



REVISTA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO

número
//01
noviembre/2014



Editorial UGD
Universidad Gastón Dachary

Salta 1912, Posadas, Misiones, Argentina
Teléfono: +54 (0376) 4438677
Fax: +54 (0376) 4438677

Revista del Departamento de Derecho de
la Universidad Gastón Dachary.
Número 1.

Contacto: editorial@dachary.edu.ar
Colección Revistas de la Editorial UGD

ISSN 2408-4581



Sumario

Morosidad en el Servicio de Justicia: Caso “Mezzadra”. Análisis del Voto del Dr. Ricardo Lorenzetti 4

Legislación expropiatoria y legislación registral. Necesidad de armonización para la prevención de litigios 8

Acción de colación en el Derecho Sucesorio: principales aspectos de la misma. Su tratamiento por el proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial..... 12

Reflexiones en torno al alcance del Boleto de Compra-venta de Inmuebles 17

Normas imperativas en el reglamento Roma II sobre ley aplicable. Daños contra los consumidores 20

Staff

Rector:

Ing. Luis Enrique Lichowski

Secretaría de Extensión:

Lic. Gabriela Lichowski

Coordinador Editorial UGD:

Lic. Jerónimo Peralta Rodríguez

Director de Abogacía -UGD:

Dr. Juan Manuel Lezcano

Editora Revista Derecho UGD:

Dra. Vanesa Carolina Rosas

Diseño de Tapa:

DG. Marisa Figueredo

Corrección:

Gabriela Loreiro

Editorial

Un espacio de reflexión para el Derecho Privado

Dra. Carolina Vanesa Rosas

En este primer número de la Revista del Departamento de Derecho de la Universidad Gastón Dachary se ofrece un espacio de reflexión académica en torno al Derecho Privado. Sabemos que el Derecho es uno, pero para su estudio lo dividimos en distintas ramas, siendo las dos principales el Derecho Público y el Derecho Privado.

En el Derecho privado se contemplan las relaciones de los individuos entre sí, y del estado con los particulares, en tanto y en cuanto el estado no actúe con su poder de imperio.

El Derecho Privado regula todos los momentos de nuestra vida, incluso antes de nacer, esto es desde la concepción hasta luego del fallecimiento de las personas. Así, regula desde las relaciones obligacionales, los contratos y la adquisición de cosas a lo largo de nuestras vidas, como así también regula nuestra vida familiar, tanto en lo patrimonial como en lo extrapatrimonial; y acompaña a las personas aún después de su fallecimiento, regulando a las sucesiones.

En todo este universo jurídico existen muchas problemáticas específicas, merecedoras de un detenido análisis por los especialistas de cada área disciplinar; y el presente número de esta Revista que hoy inicia su camino, pretende ser un espacio académico para tal reflexión, seguros de encontrar en el intercambio edificador un espacio de crecimiento para la comunidad académica.

El siguiente número será dedicado para la otra gran rama del derecho: el Derecho Público.

Agradecemos la colaboración de los docentes de esta Casa de Altos Estudios y esperamos que la publicación sirva para transitar juntos, entre docentes y alumnos, el maravilloso mundo del conocimiento, sabiendo que nunca dejamos de aprender, y que tenemos la responsabilidad de seguir formándonos, de seguir creciendo para brindar desde nuestro humilde lugar, un mejor servicio a la comunidad, y así estar a la altura de sus requerimientos, y ser constructores de la paz.

Morosidad en el Servicio de Justicia: Caso “Mezzadra”

Análisis del Voto del Dr. Ricardo Lorenzetti

“El simple inicio y tanto más el desarrollo del proceso penal causa sufrimiento: el sufrimiento del inocente es, desgraciadamente, el costo insuprimible del proceso penal”.

CARNELUTTI, Francesco ⁽¹⁾



Dra. Viviana Teresita Vallaro, Abogada - Adjunto de Derechos Sucesorios, UGD, Poder Judicial. Posadas - Misiones. Argentina. vivianavallaro@yahoo.com

Dr. Martín Rubén López, Especialista en Técnicas de Litigación - Adjunto de Derecho Comercial y Empresarial, UGD, Poder Judicial. Posadas - Misiones. Argentina. martinrubenlopez@gmail.com

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza el voto del Dr. Ricardo Lorenzetti -en el caso Mezzadra- con el fin de verificar la responsabilidad del Estado por su actividad judicial, particularmente determinar que presupuestos deben observarse para el resarcimiento en aquellos procesos en que la duración del mismo es irrazonable. El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “MEZZADRA, JORGE OSCAR C. E.N. Mº JUSTICIA Y DD.HH. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, viene a incorporarse al extenso listado de antecedentes que vinculan la responsabilidad del Estado-juez con el adecuado servicio de justicia.

SUMARIO: I. Introducción II. El caso Mezzadra III. Argumentos del actor IV. Plano Internacional de los Derechos Humanos V. Doctrina del Tribunal Constitucional Español VI. Conclusiones.



¹ CARNELUTTI, Francesco. “Principi del processo penale”, Napoli, Morano editore, 1960, p. 55.

I. Introducción

En el rol de los operadores judiciales en los tiempos actuales, frente a una sociedad que exige seguridad jurídica, amparo frente al desamparo, tutela frente a la indefensión, se abren las compuertas de la jurisdicción y garantías a las libertades fundamentales de todos los habitantes.

De esta forma, es importante tener presente los estándares de protección -de la tutela judicial efectiva- al que nuestro Estado Nacional se encuentra obligado, conforme a los Artículos 18 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, así como los arts. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos consagra el derecho de "Toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...", a su vez garantiza la "protección judicial" a través del "derecho a un recurso sencillo y rápido... contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución".

Estos criterios citados de la Convención Americana, resultan acordes con la reforma constitucional de 1994; a partir de la cual se buscó asegurar la efectividad de los derechos sustanciales, como avance desde del Estado de Derecho hacia el Estado de Justicia.

En este marco, se observa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó acertadamente que la falta de cumplimiento de la obligación de resolver el conflicto planteado en un plazo razonable, torna procedente el resarcimiento de los perjuicios provocados.

