derechos del paciente el de otorgar directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinadas terapias o procedimiento médicos, con o sin expresión de causa, y la facultad de revocar esa manifestación de voluntad. Las directivas deben ser aceptadas por el médico a cargo, salvo que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

Bienes Sucesorios

El haber sucesorio suele ser complejo, y al estar conformado por muchos activos inscritos o no, los cuales deben considerados por parte del Albacea dentro del inventario del proceso, no solamente desde el derecho que tienen los herederos dentro de los mismos sino como también las variaciones que podemos encontrar en las diferentes consideraciones que se contemplan dentro del desarrollo del proceso. Es de especial consideración ver el contrato del activo,

no solamente de las normas registrales de los bienes sometidos al inventario, ya que muchos bienes sucesorios no son solamente bienes materiales propios del causante. Muchas consideraciones deben analizarse con los pasivos del fallecido, no solo siendo un tema de responsabilidad del Albacea, sino de verificación por parte del Notario al momento de la tramitación de los procesos sucesorios.

Avalúos

Se debe tomar en consideración que el articulo 128.3 NCPC establece la posibilidad de evitar el tema de avalúos, siempre y cuando los bienes tengan un valor tributario o fiscal actualizado en los últimos dos años, o de bienes cotizados mediante bolsa el cual se considera como valor real. Razón por la cual es obligación del propietario cumplir con lo dispuesto en la ley, y mantener actualizado el valor de sus bienes, pero no es una realidad que se cumpla a plenitud, ya que si bien se puede contener un valor tributario o fiscal en los bienes, no siempre se encuentran actualizados y aun en menor proporción cumplen con la el mínimo de dos años, ya que si bien tomamos lo indicado por la Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria, en el caso de los inmuebles, mediante los artículos 9 y 10, se hacen reformas importantes a la Ley del Impuesto sobre el Traspaso de Bienes Inmuebles, y a la Ley de Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

Pasivos

Se debe considerar que el solo apersonamiento del albacea con la manifestación de la carencia de la legitimación de un crédito

dentro de un proceso no es solo una obligación a la cual puede negarse, la realidad de devengar un pago de algún pasivo producido a través de una obligación administrativa del causante no es algo agradable al momento de la tramitación del proceso, pero debe ser esta verificada por la actuación del notario al momento de la realizar la sucesión. Es por ello por lo que puede ser de común acuerdo por parte de los herederos la manifestación de la oposición a dicho pasivo dentro proceso con su procedimiento legal independiente a la tramitación de la sucesión, para la adecuada manifestación de la sucesión en su derecho a negarse a la cancelación del pasivo no legalizado correspondiente.

Adjudicación y Cuenta Partición

Razón por la cual se debe considerar en la distribución y partición de los bienes sucesorios, los cuales dependerán únicamente de su registración y la adecuada interpretación notarial que se realice dentro del proceso, razón por la cual es de vital importancia que la nueva normativa establezca que deba ser consignado dicho acuerdo mediante escritura pública, la cual debe no solo llevar la interpretación del acuerdo efectuado por los herederos, sino que además debe ser considerado las normas jurídicas correspondientes a cada uno de los bienes, y la situación jurídica de los derechos de los cuales se ejecuta la partición y se inscriben hacia terceros.

La normativa notarial utiliza conjuntamente los criterios y directrices del Registro Nacional con los bienes inscritos bajo su competencia, por lo cual se debe verificación las

condiciones del bien en cada caso en particular, podemos citar el caso de la adjudicación de un nicho dentro del proceso, el cual debe contar con un plano individual para ser debidamente consignado en el inmueble, o bien la debida verificación de las normas fiscales vigentes para el periodo correspondiente para el reporte de las ganancias de capital a los herederos.

Ganancias de Capital

Se debe considerar que las normas en relación a la constatación del activo en lo que respecto su avaluó sufrió consideraciones importantes con la entrada en vigencia con el artículo 128.3 del NCPC, ya que establece la posibilidad de omitir el avaluó pericial, teniendo consignado un valor tributario o fiscal actualizado en los últimos dos años o se traten de bienes cotizados en bolsa; siendo una posibilidad a los herederos de utilizar las certificaciones tributarias en el caso de bienes muebles, o bien las Municipales para los inmuebles.

De acuerdo con los cambios normativos del país en los últimos tiempos, se debe puntualizar que, a partir del 01 de julio del año 2019, otro de los aspectos a considerar en la tramitación de las sucesiones en sede notarial es el tema del Impuesto al Valor Agregado ha venido a implementar un antes y después en el país; es indicado por el artículo 27 ter-, cuando se establece la Materia imponible el tema de las rentas del capital se clasifican en rentas del capital inmobiliario, rentas del capital mobiliario y ganancias y pérdidas del capital.

Llama la atención el tema de que para los contribuyentes a los que se refiere el artículo 2, "ya sean sociedades de personas de derecho o de hecho, fideicomisos y encargos de confianza, cuentas en participación, sociedades de actividades profesionales, y sucesiones indivisas, para los efectos de esta ley, se considerará que el ciento por ciento (100%) de la renta disponible, corresponde a los socios, los fideicomisarios o los beneficiarios que sean personas físicas domiciliadas en el territorio nacional. Tratándose de sucursales, agencias y otros establecimientos permanentes de personas no domiciliadas en el país que actúen en él, el ciento por ciento (100%) de la renta disponible que se acredite o remese a la casa matriz constituye ingreso gravable". Aspecto por el cual las sucesiones no solamente deberán reconocer los pasivos que tuviere el causante, sino que adicionalmente el pago de impuestos por "renta de capital" al momento de realizarse las diferentes adjudicaciones de los bienes.

Es por eso por lo que el Reglamento a la Ley nos define la consideración del término "Bienes" desde su manera más general, siendo estos "todas las materias, productos, artículos, manufacturas y en general, los bienes producidos o adquiridos para su industrialización, comercialización o consume final, los animales vivos, domésticos o no, así como los bienes de capital. Esta definición no comprende a la moneda nacional, la moneda extranjera, ni cualquier documento representativo de estas; los bonos, pólizas, títulos, timbres, estampillas y las acciones, participaciones sociales, participaciones en sociedades de hecho, contratos de colaboración empresarial,

cuentas en participación y similares, facturas y otros documentos pendientes de cobro, valores mobiliarios y otros títulos de crédito salvo que la transferencia de los valores mobiliarios, títulos o documentos que implique la venta de un bien mueble sujeto al impuesto al traspaso."

Conclusión

Respecto al Notario, este actúa en calidad de testigo de la vida y de los compromisos de las personas, físicas o morales. Debe recoger su consentimiento comprobando que cada signatario entiende su alcance. Este testigo de un tercero imparcial no puede ser impugnado, excepto por un cuestionamiento muy riguroso. En esta cuestión, el acto que recibe es auténtico porque un tercero dotado de poderes particulares lo atestigua.

La planificación sucesoria patrimonial contiene una gran cantidad de consideraciones previas para tener en cuenta, las cuales construyen los comparecientes durante el transcurso de su vida y mediante la correcta asesoría del Notario, al prever hechos y correspondientes para materializar su voluntad luego de haber fallecido. Las actuaciones notariales que conlleva el tema pueden ser amplias y variadas, pero limitada a una necesaria capacidad y autonomía del interesado.

En Costa Rica la implementación de las nuevas regulaciones tributarias y fiscales, tales como el impuesto de ganancias de capitales devengado por las sucesiones gravan el patrimonio familiar obtenido y conservando con laboriosos esfuerzos a lo largo y ancho de una vida. Debiendo considerar, la

vulnerabilidad que genera una responsabilidad mayor en la actuación notarial.

Bibliografía

- Alpízar Rojas, María del P. (2010). "Análisis del artículo 595 del Código Civil de Costa Rica, a luz de la jurisprudencia costarricense: ¿Una verdadera limitación a la libertad de testar?". Tesis de graduación para optar por el Titulo de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San Ramón: Costa Rica.
- Arroyo Álvarez, Wilbert (2011). Derecho Sucesorio Costarricense. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica
- Circular CIRBM-008-2007. Coordinación General del Registro Nacional de Costa Rica. Recuperado de https://www.rnpdigital.com/bibl_virtual/circ_direc/bienes_muebles/2007/BM-008-2007%20Fideicomiso.doc
- Circular RIM-020-2012. Dirección de Registro Inmobiliario. Recuperado de https://www.rnpdigital.com/bienes_inmuebles/Documentos/BI_Normativa/BI_Circulares_Criterios/20-12.pdf
- Código Civil de Costa Rica, Ley N°63. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437
- Código Notarial, Ley N°7764. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=42683&strTipM=TC

- Código Procesal Civil, Ley N°9342. Recuperando de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81360&nValor3=103729&strTipM=TC
- Jinesta Lobo, Ernesto. (2005) Responsabilidad Administrativa por el Funcionamiento del Servicio Público Hospitalario, Revista de Derecho Público Número 2, julio/diciembre 2005. Recuperado de http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/RESPONSABILIDAD%20POR%20EL%20FUNCIONAMIENTO%20DEL%20SERVICIO%20P%C3%9ABLICO%20HOSPITALARIO.PDF
- Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, Ley N°8454. Recuperado de http://www.firmadigital.go.cr/Documentos/ley%208454.pdf
- Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria. Ley N°9069. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=73336
- Ley de Fortalecimiento de las finanzas públicas, Ley N°9635. Recuperando de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=87720
- Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales. Ley N°8968. Recuperando de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=70975&nValor3=85989&strTipM=TC
- Ley para la promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad. Ley N°9379. Recuperando de

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=82244&nValor3=105179&strTipM=FN

- Lora Tamayo, I & Rodríguez Hernández, J. (2013). BOE-A-2013-3004, Ministerio de Justicia, Publicado en «BOE» núm. 67, de 19 de marzo de 2013, páginas 21994 a 22005 (12 págs.) Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-3004
- Monge Dobles, Ignacio. (21 de mayo de 2018) Formalidades testamentarias. El Financiero. Recuperado de https://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/formalidades-testamentarias/5MHAU26C7ZDCDPJDBNB255RZEY/story/
- Peña Bernaldo de Quirós, Manuel (1989). Derecho de Familia. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, p. 629
- Ramos Varde, Isabel M.C (2019) La accesibilidad en pro de la autonomía de las personas con discapacidad. El proyecto de vida de la persona humana. pág. 91. La Fe Pública Editores E.I.R.L. Gaceta Notarial. Lima, Perú.
- Registro de Trasparencia y Beneficiarios Finales
- Reglamento a la Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad. Decreto Ejecutivo N°41087. Recuperando de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86554&nValor3=112370&strTipM=TC
- Reglamento de la Ley del Impuesto sobre el Valor Agregado, Decreto Ejecutivo N°41779. Recuperando de

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=88953&nValor3=116920&strTipM=TC

- Reglamento del Registro de Trasparencia y Beneficiarios Finales. Decreto Ejecutivo N°41040-H. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86343&nValor3=111995&strTipM=TC
- Vallet de Goytisolo, J. (2012), La Función Notarial de Tipo Latino. Colección Biblioteca Notarial. Serie 2. Lecturas esenciales de Derecho Notarial, Guy Editores EIRL, Lima. Perú

TEMA 02

"Novas atribuições e tecnologia: o futuro da atividade notarial"

Gustavo Casagrande Canheu, **Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Município de Ibirá**

Wendell Salomão, escrevente 4 Cartório de Notas de Ribeirão Preto

ATAS NOTARIAIS E TECNOLOGIA: VERIFICAÇÃO DE FATOS E O FUTURO DA ATIVIDADE NOTARIAL

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade demonstrar a importância das atas notariais no mundo moderno, a natureza da prova que podem constituir e a possibilidade de sua utilização aliada a novas tecnologias.

Trata-se de instituto previsto no art. 7º, III, da Lei 8.935/94 (Lei dos Notários e Registradores) e que mais recentemente foi incorporado expressamente ao Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), como meio de prova hábil a demonstrar a existência e o modo de existir de um fato, podendo nela constar dados representados por imagem ou sons gravados em arquivos eletrônicos (artigo 384).

A ata notarial, em suas variadas espécies que serão aqui abordadas, tem se mostrado forte meio de pré-constituição de provas, tendo em vista ser eficaz em si mesma, em razão da fé pública atribuída aos atos lavrados por um notário (fé

pública que será também objeto de análise mais aprofundada) que atesta algo que constatou pessoalmente, que presenciou ou verificou por algum do seus sentidos, ou, ainda, pela captação de imagens, vídeos ou sons por equipamentos eletrônicos que possua ou se utilize.

E é exatamente neste ponto que se concentra o cerne da presente pesquisa: afirmar a possibilidade de lavratura de atas notariais através da captação de imagens, vídeos ou sons por meio de quaisquer equipamentos eletrônicos ou de informática, disponíveis ou que venham a ser inventados pelo homem, desde que seu conteúdo possa ser transcrito materialmente para o ato notarial objeto deste estudo.

A constante evolução tecnológica vem transformando os meios de comunicação. Conversas antes tidas apenas pessoalmente, hoje são substituídas por *lives*[1] e *chats*[2] em redes sociais ou aplicativos de mensagens, bem como as correspondências tradicionais praticamente perderam seu espaço para os correios eletrônicos ou *e-mails*. O arquivo de tais conversações, em vídeo ou som, é passível de perpetuação e de registro por meio de uma ata notarial, e é especialmente relevante quando tem em seu teor a prática de um delito, civil e/ou criminal, como calúnias, injúrias ou difamações. Ainda

[1] Ferramenta existente em redes sociais que permite fazer vídeos ao vivo, com transmissão do usuário aos seus seguidores, que podem, no mais das vezes, interagir com o usuário proprietário do perfil (definição livre do autor).

[2] Forma de comunicação a distância, utilizando computadores ligados à internet, na qual o que se digita no teclado de um deles aparece em tempo real no vídeo de todos os participantes do bate-papo (definição livre do autor).

que o usuário apague em sua rede social ou página o vídeo ou comentário que tenha feito, a visualização e a gravação da imagem correspondente, quando feitas por um tabelião produzem importante prova, *a priori* revestida de presunção de legalidade, veracidade e autenticidade, de algo que poderia instantaneamente se perder.

Enfim, pelo que cremos, tanto quanto evolua a ciência e a indústria, evoluirá também o campo de atuação do notário ou tabelião, profissional do direito dotado de fé pública e que tem ampla e irrestrita competência para documentação de fatos, atos ou negócios jurídicos com a finalidade de prevenir litígios e garantir aos interessados segurança jurídica.

2. A ATA NOTARIAL COMO INSTRUMENTO TIPICAMENTE AUTENTICATÓRIO DE COMPETÊNCIA DO NOTÁRIO OU TABELIÃO

Os instrumentos notariais, isto é, os atos lavrados por um tabelião de notas, de acordo com as competências externadas pelo art. 6º da Lei Federal 8.935/94, podem ser divididos em: tipicamente autenticatórios (quando o notário apenas autentica um certo fato, pré-constituindo prova); ou formalizadores de atos ou negócios jurídicos (quando o notário intervém formalizando juridicamente a vontade das partes).

As escrituras públicas, espécie clássica de ato notarial formalizador, tem por objeto a formalização de declarações de vontade (uma ou mais) tendentes a criar, transferir, modificar ou extinguir direitos, isto é, a prática de atos e negócios jurídicos, qualificados de acordo com o que permite a lei. É sempre do tabelião de notas a responsabilidade pela redação

do ato notarial formalizador, bem como pelo seu conteúdo jurídico, sendo por isso seu dever recusar, motivadamente e por escrito, a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico, especialmente se presentes fundados indícios de fraude à lei, prejuízo às partes ou dúvidas quanto à manifestação de vontade por ele recebida.[3] De certa forma, é possível dizer que, neste caso, o tabelião é responsável pela correta adequação da vontade das partes à lei, e, via de consequência, pelo conteúdo do ato em si, garantindo-lhe eficácia.

Já nos atos tipicamente autenticatórios o tabelião apenas certifica um fato, ou seja, que uma assinatura se assemelha ao padrão deixado por seu suposto autor em cartão de firmas arquivado no tabelionato (reconhecimento de firma por semelhança), ou que uma cópia correspondente ao seu original (autenticação de documentos), por exemplo. Em nenhuma destas hipóteses o tabelião produziu ou extinguiu o próprio fato ou negócio jurídico, apenas certificou algo relativo a ele. Não há, portanto, aqui vinculação do tabelião ao conteúdo do ato ou negócio jurídico em si, ou juízo de valor seu quanto a ele, mas sim, única e exclusivamente, quanto à assinatura nele aposta, ou quanto ao fato de que tal documento existe, tanto que dele se extraiu uma cópia que a ele corresponde. É exatamente aqui, neste grupo de atos notariais autenticatórios, que se insere a ata notarial.

---

[3] Nesse sentido: itens 1.3, 2 e 7, da Seção I, do Capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

Para LUIZ GUILHERME LOUREIRO, a ata notarial pode ser definida como o:

documento lavrado pelo tabelião em seu livro de notas, a pedido do interessado, e que tem por objeto a prova de um fato e de seu modo de existir ... não apenas a sua ocorrência, mas a sua forma ou substância, as suas circunstâncias, características e demais elementos a ele vinculados podem e devem ser descritos na ata notarial, desde que perceptíveis pelo sentidos ou constatados pela razão como seu resultado lógico.[4]

De acordo com a doutrina de LEONARDO BRANDELLI[5], em solo argentino recebeu a ata notarial a seguinte conceituação, da lavra de Carlos Nicolás Gattari:

Documentos notariales (...) que tienem por objeto la autenticación, comprobación y fijación de hechos, excluídos aquellos cuyo contenido es próprio de las escrituras públicas y los que tienem designación específica. (...) es el instrumento que autoriza el oficial público, fuera o dentro del protocolo (...) cuyo fin exclusivo es fijar hechos e derechos, comúnmente declaraciones de ciência, sucesos y diligencias.

Em outras palavras, a ata notarial é um documento público unilateral e declaratório que tem por fim a prova de fatos e fixação de direitos. Unilateral porque oriundas apenas do próprio tabelião, de uma percepção sua, sendo as pessoas

---

[4] **Manual de Direito Notarial**. Salvador: JusPODIVUM, 2016, p. 499.

[5] **Atas Notariais** *in Ata Notarial*. Coord. BRANDELLI, Leonardo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 42.

que nela podem intervir simples requerentes ou testemunhas, mas não partes, que prestam apenas sua conformidade com a descrição ali feita pelo notário e não seu consentimento, sua vontade propriamente dita. Declaratório porque corresponde a uma narração objetiva, fiel e detalhada de fatos jurídicos presenciados ou verificados pessoalmente pelo tabelião de notas, na qual não há valoração jurídica alguma por parte dele, que como já dito, faz apenas uma constatação de algo para a produção de efeitos jurídicos.

Diferentemente dos instrumentos formalizadores ditos acima, em que o tabelião formaliza juridicamente a vontade externada por terceiros (as partes contratantes), não havendo qualquer percepção pessoal dele mas a simples transcrição de vontades a ele externadas da maneira juridicamente apropriada à produção de efeitos jurídicos, as atas notariais constituem um verdadeiro testemunho do tabelião de algo que viu ou sentiu.

Daí dizermos, portanto, que a diferença essencial entre as atas notariais e as escrituras públicas está no seu objeto. Enquanto as escrituras públicas consubstanciam-se pelas manifestações de vontade que externam, as atas notariais se caracterizam pela ausência delas. Como dito, o objeto de uma ata notarial é a comprovação ou constatação de um fato jurídico, natural (em decorrência da força da natureza, sem intervenção do homem) ou humano (ações ou condutas, comissivas ou omissivas, lícitas ou ilícitas). Por esta razão, não

pode haver na ata notarial a narração de vontade humana, mas apenas a descrição de um fato.[6]

Em suma, enquanto os atos formalizadores praticados por um notário tem eficácia constitutiva, buscando criar, modificar ou extinguir direitos, as atas notariais, atos meramente autenticatórios, têm eficácia tão somente probatória, voltada a perpetuar no tempo a ocorrência de um fato, protegido pela fé pública tabelioa.

3. A ATA NOTARIAL COMO PROVA DE FATOS JURÍDICOS

A ata notarial, como dito, tem como principal objetivo a prova de fatos em sentido estrito, ou seja, provar ou perpetuar a prova de acontecimentos aos quais o direito atribui efeitos, geralmente relativos à aquisição, perda ou modificação de um direito subjetivo.[7] Em outras palavras, a ata se caracteriza por ser uma resumo ou um relato por escrito com riqueza de detalhes que permita a caracterização de um fato ocorrido por meio da sua simples leitura.[8]

---

[6] Como bem ensina LEONARDO BRANDELLI, se ata notarial contiver declarações de vontade, estas não podem estar endereçadas ao tabelião e nem destinadas a *"concretizar o suporte fático abstrato descrito na norma jurídica, isto é, não pode tal declaração de vontade destinar-se a celebrar, pelo instrumento público notarial, um ato jurídico; o notário pode, entretanto, ser um mero observador daquelas vontades, não as recepcionando. Daí que é possível lavrar uma ata notarial de uma assembleia de uma pessoa jurídica, ou da celebração de um contrato verbal, pois , embora se trate de um ato jurídico, a vontade não está sendo endereçada ao notário, que, tão somente, narra o acontecido, caso em que a ata notarial, por si só, constitui-se num ato-fato jurídico"* (**Atas Notariais** *in Ata Notarial*. Coord. BRANDELLI, Leonardo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 47).

[7] LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de Direito Notarial**. Salvador, JusPODIVM, 2016, p. 501.

[8] CHAVES, Carlos Fernando Brasil & REZENDE, Afonso Celso Rezende. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173.

Por se originarem de um agente público dotado de fé pública, tal instrumento notarial é dotado de presunção relativa de veracidade, legitimidade e legalidade. Fé pública é a crença imposta pela lei, ou seja, pelo Estado, ao ato praticado pelo notário. A função notarial e registral é uma função pública e, por isso, o notário e o registrador têm autoridade de Estado (art. 215 do Código Civil brasileiro e art. 3º da Lei 8.935/94), sendo a fé pública garantia de segurança jurídica, evitando possíveis litígios e conflitos.

Como ensina o jurista argentino MARIO ANTONIO ZINNY, a fé pública do notário se refere: "*a) à autoria do documento notarial (coisa autêntica); b) à autoria e dados da dação de fé (ato público); c) ao fato de ter tido lugar o comportamento ou acontecimento, ou ter existido o resultado material, respectivamente narrados ou descritos pelo notário*".[9]

Assim, a fé pública garante autenticidade às atas notariais, que é a qualidade do que é confirmado por um ato de autoridade[10], além de, como documento público que é, dotá-las de força probatória consideravelmente maior do que a dos documentos particulares, posto que emanadas de autoridade pública, que tem a responsabilidade de lavrá-las de acordo com as exigências legais e garantir que seu conteúdo seja

[9] **Fé Pública Notarial.** El acto Notarial (Dación de Fé). Tradução de Daisy Ehrhardt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 92.

[10] Vale lembrar que a autenticidade não se refere ao negócio causal ou ao fato que dão origem à ata notarial, mas sim à própria ata em si, isto é, há prova efetiva de que aquele fato foi presenciado por um tabelião, embora se possa provar que foi ele provocado por alguém ou simulado.

permanentemente conservado. Somente uma prova robusta, judicialmente produzida, pode desconstitui-la.

Nos dizeres de LUIZ GUILHERME LOUREIRO, a fé pública se divide em originária e derivada, a saber:

*A fé pública é **originária** quando o fato é captado diretamente pelo notário (ou agente público), por meio de seus sentidos e imediatamente narrado em um documento (por exemplo, uma ata notarial de constatação de fato na rede mundial de computadores – internet). Já a fé pública **derivada** é aquela cujo fato sobre a qual recai já se encontra narrado em documento preexistente que o notário ou agente público tenha examinado, por exemplo, a certidão de matrícula do imóvel, o alvará judicial ou a certidão negativa de débito emitida pela Receita Federal, utilizadas pelo notário para a lavratura de escritura pública.*[11]

Pelo que cremos, as atas notariais são a expressão maior da fé pública originária, posto que representam a descrição daquilo que é captado diretamente pelo notário, sem a interferência e/ou dependência de uma prévia manifestação de vontade da parte interessada. E aquilo que é captado, uma vez traduzido numa ata notarial, torna-se prova documental quase que inalterável para a parte interessada.

Nesse particular, estabelece o art. 405 do atual Código de Processo Civil brasileiro, que as atas notariais constituem meio de prova documental, pré-constituída, da existência do ato

[11] **Registros Públicos: Teoria e Prática**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 1.027.

jurídico a que se refere e da sua formação, bem como dos fatos nela mencionados.

Como bem relata o processualista RENATO MONTANS DE SÁ[12], vem esta modalidade de prova, que para referido autor tem caráter testemunhal (já que decorre das impressões do notário ao presenciar a narrativa de fatos), adquirindo importância destacada, dado o seu amplo alcance, podendo ser enumeradas algumas hipóteses práticas de sua aplicação:

(1) comprovar a presença de pessoas em certos lugares; (2) perpetuar conteúdo de páginas da internet; (3) extrair certidão via internet; (4) atestar estado de imóveis no início ou no fim da locação; (5) comprovar entrega de documentos ou coisas; (6) certificar existência de pessoa; (7) atestar apelido ou profissão de pessoa; (8) certificar declarações prestadas; (9) atestar remessa de coisa pelo correio; (10) retratar acidente de trânsito; (11) atestar a situação de herdeiro legal; (12) prova de vida para empresa seguradora ou perante o INSS; (13) declaração de estado civil, de rendimentos ou confissão ou testemunho; (14) declaração de pessoa especializada; (15) abertura forçada de cofre particular sob guarda; (16) verificação de programa de rádio ou de televisão"; (17) demissão de funcionário; (18) abandono de imóvel; (19) existência de projeto ou produto que será lançado; (20) duplicação de disco rígido; (21) devolução de chaves; (22) entrega ou devolução de mercadorias; (23) uso de imagem; (24) verificação de proposta de licitação; (25) verificação de mensagem publicitária; (26)

[12] **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 594.

gravação de diálogo telefônico (desde que seja pedido por uma das partes falantes); entre outros.

Para ALEXANDRE FREITAS CÂMARA:

A ata notarial é um instrumento público de grande relevância no direito probatório. É que através dela é possível a documentação de fatos transeuntes, cuja prova por outros meios pode ser muito difícil.

Pense-se, por exemplo, no caso em que se queira provar qual o conteúdo de determinada página na Internet, para o fim de posteriormente postular-se reparação de danos por violação de direitos autorais. É sabido que o conteúdo de páginas eletrônicas da rede mundial de computadores pode ser facilmente alterado e, por isso, nem sempre é fácil produzir prova do que elas contêm. Pois basta pedir a um notário que acesse a aludida página e descreva o seu conteúdo.[13]

Como se nota, a variedade dos eventos que podem ser atestados por meio de uma ata notarial torna praticamente impossível enumerar todo o seu alcance. Da mesma forma, os meios que podem ser utilizados pelo tabelião para a constatação de tais fatos são os mais variados possíveis, desde que ele mesmo participe ativamente (ainda que forma virtual ou remota) do ato em si de verificação.

[13] **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 242.

Em suma, como a gama de eventos cuja existência pode ser atestada por meio de uma ata notarial é imensa, necessária se faz uma prévia delimitação das mais variadas espécies deste instrumento notarial, deixando-se desde já assentada a ideia de que a evolução tecnológica pode criar outras mais, ou aprimorar a lavratura das já existentes, facilitando a obtenção da prova pretendida.

4. ESPÉCIES DE ATA NOTARIAL

Antes da análise pormenorizada de algumas espécies de atas notariais, é importante ressaltar que a intenção desta pesquisa não é o encerramento da questão, mas apenas a de sugerir formas interpretativas, de maneira que as espécies aqui tratadas estão divididas didaticamente para compreensão do seu alcance, mas não são as únicas por certo possíveis.

Vale também ressaltar, preambularmente, que o princípio da unicidade dos atos notariais não se aplica às atas ora em estudo, que podem ser redigidas em etapas sucessivas e até em dias diversos, não havendo necessidade de serem lavradas no mesmo momento e sem interrupção (como ocorre com as escrituras públicas em geral). É que como aqui a intenção é a prova da ocorrência de um fato, e este fato pode se prolongar no tempo, nada impede que o tabelião o verifique sequencialmente, em dias e horários distintos.

De outro lado, ainda que a escolha do tabelião de notas em regra seja livre aos interessados, nos termos do art. 8º da Lei 8.935/94, no caso da constatação de fatos por meio de diligências, o tabelião somente poderá realizar o ato notarial

quando as mesmas se derem nas dependências da área ou circunscrição onde exerce sua delegação (competência territorial). Por óbvio não se aplica esta restrição na constatação de fatos na rede mundial de computadores (internet), caso em que será irrelevante a origem da postagem ou do seu autor, já que o que se perpetua é a sua visualização, esta sim ocorrida no computador do próprio notário, e não a postagem em si.

Por fim, o tabelião deve recusar a prática do ato, se o solicitante atuar ou pedir-lhe que aja contra a moral, a ética, os bons costumes e a lei. Ainda assim, é possível lavrar ata notarial quando o objeto narrado constitua fato ilícito, ou seja, para que se constate a prática de um ato ilícito por terceiro.

4.1 Atas de Constatação de fatos

Podem ser lavradas nas mais diversas situações fáticas; ocorrem quando o Tabelião, a pedido do solicitante se dirige a um local e constata um fato (ata de abertura forçada de um cofre particular; ata de abandono de um imóvel; ata de devolução ou tentativa de devolução das chaves de um imóvel locado; ata da compra ou da tentativa de compra de um produto em estabelecimento comercial; ata de constatação de uso de imagem em locais públicos ou privados; ata de constatação do estado de conservação de um objeto ou veículo; ata de constatação de colheita em propriedade rural; atas de acompanhamento de reuniões de condomínio, assembleia de sócios ou associados de pessoas jurídicas; ata de acompanhamento de sorteios para entrega de prêmios). Seu

conteúdo se reduz ao que é presenciado pelo notário, sem que seja exigido conhecimento técnico próprio de uma prova pericial.

A constatação de um fato também pode se referir a dados ou postagens existentes em redes sociais ou sítios da rede mundial de computadores (*internet*). Nestes casos, deve o tabelião acessar a página ou site indicado pelo solicitante, através de computadores localizados em sua própria serventia, e verificar o seu conteúdo, relatando fielmente tudo que ali constar. A constatação refere-se ao conteúdo, ao acesso, data, horário e endereço eletrônico acessado (*links*). A imagem da página pode ser acessada e impressa, em cores ou não, no instrumento notarial que a descreverá.

Também é possível a constatação de fatos através da descrição de mensagens em aparelho celular, quando a parte solicita a constatação e a transcrição de mensagem recebida diretamente ou por meio de determinados aplicativos; as mensagens podem ser transcritas sejam elas escritas ou em áudio. Neste caso o tabelião descreve o aparelho onde estão tais mensagens (modelo, cor, número de série, da linha telefônica e sua operadora), quem o apresenta e solicita a lavratura da ata, e narra o conteúdo da mensagem de forma descritiva.

Da mesma forma, é possível a descrição do conteúdo de mensagens eletrônicas (*e-mail*). Muito embora a maior parte das normas de serviço aplicáveis aos serviços notarias não

autorize a autenticação de cópias de mensagens eletrônicas[14], em razão do princípio da segurança jurídica (a parte solicitante poderia facilmente editar o que já traz impresso), é possível a lavratura de ata notarial com a descrição do conteúdo de determinada ou determinadas mensagens eletrônicas. Aqui o tabelião descreve o acesso (se em equipamento próprio ou do solicitante), a caixa de mensagens e o conteúdo da mensagem enviada ou recebida, bem como as partes envolvidas (emitente e receptor).

Em todos os casos acima expostos, o notário não emite e nem colhe da parte solicitante qualquer juízo de valor, apenas descreve o que vê ou lê.

4.2 Atas de Notoriedade

Trata-se de atas em que o notário dá fé pública de um fato notório, não necessariamente por ele presenciado. Neste caso o tabelião constata o fato mediante a verificação de documentos oficiais ou particulares a ele apresentados, ou ainda por meio do testemunho de terceiros ou verificação *in loco*.

Um exemplo clássico deste tipo de ata, é a ata de prova de vida, comumente solicitada pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social e por outros institutos de previdência e empresas seguradoras. Nelas o tabelião declara que determinada pessoa esteve em sua presença naquela data,

[14] É o caso das Normas de Serviço da Corregedoria de Justiça do Estado de São Paulo, no capítulo XIV, item 176.

constatando, portanto, que ela está viva para efeito de concessão ou manutenção de benefícios.

Como bem lembra LUIZ GUILHERME LOUREIRO[15], a notoriedade aqui tratada nem sempre se refere a fatos conhecidos por todos, até porque despicienda se faria a própria ata. No mais das vezes a função desta ata é a prova de fatos conhecidos pelas pessoas que com habitualidade convivem com o solicitante, ou que residem na mesma rua ou no mesmo bairro afetado pelo problema ou fato que se quer comprovar.

Por isso são exemplos também de atas de notoriedade a comprovação da existência do estado de posse de casado, do estado de posse de filiação, de convivência estável, duradoura e pública entre duas pessoas. Nestes casos, o notário se deslocaria até determinados locais e entrevistaria as partes e testemunhas, com a finalidade de constituição de prova sobre tais fatos, realizando verdadeira investigação notarial acerca da notoriedade do fato. A análise das provas e as diligências efetuadas, como ensina BRANDELLI *"serão consignadas na ata, externando o notário que estima justificada, ou não, a notoriedade do fato pretendido".*[16]

Tal ato notarial não se confunde com a declaração pura e simples dos próprios conviventes ou pais e filhos que comparecem ao cartório, que se consubstanciam por meio de escrituras declaratórias, tendo em vista que as manifestações

---

[15] **Manual de Direito Notarial**. Salvador, JusPODIVM, 2016, p. 540.

[16] BRANDELLI, Leonardo. **Atas Notariais** *in Ata Notarial*. Coord. BRANDELLI, Leonardo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 61.

de vontade são feitas pelas partes e apenas colhidas pelo tabelião, tendo por fim a constituição de um direito em si, e não a simples pré-constituição de uma prova desse direito, a ser futuramente utilizada para sua obtenção, como acontece com as atas notariais.

É possível também que seja solicitada a presença de um tabelião instantes após um acidente de trânsito, para descrever, de forma pormenorizada e objetiva, o local da colisão, a existência ou não de placas de sinalização ou semáforo, a posição em que ficaram os carros após a colisão, existência ou não de traços de frenagem, os danos verificados em cada veículo, enfim, dados que possam futuramente ser utilizados para o estabelecimento da culpa de um dos envolvidos e indenização dos prejuízos causados ao outro. Ter-se-ia aqui, também, a lavratura de uma ata notarial de um fato notório ou de notoriedade.

4.3 Atas de Protocolização ou de Protocolo

É a declaração de incorporação de um documento ao arquivo notarial; dessa ata é extraído o correspondente traslado, que produz os mesmos efeitos do documento original, nos termos do art. 425, II, do Código de Processo Civil brasileiro.

Ainda que tal ata seja tratada por parte da doutrina brasileira como de aplicação duvidosa ante à ausência de previsão específica, nos parece que o registro de um testamento cerrado, previsto no art. 1.868 do Código Civil pátrio, sempre se consubstanciou como seu exemplo mais claro. Testamento cerrado, também conhecido como "místico"

ou "secreto", é aquele que é escrito pelo próprio testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, mas cujo conteúdo permanece em segredo até a morte do testador. Tal cédula testamentária só será válida se aprovada pelo tabelião ou seu substituto legal, que, no entanto, não leem o seu conteúdo, que não fica arquivado em cartório.

A aprovação acima referida consiste numa declaração feita pelo tabelião em seu livro de notas de que em determinada data o testador lhe entregou uma folha ou conjunto de folhas de papel dizendo ser o seu testamento que desejava fosse aprovado, e que, após passar os olhos, sem ler o seu conteúdo, verificou tratar-se realmente de um testamento, sem rasuras ou entrelinhas, e por isso o aprovou, lacrando-o e costurando-o, para então, devolvê-lo à parte solicitante. Como se nota, não há qualquer manifestação de vontade ou juízo de valor externado, apenas a certificação de que aquela pessoa tem um testamento cerrado. A extração de um traslado com a descrição dos fatos ocorridos consubstancia-se, por evidente, numa ata notarial que passa a incorporar a existência daquele testamento, não lavrado pelo tabelião, aos arquivos notariais. Típica ata notarial de protocolo, portanto.

Outro exemplo típico é a expedição de cartas de sentença ou formais de partilha pelos notários, expressamente autorizadas no estado de São Paulo pelos itens 213 a 218 do Capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça local. É o que ocorre, por exemplo, ao final de um

processo judicial de inventário e partilha, em que as partes interessadas procuram um notário para que extraia as peças necessárias ao registro da partilha de bens homologada judicialmente; uma ata descrevendo tais fatos será lavrada para que, acompanhada dos documentos necessários, extraídos dos autos judiciais e autenticados, produzam o efeito pretendido pelos interessados.

4.4 Atas de Subsanação (Retificativas)

As atas de subsanação destinam-se à correção de erros, inexatidões materiais e irregularidades constatáveis documentalmente em escrituras públicas já lavradas; só são admissíveis quando a correção em questão não modifica a declaração de vontade das partes nem a substância do negócio jurídico realizado. [17]

Neste caso, o tabelião pode lavrá-las de ofício, sendo somente dele a assinatura nelas aposta (em regra). São considerados erros passíveis de correção por ata, omissões ou erros cometidos na transposição de dados constantes dos documentos exibidos para a lavratura do ato notarial, desde que arquivados no cartório, bem como erros de cálculo matemático, omissões ou erros referentes à descrição e à caracterização de bens individuados no ato notarial e as omissões ou erros relativos aos dados de qualificação pessoal

[17] Estão previstas expressamente no item 53 do capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Alguns estados as denominam equivocadamente, a nosso ver, de escrituras de retificação. Não há aqui qualquer formalização de negócio jurídico, mas sim simples correção de dados que o notário percebe equivocados, ou seja, a constatação de um fato, fim primeiro de toda ata notarial.

das partes e das demais pessoas que comparecerem ao ato notarial, se provados por documentos oficiais.

Vale lembrar que a correção ou alteração de qualquer outro elemento de escrituras públicas já lavradas, que demande a modificação de algum elemento essencial do negócio jurídico, e via de consequência, dele mesmo, só se dá pela lavratura de nova escritura, de rerratificação, e não da ata ora em análise.

Trata-se, pois, de importante instrumento a disposição do notário para que corrija pequenos erros eventualmente cometidos na lavratura de qualquer ato notarial, por vezes comuns em razão do açodamento diário dos notários como também pela pressa muitas vezes imposta pelos interessados, que independe da reunião de todas as partes interessadas, simplificando a solução de problemas cotidianos.

4.5 Atas de Constatação de Posse para fins de Usucapião Extrajudicial

O art. 216-A da Lei 6.015/73, introduzido pelo atual Código de Processo Civil (art. 1.071), estabelece que o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que tramita perante o Oficial de Registro de Imóveis competente, deve ser instruído com uma ata notarial lavrada por tabelião atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, se o caso.

Para lavrá-la, o tabelião ou preposto autorizado deverá se deslocar até o imóvel objeto da posse e observar e colher todas as informações necessárias para a constatação de que o

solicitante está na posse do imóvel pelo tempo necessário para a configuração da modalidade de usucapião por ele pretendida, e que está de fato agindo como se dono fosse. Como leciona LUIZ GUILHERME LOUREIRO, o Tabelião deve observar e constatar a existência de *"cerca delimitando o imóvel, de acessões e benfeitorias, o fato de possuir residir ou não no imóvel ou nele exercer atividade produtiva"* [18]

Após a sua lavratura, traslado da ata deverá ser entregue ao solicitante para instruir o requerimento do procedimento de usucapião extrajudicial a ser protocolado no Ofício de Registro de Imóveis competente (da situação do imóvel). O art. 4º do Provimento 65, de 14/12/2017, da Corregedoria Nacional de Justiça, editado para regulamentar o art. 216-A da Lei 6.015/73, estabelece que deverá ser lavrada ata notarial com a qualificação, endereço eletrônico, domicílio e residência do requerente e respectivo cônjuge ou companheiro, se houver, e do titular do imóvel lançado na matrícula objeto da usucapião, atestando: a descrição do imóvel conforme consta na matrícula do registro em caso de bem individualizado ou a descrição da área em caso de não individualização, devendo ainda constar as características do imóvel, tais como a existência de edificação, de benfeitoria ou de qualquer acessão no imóvel usucapiendo; o tempo e as características da posse do requerente e de seus antecessores; a forma de aquisição da posse do imóvel usucapiendo pela parte requerente; a modalidade de usucapião pretendida e sua base legal ou

[18] **Registros Públicos: Teoria e Prática**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 835

constitucional; o número de imóveis atingidos pela pretensão aquisitiva e a localização: se estão situados em uma ou em mais circunscrições; o valor do imóvel; e outras informações que o tabelião de notas considere necessárias à instrução do procedimento, tais como depoimentos de testemunhas ou partes confrontantes e imagens do local.

Trata-se do principal elemento de prova a ser utilizado no procedimento administrativo de usucapião. Embora não seja a ata, em si, constitutiva do direito de propriedade, através dela se constata não só a posse, mas também o tempo de sua duração, sua origem, sua natureza, suas características e demais dados que fundamentalmente indicarão ou não a existência do pretenso direito de propriedade.

5. DO AUXÍLIO DA TECNOLOGIA NA PRODUÇÃO DE ATAS NOTARIAIS: DESAFIOS DO NOTÁRIO DO SÉCULO XXI

Como se pôde notar na abordagem das espécies de ata notarial, em muitos casos a tecnologia ou é a razão de ser da ata ou auxilia enormemente o trabalho do notário, sendo muitas vezes essencial para que a sua lavratura seja possível.

Um bom provedor de *internet* e computadores com fácil acesso à rede mundial de computadores é condição essencial para que o notário possa cumprir esse importante mister. Um aparelho com câmeras fotográficas potentes e com imagens nítidas permite ao notário melhor descrever e comprovar os fatos presenciados.

O papel do notário do século XXI em muito difere do dos seus antecessores, ainda que os princípios da atividade se mantenham hígidos. A figura estanque do escrevinhador de fatos, sentado o dia todo em sua sala e sem contato com o mundo exterior claramente foi substituída pela figura do notário ativo, que se desloca até os locais em que é chamado para constatar fatos aos quais se pretende dar colorido jurídico.

O tabelião dos dias atuais deve estar atento às novidades tecnológicas e a possibilidade de sua utilização para perpetuação de fatos e atos cada mais perenes, especialmente os postados e rapidamente apagados em redes sociais. Ter um perfil em uma rede social não é só, para o notário, uma forma de lazer e satisfação social, mas também uma importante ferramenta para a constatação de fatos praticados por e contra usuários dos seus serviços.

O advento da *internet* e, mais ainda, das redes sociais, não só modificou o relacionamento entre as pessoas como também a sua intensidade. O quase anonimato e a falta de encontro físico com o oponente que se dão na rede mundial de computadores faz com que muitas pessoas digam e escrevam o que pessoalmente não diriam, gerando uma nova onda de conflitos, e, portanto, de fatos jurídicos que podem ser verificados e comprovados por um tabelião.

É possível, a título de exemplo, a utilização de uma ata notarial para constatar crimes ou ilícitos civis praticados contra ou por pessoas que estejam em países diferentes, em

lado opostos do globo terrestre, mas que se comunicam por meio de uma rede social ou de um aplicativo de mensagens aos quais o tabelião tenha acesso.

Por outro lado, a presença física do notário para a constatação de um fato mesmo que real (e não virtual), nem sempre é possível, mas pode ser resolvida pela tecnologia. Nesse sentido, imaginemos, por hipótese, a necessidade, para concretização do direito de usucapião, da constatação de posse prolongada em local de difícil ou perigoso acesso, cuja presença física no notário coloque em risco sua própria vida ou a de quem o auxilie. A presença de um grupo armado e ilícito de pessoas que veda o acesso ao local pode impedir que um dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (o direito a propriedade) seja obtido por um cidadão brasileiro? Pensamos que não.

A utilização de equipamentos eletrônicos de alta precisão pode permitir a visualização a distância do referido local, com a aproximação das imagens por meio de um aplicativo ou programa de computador que seja operado pelo próprio notário ou por alguém por ele designado e sob sua supervisão. Como o próprio Código de Processo Civil brasileiro, no já citado artigo 384, autoriza expressamente que a ata notarial contenha imagens ou sons gravados em arquivos eletrônicos, sem trazer nenhuma restrição ao modo de captação daqueles, clara nos parece a possibilidade de utilização, em casos como o acima descrito, de um *drone*, palavra de origem inglesa que significa "zangão", numa tradução literal para a língua portuguesa.

A expressão *drone* é mundialmente utilizada para designar todo e qualquer tipo de aeronave que não seja tripulada, mas comandada por seres humanos a distância.[19] Na prática, são equipamentos que usam uma tecnologia similar aos dos veículos de controle remoto; são produzidos com materiais resistentes e comandados a distância através de sinais de satélite ou via rádio, nos quais se pode acoplar uma ou várias câmeras para a obtenção de imagens ou vídeos. Sendo o drone controlado pelo próprio notário ou por alguém que seja por ele acompanhado durante o ato, perfeitamente possível nos parece a sua utilização para a lavratura de uma ata notarial.