Así con el presente trabajo analizaremos el voto del Dr. Lorenzetti, en el "Caso Mezzadra, Jorge Oscar c. E.N. M^º Justicia y DD.HH. s/ daños y perjuicios", en el que nuestro máximo tribunal pone de manifiesto la importancia de garantizar a toda persona el efectivo goce de sus derechos, con arreglo a un proceso sin indebidas dilaciones.

II. El caso Mezzadra

En el año 1978 el Sr. Jorge Oscar Mezzadra fue acusado del delito de contrabando, durante más de veinte años estuvo sometido al proceso, sufriendo la privación de su libertad con prisión preventiva, por el plazo de ocho meses, siendo sobreseído recién en el año 1999. Los hechos investigados fueron subsumidos en el delito de ingreso de mercadería a plaza, sin el debido control

aduanero.

El actor reclama al Estado el resarcimiento de los daños -en la suma de \$7.550.000- por haber sido privado de su libertad durante el plazo de ocho meses en que se extendió la prisión preventiva y su posterior sobreseimiento; así como la duración irrazonable del juicio penal.

La jueza de primera instancia receptó parcialmente la demanda, estimando que el plazo de duración de la prisión preventiva no resultaba irrazonable teniendo en cuenta el delito investigado. Atento a que, en la causa penal traída como prueba, no se había reconocido la arbitrariedad de la prisión preventiva, por lo que esta circunstancia llevó a descartar la existencia de un error judicial.

Sin embargo -la magistrada- *consideró que pese a que en el caso no se configuraba un supuesto de responsabilidad del Estado por error judicial, las contundentes sentencias dictadas en la causa penal -en las que se destacaba, entre otros aspectos, que la irrazonabilidad de la duración del proceso constituía una falta de respeto a la dignidad humana- ponían de manifiesto que no había existido por parte del Poder Judicial una debida administración de justicia durante la tramitación del proceso, circunstancia que obligaba a la demandada a reparar el daño producido como consecuencia de tal conducta estatal.*

Así condenó al Estado a abonar al actor la suma de \$ 50.000, en concepto de daño moral y rechazó los demás rubros indemnizatorios (como ser el daño psíquico, lucro cesante, gastos de terapia de asistencia psiquiátrica, y erogaciones realizadas para la defensa penal).

Las partes apelaron el fallo y la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó lo decidido por la instancia anterior, considerando correcta la diferencia establecida entre el "error judicial" y la "falta de servicio".

Encuadró el caso en la tesis de "falta de servicio por la irregular actuación del órgano judicial"; quien por más de veintitrés años extendió la duración del proceso, causando con ello un estado de incertidumbre en el justiciable que afectaba su dignidad como persona. Asimismo, confirmó el monto indemnizatorio y los rubros rechazados en la instancia precedente.

Tanto el Estado Nacional como el actor recurrieron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el fallo fue confirmado y se rechazaron los recursos interpuestos. Para arribar a esta solución la CSJN, sostuvo que la prolongación

irrazonable de la causa penal había violado ostensiblemente las garantías del plazo razonable y el derecho de defensa, incurriendo la demandada en un incumplimiento o ejecución irregular del servicio de administración de justicia a su cargo, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

Para ello recurre, en primer lugar, al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional -que reconoce con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos- en particular el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8 inc. 1 y 25). En segundo término, se remite a los precedentes del Tribunal Europeo para los Derechos del Hombre, en especial aquellos casos en los cuales se evidencian la violación del art. 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Y por último, hace referencia al informe 2/97 -del 11 de marzo de 1997- de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con relación a la dilación indebida de la prisión preventiva con prisión efectiva.

De este modo, el Alto Cuerpo Judicial de la Nación entiende que existe un obrar antijurídico, que compromete la responsabilidad del Estado, en razón del excesivo o irrazonable plazo empleado para resolver el pleito.

III. Argumentos del actor

El actor manifiesta ante la Corte que se le ha ocasionado un daño -como consecuencia de la actuación irregular del órgano judicial- que se tradujo en la privación de la libertad y el ulterior estado de sometimiento a un proceso judicial, que se prolongó por el inusitado período de más de veinte años.

Consideraciones del voto del Dr. Lorenzetti

Para resolver el caso el Dr. Lorenzetti entiende que la pretensión indemnizatoria del demandante se sustenta en la responsabilidad del Estado Nacional, derivada de la dilación indebida del proceso penal, y que no se ha puesto en tela de juicio la decisión jurisdiccional referida a la extensión de la prisión preventiva.

Afirma que, en el caso bajo estudio, no corresponde aplicar la doctrina elaborada por la Corte, en materia de error judicial, sino que debe resolverse teniendo en cuenta los principios generales establecidos para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita.

A continuación el voto analizado desarrolla el marco constitucional, aplicable al caso:

En el rol de los operadores judiciales en los tiempos actuales, frente a una sociedad que exige seguridad jurídica, amparo frente al desamparo, tutela frente a la indefensión, se abren las compuertas de la jurisdicción y garantías a las libertades fundamentales de todos los habitantes.

Constitución Nacional

En el artículo 18 de la Constitución Nacional se establece la garantía del debido proceso, que incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que ponga fin del modo más breve posible a la situación de incertidumbre y a las restricciones que comporta el enjuiciamiento penal. Aclara que nuestra Carta Magna garantiza de modo innominado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

IV. Plano Internacional de los Derechos Humanos

A) Convención Americana sobre Derechos Humanos

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 8.1 establece la garantía judicial contra cualquier acusación penal o civil, y el derecho de toda persona a ser oída por un Juez o Tribunal competente, dentro de un plazo razonable.

B) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

En el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -citado por el Tribunal Europeo para los Derechos del Hombre- se dispone que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales.

El Tribunal resalta la pertinencia de acudir a elementos ponderativos para determinar el concepto de plazo razonable, como el de proceso sin dilaciones indebidas, debido a que son términos indeterminados o abiertos que deben ser dotados de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico.

V. Doctrina del Tribunal Constitucional Español

En este punto, el presidente del Máximo Tribunal, destaca lo señalado por el Tribunal Constitucional Español en cuanto a que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas requiere para su satisfacción un adecuado equilibrio entre la realización de toda la actividad judicial indispensable para la resolución del caso que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes y por otro, el tiempo que dicha realización precisa, que habrá de ser el más breve posible.