ANDRÉ ABELHA, Presidente da Comissão Especial de Direito Notarial e Registral no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, em recente artigo publicado no site do Colégio Notarial do Brasil - seção São Paulo[20], esclarece ao notário brasileiro interessado na utilização desse equipamento como proceder:

(I) o drone deve ser remotamente controlado por uma pessoa, o piloto;

(II) o piloto não precisa ser o próprio notário; o importante é que ele acompanhe o vôo para se certificar de que as imagens estão sendo realmente captadas pelo aparelho;

(III) não se exige licença para comprar um zangão de qualquer tamanho e potência;

---

[19] Definição extraída do site: https://www.significados.com.br.

[20] **Uso de Drones em Atas Notariais.** Disponível em http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTgyMzI=&filtro=1; acesso em 27/07/2019.

(IV) ele não pode ser utilizado próximo a multidões ou aeroportos, nem pode subir a mais de 121,92 metros (400 pés);

(V) é necessário pedir uma licença à ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) com antecedência de 18 dias corridos, com cópia para o DECEA (Departamento de Controle do Espaço Aéreo da Aeronáutica), informando os dados básicos do drone e do trajeto do vôo.

Tem-se aqui um grande exemplo da importância do notário para a concretização de direitos e, principalmente, da importância da utilização, pelo notário, da tecnologia para tornar isso possível. Estar atento a tudo isso e pronto para o novo é função dentre as mais importantes do notário moderno.

Dentro deste contexto, o Conselho Nacional de Justiça, que possui competência para fiscalizar os serviços notariais e de registro no Brasil (artigos 103-B, § 4º, I e III, e 236, § 1º, da Constituição Federal brasileira) e para editar atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos referidos serviços (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça), editou o Provimento nº 74, de 31 de Julho de 2018, no qual estabeleceu padrões mínimos de tecnologia da informação para a segurança, integridade e disponibilidade de dados dos serviços notariais e de registro do Brasil. Nele, exige-se estrutura adequada e contratação de serviços de segurança, tais como: serviço de cópia de segurança na internet (*backup* em nuvem); unidade de alimentação ininterrupta (*nobreak*) compatível com os servidores instalados, com autonomia de pelo menos 30 minutos; dispositivo de

armazenamento (*storage*), físico ou virtual; e servidor com sistema de alta disponibilidade que permita a retomada do atendimento à população em até 15 minutos após eventual pane do servidor principal.

Em suma, o notário moderno deve se atentar não só às novas formas de captação de fatos jurídicos, mas também a garantir que sua serventia seja munida de estrutura suficiente para atender tais exigências e permitir uma eficiente e cada vez mais moderna concretude dos direitos dos usuários dos serviços notariais e registrais.

Tendo a tecnologia como sua aliada, a atividade notarial certamente ganhará novos contornos, o que, aliás, já tem ocorrido, sendo obrigação de cada notário acompanhar a realidade e a ela se adequar para dar maior efetividade a garantia de direitos e a prevenção de litígios que fundamentam sua atividade.

6. CONCLUSÕES

A crescente evolução tecnológica que, a passos largos, muda a concepção de mundo, traz também consigo enormes desafios ao notariado. A sociedade atual, munida em segundos de muitas informações, por vezes desencontradas e inverídicas, vê multiplicados os centros de litígios, agora não só reais, mas também virtuais.

O primeiro desafio do notário é acompanhar e se utilizar da tecnologia para tornar jurídicos fatos antes existentes somente em ambientes virtuais ou em locais de difícil ou

impossível acesso, garantindo seu registro e a perpetuação do seu conteúdo. A utilização de aparelhos celulares, *tablets* e outros dispositivos, bem como de aplicativos de mensagem e congêneres, para a concretização de negócios jurídicos ou de relacionamentos pessoais e profissionais é uma realidade da qual o tabelião não pode ser afastar.

Nesse passo, tem a ata notarial ganhado cada vez mais campo, especialmente para a certificação de conteúdo de páginas da rede mundial de computadores. Para tanto, o notário deve conhecer e interagir com essa nova realidade, com as redes sociais e os aplicativos de mensagens existentes, a fim de que consiga reproduzir da forma mais fiel possível o que ali se contenha e que se quer perpetuar para a produção de efeitos jurídicos.

O notário moderno é aquele que não só conhece o direito e os princípios que norteiam e fundamentam sua atividade e os atos que pratica, mas também aquele que está atento à tecnologia e aos desafios da vida moderna, cada vez mais virtual e menos real.

No entanto, o uso de toda essa tecnologia, diga-se, pressupõe condições financeiras adequadas para adquiri-la. Toda a estrutura mencionada nas linhas anteriores custa caro, e tê-la e mantê-la não é uma realidade para boa parte das serventias extrajudiciais brasileiras[21], que padecem de

[21] Em decisão datada do dia 12/07/2019, o Corregedor Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, referendando parecer da lavra do Dr. Paulo Cesar Batista dos Santos, Juiz Auxiliar da Corregedoria, orientou os Juízes Corregedores Permanentes do estado a levaram em conta a situação financeira

inúmeras dificuldades para garantir o mínimo necessário à sua eficiência, ainda que os órgãos judiciários de controle pareçam, muitas vezes, desconhecer essa realidade.

Não se discute aqui a importância de tais requisitos de tecnologia para a segurança dos atos prestados e para a perpetuação dos registros e atos notariais. O que se quer dizer, no entanto, é que ao mesmo tempo em que se exige uma melhor estrutura daqueles a quem se delegou esta importante atribuição, cabe ao Estado também prover os meios suficientes para tanto, especialmente aos que não tem condições de fazê-lo apenas e tão somente com os emolumentos que percebem pela prática de seus atos. Linhas de crédito facilitadas, fornecimento de equipamentos em regime de comodato ou cessão de uso, dentre outras, são apenas algumas formas de parceria que poderiam auxiliar os notários em seu mister.

O próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido da necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das delegações de notas e registro, até para que não se tornem desinteressantes do ponto de vista de quem as recebe. Na ADIn 1800-DF (Plenário, j. 06.04.1998, rel. Min. Nelson Jobim), o Ministro Marco Aurélio Mello assim afirmou:

---

das serventias sob sua fiscalização, já que comprovadamente 30,1% do total das serventias existentes no país estão entre as que possivelmente demonstrarão absoluta impossibilidade de adequação ao Provimento 74/2018 do CNJ, contra as quais não deverão ser instaurados procedimentos administrativos tendentes à punição dos seus titulares ou responsáveis (Processo Administrativo nº 2018/129740; p. DJE-SP 26/07/2019). Pensamos que este é o caminho correto, enquanto não se desincumbe o próprio Estado de fornecer os meios adequados aos que necessitam de auxílio para o cumprimento de tais exigências.

Ora, podemos interpretar esse preceito pinçado e potencializando o vocábulo "delegação", olvidando normas contidas na própria Constituição? Olvidando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que são ínsitos à Constituição Federal, à Lei Maior do País? Penso que não (...). A referência à delegação não me sensibiliza, porque ***o serviço deve ser exercido e sabemos que existem despesas; sabemos que, no caso, os Cartórios devem contratar empregados, devem funcionar em um certo local, e, portanto, têm despesas a serem executadas. Indispensável é que haja uma fonte de receita. O Estado, pela simples circunstância de lançar mão da delegação, não pode, sob pena de desrespeitar-se o texto da própria Carta da República, chegar ao ponto de inviabilizar o serviço que esta delegação visa a alcançar****.* (grifos nossos)

Sendo assim, se as novas tecnologias são as responsáveis pelo surgimento de novos fatos e situações que demandam intervenção notarial cada vez mais intensa[22], e se tal atuação é fundamental na prevenção de litígios, é imprescindível que se dê a cada notário a possibilidade de acesso a toda e qualquer novidade tecnológica, seja para que possa constatar fatos em locais fisicamente inacessíveis, seja para que possa interagir com o mundo virtual na busca da verificação de fatos aos quais se queira dar efeito jurídico, seja ainda para que

[22] José Flávio Bueno Fischer e Karin Regina Rick Rosa assim já previam, em interessante artigo denominado "Ata Notarial e as Novas Tecnologias", publicado em 2004 (quando sequer existiam as redes sociais hoje tão comuns) na obra intitulada **Ata Notarial,** coordenada pelo então notário e hoje registrador imobiliário Leonardo Brandelli (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, fls. 202-230).

tenha condições de prestar um serviço célere, com eficiência e adequado, passível garantir a perpetuidade de seus arquivos e livros.

7. REFERÊNCIAS

ABELHA, André. **Uso de Drones em Atas Notariais**. Disponível no Site do Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo; link: http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTgyMzI=&filtro=1; acesso em 27/07/2019.

BRANDELLI, Leonardo. **Atas Notariais** *in Ata Notarial*. Coord. BRANDELLI, Leonardo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, pp.37-74.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016.

CHAVES, Carlos Fernando Brasil & REZENDE, Afonso Celso Rezende. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de Direito Notarial**. Salvador: JusPODIVUM, 2016.

_____ **Registros Públicos: Teoria e Prática**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MONTANS DE SÁ, Renato. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

ZINNY, Mario Antono. **Fé Pública Notarial**. *El acto Notarial (Dación de Fé)*. Tradução de Daisy Ehrhardt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

María Laura Abecasis – Escribana Adscripta al Registro Notarial nº 44, de la ciudad de Resistencia, Provincia del Chaco.

EL NOTARIO Y La mediación

INTRODUCCION:

Frente al avance de las nuevas tecnologías, me vi motivada a estudiar estos nuevos desafíos que van posicionando al notario como el profesional idóneo para desarrollarlos. De todos ellos opté por investigar todo lo relacionado con la **mediación**.

Los notarios somos funcionarios públicos que ejercemos una actividad privada que tiene como principal objetivo: cuidar la armonía en que se desarrollan las relaciones entre las partes. Es en este punto, donde la actividad mediadora tiene coincidencia con la tarea notarial.

En los últimos años, la administración de justicia llevada a cabo por los tribunales judiciales se ha visto colapsada debido a la innumerable cantidad de causas que se inician. Muchas de ellas podrían ser dirimidas en una etapa de mediación, o extrajudicial. De esta manera, al fuero judicial, no sólo se le descomprime gran cantidad de causas sino que, para las partes acarrea el beneficio de economía de tiempo, de gastos y costas, así como que traen aparejada una rápida solución al conflicto.

El mediador es quien busca acercar a las partes, aunando criterios, tratando de encontrar coincidencias, disminuyendo las distancias que llevaron a buscar su ayuda.

El mediador debe estar legitimado para realizar su tarea y creo que nadie lo hará mejor que los notarios, que somos conciliadores por excelencia, que sabemos ser neutrales e imparciales, y que además reunimos muchas otras condiciones indispensables para desarrollar esta tarea.

La finalidad de la mediación no es lograr un acuerdo objetivamente justo sino uno conveniente y que deje satisfecho a las partes.

RESEÑA HISTORICA:

La mediación como actividad humana ha existido desde los albores de la vida en la sociedad.

En **1850**, Abraham Lincoln instó a sus colegas a convertirse en hacedores de la paz.

El mediador- hacedor de la paz es un valioso instrumento para la pacífica convivencia en la comunidad donde vive y sirve de ayuda en los conflictos más modestos. Lincoln rescata el valor de la armonía social.

En la cultura oriental, la mediación goza de una antigua tradición entre los pueblos antiguos. La mediación integra usos y costumbres y la figura del mediador puede ser institucional debido a una jerarquía en la organización comunitaria, sea como poder delegado o natural, o como expresión del ejercicio de la ciudadanía que permite honrar a las personalidades de la sociedad.

En **China** hay una instancia institucional de mediación que es una etapa obligatoria del acceso a la justicia.

En **Japón** existe una figura milenaria llamada *"chotei"* que actúa en los conflictos de derecho de familia, operando en una conciliación casi judicial.

El *chotei* confía la solución del conflicto a una tercera persona o una comisión formada por un magistrado y si es necesario intervienen dos o más conciliadores. Estos últimos son designados por el Tribunal Supremo por un bienio; deben tener entre 40 y 70 años de edad y poseer una calificación técnica para la función. Cuando esta etapa se agota, se abre el *"shipam"* que es similar a un procedimiento de instrucción y juicio.

En Japón la mediación está regulada por ley desde 1945.

A **fines del siglo XX,** nuevamente aparece la mediación en el Reino Unido y en los Estados Unidos, hasta extenderse a Canadá y Francia.

La evolución de la mediación en Europa y Estados Unidos aparece relacionada con las relaciones familiares.

En **1977**, un investigador de la Universidad de Bristol creó el primer servicio de conciliación familiar, enfocado principalmente en los conflictos que involucran a los niños.

En **1978**, en **Inglaterra**, apareció el primer servicio de mediación, de naturaleza independiente.

En **1988**, la difusión de la mediación familiar británica dio nacimiento a la **Asociación de Mediadores Familiares (FMA)**.

La mediación estuvo centrada en los niños y en los asuntos financieros relacionados con el divorcio. Ello se desarrollaba en cinco sesiones en la que intervenía un abogado co-mediador.

La FMA organizó prácticas de capacitación y dictó un código nacional de mediación.

En **Estados Unidos:** La revalorización de la mediación ocurrió en la **década del 60**. Tuvo una influencia china adaptada al mundo occidental.

La mediación fue objeto de estudios en la ley de la Escuela de Harvard, cuyo fundamento como medio de solución de conflictos tuvo por objeto el acuerdo de partes, sin carácter preventivo.

Así ***aparece el ADR- Solución alternativa de conflictos***, que se presentó como alternativa rápida y económica para la solución de ellos.

El costo extremadamente alto del poder judicial para los ciudadanos estadounidenses hizo que se adhieran rápidamente a esta forma de acceso a la justicia que se denominó ***"justicia de segunda clase"***.

En la **década del 70** se buscó mejorar el acceso a la justicia debido a la explosión masiva de litigios y se crearon foros para atender las pequeñas causas. Esta iniciativa estuvo dirigida a la protección del consumidor y a las relaciones con los inquilinos.

También la práctica de la mediación se extendió a Australia y Nueva Zelanda.

En **Canadá** la mediación tuvo características especiales las que fueron dadas por la influencia cultural francesa e inglesa.

En **1984,** en Montreal, se creó el primer **Servicio de Mediación Familiar (SMF)** a cargo de abogados, terapeutas familiares y de

pareja, quienes desarrollaron su tarea como una función especializada. [23]

CONFLICTO:

Antes de dar un concepto de mediación, conviene dejar en claro **que es un conflicto**; o lo que se conoce como una colisión de intereses o pretensiones.

Un honorable jurista lo define como **"interferencia intersubjetiva de intereses, susceptibles de trascender jurídicamente"**.[24]

El hombre es un ser sociable, interactúa con otros, todos con diferentes intereses. Al interactuar, muchas veces estas diferencias provocan choques que llegan a dañar la comunicación y, en algunos casos, hasta perderla en su totalidad. Para restablecerla se debe recurrir a las formas alternativas de resolución de conflictos, entre las que se encuentra la mediación. **Es aquí donde se asoma el principal rol del notario que consiste en mantener la paz social.**

CLASES DE SOLUCION DE CONFLICTOS:

Existen diversas clases de solución de los conflictos que pueden darse desde diferentes puntos de vista:

a. **Según de quién surja la solución del conflicto;** pueden ser:

[23] Gisele LEITE. "Una breve historia de la mediación". https://professoragiseleleite.jusbrasil.com.br/ artigos/ 437359512/um-breve-historico-sobre-a-mediacao.-

[24] Carlos Cossio. "El notario como mediador para la solución de conflictos adversales no litigiosos". Revista Notarial 962. Año 2.009. Argentina. Páginas 433 y ss.

I. **Autocomposición:** la regla general, en este supuesto, es que las partes busquen solucionar el conflicto por sí mismas, ***sin intervención de terceros.*** Puede suceder que se valgan de la ayuda de un tercero, quien se limitará a facilitar la comunicación y el acercamiento de las posiciones controvertidas.

II. **Heterocomposición:** se da cuando las partes delegan en un ***tercero*** la potestad de resolver conflictos. El laudo que emite es vinculante para las partes. En este caso debemos distinguir a:

1. **Mediación:** cuando es asistida por un tercero que se limita a buscar el acercamiento de las partes **SIN** aportar soluciones y **SIN** poder decidir.

El tercero busca resaltar la comunicación entre las partes. Es un proceso informal, expeditivo, confidencia y no hay registro público. Es menos costoso. Si las partes no están de acuerdo con la solución arribada pueden pedir otra. La relación de las partes es de cooperación.

2. **Conciliación:** aquella en la que el tercero tiene permitido proponer fórmulas de acercamiento.

3. **Arbitraje y/o Proceso judicial:** es cuando las partes someten sus diferencias a un tercero, que es quien va a dirimirlas.

La relación de las partes es antagónica. El proceso es costoso y largo. Los intereses de las partes suelen verse apreciados por la gran cantidad de cuestiones procesales que deben cumplirse. **Una parte *"necesariamente"* pierde**.

b. Según el origen del procedimiento:

I. **Vía legal:** surge de una norma, por voluntad del legislador.

II. **Vía convencional:** las partes libremente acuerdan el sometimiento a un proceso.

c. Según la imperatividad de la solución, los procedimientos pueden ser:[25]

ADVERSALES (proceso judicial, arbitraje)	NO ADVERSALES (negociación, conciliación, mediación)
Las partes están enfrentadas. Son contrapartes.	Las partes actúan juntas en pos de un mismo objetivo.
La voluntad de las partes es suplantada por un tercero que resuelve el conflicto.	Rige la voluntad de las partes.

[25] Soledad Daniela HASSAN. "El notario como mediador para la solución de conflictos adversariales no litigiosos". Revista Notarial N° 962- Doctrina. Argentina. Página 435 y ss.

Cuando una parte gana, la otra necesariamente pierde.	Ambas partes se benefician con la decisión final a la que arriban.
La decisión final que pone fin al conflicto se basa en la leu o en precedentes, pero no necesariamente satisface los intereses reales de las partes.	Las partes arriban a un acuerdo, o acuerdan las vías por las que resolverán el conflicto, satisfaciendo sus intereses reales, subyacentes debajo de las subjetividades que los empañan.

TECNICA ALTERNATIVA DE RESOLUCION DE CONFLICTOS:

La mediación es una de las técnicas alternativas de resolución de conflictos (TARC) atiligiosos. Es decir busca solucionar el caso planeado sin que llegue a

TU PROBLEMA TIENE
MEDIACIÓN

sede judicial, al uso de la fuerza o al abandono del conflicto.[26]

Hace mucho tiempo se viene bregando para que los estados modernos provean de un sistema heterogéneo de justicia, dentro del cual se encuentre incluida la mediación.

Se ha hablado de usar técnicas o procesos **"ALTERNATIVOS"**, que alivien la sobrecarga de litigios que llegan a ser dirimidos en tribunales. Estas causas no siempre arriban a una solución que satisfaga a las partes, que les devuelva la calma y les otorgue la posibilidad de restablecer las relaciones interpersonales que se han dañado.

Es por ello que, ante la aparición de un conflicto, se debe preguntar si el mismo posee entidad suficiente que justifique la puesta en marcha del aparato judicial o si existen otras opciones.

Adriana Schiffrin[27] decía que, cuando se debatan **derechos fundamentales** sería indispensable contar con un sistema

---

[26] María Inés AJURIA GUERRA. "La mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos". Revista Notarial N°926. Argentina. Página 29/30.

[27] Adriana Schiffrin: se graduó de abogada en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Se dedicó al ejercicio privado de la profesión y a la docencia universitaria.
Se especializó en mediación y otras técnicas de resolución de conflictos en el país y en los Estados Unidos, realizando, entre otros, los Seminarios sobre Negociación en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Fue mediadora certificada por el Ministerio de Justicia de la Nación, co-directora del Centro Vecinal de Mediación de Belgrano y vocal de la Comisión de Mediación del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.
Fue co-autora y co-compiladora de Mediación: una transformación en la cultura (Editorial Paidós, 1996).
Escribió numerosos artículos sobre su especialidad en publicaciones profesionales y de interés general. Integró el plantel docente del entonces Centro Regional de Investigación y Capacitación – SUSTENTAR de FARN, desempeñándose como co-directora del módulo de Facilitación y Mediación de Conflictos sobre Medio Ambiente y Desarrollo.
Fue miembro de Consenso Ambiental – Facilitadores y Mediadores para el Desarrollo Sustentable, grupo asociado a FARN que durante su gestión se concentró en el desarrollo de la mediación y la negociación

judicial eficiente que envíe mensajes claros a la sociedad. Y que cuando la disputa se traduzca en el tratamiento de interés privado se acuda a la mediación.

También decía que la mediación era idónea para reducir costos, no sólo económicos sino también el costo en tiempo de resolución entre las partes, el grado de insatisfacción con el resultado y la posibilidad de renuncia del conflicto.

En las TARC las partes tienen participación directa en la elección del modo de solucionar el conflicto. Las partes deciden si lo harán a través de una "Negociación", "Arbitraje" o "Mediación".[28]

LA MEDIACION:

CONCEPTO:

La mediación es **"el proceso participativo, voluntario y flexible de resolución de conflictos mediante el cual los participantes, asistidos por una o más personas neutrales, que facilitan la comunicación aislando sistemáticamente los problemas en disputa, con el objeto de**

ambiental en el marco de la resolución alternativa de conflictos, uno de los elementos fundamentales de la que se ha denominado "gobernabilidad para la sustentabilidad", tema sustantivo de esta Fundación.-

[28] María Inés AJURIA GUERRA. "La mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos". Revista Notarial N° 926. Buenos Aires. Argentina. Página 29 y ss.-

encontrar opciones y considerar alternativas, para llegar a un acuerdo que contemple los intereses de cada uno de ellos".[29]

Si analizamos los términos de esta definición encontraremos que de ella se desprenden los siguientes caracteres de la mediación, a saber:

1. ***Es un proceso....*** Ello conlleva a dos significados distintos:

a- Uno es utilizado para indicar la serie o conjunto de actos o de fases en la evolución de la mediación, hasta llegar a su culminación y;

b- El otro es para indicar el carácter, los medios y el método con que estos actos se llevan a cabo. **Este significado es el que posee relevancia en la mediación**, debido a que el mediador tiene la responsabilidad de la conducción del procedimiento.

Debe destacarse que, en la mediación las partes son dueñas de la solución del conflicto o problema suscitado pero, el mediador es quien tendrá bajo su control el procedimiento.

La mediación tiene como objetivo primordial brindar un proceso en el que las partes puedan comunicarse, explorar el conflicto y darse cuenta de las distintas opciones para solucionarlo, si es que éstas existen.

2. ***Es participativo....*** En la mediación, las partes son quienes intervienen negociando según sus propios intereses y no delegando la solución en un tercero. Ellas son sus propios jueces. La autoridad final son los mismo participantes, y éstos

[29] Susana N. Cortelezzi. "Mediación. Concepto. Análisis. Caracteres de la mediación. Habilidades y aptitudes del mediador". Revista Notarial N° 926. Buenos Aires. Argentina. Página 31 y ss.-

pueden diseñar una solución única que les dé resultado, ya que al formular su propio convenio es más probable que respalden sus términos.

La reducción de hostilidades favorece la aceptación de un convenio y debilita la necesidad de los participantes de seguir peleando.

3. ***Es voluntario y flexible….*** En la mediación nadie está obligado a llegar a un acuerdo pero de lograrse esa resolución sería voluntaria. Además cada parte es libre de retirarse en cualquier momento del proceso de solución del conflicto o problema.

En caso de no llegar a un común acuerdo, cada parte conserva todos los derechos para proseguir la resolución del conflicto por otro medio.

Al decir que la mediación es flexible se alude que se trata de un procedimiento informal porque el mediador no está obligado por las reglas procesales. Es decir que, **es un sistema informal pero con estructura,** ya que el mediador debe lograr un clima que nada tenga que ver con el de un Tribunal de Justicia.

4. ***… asistido por una o más personas neutrales….*** Motivo por el cual obtiene el carácter de singular o colectivo, ésta última llamada co-mediación.

La co-mediación enriquece el proceso de mediación, porque en su mayoría los conflictos tienen un lado emocional y otro legal o técnico.

No obstante, debe tenerse en cuenta que todo esfuerzo de equipo requiere coordinación, oportunidad y práctica. En

consecuencia, los mediadores, antes de iniciar su trabajo, deben conceder un tiempo prudencial para comprender la filosofía, puntos fuertes, puntos débiles, enfoques y técnicas de unos y otros.

El mediador debe ser neutral, aun cuando la mayoría de los autores dicen que el término el correcto es que **deben ser imparciales**. El término "imparcial" suena más apropiado porque la neutralidad absoluta no existe.

El mantenimiento de la neutralidad es un aspecto fundamental de la mediación. **EL MEDIADOR NO SOLO DEBE SER IMPARCIAL SINO QUE TAMBIEN TIENE QUE PARECERLO**. Lo cual implica que el mediador debe actuar con mucha cautela cuidando los gestos y el lenguaje al expresarse. En virtud de ello es que **EL MEDIADOR NO ES UN JUEZ QUE DECIDE, NI UN ABOGADO QUE ACONSEJA, NI UN TERAPEUTA.**

5. ***...facilitan la comunicación...*** "**Sin comunicación no hay negociación ni mucho menos mediación**". Para que en la comunicación se den buenos resultados es necesario que haya una transmisión y una recepción de información. **ESCUCHAR BIEN ES ESENCIAL PARA EL PROCESO DE MEDIACION.**

"LA COMUNICACIÓN ES EL ALMA DE UNA RELACION", por medio de ella puede arribarse a la planificación y consenso para una posterior resolución de conflictos.

La tarea del mediador consiste en intervenir durante todo el procedimiento para generar una conducta colaborativa entre

las partes y fundamentalmente para hacer de facilitador, traductor, transmisor de la comunicación.

6. **... aislando sistemáticamente los problemas en disputa, con el objeto de encontrar opciones y considerar alternativas....** Es por esto que el mediador debe trabajar para:

A- ***Descubrir*** los verdaderos temas involucrados en el conflicto. DEBE ENTENDERSE QUE LA MEDIACION NO ES TERAPIA.

B- ***Entender*** la diferencia entre lo que las partes quieren (posiciones) y lo que necesitan (intereses).

C- ***Asistir*** a las partes para identificar qué es lo más relevante para ellos.

D- ***Entender los deseos y las necesidades*** de la otra parte.

E- ***Considerar*** cuáles son las opciones posibles. El mediador es un agente de la realidad que ayuda a las partes a ver si su problema es real y cuáles serán los efectos prácticos que deriven al elegir un resultado. El mediador, a pesar de ser imparcial en lo que se requiere a los participantes, tiene la responsabilidad de fomentar actitudes razonables.

7. **...para llegar a un acuerdo que contemple los intereses de cada uno de ellos...** El mediador tiene como principal finalidad brindar un proceso en que las partes puedan comunicarse, explorar el conflicto, y darse cuenta de las distintas posiciones que hay para solucionarlo, si éstas existen. De haber acuerdo, éste debe provenir del consenso de ambas partes.

El mediador debe cooperar para que las partes logren un acuerdo extrajudicial, y que el mismo sea aceptado por ellas.

De conseguir esto se acorta el tiempo de un litigio judicial y se disminuyen los costos.

ETAPAS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN:

Una vez explicado el concepto de mediación, el cual consiste en un proceso, se advierte que el mismo consta de **tres (3) etapas**, las cuales no necesariamente deben cumplirse en su totalidad.

La **primera etapa:** se inicia con la presentación formal del mediador a las partes, lo cual debe llevarse en un clima favorable para lograr la interacción entre las partes y el mediador.

Esta etapa se inicia con la apertura del proceso voluntario de mediación que tiende a culminar con la redacción de un acuerdo consensual en el que se respeten las decisiones de ambas partes.

En la **segunda etapa** cada parte debe definir, lo más claramente posible, el problema, o reclamo que se ocasiona la oposición de intereses. Es aquí, donde el mediador inicia la búsqueda de los intereses, o de las verdaderas necesidades que impulsan la confrontación entre ellas.

El mediador hace un resumen, o "parafraseo" de la historia contada por las partes, de manera tal que éstas puedan cotejar si fue comprendido el problema o reclamo que las llevó a este procedimiento voluntario y extrajudicial. Aquí también es importante que las partes acepten o rechacen este resumen, por lo cual debe tenerse en cuenta otras alternativas para que también sean evaluadas.

Finalmente, la **tercera etapa** concluye la mediación, pudiendo derivar la misma en un acuerdo o en audiencia de acuerdo.

De lograrse el acuerdo, el mediador deberá intervenir en la confección del mismo, consignando las pautas a las que las partes arribaron, absteniéndose de imponer otras que no hayan surgido en la negociación.

En caso de no lograr ese acuerdo, las partes deben tener claro que existe otra alternativa para solucionarla fuera de la mediación, que es la sede judicial. Con todo esto quiero destacar que, **no todo conflicto resulta mediable, lo que dependerá de la voluntad y del deseo de las partes involucradas.**[30]

EL DEBER DE LA CONFIDENCIALIDAD EN LA MEDIACION:

LA CONFIDENCIALIDAD ES EL CARÁCTER MAS IMPORTANTE QUE DESTACA A LA MEDIACION. Ello se debe a que el mediador tiene que preservar el secreteo de todo lo que las partes le revelan en la audiencia.

Las audiencias pueden ser varias. De no hacerlo no funcionaría la mediación como tal.

El deber de confidencialidad del mediador tiene excepciones, ellas son, cuando tomo conocimiento de la comisión de un delito, o cuando hubo violencia o abuso de menores.

[30] Susana Luisa Fernández. "Etapas de la mediación. Rol del mediador". Revista Notarial N° 926.- Argentina. Páginas 37 a 39, inclusive.

EL MEDIADOR:

Un buen mediador no improvisa, reúne a las partes y las hace hablar del conflicto que acaece. Para ello debe dominar reglas y técnicas de facilitación, y conocer las propias fuerzas y flaquezas, desarrollando los aspectos positivos con el fin de conseguir un acuerdo conciliatorio.

El mediador debe motivar sin manipular, halagar sin coercionar, debe tratar de crear dudas en la mente de cada parte a fin de que puedan ver las debilidades de su propia posición para abrirse hacia un acuerdo.

Un verdadero mediador posee las siguientes cualidades: aptitud neutral, manejo del espacio, capacidad de escuchar atenta y activamente; flexibilidad, receptividad; imaginación; inteligencia; buen manejo de la comunicación; aptitud para preguntar y detectar intereses; capacidad para aislar el problema; reencuadrar el conflicto; ser agente de realidad; tener capacidad de abstenerse de emitir su propio juicio; empatía; sensibilidad y respeto; capacidad para tomar distancia de los ataques, entre otras.

Al enumerar estas cualidad pretendo señalar que **SER MEDIADOR NO ES TAREA FACIL**.-

EL NOTARIO COMO MEDIADOR:

Para analizar la posibilidad de que el notario desarrolle el rol de mediador es necesario partir de la definición de la

función notarial. En tal sentido Martínez Segovia[31], la define y caracteriza de la siguiente manera:

- Una función notarial **es compleja**, compuesta de acciones y ejercicios profesionales y documentales indivisibles. Este dualismo es inescindible en la figura actual del notario.
- Dicha función tiene por fines: proveer a la seguridad, valor y permanencia, de hecho y de derecho, al documento notarial y a su objeto o contenido. Estos fines se fusionan entre sí en forma indisoluble.
- Para obtener esos fines, la función se sirve de: A) **un medio subjetivo**, que es su órgano, es decir del notario y su pericia jurídica, y b) **un medio objetivo** que es el documento notarial.
- Esta función es de **carácter jurídico**, confiada a un profesional del derecho asesor, intérprete, redactor y conformador de la voluntad de los particulares en el manejo de intereses privados. Tal función **es de carácter privado, pero calificada,** por cuanto contiene virtudes de publicidad y valor que la asimilan a la función pública. También es de **carácter legal** por derivar su existencia y atributos de la ley.
- Las notas esenciales de la acción y ejercicio de la función notarial son: la intervención del notario, el objeto propio, la interposición de la fe notarial, y la voluntariedad que se refiere a la actitud de las partes que necesitan de la función notarial.

[31] Francisco Martínez Segovia. "Revista Notarial 962". Buenos aires. Argentina. Año 2.009.

- El objeto propio y material de esta función es el interés jurídico de los individuos.
- El ejercicio de la función notarial comprende a las siguientes acciones:

+ **Interpretativa**: incluye a la recepción de la voluntad de las partes, asesoramiento, docencia, conciliación, e interpretación jurídica final de esa voluntad;

+ **Configurativa**: abarca a la redacción, elección de la forma legal, el ejercicio de la potestad de interpretar el derecho en los casos de silencio, omisión, duda o falta de adaptación al caso;

+ **Autenticante**: ello se da mediante el uso de la fe notarial que confiere valor jurídico a la obra del notario y refleja calidades de buena fe y confianza sobre éste;

+ **Autorizante**: mediante la asunción de la responsabilidad de autor del documento notarial y transmisión de autoridad jurídica y moral derivada de la personalidad del notario;

+ **Conservadora**: de resguardo, que garantiza la permanencia como fin de la función y la actividad ejecutiva por medio de la reproducción documental auténtica.

Citando a Carlos Nicolás GATTARI[32], "la explicación profunda de la causa por la cual las normas regulan la función notarial, directa o indirectamente, es que ella cubre la necesidad existencial del ser humano, considerado en sí

[32] Carlos Nicolás GATTARI. "El notario como mediador para la solución de conflictos adversales no litigiosos /y litigiosos)". Revista Notarial N° 962- Doctrina. Buenos Aires. Argentina. Año 2009.

mismo y en su relación social. De modo tal que mientras existan personas con tales apetencias, existirá la función notarial".

LA MEDIACION Y LA FUNCION NOTARIAL. PAZ SOCIAL:

No existe incompatibilidad entre el ejercicio de la mediación y de la función notarial. Considero que nadie mejor que el notario para desempeñar esta tarea porque:

- El notario desempeña una función alitigiosa. Su tarea es el asesoramiento y consejo a los requirentes previniendo conflictos.
- El asesoramiento notarial debe ser llevado a cabo en un marco de **IMPARCIALIDAD**, o neutralidad y objetividad.
- El notario debe **GUARDAR SECRETO** de todas las cuestiones que se le confían.
- El notario desarrolla diariamente su tarea como **MEDIADOR** pues, debe escuchar a las partes, interpretar sus voluntades para plasmarlas en un documento acorde con los intereses de ellos, evitando el conflicto y dejando previstas las consecuencias jurídicas que surgirán ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes.
- El notario **SE CAPACITA** continuamente, ya que el ejercicio de su profesión así lo demanda y exige.

Todas estas características de la función notarial también son requeridas en la mediación. Por ello, estoy convencida que **la mediación puede ser incluida dentro de las actividades notariales y el notario las desempeñaría de manera eficaz**.

Sabemos que en el ejercicio de la función notarial, al igual que la mediación, debemos evitar la contienda porque se tratan de tareas preventivas. Además ello se da también en el campo de la mediación, reitero, que se debe incluir a **LA MEDIACION EN LA FUNCION DEL NOTARIO Y ASI SE MANTENDRA LA PAZ SOCIAL**.

LEGISLACION ARGENTINA. EVOLUCION:

A partir de 1991, el gobierno argentino, ante la crisis por la que atravesaba la administración de justicia, optó por promover métodos alternativos de resolución de conflictos.

El Banco Mundial, ante la situación de la administración de justicia de la Argentina y Latinoamérica visualizó un avance de las tareas administrativas sobre las judiciales, duplicación de tareas por falta de oficinas que asuman las labores de una misma característica, graves deficiencias en la comunicación, desaprovechamiento de los recursos humanos y materiales, falta de capacitación de empleados y funcionarios, entre otros. Ante ello, se pensó en la mediación como forma de complementar la tarea de los tribunales y como forma de encarar la solución de las contiendas de los ciudadanos.

El **19 de agosto de 1992**, se dictó el **Decreto 1480**, declarando de interés nacional el tema y se implementó el "Programa Nacional de Mediación" que crea el Centro de Mediación y la Escuela de Mediadores. Se puso en marcha un plan piloto con

la justicia civil y con acciones de apoyo a la mediación en las provincias.

Luego se dictaron varias resoluciones que establecieron el reglamento de la Escuela de Mediadores, instancias de capacitación, se estableció el funcionamiento del Centro de Mediación, se designaron los 10 primeros mediadores y se redactó el Reglamento de sus funciones.

El **11 de febrero de 1994**, la **Resolución Nº 62** de la Corte Suprema de la Nación aprobó el Plan Piloto de Mediación que funcionaría en 10 juzgados de la Capital Federal. Pero a partir del **1º de febrero de 1995** el número se amplió a 20.

La **Ley 24.573** impone la mediación para juicios que se inicien a partir del **23 de abril de 1996**, como instancia previa obligatoria para las partes. Esta ley se aplicó en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La citada Ley exigía que para ser mediador se debía tener título de abogado.[33]

SITUACION EN ALGUNAS DE LAS PROVINCIAS ARGENTINAS:

- **PROVINCIA DE BUENOS AIRES:** Se aprobó el proyecto de ley que establece que la mediación deberá ser obligatoria y previa en todo juicio civil o comercial.

- **CAPITAL FEDERAL:** El decreto 1480 del año 1992 declara de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la

[33] "Mediación. Proyecto piloto. Implementación, desarrollo y evaluación- Secretaria de Justicia de la Nación, La Ley, abril de 1996". Revista Notarial 962. Doctrina. Año 2009. Buenos Aires. Argentina. Página 439 y ss.

mediación como método no adversarial de solución de conflictos, creando un cuerpo de mediadores que funcionaría dentro del ámbito del Ministerio de Justicia.

- **CORDOBA**: Rige la ley 8858, que establece el carácter voluntario del proceso de mediación y con carácter obligatorio en las cuestiones civiles y comerciales que deban sustanciarse en juicio abreviado y ordinario cuyo monto no supere los $5.000, en causas donde se solicite el beneficio de litigar sin gastos y en aquellas en las que el Juez considere conveniente por la naturaleza y complejidad del caso.

El artículo 4, establece los principios que rigen el procedimiento de mediación. Ellos son: neutralidad, confidencialidad de actuaciones, comunicación de las partes, satisfactoria composición de intereses y consentimiento informado.

Esta ley regula un procedimiento de mediación en sede judicial y otro en sede extrajudicial.

Para ser mediador se requiere: A) ***En Sede judicial:*** exige título de abogado más 3 años de ejercicio de la profesión, y B) ***En sede extrajudicial:*** título universitario más 3 años de ejercicio de la profesión.

Sede Judicial: se debe solicitar la apertura del proceso, la cual puede ser a instancia de partes, o de oficio, cuando la ley impone como obligatoria.

Sede Extrajudicial: se da la apertura cuando las partes adhieren voluntariamente a la mediación para solucionar un conflicto ante un mediador y un centro de mediación (público o privado).

- **CORRIENTES:** Rige la Ley 5487, del 27 de noviembre de 2002.

Establece la obligatoriedad de la mediación en contienda civil o comercial, cuyo objeto sea materia disponible por las partes, procesos donde se solicite el beneficio de litigar sin gastos, acciones civiles resarcitorias tramitadas en el fuero penal, aspectos patrimoniales originados en asuntos de familia.

Regula un procedimiento en sede judicial y otro en sede extrajudicial. La mediación en sede extrajudicial es realizada ante un mediador debidamente acreditado. Esta opción exime a las partes de realizarla judicialmente, en caso que culmine el proceso.

Los requisitos para ser mediador son los mismos que establece la ley cordobesa.

- **MISIONES:** Existe un proyecto de ley presentado el 20 de mayo de 2003, similar al de CABA. Establece la mediación de carácter obligatorio. Exige el título de abogado para ejercer la mediación.

- **SANTA FE:** El 19 de noviembre de 1998, se dictó la Ley 11.622, reglamentada por el decreto 3372 del año 2003. Establece

la mediación con carácter voluntario. Distingue la mediación judicial de la privada. Exige para los mediadores judiciales el título de abogado y para los privados título universitario.

- **CHACO**:[34] El camino de la mediación fue iniciado, en Chaco, el 23 de agosto de 1996, fecha en que juran los primeros 39 mediadores de la provincia. Fueron éstos quienes tuvieron la tarea de demostrar que la mediación representa economía de tiempo y recursos en el proceso judicial.

Es por eso que, el 23 de agosto de cada año se conmemora el Día del Mediador, como una forma de resaltar la labor de quienes trabajan tratando que los conflictos sean resueltos a través del diálogo y de manera pacífica. Antes de esto, se consideraba que la diferencia de intereses sólo se podía resolver en una instancia judicial.

En abril de 1996, en la ciudad de Resistencia, Capital de la Provincia del Chaco, se comenzó con una experiencia piloto a través del Centro Público de Mediación conexo al Poder Judicial.

Más tarde, en el año 1998, la Cámara de Diputados de esta Provincia, sanciona la Ley N° 4498, que fijó el marco de los distintos aspectos de la profesión de mediador, la matrícula y los requisitos para su obtención. Esta ley crea el Tribunal de Ética que regula la actividad de los mediadores.

[34] https://www.todosobremediacion.com.ar/ley-mediacion-penal-de-la-provincia-del-chaco-ley-4989/ley-6051/

Según los registros que el Poder Judicial lleva, terminaron 6 de cada 10 causas de mediación, llegando los acuerdos a alcanzar un 88% a partir del año 2014.

El Centro Público de Mediación forma parte de los centros de mediación nacional, vinculado con la Junta Federal de Cortes, lo que permite tener una relación con otros centros del país.

Las autoridades del organismo explicaron que, existe la posibilidad, a través de las nuevas tecnologías de comunicación, en vincular a personas que residen en distintas localidades, sean del país o del exterior, para realizar mediaciones a distancia. En caso de mediaciones en diferentes provincias, cada una debe respetar la normativa de la otra para que el acuerdo sea homologado en ambas jurisdicciones.

DERECHO COMPARADO:

Aquí voy a basarme en la legislación que en materia de mediación tienen los países miembros del CONO SUR, tales son:

BRASIL:

Los doctrinarios brasileños, afirman con seguridad que, las soluciones extrajudiciales, especialmente el arbitraje y la mediación, representan un avance del proceso civilizador de la humanidad que buscan constantemente mecanismos de pacificación social eficiente.

Asimismo consideran que la mediación, a través de las exigencias de una participación más activa de los litigantes para resolver sus diferencias, representa un avance significativo por lo que en un marco regulatorio, contribuye inequívocamente a la promoción y civilización de la cultura de métodos adecuados de resolución de conflictos y, al mismo tiempo, tiene una perspectiva de racionalidad para la jurisdicción del Estado, hoy tan abrumada por el volumen decantado de casos.

Los elementos básicos del proceso de mediación en la legislación de Brasil son:

- Existencia de partes en conflicto
- Claro conflicto de interés
- Tercero neutral capaz de facilitar la búsqueda de un acuerdo.

Si bien la mediación es un procedimiento extrajudicial, nada impide que las partes, que hayan iniciado la fase judicial vuelvan a intentarlo por la vía conciliatoria.

El mediador debe perseguir los intereses detrás de las posiciones externas asumidas para que pueda señalar a las partes el posible camino de solución que han estado buscando.

Cabe destacar a los colegas Wendell Salomao y Diego Mayordomo, en el primer trabajo presentado por notarios noveles de diferentes países, el año pasado, en la Argentina, donde han expresado que: "LA MEDIACION ES UNA TÉCNICA POR LA CUAL LAS PARTES INTERESADAS ELIGEN Y ACEPTAN,

DE FORMA CONSENSUAL, SOLUCIONES PACIFICAS PARA EL CONFLICTO, donde el mediador posee un rol de facilitador de la construcción de tales soluciones. El resultado es controlado por las partes del proceso y como se trata de una solución construida en conjunto, las partes, en general, salen satisfechas con el desenlace del conflicto. **Resuelto el conflicto, se labra una escritura donde se plasma tal acuerdo".**[35]

Finalmente han resaltado que este tipo de proceso extrajudicial, o de jurisdicción voluntaria, se utiliza mucho y no sólo con la intervención del notario, sino que en conjunto con otros profesionales.

PARAGUAY:

En este país el arbitraje y la mediación se rigen por la **ley 1879/02**. Establece que: "la mediación es un mecanismo voluntario orientado a la resolución de conflictos, a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución amistosa de sus diferencias, con la asistencia de un tercero neutral y calificado, denominado MEDIADOR".

La mediación, en este país, tiene por objetivo contribuir al mejoramiento de la eficiencia y calidad del servicio de la Administración de Justicia, mediante la ampliación de solución de conflictos.

[35] Esc. Diego J. MAYORDOMO- Esc. Wendell J. F. SALOMAO. "MEDIACION E CONCILIACAO". Corrientes. Argentina. Noviembre de 2.018.-

Las características que posee la mediación son similares a las argentinas.

Pueden ser **objeto de mediación** todos los asuntos que sean susceptibles de transacción, conciliación o arbitraje y aquellos casos en los que las partes en un conflicto tienen una relación que debe mantenerse en el tiempo o cuando la confidencialidad, el tiempo o el costo económico sean factores fundamentales para resolver las divergencias.

La audiencia de mediación puede realizarse en cualquier momento, antes de la promoción de una demanda, o en cualquier estado del juicio antes de dictada la sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada.

Las partes podrán recurrir de manera conjunta o separada a la mediación, mediante la presentación de una solicitud escrita al mediador que elijan o al Centro de Mediación que determinen. Dicho Centro es quien nombrará el o los mediadores y convocará a las partes en fecha y hora determinadas para efectuar la sesión de mediación.