Resolución del caso

Para resolver el caso, el magistrado analiza la procedencia de los elementos ponderativos -examinados en la doctrina constitucional referida- para determinar el carácter razonable de la duración de un procedimiento judicial.

En primer término, valora la complejidad del asunto, observando que los hechos investigados no fueron extraordinariamente complejos ni se hallaban sujetos a pruebas difíciles o de complicada, costosa o tardía recaudación.

En segundo orden, estima que no hubo acciones dilatorias por parte del procesado, sustentando esta postura en las afirmaciones del Juez Penal Económico de Primera Instancia, el cual destacó que *“en la actividad procesal de las partes no se observan tácticas ostensibles de demora fuera de las propias admitidas por el Código de Procedimiento en materia Penal”*.

Finalmente, afirma sin lugar a dudas, que los magistrados que intervinieron en la causa penal incurrieron en una morosidad judicial manifiesta, grave y fuera de los términos corrientes que establecen las normas procesales. Ello pone en evidencia que, los órganos judiciales han incurrido en un incumplimiento o ejecución irregular del servicio de administración de justicia a su cargo, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

Debido proceso

La garantía del debido proceso ha adquirido un nuevo alcance en nuestro derecho a partir de la reforma constitucional del año 1994, en virtud de la jerarquía constitucional otorgada a once instrumentos internacionales de Derechos Humanos, incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y cuatro de los cuales, tutelan la garantía bajo estudio.

Uno de los requisitos del debido proceso es la celeridad procedimental, por lo que interesa la interpretación y alcance que de esos tratados realicen los órganos de control internacionales. Así lo ha realizado, entre otros, la Comisión Interamericana en numerosos informes y resoluciones.

Se puede apreciar que ninguno de estos instrumentos internacionales, precisa el alcance del término *“plazo razonable”*, sin embargo, la jurisprudencia de los órganos internacionales -Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos- han fijado los criterios orientativos para determinarlos: complejidad del caso, el comportamiento del accionante y la diligencia de las autoridades en la conducción del proceso.

Así, en el Caso Mezzadra, se observa la falta de servicio producto de un proceso lento y costoso, el que ocasiona la denegación de justicia. Esta denegación se configura a partir de la postergación del trámite del proceso y por conducta irregular del órgano judicial que impide el dictado de la sentencia en tiempo útil.

Resulta interesante señalar que, la figura de la falta de servicio no ha sido asimilada, en el voto del Dr. Lorenzetti, como error judicial. Atento a que el error judicial supone la falta *in iudicando*, por las deficientes apreciaciones que el magistrado haya realizado sobre los hechos de un caso o el derecho aplicable, y la falta *in procedendo* que abarca el funcionamiento defectuoso del servicio de justicia durante la sustanciación del pleito.

A lo largo de los últimos años la Corte ha desarrollado la doctrina de la *“falta de servicio”*, afirmando que la existencia de un irregular funcionamiento, por la excesiva demora en el trámite de un proceso, ocasiona el deber del Estado de indemnizar.

En este contexto, se deben tener en cuenta dos cualidades necesarias para evitar la longevidad del proceso: por un lado, la *“eficacia”*, entendida como la optimización de las herramientas disponibles; y por otro, la *“eficiencia”*, tendiente a la concreción de los actos útiles del proceso, evitando aquellos que resulten meramente inoficiosos o dilatorios. Ambas cualidades deben ser presididas por un razonamiento acorde a la pretensión que se pretende amparar.

Es dable señalar el comentario del Dr. Bidart Campos al fallo de la CSJN en los autos *“Ataka Co. Ltda. c. González, Ricardo y otros”* que al referirse a la duración del proceso, dijo *“la duración del proceso debe ser razonable, variable según la índole de la pretensión y del proceso, pero siempre circunstancialmente rápido... las demoras, las dilaciones, las suspensiones, etc., que conspiran sin razón suficiente contra la celeridad procesal son inconstitucionales... dilatar el proceso es impedir que el justiciable obtenga solución oportuna a su pretensión jurídica y violar el derecho a la jurisdicción...”*². Lo cual presupone que, el proceso no puede exceder un lapso razonable, porque la celeridad del proceso es un requisito constitucional de la administración de justicia y del derecho a la jurisdicción.

En otras palabras, desde la sanción de la reforma constitucional de 1994, se es-

tablecen lineamientos para todo el ordenamiento jurídico, al privilegiar al ser humano en sí mismo, en su esencia como hombre, por sobre todos los demás derechos. Es por ello, que la doctrina elaborada por la Corte con el Caso Mezzadra, entre otros, marca las pautas directrices dadas por los Constituyentes del año '94 particularmente por los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos, indicando el camino hacia el cual ninguna sociedad, que se precie de vivir en el siglo XXI en forma civilizada, puede dejar de transitar.

Así creemos que, el concepto de plazo razonable recobra su dimensión de garantía esencial protectora de la libertad y la dignidad personal correspondiente a un verdadero Estado de Derecho, puesto que como afirma Fix Zamudio con cita de Bidart Campos, lo que caracteriza a un régimen democrático no es la inscripción de la libertad, sino su vigencia.

VI. Conclusiones

A modo de conclusión vale decir que en el voto del Dr. Lorenzetti, se abren las compuertas de la jurisdicción y garantías a las libertades fundamentales de todos los habitantes. Es deber del Estado respetar los compromisos que ha asumido al incorporar a su legislación Tratados internacionales que lo obligan a garantizar el pleno y efectivo goce de los derechos reconocidos en ellos.

Parafraseando a Daniel Pastor, cabe subrayar que *“la excesiva duración del proceso penal, en tanto violación de una garantía básica del acusado, conduce a la ilegitimidad del proceso, es decir, su inadmisibilidad”*³.

FINIT CORONAT OPUS

El concepto de plazo razonable recobra su dimensión de garantía esencial protectora de la libertad y la dignidad personal correspondiente a un verdadero Estado de Derecho, puesto que como afirma Fix Zamudio con cita de Bidart Campos, lo que caracteriza a un régimen democrático no es la inscripción de la libertad, sino su vigencia.

² BIDART CAMPOS, Germán J. “La duración razonable del proceso”. RCyS 2004, 1397. “Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Ataka Co. Ltda. c. González, Ricardo y otros” 20/11/1973. AR/DOC/1001/2004

³ PASTOR, Daniel. “El plazo razonable en el proceso del estado de derecho”, Ad-Hoc, 2002, p. 612



Legislación expropiatoria y legislación registral

Necesidad de armonización para la prevención de litigios

Dra. Carolina Vanesa Rosas, Abogada (UCSF-Posadas), Notaria (UCSF-Posadas). Doctorando en Derecho UCSF. Docente de la Universidad Católica de Santa Fe (UCSF- Sede Posadas); de la Universidad Gastón Dachary (UGD) y de la Universidad de la Cuenca del Plata (UCP- Posadas). Directora de proyectos de investigación vinculados a Derechos Reales. Labor profesional: asesora en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Pcia. de Misiones.

SUMARIO: I. Introducción II. La legislación expropiatoria. Procedimientos posibles III. Función del Registro de la Propiedad Inmueble III. a) Caso I: declaración de utilidad y momento anterior al avenimiento b) Caso II: fracaso del avenimiento. Inicio de la acción judicial de Expropiación IV. Conclusión.

I. Introducción

El presente intenta ser una contribución para perfeccionar el procedimiento expropiatorio, analizando las distintas vicisitudes que pueden ocurrir desde la declaración de utilidad pública por ley hasta el perfeccionamiento de la expropiación. La reflexión intenta armonizar el instituto de la expropiación con el régimen registral, de manera tal que el Registro de la Propiedad Inmueble pueda, desde el ámbito de su competencia, colaborar en el marco de la expropiación dando publicidad suficiente frente a terceros acerca de la declaración de utilidad pública de los inmuebles de la Provincia de Misiones.

Este estudio quiere poner de relieve la necesidad de perfeccionar determinados mecanismos de la ley de expropiación local, Ley IV- N° 14 (antes Decreto Ley 1105/79) a los fines de evitar litigios, convencida de que debemos trabajar en la "prevención" del litigio, anticiparnos al mismo, principio que ha de ser la guía de toda sociedad moderna, de manera de facilitar la tarea del sujeto expropiante y a la vez de proteger a los terceros de buena fe que pretendan contratar sobre inmuebles declarados de utilidad pública y en consecuencia consultan información al Registro de la Propiedad Inmueble.

II. Legislación expropiatoria. Procedimientos posibles

En un estado de derecho, el derecho de propiedad goza de protección cons-

titucional, así pues nuestra Constitución Nacional establece en su artículo 17 que *"La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada..."*.

En armonía con lo dispuesto en la última parte del artículo citado precedentemente tanto el Estado nacional como las provincias han sancionado las leyes que regulan el proceso de expropiación. Así, en la Provincia de Misiones la temática expropiatoria se encuentra regulada en la Ley IV- N° 14 (antes Decreto Ley 1105/79).

Cumpliendo la manda constitucional el artículo 1° de la mencionada ley local dispone que *"La utilidad pública que debe servir de fundamento legal a la expropiación, comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual"*. De esta manera se pone de relieve la importancia de la figura de la expropiación, atento a que por esta vía se logra apartar al titular del derecho de dominio de la cosa expropiada para atender al bien común; es decir, en la balanza se sopesan el interés individual del titular dominial y el interés común, sin dejar de desconocer los derechos que le asisten a aquel como legítimo dueño de la cosa -de allí el especial procedimiento que ha de seguirse para no avasallar sus derechos-

Haciendo ya un análisis de cómo se desenvuelve el procedimiento expropiatorio debemos indicar que todo se origina en la mentada "declaración de utilidad pública" que efectúa el Poder Legislativo, es decir, en nuestra Provincia, la Cámara de Representantes, a través de una ley. Y el objeto expropiable, conforme a lo establecido en el artículo 4 de nuestra ley de expropiación local *"pueden ser todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la 'utilidad pública', cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado, sean cosas o no"*. Lo que a nosotros específicamente nos interesa en este estudio, es poner de relieve que entre los objetos susceptibles de expropiación se encuentran las cosas "inmuebles". Así, si la expropiación versa sobre inmuebles, dicha ley ha de determinar cuáles son los inmuebles sobre los que recae la declaración de utilidad pública, indicándose su dato de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, esto es, el número de Folio Real-Matrícula, o bien el Tomo, Folio y número de Finca. Y siguiendo con el procedimiento de sanción de las leyes que ordena la Constitución Provincial, la ley que declara la utilidad pública es promulgada y publicada en el Boletín Oficial.

Ahora bien, cumplido esto el expropiante sabemos tiene dos vías a seguir: a) intentar lograr un "acuerdo" con el titular dominial del inmueble expropiado, mediante lo que se denomina "avenimiento" –procedimiento previsto en el artículo 13 de la ley que analizamos- ; o b) a falta de avenimiento *"...el expropiante deberá promover la acción judicial de expropiación"* (conforme al artículo 18 de la Ley de Expropiación Local).

Acercándonos al meollo de la cuestión, y atendiendo a que la realidad comercial es dinámica, esto es, que constantemente las cosas -en nuestro análisis, los inmuebles- se compran, se venden, o por distinto título se transfieren: ¿con quién debe hacer las tratativas el expropiante? La respuesta aparece palmaria en la primera parte del artículo 16 de nuestra Ley de Expropiación: *"las tratativas extrajudiciales y acciones judiciales que correspondan se entenderán con quien resulte titular de dominio al momento de la iniciación de la vigencia de la Ley de Expropiación pertinente..."*. Es decir, que quien figure en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Misiones al momento de la entrada en vigencia de la ley expropiatoria es el sujeto indicado por la norma para entender en el trámite.