En el transcurso de las audiencias el mediador colaborará para que las partes puedan determinar con claridad los hechos alegados, como así también las posiciones e intereses en que se fundan, para luego elaborar conjuntamente las fórmulas de avenimiento que podrán o no ser aprobadas por las partes interesadas.

Las partes colaborarán de buena fe con el mediador y se esforzarán en cumplir solicitudes de éste y asistirán a las audiencias cuando éstas fueran convocadas.

Tal acuerdo obliga a las partes desde el momento que ellas y el mediador suscriban el acta de mediación que lo documente, y tendrá los efectos de cosa juzgada desde el momento en que el juez competente lo homologue.

El trámite de la mediación concluye por las siguientes causas:

1. Suscripción de un acta de mediación que contenga el acuerdo alcanzado por las partes.
2. Suscripción de un acta por medio de la cual el mediador y las partes dejan constancia de la imposibilidad de alcanzar una mediación.
3. Certificación expedida por el centro ante el cual se presentó la solicitud de mediación sobre la imposibilidad de celebrar la audiencia por la ausencia de una o más de las partes citadas a la audiencia.

Cabe mencionar que los **Centros de Mediaciones** son organismos dotados de los elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo al trámite de las mediaciones y para la capacitación de los mediadores. Estos Centros deberán organizar y mantener un registro de actas que contengan los acuerdos logrados, y las constancias de los

desistidos por las partes. Pueden expedir copias autenticadas de esas actas a las partes.[36]

Los requisitos para ser mediador consisten en ser una persona de reconocida honorabilidad, capacitación e imparcialidad, cuya labor consiste en dirigir libremente el trámite de la mediación guiado por los principios éticos deontológicos de la imparcialidad, equidad y justicia.

Como requisito previo al ejercicio de sus funciones el mediador deberá participar de un curso de capacitación especial dictado por un Centro de Mediación.

La legislación notarial paraguaya permite a los notarios actuar como mediadores.[37]

URUGUAY:

El notario se capacita y especializa en mediación para brindar ese servicio a los clientes.

La Asociación de Escribanos de este país toma a su cargo la capacitación de los profesionales y brinda un servicio de mediación a la comunidad a través de su Centro de Resolución de Conflictos, integrado por especialistas en la materia. Esta tarea la viene desarrollando hace aproximadamente 14 años.

---

[36] https://www.pj.gov.py/contenido/150-direccion-de-mediacion/150

[37] Ley nº 1839, año 2001. ..Artículo 115: "La función notarial es incompatible con el ejercicio de una función o empleo público o privado, y con el ejercicio del comercio por cuenta propia o ajena, o de cualquier otra profesión, salvo la de mediador...".-

Cualquier conflicto puede ser objeto de mediación, teniendo como único requisito que exista voluntad de arreglar el conflicto.

En el año 1999 se crea el Centro de Resolución de Conflictos el que se rige por un estatuto de creación y un reglamento de arbitraje. Este Centro cuenta con un registro de mediadores y árbitros que se encuentra a disposición de los interesados.[38]

PONENCIAS

- Buscar a la mediación, como método de resolución de conflictos, no sólo para lograr el acuerdo de partes, sino también la comunicación entre ellas.

- Legitimar al mediador para actuar como tal, es decir, que deberá haber una voluntad total de aceptación de las partes que decidieron la incorporación del tercero en el conflicto. Debe ser neutral e imparcial.

- Desempeñar el rol de mediador por notarios, quienes aparecen como los indicados para tal cargo, no existiendo incompatibilidad alguna para su ejercicio.

- El ejercicio de la mediación por parte del notario no forma parte de la función notarial en sí misma, sino que se trata de una actividad distinta, no vedada.

[38] http://www.aeu.org.uy/uc_1665_1.html

- Fomentar la capacitación notarial en temas relativos a la mediación.

- Plasmar el resultado de la mediación en acuerdo bajo forma de acta notarial.

- Utilizar el proceso judicial como último recurso.

- Incluir la mediación a la función notarial contribuirá a mantener la paz social.

- Propiciar la creación de Centros de Mediaciones que sean controlados por los Colegios Notariales.

- Los principios de imparcialidad, objetividad, secreto profesional, capacitación continua, pese a los cambios sociales, culturales y tecnológicos, no han perdido vigencia, muy por el contrario, se han mantenido y se debe bregar para preservarlos.

- Los argentinos deberíamos luchar por incorporar a la mediación en la función notarial, tal como lo hacen los colegas brasileños, paraguayos y, especialmente, los uruguayos. Estos últimos, desde hace 14 años lo vienen realizando de manera exitosa.

El mediador debe motivar sin manipular, halagar sin coercionar, debe tratar de crear dudas en la mente de cada parte a fin de que puedan ver las debilidades de su propia posición para abrirse hacia un acuerdo.

BIBLIOGRAFIA:

- Soledad Daniela HASSAN. "El notario como mediador para la solución de conflictos adversariales no litigiosos". Revista Notarial 962- Doctrina. Buenos Aires. Argentina. Año 2009.
- María Inés AJURIA GUERRA. "La mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos". Revista Notarial N° 926. Buenos Aires. Argentina.
- Susana N. CORTELEZZI. "Mediación. Concepto. Análisis. Caracteres de la mediación. Habilidades y aptitudes del mediador". Revista Notarial N° 926. Buenos Aires. Argentina.
- Zulema WILDE y Luis María M. GAIBROIS. "La mediación, nuevo instrumento de paz social". Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Buenos Aires. Argentina.
- Flora M. de KATZ. "El notariado y los medios alternativos de resolución de conflictos". Revista del Notariado 873. Buenos Aires. Argentina.
- Susana Luisa FERNANDEZ. "Etapas de la mediación. Rol del mediador". Revista Notarial N° 926. Buenos Aires. Argentina.
- Esc. Diego J. MAYORDOMO- Esc. Wendell J. F. SALOMAO. "MEDIACION E CONCILIACAO". Corrientes. Argentina. Noviembre de 2.018.
- https://www.pj.gov.py/contenido/150-direccion-de-mediacion/150
- Ley N° 1839, año 2001. Paraguay.
- Ley N° 1879/02. "De arbitraje y mediación". Paraguay.

- http://www.aeu.org.uy/uc_1665_1.html
- https://professoragiseleleite.jusbrasil.com.br/artigos/437359512/um-breve-historico-sobre-a-mediacao
- https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-mediacao-no-direito-brasileiro-evolucao-atualidades-e-possibilidades-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil/

https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI221467,101048-O+marco+regulatorio+para+a+mediacao+no+Brasil

Rafael Buchelli Oliver, ejerce el libre ejercicio de sus profesiones como Notario y Abogado.

Dataísmo & Notariado: Inteligencia Artificial aplicada a la función notarial

INTRODUCCIÓN

En el mes de Julio de 2019 se cumplieron 50 años de la llegada de la primer persona a la Luna, un suceso que marcaría para siempre un antes y un después en el desarrollo de la humanidad.

Para alcanzar dicho anhelo fue necesario el despliegue y utilización de un sinfín de recursos a todo nivel. Sin adentrarnos en detalles numéricos, la hazaña implicó entre otros puntos, la aplicación de tecnología que hasta el momento no se había podido desarrollar. La motivación por hacer historia llevó a crear dispositivos, sistemas y programas que hasta el momento se habían tomado como imposibles.

Hoy en día contamos con más tecnología al alcance de la mano que toda la utilizada para lograr llegar a la Luna. Así es, nuestros *smartphones* cuentan con millones de veces más

poder de cómputo que todos los procesadores sumados que se utilizaron en 1969 para poder alunizar.

El presente trabajo toma como punto de partida nuevas concepciones filosóficas y construcciones ideológicas enmarcadas en el desarrollo cuasi exponencial que ha tenido la tecnología. El foco se centra principalmente en el concepto y desarrollo de la Inteligencia Artificial realizando un abordaje que intenta explicar en qué consiste, las categorías, y ejemplos de aplicaciones actuales en cada caso.

A la luz de lo anterior se propone cómo poder en un corto y mediano plazo, capitalizar el uso de la Inteligencia Artificial y lo que la misma genera en beneficio y mejoría del ejercicio de la actividad Notarial.

DATAÍSMO

Dataísmo, no es un error de tipeo. Nada tiene que ver con el Dadaísmo, el Nihilismo o *la Font* de Marcel Duchamp.

Dataísmo procede de la palabra "*Dato*" y podemos entenderlo como una corriente filosófica o ideológica que pondera por sobre todas las cosas el procesamiento de datos. Al decir de quien acuñó este término Yuval Noah Harari *"El dataismo sostiene que el universo consiste en flujos de datos, y que el valor de cualquier fenómeno o entidad está*

determinado por su contribución al procesamiento de dato".[39] En todo aspecto se debe poner énfasis en el procesamiento de datos como centro y fin último anhelado. Esto aplicado a todos los niveles, desde la comparación entre un sistema y otro, una máquina y otra, una persona y otra, hasta a nivel de sociedad. Las sociedades que puedan procesar más cantidad de datos, de manera más efectiva, van a poder desarrollarse por encima de las que no.

Es importante entender el procesamiento de datos en sentido amplio. No lo interpretemos como algo que solamente puede realizar una máquina o computadora. Cada persona es una entidad que procesa datos. Nuestros ojos por ejemplo captan la luz y la procesan para que nuestro cerebro interpreta como imágenes.

Sumado a lo anterior, tomamos como cierto que la mayoría de las actividades humanas, son plausibles de verse reflejadas en un proceso. Desde el movimiento de un músculo (proceso físico), el sentir una emoción (proceso químico), o procesos complejos como la redacción de un contrato en donde se interpreta la intención de las partes. Potencialmente todo ello puede llevarse a un proceso. Algunos simples y fáciles de replicar, otros muy complejos y sofisticados. Dentro de esa línea de procesos complejos y sofisticados podemos encontrar un sinfín de casos. Vamos a centrarnos en uno de ellos: el ejercicio de la profesión notarial.

---

[39] HARARI Yuval Noah, *"Homo Deus"*, Editorial Debate, segunda edición mayo 2018, página 400.

EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN NOTARIAL

Lo que se busca no es definir el ejercicio notarial, la profesión o la fe pública. Lo que intentamos es desentrañar las tareas específicas del quehacer diario en una notaría. La sofisticación de las actividades y tareas que hacemos, las cuales en última instancia podrían definirse o identificarse como una suma de procesos.

¿Estamos ejecutando esos procesos de la forma más efectiva? ¿Podríamos utilizar alguna forma de asistencia o entidad para mejorar? ¿Realmente utilizamos nuestro tiempo del día a día a los aspectos elementales de nuestra profesión? ¿Reescribir hojas y hojas de un documento manuscrito es efectivo? ¿Y hacer filas en una oficina pública para obtener un documento?

Todas estas cuestiones e interrogantes suceden en todas las profesiones. Lejos de buscar generar una visión apocalíptica o negativa, debemos entender que el mundo va en el sentido del Dataísmo. A priorizar lo efectivo sobre lo no efectivo. Acompañado siempre por el uso de aquellos elementos que generen una mayor efectividad.

En ese punto de quiebre es que tenemos el deber de *aggiornar* nuestra profesión y aceptar que es un cambio inevitable. No todos van a ser parte del cambio, no es una "obligación" individual. Sino que es un deber grupal, como colectivo, como conjunto. Debemos tener la capacidad de resiliencia y tomar lo mejor de este nuevo movimiento para capitalizarlo en mejorar lo que hacemos de forma cotidiana.

Hay un aspecto etáreo que puede influir en cierta medida en quienes formen parte del cambio, y quienes no. Pero la edad no es una limitante, no es determinante, es un elemento más a tener en cuenta. Naturalmente hay cierta facilidad habiendo nacido en un contexto específico, pero es más relevante la actitud que la edad en este caso.

El cambio al cual nos referimos es la inclusión de métodos o herramientas que permitan mejorar el procesamiento de datos. Que permitan hacer más óptima nuestra profesión. Desde reducir tiempos, brindar nuevos análisis o enfoques o incluso automatizar tareas.

LAS "NUEVAS" TECNOLOGÍAS

La mayoría de las tecnologías a las cuales denominamos "nuevas", tienden a tener más de diez años de implementación y las ideas de las mismas se remontan a décadas atrás. El *Blockchain*, tecnología utilizada para varios fines actualmente, podemos encontrarla en el *Bitcoin* (criptomoneda) la cual se creó en el 2009; los *Smart Contracts*, en el mismo momento, ya que el *Bitcoin* se puede entender como un *Smart Contract* en sí; el *Timestramping* o sellado de tiempo, lo vemos reflejado por ejemplo en el protocolo RFC 3161 que data del 2001.

Lo que sí tiende a ser nuevo, es la utilización de las mismas con fines jurídicos. Y es en esos aspectos que cobra sentido la expresión, ya que estamos frente a una novedad.

Dentro del universo de creaciones tecnológicas existe una rama o grupo el cual llama poderosamente la atención. Tal vez

sea por su nombre rimbombante o por la imagen que genera en nuestra mente, eco de interpretaciones cinéfilas y literarias de ciencia ficción, hablamos de la Inteligencia Artificial.

INPUT – OUTPUT

Previo al desarrollo de la implementación de la Inteligencia Artificial como tal, entendemos importante adentrarnos en algunos elementos que ayudarán a la compresión del tópico abordado. A nivel informático como en todas las ramas especializadas, se maneja una nomenclatura particular, en este caso vamos a destacar algunos de esos elementos para darle una base mínima de conocimiento al lector.

Para describir la entrada de datos a un sistema o programa: *"Input"* y la salida de datos que ese sistema o programa nos genera *"Output"*.

A modo de ejemplo con otro rubro, en una carpintería el *Input* sería madera y clavos, y el *Output* los muebles generados en la misma. De igual forma trabaja un sistema informático, pero tanto la entrada como la salida son datos. Claramente no son los mismos datos, y no siempre se representan de la misma forma. Una fotografía es una serie de pixeles combinados de una forma específica, lo que un sistema interpreta como datos. De igual forma puede interpretar números, letras, audios, videos, etc.

Lo relevante es entender que una entidad recibe datos, los procesa, y devuelve otros datos. Esto puede ser por

diversas técnicas, sistemas o métodos. Va a depender qué tipo de datos queremos obtener, qué finalidad buscamos o los supuestos de los que partimos, la elección de esa entidad.

BIG DATA

El salto que viene a dar la Inteligencia Artificial es en cuanto a la cantidad de datos que se pueden procesar. Tal vez la existencia de los datos en sí ya se había dado, pero no la posibilidad de procesar o analizar los mismos con este poder de cómputo.

Para que se entienda el punto al cual queremos llegar, desarrollaremos un caso real como referencia. El 21 de julio de 1969, fue un día histórico para la humanidad, ya que por primera vez un ser humano *caminaba* sobre la superficie de la Luna[40]. Para que dicho evento sin precedentes ocurriera, fue necesario la creación de un sistema a medida denominado Computador de Navegación del Apolo o *"Apollo Guidance Computer"* (AGC), lo que forzó a aplicar la máxima tecnología vista hasta el momento.

En la actualidad tenemos al alcance de nuestra mano, y tal vez sin ser conscientes, un dispositivo que tiene millones de veces más capacidad de cómputo de la tecnología utilizada para llegar a la Luna: un *smartphone*. Así es, nuestros celulares actuales tienen millones de veces más capacidad de cómputo, por tanto, de procesamiento de datos, que toda la tecnología

[40] La misión se envió al espacio el 16 de julio de 1969, llegó a la superficie de la Luna el 20 de julio de ese mismo año y al día siguiente logró que dos astronautas (Armstrong y Aldrin) caminaran sobre la superficie lunar. https://es.wikipedia.org/wiki/Apolo_11

que se utilizó en 1969 para caminar sobre la superficie de la Luna. Este hecho nos puede dar un orden de magnitud para posicionarnos respecto de los volúmenes de información y datos que se procesan hoy en día.

En la vorágine actual de procesar y generar datos, hemos alcanzado un grado de complejidad y tamaño de los mismos que ha sido necesario acuñar una nueva terminología: Macrodatos o *"Big Data"*. Al poseer estas cantidades inéditas de datos, lo cual hace pocos años era imposible imaginar, el desafío radicó en poder procesarlos de forma efectiva. En ese momento es que la Inteligencia Artificial comienza a ganar protagonismo y a generar interés a nivel mundial.

El *Big Data* va a ser en la mayoría de los casos el *Input* utilizado por la Inteligencia Artificial. Son cantidades tan absurdamente grandes y complejas de datos, que ni las mentes humanas más brillantes podrían procesarlos. Como seres humanos no tenemos la capacidad cognitiva o el poder de cómputo, para llevar a cabo el tipo de análisis de datos que sí puede hacer la Inteligencia Artificial.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: GENERALIDADES

El desconocimiento generalizado en el mundo jurídico de este tema, hace interesante poder adentrarse en el estudio mismo de la cosa y analizar las posibles aplicaciones y convergencias que tiene con el ejercicio de la profesión notarial. Apalancado por la imaginación y la ciencia ficción, este concepto nos hace pensar en un mundo cuasi infinito de posibilidades y opciones.

¿Desde cuándo existe este concepto?

Tomemos como mojón representativo de este punto al cuento *"Sufragio Universal"*[41] de Isaac Asimov. En grandes líneas el cuento se centra en una computadora ficticia llamada *"Multivac"* la cual selecciona a una sola persona en Estados Unidos, y a través de diferentes preguntas que *Multivac* le realiza, arroja el resultado de las elecciones nacionales. Esa única persona es identificada por la computadora como la más representativa del país.

Si bien el punto al que Asimov quiso llegar pudo haber sido un enfoque de demostración por reducción al absurdo (*reductio ad absurdum)*, tal vez por algún aspecto a nivel contextual de ese momento, en el camino ocurrió una serendipia en donde se encuentran los elementos de lo que hoy en día identificamos como Inteligencia Artificial. Genera gran asombro conocer que dicho relato data de 1955, por tanto hace cerca de siete décadas estas ideas ya rondaban la mente de algunos individuos (si no es que antes).

Para abordar este concepto, entendemos como punto de partida esencial la nomenclatura y etimología, bases de apoyo para dar una primera visión sobre un tema. Conforme a la Real Academia Española, entendemos a la Inteligencia Artificial (AI por su sigla en inglés "*Artificial Intelligence*") como la: "*Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que*

[41] ASIMOV Isaac, *"Cuentos Completos I"*. Editorial B S.A. sexta reimpresión 2014. Página 63 y siguientes

realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico."[42]

Dentro del concepto de Inteligencia Artificial hallamos un grupo de funciones, sistemas, técnicas o programas con diversos fines u objetivos. Al ser un concepto tan amplio, se engloba bajo el mismo una serie de elementos heterogéneos, ya sea por complejidad, utilidad, tecnología utilizada, modelos u otras variables.

En grandes líneas podemos diferenciar dos grupos: supervisados (*"supervised"*) y no supervisados (*"unsupervised"*). Algunos autores manejan también el concepto de reforzado (*"reinforcement"*), frente a lo cual entendemos que se trata de un caso particular dentro de los supervisados.

Supervisados *("Supervised")*

Son aquellas entidades en las cuales se indica la categoría o la clase relevante o deseada. Un ejemplo es la clasificación de mails como *SPAM (correo no deseado)*. Mi correo electrónico antes de enviarme un nuevo mensaje a mi bandeja de entrada, hace un chequeo histórico contra los correos que anteriormente marqué como *SPAM*. En estos casos sabemos el resultado esperado por parte del sistema, queremos que persiga un fin específico y determinado por el operador.

[42] https://dle.rae.es/srv/fetch?id=LqtyoaQ

En el ejemplo, que todos los correos que fueron determinados como no deseados por mi, lo sigan siendo.

No supervisados (*"Unsupervised"*)

Son aquellos en donde no se indica el resultado deseado. Se cargan los datos y se espera que por criterios que defina el mismo sistema, agrupe, o concluya por sí mismo. Esta categoría es muy utilizada para determinar *"clusters"* (sinónimo de conjunto, grupo o cúmulo). Un ejemplo (del cual no se sabe la veracidad del mismo, pero cumple el efecto de dar claridad a la idea) se plantea en el ejército de Estados Unidos, en donde se toman las medidas corporales de cada uno de los integrantes de las fuerzas, con el fin de unificar las medidas de los uniformes. Se cargan todos los datos en un sistema, y el mismo arroja como resultado cinco talles distintos de los uniformes que deberían generar.

El sistema en definitiva armó categorías o clases conforme a su criterio, tomando como relevantes los elementos que él mismo definió. Determinó de esa manera qué talle de uniformes eran los más óptimos establecer para acaparar a todos los integrantes del ejército y también en el proceso determinó un talle para cada sujeto.

Lo relevante en este caso no es cómo se determinaron esos grupos o talles, sino la determinación en sí, como resultado del procesamiento de los datos. No tiene relevancia

el cómo llegó a determinado resultado el sistema, ya que lo hace sin reglas determinadas, sino el resultado en sí mismo.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA AL NOTARIADO

Corresponde ahora que entendemos conceptualmente lo que es la Inteligencia Artificial, y las categorías que existen, hacernos la siguiente pregunta: *¿Cómo podemos aplicar Inteligencia Artificial al Notariado?*

Para responder cabalmente la interrogante el primer paso es realizar trabajo de investigación y estudio respecto de las nuevas tecnologías, productos o procesos que hay en el campo. El dinamismo del rubro hace que la tarea sea iterativa, constante y posiblemente improbable llegar a una cobertura total de la misma. El impulso tecnológico actual motiva la generación y creación de nuevas ramificaciones y despliegues de forma constante.

Parte de esas investigaciones dieron a la luz algunos elementos que podríamos aplicar en un corto plazo en el ejercicio diario de nuestra profesión. A continuación, se realiza el desarrollo de los mismos, posibles implementaciones y los desafíos que plantean.

1. OCR

¿Cuántas veces nos hemos encontrado reescribiendo en nuestra pc texto de una fotocopia o un título manuscrito? ¿Cuánto tiempo hemos utilizado para este tipo de tareas? ¿Realmente aportan valor a la función notarial desperdiciar tres horas de tiempo transcribiendo un título anterior?

La respuesta claramente es no. No aporta valor destinar nuestro recurso más esencial, el tiempo, a una tarea perfectamente ejecutable por otra entidad. Es ahí donde entra en juego la tecnología OCR.

Por su sigla en inglés OCR (*"Optical Character Recognition"*), podemos traducirlo a español como Reconocimiento Óptico de Caracteres, es un proceso a través del cual se digitalizan textos (*output*) partiendo de la base de imágenes o símbolos (*input*).

Esta tecnología nos permite por ejemplo partir de fotocopias de textos físicos, ya sean manuscritos o no, y digitalizar los mismos, con caracteres individualizados, para poder acceder a ellos desde cualquier dispositivo. Esto nos da la posibilidad entonces de digitalizar no solamente un título manuscrito anterior, sino ir un paso más allá, nos abre las puertas a poder digitalizar toda la información histórica que tenemos en las notarías, los archivos nacionales, oficinas estatales y demás. Podríamos de esta manera tener un respaldo digital de toda la información que hoy en día se encuentra solamente en estado físico. No hablamos solamente de tener un respaldo de "fotos" o textos "escaneados", sino que hablamos de tener esos textos digitalizados, o sea que podamos copiar y pegar los mismos en cualquier editor de texto de una pc o dispositivo.

La ventaja de ahorro de tiempo es evidente, pero también debemos ver las otras aristas en las que beneficiaría la utilización de esta herramienta. Unificación de información,

reducción de espacio en oficinas públicas, respaldo de documentación, inalterabilidad posterior de los documentos entre otros.

Implementación

La implementación de este tipo de soluciones, en los hechos es simple de explicar. Por un lado deberíamos tener como *Input* un documento físico o no digitalizado (podría incluso ser un PDF de un documento manuscrito), por otro un dispositivo que permita cargar los datos al sistema. En el caso del documento físico serviría la cámara de nuestro celular, y en el documento PDF manuscrito, sería el mismo archivo que se carga en el sistema. Luego de la carga de la información, se procesan los datos y arrojaría el texto digitalizado. Es posible que alguna de las palabras no las pueda identificar con exactitud y requiera de intervención de un humano, pero en la medida en que obtenga más y más datos, se va perfeccionando y disminuyendo los errores.

Los pasos se podrían esquematizar de la siguiente manera:

Fotografiar archivo > Carga del archivo > Revisión por un humano > Digitalización total

Como desarrollamos anteriormente, para el uso de este tipo de avances, es necesario contar con grandes cantidades de datos, para que el sistema pueda irse perfeccionando cada vez más. En ese sentido en la medida en que más notarías,

oficinas o entidades procesen sus textos a través del mismo sistema, el mismo se irá perfeccionando cada vez más.

La particularidad del léxico jurídico puede llegar a generar un primer período en que los resultados no sean óptimos. Cabe destacar que los resultados van a ser directamente proporcionales a la cantidad de datos cargados y correcciones que se vayan realizando de forma manual. Que en el primer momento de implementación no tenga un resultado del 100%, no significa que en el corto plazo no va a representar una gran mejora en nuestro trabajo.

2. Sistema que detecte errores en documentos

No es formularismo, estandarización ni mecanización de la función notarial. Es un filtro más o una asistencia que nos permitiría la detección de errores o fallas en los documentos a realizarse o realizados. Es un apoyo para el profesional que de forma objetiva pueda hacer sugerencias o comentarios respecto de determinado documento. El alcance que el mismo tenga va a depender del tipo de sistema que utilicemos, pero el límite es difícil de determinar a ciencia cierta.

Somos humanos, y como humanos podemos cometer errores. La sobrecarga de trabajo, la falta de sueño, el estrés u otros factores pueden influir de forma negativa en cualquiera de nosotros. Podemos por una distracción no incluir determinado elemento esencial en un contrato, y con el simple procesamiento a través de esta herramienta, darnos cuenta de eso.

Para dar una idea respecto de lo que se anhela alcanzar, pongamos como centro de la explicación a otra profesión, para entender los matices e impacto del punto al que se quiere llegar. Los pilotos de aviones cuentan con múltiples y sofisticados sistemas que los asisten y asesoran al momento de tomar las decisiones. No toman la decisión en sí, sino que sugieren a quien está guiando la aeronave a su destino. Es el ser humano en última instancia que opta por aceptar o no la sugerencia del sistema. Es quien tiene el control en sus manos quien en base a los datos o análisis de los sistemas toma la decisión final.

De igual forma, podríamos como Notarios contar con asistencia de sistemas de alto rendimiento y sofisticación para de esta forma utilizar nuestra capacidad cognitiva de forma óptima. Pero en última instancia será la persona quien esté al mando, y no el sistema.

Complementando el ejemplo, para dar magnitud sobre lo que puede desencadenar la no intervención humana, mencionaremos los accidentes ocurridos recientemente en los modelos Boeing 737 MAX 8 y la supuesta *-en investigación-* falla de su sistema. Sin entrar en argot aeronáutico o tecnicismos, en grandes líneas el nuevo modelo de Boeing cuenta con un software de control de vuelo llamado MCAS *(Maneuvering Characteristics Augmentation System)*, el cual cumple la función de bajar la nariz del avión de forma automática, ya que por la construcción de los mismos y la inclusión de motores más grandes, presentaban una tendencia

a inclinarse hacia arriba. Este sistema está actualmente en evaluación ya que parece ser el desencadenante de más de un accidente, en el cual el sistema interpretó la necesidad de bajar la nariz de la aeronave, cuando en realidad era lo correcto, por estar en etapa de despegue. Esto generó una "batalla" entre el sistema automático que forzaba el avión hacia abajo, y los pilotos que luchaban por corregir este error interpretativo del sistema.

Si bien lo anteriormente plasmado se encuentra en proceso de confirmación, transmite de forma clara en el lector la idea de la necesariedad de la intervención humana. Complementa en un nivel más abstracto lo antedicho, una reflexión respecto de la diferencia entre la raza humana y las máquinas o sistemas, en donde el filósofo y ensayista surcoreano Byung-Chul Han, señala: *"La máquina no es capaz de detenerse. A pesar de su enorme capacidad de cálculo, el ordenador es estúpido en cuanto le falta la capacidad de vacilación".*[43]

Por otro lado, los puntos anteriores no desacreditan para nada la gran utilidad que ha tenido el uso de la tecnología en la aeronáutica, siendo éste el medio de transporte más seguro que existe hoy en día. No dejemos que la excepción nos nuble el juicio, por el contrario, tomemos un aprendizaje de las mismas y velemos por la implementación y mejora del uso de la tecnología.

---

[43] BYUNG-CHUL Han, La sociedad del cansancio. Segunda edición ampliada, Herder Editorial, S.L., Barcelona, año 2017, página 51.

Implementación

Saliendo del ejemplo de la aeronáutica, en donde el uso de sistemas y programas es moneda común, y enfoquémonos en cómo poder utilizar herramientas similares en el ejercicio de nuestra función.

El punto inicial sería recabar los datos en grandes cantidades y poder comenzar a *"entrenar"* al sistema. Partimos de un sistema no supervisado, al cual vamos a ir alimentando de datos e información, hasta llegar a un punto en que él mismo identifique los errores. En ese estadio solamente se debería hacer un control periódico con un muestreo al azar de documentos, para hacer un seguimiento y ajustes al sistema en caso de ser necesario.

¿Qué entidad está diseñada desde su concepción para capacitar operadores jurídicos?

La Universidad. Y es en ese mismo lugar en donde daría los primeros pasos de aprendizaje este sistema, al cual de forma pedagógica llamaremos *SOFI*.

SOFI ingresa en Facultad directamente en el período de pruebas (internos, parciales, o la nomenclatura que se utilice en cada país) de los últimos años de formación en la carrera. No va a tener conocimiento jurídico de fondo (en principio)

sino que su primer conocimiento del derecho va a ser las técnicas notariales, la redacción misma de los contratos, la faceta práctica de la formación de la carrera.

Tomando como base el caso de la Universidad de la República en Uruguay, en las técnicas notariales hay cerca de cincuenta alumnos por materia, y en cada una de ellas se hacen hasta diez pruebas anuales. Por tanto, tendríamos unas 500 pruebas anuales por clase. Sumar a *SOFI* a varias o todas estas clases, nos va a permitir fomentar el proceso de aprendizaje de forma intensa, ya que, para una misma letra de una prueba, va a tener unas cincuenta muestras de redacción (una por cada estudiante). En caso de que las pruebas se realicen de forma digital, se partiría de esa base, y en su defecto previamente debería pasar por el proceso que desarrollamos en el punto anterior de este trabajo.

Con ese *Input* que son las pruebas de los estudiantes, los profesores correctores deberán ir marcando directamente en el programa, cuáles son las partes de las pruebas que son correctas y cuáles no. Es un trabajo similar al que se realiza hoy en día por parte de los correctores, pero en lugar de hacerlo de forma manual en documentos físicos, estos casos van a tener que marcarlo en el sistema. Para que se entienda el punto, pondremos algunos ejemplos.

En un primer caso un estudiante podría no haber incluido la cláusula de tradición en el contrato de compraventa. El corrector deberá indicar en el programa, la falta de dicha cláusula, la ubicación deseada de la misma y posiblemente una

redacción sugerida al respecto. De forma conjunta debería agregar el efecto jurídico que generaría la falta de agregar ese elemento en el contrato.

Un segundo caso puede ser un estudiante que olvida colocar la fecha y lugar de otorgamiento en el documento. El profesor debería marcar a través del uso del sistema, la falta de estos elementos, la sugerencia respecto de lugar y cómo incluirlos, y las causas que generaría la no existencia de ellos.

Como tercer ejemplo, para entender el alcance potencial que tiene esta idea, es la no coincidencia en el negocio jurídico redactado y lo que las partes quieren acordar. Los pasos a realizar serían los mismos que anteriormente, pero con otra complejidad extra, ya que en este punto va a entrar en juego la letra del ejercicio, o sea, nada más y nada menos que la voluntad expresada por las partes.

Con este proceso de enseñanza, que utilizamos hoy en día para los alumnos humanos, también podríamos comenzar a educar a *SOFI*. En la medida en que tenga más datos, correcciones e información, va a poder de forma paulatina e independiente ir detectando los errores y realizar sugerencias al humano interventor.

¿Cómo podríamos aplicar este sistema a la función notarial?

Este sistema podría ir todavía más allá de las Universidades, y no solamente ser un asistente en la corrección de pruebas. Una vez que alcance el volumen de información suficiente para hacer sugerencias respecto de escrituras, podría utilizarse en los Registros Nacionales, en donde se cargaría al sistema las observaciones realizadas por los Registradores, entrenando de esta forma a *SOFI* para que pueda incluso adelantarse a este tipo de situaciones generando beneficios para todas las partes. Por un lado, para los profesionales intervinientes respecto del levantamiento de las observaciones mismas, y por otro lado a los Registros Públicos respecto de la optimización en el uso de sus recursos.

De esa forma entonces podríamos contar en nuestros estudios con un asistente no humano, el cual pueda hacernos sugerencias de los documentos que creamos para los casos concretos, teniendo en cuenta para esas sugerencias miles y miles de datos tomados de diferentes fuentes como pueden ser: Universidades, Registros Públicos, Juzgados, otras notarías, etc.

Este tipo de ideas vienen a generar cierta reticencia o miedo. Ya sea por el desconocimiento, por el temor a que pierda sentido mucho de lo que hacemos hoy en día, o a ser desplazados por sistemas operativos. Pensemos nuevamente en el citado caso del piloto de una aeronave. Si bien tiene un sinfín de sistemas de asistencia y sugerencia, es el humano en última instancia que va a tomar la decisión.

3. Identificar patrones de conductas de nuestros clientes, en base a hipótesis

Tomamos en este caso como referencia un sistema supervisado.

El enfoque de este punto sobrepasa los aspectos jurídicos y aplica directamente sobre aspectos comerciales, de gestión o de *"márketing"* como podremos ver a continuación. El quehacer notarial no solamente implica conocimiento jurídico, sino que tiene un gran componente a nivel de *"soft skills"* (habilidades blandas), reflejado en el trato para con otros colegas o directamente con nuestros clientes.

En ese sentido, otra línea en donde podríamos innovar sería en identificar patrones de conducta de nuestros clientes para poder conocerlos más e incluso prever determinadas situaciones antes de que pasen las mismas.

Implementación

Supongamos que no existe impedimentos a nivel de confidencialidad de datos, y pudiéramos darle a un sistema todas las compraventas de vehículos automotores realizadas en un período dado.

Luego le indicamos al programa cuáles son las variables o los aspectos sobre los cuales queremos nos brinde conclusiones. Algunos de esos puntos podrían ser: *¿A qué edad promedio realiza una persona la primera compra de un automotor? ¿Cuántos años tienden a pasar antes de vender ese*

primer vehículo? ¿Influye el género con las preguntas anteriores? ¿Hay fechas en donde se concentra más cantidad de contratos de este tipo? ¿Cuántos vehículos tiene una persona a lo largo de su vida? ¿Los automotores posteriores tienen a ser de mayor valor? ¿Cuántos de esos contratos se hacen conjuntamente con garantías? ¿Cuáles son las garantías más usadas?

Estas entre otras preguntas sería posible responderlas con exactitud, en base a datos. No en base a intuición o subjetividades, sino a datos reales. Con los mismos podríamos anticiparnos a flujos de trabajo, por ejemplo, si prevemos que el último trimestre del año es cuándo se realizan más cantidad de negocios de este tipo, podemos prever cómo cubrir ese incremento en las horas de trabajo.

También podríamos ir un paso por delante de las intenciones de nuestros propios clientes, si sabemos que el tiempo promedio para una persona de esa edad, género y situación económica en cambiar su vehículo es de cuatro años, podríamos cercano a esa fecha contactarnos y consultarle si está previendo hacer el cambio. Este tipo de elementos podrían ayudarnos a dar un asesoramiento integral y un acompañamiento de nuestros clientes de una forma sin precedentes. Al estudiar y analizar los patrones, hábitos y conductas, sabríamos incluso antes que ellos mismos, los negocios que van a realizar.

4. Identificar patrones de comportamiento no previstos de nuestros clientes

Trabajaremos en este punto tomando como base un sistema no supervisado.

Suponiendo de la misma base que el punto anterior, pero en este caso vamos a ir más allá, superando todos los esquemas previstos, vamos a imaginar la posibilidad de concentración total de datos e información. Partimos de la hipótesis en donde no solamente le brindemos al programa información respecto de automotores, sino de todas las escrituras y juicios realizados en las últimas décadas, para que pueda conforme al criterio del propio sistema agruparlos o llegar a conclusiones.

¿Qué conclusiones podría llegar? ¿Qué tipo de conductas con implicancias jurídicas reiteran las personas a lo largo de los años? ¿Es posible identificar patrones de conducta?

Hasta no realizar el ejercicio, no sabremos las respuestas a esas preguntas. De todas formas, citaremos un ejemplo dado en una cadena de supermercados que buscaba identificar patrones de conducta de sus clientes, los resultados fueron llamativos.

"Por ejemplo, alguien descubrió, analizando los datos, que el consumo de pañales y cervezas en los supermercados estaba asociado. Esa información se transformó en conocimiento cuando se descubrió que cuando los papás compraban pañales, también se llevaban un pack de cervezas. ¿Qué hicieron?

Pusieron los pañales y las cervezas en góndolas continuas y las ventas se multiplicaron."[44]

Si bien el ejemplo es meramente ilustrativo, ya que son evidentes las diferencias entre la venta de productos y la de servicios, el fondo en cuestión es la capitalización de esa información para mejorar la *UX* (del anglicismo *"User Experience")* o experiencia del cliente. En este caso puntual vemos que el cliente camina menos dentro de la tienda, tarda menos tiempo en hacer las compras y no olvida llevar el otro producto. Visto desde el lugar del supermercado, aumenta su rentabilidad y ganancia.

En este caso podemos ver como se ingresó una gran cantidad de datos al sistema (el *input* es el listado de compras realizadas en el supermercado), pero no se estableció categoría o resultado deseado, sino que se deja libremente al programa realizar las asociaciones conforme a su criterio.

Evidentemente podríamos caer en casos de apofenia, en donde el sistema nos sugiere patrones que nada tienen que ver entre sí, y no podríamos llegar a ninguna idea interesante o útil. Pero seamos optimistas, y pensemos que tal vez sí se puedan llegar a resultados atractivos.

Las conclusiones podrían ser muy simples, como que todas las personas que se divorcian previamente se casan. Como operadores jurídicos nos parecería una obviedad, por la

[44] http://www.isci.cl/big-data-descubrio-que-tienen-en-comun-la-cerveza-y-los-panales/

naturaleza misma de los institutos, algo que el sistema desconoce y tampoco es relevante que conozca.

¿Pero si en lugar de eso arroja una conclusión no prevista por ningún humano?

Por ejemplo, que el 73% de quienes celebran capitulaciones matrimoniales no se divorcian. Con un resultado de ese estilo podríamos utilizarlo muy a favor de la profesión, haciendo una campaña de *márketing* fomentando la realización de este negocio, ya que en definitiva quienes deciden contraer matrimonio, en principio, es para toda la vida.

Entonces, con esos datos podríamos hacer una campaña con el contenido: *"El 73% de quienes celebran capitulaciones matrimoniales viven felices por siempre. Si no quieren ser del 27% restante, contáctese con su Escribano de confianza".*

Imaginemos el impacto a nivel social, poder lanzar campañas de este tipo. Fomentaríamos nuestras actuales fuentes de trabajo en base a datos, dando una sólida postura a la ciudadanía, ponderando la importancia en la realización de determinados actos o negocios jurídicos.

Aunque sea una hipótesis que puede sonar cursi, la idea a transmitir es la infinidad de posibilidades que hoy en día no estamos aprovechando. Tal vez no todas se vinculen estrictamente a lo jurídico, pero recordemos que nuestra profesión tiene muchas otras aristas en el ejercicio cotidiano, las cuales debemos fomentar cada día más.

EL FUTURO YA LLEGÓ

Es la contraseña del Wifi del primer espacio de *CoWork* fundado en Montevideo. Pero además de ello, es una realidad que no podemos negar, tenemos que aceptarla. Y frente a dicha realidad se nos presenta una dicotomía en la cual necesariamente tenemos que optar por una de las opciones: tomar las riendas o ser meros espectadores.

Para ilustrar al lector, me tomo el atrevimiento de realizar una serie de recomendaciones a implementar de forma personal y colectiva, a los efectos de optar por la primera de las opciones. No intenta ser un decálogo ni mucho menos, simplemente pautas que sirven como referencia a la hora de ahondar en estos temas.

1. Estudiar

Somos operadores jurídicos y como tales es menester enfocar nuestro proceso de aprendizaje en torno al derecho, lo cual es perfectamente válido. Lo cuestionable es que dicho conocimiento tiene que complementarse con otras aristas. La tecnología es una piedra angular en el ejercicio diario de nuestra vida y por tanto en el ejercicio de nuestra profesión. Corresponde formarnos también en este sentido, saber cuáles son las novedades, las nuevas tecnologías, conocer al menos en grandes líneas hacia donde avanza el mundo. Solamente así podremos capitalizar las nuevas herramientas que se generen y darles un correcto uso en nuestra profesión

Es importante entender que detrás de las innovaciones disruptivas hay ideas, concepciones filosóficas y paradigmas

de donde parten sus creadores, las cuales no vamos a llegar a entender si no estudiamos. Para que se entienda el punto, pondremos el ejemplo de las Criptomonedas. Cualquier intento por regularlas, va directamente en contra de la naturaleza de las mismas. Si no estudiamos a fondo el tema, y el marco teórico que contemplan las mismas, podemos incurrir en un error conceptual y pretender implementar una "solución" que la propia naturaleza del objeto no lo permita.

2. Escribir

Tenemos la posibilidad de hacer doctrina sobre un campo en el que existen escasas publicaciones académicas realizadas por Escribanos. Si es verdad que existen trabajos creados por Ingenieros y Abogados, pero no así de Notarios.

Sumado a lo antedicho, los Noveles contamos con la ventaja de ser nativos digitales, por tanto no tenemos barreras que otras generaciones sí tienen. Estamos inmersos en el uso cotidiano de la tecnología desde muy corta edad. Como colectivo de Noveles, en un Congreso Internacional académico, deberíamos apuntar a fomentar el interés en adentrarse en estos temas, en presentar ponencias, estudios, y en que la cantidad y calidad de trabajos presentados año a año sea mejor.

3. Unir

Si actualmente no existe una Comisión de Tecnología en el Colegio o Asociación de tu país, hacer lo necesario para crearla. Si ya existe, aprovechar la instancia y sumarse a la

misma en pos de aumentar el conocimiento personal y grupal. Hay que ser protagonistas de los cambios.

El intercambio entre colegas en un entorno con un enfoque meramente destinado con estos fines, potencia el crecimiento, el alcance y los aprendizajes. Permite generar espacios de creatividad y aprendizaje, potenciar ideas y concretar proyectos.

4. Formar

Este rubro se marca en dos aspectos. El primero en sede de formación pre-grado. A través de las organizaciones de cada país es posible comenzar procesos de actualizaciones de planes de estudio en donde se tienda a incluir de forma paulatina aspectos de esta índole, dando así herramientas al futuro colega para antes de comenzar a ejercer.

El segundo, en el marco de la formación continua para el ejercicio de la profesión. Si bien los puntos anteriores hacen hincapié al respecto, la realización de cursos de actualización, puesta a punto y seguimiento de avances y mejoras podrían ser elementos clave en el acompañamiento grupal.

5. Interconectar

Seguramente alguna vez todos hemos escuchado algo como, *"el Derecho acompaña a la sociedad"*, y ese acompañamiento no es instantáneo, sino que tiene un proceso de desarrollo. Es en ese lapso que a veces podemos tener la sensación de "llegar tarde", o que la realidad y el derecho no están acompasados. En el caso de la tecnología muchas veces

es lo contrario, es la tecnología la que marca hacia donde avanza la sociedad.

En la medida de lo posible recomendamos, tener intercambio de ideas con ingenieros informáticos o programadores. Esto no significa crear un estudio *"protarial" (término acuñado en el presente para referirse a una empresa que brinde servicios jurídicos en la cual trabajen de forma conjunta Notarios y Programadores)*, sino que hagamos esfuerzos por entender la manera en la que están formados. Participar de eventos, charlas, ver videos en internet, leer publicaciones o simplemente tener personas cercanas con este perfil y se permitan tener intercambios con fines académicos.

Son las personas con este tipo de formación e ideas las que hacen los cambios estructurales en nuestro estilo de vida. A modo de ejemplo, hace 20 años pensar en un *smartphone* era un imposible, hoy en día pensar en estar 24 horas sin tu *smartphone* parece un imposible.

CONCLUSIONES

Lejos de tener una visión apocalíptica o distópica, lo que hay detrás de todas estas proyecciones, elementos o tal vez anhelos no es otra cosa que la condición humana. Basta mirar cualquier capítulo de la aclamada serie *Black Mirror*, para entender que no es la tecnología *per sé* la que puede llevar a un estado negativo para nuestra profesión o más aún a nuestra especie, sino que es el uso mismo de esa tecnología lo relevante.

Pretender pausar determinados descubrimientos es como pretender tapar el sol con un dedo: absurdo e imposible. Como operadores jurídicos tenemos que formarnos en estos temas, tenemos que estar a la vanguardia y a la par en conocimiento (al menos conceptual) respecto de los creadores e implementadores de las mismas. La respuesta no es siempre "regular", ya que hay construcciones que por su propia naturaleza de la cosa son irregulables. Día a día el uso de los últimos avances de la tecnología mejoran la calidad de vida y las experiencias de las personas.