Es importante señalar que este primer

párrafo del artículo citado es un párrafo "propio" de la ley local, ley que sabemos que tiene como fuente a la ley nacional número 21.499; lo cual nos sugiere que el legislador provincial ha querido resaltar la circunstancia de que sólo con el titular dominial al momento de la entrada en vigencia de ley de expropiación es con quien debe entenderse todo trámite extrajudicial y/o judicial, vedando la legitimación a otros sujetos. De esta manera el legislador ha querido "asegurarse" que declarada la utilidad pública de un bien -en nuestro caso de análisis bienes inmuebles- que el titular de dominio no lo transfiera. Por ello, justamente, y reforzando tal tesis, la segunda parte del artículo reza: *"A dicho efecto no se considerarán válidos respecto al expropiante los contratos celebrados por el propietario con posterioridad a la vigencia de la ley que declaró afectado el bien a expropiación y que impliquen la constitución de algún derecho relativo al bien"*.

De lo expuesto hasta aquí resulta a las claras la importancia de determinar quién es el titular dominial a la fecha de entrada en vigencia de la ley que declara la utilidad pública, y que ello sea publicitado. La importancia se da desde dos planos:

a) Es importante para el expropiante pues sólo con él ha de entenderse para el trámite extrajudicial y/o judicial.

b) Es importante que los terceros conozcan tal circunstancia, es decir, que tomen conocimiento que existe una declaración de utilidad pública del/los inmueble/s, para así no negociar con el titular dominial de los mismos, para no verse afectados en su buena fe (recordemos que el artículo 16 citado no les confiere legitimación para entender en el trámite expropiatorio y que los contratos celebrados luego de la declaración de utilidad pública son inválidos respecto al expropiante).

III. Función del Registro de la Propiedad Inmueble

Hasta aquí hemos analizado al menos en lo esencial el funcionamiento del régimen de expropiación. Ahora debemos adentrarnos en las cuestiones prácticas donde se evidencia la labor del Registro de la Propiedad Inmueble y su importancia para proporcionar seguridad jurídica a la sociedad toda. Por lo cual debemos analizar "sistemáticamente" y con una "cosmovisión" integradora, circunstancias de hecho, de cómo procede o pueden proceder cronológicamente las distintas etapas de la expropiación, las distintas posibilidades

"La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada..."

(Artículo 17. Constitución Nacional)

de actuación de los titulares dominiales de inmuebles declarados de utilidad pública, y la función registral, para lo cual debemos armonizar la legislación relativa a la expropiación y la regulación de la función registral por la Ley Nacional Registral N° 17.801 y la Ley Local Registral II- N° 4.

Recordemos que el Registro de la Propiedad Inmueble tiene por función dar a conocer el estado jurídico de los inmuebles, es decir, señalar quién o quiénes son sus titulares, y si sobre los mismos existen anotados gravámenes o embargos u otras medidas cautelares. Señalando la vital importancia en un estado de derecho de la labor registral, autores de renombre señalan: *"Ese sería el fundamento primigenio del Registro de la Propiedad: mitigar los riesgos y fraudes de la contratación inmobiliaria... Quien adquiera un derecho del sujeto que conste como titular en el Registro de la Propiedad partirá de una premisa de seguridad primordial para el tráfico cotidiano, más allá de como sucede en el ordenamiento argentino, el hecho de estar registrado no proporcione la confirmación de los defectos, de legitimación, capacidad, etc, que el título convenido (compraventa, donación, etc) con el titular registral trajera consigo. La inscripción no llegaría a convalidar tales defectos, aunque sí transmitiría la idea, presunción, en buena técnica jurídica, de estar ante el legítimo propietario, y por tanto, único con aptitud para disponer de la cosa"*¹.

Expresado esto, veamos qué puede suceder -y de hecho han ocurrido casos en la práctica- a partir de la legislación expropiatoria local luego de declarado de utilidad pública un inmueble, siempre teniendo en miras lo expresado al inicio: tratar de contribuir como Registro a la PREVENCIÓN de los conflictos, y salvaguardar los intereses del propio expropiante y de los terceros de buena fe.

Las situaciones que pueden plantearse son las siguientes:

III. a) Caso I: Declaración de utilidad y momento anterior al avenimiento

Luego que el Poder Legislativo sanciona la ley que declara la utilidad pública, que luego es promulgada y publicada en el Boletín Oficial, el sujeto expropiante queda habilitado para hacer efectiva la expropiación. Así, una de las posibilidades existentes, conforme lo señalado, es que intente lograr el acuerdo extrajudicial. A veces, la dinámica cotidiana indica que puede tomar cierto tiempo el inicio de tales tratativas,

o que comenzadas, lleven cierto tiempo poder concluir las -de ser exitosas-.

Lo cierto es que durante todo este período no existe constancia alguna en el Registro de la Propiedad Inmueble que ponga de manifiesto frente a la sociedad toda que el/los inmuebles determinados en la ley, que declara de utilidad pública, están sujetos a expropiación. Esto hace que, por ejemplo, en todo este período, el titular dominial pueda solicitar al Registro de la Propiedad Inmueble a través de un Escribano un informe de dominio

El objeto expropiable, conforme lo establecido en el artículo 4 de nuestra ley de expropiación local, "pueden ser todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la 'utilidad pública', cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado, sean cosas o no".

o un certificado para transferir o gravar el inmueble y este Registro expedirá los mismos sin contener la mención de que los inmuebles están sujetos a expropiación, lo cual puede facilitar maniobras fraudulentas al titular dominial en perjuicio de terceros y del propio expropiante. Si bien es cierto que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 16 citado precedentemente, al expropiante le son inoponibles todos los actos celebrados con posterioridad a la ley de expropiación, se advierte aquí un "vacío" procedimental que puede originar litigio. No

se trata de simples construcciones teóricas o de ejemplos "de laboratorio", sino que estas son cuestiones recogidas de la realidad cotidiana, de allí su importancia.

Si bien es cierto que la ley al ser publicada se "presume" conocida por todos; pareciera interesante poder vincular la publicidad dada por el legislador a la publicidad del Registro de la Propiedad de Inmueble, de manera tal que este último pueda cumplir más fielmente su cometido de dar a conocer el estado jurídico de los inmuebles, siendo de absoluta relevancia poder informar si los inmuebles están sujetos a expropiación, evitando así conflictos futuros.

La Ley de Expropiación Local IV- N°14 prevé que se ordene publicar en el Registro de la Propiedad inmueble la circunstancia de que el inmueble está sujeto a expropiación sólo una vez iniciado el proceso judicial de expropiación, ordenándose la inscripción de la anotación de litis en su artículo 24, siendo desde ese momento indisponible e inembargable el bien.

Nótese que tal medida recién se daría iniciado el proceso judicial; es decir, recién a partir de ese momento se "anotaría" al Registro de la Propiedad que el/los inmuebles están sujeto/s a expropiación, y en consecuencia, es recién a partir de este momento que el Registro puede dar a conocer tal circunstancia frente a terceros y puede realizar el debido control de cualquier documentación que ingrese intentando gravar o transferir el/los inmuebles declarados de utilidad pública. Antes de ello ni siquiera el propio registrador conoce tal circunstancia, y por ende se ve obstaculizado de informar a terceros el estado jurídico de los inmuebles a expropiar.

En síntesis, en toda la etapa de avenimiento no hay publicidad registral de la declaración de utilidad pública del/los inmuebles a expropiar, por lo cual, si el titular dominial del/los inmuebles expropiados es de mala fe, puede pedir un certificado al Registro de la Propiedad y transferir a terceros de buena fe su inmueble, burlando así la buena fe en la contratación, la buena fe del escribano interviniente que no tiene manera de conocer la circunstancia de declaración de utilidad pública, pues el notario se guía por lo publicitado por este Registro a través de los certificados expedidos y la propia buena fe del agente registrador, quien registraría títulos, transferencias de inmuebles declarados de utilidad pública, con la consiguiente responsabilidad del Estado, por lo cual la cuestión que señalamos no es un dato menor.

¹ DE REINA TARTIERE, Gabriel. Derecho Registral Inmobiliario. Manual. Segunda edición ampliada y actualizada. B de F; Euros Editores SRL, Buenos Aires, 2011, pág 4.

Es decir, a partir de ese defecto en la mecánica de publicidad a raíz del diseño legal, se deja abierta la posibilidad del fraude del titular dominial y la generación de litigios que podrían evitarse con la simple comunicación del Poder Legislativo al Registro de la Propiedad Inmueble de la declaración de utilidad pública y que se ordene asentar tal circunstancia en las matrículas de los inmuebles afectados.

III. b) Caso II: Fracaso del avenimiento. Inicio de la acción judicial de expropiación

Aquí nos encontramos en un momento posterior al analizado en el apartado anterior; pues cronológicamente nos situamos luego de fracasada la negociación extrajudicial e iniciado el proceso judicial respectivo (o bien que se haya dado inicio directamente a este último sin haber intentado antes el avenimiento, circunstancia que es prevista por la ley).

Advirtamos que estamos ya en etapa judicial, y que sin embargo, iniciadas inclusive estas actuaciones, aún no hay publicidad "registral" de la afectación del/los bienes inmuebles a utilidad pública. Por lo cual todas las reflexiones que realizáramos en el punto anterior son plenamente aplicables, en el sentido de la posibilidad de disponer el/los inmuebles por parte del titular dominial sin que el Registro de la Propiedad Inmueble pueda advertir a terceros de tal circunstancia.

Recién en el curso del trámite judicial la Ley de Expropiación local prevé el anoticiamiento al Registro de la Propiedad Inmueble de tal circunstancia. Pues en su artículo 24 se prevé que el juez ordene la anotación de *litis* "...siendo desde ese momento indisponible e inembargable el bien".

Se trata de una medida cautelar que ordenada y anotada en el marco de un proceso de expropiación tiene alcances especiales. Pues sabemos que en general, la anotación de *litis* tiene por finalidad dar a conocer a terceros que el/los inmuebles son objeto de litigio judicial. Pero, al igual que la anotación de un embargo, la anotación de *litis* no impide -en principio- que el bien sea transferido, pues simplemente a los fines registrales se solicita al adquirente que levante o reconozca la *litis* (quien así no podrá alegar el desconocimiento de que adquiere una cosa litigiosa). Como bien lo señala la Dra. Abella: "La medida tiende a asegurar la publicidad del proceso y si bien el inmueble puede ser gravado o enajenado, ya que las cosas

litigiosas pueden ser objeto de contratos (art. 1174 del Código Civil), quien se anotice de la *litis* no podrá invocar buena fe"².

Es decir, la anotación de *litis* en "cualquier" proceso no impide la disposición del inmueble por su titular; salvo que se trate de una anotación de *litis* en el marco de un proceso de expropiación, que como ha quedado señalado, torna al inmueble "indisponible e inembargable" según lo dispuesto en el artículo 24 de nuestra Ley Local de Expropiación antes citado. Dicho artículo es idéntico al artículo 24 de la Ley de Expropiación Nacional N° 21.499.

En consonancia con lo expuesto los Registros de la Propiedad de otras jurisdicciones del país, como el de Capital, han dictado las Disposiciones Técnico Registrales que reflejan el distinto tratamiento de la anotación de *litis* ordenada en cualquier tipo de proceso, de la dispuesta en el marco de un juicio de expropiación. Así, la Disposición Técnico Registral del Registro de Capital N° 6/75 al regular a las anotaciones de *litis* en general en su artículo 1° dispone que se consideran caducas las anotaciones de *litis* a los cinco años, señalando que "habida cuenta de ello, a continuación de la nota de registración (plancha) que se practique en los oficios que ordenen anotar tal medida cautelar, se consignará la leyenda 'vigencia cinco años', artículo 37° del decreto ley 17.801/68"; mientras que el mismo Registro reguló la cuestión de la anotación de *litis* en juicio de expropiación mediante la Disposición Técnico Registral N° 9/77 que en su artículo 1° establece que "toda vez que se presente para su anotación un documento judicial conteniendo medida cautelar de *litis*, ordenada en juicio de expropiación que tramite conforme la ley 21.499, el rubro 1 de minuta y el asiento que en consecuencia se practique, deberán rezar 'litis ley 21.499', indicándose en esa forma el alcance de indisponibilidad que tal ley le confiere a ese tipo de medida".