¿Con qué motivo no utilizaríamos estas tecnologías para el ejercicio de nuestra profesión y mejoría en la experiencia de nuestros clientes?

Va más allá de utilizar *Whatsapp* para responderle a un cliente, de tener los documentos en *Drive o DropBox* o incluso de realizar reportes al Banco Central a través de un *ID* Digital. Eso es apenas la punta del iceberg de todo lo que podemos llegar a hacer. Enfoquemos nuestro tiempo y energía en optimizar la experiencia para nuestros clientes. Asignemos los recursos en aquello que agrega valor y en última instancia logra el cometido por excelencia de los operadores jurídicos, que es la posibilidad de una convivencia pacífica, brindando seguridad jurídica.

Utilicemos de forma sabia nuestra agenda diaria, enfocada a generar valor agregado, apoyémonos en la tecnología como una herramienta, seamos eficientes en el uso de los recursos que tenemos, destinemos nuestra atención en

prevenir o solucionar los problemas de nuestros clientes en pos de priorizar por sobre todas las cosas lo realmente importante: vivir en una sociedad mejor y más próspera.

PONENCIA

Es posible aplicar la Inteligencia Artificial al servicio del Notariado en un corto plazo. La cuestión es si como colectivo vamos a priorizar y destinar los recursos necesarios para ello o no. Los beneficios en caso de hacerlos repercuten de forma positiva en todos los aspectos del ejercicio de nuestra profesión: automatización de procesos, optimización de recursos, disminución de tiempos y por sobre todo mejoría en la experiencia de nuestros clientes.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ASIMOV Isaac, *"Cuentos Completos I"*, Editorial B S.A. sexta reimpresión, año 2014.

BYUNG-CHUL Han, *"La sociedad del cansancio"*. Segunda edición ampliada, Herder Editorial, S.L., Barcelona, año 2017.

HARARI Yuval Noah, "Homo Deus", Editorial Debate, segunda edición mayo 2018.

MATICH Damián Jorge, *"Redes Neuronales: Conceptos Básicos y Aplicaciones"* (PDF), Cátedra Informática Aplicada a la Ingeniería de Procesos – Orientación I, Buenos Aires, Argentina., año 2001.

RIFKIN Jeremy, El fin del trabajo: Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimeinto de una nueva era. Ediciones Paidós Ibérica S.A., año 2004

RUSSELL Stuart; NORVIG Peter, *"Inteligencia Artificial: Un Enfoque Moderno"*, editorial Pearson Prentice Hall, segunda edición, año 2009.

Páginas web

https://es.wikipedia.org/wiki/Apolo_11

https://www.nasa.gov/mission_pages/apollo/missions/apollo11.html

http://www.isci.cl/big-data-descubrio-que-tienen-en-comun-la-cerveza-y-los-panales/

https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-48475878

Entrevista

Entrevista personal de fecha 2 de mayo de 2019 con Ing. Guillermo Colmenero. Fundador de Pyspring empresa de desarrollo de software.

https://www.linkedin.com/in/guillermocolmenero/

Henrique Furlan de Lazzari de Souza, auxiliar notarial do segundo Tabelião de Notas de Ribeirão Preto, SP.

A importância do notário para a história e o futuro e sua atuação no âmbito legal

1 – INTRODUÇÃO

Segundo Caio Mário, "A atividade notarial e de registro sempre esteve associada à própria organização das sociedades, existindo relatos históricos sobre a função desde as primeiras civilizações".

O direito notarial está muito bem relacionado com a história que, com o desenvolvimento da civilização e das relações privadas advinda da evolução dos contratos desde a antiguidade, fizeram surgir um instituto que pudesse dar força jurídica com cautela, de forma escrita, registrando a plena vontade das partes e o momento da celebração do ato praticado.

Graças aos registros públicos e principalmente aos tabeliães de notas, as pessoas podem registrar qualquer fato, seja entre contratos de transações e até mesmo com a constatação de um fato por meio do instrumento público, um exemplo é a "Ata Notarial", no qual o tabelião documenta, de forma imparcial, um fato, uma situação ou um momento presenciado por ele.

Mas não só isso, existem aqueles famosos contratos de gaveta, que uma vez perdido será muito difícil de se ter um novo, a não ser que o contrato seja feito por meio de escritura pública, em que o tabelião de notas zela por seus livros que são numerados e arquivados, e ainda mais, com a nova tecnologia os tabeliães tem tudo digitalizado com a possibilidade de fazer um backup para não perder nada que está sendo registrado, tornando possível uma segunda via do que foi lavrado, facilitando para os cidadãos e para uma futura dúvida contratual ou judicial.

Muitas pessoas ainda olham os notários, com seu trabalho, sendo uma burocracia que é imposta pelo Estado para ter lucros. Digamos, qual a necessidade de um reconhecimento de firma, algo bem simples com um carimbo no documento? Essas mesmas pessoas, infelizmente, não notam qual a sua necessidade, e é possível perceber ao nosso redor fraudes de que as pessoas são vítimas, e das quais as serventias extrajudiciais desempenham em suma o papel de prevenção, o que muito é apresentado por um colaborador no momento da prestação do serviço ao público.

Devemos pensar que muito deve-se refletir quanto o exercício da atividade não só notarial mas como registral, evoluiu e ainda existe a possibilidade de abrir novos campos em sua atuação. O legislador, ao decorrer dos anos, vem reconhecendo essa evolução e dando espaço às serventias extrajudiciais para formalizar muitos atos que até anos atrás só eram possíveis pela via judicial, e atualmente podem ser feitos extrajudicialmente, trazendo inúmeros benefícios a quem procura, tem urgência e até mesmo não querer ir para judiciário por conta da demora.

Os tabeliães de notas são muito importantes para história, que poderá ser contada minuciosamente sem ter um erro de virgula quando solicitado. Apesar das pessoas falarem que é muito caro se fazer um serviço no cartório de notas, muitas vão até a serventia extrajudicial e fazem o documento porque sentem confiança jurídica, e não é à toa que as pessoas no Brasil confirmam que os Cartórios Extrajudiciais são a entidade mais confiáveis.

[1] A grande novidade está no percentual de entrevistados pelo Datafolha que têm conhecimento de o titular do cartório ser aprovado em concurso público: 61%. O número é um resultado positivo, uma vez que a idéia de o cartório passar de pai para filho ainda sobrevive em muitos textos encontrados nas redes sociais assinados até por profissionais de imprensa.

[1] Além disso, 57% dos usuários já sabem que os valores cobrados são fixados por lei. Esses percentuais representam um grande avanço em meio ao desconhecimento geral sobre o funcionamento dos cartórios, mas notários e registradores

querem que eles aumentem e possam alcançar níveis mais altos junto à população em geral.

[1] Uma parte significativa dos entrevistados (36%) não soube informar que parcela do custo é destinada a taxas e impostos, apesar de a descrição desses valores constar no recibo de todos os documentos entregues pelos cartórios.

2 – CONTEXTO HISTÓRICO

Alguns estudiosos encaram como o primeiro modelo do notário atual a imagem do escriba, que na sociedade egípcia, era o agente responsável por realizar as transações/contratos da época. Os escribas eram agentes que recebiam uma grande preparação cultural, os seus cargos eram de propriedade privada, sendo objeto do direito sucessório, entretanto, a diferença para hoje, é que naquela época os agentes não dispunham de fé pública, que é a principal prerrogativa do notário atual, e por esse motivo todos os atos praticados tinham que ser validados por autoridade superior para que tivesse valor "jurídico" e comprobatório.

Já na Roma antiga, os documentos eram aceitos pela *manufirmatio*, que consistia em uma cerimônia onde os documentos não eram assinados, mas era feito a leitura do documento em um pergaminho pelo próprio autor, funcionário ou pelo *notarius,* que assim era identificado, e após batia um carimbo do autor no documento, passando a mão pelo pergaminho em sinal de aceitação, sendo realizado sempre em

público para que as assembléias tivessem característica de valor comprovado do ato.

Ainda em Roma, houve um tempo que a voz dos cidadãos fazia fé em juízo, porém, devido a conquistas de novos territórios, mistura de culturas e povos na sociedade durante a expansão do império romano, não era mais possível ou mesmo seguro, do ponto de vista jurídico em poder contar com a boa fé dos cidadãos. Desse modo, veio a surgir os *notarii, argentariitabularii*e os *tabelliones.*

Os notarri eram pessoas que escreviam utilizando notas que consistiam nas iniciais das palavras e em abreviaturas, sendo que o significado era difundido na praxe, não dispondo de caráter público.

Por sua vez, os argentarii, eram pessoas que conquistavam dinheiro por empréstimos para outras pessoas em particular, lavrando contrato mútuo e registrando em livro próprio nome e cognome do devedor, bem como todas as condições destacadas para a contratação do mútuo.

Os tabularii tinham função de contador público, com a responsabilidade da direção do censo, escrituração e guarda dos registros hipotecários, o registro das declarações de nascimento, a feitura de inventários das coisas públicas e particulares, a contadoria da administração pública, entre outras. Diferente do Tabelião de Notas, este agente romano se

assemelha aos atuais registradores civis das pessoas naturais e registradores de imóveis, bem como para registrar nascimentos e as transações envolvendo patrimônio, seja ele público ou pertencente a entes privados.

Dentre todos os agentes romanos, os que mais se assemelham com os notários atuais que eram chamados de *tabelliones* na qual era atribuída a tarefa de formalizar negócios jurídicos particulares e os testamentos.

Entre 1100 e 1200, no período em que se formou o Estado português, documentos reais e particulares eram lavrados por notários para atestar a prática de atos em conformidade com os interesses da coroa e da Igreja. Tal prática foi estendida às colônias e, entre 1500 e 1800, o papel dos cartórios no Brasil era formalizar transações de caráter particular como: doações, dotes, procurações e alforrias. Dada sua importância, sempre que uma cidade era fundada, um cartório local também era criado.

Com as expedições que resultaram no descobrimento da América e do Brasil, em meados do século XV, gerando uma expansão comercial, marítima e colonial de Portugal, havia a presença de um tabelião, que tinha importante papel na parte do registro dos fatos que oficializavam a posse das terras que haviam sido descobertas. Com isso, no início do Século XVI o Brasil, como colônia de exploração de Portugal na América, entrou no contexto internacional sob as regras diretas da sociedade política portuguesa, influenciando inclusive o direito notarial.

Com o descobrimento, surge a necessidade de se registrar os fatos ocorridos, importando prática já utilizada nos países europeus. Daí pode-se afirmar que Pero Vaz de Caminha elaborou o primeiro documento "oficial" ligado à prática notarial, já que os escritos dos índios não tinham um propósito específico, se não, registrar suas histórias.

No decorrer do tempo com as mudanças de cultura, os tabeliães, diante do repouso evolutivo, iniciam um movimento que exigia reformas que seriam necessárias para a organização notarial. Diante disso, os cartórios passaram de "objetos herança de família" para "empresas" qualificadas e com profissionais renomados. Não que os cartórios deixaram a desejar no passado, mas reformulou muito e desenvolveu um novo papel diante da sociedade.

3 – OS CARTÓRIOS ATUALMENTE NO BRASIL:

Os cartórios de notas, no Brasil, nos últimos anos, vem ganhando alta relevância em sua pratica graças às inovações legislativas, um exemplo que pode ser dado é com a lei 11.441/2007 que, neste ano, completa 12 anos, tirando um grande peso do poder judiciário, economizando 5,2 bilhões de reais para os cofres públicos; com cerca de 2,2 milhões de processos com a lavratura extrajudicial entre inventários, partilhas, separações e divórcios, atribuindo então novas competências, podendo explorar com maior intensidade o potencial da atividade notarial.

Com a nova geração de tabeliães, colaboradores, seja entre escreventes e auxiliares, demonstra um elevado crescimento com relação à segurança jurídica para os cidadãos, onde realmente estão os funcionários/colaboradores qualificados, alguns dos muitos com bacharelado em direito, procurando sempre ter conhecimento, estando presentes em cursos diversificados da área notarial, dentre eles sendo proposto pelo Colégio Notarial do Brasil, no estado de São Paulo com a "Escola de Escreventes", e outros prestando graduação em direito, tornando até uma concorrência entre os cartório com relação a própria desenvoltura dos funcionários que estão prestando o serviço para o público. Ninguém que vai ao cartório quer ser mal recepcionado e muito menos passar mais do que 20 minutos para um reconhecimento de firma ou uma autenticação que seja.

A área do Direito Notarial vem crescendo a cada dia, estipulando novas regras e normas, para que os efeitos jurídicos de um cartório de notas tenha cada vez menos a chance de se ter alguma rasura em documentos, inclusive impedindo que estelionatários forjem documentos falsos ou pratiquem atos ilícitos, ou até utilizando nome de outras pessoas, seja para um reconhecimento de firma, bem como para lavratura de escrituras. Isso pode se concluir com trabalho efetivo e bem treinado dos colaboradores de notas, sejam eles de um setor de escrituras, bem como do setor de firmas e autenticações.

É inegável que se possa ter erro, mas também é claro que com a nova tecnologia o âmbito da segurança jurídica e o desenvolvimento dos cartórios é persuasivo de acordo com o diagnóstico da modernidade brasileira e mundial, com documentos forenses diversificados no meio jurídico extrajudicial, determinando o melhor funcionário qualificado, colocando, muitas vezes, quando contratado, em primeira opção pessoas que estão cursando direito ou já tem bacharelado na área, o que mostra melhor qualificação e experiência.

Com a atualização do mercado comercial, os cartórios também se modernizaram. Muitos, realmente, se tornando empresas, colocando móveis novos, dando conforto aos clientes, muitos cartórios até com características diversas, funcionários profissionais, sérios, bem treinados, e muitos buscando ou já possuindo bacharelado em direito, todos muito bem vestidos, dando uma visão de seriedade, separados em setores, estipulando metas, diversificando a maneira de trabalhar.

4 – IDENTIDADE LEGAL E ASSINATURA ELETRÔNICA:

Cada ser exime de sua característica, cultura, modos de vida, enfim, cada pessoa é identificada pelo que é quando convive em um grupo ou conjunto de pessoas com os mesmos ideiais, mesmos estilos de música, os mesmos gostos, um jeito

de tratar as coisas diferentes, mas quando se trata de identificação de uma pessoa não existe nenhum modo que é encontrado um ser com o mesmo CPF de outro, ou até a mesma impressão digital de outra pessoa.

É notadamente que os dados pessoais de cada um não estão limitados apenas ao nome, sobrenome, nacionalidade, documento de identidade, endereço, mas por outro lado, com a nova tecnologia, é expandido o que chamamos de dados digitais essenciais, um endereço de e-mail eletrônico, um número de celular, um certificado de assinatura ou uma página em rede social.

Infelizmente, com a transformação da chamada "era digital", surgem cada vez mais portas aos ciberataques, por outro lado felizmente, o avanço tecnológico, trouxe a criptografia e novas ferramentas que aumentaram a segurança com os dados da internet, como a identificação digital.

4.1 – IDENTIDADE PESSOAL:

Identidade Pessoal: É um processo ativo que ocorre durante o inicio até o fim da vida, ou até mesmo depois do falecimento, que designa um conjunto de percepções e sentimentos que temos correlação a nós mesmos e nos permite reconhecer e ser conhecido socialmente, sendo que dentro desse processo atuam fatores psicológicos e sociais.

Características da identidade:

- continuidade
- estabilidade
- unicidade
- diversidade
- realização
- auto-estima

A identidade é construída no processo de socialização cultural. As relações precoces serão importantes, sendo que, as boas relações precoces, conferem ao bebê um sentimento de identidade que vai ser construído e em várias fases da vida na adolescência e na fase adulta, seguindo pelo que lhe é passado como "exemplo".

A construção da identidade está sempre marcada pela relação de interação com as outras pessoas. A identidade de cada um possui um componente social, na medida que a forma de vermos a opinião de cada um e nós mesmos que é muito influcienciada pelo modo como os outros nos encaram e julgam.

Em suma, a identidade é constituída como interpretação da história de vida de cada um, pela experiência vivida por cada um em seu processo de construção, estando envolvidos a dimensão biológica e relacional.

• **Identidade social: É designada pela consciência social que temos de nós mesmos e, consequentemente, é resultado do conjunto de interações que estabelecimentos com os outros ao longo da vida; sendo que a construção da identidade social decorre no processo de interação social.**

• **Identidade cultural: É designado pelo conjunto de valores que o sujeito partilha com o grupo de pessoas que pertence e permite que ele se reconheça ao grupo no qual pertence**

A identidade permite, então, que uma pessoa possa ser reconhecida e, consequentemente, a identidade pessoal define um indivíduo. Nós todos devemos ter consciência da importância que tem a identidade, sendo que temos memória e sem ela não existiria a possibilidade de nosso próprio reconhecimento. Quando uma pessoa perde a memória siginifica, de fato, que ela perde sua própria essência.

A identidade pessoal passa a ser desconhecida quando mudamos do ponto de vista físico e cognitivo, mas não percebemos, e é evidente, que o processo de transformação não se altera quando temos a convicção de que somos a mesma pessoa em todo o momento. Porém, isso é uma idéia contraditória, sendo que mudamos a cada dia e ao mesmo tempo percebemos que não mudamos em nada.

4.2 – IDENTIDADE JURÍDICA:

A pessoa jurídica é uma figura que é reconhecida pela justiça e que se refere a uma organização ou grupo que possui obrigações e deveres a cumprir perante a lei. Além de possuir direitos e participar de ações judiciais, sendo que a personalidade é independente e diferenciada de cada um dos seus membros.

Por esse motivo, as pessoas jurídicas são associações, corporações e fundações que são constituídas de maneira legal tanto no campo civil como no campo mercantil ou industrial.

Para que a pessoa jurídica seja constituída haverá um tramite administrativo em forma de inscrição por meio de algum registro público estadual, de maneira que possa comprovar com eficácia a existência de pessoas físicas e dos órgãos que regem sua atividade do dia a dia, sendo formada através de um ato jurídico chamado constituição.

O fato de a pessoa jurídica ter responsabilidade própria e diferenciada diante dos seus membros, não significa que não poderão assumir certas responsabilidades. Apesar da legislação ser diferente em cada país, a responsabilidade da comissão de delitos, em muito dos lugares, tem passado das pessoas jurídicas para as pessoas físicas. Estas responsabilidade normalmente são de tipo civil, mas existem certas legislações que estão contemplando as responsabilidades penais.

4.3 – IDENTIDADE DIGITAL E CERTIFICADO DIGITAL:

A identidade digital é representada por dados de uma pessoa física ou de uma empresa, empreendimento, comércio, etc., no mundo virtual. Ela inclui registros de características e de informações históricas como nome, endereço, ou ela pode ser de forma biométrica, ou seja, apresentar registros de características físicas das pessoas para identificá-las unicamente, para que assim, possa provar que você é quem diz ser.

Assim, a identificação digital reúne um conjunto de informações, sejam elas atualizada, organizadas e codificadas por meio digital, para que proporcione segurança e diminua qualquer custo e risco de roubos, golpes e fraudes de identificação.

Para pessoas e empresas o certificado digital serve como uma identidade eletrônica e equivale à uma carteira de identidade dentro do mundo virtual. Alguns definem que é uma versão eletrônica de todos os documentos pessoas, que tem segurança e autenticidade garantida por criptografia. Com o certificado digital é possível garantir a identidade de um indivíduo ou de uma instituição, sem uma apresentação presencial. Na pratica funciona com um CPF (pessoa física) ou um CNPJ (pessoa jurídica). Esse tipo de apresentação digital está disponível no Brasil desde 2001, após a criação do ICP Brasil (Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira).

4.4 – BIOMETRIA:

A biometria vem sendo muito utilizada no dia a dia por ser único e eficiente meio de segurança. Como forma de segurança, a biometria é usada para reconhecimento, uma identificação, controle de acesso de dados, aparelhos e até mesmo para transferências bancarias.

Os sistemas biométricos requerem identificação por meio de diferentes características do corpo humano, seja com os olhos, as digitados do dedo, retina, íris dos olhos ou ainda a palma da mão. Ainda é possível que os sistemas biométricos consigam identificar alguém por meio da voz, a maneira de andar e até mesmo como reagir a sustos.

5 – CONCLUSÃO:

O futuro da atividade notarial não vai somente depender dos funcionários que a cada dia terão que sempre estar se atualizando e melhorando sua qualificação enquanto colaborador é um dos requisitos principais, porém, dependerá dos cidadãos. Muitos julgam o próprio atendimento e rapidez que um cartório de notas possui, mas ainda tem muito a melhorar para que torne ainda menos burocrático para as pessoas. A tecnologia está cada vez mais envolvida no mundo dos notários, os cartórios estão se modernizando para que os funcionários se tornem mais ágeis e que os documentos tenham melhor veracidade, com os novos mecanismos de

identificação se tornará mais fácil para as pessoas e menos burocrático para não só assinar um documento, mas para lavratura de um ato.

Hoje, no Brasil, o valor determinado para cada escritura, reconhecimento de firma autenticação e outros serviços são tabelados por cada estado do país. Porém, grande parte da população ainda não tem esse conhecimento. No estado de São de Paulo (Brasil), os cartórios são obrigados a informar ao TJSP (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), o que está sendo lavrado, o valor não só de impostos que está sendo repassado e até mesmo o valor que vai receber pelo trabalho efetuado, e também gerar um selo de "QR CODE", informando detalhes sobre uma escritura, por exemplo.

Com o decorrer da história e dos anos, muito se falou sobre os registros dos momentos vivenciados por nossos antepassados e também assemelhado aos escribas, que afinal, hoje em dia, são os tabeliães, que por meio de escritura relatam sobre os fatos que estão ocorrendo e sem os notários quem serão as pessoas que darão veracidade aos fatos verdadeiros tornando uma fé pública que um tabelião de notas proporciona.

6 – BIBLIOGRAFIA

[1] - Revista Direito Notarial e de Registro. Cartórios são a instituição mais confiável do Brasil, aponta pesquisa http://jurinews.com.br/cartorios-sao-a-instituicao-mais-

confiavel-do-brasil-aponta-pesquisa - Acesso em 04 de ago. 2019.

8º OFÍCIO DE NOTAS DO RECIFE. **Catálogo de Atos Notariais**. 2. ed. Recife, 2008.

LINS, Caio Mario de Albuquerque. **A Atividade Notarial e de Registro**. Companhia Mundial de Publicações, 2009.

MARTINS, Cláudio. *apud* SANDER, Tatiane. **A Atividade Notarial e sua Regulamentação**. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=683> . Acesso em: 03 de ago 2019.

Jarae Klik Bisiewicz, Ericson. O futuro da atividade notarial e registral diante da "febre da blockchain". https://jus.com.br/artigos/64077/o-futuro-da-atividade-notarial-e-registral-diante-da-febre-da-blockchain. Acesso em 03/08/2019

Identidade Pessoal - https://conceitos.com/identidade-pessoal/ . Acesso em 03/08/2019

Identidade Jurídica - https://conceitos.com/pessoa-juridica/. Acesso em 03/08/2019

Luis Paulo Aliende Ribeiro, in Regulação da Função Pública Notarial e de Registro, Ed. Saraiva, 2009.

Carlos Augusto Yábar Palomino, Notario Público de Tumbes – Perú, abogado

Adler Eduardo Bardalez Cochagne, Notario Público de Juanjui – Perú, abogado

La identidad legal y firma electrónica en la tecnología vanguardista del sistema notarial peruano al siglo XXI

PLUS ULTRA

La tecnología es un siervo útil, pero un amo peligroso.-

Christian Lous Lange

Si el Notario solo fuese un fedatario y un artista de la forma, no tendría el Notario Latino la categoría que tiene.-

Luis Carral y de Teresa

INTRODUCCIÓN

En principio debemos señalar, que el presente trabajo se realiza con la finalidad de ser un aporte para el Notariado Novel, en relación a las nuevas tecnologías y su aplicación al ámbito notarial en lo que respecta a la Republica de Perú y de esta manera contribuir en el intercambio de información y conocimientos con los demás colegas notarios de los países del Conosur.

Teniendo en cuenta que las nuevas tecnologías viene transformando de manera rápida con su aplicación casi todas las actividades que el ser humano realiza y el Notario, no puede mantenerse inmóvil frente a los cambios y realidades sino más bien adaptarse a las mismas con su aplicación diaria.

Para ello se ha tenido en cuenta el desarrollo práctico y el cambio que ha surgido a raíz de las nuevas tecnologías en la función notarial y la incidencia de la misma en el público usuario en mi País.

Igualmente se desarrolla en subtemas en cada ámbito de aplicación de las tecnologías, teniendo en cuenta que casa país tiene que innovarse y adaptarse a los cambios tecnológicos con la finalidad de que no se convierta en una institución obsoleta y sea un obstáculo a las nuevas soluciones que plantean las nuevas tecnologías, ello si dejando en claro que

los principios esenciales que rigen la función notarial deben mantener su valor.

De las misma manera dejamos en claro que si bien las nuevas tecnológicas no las descartamos sino nos complementamos con ella, en la medida que esta no ponga en peligro la seguridad jurídica que otorga la función notarial, por lo que esta debe complementar nuestra función y no descartarla como se bien enfocando desde un sector no mayoritario que pretende excluir la función notarial aplicando las nuevas tecnológicas que desde ya la rechazamos.

La identidad legal y firma electrónica en la tecnología vanguardista del sistema notarial peruano al siglo XXI

1. Controversia

El desarrollo tecnológico en el mundo del Derecho implica mucho más que solo una situación o acción innovadora en el ejercicio de la misma, debido a que se presenta como una herramienta perfecta para el desarrollo de la actividad notarial con mayor eficiencia y rapidez, ello nos lleva a meditar con suspicacia, ¿dicha herramienta vulnera la seguridad jurídica que tanto se anhela por los ciudadanos al hacer efectivo algún acto jurídico?, si la información inmersa en las transacciones electrónicas por ejemplo, se encuentra totalmente protegida y entre otros puntos que nacen a raíz de tanto solo pensar en los usos infinitos de las nuevas tecnologías.

Para empezar a desglosar ideas o conceptos sobre la seguridad jurídica, una de las bases fundamentales del ejercicio notarial, que tiene como fin más resaltante el obtener e interpretar las manifestaciones de voluntad de quienes concurren ante él: *«...la única manera de eternizar las voluntades es por medio de la captación de hechos, para que permitan con posterioridad conocer su contenido, conservarlo en forma perdurable y trascendente.»*

Sin embargo, la revolución tecnológica y la innovación que permanentemente avanzan a pasos agigantados obligan a variar dichos medios imperecederos que prueban los actos realizados por los ciudadanos, los cuales, ya no tienen como única expresión la documentación física, sino también virtual.

Ahora bien, la función Notarial se encuentra definida principalmente por la seguridad jurídica, tema de preocupación latente para los ciudadanos y como es lógico ante toda situación que implica cambios, surge la pregunta efervescente de si el Notario puede continuar cumpliendo su función o si por el contrario es necesario una nueva forma de otorgar seguridad a los negocios jurídicos.

Tomando en consideración cambios como como la incorporación del Sistema de Identificación Biométrica, el Sistema de Intermediación Digital con el envío del documento electrónico con firma digital, el Documento Nacional de Identidad electrónico con la firma digital, la Publicidad registral en línea, entre otros, parecería que la preocupación por la

seguridad no tendría mucha relevancia pues estos se ven supuestamente suplidos con la certeza de comparaciones particulares entre los ciudadanos que permiten individualizarlos frente a terceros, pudiendo incluso razonar que la aplicación innovadora podría considerarse una garantía mayor frente a esa seguridad que se cuestiona y vincula a la función notarial.

Y surge lo que algunos autores denominan el *"temor notarial"* frente al supuesto reemplazo en sus funciones, que está de más decirlo son personalísimas, está claro que junto al avance tecnológico "favorable" hay un agregado de prácticas ilegales que acompañan y se despliegan con el desarrollo de la informática constituyendo verdaderas amenazas frente a los usos de la plataforma virtual.

En esta era digital que como ya exprese, que avanza sin medida alguna, nace la teoría del *"Ciber Notario*", que implica desde el punto de vista jurídico y técnico, un alto grado de especialización en materia de seguridad dentro de las tecnologías de la información, con ello no quiero decir que nos convertiremos robots que actúan de manera mecánica sobre los procedimientos a realizar, sino que además de que nuestra labor que se reviste del conocimiento de este campo tan profundo del Derecho como ciencia jurídica incomparable, se tome en cuenta los conocimientos de computación e informática en el uso de las nuevas tecnologías

Lo último acotado no solo recae sobre la función notarial personalísima, ello además debe reincidir en los asistentes notariales, que existen para servir de instrumento al notario con el fin de agilizar los actos jurídicos notariales, versando su función en eficacia e innegable rapidez, contribuyendo así a romper con cierta burocracia que pueden percibir de manera errónea los usuarios, sirviendo además de nexo entre ambas partes.

El Notario ante este impacto tecnológico de la informática y las telecomunicaciones en su actividad tradicional constituye, sin duda, un tema muy polémico y sobre el cual es necesario ahondar para absolver las incertidumbres jurídicas que nacen en virtud de dicho ejercicio; y sí, también los inevitables temores, que esta revolución propia de la sociedad de la información genera en la actividad notarial latinoamericana.

A contrario sensu, se encuentra también la necesidad de preservar el carácter humanista y personalísimo de la función notarial, no se puede aceptar sin mayor cuestionamiento todo avance informático que sea aplicable a la actividad del Notario, el gran reto que tiene el ejercicio de la función notarial es el de encontrar los límites que permitan su aplicación responsable.

Ahondando un poco más en estos cambios tecnológicos es importante tener en cuenta ciertas nociones importantes de la Ley de Firma Digital Peruana, para sintetizar la última parte de este trabajo:

- *La Firma digital*, es aquella firma electrónica que utilizando una técnica de criptografía asimétrica, que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su control, de manera que está vinculada únicamente al signatario y a los datos a los que refiere, lo que permite garantizar la integridad del contenido y detectar cualquier modificación ulterior, tiene la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita, siempre y cuando haya sido generada por un Prestador de Servicios de Certificación Digital debidamente acreditado que se encuentre dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica – IOFE, y que no medie ninguno de los vicios de la voluntad previstos en el Título VIII del Libro II del Código Civil.

  Las firmas digitales son las generadas a partir de certificados digitales que son:

a) Emitidos conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento por entidades de certificación acreditadas ante la Autoridad Administrativa Competente.

b) Incorporados a la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica bajo acuerdos de certificación cruzada, conforme al artículo 73 del presente Reglamento.

c) Reconocidos al amparo de acuerdos de reconocimiento mutuo suscritos por la Autoridad Administrativa Competente conforme al artículo 71 del presente Reglamento

d) Emitidos por Entidades de Certificación extranjeras que hayan sido incorporados por reconocimiento a la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica conforme al artículo 72 del presente Reglamento. Las características mínimas de la firma digital generada dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica son:

a) Se genera al cifrar el código de verificación de un documento electrónico, usando la clave privada del titular del certificado.

b) Es exclusiva del suscriptor y de cada documento electrónico firmado por éste.

c) Es susceptible de ser verificada usando la clave pública del suscriptor.

d) Su generación está bajo el control exclusivo del suscriptor.

e) Está añadida o incorporada al documento electrónico mismo de tal manera que es posible detectar si la firma digital o el documento electrónico fue alterado. Tratándose de documentos electrónicos firmados digitalmente a partir de certificados digitales generados dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, se aplican las siguientes presunciones:

a) Que el suscriptor del certificado digital tiene el control exclusivo de la clave privada asociada.

b) Que el documento electrónico fue firmado empleando la clave privada del suscriptor del certificado digital.

c) Que el documento electrónico no ha sido alterado con posterioridad al momento de la firma.

Es evidente que al cumplir con los elementos copulativos antes mencionados, el suscriptor no podrá repudiar o desconocer un documento electrónico que ha sido firmado digitalmente usando su clave privada, siempre que no medie ninguno de los vicios de la voluntad previstos en el Título VIII del Libro II del Código Civil, pues se presupone y debería ser así, este tiene dominio de la escena, es decir recae únicamente sobre la responsabilidad de no dejar al alcance de terceros la información que es solo para su uso.

Los arts. 3 Y siguientes de la Ley de Firmas y Certificados Digitales – Ley N° 27269 definen la firma digital como aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada.

El titular de la firma digital es la persona a la que se le atribuye de manera exclusiva un certificado digital que contiene una firma digital, identificándolo objetivamente en relación con el mensaje de datos, además tiene la obligación de brindar a las entidades de certificación y a los terceros con quienes se relacione a través de la utilización de la firma digital,

declaraciones o manifestaciones materiales exactas y completas.

- *Certificado digital:* es un documento electrónico generado y firmado digitalmente por una entidad de certificación que vincula un par de claves con una persona natural o jurídica confirmando su identidad, de acuerdo con las guías de acreditación aprobadas por resolución de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales N° 030-2008-CRT-INDECOPI y del reglamento dé la Ley de Firmas y Certificados Digitales.

  El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) es la entidad de certificación nacional que emite el certificado digital indicado, de acuerdo al artículo 47 y 48 del reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales. Los certificados digitales emitidos por las entidades de certificación deben contener al menos:

- Datos que identifiquen indubitablemente al suscriptor.
- Datos que identifiquen a la Entidad de Certificación.
- La clave pública.
- La metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta a un mensaje de datos.
- Número de serie del certificado.
- Vigencia del certificado.

- Firma digital de la Entidad de Certificación.

2. Interacción con las nuevas tecnologías aplicadas al Sistema Notarial Peruano.

2.1. *Sistema de Intermediación Digital*

En virtud de la Ley N° 27269 se aprobó la Ley de Firmas y Certificados Digitales en el Perú. Esta norma regula la utilización de la firma digital otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que la firma manuscrita u otra análoga estableciendo que cuando se exija la firma de una persona, ese requisito se entenderá cumplido si se utiliza una firma digital generada en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica El artículo 574 del Decreto Supremo N° 070-2011-PCM *decretó que los partes notariales electrónicos firmados digitalmente, en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE), constituyen instrumento legal con valor suficiente para la calificación e inscripción registral*, siempre que hayan sido expedidos conforme al Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado.

En ese sentido, los requisitos del parte notarial previstos en el Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, tales como el rubricado, el sellado, la firma manuscrita del notario, entre otros; han sido suplidos por el uso de la firma

digital, conforme al principio de equivalencia funcional aplicado en la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, así en como en el Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales aprobado por D.S. N° 052-2008-PCM.

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP implementó una plataforma de servicios denominada ***"Sistema de Intermediación Digital" (SID-Sunarp)*** para generar el parte notarial de forma electrónica a fin de ser firmado digitalmente por el notario, así como la constancia de anotación y asiento de inscripción con firma digital del registrador.

El Decreto Supremo N° 019-2007-PCM estableció el uso de la Ventanilla Única del Estado a través del Portal de Servicios al Ciudadano y Empresas y creó el Sistema Integrado de Servicios Públicos Virtuales (SISEV) el cual comprende el servicio de constitución de pequeñas y microempresas empresas en línea, incluyendo tanto la inscripción en los Registros Públicos, como la emisión del correspondiente Registro Único de Contribuyente (RUC); con una dinámica que permita que el trámite concluya en un plazo no mayor de setenta y dos (72) horas.

Iniciando en el Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima, y progresivamente, en las demás oficinas registrales a nivel nacional; solo en los casos que contenían como acto inscribible la constitución de empresas. Como

complemento, a mérito de la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 234-2014-SUNARP-SN se aprobó la Directiva N° 004-2014-SUNARP-SN, que regula la presentación electrónica del parte notarial con firma digital, en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica.

Por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 179-2015-SUNARP-SN se dispuso la ampliación del servicio de presentación electrónica del parte notarial con firma digital, a través del sistema SID-Sunarp, para actos de otorgamiento de poderes en el Registro de Personas Naturales, luego mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 033-2016-SUNARP-SN se dispuso la ampliación del servicio de presentación electrónica de parte notarial con firma digital para el acto de compraventa en el Registro de Propiedad Vehicular, a través del Sistema de Intermediación Digital - SID Sunarp, entre otros servicios adicionales.

En las disposiciones registrales anteriormente referidas, se define el parte notarial electrónico como ***"el traslado del instrumento público protocolar notarial que incorpora la firma digital del notario y contiene la información de manera encriptada y segura de acuerdo a la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE)".***

Para generar, presentar e inscribir un parte notarial con firma digital mediante la plataforma de servicios, el notario debe:

a) Solicitar a la SUNARP el acceso a la plataforma de servicios utilizando el formulario aprobado y publicado en la página web institucional de la SUNARP. (www.sunarp.gob.pe).
b) Contar con el certificado digital vigente para autenticación y firma emitido por el RENIEC.
c) Suscribirse al servicio de publicidad registral en línea (SPRL) y tener en la cuenta prepago el saldo suficiente para el descuento de los derechos registrales.
d) Así también se ha instaurado una herramienta denominada ***"módulo notario"*** que es una aplicación que permite revisar, validar e incorporar la información brindada por el ciudadano con la finalidad de generar el parte notarial electrónico, la firma digital del notario y el envío a la Sunarp.

Y ahora la mayor interrogante, ¿Cómo funciona?, se ejecuta mediante el uso de las bandejas de trabajo: de entrada de solicitudes, de solicitudes para firmar, de documentos para enviar a SUNARP, de títulos enviados a SUNARP y de títulos observados.

La bandeja de entrada de solicitudes permite recibir y visualizar las solicitudes de los ciudadanos de acuerdo al acto materia de formalización, así como generar el proyecto de parte notarial en formato PDF para ser enviado a la bandeja de solicitudes para firmar.

Para tales efectos, el notario deberá:

a) Asignar el número de kardex,
b) Determinar los derechos registrales por el acto materia de formalización, pudiendo acceder a la calculadora registral
c) Formular observaciones a los datos consignados por el ciudadano, cuando corresponda,
d) Ingresar la introducción, conclusión e insertos de ley.

La bandeja de solicitudes para firmar permite visualizar el proyecto de parte notarial electrónico para que el notario proceda con la firma digital mediante el ícono "firma" y también admite visualizar el parte notarial aclaratorio, el desistimiento de la rogatoria y el escrito dirigido al registrador, para que el notario proceda con la firma digital.

Tratándose del envío del parte notarial para la extensión del asiento de presentación, esta bandeja genera la solicitud de inscripción electrónica, así como el descuento de la cuenta prepago del notario en el sistema de publicidad registral en línea (SPRL) por el importe correspondiente a los derechos registrales.

2.2. *Sistema de Identificación biométrica.*

Los términos "biometría" y "biométricos" provienen del latín bios, vida, y metría, medidas, entonces podemos inferir que la información biométrica constituye medidas y características tanto fisiológicas como morfológicas de los seres vivos a través de técnicas manuales o automatizadas.

Los sistemas biométricos tienen dos objetivos, el primero es para identificar, es decir, reconocer al individuo, por lo que su funcionamiento está basado en utilizar un dato y compararlo con una lista o base de datos y el segundo es para autenticar, es decir, verificar la identidad del individuo, por lo que su funcionamiento está basado en la utilización de un dato comparándolo con el mismo dato almacenado previamente.

En el Perú, el RENIEC – Registro Nacional de Identificación y del Estado Civil ha desarrollado el "Servicio de Verificación Biométrica – SVB", con la finalidad de implementar mecanismos para mejorar la seguridad de la información, así como proveer a la población de una herramienta accesible que garantice la identidad de las personas que realizan diferentes actos jurídicos, principalmente las que necesitan la intervención de los Notarios Públicos.

La identidad es el indicador más preciado del ser humano, nos individualiza frente a terceros permitiéndonos acceder a nuestros derechos sociales y cumplir con nuestras obligaciones civiles e incluso dirimir en la atribución de actos realizados por terceras personas. La verificación de la identidad de un ciudadano con el uso del servicio, se realiza de la siguiente manera:

a) Se ingresa el número del DNI del ciudadano y se captura sus impresiones dactilares del dedo índice derecho e izquierdo usando un lector biométrico.
b) Esta información es enviada al RENIEC, donde se verifica la correspondencia de ambas impresiones dactilares capturadas en vivo versus las almacenadas en nuestra base de datos biométrica, y luego se envía el resultado al notario.
c) El resultado Positivo HIT o Negativo- No HIT, se muestra al notario con la posibilidad de imprimir un reporte del resultado de la verificación.

2.3. Documento Nacional de Identidad electrónico.

Es un Documento de Identidad emitido por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC que acredita presencial y electrónicamente (virtual) la identidad personal de su titular permitiendo la firma digital de documentos electrónicos y el ejercicio del voto electrónico no presencial.

La Ley de Firmas y Certificados Digitales y su Reglamento regula la utilización de la firma digital otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que la firma manuscrita, estableciendo el régimen jurídico aplicable a los Prestadores de Servicios de Certificación Digital, y garantizando la integridad y validez de los documentos electrónicos firmados digitalmente dentro del marco de la IOFE.

Dentro del marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE), el RENIEC ha sido designado como la institución de Certificación Nacional para el Estado Peruano (ECERNEP) encargado de emitir los certificados raíz para las entidades de certificación del Estado Peruano. Asimismo, ha sido designado como Entidad de Certificación del Estado Peruano (ECEP) y como Entidad de Registro o Verificación para el Estado Peruano (EREP).

El certificado que se incorpora al DNI electrónico (DNIe) cuenta con la facultad adicional de poder ser utilizado para el ejercicio del voto electrónico primordialmente no presencial en los procesos electorales, este bien contribuirá a implementar la Política Nacional de Gobierno Electrónico mediante el uso de la identidad digital en las transacciones electrónicas seguras utilizando certificados digitales.

Según RENIEC, DNIe permite ejecutar los siguientes actos:

a) Garantiza en entornos presenciales y no presenciales, que una persona es quien dice ser.
b) Firma digital: De esta manera se reduce la cantidad de trámites y transacciones presenciales, así como el empleo de documentos físicos.
c) El DNIe contiene la aplicación MOC (Match- On-Card) que ejecuta la comparación, dentro del propio chip, de las plantillas biométricas (minucias) almacenadas con respecto a las que se obtienen a partir de las impresiones dactilares del ciudadano,

respondiendo con resultado positivo o negativo acerca de dicha comparación.

d) El DNIe podrá ser utilizado para el voto electrónico presencial y, cuando el software esté disponible, también de manera remota (no presencial). Luego del sufragio, en el DNIe se registrarán las constancias de votación electrónica.

2.4. Publicidad registral en línea

El Servicio de Publicidad Registral en línea (SPRL) permite acceder a la base de datos que contiene los índices de los distintos registros, encontrando las imágenes de las partidas registrales y los títulos almacenados que consten en formato digital de las oficinas registrales, para obtener información que se encuentre disponible. Asimismo permite solicitar publicidad formal certificada.

El Servicio de Publicidad Registral en Línea se brinda a través del portal web institucional, para que el Notario pueda hacer uso de él debe encontrarse suscrito, contar con un usuario y una contraseña, así como reunir las condiciones de uso del servicio.

En la solicitud de publicidad formal certificada se debe indicar la oficina registral donde se realizará la entrega o el domicilio al que se remitirá el certificado. En este último caso corresponde abonar un derecho registral adicional por el servicio de mensajería.

La publicidad formal simple que se brinda a través del Servicio de Publicidad Registral en Línea es la siguiente:

- Búsqueda a través de los índices informatizados.
- Visualización e impresión de partida registral y título archivado.
- Boleta informativa Del Registro de Propiedad Vehicular.

➢ *La atención del servicio de publicidad simple* se obtiene directamente del sistema, es inmediata y no requiere la intervención de un funcionario para su emisión.

➢ *El servicio de visualización de partida registral y título archivado* incluye la opción de imprimir cada imagen de la partida registral visualizada, sin requerir pago adicional.

➢ *La publicidad formal* certificada que se solicita a través del Servicio de Publicidad Registral en Línea es la siguiente:

- Certificado literal de la partida registral.
- Certificado positivo y negativo del Registro de Sucesión Intestada,
- Registro Personal, Persona Jurídica, Propiedad Inmueble y Propiedad Vehicular.
- Certificado Registral Inmobiliario – CRI.
- Certificado de Cargas y Gravámenes del Registro de Propiedad Inmueble.

- Certificado de Cargas y Gravámenes del Registro Público de Aeronaves.
- Certificado de Cargas y Gravámenes del Registro de Embarcaciones
- Pesqueras.
- Certificado Registral Vehicular - CRV.
- Certificado de Vigencia de Poder de Personas Jurídicas.
- Certificado de Vigencia de Poder de Personas Naturales.
- Para el servicio de publicidad certificada, el solicitante pide los certificados literales y compendiosos de cualquier oficina registral a través del Servicio de Publicidad Registral en Línea.

  En el caso del certificado compendioso, el registrador o abogado certificador de la oficina registral a la que pertenece la partida registral, revisa la solicitud de publicidad, el pago del derecho registral, elabora el certificado compendioso y procede a la expedición del mismo.

  Cuando la partida registral pertenece a una oficina registral distinta a donde se realiza la entrega, el abogado certificador o registrador que elabora el certificado compendioso, verifica el pago del derecho registral y remite en formato digital al funcionario responsable de la expedición.

  La expedición del certificado es atendida por el registrador y abogado certificador, respectivamente, en el mismo día en que son recibidas, salvo las solicitudes presentadas luego de las 13:00 horas o aquellos certificados que por su extensión u otra

causa justificada requieran un plazo mayor que no puede exceder de tres (03) días.