Pero, más allá de lo apuntado, lo cierto es que todo el tiempo que media desde la declaración de utilidad pública hasta la anotación de tal medida, en el Registro de la Propiedad Inmueble no se tiene noticia de la situación jurídica del inmueble, esto es, que se encuentra sujeto a expropiación; en consecuencia, la información que por este organismo es proporcionada a terceros en este período es insuficiente, pues no llega a informar que los inmuebles se encuentran sujetos a expropiación, con los problemas que ello puede ocasionar,

según lo indicado *supra*, dejando abierta la posibilidad de generar responsabilidad al Estado Provincial por ello.

IV. Conclusión

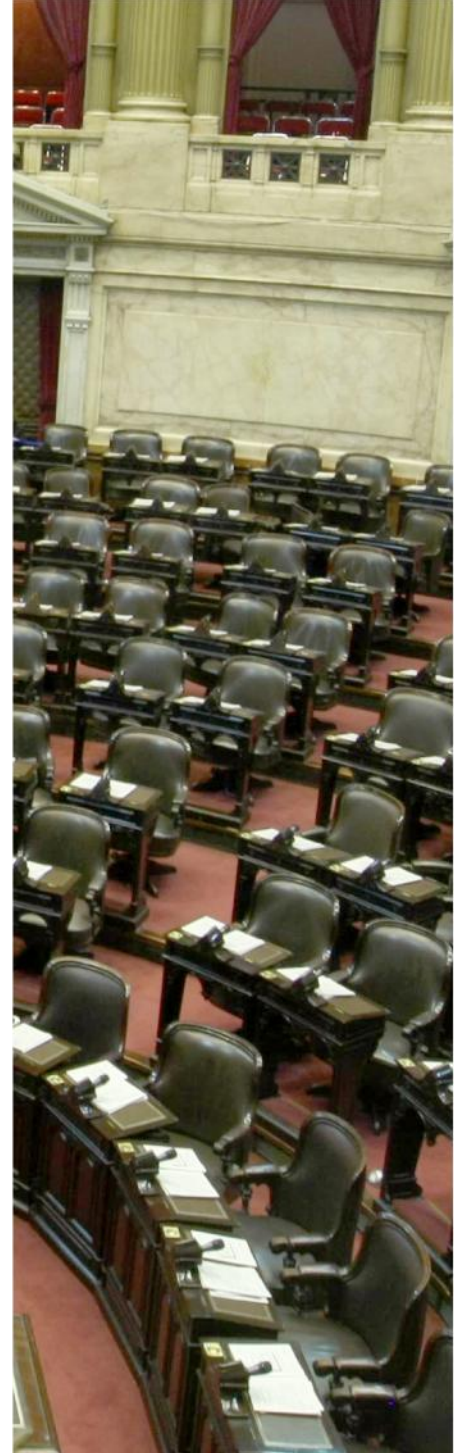
Por todo lo expuesto señalamos a manera de conclusión que:

- Pareciera que resulta conveniente, a los fines de evitar conflictos futuros, que se de publicidad registral de la declaración de utilidad pública de los inmuebles. Para lo cual se estima conveniente la comunicación de la Cámara de Representantes al Registro de la Propiedad Inmueble de las leyes que declaren inmuebles sujetos a expropiación y asimismo se ordene la inscripción de tal circunstancia en la/s matrícula/s de los inmuebles afectados.

² ABELLA, Adriana N. Estudios de Derecho Inmobiliario. Ed. Zavalía. Buenos Aires, marzo de 2012, Pág. 424.

Acción de colación en el Derecho Sucesorio: principales aspectos de la misma

Su tratamiento por el proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial



Dr. Rubén Francisco Moroz, Abogado (UCSF-Posadas), Notario (UCSF-Posadas). Doctorando en Derecho UCSF. Docente de la Universidad Católica de Santa Fe (UCSF- Sede Posadas); de la Universidad Gastón Dachary (UGD).

SUMARIO: I. Introducción II. Concepto de colación III. Fundamento. Finalidad IV. Naturaleza jurídica V. Requisitos de procedencia VI. Legitimación VII. Actos sujetos a colación VIII. Sistemas de colación IX. Valor de lo colacionable X. Dispensa de colación XI. Colación de deudas XII. Prescripción de la acción XIII. Juez competente XIV. Aspectos más relevantes de la reforma proyectada en materia de colación XV. Conclusión.

I. Introducción

Más de una vez, en el lenguaje cotidiano y coloquial que mantenemos en distintas órbitas de nuestras vidas, hemos manifestado la frase “traigo a colación” tal o cual asunto, debido a una cierta proximidad de asuntos o sujetos, intentando participar de una determinada conversación, a la cual nos iremos introduciendo, debido a que el asunto que pretendemos desarrollar, entendemos guarda una cierta semejanza, analogía o relación, con el tema objeto de conversación.

Pues bien, en el horizonte del Derecho, y más precisamente en el campo del Derecho Sucesorio, la colación, más precisamente la acción de colación, también guarda una cierta proximidad, en este caso con el propio mecanismo de sucesión, y por ello es que será el juicio sucesorio el ámbito en el cual la misma se desenvolverá y desplegará sus efectos propios, cada vez que la misma sea incoada por algún heredero que goce de legitimación activa para poder hacerlo. Puesto que volvemos a reiterarlo, alguna cierta relación guarda con la sucesión en general o los sucesores¹. Siempre tenemos la tendencia a generalizar y entender que en el derecho sucesorio analizamos únicamente la transmisión de la herencia, o de alguno de sus elementos singulares, del causante a sus sucesores, por mecanismo de sucesión universal² o particular³, pero siempre por causa de muerte; lo cual es perfectamente correcto. Pero resulta ser que en el mundo real, al cual el Derecho pretende siempre brindarle una contención o respuesta, existen ciertas transmisiones de bienes por parte de autores o causantes (causantes-donantes) en sus propias vidas a favor de ciertos sujetos determinados (herederos forzosos-donatarios), que si bien operan por el mecanismo de sucesión particular y entre vivos (contrato de donación), tienen importante significancia a la hora de la transmisión propiamente de la herencia (sucesión universal y mortis causa). Es éste justamente el contexto en el cual, la acción de colación proyectará su eficacia intentando mantener y resguardar la igualdad entre coherederos, al mo-

mento que justamente opere la sucesión universal y por causa de muerte, pero por una sucesión particular y entre vivos anteriormente acaecida entre ciertos sujetos que individualizaremos a continuación. Pasemos a su análisis.