Si el certificado no puede ser atendido por alguna deficiencia o por no abonarse la integridad del derecho registral, la subsanación o el pago de mayor derecho se realiza en línea, a cuyo efecto bastará con que ingrese su usuario y contraseña en la plataforma del Servicio de Publicidad Registral en Línea, seleccionando la opción denominada "Estado de Solicitud de Certificado", ingresando el número de su solicitud y corrigiendo los datos errados o abonando el derecho registral.

Sin perjuicio de la información que contiene cada certificado compendioso, en el Servicio de Publicidad Registral en Línea se incorpora un código de seguridad que permite verificar la autenticidad del certificado.

2.5. Mesa de Ayuda informática Notarial

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) ha implementado (18 de enero de 2017) la Mesa de Ayuda Notarial para asistir a los notarios en resolver problemas técnicos informáticos vinculados a los servicios en línea que brinda la entidad registral a nivel nacional.

Este servicio de Soporte en Línea nace con la finalidad de dirimir incertidumbres que puedan surgir en los notarios

mientras hacen uso de las herramientas tecnológicas del servicio registral.

Entre los servicios en línea que ofrece la Sunarp al notariado, como se ha revisado anteriormente, se encuentran: el Servicio de Publicidad Registral en Línea, el Sistema de Intermediación Digital (SID – Sunarp), la Plataforma de Servicios Institucionales (PSI), la Alerta Registral, el Formulario de Inmatriculación Vehicular, la Solicitud Electrónica de Rectificación por Error Material y los servicios móviles, entre otros. Todos estos canales de información y comunicación establecen una relación permanente entre el registro y el notariado.

Desde su puesta en marcha, el mayor número de consultas recibido por parte del gremio notarial se han referido, en el orden siguiente: al Servicio de Publicidad Registral en Línea, el Sistema de Intermediación Digital (SID Sunarp), y la Alerta Registral.

Para acceder a la Mesa de Ayuda Notarial se ha habilitado una línea particular: 208-3100 anexo 8847, en el horario de atención de lunes a viernes de 8:00 a 17:00 horas y el sábado de 9:00 a 13:00 horas, o también se puede realizar consultas por escrito al correo electrónico enlinea@sunarp.gob.pe.

2.6. Base Centralizada de Documentos Notariales

La Base Centralizada de Documentos Notariales del Colegio de Notarios de Lima es un software implementado en alianza estratégica con el notariado español, de gran utilidad para la función notarial y para la toda ciudadanía, pues posibilita, en tiempo real, la consulta de entidades como el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional, la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), la SUNAT o el Ministerio del Interior, respecto de la contratación ante los Notarios, siempre y cuando exista una indagación oficial, una investigación policial o un proceso judicial al respecto.

Es importante resaltar que la Base Centralizada es un Sistema desarrollado por el Colegio de Notarios de Lima (CNL) conjuntamente con la Agencia Notarial de Certificación (Ancert) de España, reconocida institución europea dependiente del Consejo General del Notariado de España, ha recibido numerosos reconocimientos internacionales por la fortaleza y éxito de su funcionamiento en el campo de la lucha contra el lavado de activos, especialmente de parte del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (Sepblac) de España.

Mediante este soporte informático, el Perú se ha colocado a la vanguardia en Latinoamérica en lo referido a la modernización tecnológica de los servicios notariales y al combate contra el lavado de activos, el crimen organizado y el fraude inmobiliario, entre otros delitos, ya que es el primer país de la

región en replicar este importante aporte español con la participación del notariado nacional.

Este programa informático y digital centraliza información detallada de las contrataciones realizadas ante los Notarios, en aspectos como la transferencia de inmuebles, o de vehículos, formación de empresas, hipotecas, préstamos de dinero, cancelaciones de mutuos, donaciones, entre otros documentos protocolares, lo que fortalecerá la lucha del Estado contra la criminalidad, pues este Sistema permite detectar operaciones sospechosas, con lo que se contribuye en forma efectiva y segura contra el lavado de capitales, proveniente del narcotráfico, terrorismo, corrupción, defraudación y otros delitos asociados.

Esta base permite hacer las consultas sobre actividades en las notarías en forma instantánea (en línea) con acceso seguro mediante tarjeta electrónica, con la reducción de los tiempos y los costos administrativos que ello conlleva en la actualidad, se constituye así en un Sistema inteligente que integra en un único soporte los actos protocolares realizados en cada oficio notarial, de modo que dicha información sea consolidada en un solo gran bloque.

La data informativa será calificada a través de un reporte de alertas con puntajes (scoring) y ha entrado en pleno funcionamiento a solo mes y medio de haberse dictado el Decreto Legislativo 1249 (26.11.2016), que establece las medidas

para fortalecer la prevención, detección y sanción del lavado de activos, mediante el afianzamiento de la gestión de la Unidad de

Inteligencia Financiera-UIF y dispone el establecimiento, por parte de los Notarios, de un Órgano Centralizado de Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo (OCP LA/FT), encargado del análisis de los riesgos del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo en el ejercicio de la función notarial.

3. **Cambios presenciados y percibidos por la sociedad y usuarios del servicio notarial por el uso de las nuevas tecnologías**.

A raíz de los cambios instaurados en los oficios notariales con el uso de las nuevas tecnologías se aprecia por los usuarios diferentes cambios y percepción en relación a la función notarial así de tener una visión de un Notario:

- Continuista
- Moderado
- Común, Tradicional
- Prefiere decir no a los cambios
- Repudia las herramientas tecnológicas, prefieren no arriesgar
- Usan pocos cambios que se dan
- El Notario superficialmente está a la altura del tiempo en que vivimos

- Inseguridad en los instrumentos, presentación física de los documentos protocolares, lo que origina que los usuario tengan en mente la lentitud notarial y de los funcionarios de los Registros Públicos.

En la actualidad tiene una percepción de un Notario diferente:

- Actualizado
- A la vanguardia de las nuevas tecnologías
- Cambiante a las nuevas realidades
- Celeridad en la tramitación de los protocolos notariales por el uso de los partes electrónicos con la firma digital.
- Eliminación de las suplantaciones por el uso del sistema facial y sistema biométrico.
- Rapidez por la creación de un sistema de encriptación y verificación de identidad
- Interconexión digital con las instituciones públicas y privadas por medio de la firma digital.
- Generación electrónica de instrumentos, dejando de lado el sistema manual.

4. <u>Uso de la firma digital por parte del Notario</u>.

En la actualidad en nuestro País, aún no existe el instrumento público notarial digital, sin embargo si existe el documento electrónico con firma digital notarial, entre las instituciones públicas y el Notario, así de esta manera no existe la utilización de papel físico entre las relaciones Notario –

Registros Públicos, de tal forma que todo documento para el ingreso a Registros Públicos, como son el Registro de Personas Naturales, El Registros de Propiedad Inmueble, Registros de Sucesiones, Registro de Persona Jurídica, Registro de Mandatos y Poderes. Registros de Sucesiones, debe ingresar necesariamente de forma virtual con la firma digital del Notario de tal manera que no es admisible una presentación manual.

5. **Certificación Notarial de la firma digital por parte del Notario**.

En la actualidad existe una corriente de que la existencia de la firma digital por parte de los usuario debe eliminar la figura del Notario, al respecto debemos decir que la firma digital no otorga la seguridad jurídica de la que dota la intervención del Notario, esto debido a que si bien es cierto puede ser admisible la firma digital y la existencia del protocolo notarial digital, sostenemos y creemos que ello no elimina la función de notario, la misma que es de asesoramiento, ver la capacidad, el conocimiento y la voluntad pues es el que recoge la voluntad de las partes, que puede ser recogida por medio del sistema o soporte digital, y los mismos intervinientes pueden firmar el documento digitalmente, pero es la certificación notarial la que verifica que fue determinada persona la que firmo digitalmente, en ese sentido la función notarial no se ve afectada por ninguna circunstancia sino más bien es la que otorga y certifica la firma digital.

6. **Problemas con la firma digital**.

No es posible tener la idea de que los soportes electrónicos no estén exentos de problemas como escaneos de claves digitales, suplantaciones o alteraciones y ellos es así de ahí que surja la necesidad de la intervención del Notario para que certifique el uso de dichas tecnologías como es el caso del uso de la firma digital, de ahí que se conozca los casos de scaneos de claves de DNI electrónicos, de los ciberataques a bases de datos gubernamentales, por lo que resulta desproporcionado e irrazonable señalar que las técnicas o tecnológicas informáticas son infalibles y sustituirán la función notarial.

7. **Contribución y compromiso Notarial a la protección del medio ambiente por el uso de la firma digital del Notario, con acciones concretas**.

Nosotros los Notarios, debemos ser conscientes del uso del papel en nuestros Despachos Notariales y debemos procurar la reducción del uso del mismo, las nuevas tecnologías en nuestro país, ha permitido una reducción significativa del uso del mismo, así la gran cantidad de papel que se utilizaba en la presentación de la documentación física que ingresaba a los Registros Públicos para la inscripción de las transferencias vehiculares, transferencia de predios, inscripción de poderes, constituciones de empresas, declaratoria de herederos o sucesiones intestadas, fueron eliminadas con la presentación de partes electrónicas con firma digital de los Notarios y los

reportes de inscripción virtual con firma electrónica de los Registradores, debido a ello ha disminuido significativamente el uso de papel, pues debemos ser conscientes de los problemas que causa la fabricación de papel por ello es una preocupación constante del Notario, minimizar el uso del mismo por los impactos ambientales en la tierra, por ello nos valemos de las nuevas tecnologías para contribuir con la protección del medio ambiente de la mano con los entes gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil.

En ese sentido la utilización de la plataforma del SID – Sunarp – Registros Públicos, represento el gran cambio de la relación Notario – Registros Publico, el cual se ha venido consolidando de manera progresiva lo que nos permite el día de hoy mirar el pasado y el futuro con optimismo por toda la historia que representa y el beneficio que recibe el usuario, igualmente representa el esfuerzo del Notario y de la instituciones públicas, siendo el día de hoy el resultado mayor la digitalización de la presentación de los partes electrónicos y el uso de la firma digital del Notario, pues la esperanza del trámite estatal digital se ha hecho realidad lo que hace en la práctica es beneficiar a los usuarios y no solo a ellos sino a nosotros mismos los Notarios y a la propia entidad gubernamental, además que dicho esfuerzo y logro ha logrado la erradicación de casos sobre falsificación documentaria y suplantación de identidad, siendo de igual importancia ***la eliminación del soporte papel en el procedimiento registral***, lo cual ha servido para aliviar el daño medioambiental que

ocasionamos a nuestro ecosistema con el uso excesivo del papel y que nos daña a nosotros mismos como personas, así como la reducción de los materiales como plásticos de las tintas de impresión, impresoras, tóner, cartuchos de tinta que deterioran y dañan cada día nuestro ecosistema. Por eso resulta de mucha importancia tener en cuenta en nuestra función diaria en nuestros Despacho una política de eco eficiencia, con la finalidad de contribuir a la conservación y preservación del medio ambiente, a través de medios que permitan la reutilización de los materiales que utilizamos y la eliminación progresiva de algunos de ellos. En ese sentido la utilización de los partes electrónicos notariales con firma digital tiene directa incidencia sobre porque ha permitido la eliminación progresiva del uso de papel y materiales conexos, ello por cuanto los actos y derechos cuya inscripción se solicita se encuentra contenida principalmente, sobre dicho soporte, por lo que al implementarse diversos mecanismos tecnológicos y el uso de los mismos en los Despachos Notariales, lo que se busca es reducir el uso de este recurso y encontrar mecanismos seguros y fidedignos que representen una alternativa moderna que a su vez contribuya a la preservación del medio ambiente como en efecto se viene logrando de manera uniforme y beneficiosa por todos los Despachos Notariales.

Igualmente debemos deja en claro que el uso de estos mecanismo digitales electrónicos no excluye la participación del Notario sino más bien fortalece la institución notarial, pues lo que se busca es de dotar de mayor rapidez el trabajo

notarial, sin dejar de lado la seguridad jurídica que otorga el Notario, siendo que todo medio electrónico también debe contar la seguridad de acuerdo a los adelantos tecnológicos y buscando cada día implementar nuevas funcionalidades de uso de los Notarios, con la finalidad de hacer los procesos más ágiles, rápidos y eficientes, más aun si de esta manera contribuimos con cuidado y preservación del medio ambiente a través del uso racional de los recursos.

8. Conclusiones

- La función Notarial evoluciona a medida que el tiempo transcurre, y es que al igual que el Derecho, base principal de esta rama, es innovadora y dinámica, su constante cambio que en su mayoría de veces permite que el ejercicio de esta importante y noble labor sea rápida, eficaz y segura, y expreso en su mayoría de veces porqué ocurre que por ejemplo el sistema que brinda la herramienta tecnológica necesaria para una correcta identificación de los otorgantes no se desarrolló como debe ser y retrase la atención de los mismos, es ahí donde la labor Notarial resalta más, pues mediante las técnicas de certeza empírica, técnica y jurídica con las que cuenta un Notario se podrá verificar casi a su totalidad la identidad de los otorgantes por encima de las nuevas tecnológicas pues estas contribuyen la función notarial pero no la excluyen, pues la labor notarial es la exteriorización de la voluntad de las partes, lo que queda excluida en la tecnología la misma que no puede ver ni apreciar la capacidad de los otorgantes.

  Con lo señalado quiero resaltar que el Notario no debe pensar que su labor se pueda ver mellada por el avance de la tecnología, que avanza a pasos agigantados, sino todo lo contrario, debe aprovechar las nuevas tecnológicas a su mayor plenitud, pues es ahí donde se da el comienzo de una nueva era digital que rompa limites que existían a causas de circunstancias periféricas fuera del dominio del Notario.

Como ya se indicó, en nuestro país las herramientas tecnológicas, y sin duda la identificación biométrica por ejemplo, son una revolución que ha permitido tener y crear certeza de la identificación del otorgante en el Notario, y que a su vez este pueda realizar con mayor rapidez y eficacia transacciones comerciales que le permitan disponer de sus bienes de manera libre y con la mayor seguridad posible a la fecha por parte de los otorgantes.

Igualmente las nuevas tecnologías han permitido que se dé un cambio en la forma de ver la función notarial, con la agilización de los trámites notariales en beneficio de los usuarios del servicio notarial, pues el Notario de la mano de la tecnología le permite dar un servicio más rápido y ágil como demanda en la actualidad nuestra función.

Sin ser menos importante el Notario también contribuye a la protección del medio ambiente con el uso de las nuevas tecnologías, al hacer uso de los instrumentos electrónicos con la firma digital en su relación Notario – Registros Públicos – Usuario.

Igualmente la base centralizada con información privilegiada entre Notarios para combatir el crimen organizado y el lavado de activos es una de nuestras fortalezas frente a quienes pretenden diariamente eliminar la figura del Notario.

Finalmente debemos decir a manera de conclusión final que si bien es cierto que la fe pública notarial existe para asegurar la certeza, la permanencia y la paz jurídica entre los particulares. Esta noble función debe ir acorde con los acontecimientos tecnológicos el no hacerlo es detener al mundo, lo que obviamente a lo largo del tiempo nos puede pasar la factura, para ello aquí esta los notarios noveles para contribuir en el fortalecimiento de nuestra institución notarial que es global y es unida como en efecto se mostrara en este importante evento notarial.

Andrés Martinez, Escribano titular del Registro 3 de Tres Arroyos, Provincia de Buenos Aires, Argentina

SMART CONTRACTS: ¿EL FUTURO DE LA CONTRATACIÓN?

INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías vienen avanzando a pasos agigantados y se cuelan en todos los ámbitos. La contratación y el derecho notarial no son la excepción.

En este trabajo pretendemos efectuar un análisis de una de las nuevas tecnologías que han surgido en los últimos años y que consideramos tendrá una gran influencia en el derecho de los contratos y en los notarios: los *SMART CONTRACTS.*

Para ello, comenzaremos analizando brevemente qué es un contrato y repasando un poco la evolución del instituto, para luego ver qué es un *Smart Contract* y definir puede ser o no un contrato.

Estudiaremos también concisamente la tecnología *blockchain* que sirve de piedra basal de los *Smart Contracts.*

A partir de allí, nos meteremos más de lleno en el examen de las principales características de estos "contratos inteligentes", observando, a lo largo del estudio, cómo interactúan con algunos principios ordenadores de nuestros

sistemas jurídicos, a saber: la función social del contrato, el derecho del consumidor y la regulación de los contratos por adhesión.

Finalmente, nos acercaremos un poco más a una novela de ciencia ficción e intentaremos esbozar algunos usos futuros que de ésta tecnología puede llegar a hacer el notariado.

I) ¿QUÉ ES UN CONTRATO?

El contrato ha acompañado la evolución de la sociedad desde los inicios de la humanidad, con los primeros intercambios efectuados entre los primeros humanos del planeta.

El concepto jurídico del contrato ha ido variando sutilmente a lo largo de los años, pero siempre ha estado ligado a su función social-económica, como instrumento que sirve a efectos de permitir la circulación de las riquezas[45].

Más allá de la cantidad de definiciones que podemos encontrar, nos parece atinado tomar la que establece el Código Civil y Comercial Argentino, según el cual un contrato es "el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales" (art. 957).

Haciendo un muy breve recorrido histórico, podemos afirmar que desde la Revolución Francesa, siguiendo los principios fundamentales de la libertad, igualdad y fraternidad, y bajo el

45 FIN DE FIGUEIREDO, Eduardo y ALVES DA SILVA, Marcos, "A análise econômica do direito contratual e a função social do contrato", Revista de Direito, Economía e Desenvolvimento Sustentável, Ene/Jun 2016, V. 2, N°1, pag. 108.

paradigma de que la contratación se daba entre personas que tenían un vínculo relacional paritario, singular y de prestaciones equilibradas, con el consentimiento brindado por ciudadanos libres, capaces y económicamente autorreferentes, "la concepción decimonónica del contrato se asentaba en dos pilares inamovibles que conferían solidez absoluta al acuerdo: la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato"[46].

Sin embargo, a partir de la primera Revolución Industrial y del comienzo de la producción en masa, que implicaron una nueva realidad productiva, la autonomía de la voluntad fue perdiendo el lugar que ocupaba en el pedestal de la contratación, tomando ahora preponderancia el contrato de masas con cláusulas predispuestas y sin posibilidad de modificación. De esta manera, fueron desapareciendo las tratativas precontractuales y la aceptación mutó a una mera adhesión.

A efectos de equilibrar las fuerzas desiguales, y en un contexto mundial en el que la ideología del Estado de Bienestar (*Welfare State)* se venía imponiendo, la autoridad estatal invadió el campo contractual mediante la imposición de normas imperativas. Así, la "imprevisión en el Derecho francés, [la] frustración en el Derecho inglés, [la] cláusula *rebus sic stantibus* o base del negocio abrieron el camino para que, en caso de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles

46 FREYTES, Alejandro E., "Resistematización contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", La Ley, 16/02/2017, AR/DOC/3187/2016.

que hacen excesivamente onerosas las obligaciones contractuales, los tribunales puedan en ocasiones liberar a los contratantes del contrato excesivamente oneroso y en otras, incluso, proceder a una revisión de los términos del contrato"[47].

Un ejemplo acabado de esta evolución del derecho, son las teorías que hablan de la "función social del contrato", teorías que han encontrado gran recepción en el derecho continental, obteniendo incluso recepción legal[48].

Un poco más adelante en el tiempo, continuando en la misma línea de transformación mencionada en los párrafos anteriores y buscando la protección de los "económicamente débiles", comenzó el desarrollo del derecho del consumo y la regulación de los contratos celebrados por adhesión. Los cambios introducidos por las modificaciones realizadas en ambos campos afectaron el derecho privado de manera transversal, ya que éstos tienen injerencia en variados aspectos que van desde la formación del contrato y el consentimiento, a la inversión de la carga de la prueba y la atribución de responsabilidades patrimoniales más graves a la parte más fuerte de la relación contractual. Muchos vieron en estos avances del Estado una inminente "muerte del contrato"[49].

---

47 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, "Contrato y libertad contractual", *Themis, revista de derecho,* p. 11. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_049.pdf (ultima vez visto: 04/08/2019).

48 En Brasil se encuentra receptada en el art. 421 del Código Civil.

49 Cf. FREYTES, *Ob. Cit.*

Más allá de lo expuesto, hay quienes hablan del "péndulo de la autonomía de la voluntad" y ven un "reverdecimiento" de ésta autonomía[50], y considerando que ello se manifiesta a través de institutos novedosos como el consentimiento informado en prácticas médicas, los actos de autoprotección o testamentos vitales (*living-will),* las modificaciones en los regímenes de capacidad, pactos en cuestiones de familia (v. gr. pactos de convivencia), tendencia a la supresión de la prohibición de pactos sobre herencia futura y morigeración de las legítimas, entre otros institutos. La utilización de los Smart Contracts podría llegar a ser una muestra más de este "reverdecimiento".

II) ¿QUÉ ES UN SMART CONTRACT O CONTRATO INTELIGENTE?

El primero en acuñar el término fue Nick SZABO, quien lo definió por primera vez como "un protocolo de transacción computarizada que ejecuta los términos de un contrato"[51]. En un trabajo posterior agrega: "Nuevas instituciones y nuevas formas de formalizar las relaciones que las conforman, son actualmente posibles gracias a la revolución digital. Llamo a estos nuevos contratos 'inteligentes' porque son mucho más funcionales que sus inanimados ancestros basados en papel. No está implicada el uso de inteligencia artificial. Un contrato inteligente es un conjunto de promesas, especificadas en forma

50 *Ibidem.*

51 SZABO, Nick, "Smart Contracts", 1994. Disponible en: http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html (última vez visto el 04/08/2019)

digital, incluyendo protocolos dentro de los que las partes cumplen estas promesas"[52].

También se ha dicho que es "un acuerdo automatizable y exigible. Automatizable por medio de ordenadores, aunque algunas partes puedan requerir intervención y control humano. Exigibles tanto mediante la ejecución judicial de derechos y obligaciones como por medio de la ejecución de un código informático a prueba de manipulaciones"[53].

Para que los acuerdos entre las partes desarrollados por medio de la secuencia de código se puedan ejecutar de manera autónoma, es preciso que las órdenes que las partes introduzcan en él tengan lógica booleana; o, en otros términos, han de tener la estructura *if/then/else:* si se cumple esta circunstancia (*if*), entonces se ejecuta esta acción (*then*); de no cumplirse, se ejecuta otra acción también prevista (*else*)[54].

En general, no hay un concepto unívoco de "Smart Contract" y la doctrina ha elaborado diferentes definiciones para el término. STARK[55] manifiesta que, básicamente, todas se

52 SZABO, Nick, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (ultima vez visto el 04/08/2019)

53 CLACK, Christopher D., BAKSHI, Vikram A. y BRAINE, Lee, "Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions", *ArXiv,* 2016, p. 2. Disponible en: http://arxiv.org/abs/1608.00771 (última vez visto el 04/08/2019)

54 LEGEREN-MOLINA, Antonio, "Los contratos inteligentes en España", Revista de Derecho Civil, Vol. V, N.° 2, 2018, p. 198. Disponible en: https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/320

55 STARK, Josh. "Making sense of blockchain smart contracts", Coindesk, 2016. Disponible en: http://www.coindesk.com/making-sense-smart-contracts/ (ultima vez visto el 04/08/2019)

pueden englobar en dos categorías distintas, a saber: el *Smart Contract Code (SCC)* y el *Smart Legal Contract (SLC)*.

El SC es, siempre, un código informático que, dependiendo de su objeto, podrá tener consecuencias jurídicas o no y, a su vez, estas consecuencias podrán ser contractuales o no[56]

El *Smart Contract Code (*Código de Contrato Inteligente), es un código informático guardado, verificado y que se ejecuta en una blockchain. Pese al uso de la palabra "*contract",* nada tiene que ver con un contrato legal en los términos que definimos en el apartado anterior[57]. Por ello, hay quienes prefieren llamar a este SCC como "*Smart Agent",* a efectos de no generar confusiones[58].

Así, se ha sostenido que en *Solidity*[59] un *Smart Contract* es "una colección de código (sus funciones) y sus datos (su estado) que reside en una dirección específica en la cadena de bloques *Ethereum"*[60].

Estaríamos frente a un *Smart Legal Contract (SLC)* cuando un SCC se utiliza como un complemento o como un sustituto para los contratos legales[61] o, lo que es lo mismo, si un SC

56 Cf. FERNANDEZ COSSINI, Elda, "La 'automatización' del derecho y la función notarial", Trabajo elaborado en ocasiómn de la Beca del Consejo General del Notariado Español, Año 2018, (inédito), p. 34. *Ob. Cit.,* p. 34.

57 STARK, *Ob. Cit.*

58 FERNANDEZ COSSINI, *Ob. Cit.*

59 *Solidity* es el lenguaje de programación que utiliza la blockchain *Ethereum,* la blockchain que fue pionera en brindar la posibilidad de efectuar *Smart Contracts.*

60 TUR FAÚNDEZ, Carlos, *Smart Contracts-Análisis Jurídico*, Madrid, Editorial Reus, 2018, p. 53.

61 STARK, *Ob. Cit.*

genera consecuencias contractuales, estaríamos frente a un SLC.

En este último caso, nos encontramos frente a "contratos, operaciones o transacciones con forma de negocios jurídicos bilaterales, cuya peculiaridad esencial estriba en haberse diseñado sobre un lenguaje y empleando sistemas informáticos específicos para celebrarse, discurrir y ejecutarse en una Blockchain (...). En este supuesto, no parece discutible la afirmación de que el diseño del programa se orienta precisamente a la celebración y ejecución de un contrato (...) Aquí, el SC es una la expresión informática codificada de un contrato, dónde los términos pactados se expresan en un código. En otros casos, si el SC está orientado a realizar funciones de enlace telemático en la red, conexión con aparatos IoT, o procesos automáticos de comunicación en la infraestructura o en las aplicaciones, el SC no es una operación jurídica. Esta matización es importante para desechar afirmaciones imprecisas o genéricas inductoras a no pocas confusiones entre los juristas."[62]

Los SLC son más eficientes si utilizan la tecnología *blockchain. D*e hecho, están pensados para funcionar registrándose y haciendo cumplir las transacciones a través de la cadena de bloques. Los contratos inteligentes están un paso más allá de los contratos electrónicos típicos, ya que el

62 FERNANDEZ COSSINI, *Ob. Cit,* p. 34, citando a IBAÑEZ JIMENEZ, Javier Weinceslao, *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2018, p. 89

acuerdo real está incorporado en el código de la computadora, en lugar de otro idioma tradicional[63].

A continuación, estudiaremos brevemente como funciona esta cadena de bloques.

III) BLOCKCHAIN

La *blockchain* o cadena de bloques es una base de datos apoyada en la tecnología *peer-to-peer (P2P)*[64], en la que se registran bloques de información. Funciona como un enorme libro de contabilidad distribuido (*distributed ledger)*.

Es una herramienta que surgió para evitar la duplicación de transacciones en *BitCoin* y se aplicó, principalmente a la problemática del dinero electrónico y a la trazabilidad de las transacciones electrónicas, pero su uso, hoy en día, se va extendiendo cada vez más a diferentes materias[65].

El funcionamiento del sistema es el siguiente: existe un bloque inicial o "bloque génesis" y, a continuación, se van sumando nuevos bloques que contienen información o transacciones (cada bloque puede contener una o múltiples transacciones). Asimismo, cada bloque se representa con un

63 O'SHIELDS, Reggie, "Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain", North Carolina Banking Institute, Vol. 21, art. 11, 2017, p. 181. Disponible en http://scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol21/iss1/11 (última consulta el 04/08/2019)

64 Son redes compuestas por múltiples nodos que se encuentran al mismo nivel y donde no existen servidores ni clientes.

65 Conf. PEREZ COSENTINO, Marcelo E. y GIRAL FONT, Martín J., "La firma digital en el nuevo Código Civil y Comercial", Noticias de Consejo Federal del Notariado Argentino – N° 61, mayo 2017, *p. 19.*

hash[66], una especie de huella digital que se forma en función de las transacciones que en él se almacenan, el *hash* del bloque anterior (conectándolo con éste e impidiendo que un nuevo bloque pueda ser insertado entre ambos) y un número arbitrario único (*nonce*).

El mecanismo que se utiliza para sumar un nuevo bloque a la cadena se denomina *proof-of-work* y consiste en la resolución de un algoritmo matemático que "mina" o cierra un bloque cuando el *hash* que se crea del mismo cumpla con determinada condición[67].

La seguridad de este sistema de cadena de bloques se basa en su estructura de red descentralizada y en que la aceptación de cada uno de los bloques se efectúa a través del consenso de los mineros (nodos) que en ese momento están en la red. Una vez que se generó un bloque ya no se pueden agregar más transacciones a las existentes[68]. Para cambiar una

---

66 "Un algoritmo de hash convierte una cantidad arbitrariamente grande de datos en un hash de longitud fija. El mismo hash siempre será el resultado de los mismos datos, pero la modificación de la información, aunque sea un solo bit da como resultado un hash distinto. Al igual que todos los datos informáticos, los hashes no son números grandes, y se escriben normalmente en hexadecimal". Extraído de: https://es.bitcoin.it/wiki/Hash [última consulta: 04/08/2019].

67 En el caso de Bitcoin, cuando el *hash* comience con determinada cantidad de ceros (cuatro). Ver: NAKAMOTO, Satoshi, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System", p. 3, disponible en: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf [ultima consulta: 04/08/2019]. Como dijimos, cada bloque se compone del *hash* del bloque anterior y de las nuevas transacciones que se sumarán a la cadena. A efecto de poder generar un nuevo *hash* que comience con cuatro ceros, el minero podrá alterar el *nonce,* por lo que su computadora irá buscando valores alternativo de éste hasta dar con un hash que cumpla con la condición para cerrar el bloque. El minero que logre validar el bloque recibirá una recompensa en *bitcoins*.

68 Cf. SCHMIDT, Cesar Walter y COSOLA, Sebastián Justo, "Coexistencia de dos mundos: el impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico", trabajo presentado en la XXXIII Jornada Notarial Argentina,

o varias de las transacciones que se encuentren registradas se debería contar con el consenso del más del 50% de los nodos existentes en la red, lo que en el estado actual del desarrollo de la tecnología es, en teoría, prácticamente imposible[69].

III).1) CLASIFICACIÓN DE LAS BLOCKCHAINS

Las Blockchain pueden clasificarse, en función de los permisos requeridos para ser parte en cada una y validar las transacciones realizadas. Según TUR FAÚNDEZ encontramos tres categorías:

"a) *Públicas*: En ellas, cualquiera puede descargar en su ordenador los programas necesarios y constituir un nodo que forma parte de la red descentralizada a partir de ese momento, así como participar en el proceso de consenso. Cualquiera que forme parte de la cadena de bloques (nodo) podrá enviar transacciones a través de Internet, que se incluirán en la cadena de bloques, y examinar la transacción en la página web que cada plataforma tenga habilitada para ello. Los ejemplos más relevantes son Bitcoin y Ethereum. [...]

b) *Federadas o de consorcio*: A diferencia de lo que ocurre con las cadenas de bloques públicas no permiten que cualquier

---

realizada en Bariloche del 20 al 22 de Septiembre de 2018, p. 13. Disponible en: http://www.cfna.org.ar/noticias-2018/xxxiii-jornada-notarial-argentina-2018-trabajos-presentados/ [ultima consulta: 04/08/2019]

69 Sin embargo, hay quienes afirman que en un futuro los ordenadores cuánticos pondrán en jaque la seguridad de blockchain.

persona pueda configurar un nodo en su PC y participar en el proceso de validación de las transacciones. En este caso se requieren determinados permisos de acceso que suelen concederse a los miembros de un determinado colectivo (v.g. entidades financieras). La validación de las transacciones se controla por un grupo preseleccionado de miembros (por ejemplo, se establece una comisión de 15 entidades financieras cada una de las cuales opera un nodo, siendo necesario que al menos diez firmen cada bloque de transacciones para que se considere válido). El derecho de acceso y lectura de los bloques puede ser público, o hallarse restringido a los miembros de la cadena. [...]

c) *Privadas*: Haciendo uso de la tecnología que proporcionan las grandes cadenas públicas, entre las que destaca Ethereum, se pueden crear cadenas de bloques privadas.

En estas cadenas de bloques, las autorizaciones para poder realizar transacciones o en su caso insertar programas ejecutables, son concedidas por organizaciones privadas, del mismo modo que serán estas las que determinarán a quién y en qué condiciones se le permitirá la lectura de las transacciones realizadas"[70].

Alguno de estos tipos de *blockchain* puede resultar más conveniente para diferentes situaciones. De esta manera, al momento de encarar un proyecto que utilizará ésta tecnología, habrá que tener bien claro a qué se apunta, cómo será el

70 TUR FAÚNDEZ, Ob. *Cit.,* p. 38.

procedimiento para registrar datos, quien tendrá el control de la cadena y quienes tendrán acceso a esos datos y bajo qué permisos.

En el presente trabajo nos centraremos sobre SLC constituidos en *blockchains* públicas, tomando como referencia a *Ethereum,* la plataforma más desarrollada en la actualidad.

IV) CARACTERÍSTICAS DE LOS SLC

Las principales características de los SC son su *inmutabilidad* una vez que han sido constituidos y registrados en la *blockchain,* y su *autoejecución.*

a) Inmutabilidad

Como dijimos, una de las características principales de los SC es su inmutabilidad, esto es, una vez creado y registrado en la *blockchain* es imposible cambiar sus términos, a menos que las partes hayan pactado otra cosa y previsto en el código la posibilidad de alterarlo.

Una vez en la *blockchain*, nadie -ni siquiera una corte de justicia o cualquier otra autoridad estatal- podrá manipular el registro para cambiar su contenido y efectos[71].

b) Autoejecución

71 En teoría sólo con el consenso de más del 50% de los nodos que integren la blockchain donde el SC fue registrado podría modificarse el asiento mediante una bifurcación o *fork.*

Este es, sin lugar a dudas, el elemento esencial de los SLC. Su peculiaridad reside principalmente en la forma de la ejecución de las prestaciones, que se da de manera automática.

Este carácter automático de la ejecución conlleva que no sea necesaria la intervención del ser humano para desencadenar la consecuencia establecida –realizar una determinada prestación–, ni para comprobar su cumplimiento: son las propias máquinas las que, verificando de manera objetiva que concurren las condiciones predeterminadas, ejecutan lo establecido para tal evento[72].

De estas características de los SLC se desprenden sus beneficios, que serían la mayor velocidad y precisión de las transacciones comerciales, negocios más eficientes y una ejecución de los contratos mejor, más rápida y menos costosa[73]. Como la ejecución es, en principio, inevitable[74], se sostiene que los SLC prescindirán del poder judicial[75].

Pero, de esta misma característica, también surgen las principales contras, pues de ella derivan buena parte de las colisiones de los SLC con el derecho tradicional

V) FORMALIZACIÓN DE LOS SLC

72 Cf. LEGEREN MOLINA, *Ob. Cit.,* p. 200.

73 O'SHIELDS, *Ob. Cit.* p. 183.

74 Decimos "en principio" porque dependiendo de cómo esté diagramado el SC puede existir la posibilidad de que alguna de las partes "obstruya" el cumplimiento. Por ejemplo, si un padre pactara con su hijo que se transferirá cierta cantidad de *Ether* de su cuenta a la de su hijo si éste obtiene determinada calificación en un examen, el progenitor podría impedir el cumplimiento no teniendo *Ether* en su cuenta.

75 Cf. O'SHIELDS, *Ob. Cit.,* p. 178.

Se ha sostenido que los SLC pueden formalizarse:

a) Totalmente en código

b) En código, pero con una versión separada en lenguaje natural

c) Como un contrato en lenguaje natural con cumplimiento codificado.

d) Como un contrato en lenguaje natural con mecanismo de pago codificado[76].

V.1) ¿ES POSIBLE CELEBRAR UN CONTRATO PURAMENTE EN CÓDIGO?

Los puristas entienden que un SLC puede ser formalizado enteramente en código y que éste código regirá la relación entre las partes. Esta idea se ha sintetizado con la frase "*code is law*".

Coincidimos plenamente con FERNANDEZ COSSINI cuando afirma que, teniendo presente el actual "estado del arte", hoy en día sólo se deberían efectuar totalmente en código contratos con cierto grado de simpleza que se apliquen a cuestiones extremadamente claras y sin matices[77]. Formular contratos complejos sólo en código puede no sólo ser ilegal,

76 Smart Contracts Alliance en colaboración con Deloitte. Una iniciativa de la Cámara de Comercio Digital. "Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond A Technology, Legal & Regulatory Introduction", p. 9. Disponible en: http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-cases-for-business-and-beyond.pdf (última vez visitado el 04/08/2019).

77 Cf. FERNANDEZ COSSINI, *Ob. Cit.,* p. 35, nota 62.

como veremos más adelante, sino terminar en un rotundo fracaso.

De hecho, el mayor intento de lograr una organización societaria -llamada "The DAO"- a través de una combinación de varios SLC, cuya regulación se encontraba basada sólo en código, no fue eficaz debido a una especie de "laguna" en el mismo.

La "DAO" (*Descentralized Autonomuos Organization*, en español: Organización Autónoma Descentralizada), fue uno de los primeros proyectos importantes lanzados en *Ethereum* y se trataba de una suerte de fondo de inversión en el que personas podía proponer un proyecto y los usuarios que poseían *tokens* (participación en la organización), definían por consenso qué emprendimientos financiar.

Cuando una persona iba a adquirir algún *token* en "The DAO", era advertido de que la organización sería gobernada exclusivamente por el código y que la intervención humana sería prácticamente nula. Incluso, se advertía a los compradores sobre la naturaleza "hiperliteraria" de los SC y se aclaraba que todas las explicaciones o comunicaciones que los usuarios pudieran recibir en lenguaje natural no podían modificar ni agregar derechos y/u obligaciones más allá de las establecidas en código de "The DAO"[78].

En el año 2016, la DAO sufrió un "ataque" por parte de uno de sus miembros que, utilizando una vulnerabilidad en el

78 Cf. KOLBER, Adam J., "Not-so-smart blockchain contracts and artificial responsibility", Standford Technology Law Review, N.º 198, 2018, p. 200.

diseño del código y sin violar lo allí establecido, es decir, cumpliendo los términos "contractuales", "robó" más de 50 millones de dólares en Ether.

Los puristas del código sostenían que lo que había realizado el usuario se encontraba dentro de los comportamientos permitidos y que, por lo tanto, su accionar no sólo no era un robo, sino que, además, nada debía hacerse al respecto[79].

Finalmente, a efectos de solucionar la cuestión, se decidió llevar a cabo una bifurcación o *hard fork* en la *blockchain,* creándose dos cadenas separadas e incompatibles: la original donde ocurrió el ataque y una cadena manipulada en la que se borraron la totalidad de las transacciones desde el ataque en adelante. Este *hard fork* fue apoyado por más del 85% de los tenedores de *tokens*[80].

Aún si sostuviéramos que es posible arreglar todos los *bugs* o errores y no permitir que ocurran fallas como las relacionadas, sería discutible la oponibilidad de las cláusulas establecidas en código y no en lenguaje natural, sobre todo en relaciones de consumo o contratos por adhesión.

---

79 *Ibidem.* En una carta abierta publicada por quien dice haber realizado el "ataque", el autor se muestra "decepcionado" por quienes caracterizan su accioner como un "robo" y agrega que si se efectúa una bifurcación de la cadena que confisque su *Ether* legitimamente ganado, se estarían violando sus derechos, por lo que se reserva la posibilidad de tomar acciones legales. La carta se encuentra disponible en: https://steemit.com/ethereum/@chris4210/an-open-letter-to-the-dao-and-the-ethereum-community

80 Cf. RODRIGUES, Usha R., "Law and Blockchain", Iowa Law Review, N°104, 2019, p. 679.

VI) LA RELACIÓN ENTRE LOS SC Y EL "MUNDO REAL"

El potencial de aplicación de los SC se vislumbra mucho mayor con el desarrollo del Internet de las cosas o *Intenet of Things (IoT).*

El IoT supone la interconexión a través de internet de todos los objetos a los que se les haya incorporado un dispositivo emisor y/o receptor de información mediante radiofrecuencia[81].

Un SLC puede, por medio de esta interconexión, interactuar con el objeto y transmitirle determinadas ordenes según lo establecido en el código. Así, por ejemplo, si una persona arrendó un vehículo o lo adquirió en cuotas y no realiza el pago de una de ellas, el SLC podría enviarle un aviso al automotor para que éste no se encienda[82].

Otra forma mediante la que los SC pueden tomar datos de la realidad es a través de "Oráculos". Estos Oráculos son, justamente, agentes externos a la cadena de bloques que proveen al código de información sobre el estado del "mundo

81 TUR FAÚNDEZ, *Ob. Cit.,* p. 116.

82 El ejemplo es citado en buena parte de la bibliografía que existe sobre la materia. Ver: GRANERO, Horacio R., "Los contratos inteligentes y la tecnología 'blockchain' (su encuadre en el Código Civil y Comercial de la Nación)" ElDial, DC24BB, p. 1.; SKLAROFF, *Ob. Cit.;* TUR FAÚNDEZ, *Ob. Cit.,* p. 167 y ss. (donde se muestra, incluso, un ejemplo del código en *Solidity* de un contrato de alquiler de un vehículo). Una situación similar podría pensarse en relación a un inmueble cuyas cerraduras fueran "inteligentes" y ante la eventual falta de pago de un alquiler o cuota el inquilino o comprador no pudiera abrirlas con sus llaves o claves. Sin perjuicio de ello, habría que realizar un detenido análisis porque tal accionar podría llevar a la violación de otros derechos fundamentales del inquilino/comprador (v. gr. propiedad, trabajo, etc.).

exterior"[83], mediante un *software* propio que les permite interactuar con el SC. Sería, en definitiva, un tercero de confianza.

Sin embargo, no podemos soslayar que los oráculos no son descentralizados y no están exentos de ser manipulados o de tener ciertos sesgos[84]. Asimismo, habrá que tener en cuenta y analizar quién responde en caso de error o de un actuar lesivo del ente designado para realizar la tarea, teniendo siempre presente que debido a la autoejecutabilidad del SLC estos errores o fallos se potencian y son más difíciles de corregir.

Por otro lado, además, la actuación de un oráculo implica un costo que habrá que abonar por el servicio -un honorario o tarifa[85]-, por lo que deberá considerarse quién carga con el mismo.

VII) ALGUNAS CUESTIONES QUE PLANTEAN LOS SC.

83 Un oráculo podría brindar, por ejemplo, la cotización de una moneda informada por un Banco determinado, la temperatura en determinado lugar o cualquier otro elemento verificable o podría ser, incluso, un tribunal arbital (ver punto VIII de este trabajo).

84 Cf. WERBACH y CORNELL, *Ob. Cit.;* TUR FAÚNDEZ, *Ob. Cit.,* p. 113.

85 En la actualidad existen en internet múy pocos servicios realmente gratuitos. Aunque no se abone una tarifa en dinero para utilizar, por ejemplo, determinada red social, usualmente el usuario está "pagando" con datos. Ver: RFI, "'Se é de graça, você é o produto': saiba como Facebook lucra com dados de usuários", 23/03/2018, disponible en: http://br.rfi.fr/mundo/20180320-se-e-de-graca-voce-e-o-produto-saiba-como-facebook-lucra-com-dados-de-usuarios (última consulta el 04/08/2019)

Los SC pueden presentar problemas, que podríamos clasificar a efectos de clarificar la exposición, en dos tipos: Prácticos o de hecho y Doctrinales o de derecho.

VII.1) PROBLEMAS PRÁCTICOS

A) Fallas en el Código.-

El principal problema de este tipo es que es prácticamente imposible efectuar software complejo sin fallas[86]. La inmutabilidad de los SLC potencia este tipo de problemas, ya que si se detecta una eventual falla en el programa, suele ser muy difícil –o casi imposible- su corrección[87]. Se ha sostenido que esta característica puede desalentar la adopción de esta tecnología, ya que no parece probable que grandes instituciones financieras u organizaciones gubernamentales adopten tecnologías que no pueden ser modificadas luego, de ser necesario[88].

En función de esta inmutabilidad, es importante que el código sea definido de manera precisa y completa desde el inicio, evitando incorporar términos que tengan un significado que pueda variar entre el momento de la contratación y el de la ejecución del acuerdo[89].

---

86 Cf. WERBACH, Kevin y CORNELL, Nicolas, "Contracts Ex-machina", Duke Law Journal, N.°67, 2007, 313.

87 Solo podrían realizarse los cambios que fueran establecidos *ab-initio* como "alternativas durmientes" (Cf. SKLAROFF, Jeremy M., "Smart Contracts and the cost of inflexibility", University of Pennsylvania Law Review, n°166, 2017, p. 263).

88 Cf. O'SHIELDS, *Ob. Cit.,* p. 187.

89 SKLAROFF, *Ob. Cit.*

Así, concordamos con la doctrina que afirma que ciertos aspectos de los contratos tradicionales no podrán incluirse dentro de un SLC[90]. En la contratación tradicional existen términos que son imprecisos y que no pueden ser analizados por los algoritmos del código. Conceptos como la buena fe, la razonabilidad y otros conceptos medulares del derecho de los contratos no pueden ser programados con sentencias *If-Then.* Al menos hasta que la Inteligencia Artificial (IA) logre un grado de avance mucho mayor al actual, se necesitará un humano al momento de aplicar alguno de estos conceptos[91].

Cabe resaltar que el no contemplar todas las posibles contingencias y el uso de términos imprecisos o ambiguos en un contrato tradicional se hace, en muchos casos, de manera intencional, para permitir a las partes renegociar acuerdos o adaptarlos a circunstancias o eventos imprevisibles[92].

No hay que perder de vista que, siempre, el código estará redactado por humanos y que los humanos no somos perfectos, por lo que nuestras creaciones tampoco lo son[93].

Incluso si fuera posible realizar un programa que no tenga fallas o lagunas, esto importaría costos muy altos de desarrollo,

---

90 CLACK, BAKSHI y BRAINE, *Ob. Cit.,* p. 5.

91 Cf. ORTOLANI, Pietro, "The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads", Uniform Law Review, Vol. 0, 2019, p. 9.

92 En este sentido también: O'SHIELDS, *Ob. Cit.,* p. 187, nota 89.

93 Así, se ha sostenido que "even the smartest contracts can be susceptible to human error" (LUMB, Richard, "Downside of Bitcoin: A Ledger that can't be corrected", The New York Times, 09/09/2016. Disponible en: https://www.nytimes.com/2016/09/10/business/dealbook/downside-of-virtual-currencies-a-ledger-that-cant-be-corrected.html (ultima vez visto el 04/08/2019). Como muestra de las posibles fallas basta citar la ocurrida en "The DAO" comentada líneas ariba.

que en muchas situaciones podría volver al SC antieconómico o, al menos, menos eficiente que el contrato tradicional.

B) LOS SC NO SIEMPRE IMPLICAN MENOS COSTOS QUE LOS CONTRATOS TRADICIONALES

Se ha sostenido que los SC permitirán a las compañias lograr acuerdos autoejecutables reduciendo ampliamente los costos de monitoreo y ejecución respecto de los contratos tradicionales[94].

Sin embargo, si bien es verdad que los costos *ex-post*[95] son menores, también debemos resaltar que se aumentan los costos de contratación inicial. Estos costos podrían bajar si los SLC tuvieran ciertas reglas por defecto o utilizaran formularios pre-armados.

Ahora bien, la utilización de este tipo de formularios y/o de uniformación de los acuerdos no será posible o conveniente en contratos que cuenten con cierto grado de complejidad. Por ello, bajar los costos *ex-post* a costa de un posible aumento de los costos *ex-ante,* tendrá sentido, en principio, sólo en contratos sencillos (que no requieran, justamente grandes costos iniciales).

Otro problema que trae aparejado el uso de formularios pre-armados para formalizar SC es que el predisponente se encuentra en una posición dominante y puede imponer

94 TAPSCOTT, Don y TAPSCOTT, Alex, citados por SKLAROFF, *Ob. Cit.,* p. 297.

95 Costos posteriores a la configuración del SC.

cláusulas o condiciones abusivas. Analizaremos este tema con mayor detenimiento más adelante.

Además de lo expuesto, en materia de costos, no hay que desdeñar el costo que implica el gasto energético necesario para que operen las *blockchain*. La creación de un *bitcoin*, por ejemplo, consume tanta electricidad como una hogar Estadounidense promedio durante dos años y la totalidad de las computadoras conectadas a la red de *Bitcoin* consume tanta energía diaria como un país mediano[96].

VII.2) PROBLEMAS DE DOCTRINALES O DE DERECHO

Para ser reconocidos ante el sistema jurídico de un Estado, "los SC deben respetar todas las normas generales y los principios establecidos para la regulación de los negocios jurídicos, especialmente, cuando el sistema carece de leyes específicas para la tutela de sus peculiaridades[97]".

Los principios son necesarios para interpretar y completar las lagunas de derecho que se dan en escenarios de innovaciones tecnológicas constantes y de dinamismo de las reaciones jurídicas negociales.

El principio de la función social de los contratos, como comentamos al comienzo del presente trabajo, surgió en el siglo XX. En Brasil, fue contemplado expresamente en el art.

96 Cf. KOLBER, *Ob. Cit.,* p. 228.

97 EFING, Carlos y DOS SANTOS, Adrielly Pinho "Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro", *Direito & Desenvolvimento, Revista do programa de pós-graduação em direito mestrado em direito e desenvolvimento sustentável,* Ago/Dez 2018, Vol. 9, Núm. 2, p. 57, disponible en: https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.755 (consultado por íultima vez el 04/08/2019).

421 del Código Civil adoptado en 2002. En Argentina no tiene recepción legal expresa, pero su espíritu insufla varias normas.

Según esta teoría, la autonomía de la voluntad de los contratantes puede ser limitada a efectos de proteger el interés social. Así, las partes no sólo se verían limitadas por la moral, las buenas costumbre y el orden público, sino que el Estado podría intervenir también "en la formación del contrato, imponiendo a las partes celebrarlo aún contra su voluntad y contra sus intereses; estableciendo cláusulas obligatorias en muchos acuerdos que interesan a la economía popular; y supervisando su ejecución al dotar al Poder Judicial de los instrumentos suficientes para intervenir a efectos de restablecer la justicia conmutativa, siempre que una de las partes se aproveche de la otra"[98].

El problema principal que se presenta con los SC es que, debido al carácter inmutable y autoejecutable que hemos analizado líneas arriba, es imposible que reciban una interferencia por parte de factores externos no estipulados en el código y que el poder judicial de un Estado pueda intervenir a efectos de moderar o modificar los efectos del acuerdo.

A) EL CONSENTIMIENTO EN LOS SC

Como venimos recalcando, en los SLC, la prestaciones (todas o algunas de ellas), son efectuadas por el propio código

98 EFING y DOS SANTOS, *Ob. Cit.,* p. 58.

sin requerir un nuevo consentimiento de las partes en fase de ejecución[99].

Por ello, al momento de celebrar el SLC se presta el consentimiento tanto sobre las cláusulas que determinan la perfección del contrato como sobre las que importaran la consumación automática, que podrían implicar, incluso, la formalización de un nuevo contrato[100].

Consideramos que, en materia de consentimiento, los SLC deben contar con todos los requisitos que son exigidos a los contratos tradicionales.

Ahora bien, supongamos que el Sr. Michelhauss compró pacas de algodón al Sr. Raffles, cuya entrega debería ser realizada por un barco llamado *Peerless.* Pero mientras el Sr. Michelhauss entendió que la entrega sería en Octubre, el Sr. Raffles creyó que sería en Diciembre, a través de otro banco también llamado *Peerless.* El Sr. Michelhauss no quiere aceptar el cargamento de algodón en diciembre, pues para esa época sus chances de venderlo a buen precio son mucho más bajas[101].

Es claro que el error en esta situación puede traer aparejada la anulabilidad del acto[102]. Sin embargo, en caso de

99 Cf. TUR FAÚNDEZ, *OB. Cit.,* p. 81. Más allá de lo dicho, es necesario aclarar que si el SLC se instrumenta mediante acuerdos *multi-sig,* puede ser necesario que las partes deban prestar su consentimiento a la hora de la ejecución del contrato (ver punto VIII del presente trabajo)

100 Un contrato entre máquinas (M2M), por ejemplo.

101 Los hechos de este caso son de *Raffles v. Wichelhaus,* un fallo del año 1864 que es el *leading case* en materia de error en el derecho Inglés. Disponible en: http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1864/J19.html (última vez visitado el 04/08/2019).

102 Conforme a lo establecido en el art. 265 del Código Civil y Comercial Argentino (CCCA). La misma solución resultaría de la aplicación de la norma contenida en el art. 138 del Código Civil de Brasil (CCB).

que se hubiera celebrado este contrato por medio de un SLC, impedirá obtener un remedio antes de que las prestaciones se efectúen debido a su inmutabilidad y autoejecutabilidad.

Entonces, los SLC son susceptibles de tener los mismos vicios de la voluntad o de los actos jurídicos que un contrato tradicional, las partes no están exentas de contratar mediando error, dolo[103] o violencia[104], o incluso lesión[105]. El problema que presentan es que anulan la relación entre la validez de un acuerdo y su ejecutabilidad[106], por lo que el acuerdo contenido en el código no necesita ser válido para ser ejecutado. La ejecución de SLC que adolezcan de estos vicios trae aparejado mayores costos[107].

Lo que convendrá, entonces, será proceder con mayor cautela, lo que se traducirá en una elevada compenetración entre juristas y programadores para volcar adecuadamente el contenido de las cláusulas en el código[108].

B) ANALISIS DEL CONSENTIMIENTO DESDE LA OPTICA DEL DERECHO DE CONSUMO Y LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN

La existencia de una regulación específica para el derecho del consumidor y de los contratos por adhesión se

103 Contemplado en los art. 271 y ss. del CCCA y art. 145 y ss. del CCB.

104 Contemplada en los art. 276 y ss. del CCCA y art. 151 y ss. del CCB.

105 Ver art. 332 CCCA y art. 157 CCB

106 Cf. WERBACH y CORNELL, *Ob. Cit.,* p. 369.

107 En el mismo sentido: TOLOSA, Pamela, "Análisis económico del derecho de los contratos", en ACIARRI, Hugo A., *Derecho, economía y ciencias del comportamiento,* SAIJ, Buenos Aires, 2019, p. 86.

108 Cf. LEGEREN MOLINA, *Ob. Cit.,* p. 227.

justifica desde la función social del contrato por la necesidad de intervención estatal a efectos de restablecer el equilibrio económico entre las partes contratantes, producido por el crecimiento del poder empresarial[109].

Desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, podremos afirmar que la regulación se justifica a efectos de solucionar un fallo del mercado, ya que existe información asimétrica, que agravada por la racionalidad limitada que posee el consumidor, trae aparejados una serie de problemas, como la selección adversa y transacciones ineficientes que se traducirán en daños no tolerables socialmente[110].

A menos que se adopten nuevos estándares legales aplicables a los SLC que los eximan, estos deberán respetar las normas que dicten los estados en temas relativos a la protección de los consumidores y los contratos celebrados por adhesión.

Si bien *blockchain, Bitcoin* y *Ethereum*, entre otros, enarbolan las banderas de la contratación P2P, la contratación será también B2B[111] y B2C[112].

En este sentido, "es de rigor destacar que los usos y costumbres del comercio electrónico marcan que los contratos por medios electrónicos se celebran, en su gran mayoría -y en

109 Cf. EFING y DOS SANTOS, *Ob. Cit.,* p. 58.

110 Cf. IRIGOYEN TESTA, Matías, "Análisis económico del derecho del Consumidor", p. 182.

111 *Bussiness to Bussiness* (contratación entre empresas).

112 *Bussiness to Consumer* (contratación entre empresa y consumidor).

particular aquellos que regulan relaciones de consumo-, mediante la modalidad '*click-wrap*', que [...] presupone que las cláusulas y condiciones que se aceptan mediante 'click' se encuentran previamente redactadas por su proveedor de modo unilateral"[113].

Estos contratos "*click-wrap*" son aquellos en los que una de las partes (aceptante) manifiesta su voluntad de aceptar las condiciones o cláusulas redactadas por la otra (predisponente) mediante un simple "click" en la leyenda "Acepto", "Estoy de acuerdo" o similar, que aparece normalmente al final del documento escrito que se muestra en el dispositivo del usuario[114].

En general, la doctrina y la jurisprudencia reconocen la validez de estos "click-wrap agreements" siempre que se pueda verificar que el adquirente vio las condiciones generales de contratación.

En el ámbito de los contratos por adhesión y con consumidores, se dan normalmente un sinnúmero de situaciones jurídicas abusivas. Analizaremos a continuación, algunas que podrían llegar a darse en relación a los SLC.

---

113 GROVER DORADO, Jhon, "Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino", SAIJ, 26/10/2016. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/john-grover-dorado-contratos-electronicos-consumo-derecho-argentino-dacf160582-2016-10-26/123456789-0abc-defg2850-61fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha/2016/10%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%5B3%2C1%5D%7COrga (última vez visto: 04/08/2019)

114 *Ibidem.*

i) INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN.

Uno de los pilares sobre los que se asientan el derecho del consumidor y la regulación de los contratos por adhesión es el deber de información del proveedor.

El art. 4 de la Ley de Defensa de Consumidor Argentino y el art. 1100 del CCCA, establecen la obligación del proveedor de suministrar información al consumidor, en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. Esta información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

En el mismo sentido se expresa el Código de Defensa de Consumidor de Brasil, al establecer en el punto III del art. 6° es un derecho del consumidor tener la información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con las especificaciones que correspondan y los riesgos que los productos traigan aparejados.

También por la misma línea sigue la Resolución N° 21 del Grupo Mercado Común del MERCOSUR, de fecha 8 de octubre de 2004, relativa al Derecho de Información al Consumidor en las Transacciones Comerciales Efectuadas por Internet, que establece en su art. 2° que el proveedor deberá proporcionar al consumidor, en su sitio en Internet, en forma clara, precisa y fácilmente advertible, la información que a continuación se detalla: "a) Características del producto o servicio ofrecido

conforme a su naturaleza; b) Disponibilidad del producto o servicio ofrecido, así como las condiciones de contratación del mismo y en su caso las restricciones y limitaciones aplicables; c) El modo, el plazo, las condiciones y la responsabilidad por la entrega; d) Los procedimientos para cancelación de la contratación y acceso completo a los términos de la misma antes de confirmar la transacción; e) El procedimiento de devolución, intercambio y/o información sobre la política de reembolso, indicando el plazo y cualquier otro requisito o costo que derive del mencionado proceso; f) El precio del producto o servicio, la moneda, las modalidades de pago, el valor final, el costo del flete y cualquier otro costo relacionado con la contratación, dejando expresa constancia que los posibles tributos de importación que resulten aplicables, no se encuentran incluidos en el mismo; g) Advertencias sobre posibles riesgos del producto o servicio; h) El procedimiento para la modificación del contrato, si ello fuera posible.". A su vez, el art. 3° agrega que el proveedor deberá informar: "a) denominación completa del proveedor; b) domicilio y dirección electrónica del proveedor; c) número telefónico de servicio de atención al cliente y, en su caso, número de fax y/o correo electrónico; d) identificación del proveedor en los registros fiscales y/o comerciales que correspondan; e) la identificación de los registros de los productos sujetos a sistemas de autorización previa. f) el plazo, la extensión, las características y las condiciones a la que está sujeta la garantía legal y/o contractual del producto según corresponda; g) copia electrónica del contrato; h) el nivel de seguridad utilizado para

la protección permanente de los datos personales; i) la política de privacidad aplicable a los datos personales; j) métodos aplicables para resolver controversias, si estuvieran previstos; k) las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato".

Entonces, cualquier contrato que se celebre sin respetar el derecho de información del consumidor, será anulable.

Para que el consumidor pueda estar bien informado, debe poder comprender cabalmente el contrato. En efecto, y sin perjuicio de la existencia de la resolución del Mercosur mencionada, los ordenamientos nacionales tanto de Brasil como de Argentina imponen la obligación de redacción en el idioma oficial de cada país[115].

En función de ello, creemos que no es posible celebrar SLC que importen relaciones de consumo sólo en código, sin que sea presentado al usuario una versión en el idioma que corresponda al Estado donde éste reside, e incluso, ante una contradicción entre el contrato escrito en lenguaje natural y en código, no nos quedan dudas de que debe prevalecer el primero, desterrando de esta manera la idea que sostiene "*the code is law*".

ii) REVOCACIÓN DE LA ACEPTACIÓN.

La mayoría de los ordenamientos legales brindan al consumidor, por un determinado plazo, la posibilidad de

115 Ver. Art. 10 de la LDCA y art. 31 del CDCB (esta última norma no exige que el contrato sea redactado en Portugués, pero impone ese idioma para la oferta).

revocar o desistir de la aceptación efectuada cuando la contratación no haya sido efectuada en el establecimiento comercial, situación que aplica claramente en la contratación electrónica[116].

Consideramos que los SLC que caigan dentro de la esfera de una contratación de consumo deberían contemplar en su código la posibilidad que el consumidor pueda revocar la aceptación sin expresión de causa.

iii) EL SLC COMO UNA HERRAMIENTA PARA EL CONSUMIDOR

Si bien la tecnología no estaría aún disponible[117], algunos doctrinarios entienden que los SC servirán para empoderar al consumidor. Potencialmente, los consumidores ganarían mayor poder a la hora de negociar con los proveedores al utilizar agentes automatizados para la compra. La teoría indica que el consumidor programaría un agente (que sería un SCC), para que bajo determinadas condiciones celebre un SLC. Al automatizar y estandarizar las condiciones de búsqueda para celebrar un contrato, el consumidor ganaría velocidad y

116 El derecho argentino lo contempla por un plazo de 10 días (art. 34 de la LDCA), mientras que en el ordenamiento Brasilero la opción se puede ejercer por un plazo de 7 días (art. 49 CDCB). Ambos plazos se cuentan desde el momento en que se celebró el contrato o se recibió el producto, lo último que ocurra.

117 En el año 2014, año en que el autor publicó el artículo (ver nota 74)

precisión en sus transacciones y lograría celebrar negocios más eficientes[118].

Aunque es cierto que algunas empresas ya ofrecen el servicio de *bots* a efectos de ayudar al consumidor a celebrar sus contratos, creemos que ello no impide que sus derechos como consumidores no se vean vulnerados. De todos modos, como ocurre en todo lo relacionado a estos temas, los avances en la materia se realizan a pasos agigantados, por lo que no descartamos que en un futuro cercano las ideas comentadas en este acápite sean una realidad.

C) LA CAPACIDAD DE LAS PARTES

En el derecho de los contratos tradicional, las personas que no cuentan con capacidad plena no pueden contratar por sí solos. Así, los menores de edad o las personas a las que les ha sido restringida su capacidad, para celebrar determinado tipo de contratos deben hacerlo necesariamente por medio de sus representantes o contando con apoyos al efecto.

Actualmente, los SLC no con cuentan con mecanismos para determinar la capacidad de las partes. Como veremos, la contratación en la mayoría de las plataformas de SLC se da en el marco del anonimato o por medio de pseudónimos y por medio de firmas electrónicas que no cuentan con el aval de una autoridad de contralor estatal.

118 Cf. FAIRFIELD, Joshua, "Smart Contracts, bitcoin bots and consumer protection", Washingtong and Lee Law Review Online, 2014, 47.

Por ello, un menor de edad o una persona con capacidad restringida podría tener *Ethers* y celebrar SLC sin ningún tipo de impedimento, con las lógicas consecuencias disvaliosas (y potenciales mayores costos) que esta situación puede acarrear.

D) EL OBJETO Y LA LEGALIDAD

Uno de los mayores límites impuestos por los ordenamientos a la autonomía de la voluntad consiste en la limitación impuesta a los contratos en relación a su objeto, que no puede ser ilícito.

Determinar qué objeto es lícito y cual no, no es en algunos casos tarea sencilla, ya que el debate sobre los límites involucra argumentos morales y éticos que van mutando a través del tiempo. Así, lo que hasta hace unos años podía ser inmoral, hoy puede ser lícito[119].

Nuevamente, ante la imposibilidad de la autoridad de contralor (v. gr. un tribunal de justicia) de intervenir para evitar que un SLC se ejecute (intervención *ex-ante*), el contrato produciría sus efectos.

E) ANONIMATO Y LAVADO DE ACTIVOS

119 Por ejemplo, los pactos sobre herencia futura que permite el art. 1010 del CCCA desde su vigencia en 2015.

Se ha sostenido que los SLC y las *blockchain* tienden a favorecer el "anonimato"[120]. Sin embargo, las *blockchain* que se utilizan para la registración de los SLC no son "anónimas" sino más bien "pseudónimas"[121], ya que, por distintos medios podrían llegar a obtenerse alguna información sobre el sujeto mediante técnicas de ingeniería reversa[122].

Sin perjuicio de lo expuesto, si eventualmente se pudiera llegar a identificar a los contratantes, esta operación resultaría muy costosa y, por ende, poco eficiente. Por esta razón, se podrían utilizar los SLC y las criptomonedas para el lavado de activo[123] o la financiación del terorismo.

Ante la falta de un tercero que verifique la identidad de las partes y que reporte "actividad sospechosa", tarea que viene siendo muy bien efectuada por el notariado de tipo latino[124], los SLC deberían construir mecanismos de control que permitan identificar a las partes y detectar transacciones o transferencias ilegales[125].

---

120 Cf. SKLAROFF, *Ob. Cit.,* p. 295.

121 Cf. FERNANDEZ COSSINI, *Ob. Cit.,* p. 27. Asimismo, se ha sostenido que la existencia de datos anónimos o no identificables es algo imposible desde el punto de vista del análisis de los datos. Ver: NARVAEZ LEITE, Caroline, *Os desafios do anonimato no contexto de tratamento automatizado de dados pessoais na internet,* Universidad de San Pablo, San Pablo, 2018, p. 139.

122 Cf. NARVAEZ LITE, *Ob. Cit.,* p. 144.

123 Ver por ejemplo: GONZALEZ, Carlos, "Usan bitcoin para lavar dinero en cárceles de Río de Janerio", Criptonoticias, 2018. Disponible en: https://www.criptonoticias.com/gobierno/judicial/usan-bitcoin-lavar-dinero-carceles-rio-janerio/ (última vez consultado el 04/08/2019).

124 En particular, el propio Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) destacó la actuación de los notarios españoles en la materia. Ver: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/07/09/legal/1562678511_143303.html

125 Cf. O'SHIELDS, *Ob. Cit.,* p. 192.

Personalmente, consideramos que en la actualidad es muy difícil lograr un sistema automático que sea efectivo para cumplir esa tarea.

F) EL CUMPLIMIENTO DEL CODIGO NO ES NECESARIAMENTE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO – INCUMPLIMIENTO EFICIENTE

Debemos hacer una importante distinción: en los SLC lo que se autoejecuta no es el contrato en sí, sino el código que ha sido programado. Volvamos al ejemplo citado en el punto VI de este trabajo: dos personas celebran un SLC por el cual una compra un automotor en cuotas. En caso de que el comprador no pague la cuota, el software impediría al adqurente utilizar el vehículo.

En este caso, el cumplimiento del contrato se da si el comprador cumple con la prestación objeto del contrato de compraventa, es decir, si paga el precio. Ante la falta del pago, lo que el SLC está ejecutando es la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de cumplimiento contractual.

En muchos casos, el incumplimiento puede ser eficiente e, incluso, preferible al cumplimiento. Los costos del cumplimiento superan a los beneficios cuando ocurre una contingencia que vuelve a los recursos necesarios para el cumplimiento, más valiosos en un uso alternativo[126].

126 Cf. TOLOSA, *Ob. Cit.,* p. 87. La autora explica con claridad

Por ello, creemos que es importante y necesario que los SLC contemplen en el código institutos que importan el incumplimiento autorizado por ley del contrato, a saber: la excepción de incumplimiento mencionada, la tutela preventiva en caso en que existan circunstancias que amenacen gravemente el cumplimiento de la otra parte[127], frustación del fin del contrato, teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad sobreviniente, el caso fortuito y la fuerza mayor, entre otros.

Sin embargo, consideramos que es imposible que un código informático pueda prever todas las contingencias probables para que el contrato se ejecute conforme a la voluntad de las partes[128].

VIII) RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Como ya mencionamos anteriormente, el sistema se jacta de no requerir el auxilio del poder judicial Estatal a efectos de obtener el cumplimiento de los acuerdos.

Ahora bien, en general, las partes que contratan por medio de un SLC, no se conocen y no tienen confianza entre sí, por lo que les puede costar confiar en el otro. Pongamos un ejemplo: una persona quiere comprar un juego de tazas de porcelana china a otro y pagará con *Ethers.* Si el comprador paga antes de recibir el producto, corre el riesgo de que el vendedor no le envíe el producto o le envíe otro de distinta

127 El art. 1032 del CCCA contempla esta posiibilidad.

128 En el mismo sentido: FERNANDEZ COSSINI, *Ob. Cit.,* p. 42.

calidad. Si el vendedor envía el producto sin haber recibido el pago, corre el riesgo de que el comprador no lo efectúe *motu propio*. En cualquiera de los dos casos, el perjudicado debería recurrir a la justicia tradicional, solución que es contraria a la esencia del sistema.

Para solucionar este tipo de problemas, se creó una suerte de mecanismo de arbitraje rudimentario[129]: los *multi-sig smart contracts* (o contratos de firmas múltiples).

Se crea una *address* o cuenta especial para el SC donde el comprador deposita los fondos necesarios para realizar el pago de la transacción y se designa un moderador o árbitro[130]. Para que los fondos sean liberados al vendedor o sean devueltos al comprador se necesita de dos firmas o claves.

Si el comprador recibe el producto de conformidad, ambos (comprador y vendedor) autorizan la transferencia del *Ether.*

Si las partes no se ponen de acuerdo, el árbitro revisará los hechos del caso y determinará quién de las dos partes se queda con los fondos en disputa y firmará en conjunto con el vencedor para que los fondos sean liberados.

Este procedimiento puede presentar, sin embargo, diversos problemas. En primer lugar, como ya advertimos al momento de delinear las funciones de los oráculos, estos

129 Cf. ORTOLANI, *Ob. Cit.,* p. 5.

130 Sería, también, un oráculo.

árbitros no están exentos de ser manipulados a efectos de forzar una determinada decisión.

Por otro lado, al nombrarse moderadores descentralizados que no dependen de una autoridad superior, habrá un gran grado de incertidumbre en cuanto a la decisión que se tomará, no se contará con precedentes, no será predecible la posición que cada uno de estos árbitros pueda tomar y no se formarán estándares públicos en cuanto a las decisiones, como ocurre con la -relativamente estable- aplicación de la ley efectuada por los tribunales de justicia tradicionales[131].

Asimismo, se ha planteado la posibilidad de solucionar este inconveniente estableciendo una suerte de tribunal superior que revise las decisiones de los moderadores y que, en caso de revocarlas o contradecirlas, los moderadores no puedan cobrar el honorario que les corresponde por la tarea realizada[132].

Sin embargo, no creemos que este tribunal superior sea una solución. En la justicia tradicional, donde se cuenta con precedentes y es mucho más sencillo intuir que decidirá un juez, es usual que las sentencias de una instancia sean revocadas o modificadas por las de un tribunal superior. En el sistema de arbitraje de los SLC descripto, una vez que el moderador tomó la decisión los fondos son transferidos, y esa resolución no tiene vuelta atrás, por lo que se debería recurrir

131 Cf. SKLAROFF, *Ob. Cit.,* p. 301.

132 *Ibidem.*

a la justicia tradicional a efectos de obtener la reparación de los daños o restitución de los fondos.

Tampoco queremos dejar de mencionar que, en materia de contratos de adhesión o de consumo, la aceptación de una cláusula arbitral del tipo de las que venimos comentando, no importará para el aceptante la renuncia a acudir a un tribunal de justicia ordinario[133].

Otro desafío para los sistemas de administración de justicia desarrollados en el ámbito de los SC puede ser la necesidad de balancear los derechos del acreedor y del deudor. Si la utilización de estos procedimientos se expande, puede ser necesario regular el código y poner algún límite a la autoejecutabilidad[134].

Finalmente, habiendo adelantado que puede ser necesario regular el código, cabe preguntarse cómo y quién debería legislar en materia de procedimientos de ejecución. Tradicionalmente, esta materia fue regulada por los Estados Nacionales y ha sido entendida como una cuestión estrictamente vinculada a la soberanía nacional.

Sin embargo, se ha sostenido, a nuestro juicio con razón, que en el caso de los SLC, teniendo presente su característica transnacional, sería conveniente una regulación internacional de la materia[135]. Sostener lo contrario importaría grandes costos para las empresas que ofrecen servicios por estas vías, ya que

133 En este sentido: punto VII del art. 51 del CDCB y art. 988 inc. b) del CCCA.

134 Cf. ORTOLANI, *Ob. Cit.,* p. 11.

135 Cf. ORTOLANI, *Ob. Cit.,* p. 12.

deberían tener presente la legislación de cada país al momento de diseñar el código que regirá el SC.

IX) POTENCIALES USOS RELACIONADOS CON LA LABOR NOTARIAL

Creemos que, dentro de los límites que su estructura posea, los SC podrían ser aplicados para diversos negocios jurídicos que podrían llegar a estar relacionados con la labor notarial. A continuación analizaremos escuetamente algunos de ellos:

a) Sociedades: Vimos anteriormente que en el marco de *Ethereum* se constituyó una organización descentralizada llamada "The DAO". En ella dos o más personas, organizadas bajo una serie de SC, realizaron aportes e intentaron llevar adelante o un negocio, es decir, en Estados Unidos constituyeron una *partnership*[136].

Si se formara una organización de este estilo en Argentina, que no hubiera adoptado ningún tipo social y quisiera realizar algún acto frente a un notario, consideramos que sería una sociedad de la sección IV" (antes sociedad de hecho), por lo que correspondería darle, en principio, ese tratamiento.

De todas maneras, y teniendo presente el carácter pseudónimos de sus integrantes y la imposibilidad o gran dificultad para asociar las identidades de los usuarios a la de

136 Cf. RODRIGUES, *Ob. Cit.,* p. 684.

las personas físicas que deberían comparecer ante el notario, la actuación de este tipo de entidades parece difícil[137].

b) Sucesiones y planificación contractual: Un SLC podría ser utilizado por el futuro causante para ordenar y determinar cómo distribuir sus bienes "*tokenizados*" al momento de su fallecimiento. Debido a la naturaleza testamentaria que dicho SLC tendría, sería conveniente que se efectuara por acto público notarial, para que el futuro causante pueda recibir un asesoramiento adecuado.

c) Fideicomiso en garantía.- En el ambiente de la contratación no electrónica, un deudor/fiduciante puede trasmitir la propiedad de un bien a un fiduciario con la finalidad de garantizar su deuda al acreedor. En caso de que el deudor cumpla, el bien deverá ser restituido al deudor. En caso de que el deudor no cumpla con su obligación, el fiduciario podrá enajenar el bien y entregar las sumas de dinero que haya obtenido al acreedor como parte de pago de la deuda.

Para trasladar esta situación a la actuación notarial relacionada con los SC, creemos que debería ser necesario

137 Tal vez sea posible la actuación de alguna DAO constituida en el marco de una cadena de bloques permisionada o privada donde los "socios" suscriban el contrato con firma digital (es decir una firma que consista en la aplicación de procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control, que sea susceptible de verificación por terceras partes, que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma, y originada de un certificado emitido por una autoridad certificante habilitada por el Estado).

desarrollar dos conceptos: 1) La tokenización de inmuebles[138]; y 2) La personalidad.-

Si bien la "tokenización de inmuebles" está en una fase muy prematura, consideramos que en el mediano plazo será algo viable y corriente[139].

Un "token" es una unidad de valor emitida por una entidad privada. Un "token inmobiliario", en este caso, consistiría en la representación de un derecho sobre un inmueble o una parte indivisa de éste[140].

Supongamos que quien posee los "tokens" es el único que puede efectuar actos de disposición y administración sobre ese inmueble.

Entonces, volviendo al ejemplo del fideicomiso, dos o más partes podrían celebrar un SLC mediante el cual un deudor transmita la propiedad fiduciaria de los "*tokens inmobiliarios*" al fiduciario en garantía de una deuda. Ante el incumplimiento del deudor -detectado automáticamente por el SLC-, el fiduciario podría usar su clave para enajenar esos *tokens* y que el producido de esa venta sea depositado -también automáticamente- en la cuenta del acreedor hasta cubrir el monto de la deuda (y en caso de que quedara un remanente, depositarlo en la cuenta del fiduciante/deudor).

---

138 Si bien no desconocemos que el notario puede actuar en los contratos que tengan como objeto todo tipo de bienes, su actuación por antonomasia es en relación a los inmuebles.

139 Cf. SCHMIDT y COSSOLA, *Ob. Cit,* p. 18.

140 *Ibidem*

Ahora bien, yendo aún más lejos, podríamos pensar que el rol de fiduciario podría ser ejercido por un *bot,* un agente programado para actuar automáticamente.

Cabría analizar, en este caso, la naturaleza jurídica de ese *bot.* ¿Sería conveniente dotarlo de algún tipo de personalidad? ¿Sería un ente con patrimonio propio o una suerte de mandatario del deudor con un patrimonio de afectación especial del deudor creado al efecto?

Al momento de disponer del "token", ¿Es necesaria la intervención de un notario? ¿puede un notario actuar frente al requerimiento de un *bot*[141]?

Más allá de mencionar que consideraríamos necesaria la intervención de un notario al momento de disponer del "token" y sobre todo para asesorar al fiduciante en relación sobre los actos que va a realizar y darle la correcta forma al negocio jurídico, no es nuestra intención contestar las preguntas formuladas. Ellas son, más bien, un disparador que invitan al lector a reflexionar sobre este tipo de situaciones que pueden llegar a darse en un futuro cercano.

X) CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos analizado los *Smart Contracts,* poniendo el foco en los *Smart Legal Contracts*

141 No queremos dejar de advertir que este desarrollo es puramente teórico y cuasi-ficcional, y que esta situación es imposible dentro del marco legal y del grado de desarrollo tecnológico actual.

constituidos sobre una cadena de bloques pública del estilo de *Ethereum.*

Creemos que del análisis queda en claro que, en el estado actual de ésta tecnología, los SLC no están en condiciones de suplantar, ni siquiera en teoría, a los contratos tradicionales. Estos SLC tienen en sus características intrínsecas, se inmutabilidad y su auto-ejecutabilidad, un arma de doble filo. Por un lado, son sus principales virtudes, pero por otro son lo que no les permite adecuarse a las normas existentes en el derecho de los contratos, sobre todo en materia de defensa del consumidor y contratos celebrados por adhesión.

Podemos afirmar, también, que no todo lo que brilla es oro y que pese a que sus defensores pregonan que los SLC han venido para eliminar a los terceros intermediarios y a producir una sustancial baja de los costos de contratación, la realidad no es tan así.

Por un lado, los SLC, para ser eficientes y tener vínculos con el mundo real, dependen de oráculos, terceros que pueden no ser independientes y que presentarán un costo a la hora de recurrir a ellos.

Por otro, a la hora de suscribir SLC complejos, no sólo se necesitará la participación de un especialista en derecho, sino que además habrá que sumar a la ecuación a un informático.

Más aún, como esta tecnología aún se encuentra en desarrollo y no ha sido ampliamente testeada, no podemos saber cómo impactará realmente en las relaciones entre

consumidores y empresas, pero, a nuestro juicio, no creemos que el resultado vaya a ser favorable para el consumidor.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que puede ser conveniente utilizar los SLC como apoyo para ciertos aspectos de los contratos tradicionales. En el corto plazo será posible para gran parte de las personas celebrar este tipo de acuerdos, y el notario, como profesional del derecho altamente capacitado para la elaboración de contratos, no puede dejar de estudiar las posibles funciones de esta nueva tecnología.

La clave tal vez esté en no buscar que esta tecnología sea mágica y pretender aplicarla en cada situación que sea posible. Así, "del mismo modo que no se usa una llave inglesa para clavar un clavo, tampoco debe utilizarse el SLC para la formalización de cualquier contrato"[142].

BIBLIOGRAFÍA

FIN DE FIGUEIREDO, Eduardo y ALVES DA SILVA, Marcos, "A análise econômica do direito contratual e a função social do contrato", Revista de Direito, Economía e Desenvolvimento Sustentável, Ene/Jun 2016, V. 2, N°1

FREYTES, Alejandro E., "Resistematización contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", La Ley, 16/02/2017, AR/DOC/3187/2016.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, "Contrato y libertad contractual", Themis, revista de derecho. Disponible en:

[142] FERNANDEZ COSSINI, *Ob. Cit.,* p. 100.

http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_049.pdf (ultima vez visto: 04/08/2019).

SZABO, Nick, "Smart Contracts", 1994. Disponible en: http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html (última vez visto el 04/08/2019)

SZABO, Nick, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (ultima vez visto el 04/08/2019)

CLACK, Christopher D., BAKSHI, Vikram A. y BRAINE, Lee, "Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions", *ArXiv,* 2016. Disponible en: http://arxiv.org/abs/1608.00771 (última vez visto el 04/08/2019)

LEGEREN-MOLINA, Antonio, "Los contratos inteligentes en España", Revista de Derecho Civil, Vol. V, N.º 2, 2018. Disponible en: https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/320

STARK, Josh. "Making sense of blockchain smart contracts", Coindesk, 2016. Disponible en: http://www.coindesk.com/making-sense-smart-contracts/ (ultima vez visto el 04/08/2019)

FERNANDEZ COSSINI, Elda, "La 'automatización' del derecho y la función notarial", Trabajo elaborado en ocasión de la Beca del Consejo General del Notariado Español, Año 2018, (inédito), p. 34.

TUR FAÚNDEZ, Carlos, *Smart Contracts-Análisis Jurídico*, Madrid, Editorial Reus, 2018.

O'SHIELDS, Reggie, "Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain", North Carolina Banking Institute, Vol. 21, art. 11, 2017. Disponible en http://scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol21/iss1/11 (última consulta el 04/08/2019)

PEREZ COSENTINO, Marcelo E. y GIRAL FONT, Martín J., "La firma digital en el nuevo Código Civil y Comercial", Noticias de Consejo Federal del Notariado Argentino – N° 61, mayo 2017.

: NAKAMOTO, Satoshi, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System". Disponible en: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf [ultima consulta: 04/08/2019].

SCHMIDT, Cesar Walter y COSOLA, Sebastián Justo, "Coexistencia de dos mundos: el impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico", trabajo presentado en la XXXIII Jornada Notarial Argentina, realizada en Bariloche del 20 al 22 de Septiembre de 2018. Disponible en: http://www.cfna.org.ar/noticias-2018/xxxiii-jornada-notarial-argentina-2018-trabajos-presentados/ [ultima consulta: 04/08/2019]

Smart Contracts Alliance en colaboración con Deloitte. Una iniciativa de la Cámara de Comercio Digital. "Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond A Technology, Legal & Regulatory Introduction", p. 9. Disponible en: http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-

cases-for-business-and-beyond.pdf (última vez visitado el 04/08/2019).
KOLBER, Adam J., "Not-so-smart blockchain contracts and artificial responsibility", Standford Technology Law Review, N.° 198, 2018, p. 200.
RODRIGUES, Usha R., "Law and Blockchain", Iowa Law Review, N°104, 2019, p. 679.
GRANERO, Horacio R., "Los contratos inteligentes y la tecnología 'blockchain' (su encuadre en el Código Civil y Comercial de la Nación)" ElDial, DC24BB
WERBACH, Kevin y CORNELL, Nicolas, "Contracts Ex-machina", Duke Law Journal, N.°67, 2007, 313.
SKLAROFF, Jeremy M., "Smart Contracts and the cost of inflexibility", University of Pennsylvania Law Review, n°166, 2017.
EFING, Carlos y DOS SANTOS, Adrielly Pinho "Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro", *Direito & Desenvolvimento, Revista do programa de pós-graduação em direito mestrado em direito e desenvolvimento sustentável,* Ago/Dez 2018, Vol. 9, Núm. 2. Disponible en: https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.755 (consultado por íultima vez el 04/08/2019).
GROVER DORADO, Jhon, "Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino", SAIJ, 26/10/2016. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/john-grover-dorado-contratos-electronicos-consumo-derecho-argentino-dacf160582-2016-10-26/123456789-0abc-defg2850-

61fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha/2016/10%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%5B3%2C1%5D%7COrga (última vez visto: 04/08/2019)

FAIRFIELD, Joshua, "Smart Contracts, bitcoin bots and consumer protection", Washingtong and Lee Law Review Online, 2014.

NARVAEZ LEITE, Caroline, *Os desafios do anonimato no contexto de tratamento automatizado de dados pessoais na internet,* Universidad de San Pablo, San Pablo, 2018, p. 139.

GONZALEZ, Carlos, "Usan bitcoin para lavar dinero en cárceles de Río de Janerio", Criptonoticias, 2018. Disponible en: https://www.criptonoticias.com/gobierno/judicial/usan-bitcoin-lavar-dinero-carceles-rio-janerio/ (última vez consultado el 04/08/2019).

Jimena Puerto, Notaria y Escribana Pública

Medios Adecuados de Resolución de Conflictos Notariales

INTRODUCCIÓN

Desde la instauración del sistema judicial actual, la mayoría de los Estados ha delegado a este, la potestad exclusiva de dirimir los conflictos existentes dentro de la sociedad. Si bien es incuestionable que el papel que cumple el sistema judicial es fundamental para mantener el orden y la equidad dentro de la comunidad, también es innegable que, hace ya más de una década, la excesiva litigiosidad de los conflictos sumado a la alta burocratización del sistema, ha logrado saturarlo, creando una crisis a nivel mundial.

Este hecho ha motivado a la reaparición de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, mundialmente conocidas por las siglas A.D.R (Alternaive Dispute Resolution), siendo la mediación una de sus herramientas más resaltadas.

Es imposible hablar de mediación, sin primeramente mencionar al conflicto, como es sabido el origen de los

conflictos está ligado a los orígenes de la humanidad, siendo el mismo inherente a la naturaleza del ser humano. Es inevitable de que, de la convivencia de un grupo, sea este numeroso o reducido, surjan innumerables conflictos. Por lo que es importante definir que es un conflicto. *"Es una situación de competencia en la que las partes están conscientes de la incompatibilidad de futuras posiciones potenciales, en la que cada una de ellas desea ocupar una posición que es incompatible con los deseos de la otra."*[143]

Los conflictos se clasifican en intrapersonales e interpersonales, siendo estos últimos los que abordaremos desde una perspectiva jurídica. Son los conflictos interpersonales los que tiene cabida en el ámbito del derecho, donde las partes enfrentadas buscan apoyo en una figura imparcial, que resuelva la disputa de una manera justa.

Es cada vez mayor el interés de los gobiernos en implementar políticas que funjan de apoyo al judicial. De esta manera desde la década de los 70, de manera paulatina se ha ido reglamentando la utilización de estos métodos alrededor del mundo. Si bien es evidente que la mediación se ha abierto camino en esta última década, debemos admitir que aún nos queda un largo camino por recorrer.

"...Y para ello teníamos que partir de una realidad innegable: a pesar de que se habla bastante de este ADR, hasta el punto de decirse que "está de moda", en realidad la mediación sigue

[143] MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Obstáculos de la Negociación. Bruno de los Ríos. Página 1. Según Kenneth Boulding

siendo sigue siendo una gran desconocida. Ese desconocimiento sobre su funcionamiento y sobre su utilidad en numerosos conflictos hace que su utilización sea hasta el momento bastante limitada, lo que hace perder, tanto a los particulares y empresas como a la sociedad en su conjunto, valiosas oportunidades de conseguir mucho mejores soluciones a innumerables problemas."[144]

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis de la situación de la mediación en la actualidad y su compatibilidad con el perfil del notario público, es decir, que papel cumple actualmente el notario público y cual podría cumplir, si incluyera a su labor la función mediadora. En especial, lo referente a la factibilidad de la utilización de la mediación como herramienta idónea para resolver conflictos de índole familiar que deriven del ámbito notarial.

MEDIOS ADECUADOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS NOTARIALES.

LA MEDIACION Y LOS DERECHOS DE FAMILIA.

1. PRINCIPIOS DE MEDIACIÓN Y ADECUACIÓN DE LOS PRINCIPIOS NOTARIALES

Cuando hablamos de mediación, sabemos que es un procedimiento que se rige por principios básicos como la *voluntariedad*, la confidencialidad, la bilateralidad, la

[144] Rodríguez Prieto, F. (2013). Otra forma de acercarse a la mediación. *Escritura Pública,* (82), 55

neutralidad, la imparcialidad, entre otras. Al analizar estos principios podemos observar que los mismos coinciden con algunos de los principios que rigen la función notarial. Como por ejemplo:

- **La voluntariedad:** *"La voluntariedad constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la mediación. Y lo es tanto para las partes como para el mediador. Cada una de las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad y libre disposición, tiene libertad para decidir el inicio de este procedimiento de mediación, del mismo modo que, una vez comenzado, y si así lo desea también, tiene la misma libertad para desistir del mismo, sin que exista obligación alguna de concluir un acuerdo"*[145]

  Así como este requisito es indispensable para la mediación, lo es también en el ámbito notarial; en ambos casos las partes se presentan ante un profesional cualificado, de manera voluntaria, sin que su decisión sea influenciada por cualquier decisión externa a su propia voluntad.

- **La confidencialidad:** Este principio es fundamental tanto para la mediación como para la función notarial. Su importancia es tal, que, en nuestro país, la misma se halla estipulada en los siguientes soportes normativos:

  El art. 57 de la ley 1879/2002 concede a la mediación el carácter de confidencial, obligando a todos los intervinientes a guardar las debidas reservas sobre los temas tratados dentro

[145] Viola Demestre, I. (2012). La mediación en asuntos civiles y mercantiles: (breves notas a la ley 5/2012, de 6 de julio). *Revista Chilena De Derecho y Ciencia Política,* (2), pág. 167.

de cada sesión, e incluso estipula que el mediador no podrá actuar en ningún juicio, donde intervinieren las partes, sea como testigo o en cualquier otro carácter.[146]

El Código de Organización Judicial en el inciso c), de su Art. 111, el cual establece los deberes y atribuciones del Notario Público, estipula que el Notario debe: "*guardar el secreto profesional y exigir la misma conducta a sus colaboradores*"[147], siendo la inobservancia de este precepto causal de sanción penal, según lo tipificado en el art. 147 del código penal[148], que establece una pena privativa de libertad de hasta un año o multas al que revelara un secreto ajeno, cuando tuviera la obligación de guardar silencio.

- **La bilateralidad**: En cuanto a este principio, podemos decir, que el mismo tiene una connotación diferente para cada ámbito; es decir, para la mediación, es un principio imprescindible, debido a que, para dar inicio al procedimiento, se necesita de la intervención de dos o más partes, pues la esencia de la mediación radica en mejorar la comunicación y relacionamiento de las partes en conflicto. Sin embargo, en el ámbito notarial, no es un requisito fundamental, ya que existen actos jurídicos unilaterales y bilaterales, que se perfeccionan

[146] **Artículo 57. Ley N° 1879 / DE ARBITRAJE Y MEDIACION. (Paraguay).- Confidencialidad.** La mediación tendrá carácter confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan no incidirán en el juicio, si tuviera lugar. El mediador no podrá ser llamado como testigo o en otro carácter en ningún juicio posterior entre las mismas partes o por el mismo objeto.

[147] Art. 111, inc. C). LEY N° 879 CODIGO DE ORGANIZACION JUDICIAL

[148] Art. 147. LEY N°. 1.160/97 CODIGO PENAL DE PARAGUAY.

con la rogatoria de una o más personas, sean estas físicas o jurídicas, según su naturaleza respectiva.

- **La neutralidad**: *"Es un requisito deontológico que debe evitar la participación de mediadores que tengan interés particular, o vinculación con alguna de las partes*[149]*"*

En ambas disciplinas, la presencia de un profesional, capaz, calificado, conocedor de las habilidades y estrategias, de su respectiva función, es indispensable para la obtención de los resultados esperado por las partes. Al referirnos a la mediación, ineludiblemente, debemos enfocarnos en la figura del mediador, este debe ser un profesional especializado en la materia, ya que el mismo es el encargado de equilibrar el poder entre las partes, de manera que el procedimiento se lleve a cabo en un ambiente adecuado. De esto dependerá en gran medida de que el resultado sea satisfactorio para todos los intervinientes.

El cuanto que, para la función notarial, este principio es fundamental, debido a que el mismo propicia y exige que el notario asesore a los rogantes con absoluta neutralidad, evitando que surjan desventajas entre las partes, precautelando en especial el derecho de la parte más vulnerable de la transacción.

En ambos ámbitos los profesionales mencionados, deben abstenerse de intervenir en cuestiones donde exista un interés

[149] Cobas Cobiella, M. E., Barona Vilar, S., & Ortega Giménez, A. (2013). Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: Cuestiones de actualidad. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad: p. 288.

personal y/ o particular con respecto al objeto o sujetos de la transacción.

- **La imparcialidad:** Una de las características que deben reunir los profesionales, ya sea en el ámbito notarial o en el ámbito de la mediación, es el de la imparcialidad. Es incuestionable que ambos profesionales deben ofrecer un trato igualitario a las partes, manteniendo para ello la objetividad en todo momento.

  "La imparcialidad, garantiza la independencia del mediador en relación con las partes, y supone que el mediador prestará su servicio de mediación de igualdad a aquellas"[150]

  La ley es muy clara al respecto al estipular que el mediador deberá excusarse o apartarse del caso donde se viera afectada su imparcialidad[151], de la misma forma el código civil paraguayo en su artículo 377 establece:

  "Son instrumentos nulos: b) aquellos en que el autorizante, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de

[150] San Cristóbal Reales, S. (2013). Sistemas complementarios a la jurisdicción para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: Mediación, conciliación, negociación, transacción y arbitraje. Madrid: La Ley: p. 121.

[151] En ese sentido, véase: **Artículo 67.- Ley N° 1879 / DE ARBITRAJE Y MEDIACION.- Excusación y recusación.** La persona a quien se comunique su posible nombramiento como mediador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El mediador, desde el momento de su nombramiento y durante la mediación, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas. Un mediador podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. La parte que desee recusar a un mediador enviará al Centro de Mediación, dentro de los tres días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del nombramiento del mediador, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el mediador recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al Centro de Mediación decidir sobre ésta. El Director del Centro decidirá sobre ellas.

consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés personal respecto del asunto a que se refiere;"[152]

Son procedimientos totalmente privados entre las partes y el profesional, se realizan en lugares discretos y cerrados al público, donde solo un tercero autorizado por las partes puede acceder a las informaciones.

2. Derechos disponibles e Indisponibles en materia de mediación que permitan la transacción

A continuación analizaremos detalladamente que conflictos pueden resolverse en sesiones de mediación.

En el Paraguay esta disciplina está regulada por la Ley 1879/2002, misma que fue promulgada con el objetivo de lograr una mayor eficiencia dentro del sistema administrativo de justicia , y a su vez, que todos los ciudadanos puedan acceder a una justicia más rápida y accesible. Dentro de esta ley, se fortalecen los sistemas de arbitraje y mediación, como maneras alternativas para resolver conflictos, pero en este trabajo nos adentraremos exclusivamente al sector de la Mediación.

El artículo 54 de la citada Ley expresa lo que siguiente:

"ASUNTOS MEDIABLES. Podrán ser objeto de mediación todos los asuntos que deriven de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica, o se vinculen a ella, siempre que

[152] Art. 377. Código Cilvil Paraguayo

dichos asuntos sean susceptibles de transacción, conciliación o arbitraje[153]"

Como lo habíamos mencionado anteriormente en el primer apartado, cuando hablamos del principio de bilateralidad, se necesita la presencia de 2 o más personas, para que exista una relación, relación de la cual generalmente se originan los conflictos.

Debemos tener en claro, que, aunque el conflicto se ve como algo negativo, en ocasiones, puede ser una oportunidad para mejorar cosas que no van bien o no funcionan.

Existen varios factores internos y/o externos que los originan. También es importante conocer que hay variedad de conflictos, dependiendo de la causa que los impulse, pueden ser, según la veracidad, según los participantes y/o según su contenido.

Pero aquí nos detendremos a analizar los conflictos que son aptos para recurrir a una mediación.

Toda relación contractual susceptible de generar derechos y/o obligaciones es pausible de ser sometido al procedimiento de mediación. Así como también las personas que tengan un lazo con el objeto o los comparecientes del mismo, pueden estar involucradas de una u otra manera en el asunto mediable.

La mediación es apta para manejar conflictos en el ámbito laboral, empresarial, familiar, vecinal, educativo y muchísimos

[153] LEY NO 1.879/02 DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

otros que no requieran ser tratados y resueltos necesariamente por el Poder Judicial.[154]

Así como toda reglamentación, estudiaremos las excepciones en cuanto a cuales no pueden recaer en Mediación:

Todos los objetos que ya tengan una sentencia definitiva, firme y ejecutoriada. Tampoco aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público, como por ejemplo cuando exista violencia o incapacidad para negociar por una o ambas partes, entre otros.

No todos los conflictos que afectan a una comunidad son objeto de mediación. Existen casos mediables y no mediables. Entre estos últimos se incluyen la violencia doméstica, maltratos, delitos de orden público. Todo lo demás es mediable.[155]

Esto mismo podemos observar en el Artículo 2° de la misma ley, mencionando lo siguiente:

"Objeto de arbitraje. Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público"[156]

---

[154] Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Obstáculos de la Negociación. Bruno de los Ríos

[155] Informe de Rolón Luna. Publicación del Diario ABC COLOR el 21 de febrero del 2003

[156] LEY N° 1.879/02 DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Aquí se puede comprender mejor que objetos pueden ser sometidos al arbitraje, y por ende, a la Mediación también, así como dictaba el artículo 54 *"...siempre que dichos asuntos sean susceptibles de transacción, conciliación o arbitraje*[157]*"*

Profundizando el campo de la Mediación Familiar, podremos dilucidar cuales son las circunstancias que pueden ser objetos de mediación, "*su aplicación puede recaer en casos de Divorcio, Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal, Partición de bienes en juicios sucesorios, Asistencia Alimenticia, Régimen de Convivencia, Régimen de Relacionamiento, entre otros. En los asuntos de familia, debe atenderse al interés superior de los niños y de los adolescentes, buscando siempre el bienestar de los mismos y que se desarrollen en un ambiente adecuado."*[158]

3. USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS.

A medida que la tecnología va avanzando, la población se va modernizando, buscando maneras más accesibles y rápidas para alcanzar los resultados anhelados.

Todo esto, exige que todas las disciplinas laborales se vayan actualizando en esta área.

---

[157] LEY NO 1.879/02 DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

[158] Corte Suprema de Justicia; División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales. "MANUAL DE MEDIACIÓN". Asunción – Paraguay. Edición 2007.- Pag 44

En el Paraguay estos medios electrónicos, dentro del campo de la Mediación, aún no se están implementando, ya que los Medios Alternativos para resolver conflictos todavía no son muy aplicados popularmente, por desconocimiento de la población, acudiendo en primer lugar al Poder Judicial, sin agotar las otras instancias, por ende, las herramientas que nos brinda la tecnología, aún se encuentran lejos de ser aplicadas en el Paraguay.

Paraguay desde hace 2 décadas aproximadamente cuenta con servicios de Mediación, aunque existe una reglamentación adecuada, lastimosamente no es de mucho uso social.

En el siguiente artículo podemos ver los inicios de la Mediación en el Paraguay

La firma del Convenio de Asistencia Técnica sobre Reforma Judicial entre la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público y el Gobierno de los E.E.U.U. de América por medio de la Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID), el 25 de Septiembre de 1992, constituye un hito en la historia de la justicia paraguaya. El objetivo del Proyecto al iniciar una labor pionera de reforma, fue hacer un diagnóstico de sistema judicial paraguayo. Crear una visión conjunta d un sistema ideal de justicia para el mañana y empezar a trabajar por su efectiva implementación.

El sistema de justicia diseñado por las partes participantes en el convenio, es el de una justicia descentralizada y multidimensional, administrada por un Poder Judicial eficiente e independiente, con un Ministerio Público asumiendo sus

nuevos roles constitucionales, y con una sociedad paraguaya cambiando sus concepciones en cuanto a la forma de resolver sus disputas.

En la concepción de la reforma, tanto las estructuras como los procedimientos del nuevo sistema son radicalmente diferentes del actual.

Se pretende revolucionar el sistema judicial vigente. Convertirlo en un sistema descentralizado y multidimensional, de accesos múltiples a los beneficios de la justicia.

El cambio paradigmático que se desea no es solamente de estructuras y procedimientos, sino también de mentalidad en cuanto a la forma de resolver las disputas. El objetivo de la Justicia multidimensional propuesta es el de proveer a la sociedad de foros apropiados y variados para resolver los conflicto, donde las partes estén debidamente informadas sobre sus casos y participen en forma activa en el manejo y resolución de sus disputas. Es la justicia a satisfacción, complementaria de la justicia distribuida vigente.

En la justicia multidimensional, la resolución, la resolución de disputas representa una relación complementaria de apoyo mutuo entre el Poder Judicial, las otras agencias del gobierno, las comunidades y el sector privado.

El sistema judicial es descentralizado. Rebasa los límites de las cortes judiciales, pero debido a que las comunicaciones y la información son universales, y las fronteras institucionales

ya son cerradas, el sistema está mejor interrogado y corresponde a los objetivos de una Justicia pronta y barata.

En ese tipo de sistema judicial, la responsabilidad de la administración de justicia no recae solamente en un Poder Judicial cuyos recursos son ya insuficientes para satisfacer las demandas de justicia. En él, los foros judiciales son centros de justicia multiopcionales que proveen una variedad de medios alternativos de resolución de disputas, tendientes a satisfacer las necesidades de los ciudadanos que constituyen un apoyo efectivo para el descongestionamiento de los casos en los tribunales.

Una de las actividades más importantes del proyecto de Reforma Judicial, lo constituye indudablemente la campaña educativa sobre RAD, que se ha venido realizando a través de seminarios y talleres en diversas ciudades. Los objetivos principales de esta campaña son:

1. *Familiarizar a la comunidad jurídica y a la ciudadanía en general con las técnicas de R.A.D.*
2. *Motivar a las partes en disputa a resolver sus conflictos fuera de las cortes.*
3. *Redactar el Proyecto de Ley Marco que posibilite la implementación efectiva de los RAD en Paraguay*
4. *Entrenamiento de los formadores de futuros mediadores.*
5. *Promover la Creación de una Asociación de Utilidad Pública encargada de la investigación y aplicación extrajudicial de los RAD*
6. *Elaboración de un material paraguayo sobre el tema.*

En octubre de 1993, el Centro Nacional para las Cortes Estatales de los Estados Unidos y la Fundación Libra de la Argentina con los auspicios de USAID, organizaron en Bs. As. El Primer Encuentro Interamericano de Resolución de Disputas. [159]

En la publicación, podemos ver los inicios del sistema de Mediación en el Paraguay, lamentablemente no ha progresado mucho en cuanto a avances modernos tecnológicos.

En cambio en países como España, México y otros, tienen acceso a varios medios electrónicos utilizados durante mediación.

Examinemos algunos artículos de la ley Española que mencionando cuanto sigue:

"Artículo 24 Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos

1. *Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el*

[159] MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Obstáculos de la Negociación. Bruno de los Rios. Página 31. Algunos Antecedentes de los Medios Alternativos en el Paraguay. Proyecto de Reforma Judicial. Convenio: USAID, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. MINISTERIO PÚBLICO. RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS (RAD) Un nuevo acceso a Justicia. Publicado en el diario ABC COLOR, el lunes 6 de febrero de 1.995

respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley".[160]

En este artículo da la libertad a las partes para realizar todas o algunas de las sesiones de mediación a través de medios electrónicos, dando la claridad que pueden ser por medio de voz, imagen o ambas.

La condición que se estipula es que, ya sea por cualquier medio que se realice, deben estar claramente identificadas las personas involucradas en el caso, sin poder darse a motivos de confusión.

Los principios de voluntariedad, confidencialidad, bilateralidad, neutralidad e imparcialidad no pueden ser vulnerables en ningún sentido.

Aclaremos que los medios electrónicos que se implementen durante el procedimiento de Mediación deben ser consensuados, aceptados y establecidos por los comparecientes.

Otro ejemplo claro en la reglamentación española es el siguiente artículo:

2. "La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.[161]*"*

---

[160] Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

[161] Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Este artículo nos da la limitación específica del uso de estos medios a través de una cifra monetaria, superada la cual deben acudir los comparecientes en forma presencial en primer lugar. En cambio, los que sean con cifras inferiores serán preferiblemente, siempre y cuando las partes tengan acceso a los mismos, a través de medios electrónicos fiables; a los efectos de facilitar la Mediación.

De esta manera se agilizan los casos, evitando el careo frontal entre los comparecientes

En caso de que no se puedan solucionar los conflictos por estos medios, se tendrán que resolver de manera presencial.

El correo electrónico, por ejemplo, es uno de los medios tecnológicos más utilizados durante la Mediación, donde las partes se comunican enviando mail al Mediador.

4. FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

El objetivo de toda Mediación es llegar a este punto, donde las partes encuentran la mejor solución planteada por ellos mismos a sus problemas o conflictos.

Justamente lo que las partes desean es erradicar los conflictos de raíz, y la mejor manera es a través de la Mediación, pues, como lo dijimos desde un principio, esta técnica los resuelve teniendo en cuenta los intereses de los comparecientes.

Recordemos que el Mediador no decide, son las partes quienes lo hacen.

Durante todo este procedimiento el mediador lo que hace es custodiar el proceso, dejando en poder de las partes lo substancial.

Pero, ¿cómo concluye todo este proceso? Continuando, el siguiente artículo manifiesta lo siguiente:

Artículo 60- Acuerdos.

En el transcurso de las audiencias el mediador colaborará con las partes para determinar con claridad los hechos alegados, así como las posiciones y los intereses en que se fundan, para elaborar conjuntamente las fórmulas de avenimiento que podrán o no ser aprobadas por las partes interesadas. Las partes colaborarán de buena fe con el mediador y, en particular, se esforzarán en cumplir solicitudes de éste y asistir a las audiencias cuando éstas fueran convocadas[162]

La redacción del acuerdo, si hubo lugar.

Será redactado por el mediador o por los abogados de las partes en el supuesto que hayan asistidos. Este deberá reflejar exactamente la conclusión a la que las partes llegaron. Debe ser revisado meticulosamente por el mediador y los abogados se entregarán a cada mediado una copia para que las estudien y efectúen las correcciones pertenecientes en el caso de ser necesario. Es preferible que el borrador

[162] LEY Nº 1.879/02 DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

del acuerdo sea llevado a sus casas y lo estudien detenidamente, libre de presiones y luego decidan.

Si ambas partes están conformes con el contenido, se procederá a la firma. Se debe comunicar a los mediados que el acuerdo puede ser homologado ante las autoridades judiciales para ser exigible (efecto de cosa juzgada), si así lo quieren.

El acuerdo deberá contener:

- *Fecha y lugar*
- *Nombre, Apellido y datos personales de los mediados*
- *Las conclusiones a las que llegaron en forma clara y detallada en formato de cláusulas*
- *La firma de los presentes y el mediador*

Si la mediación no concluye en un acuerdo, el mediador podrá expedir una constancia a pedido de parte, expresando que los mediados asistieron al proceso pero no acordaron. No se debe consignar el motivo por la naturaleza misma del proceso. [163]

Podemos observar que dentro de una Mediación solemos encontrar la presencia de un/os abogado/s durante todo o parte del procedimiento, esto es opcional, la decisión queda a cargo de los mediados.

Usualmente, la presencia de estos profesionales brindan más seguridad jurídica a sus clientes, pero el obstáculo que se

[163] MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Obstáculos de la Negociación. Bruno de los Ríos. Página 111

presenta, con la presencia de abogados, es que, la Mediación es una mesa de diálogo, totalmente lo contrario al campo laboral que ellos están acostumbrados. Es ahí donde el mediador tiene que recalcar nuevamente las pautas y principios de la Mediación para que se pueda llevar a cabo el proceso.

La función de los abogados principalmente es atender y asesorar a sus clientes sobre sus intereses y luego participará con el mediador en la redacción del acuerdo que por supuesto no debe contradecir las leyes vigentes.

5. FORMACIÓN DE TÍTULO EJECUTIVO

Para que el documento o acta, tenga la validez necesaria para que los mediados cumplan con las obligaciones establecidas en el acuerdo hecho por ellos mismos, hay que tener en cuenta las siguientes pautas.

ARTÍCULO 61 EFECTOS. El acuerdo de mediación obliga a las partes desde el momento que ellas y el mediador suscriban el acta de mediación que lo documente, y tendrá los efectos de cosa juzgada desde el momento en que el Juez competente lo homologue. Si el acuerdo de mediación tuviera lugar existiendo un juicio pendiente, será competente para homologarlo el Juez de la causa, y la homologación producirá además el efecto de terminar el proceso. Si el acuerdo de mediación fuera parcial,

se dejará constancia de ello en el acta de mediación y las partes podrán discutir en juicio las diferencias no mediadas[164]

Una vez redactada el acta de mediación en el idioma o los idiomas que las partes decidan, tienen que hacer previa lectura del acuerdo, para analizar cada clausula detallada y cautelosamente, de esta manera controlar que sea lo que realmente concluyeron.

Una vez examinado todo, tanto los mediados, el mediador y abogados, si los hubiere, firmarán de puño y letra el mismo.

Para que este documento pueda tener fuerza ejecutoria, el Mediador presentará al Juez de la causa para su respectiva homologación, produciéndose desde esa fecha los efectos correspondientes a cosa juzgada.

Una vez realizado esto, los comparecientes se obligan totalmente a cumplirlo.

En el caso de que ya existiere un juicio de por medio, y las partes luego decidieron culminarlo por los medios alternativos, se realizará un acta del mismo, expresando las conclusiones a las que llegaron las partes, presentándole al Juez competente, y así poniéndole fin al proceso judicial.

Tenemos además el supuesto inverso al anterior, donde los mediados hayan asistido a las sesiones de mediación, pero no llegaron a un acuerdo, o simplemente dejaron de asistir. En ese caso el profesional a cargo realizará el documento

[164] LEY Nº 1.879/02 DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

correspondiente, y se lo presentará al Juez, para que las partes puedan continuar el conflicto en manos de la Administración Pública de Justicia.

Lo explicado precedentemente, podemos observarlo mejor el siguiente artículo que expresa cuanto sigue:

Artículo 62: - Terminación.

El trámite de la mediación concluye por:

a) *La suscripción, de un acta de mediación que contenga el acuerdo alcanzado por las partes.*
b) *La suscripción de un acta por medio de la cual el mediador y las partes dejan constancia de la imposibilidad de alcanzar una mediación*
c) *La certificación expedida por el centro ante el cual se presentó la solicitud de mediación en el sentido de que existió imposibilidad de celebrar la audiencia por la ausencia de una o más de las partes citadas a la audiencia.*[165]

En el siguiente supuesto de que los mediados no tengan ningún juicio en camino, ni quieran dejarlo en manos del Poder Judicial; pueden protocolizar ese acuerdo ante un Escribano Público y de esa manera darle un carácter legal al acta.

El escribano debe corroborar las firmas de todos los rogantes y dar fe de ello. El mismo sería como un contrato privado entre las partes, dándole la fuerza exigida para

[165] LEY Nº 1.879/02 DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

proteger los derechos y hacer cumplir las obligaciones en ella estipulada.

A grandes rasgos ya habíamos mencionado que es lo que debe contener el acta de mediación, respecto a la identificación de la misma.

Sucesivamente, el siguiente artículo nos detallará con exactitud lo que conlleva.

Artículo 23 El acuerdo de mediación

1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación.

En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes.

3. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a

escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo.

6. *Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.*[166]

Varios de los puntos ya nos detuvimos a explicarlos mejor, pero algo resaltante que aún no mencionamos es en cuanto a la cantidad de ejemplares del acta se entregan. El artículo precedente nos dice que cada parte lleva un ejemplar y otro queda en manos del Mediador para su resguardo. Todos los ejemplares deben estar firmados por todas las partes involucradas.

Como todo acuerdo, si hubiese motivos prohibidos o que no cumpla con los requisitos necesarios para su validez, el acto mismo queda invalidado, produciendo como efecto la nulidad del contrato.

Estos tipos de contratos, realizados en el procedimiento de la Mediación no pueden ser factibles de apelaciones ante el Poder Judicial, SI pueden ser nulos, pero no apelados.

CONCLUSIÓN

Toda mediación es factible si existiere un buen diálogo y entendimiento entre las partes. Para llegar a esto, es

[166] Ley 5/2012, del 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

sumamente importante la presencia del profesional capacitado, el Mediador, que teniendo las habilidades requeridas por las capacitaciones correspondientes logra este ambiente de comunicación transparente entre los mediados.

La Mediación es uno de los tantos medios alternativos de resolución de conflictos donde fomenta un único resultado hacia las partes GANA – GANA, por medio de otros medios, encontramos las diferentes situaciones: pierde-gana; gana-pierde; pierde-pierde, pero al finalizar el procedimiento, podemos prestar atención que al trabajar a base de los intereses de las partes, obtenemos resultados deseados, dándole fin a los conflictos generados. Un 80% de todos los conflictos presentados en Mediación logran los efectos ansiados.

Este sistema tiene varias ventajas en comparación con otros.

Destacamos su rapidez en cuanto a todo el proceso, por lo general un conflicto dentro del Poder Judicial puede tardar como mínimo meses o años en llegar a un acuerdo, y muchas veces ese acuerdo al cual llegaron, no es el buscado.

Facilitación económica del mismo, ya que es mucho más accesible que los sistemas comunes, cuenta con pocos gastos administrativos, no es necesaria la presencia de un patrocinador, cualquier persona puede recurrir a este medio.

Esta rapidez hace que exista un menor desgaste tanto físico, espiritual y mental para las partes, sabemos que en la actualidad hay un mayor índice de personas padeciendo

trastornos psiquiátricos, y todo esto es producido por las rutinas tan aceleradas y exigentes de los nuevos tiempos.

Permite a las partes una resolución personalizada, sacar a la luz los intereses particulares de cada uno, hace que la disputa llegue a buen puerto, poniéndole término al mismo.

Una de las ventajas más importantes, es que mantiene la relación de los mediados, no destruye la unión entre ellos, en vez de persuadir a los sujetos, la mediación se encarga de centrarse en el conflicto, esto provoca que las relaciones se mantengan, cosa, que por otros medios, no se logra.

Además de existir una menor posibilidad de recurrencia de la disputa. La solución es planteada por ellos mismo, por eso, hay una conformidad por parte de los mediados.

Justamente en los conflictos familiares es donde más necesaria es la mediación ya que generalmente hay menores afectados en medio de dichos conflictos, lo que conlleva al trauma o victimización de los mismos creando en ellos secuelas psicológicas de por vida que está en manos de los adultos el evitarlas.

BIBLIOGRAFÍA

- Ley 5/2012, del 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles
- LEY Nº 1.879/02 DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

- MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Obstáculos de la Negociación. Bruno de los Rios.

- Rodríguez Prieto, F. (2013). Otra forma de acercarse a la mediación. *Escritura Pública*

Fernando Baez, Notario y Escribano Pública por la Universidad Nacional de Asunción (Paraguay)

BLOCKCHAIN:

¿EL NUEVO NOTARIO?

INTRODUCCIÓN

En esta "sociedad del siglo XXI", considerada "la era del conocimiento", el costo y la celeridad en las transacciones comerciales y en los trámites administrativos son factores determinantes para considerar la utilidad y eficiencia de las instituciones públicas y de la actividad empresarial privada. Por consiguiente, el "más rápido y barato" en la prestación de un servicio es quien tendrá la mayor ventaja por sobre sus competidores.

También, se considera este tiempo como la "era de las TIC's" donde la implementación de las tecnologías informáticas de conocimiento permiten a todo el mundo el acceso a un cúmulo de información nunca antes conocida.

La inminente presencia de la inteligencia artificial presenta a su vez numerosos debates y cambios de paradigmas en el ámbito jurídico y notarial. Además, la tecnología blockchain pasa a ser como un "fantasma" cuyos precursores predican sus

virtudes como medio de amenazar el fin de la burocracia y de costos y trámites administrativos según ellos "innecesarios"; y un sustituto de la función notarial (y registral, inclusive) como autenticador de hechos y legitimador en la identificación o dación de fe de las personas que concurren ante notario para la formalización de actos jurídicos y de prevención de hechos fraudulentos.

Por consiguiente, ¿estamos ante una real amenaza para la función notarial como vienen pregonándolo? O, más bien, ¿es este el momento cumbre para demostrar, una vez más, que la función notarial se adaptará con éxito a los nuevos tiempos, a las nuevas necesidades de la sociedad del siglo XXI, y que seguirá siendo tan útil como lo ha sido desde los inicios de la humanidad? ¿podrá adaptarse al uso de las nuevas tecnologías que van surgiendo y resaltar otras facetas de su existencia en esta sociedad como necesarias para la seguridad jurídica de las personas y así seguir previniendo litigios?

Es por ello, en ocasión del XXI Jornadas del Notariado Novel del Cono Sur realizadas en tierras brasileñas, y en el marco del Tema 2, que he elegido este subtema que es de suma importancia y de interés para todo el notariado nacional e internacional; es así como la realidad y marco normativo nacional y del derecho comparado servirá como bases para debatir y plantear posibles respuestas notariales respecto a la aplicación de nuevas tecnologías al servicio de la función notarial, y de conciencia para la creación de proyectos de leyes que fuesen necesarios para que el notariado paraguayo y del

continente americano siga a la vanguardia brindando seguridad jurídica a la ciudadanía toda.

Agradeciendo desde ya la correspondiente crítica de los lectores de esta investigación.

El Autor

CAPÍTULO PRIMERO

La Función Notarial: Nociones. Su misión jurídico – social. El avance de las nuevas tecnologías en la sociedad del siglo XXI y su incidencia en los servicios notariales. Seguridad jurídica notarial vs. Seguridad digital.

1) Nociones de Función Notarial. Su misión jurídico – social.

La Función Notarial ha sido considerada desde los inicios de la humanidad como una necesidad de seguridad jurídica documental, comenzando con una comunidad que testificaba hechos, pasando por los actos realizados por particulares y documentados por los entonces llamados "tabeliones" (antecesor de nuestro notario de tipo latino) y dotados de fe pública por un magistrado romano, hasta la delegación de fe pública notarial por el Estado (a través de edictos imperiales o leyes dictados por los emperadores Carlomagno y Napoleón) y

de valor jurídico "per se" de los documentos autorizados por los escribanos (novelas de Justiniano), o de nombramiento de escribanos reales o de villas (o llamados "de número" en España), llegando a nuestro continente con similares criterios y doctrinas e idéntica legislación hispana a nuestra Latinoamérica, y, por ende, al Paraguay.

El I Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrada en la ciudad de Buenos Aires en el año 1948, definió la función notarial, en otras palabras, como la actividad pública ejercida por un profesional del derecho con delegación estatal para autorizar instrumentos públicos (escrituras públicas u otros actos notariales) dotados de fe pública notarial, en cuyo contenido autentiquen hechos o negocios jurídicos celebrados por particulares, con valor probatorio y eficacia jurídica.

También, es importante recordar que la función notarial es uno de los tres pilares en lo que se funda el Derecho Notarial, junto con el instrumento público notarial (o escritura pública) y el agente fedatario: el Notario Público.

No olvidar que el Notario Público actúa en actos tanto protocolares como extraprotocolares permitidos por la ley. Así mismo, su más destacado soporte material para los actos protocolares es el libro de protocolo (por cierto, soporte papel).

Ahora bien, ¿en dónde radica la existencia del notario y su función? Específicamente, como me explayé al principio, en la necesidad de seguridad jurídica documental, por la cual el notario a través del ejercicio de su función recibe

manifestaciones de voluntad de los particulares (voluntad deforme y hasta ilegal si se quiere decir), asesora imparcialmente, encuadra esa voluntad en la ley y le da forma legal al acto jurídico que desean realizar las partes; legitima la identidad de los mismos, procuraciones si las hubiere, controla el cumplimiento de los tributos que afecten a bienes inmuebles como el de los contribuyentes del Fisco, formaliza las escrituras públicas tras una minuciosa redacción previa, habiendo tenido a la vista los certificados registrales y catastrales de ley y constatando todo lo ocurrido en su presencia, autoriza las escrituras públicas con su firma y sello, y expide testimonio de lo otorgado y autorizado, y si así fuere, para oponibilidad a terceros, la toma de razón o inscripción de los títulos en los registros públicos correspondientes cumpliéndose al efecto con el pago de las tasas judiciales y especiales y municipales de transferencia de bienes registrables. Con todos estos deberes y responsabilidades, el Notario Público tiene como misión jurídico – social la de hacer plena entre las partes y contra terceros en cuanto a la circunstancia de haberse ejecutado el acto jurídico; respecto de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y demás declaraciones contenidas en ellos; y acerca de las enunciaciones de hechos directamente relacionados con el acto jurídico que forma el objeto principal (Artículo 385, Código Civil Paraguayo); todo ello a través de la escritura pública, y de certificaciones en el caso de actos extraprotocolares. De esa forma, evita que alguna de las partes contratantes obtenga ventajas manifiestamente injustificadas, desproporcionadas con la que recibe el otro, explotando la

necesidad, la ligereza o la inexperiencia de éste (Art. 671, CCP); que también se eviten errores respecto a la voluntad de las personas o del objeto del acto jurídico (Art. 286 y 299, CCP); se prevenga las actuaciones dolosas de alguno de los contratantes o la celebración de actos jurídicos por violencia moral o física (Arts. 290 al 295, CCP); o para asesorar proyectos de vida para las personas o para después de su muerte en cuanto a la disposición de sus bienes; entre otras funciones más.

2) El avance de las nuevas tecnologías en la sociedad del siglo XXI y su incidencia en los servicios notariales. Seguridad jurídica notarial vs. Seguridad digital.

No cabe la menor duda que las nuevas tecnologías informáticas han brindado celeridad y abaratamiento de costos en muchos aspectos de la economía. Incluso en nuestros tiempos ha permitido acceda a mayor fuente de información de toda clase. De ahí que se lo denomine al siglo XXI como la "era del conocimiento". Pero esto también trajo consigo una logística material como intangible, y esta última, en mayor proporción; tanto así que los negocios ya no se formalizan por correo electrónico únicamente sino también por redes sociales, llegando a la comercialización de bienes intangibles o de divisas criptomonedas.

En el campo de la administración pública en el Paraguay, se han producido cambios sustanciales desde la desmaterialización de los expedientes hasta su digitalización

o informatización de los mismos, y en ese punto, en nuestro país, el Ministerio de Hacienda junto con el Banco Central del Paraguay han sido pioneros en el uso de los expedientes electrónicos, incluso antes de la sanción y promulgación y modificación de la vigente ley de firma digital y firma electrónica.

En el ámbito de la función registral, la Dirección General de los Registros Públicos como la Dirección del Registro del Automotor del Paraguay, tal vez más este último que el primero citado empleó primeramente el soporte digital para las inscripciones del parque automotor; y hace poco tiempo, la gradual despapelización que viene llevando adelante los Registros Públicos (inmobiliarios y no inmobiliarios), siguiendo la política que viene llevando a cabo el Poder Judicial en el uso de expedientes electrónicos. Seguidamente, los Registros no inmobiliarios y del Automotor son los que vienen prestando servicios de certificaciones registrales electrónicas (publicidad registral formal) a quienes tengan interés legítimo en conocer la situación o estado registral de bienes o derechos inscriptos en sus asientos informatizados. El Servicio Nacional de Catastro no está siendo una excepción en estos momentos, ya que presta a su vez numerosos servicios digitales que facilitan y agilizan la tarea del Notario Público al obtener toda la información que precisa para cumplir con su labor asesora y de prevención de litigios. Todas estas actuaciones fundadas en

la ley de firma digital y electrónica aplicada al campo de la actividad de la administración pública.

Enhorabuena, estos grandes avances son muy importantes y coadyuvan en la tarea del Notario Público en la formalización de los negocios jurídicos sobre bienes registrables puesto que brindan información respecto a la determinación del objeto (cosa o derecho), titularidad, verificación de la situación registral y catastral de inmuebles, legitimaciones tributarias, entre otros.

Ahora bien, el Notario Público, de pasar a redactar sus escrituras a mano llegó al uso de la computadora, y el software como componente de esta tecnología ha permitido reducir costos de operatividad y tiempo en la preparación de estos documentos. Incluso, recibir manifestaciones de voluntad a través del correo electrónico o redes sociales mediante el uso de dispositivos móviles como el teléfono celular sin tener la presencia física de la persona con la que trata son de suma utilidad. Pero todo ello plantea nuevos paradigmas y el reformulamiento de principios notariales tales como el de matricidad, inmediación, autenticidad, fe de conocimiento, fe pública notarial documental, por tratarse, en mi opinión, como los más afectados a estos nuevos avances tecnológicos que acercan más a la gente a pesar de las distancias que separen unas a otras.

Es aquí donde comienza el debate respecto al valor de la seguridad jurídica notarial ante el valor de la seguridad digital,

y tiene que quedar claro, que las tecnologías tales como firmas digital o electrónica, sistemas biométricos de identificación de personas, o soportes digitales para la formalización de contratos electrónicos, son coadyuvantes a la tarea notarial que nada impiden una actuación notarial ágil y eficiente.

La seguridad digital se sustenta en algoritmos informáticos y controles de certificadoras privadas que a través del uso de claves públicas o privadas, de tokens, y de redes públicas o privadas, identifican a un presunto titular usuario de una cuenta de página web o de correo electrónico, o cuentas bancarias online, y la individualización de "ip" de procesadores desde las cuales opera este titular u otra persona autorizada por el mismo, la cual dificulta realmente si esa fue la real manifestación de voluntad de la persona titular de dicha cuenta, o incluso la alteración de datos haciéndose pasar por ese titular y realizando operaciones en perjuicio de éste y con terceros, generando responsabilidades en el campo civil y penal, como también respecto al domicilio de las personas contratantes y la jurisdicción ordinaria competente en caso de controversias que surjan en los contratos electrónicos. Los Smart Contracts presentarán grandes ventajas en cuanto a celeridad para la formalización de negocios jurídicos, pero nada garantiza la prevención de concreción de negocios ilícitos o cláusulas leoninas que perjudicaran a las partes del contrato o de alguna de ellas.

La seguridad jurídica notarial previene esas circunstancias ya que individualiza e identifica correctamente a las personas

que solicitan de sus servicios, como también previene de ese modo la suplantación de personas al momento de la celebración de actos jurídicos de su competencia. Además, asesora a las partes para una equitativa prestación entre las partes del negocio jurídico.

CAPÍTULO SEGUNDO

Marco normativo vigente en materia de uso de las nuevas tecnologías en el campo de la Administración Pública, de los negocios a través de Internet y la protección jurídica de los derechos intelectuales sobre nuevas tecnologías en la República del Paraguay.

1. Ley No. 1328/1998 "DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS".

"...CAPÍTULO II

De los Programas de Ordenador

Artículo 67.- Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende a todas sus formas de expresión y tanto a los programas operativos como a los aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

La protección establecida en la presente ley se extiende a cualesquiera versiones sucesivas del programa, así como a los programas derivados.

Artículo 68.- El productor del programa de ordenador es la persona física o jurídica que toma la iniciativa y la responsabilidad de la obra. Se presume, salvo prueba en contrario, que es productor del programa la persona física o jurídica que aparezca indicada como tal en la obra de la manera acostumbrada.

Artículo 69.- Se presume, salvo pacto en contrario, que los autores del programa de ordenador han cedido al productor, en forma ilimitada y exclusiva, los derechos patrimoniales reconocidos en la presente ley, que lo inviste, además, de la titularidad del derecho a que se refiere el Artículo 22 e implica la autorización para decidir sobre la divulgación del programa y la de ejercer los derechos morales sobre la obra.

Los autores, salvo pacto en contrario, no pueden oponerse a que el productor realice o autorice la realización de modificaciones o versiones sucesivas del programa, ni de programas derivados del mismo.

Artículo 70.- A los efectos de esta ley no constituye reproducción ilegal de un programa de ordenador, su introducción en la memoria interna del respectivo aparato, por parte del usuario lícito y para su exclusivo uso personal.

La anterior utilización lícita no se extiende al aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, a menos que se obtenga el consentimiento expreso del titular de los derechos.

Artículo 71.- El usuario lícito de un programa de ordenador podrá realizar una adaptación de dicho programa cuando sea indispensable para la utilización del programa en un ordenador específico y esté de acuerdo con la licencia otorgada al usuario lícito; y la misma sea destinada exclusivamente como copia de resguardo para sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta no pueda utilizarse por daño o pérdida.

La reproducción de un programa de ordenador, inclusive para uso personal, exigirá la autorización del titular de los derechos, con la excepción de la copia de seguridad.

Artículo 72.- No constituye transformación, a los efectos del Artículo 31, salvo prohibición expresa del titular de los derechos, la adaptación de un programa realizada por el usuario lícito, incluida la corrección de errores, siempre que esté destinada exclusivamente para el uso personal.

La obtención de copias del programa así adaptado, para su utilización por varias personas o su distribución al público, exigirá la autorización expresa del titular de los derechos.

Artículo 73.- Ninguna de las disposiciones del presente capítulo podrá interpretarse de manera que permita que su aplicación perjudique de modo injustificado los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a la explotación normal del programa informático…"

2. Ley No. 4017/2010 "DE VALIDEZ JURÍDICA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA, LA FIRMA DIGITAL, LOS MENSAJES DE DATOS Y EL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO".

En este apartado, extraeré algunos artículos de esta ley (modificada posteriormente) que hacen al uso de las nuevas tecnologías como la firma electrónica, firma digital mensajes de datos y expediente electrónico en el campo de la administración pública y de los negocios que se celebran a través de Internet:

"Artículo 1°.- Objeto y ámbito de aplicación. La presente Ley reconoce la validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos, el expediente electrónico y regula la utilización de los mismos, las empresas certificadoras, su habilitación y la prestación de los servicios de certificación.

Artículo 2°.- Definiciones. A efectos de la presente Ley, se entenderá por:

Firma electrónica: es el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital.

Firma digital: es una firma electrónica certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier

modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.

Mensaje de datos: es toda información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, siendo esta enumeración meramente enunciativa y no limitativa.

Documento Digital: es un mensaje de datos que representa actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su creación, fijación, almacenamiento, comunicación o archivo.

Firmante, suscriptor o signatario: es toda persona física o jurídica titular de la firma electrónica o digital. Cuando el titular sea una persona jurídica, ésta es responsable de determinar las personas físicas a quienes se autorizará a administrar los datos de creación de la firma electrónica o digital.

Remitente de un mensaje de datos: es toda persona que haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar un mensaje de datos.

Certificado digital: es todo mensaje de datos u otro registro emitido por una entidad legalmente habilitada para el efecto y que confirme la vinculación entre el titular de una firma digital y los datos de creación de la misma.

Prestador de servicios de certificación: entidad prestadora de servicios de certificación de firmas digitales.

Expediente electrónico: se entiende por "expediente electrónico", la serie ordenada de documentos públicos registrados por vía informática, tendientes a la formación de la voluntad administrativa en un asunto determinado.

Parte que confía: es toda persona que pueda actuar sobre la base de un certificado o de una firma electrónica.

Artículo 3°.- Principios Generales. En la aplicación de la presente Ley, deberán observarse los siguientes principios:

a) Neutralidad tecnológica: Ninguna de las disposiciones de la presente Ley podrá ser aplicada de forma que excluya, restrinja o prive de efectos jurídicos a cualquier otro sistema o método técnico conocido o por conocerse que reúna los requisitos establecidos en la presente Ley.

b) Interoperabilidad: Las tecnologías utilizadas en la aplicación de la presente Ley se basarán en estándares internacionales.

c) Interpretación funcional: Los términos técnicos y conceptos utilizados serán interpretados en base a la buena fe, de manera que no sean negados efectos jurídicos a un proceso o tecnología utilizado por otro Estado por el solo hecho de que se le atribuya una nomenclatura diferente a la prevista en la presente Ley (...)

Artículo 4°.- Valor jurídico de los mensajes de datos. Se reconoce el valor jurídico de los mensajes de datos y no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la

información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

Tampoco se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.

Artículo 5°.- Empleo de mensajes de datos en la formación de los contratos. La oferta, aceptación así como cualquier negociación, declaración o acuerdo realizado por las partes en todo contrato, podrá ser expresada por medio de un mensaje de datos, no pudiendo negarse validez a un contrato por la sola razón de que en su formación se ha utilizado este sistema, siempre y cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez previstos en el Código Civil.

Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica, no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos (...)

Artículo 7°.- Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria, siempre y cuando el mismo tenga una firma digital válida de acuerdo con la presente Ley.

Los actos y contratos suscritos por medio de firma digital, otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas,

públicas o privadas en el ámbito de aplicación de la presente Ley, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten por escrito, a los efectos de que surtan consecuencias jurídicas.

Artículo 8°.- Conservación de los mensajes de datos. Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos que los reproduzca, si:

a) existe una garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez su forma definitiva, como mensaje de datos u otra forma. Esta garantía quedará cumplida si al mensaje de datos resultante se aplica la firma digital del responsable de la conservación;

b) la información que contenga sea accesible para su ulterior consulta;

c) el mensaje de datos sea conservado con el formato que se haya generado, enviado o recibido o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida; y,

d) se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, la fecha y la hora que fue enviado o recibido.

Artículo 9°.- Integridad del documento digital o mensaje de datos. Para efectos del artículo anterior, se considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación. El grado de confiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso.

Artículo 10.- De la reproducción de documentos originales por medios electrónicos. Cuando sea necesario almacenar documentos y datos de cualquier especie, se podrá almacenar la reproducción de los mismos en mensajes de datos. La reproducción del documento o dato deberá ser realizada en la forma y en los lugares indicados por la reglamentación de la presente Ley.

La reproducción, a la que hace mención el presente artículo, no afectará ni modificará de modo alguno los plazos individualizados en el documento reproducido, ni tampoco implica reconocimiento expreso o tácito de que el contenido sea válido (...).

Artículo 12.- Remitente de los mensajes de datos. A los efectos de la presente Ley, se entenderá que un mensaje de datos:

a) proviene del remitente, si:

i) ha sido enviado por el propio remitente;

ii) ha sido enviado por alguna persona facultada para actuar en nombre del remitente respecto de ese mensaje;

iii) ha sido enviado por un sistema de información programado por el remitente o en su nombre para que opere automáticamente, o

iv) el mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el remitente, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el remitente para identificar un mensaje de datos como propio, aun cuando esta persona no hubiese estado debidamente autorizada por el mismo para ese efecto.

Los numerales ii, iii y iv del presente artículo no se aplicarán entre remitente y destinatario, a partir del momento en que el destinatario haya sido informado por el remitente de que los mensajes de datos que provengan en su nombre y/o con su firma digital pueden ser emitidos por personas no autorizadas para el efecto, quedando automáticamente inhabilitada la firma digital entre el remitente y el destinatario debidamente notificado. La notificación aquí mencionada no exime al titular de la firma digital de la obligación de notificar a la autoridad certificadora de esta situación (...)".

Estos artículos citados sirven como referencia para demostrar la complejidad y aparente seguridad que brinda informática respecto a la formalización y valor probatorio del documento en la administración pública, que si bien permite celeridad en los trámites y transacciones, no obstante, la falta de matricidad en soporte papel y el manejo de toda la

información que en el sistema operativo sea alzado, requiere de mayor seguridad no solo de claves sino de asesoramiento jurídico notarial para la validez de los mismos y la conservación de los originales en caso de extravío de copias. Llevando al campo notarial, sin intervención inmediata del notario, actuación como la fe de conocimiento e identificación de las partes, el asesoramiento imparcial, y a su vez, lo que pudiera llevarse a cabo como la matricidad de las escrituras públicas y conservación y custodia de documentos autorizados por el Notario Público sean éstas en soporte papel o digital, son de suma trascendencia, lo que llevaría a que el Notariado Paraguayo también adecue su legislación para la creación de leyes de micrograbaciones, archivos y certificaciones digitales notariales.

3. Ley No. 4610/2012 "QUE MODIFICA Y AMPLÍA LA LEY No. 4017/10 'DE VALIDEZ JURÍDICA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA, LA FIRMA DIGITAL, LOS MENSAJES DE DATOS Y EL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO'".

Esta normativa modifica los Artículos 21, 27, 37, 38, 39, 43, 44, 45, 46 y 47 y el Título Sexto de la Ley N° 4017/10 "DE VALIDEZ JURÍDICA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA, LA FIRMA DIGITAL, LOS MENSAJES DE DATOS Y EL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO" e incorpora a esta Ley, los Artículos 48, 49, 50 y 51, y el Título Séptimo, refiriéndose a los casos de exclusiones, habilitación de prestadores de servicios de

certificación, uso del expediente electrónico, sanciones, y disposiciones finales y transitorias.

4. Ley No. 4868/2012 "COMERCIO ELECTRÓNICO".

"Artículo 1°.- Objeto.

La presente Ley tiene por objeto regular el comercio y la contratación realizados a través de medios electrónicos o tecnológicamente equivalentes, entre Proveedores de Bienes y Servicios por vía electrónica, intermediarios en la transmisión de contenido por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica y los consumidores o usuarios (...).

Esta ley podría servir de base para la formalización de Smart Contracts en el Paraguay, pero no regularía aquellos formalizados en soporte blockchain ya que dada la naturaleza de esta tecnología aparentemente no puede ser sujeta a las normas de un solo país; deberá ser un orden normativo mundial que la controle y legisle.

Aclaro que no existe a la fecha, según lo que investigué, jurisprudencia nacional e internacional respecto al uso de la blockchain.

CAPÍTULO TERCERO

La actuación notarial en soporte digital: Derecho Comparado. La Función Notarial y la tecnología Blockchain como soporte de actuaciones notariales en el futuro.

1. La actuación notarial en soporte digital: Derecho Comparado.

La experiencia en el uso de nuevas tecnologías como coadyuvantes de la función notarial ha tenido bastante éxito pese a que sus aplicadores admiten que no resultan tan eficaces.

El notariado colombiano se manifiesta exitoso en el sistema de control biométrico de huellas dactilares de los requirentes a los efectos de evitar suplantación de personas físicas al momento de otorgar escrituras públicas u otras actuaciones notariales de carácter no contencioso (como en la celebración de matrimonios y divorcios); al igual que el notariado peruano, que amplían la aplicación de ese sistema hasta en actos de sucesiones en sede notarial que lo autorizan en forma cotidiana.

El notariado brasileño, al igual que el uruguayo, y de algunas provincias argentinas con el uso de la escritura pública digital, emulando así al notariado español o el notariado francés; el notariado costarricense utiliza el protocolo notarial único electrónico sacándose así la carga de la conservación y custodia de los libros de protocolo notarial en soporte papel, y todo bajo control, responsabilidad y supervisión estatal.

Pero la mayoría de estos países cuenta con un elemento denominador común: los colegios notariales tienen su propia certificadora de firma digital.

2. Blockchain: ¿El nuevo notario?

El sistema Blockchain, conocida también como "cadena de bloques", es comparado a los libros de contabilidad en cuanto a su uso, considerando que fue creada con fines financieros para las transacciones por medio de criptomonedas "o dinero virtual" cuyo valor en el sistema fluctúa con otras similares atendiendo a la oferta y la demanda de los usuarios de Blockchain. En otros términos, es una gigantesca base de datos de transacciones financieras con dinero virtual.

La página web Infotechnology comenta: *"Consiste en un conjunto de apuntes que están en una base de datos compartida on-line en la que se registran mediante códigos las operaciones, cantidades, fechas y participantes. Al utilizar claves criptográficas y al estar distribuido por muchos ordenadores (personas) presenta ventajas en la seguridad frente a manipulaciones y fraudes. Una modificación en una de las copias no serviría de nada, sino que hay que hacer el cambio en todas las copias porque la base es abierta y pública"* (https://www.infotechnology.com/online/Que-es-blockchain-la-tecnologia-que-viene-a-revolucionar-las-finanzas-20160810-0001.html)

El creador del sistema de Blockchain es conocido como "Satoshi Nakamoto" quien o quienes en el año 2009 comenzaron a efectuar las primeras transacciones con bitcoins. Lo que no sabe a ciencia cierta es si Satoshi Nakamoto es un individuo específicamente o se trata de un grupo de informáticos detrás de un seudónimo. Hasta el día de hoy no está resuelta esa incógnita (https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/05/160502_bitcoin_creador_satoshi_nakamoto_craig_wright_revelacion_wbm).

La página web de IBM explica el funcionamiento de la Blockchain: *"¿Cómo funciona blockchain?*

La tecnología está basada en cuatro fundamentos: el registro compartido de las transacciones (ledger), el consenso para verificar las transacciones, un contrato que determina las reglas de funcionamiento de las transacciones y finalmente la criptografía, que es el fundamento de todo.

Una vez creada la red de negocios, se definen cuáles serán las transacciones y procesos que utilizará como base el blockchain. Aquí, destacamos algunos criterios básicos para ayudar en la clasificación de los procesos elegibles:

Procesos extremadamente complejos (y lentos) que mantengan una cadena de validación en varios niveles;

Transacciones que requieran trazabilidad;

Transacciones que exijan registros únicos y no alterables;

Procesos de identidad;

Necesidad de aumento (o establecimiento) de relación de confianza entre los miembros de la red de negocio;

Nuevos modelos de negocio (...)

A partir de ahí, todas las nuevas transacciones serán registradas y operadas de acuerdo con lo programado. (https://www.ibm.com/blogs/systems/mx-es/2017/03/que-es-blockchain-y-como-funciona/)

Por consiguiente, Blockchain descentraliza bases de datos, imprime seguridad en transacciones, elimina la necesidad de intermediarios, la información contenida en su plataforma no puede ser alterada sin permiso reportando al usuario y a los nodos cualquier alteración de los hashes o contenidos de cada bloque, evita el doble cobro sobre criptoactivos, modifica el régimen de responsabilidad, reduce el litigio, promueve el comercio internacional, entre otros.

¿Estamos ante una tecnología que desplazaría al notario humano?

Y, ¿qué puede hacer el notariado ante el avance de esta nueva tecnología?

3. La Función Notarial y la tecnología Blockchain como soporte de actuaciones notariales en el futuro.

La tecnología ha venido acompañada de una propaganda que viene pregonando un cambio total de paradigmas en lo referente a seguridad jurídica en las transacciones comerciales

sin necesidad de intervención gubernamental alguna en materia monetaria, ni de notarios públicos de tipo latino que deban dar autenticidad ni formalidad a dichos negocios jurídicos. Ese mensaje suena intimidante, pero no es así. Es así que el Notario Público tiene la obligación histórica de adaptarse a esa nueva tecnología, que a no muy largo plazo, terminará cambiando la vida de la gente y de la manera de formalizar negocios.

Pero, ¿qué brinda la función notarial a la ciudadanía que estuviese utilizando este sistema en sus negocios? La ponencia de este trabajo dará algunas propuestas.

CONCLUSIONES

Podemos ver que las nuevas tecnologías en el uso cotidiano para la formalización de transacciones comerciales o negocios jurídicos ha mutado en la medida que estas brindaron celeridad y economía en los trámites, incluso han brindado hasta comodidad para los prestadores de servicios y bienes.

Para el notario público esto no ha sido una novedad. Se ha tratado de nuevos desafíos a los cuales adaptarse con éxito como lo ha venido haciendo en los últimos tiempos. Son herramientas que han brindado comodidad y agilidad en su labor, tales como la firma digital y electrónica, y el uso de sistemas biométricos en los notariados latinoamericanos que han sido herramientas coadyuvantes para una mejor gestión

del ejercicio de la función notarial con experiencias exitosas en su empleo.

La tecnología Blockchain pasa a convertirse en el atractivo del momento, ya que el uso de las criptomonedas como Bitcoin en inversiones financieras va en aumento, como también la creación de otras monedas virtuales, pero que no cuentan con regulación gubernamental ni control en materia de lavado de activos. Eso sí, crea un nuevo bien intangible para su usuario: las criptomonedas pasan a convertirse en activos digitales de una persona física o jurídica. Pero el sistema blockchain, salvo que se trate de una red privada, no brinda ninguna seguridad jurídica en la formalización de negocios pudiendo ser hasta utilizada como plataforma de lavado de activos.

El Notario se encuentra ante el desafío de adaptarse con el tiempo a esas nuevas tecnologías, y de adecuar su asesoramiento y la formulación de las escrituras públicas respecto a pagos con criptomonedas y la autencidad de los actos pasados en su presencia y de identificación de los usuarios, o como depositarios de claves privadas para acceder a las cuentas de Blockchain en caso de fallecimiento de su titular. Además, de brindar información respecto al origen de dinero, control que los gobiernos nos exigen actualmente por las recomendaciones del GAFI.

PONENCIAS

1) La aplicación de las nuevas tecnologías como la firma digital y el sistema biométrico requiere de una logística y equipamientos especiales para el efecto, la cual habría que analizar costos para su implementación.

2) La creación de una entidad certificadora de firmas digitales propia del Colegio de Escribanos del Paraguay para todas las actuaciones notariales protocolares y extraprotocolares en soporte digital.

3) El notariado puede emplear el sistema Blockchain en redes privadas vinculadas con otros entes estatales (nodos) con las cuales los notarios puedan certificar actos extraprotocolares en la misma plataforma blockchain en los contratos preformulados en los hashes contenidos en los bloques correspondientes y que puedan ser controlados y resguardadas las actuaciones notariales en estos otros entes estatales (nodos).

4) La blockchain no es apta para actuaciones protocolares notariales ya que sean redes públicas o privadas, las informaciones matrizadas en los protocolos notariales son de carácter reservado o secreto.

BIBLIOGRAFÍA

1) Constitución Nacional.

2) Código Civil Paraguayo.

3) Código de Organización Judicial Paraguayo.

4) Ley No. 1328/1998 "DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS".

5) Ley No. 4017/2010 "DE VALIDEZ JURÍDICA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA, LA FIRMA DIGITAL, LOS MENSAJES DE DATOS Y EL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO".

6) Ley No. 4610/2012 "QUE MODIFICA Y AMPLÍA LA LEY No. 4017/10 'DE VALIDEZ JURÍDICA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA, LA FIRMA DIGITAL, LOS MENSAJES DE DATOS Y EL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO'".

7) Ley No. 4868/2012 "COMERCIO ELECTRÓNICO".

8) La Función Notarial. Mora Vargas, Herman. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2016.

9) Las Nuevas modalidades de prestación del consentimiento: la función notarial ante las nuevas tecnologías en su valor jurídico. Artículo de Simó Sevilla, Diego para la Revista Jurídica del Notariado (Enero – Marzo), del Consejo General del Notariado Español. Madrid, España. 2001.

10) Las Escrituras Públicas. Talavera de Ayala, Gladys Teresita y Ayala Talavera, Luz Teresita. Editorial Villa Rica. Villarrica, Guairá, Paraguay. 2011.

11) Lo Público y Lo Privado en la Función Notarial. Rodríguez Adrados, Antonio. Editorial Gaceta Notarial. Lima, Perú. 2016.

12) Las Nuevas Tecnologías en la Función Notarial. Cavallé Cruz, Alfonso y otros. Editorial Gaceta Notarial. Lima, Perú. 2019.

13) Nuevas Tecnologías aplicadas a la Función Notarial. Falbo, Santiago y Di Castelnuovo, Franco. Di Lalla Ediciones. FEN Editora Notarial. Buenos Aires, Argentina. 2019.

14) Curso de Derecho Notarial. Larraud, Rufino. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1966.

15) Fundamentos del Derecho Notarial. Cosola, Sebastián J. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina. 2013.

16) Manual de Derecho Informático e Informática Jurídica I. Coordinador: Bauzá, Marcelo. Fundación de Cultura Universitaria. Segunda Edición. Montevideo, Uruguay. 2018.

17) Manual de Derecho Informático e Informática Jurídica II. Coordinador: Bauzá, Marcelo. Fundación de Cultura Universitaria. Segunda Edición. Montevideo, Uruguay. 2018.

WEBGRAFÍA

1) https://www.infotechnology.com/online/Que-es-blockchain-la-tecnologia-que-viene-a-revolucionar-las-finanzas-20160810-0001.html

2) https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/05/160502_bitcoin_creador_satoshi_nakamoto_craig_wright_revelacion_wbm

3) https://www.ibm.com/blogs/systems/mx-es/2017/03/que-es-blockchain-y-como-funciona/

Sandra Carolina Alarcón Arias, Notaria Única del Circulo de Campoalegre Huila

Diego Mauricio Rojas Peña, Secretario Jurídico y Notario Encargado de la Notaria 37 del Circulo de Bogotá

Biometría en línea: Tecnología de Identificación y Validación de Identidad Ciudadana al Servicio de la Práctica Notarial

Introducción

Una de las más importantes y trascendentales funciones notariales, es la concerniente a la identificación de la persona que desea realizar un trámite notarial, independientemente del sistema de origen latino o anglosajón al que el notario pertenezca, siempre se requerirá identificar a la persona que solicita el servicio notarial, pues ello es esencial para la prestación del servicio.

Durante décadas la identificación de las personas se ha efectuado bajo la derivación de la fe pública en general del

notario, denominada “Fe de conocimiento”, la cual consiste en aquella afirmación, validez, certeza y veracidad que el notario efectúa a través de la potestad que le otorga el Estado y que ejerce con prudencia y cautela realizando su propia valoración con criterio, análisis y determinación que le permiten realizar la identificación de una persona con pleno convencimiento.

Es el notario quien da fe de conocimiento y asegura la identidad de la persona bajo su responsabilidad, bien sea por conocimiento personal y directo de la persona o por conocimiento indirecto es decir todas aquellas alternativas de identificación que permiten al notario proceder a identificar como lo es un documento de identidad nacional o pasaporte, testigos, cotejos, e identificación biométrica entre otros.

En la mayoría de los países sin importar el sistema al que pertenezca el notario se realiza la identificación indirecta con la simple presentación de un documento de identidad nacional o pasaporte en el caso de los extranjeros, el cual en algunos países corroboran o verifican la información del documento consultando plataformas o bases de datos que se implementan en cada país.

Sin embargo, si el documento de identidad que presenta una persona para la prestación del servicio notarial, ha sido modificado, alterado o es un documento falso, ¿como podría entonces el notario tener la plena certeza que la persona que presenta el documento si es realmente quien dice ser?, ¿como

podría identificarlo plenamente?, ¿como dar certeza de la persona que hace una comparecencia en los documentos públicos y privados?, ¿como poder brindar esa confianza a los otros contratantes o destinatarios del documento?, ¿Cómo dar fe de conocimiento garantizando y dando certeza sin duda alguna sobre la identidad de la persona?

Justamente esos interrogatorios y problemática, sumada al alto índice de suplantaciones, fraudes, y estafas en manos de organizaciones criminales que utilizaban y se aprovechaban de las falencias y vacíos relacionados con la identificación de las personas al acudir a la prestación del servicio notarial en Colombia, fue lo que dio origen al estudio jurídico, el análisis y trabajo de campo técnico, e incluso a mirar en el derecho notarial continental y transcontinental, e inclusive ahondar en el Derecho Comparado, en aras de evidenciar y encontrar como otras legislaciones en materia notarial han dado solución a esta temática, que soluciones existen al respecto y como es el procedimiento de identificación y fe de conocimiento en el ejercicio de la función notarial.

A comienzos del nuevo milenio la Unión Colegiada del Notariado Colombiano – U.C.N.C., y sus directivas decidieron fijarse un nuevo rumbo y propósito con el fin de lograr la implementación de nuevas tecnologías que permitieran suplir las necesidades propias de la fe de conocimiento, la identificación en el servicio y la función notarial.

Surgió así un proyecto de gran envergadura a nivel nacional dirigido por la Unión Colegiada del Notariado Colombiano "U.C.N.C.", con el propósito de fortalecer el ejercicio de la Función Notarial en aspectos de seguridad jurídica, agilidad en la atención, eficiencia en la prestación del servicio, renovación y evolución tecnológica de los despachos notariales, proyecto del cual tal vez en su momento no se dimensiono su importancia, bondades, logros y lo que repercutiría en los ciudadanos, en la sociedad, en un país e incluso como modelo para muchos otras naciones.

Fueron años de arduo trabajo y recursos pero sobre todo de la interoperabilidad y vinculación de todos los frentes, es por ello que con el apoyo y confianza a la Unión Colegiada del Notariado Colombiano - U.C.N.C, por parte del Gobierno Nacional el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Superintendencia de Notariado y Registro, entre otras entidades, se trabajó de manera conjunta, coordinada, sistemática y estratégica en pro de la mejora continua del servicio notarial, promoviendo de manera incesante la implementación de medidas y mecanismos que ofrezcan seguridad y confiabilidad en la actividad notarial, en apoyo de las nuevas tecnologías, entre ellas la Biometría en Línea implementada conjuntamente con la Firma Digital, como garantía de autenticidad, integridad y no repudio frente a los actos y contratos que el ciudadano realiza ante el notario.

Finalmente, a finales del año 2013 el Notariado Colombiano, se constituye en el primer país del mundo en aplicar la identificación biométrica en línea con la base de datos de la Registraduría Nacional de la Nación, implementada únicamente para los ciudadanos colombianos. Con este sistema, se erradicaron los delitos de suplantación de personas y robo de identidad.

Este proyecto fue y seguirá siendo un esfuerzo para mejorar la prestación del servicio y dar seguridad a los actos y contratos que autoriza el notario, contribuyendo a la Administración de Justicia en cuanto a la reducción de los procesos penales referidos a los delitos antes citados.

El éxito de este magnánimo proyecto no hubiera sido posible sin la participación de los diferentes actores, de la confianza del notariado colombiano en la U.C.N.C., del sector público y privado pero sobre todo de los ciudadanos que hoy exigen que sus tramites sean realizados con la identificación biométrica en línea.

Qué es la biometría?

La biometría es un sistema automatizado de reconocimiento de personas, una tecnología de seguridad que utiliza como fuente propiedades de la fisiología humana o del comportamiento de los individuos. Cuando el reconocimiento

apunta a las características fisiológicas, se sirve de particularidades intransferibles tales como las huellas dactilares, el patrón venoso del dedo, la retina, los rasgos faciales, la voz, el iris, entre otros, y si a su conducta se refiere, emplea las costumbres de los individuos, que los hace ser identificables entre otros.

Biometría no certificada vs Biometría certificada.

Por biometría no certificada entendemos el reconocimiento de personas efectuado con apoyo de bases de datos que aunque están automatizadas, no son oficiales, ya que son sistemáticamente alimentadas por entidades privadas o particulares y sobre las cuales se efectúan cotejo no oficiales.

Tenemos en esta clasificación por ejemplo, el conjunto de capturas de huellas digitales que un empleador tiene de sus trabajadores, el registro fotográfico que empresas de vigilancia realizan a los visitantes de los bienes custodiados, y para no ir lejos, la compilación de dermatoglifos que metódicamente realiza el notariado de varios países y cuya facción se subordina a la comparecencia de los usuarios al Despacho Notarial para su efectivo enrolamiento previo. La biometría certificada es *contrario sensu,* la validación de la identidad que utiliza para su propósito las bases de datos públicas u oficiales.

Pero, ¿cuál es la diferencia entre la biometría no certificada y la certificada, si la finalidad de identificar un ciudadano se

cumple con las dos? La respuesta a este interrogante fue una de las motivaciones del Proyecto de Identificación Biométrica en línea liderado en Colombia por la Unión Colegiada del Notariado Colombiano, pues conforme al Decreto 2364 de 2012, si el proceso de validación de identidad presenta algún inconveniente, la carga de la prueba recae en la empresa o particular que haya realizado la identificación y debe demostrar la confiabilidad y apropiabilidad del mecanismo utilizado, en cambio, tratándose de biometría certificada, la carga de la prueba se invierte y siendo un proceso certificado, se garantiza la autenticidad y la integridad de la transacción, es decir, quien quiera repudiar el proceso de validación de identidad, deberá probarlo[167].

Cuál es la entidad encargada de producir y administrar la base de datos oficial de identificación de los ciudadanos en Colombia?

En Colombia la entidad encargada del registro de la vida civil e identificación de los ciudadanos y por tanto responsable de la base de datos oficial que permite realizar la biometría certificada, es la Registraduría Nacional del Estado Civil[168], institución descentralizada del Estado cuya misión es

---

167 *ABC para entender la biometría. Artículo elaborado por Certicámara para Observatorio eCommerce, publicado en 31 de Agosto de 2018 en www.observatorioecommerce.com.co.*

168 *Artículo 120, Constitución Política de Colombia – Decreto 1010 de 2000 "Por el cual se establece la organización interna de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se fijan las funciones de sus dependencias; se define la naturaleza jurídica del Fondo Social de Vivienda de la Registraduría Nacional del Estado Civil; y se dictan otras disposiciones".*

"promover y garantizar en cada evento legal en que deba registrarse la situación civil de las personas, que se registren tales eventos, se disponga de su información a quien deba legalmente solicitarla, se certifique mediante los instrumentos idóneos establecidos por las disposiciones legales y se garantice su confiabilidad y seguridad plenas[169] *".*

Apoyándose en el sistema político centralista de la República de Colombia, que viabiliza la producción de un documento de identidad único y seguro para cada ciudadano, la Registraduría Nacional del Estado Civil en cumplimiento de sus funciones[170] consolida el sistema de registro civil e

---

169 *Artículo 4, Decreto 1010 de 2000, "Misión de la Registraduría Nacional del Estado Civil: Es misión de la Registraduría Nacional del Estado Civil, garantizar la organización y transparencia del proceso electoral, la oportunidad y confiabilidad de los escrutinios y resultados electorales, contribuir al fortalecimiento de la democracia mediante su neutralidad y objetividad, promover la participación social en la cual se requiera la expresión de la voluntad popular mediante sistemas de tipo electoral en cualquiera de sus modalidades, así como promover y garantizar en cada evento legal en que deba registrarse la situación civil de las personas, que se registren tales eventos, se disponga de su información a quien deba legalmente solicitarla, se certifique mediante los instrumentos idóneos establecidos por las disposiciones legales y se garantice su confiabilidad y seguridad plenas."*

170 *Artículo 5, ib idem, "Funciones: Son funciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil, las siguientes:*
1. Proponer las iniciativas sobre proyectos de ley y presentarlos a consideración del Consejo Nacional Electoral por conducto del Registrador Nacional, así como los decretos y demás normas relacionadas con la función de registro civil.
2. Adoptar las políticas del registro civil en Colombia y atender lo relacionado con la adopción, ejecución y control de los planes y programas propios del registro civil con miras a garantizar su óptimo funcionamiento.
3. Garantizar en el país y el exterior, la inscripción confiable y efectiva de los hechos, actos y providencias sujetos a registro, proferir las autorizaciones a los entes o autoridades habilitadas legalmente para que concurran en el cumplimiento de dicha función, y conocer mediante los actos administrativos pertinentes de todo lo relativo a cancelaciones, reconstrucciones, anulaciones, modelos de expedición y demás actos jurídicos sobre el registro civil.
4. Expedir las copias de registro civil de las personas que sean solicitadas de conformidad con las leyes vigentes.
5. Atender el manejo, clasificación, archivo y recuperación de la información relacionada con el registro civil.

6. Difundir las normas y procedimientos a seguir dentro del proceso de registro civil y adelantar campañas y programas de capacitación en la materia.
7. Coordinar y armonizar con los demás organismos y entes del Estado las políticas, desarrollo y consulta en materia de registro civil.
8. Adelantar inspección y vigilancia de los servicios de registro del estado civil de las personas.
9. Realizar o promover estudios, investigaciones y compilaciones en materia de registro del estado civil de las personas y divulgar los resultados.
10. Proteger el ejercicio del derecho al sufragio y otorgar plenas garantías a los ciudadanos, actuando con imparcialidad, de tal manera que ningún partido o grupo político pueda derivar ventaja sobre los demás.
11. Dirigir y organizar el proceso electoral y demás mecanismos de participación ciudadana y elaborar los respectivos calendarios electorales.
12. Llevar el Censo Nacional Electoral.
13. Asesorar y prestar el apoyo pertinente en los procesos de elecciones de diversa índole en que las disposiciones legales así lo determinen.
14. Llevar las estadísticas de naturaleza electoral relacionadas con los resultados obtenidos en los debates electorales y procesos de participación ciudadana.
15. Coordinar con los organismos y autoridades competentes del Estado las acciones orientadas al desarrollo óptimo de los eventos electorales y de participación ciudadana.
16. Proceder a la cancelación de las cédulas por causales establecidas en el Código Electoral y demás disposiciones sobre la materia y poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos, cuando se trate de irregularidades.
17. Asignar el Número Unico de Identificación Nacional, NUIP, al momento de hacer la inscripción de nacimiento en el Registro del Estado Civil de las personas y ejercer los controles físico, lógico y técnico, para que dicho número sea exclusivo a cada ciudadano y exista un único documento de identificación.
18. Responder las solicitudes de personas naturales o jurídicas y organismos de seguridad del Estado o de la rama judicial en cuanto a identificación, identificación de necrodactilias y demás requerimientos, de acuerdo a la normatividad vigente, teniendo como soporte la información contenida en las bases de datos de registro civil y el sistema de identificación.
19. Expedir y elaborar las cédulas de ciudadanía de los colombianos, en óptimas condiciones de seguridad, presentación y calidad y adoptar un sistema único de identificación a las solicitudes de primera vez, duplicados y rectificaciones.
20. Atender todo lo relativo al manejo de la información, las bases de datos, el Archivo Nacional de Identificación y los documentos necesarios para el proceso técnico de la identificación de los ciudadanos, así como informar y expedir las certificaciones de los trámites a los que hubiere lugar.
21. Celebrar los convenios que se requieran para que otras autoridades públicas o privadas adelanten el registro civil de las personas.
22. Llevar las estadísticas sobre producción de documentos de identificación y el estado civil de las personas y su proyección.

identificación, atendiendo el manejo, clasificación, archivo y recuperación de la información con él relacionada, asignando a los ciudadanos el Número Único de Identificación Personal –NUIP– al momento de hacer la inscripción de nacimiento en el Registro del Estado Civil de las personas y ejerciendo los controles físico, lógico y técnico, para que dicho número sea exclusivo a cada ciudadano. Así mismo garantiza la inscripción confiable y efectiva de los hechos, actos y providencias que afectan el estado civil.

La base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil se ha consolidado desde 1948 y el primer tratamiento de estos datos se hizo en papel, que mediante el sistema dactiloscópico Henry - Canadiense permitió la clasificación de fichas decadactilares a través de una fórmula alfanumérica. A partir de este sistema de identificación se implementó en el año 1999 el Sistema Automático de Identificación Dactilar Colombiano, Afis, o Automated Fingerprint Identification System por sus siglas en Inglés, que al permitir realizar enrolamiento, comparación y validación en todos los tipos de búsquedas (fichas contra fichas, fichas contra rastros, rastros contra fichas,

---

23. Innovar en investigación y adopción de nuevas tecnologías, normas de calidad y controles que mejoren la producción de documentos de identificación y del manejo del registro civil.

24. Atender las solicitudes de expedición de la cédula de ciudadanía en los consulados de Colombia en el exterior para que quienes estén habilitados puedan ejercer sus derechos políticos como ciudadanos colombianos y brindar información acerca de su trámite.

25. Efectuar el recaudo del valor de los duplicados y rectificaciones de la cédula de ciudadanía, copias y certificaciones del registro civil y de los libros y publicaciones que edite la Registraduría, y las tarifas de los demás servicios que ésta preste.

26. Las demás que le asigne la Constitución Política y las disposiciones legales vigentes."

etc), se convierte en el pilar fundamental de la identificación biométrica en línea.

En la actualidad la Registraduría Nacional del Estado Civil cuenta con bases de datos biográficos actualizadas, conectadas a todas la autoridades del país, lo que significa que se alimenta de la información que constantemente le reportan mil doscientas (1.200) Registradurías Municipales del Estado Civil, novecientas tres (903) Notaría Públicas, Ciento Treinta (130) Consulados de Colombia en el exterior, la Rama Judicial (Altas Cortes, Jurisdicción Ordinaria, Jurisdicción Contencioso Administrativo, Jurisdicción Disciplinaria), el Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la Fiscalía General de la Nación, garantizándose no solo la verificación de la identificación del ciudadano sino la vigencia de las novedades en sus datos biográficos, tales como cambios de nombre, cambio del componente sexo, pérdida de derechos civiles o políticos, pérdida o renuncia de la nacionalidad, muerte, entre otros.

Implementación del Proyecto de Identificación Biométrica en línea al servicio de la función notarial.

La Unión Colegiada del Notariado Colombiano, comprometida con la eficiencia en la prestación de los servicios, la excelencia en el desempeño de la función notarial y la seguridad jurídica, para que todos los actos y contratos que autoriza el Notario fueren erradicados de la estadística anual de treinta mil

(30.000) noticias criminales por los delitos de falsedad personal, suplantación de identidad y estafa, lideró el Proyecto de Identificación Biométrica en Línea, que inició su proceso de implementación en el año de 2013 y con la firma del convenio RCNE 001, se constituye no solo en la primera entidad en Colombia con licencia para acceder a la base de datos biográfica y biométrica oficial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, sino en el primer notariado del mundo en implementar esta herramienta tecnológica de identificación al servicio del sistema de notariado.

Un factor muy importante para resaltar es que la puesta en marcha del proyecto lamentablemente no contó con financiamiento Estatal, por ende su financiamiento fue

realizado por los propios notarios no de manera individual sino a través de la U.C.N.C lo que representó una inversión inicial de veinticinco millones de dólares (U$ 25.000.000), incluyendo equipos, financiamiento y software, que permitieron dar nacimiento a la verificación en línea de la identidad de las personas que realizan trámites en las Notarías del todo el país, a partir de un cotejo en tiempo real entre las huellas dactilares capturadas en el momento exacto de la diligencia notarial a través de un dispositivo biométrico de huella viva, contra una réplica de la base de datos oficial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y que tarda aproximadamente tres segundos.

La preparación para producción implicó el desarrollo de los más altos estándares de seguridad y la definición de modelo de operación, es decir, la concreción de hardware y software que hicieran posible la ejecución del proyecto biométrico en el cien por ciento (100%) de los Círculos Notariales en que se encuentran agrupadas las Notarías Públicas del país. La Unión Colombiana del Notariado Colombiana adquirió para tal efecto los kits de equipos necesarios (computador, lector biométrico, cámara, escáner) para el proyecto biométrico y los entregó en comodato a los Notarios del país, iniciando de esta manera el proceso de modernización tecnológica del notariado Colombiano.

Valga la pena resaltar que esta herramienta de identificación y autenticación no se circunscribe a la validación de los usuarios del servicio Notarial, sino que cobija también la firma digital mediante identificación biométrica del Notario Público que autoriza la diligencia realizada en su presencia, previa acreditación de la Superintendencia de Notariado y Registro, entidad descentralizada del Estado que tiene como objetivo la *"orientación, inspección, vigilancia y control de los servicios públicos que prestan los Notarios y los Registradores de Instrumentos Públicos, la organización, administración, sostenimiento, vigilancia y control de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, con el fin de garantizar la guarda de la fe pública, la seguridad jurídica y administración del servicio público registral inmobiliario, para que estos servicios se*

desarrollen conforme a la ley y bajo los principios de eficiencia, eficacia y efectividad[171]*"*

Desarrollo de la Función Notarial de Fe de Conocimiento con Biometría en Línea

La fe de conocimiento indirecto, debe garantizar la identidad de la persona que solicita el servicio notarial con certeza y

171 *Artículo 4, Decreto 2723 de 2014.*

veracidad, esta no debería limitarse simplemente a la presentación de un documento de identidad nacional o pasaporte para el caso de los extranjeros.

El notario del siglo XXI debe estar a la vanguardia de las nuevas tecnologías, un notario con una visión global, dispuesto vivenciar la metamorfosis del notario "pica piedra" al "notario cibernético", pues las mismas exigencia y necesidades sociales, culturales, políticas y globales lo requieren. No es simplemente una obligación de carácter legal la cual debería existir en la legislación que rige la función notarial en cada uno de nuestros países, sino más una obligación con nuestro propia sentido de pertenencia respecto de la función notarial que ha sido delegada e investida, donde debemos ser conscientes, sensatos y reflexivos frente a as necesidades de nuestros usuarios, frente a los vacíos y problemáticas que actualmente tiene el proceso de identificación de las personas, existen sistemas muy débiles y otros muy robustos, pero tal vez ninguno totalmente perfecto, pues siempre existe campo para desarrollar mejoras, para experimentar, para adaptarse a un mundo globalizado para implementar a futuro otros mecanismos de identificación con el iris, reconocimiento de voz, reconocimiento facial ente otros.

En Colombia el sistema de identificación biométrica en línea por exigencia legal debe implementarse para todos los actos notariales que el ciudadano desee realizar como lo es el reconocimiento de contenido y texto, presentación personal, declaración extrajucio, inscripción en el registro civil

(nacimiento, matrimonio o defunción), tramites escriturarios y no escriturarios como conciliaciones, procesos de insolvencia de persona natural no comerciante y remates. Pero mas que esa exigencia legal es porque proporciona también seguridad y tranquilidad a los usuarios del servicio notarial e inclusive al mismo notario pues no será sujeto que en su despacho notarial las organizaciones criminales procedan a efectuar suplantaciones, fraudes o estafas.

El proceso de biometría en línea es muy sencillo de implementar en el ejercicio de la función notarial a saber:

1. El ciudadano se acerca a la notaria y solicita el servicio notarial
2. El ciudadano presenta su documento de identidad "Cedula de ciudadanía".
3. El ciudadano acepta la consulta y tratamiento de sus datos personales.
4. Con un lector óptico se capturan los datos del respaldo de la cedula de ciudadanía que contiene un código de barras.
5. Los datos capturados: nombres, apellidos y número de documento aparecen en el aplicativo.
6. El usuario verifica su información en una Tablet y acepta continuar con el proceso.
7. Se capturan dos huellas aleatoriamente por el sistema.
8. Esta captura de huellas hace un cotejo con la base de datos de la Registraduría Nacional del estado Civil - RNEC

9. La RNEC envía en tiempo real respuesta si el cotejo es exitoso o no de las huellas de la persona que se está identificando. (tiempo espera 3 segundos)
10. Si el cotejo es exitoso se procede a continuar con el trámite notarial.

Como se puede observar son 10 pasos que no toman mas de 5 minutos y que garantizan que la identificación de la persona sea 100% confiable, por consiguiente, brindándole al notario un ejercicio de la función notarial segura y confiable en lo que tiene que ver con la fe de conocimiento indirecto.

Llegar a estos 5 minutos no fue fácil, ya que durante el desarrollo del proyecto de biometría en línea y su implementación existieron varios obstáculos que hoy en día era necesaria su ocurrencia pues de ellos es donde se obtuvo el mayor aprendizaje que permitieron lograr el objetivo. Obstáculos iniciales como la incredulidad sobre el proyecto, interrogantes de financiamiento y recursos económicos, el rechazo, temor y resistencia al cambio por parte del gobierno y de los mismos notarios, costos asumidos por el ciudadano para la prestación del servicio, entre otros.
Todos estos obstáculos fueron asumidos con mucho compromiso social y gremial, con el único propósito de sacar un proyecto de esta magnitud, para ello fue necesario involucrar a todas las partes intervinientes e interactuar con el Gobierno, las diferentes entidades del estado Ministerios, Registraduría y Superintendencia, aliados tecnológicos

nacionales y extranjeros, notarios y ciudadanos en busca del mejor modelo tal vez no el más perfecto pero el mejor que pudiera implementarse.
Se realizaron pruebas piloto y mesas de trabajo conjuntas en aras de detectar las debilidades, fallas, riesgos, e implementar acciones de posible mejora y preventivas, fue un trabajo de prueba, falla, fracaso pero finalmente éxito que no hubiera sido posible también sin el acercamiento desde un principio con el Gobierno Nacional ese contacto político y diplomático que requiere una agremiación notarial, para ser sobre todo escuchada para mostrar y socializar que desde el ejercicio de la función notarial se puede construir sociedad y patria.

Fue necesario también socializar con el ciudadano en diferentes medios de prensa, radio y televisión para lograr el cambio, para lograr cambiar la mentalidad del ciudadano, pero sobre todo para concientizar al usuario del servicio notarial, que la seguridad, la certeza y veracidad de una identificación tiene un costo mínimo que aunque en un principio no agrado mucho, es preferible pagar el equivalente a US$2 (costo de cada biometría en línea) que un proceso judicial, que el riesgo de asumir una estafa, un fraude, una suplantación, problemas que pueden trascender y quitarnos la paz y tranquilidad.

Con la implementación de la biometría en línea el sistema judicial se ha logrado descongestionar frente a estos delitos, los ciudadanos exigen hoy en día los tramites con biometría,

el funcionario notarial al igual que el notario se sienten mas seguros y

La biometría en línea no solamente ha servido como una herramienta tecnología al notario para ejercer la función notarial en relación a la fe de conocimiento, también se ha propuesto ser una herramienta de identificación a las personas en los siguientes escenarios:

- Identificación de personas desplazadas por de la violencia o víctimas del conflicto armado en aras de poder asignar subsidios, beneficios y ayudas del Gobierno, pero que suelen ser desviadas y destinadas a terceros que se aprovechan suplantando a los verdaderos beneficiarios.

- Identificación de personas que desean realizar el traspaso de automóviles, en Colombia actualmente se realiza mediante documento privado, pero se esta buscado que faculten al notario para llevar a cabo este trámite.

Hoy en día la biometría en línea ha sido una herramienta que ha cambiado el ejercicio de la función notarial proveyéndola de mayor seguridad y confianza, sin embargo no se puede dejar de lado el rol del notario, pues los sistemas son susceptibles de error, probablemente en unos años la biometría con la huella digital será obsoleta y pasaremos a sistemas de reconocimiento facial, iris o voz, no se sabe a ciencia cierta como logremos identificarnos en el futuro si tendremos un chip

un código de barras como en muchas películas de ciencia ficción, pero tal vez esa ficción no es tan lejana y ajena a los cambios y necesidades de este mundo globalizado, a la misión y obligación del notario de adaptarse a las nuevas tecnologías y no ser ajeno, reacio, temeroso o resistente al cambio e implementación de las mismas, el notario del siglo XIX debe ser un notario cibernético a la vanguardia de las tecnologías, líder y guía ejemplo a seguir por sus pares y por las entidades de su país y de otros países, es por ello que el futuro del notariado latino depende de la interacción y adaptación de la función notarial que ejercemos frente a las necesidades de una sociedad y los cambios que esta misma requiere para adaptarse a un nuevo mundo.

CONCLUSIONES

¿Qué se ha logrado con la biometría en línea?

- Según el Vicepresidente de la República de la época, Dr. Germán Vargas Lleras resaltó que este avance reducirá en 99 por ciento los delitos de falsedad documental, alteración y clonación de escrituras públicas.

- La identificación biométrica en línea en Colombia como herramienta tecnológica, ha contribuido en forma significativa con la seguridad en los tramites notariales y la disminución de los delitos contra la fe pública y el patrimonio económico.

- El notariado Colombiano fue la 1ª entidad en Colombia en ser acreditada para recibir la repica de la base de datos biográfica y biométrica de la identidad de los colombianos la cual administra y custodia la Registraduría Nacional del Estado Civil, actualmente otras entidades y agremiaciones ya tienen acceso también a la base de datos siguiendo el ejemplo del notariado.

- Desde el 2015 se han realizado más de 44 millones de cotejos biométricos en los tramites y diligencias notariales, evitando fraudes y suplantaciones, proporcionando seguridad jurídica a los acos y contratos.

- El proyecto de la biometría en línea ha permitido que Colombia sea pionero en el sector notarial en el mundo y se han recibido vistas de delegaciones de diferentes países entre ellos Rusia, Isla Mauricio, Congo, Togo, Senegal, Puerto Rico, Honduras, Cuba, México, República Checa, Albania, España, Republica Dominicana, Haití, Panamá, Francia, Bolivia y próximamente Alemania.

- Este proyecto se ha constituido como uno de los más grandes aportes fundamentales en los despachos notariales, modernización que, sumada a la orientación jurídica de las personas afectadas por la violencia, facilitará los procesos legales de normalización y legalización de los títulos

escriturarios que acreditan la propiedad de tierras y procesos de sucesión.

- Es una exigencia legal, que garantiza la más alta seguridad en cuanto a la identificación de las personas para las diligencias notariales.

- Contribuye a evitar fraudes y suplantaciones. Corresponde al notario dar fe de la diligencia de autenticación biométrica.

- **La biometría en las notarías del país ha descongestionado la justicia evitando delitos como el fraude y la suplantación de identidad. Ello ha generado ahorros a la Nación y garantizados trámites notariales con altos estándares de calidad, transparencia, seguridad, control de legalidad y protección de datos personales de los ciudadanos.**

- Esta problemática ha impulsado la implementación de mecanismos biométricos, como la huella dactilar, para posibilitar que la autenticación y la verificación de identidades sean más fiables y eficientes.

- Esta gestión ha dado como resultado que los crímenes como fraudes en promesas de compraventas, traspaso de vehículos o falsas autorizaciones para la salida de menores de edad del país, por mencionar algunos, sean erradicados.

NORMATIVIDAD ASOCIADA

Decreto Ley 019 de 2012, *"Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública."*

Ley 1712 de 2014, *"Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones."*

Decreto Reglamentario 103 de 2015, *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones."*

Decreto 1000 de 2015, ***"Por el cual se modifica el artículo 6° del Decreto Reglamentario número 0188 de 2013."***

Decreto 1413 de 2017, *"Por el cual se adiciona el título 17 a la parte 2 del libro 2 del Decreto Único Reglamentario del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Decreto 1078 de 2015, para reglamentarse parcialmente el capítulo IV del título III de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 45 de la Ley 1753 de 2015 estableciendo lineamientos generales en el uso y operación de los servicios ciudadanos digitales."*

Resolución 14681 de 2015, Registraduría Nacional del Estado Civil, *"Por la cual se regula la prestación del servicio de biometría en linea para la identificación personal inmediata*

mediante medios tecnológicos de interoperabilidad necesarios para cotejar la identidad del titular de la huella con la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en los términos dispuestos en el Decreto-Ley 019 de 2012."

Resolución 5633 DE 2016, Registraduría Nacional del Estado Civil, *"Por la cual se reglamentan las condiciones y el procedimiento para el acceso a las bases de datos de la información que produce y administra la Registraduría Nacional del Estado Civil."*

Resolución 620 de 2017, Registraduría Nacional del Estado Civil, *"Por la cual se fija el incremento en las tarifas de los diferentes hechos generadores objeto de cobro por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil."*

Instrucción Administrativa 07 de 2016, Superintendencia de Notariado y Registro. "*Medidas De Seguridad Sistema de Identificación y autenticación biométrica."*

CIFRAS Y AVANCES BIOMETRÍA

2.015	1.118.962
2.016	8.958.882
2.017	12.067.044
2.018	13.216.945
2.019	6.849.727

NÚMERO DE COTEJOS DESDE INICIO DEL PROYECTO DE IDENTIFICACIÓN Y AUTENTICACIÓN BIOMÉTRICA EN LÍNEA JUNIO 2015 – JUNIO 2019

CON UN PROMEDIO DE 55.000 A 57.000 COTEJOS EN DÍAS HÁBILES

TOTAL: 42.276.310

CIFRAS Y AVANCES BIOMETRÍA

TOTAL COTEJOS MÓVILES NOVIEMBRE 2017 A JUNIO 2019

Mes	Cotejos
Noviembre 2017	8.186
Diciembre 2017	10.225
Enero 2018	7.575
Febrero 2018	9.720
Marzo 2018	10.196
Abril 2018	12.715
Mayo 2018	13.488
Junio 2018	12.167
Julio 2018	13.306
Agosto 2018	15.560
Septiembre 2018	14.326
Octubre 2018	14.913
Noviembre 2018	15.324
Diciembre 2018	17.449
Enero 2019	11.109
Febrero 2019	16.449
Marzo 2019	15.490
Abril 2019	12.981
Mayo 2019	13.743
Junio 2019	12.138
Total	**257.060**

CIFRAS Y AVANCES BIOMETRÍA

DEPARTAMENTO	TOTAL DE COTEJOS
BOGOTA	8.789.064
ANTIOQUIA	8.228.652
VALLE	4.285.835
SANTANDER	3.324.687
CUNDINAMARCA	2.243.471
ATLANTICO	2.242.203
BOYACA	1.283.058
META	1.195.315
BOLIVAR	1.175.034
TOLIMA	1.091.999
NORTE DE SANTANDER	950.158
HUILA	850.103
CAUCA	808.314
QUINDIO	786.809
CESAR	737.348
NARIÑO	712.591
RISARALDA	696.492
CALDAS	683.946
CORDOBA	467.261
CASANARE	293.460
MAGDALENA	280.143
ARAUCA	266.076
CAQUETA	267.626
GUAJIRA	210.721
SUCRE	182.641
PUTUMAYO	88.314
CHOCO	73.781
SAN ANDRES	27.583
GUAVIARE	22.706
VICHADA	7.491
VAUPES	5.822
AMAZONAS	6.993
TOTAL	**42.276.310**

Realização:

COMISSÃO DO NOTARIADO JOVEM

1. Carolina Catizane De Oliveira Almeida
2. Débora Fayad Misquiati
3. Gustavo Dal Molin De Oliveira
4. Talita Seiscento Baptista
5. Wendell Jones Fioravante Salomão