II. Concepto de colación

Es el derecho que tiene un heredero forzoso para exigir que otro heredero forzoso, que ha recibido una donación en vida del causante, traiga a la masa de partición el valor de dicha donación⁴.

Para complementar dicho concepto se hace necesario recordar lo dispuesto tanto por el artículo 3476: “Toda donación entre vivos hecha a un heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importa una anticipo de su porción hereditaria” como por el artículo 1805: “El padre y la madre, o ambos juntos, pueden hacer donaciones a sus hijos de cualquier edad que éstos sean. Cuando no se expresare a qué cuenta debe imputarse la donación, entiéndase que es hecha como un adelanto de la legítima”.

III. Fundamento. Finalidad

Esta acción fundamental y primariamente busca mantener la igualdad entre los coherederos legitimarios (la llamada “pars conditio successorum”), y así lo expresa el propio codificador en la nota al pie al artículo 3478⁵, igualdad que justamente se ve deteriorada por la donación efectuada por el futuro *de cuius*⁶.

Sin embargo, puede darse el caso en el que indirectamente o por vía refleja, proteja a la propia legítima: esto se emparenta con dos institutos vinculados a la temática bajo análisis: por un lado, con el instituto de la denominada “mejora” (cláusula de mejora), respecto de la cual veremos más adelante cuál es la forma bajo la que debe expresarse; y por otro lado, intensamente relacionado con la denominada “dispensa de colación”. Pues bien, conforme a la directriz contenida en el artículo 1805, si el donante nada expresa, se entiende que la donación debe imputarse a la legítima; pero si ocurriera que el donante en su testamento confiriere a su heredero legitimario, por entonces donatario en la donación, la denominada “dispensa de

colación” del valor de esa donación realizada, podría suceder que el valor de la misma superase la porción disponible del causante, vulnerando así la integridad de la legítima, en cuyo caso esta acción terminará protegiendo también a la legítima de los herederos forzosos.

IV. Naturaleza jurídica

Emerge claramente la naturaleza jurídica de la acción de colación como una obligación personal, diferenciándose así de la otra típica acción del derecho sucesorio, es decir la acción de reducción, con netos efectos reipersecutorios.

La obligación de colacionar se encuadra como un típico crédito, y correlativamente una deuda, en los términos del artículo 496 del Código Civil⁷. Y a su vez, dentro de la clasificación tripartita de las obligaciones (artículo 495⁸), puede llegar a revestir dos de las tres variantes, a saber: a) como obligación de no hacer: en el supuesto en que el valor de la donación recibida por el heredero fuere igual o inferior al monto de la cuota hereditaria; entendido como acto negativo de recibir menos bienes en el reparto; y b) como obligación de dar: en el supuesto en que el valor de la donación recibida por el heredero fuere superior al monto de la cuota hereditaria; en éste caso quedando configurada como una típica obligación de dar suma de dinero⁹.

V) Requisitos de procedencia

Para que sea procedente la acción de colación es necesario que se verifiquen los siguientes extremos: 1) que el causante haya efectuado una donación al heredero forzoso demandado; 2) que un heredero forzoso accione contra un coheredero por colación¹⁰; 3) que la acción se dirija contra un heredero forzoso que haya aceptado la herencia¹¹; y 4) que el causante no haya efectuado una “dispensa de colación” al heredero forzoso donatario¹².

VI. Legitimación

6.1.-Activa

A tenor de lo dispuesto por el artículo 3483¹³ del Código Civil, los legitimados activos para incoar esta acción son los “herederos legítimos”. Ahora bien, la in-

¹ Aquellas “personas a las cuales se transmiten los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante puedan ejercerlos en su propio nombre” (artículo 3262).

² “Sucesor universal, es aquel a quien pasa todo o una parte alícuota del patrimonio de otra persona” (artículo 3263, primera parte).

³ “Sucesor singular, es aquel al cual se transmite un objeto particular que sale de los bienes de otra persona” (artículo 3263, segunda parte).

⁴ AZPIRI, Jorge Osvaldo. Manual de Derecho Sucesorio. Tercera Edición Ampliada. Hammurabi, Bs.As., 1998. p.238.

⁵ “La colación no se ordena sino para establecer la igualdad entre los herederos”.

⁶ Aquel “de cuius sucesionis agitur”: aquel de cuya sucesión se trata, es decir el causante de la sucesión.

⁷ Artículo 496: “El derecho de exigir la cosa que es objeto de la obligación, es un crédito, y la obligación de hacer o de no hacer, o de dar una cosa, es una deuda”.

⁸ Artículo 495: “Las obligaciones son: de dar, de hacer o de no hacer”.

⁹ MENDEZ COSTA, María J. “Derecho de los herederos forzosos con respecto a las donaciones del causante a favor de un coheredero”. Jurisprudencia Argentina, 1975, p.38.

¹⁰ No opera de pleno derecho ni procede de oficio.

¹¹ Por ende, no podrá dirigirse contra herederos renunciantes, indignos o desheredados.

¹² Conforme lo analizaremos más adelante en el punto 10.

¹³ Artículo 3483: “Todo heredero legítimo puede demandar la colación del heredero que debiese hacerla ...”.

teligencia con la cual debe interpretarse el referido artículo, es en el sentido de legitimar a los "herederos forzosos", esto es, descendientes, ascendientes y cónyuge, atento a la directriz sentada por el artículo 3476 del Código.

Respecto de los acreedores de la sucesión y legatarios, el propio artículo 3483¹⁴ expresamente los legitima en el supuesto en que hubiese un heredero a quien la colación le es debida y este hubiese aceptado la herencia pura y simplemente. Es importante aclarar que en el caso del legatario, podrán instarla por vía de la acción subrogatoria¹⁵, lo cual permite explicar el sentido con el cual debe interpretarse el artículo 3478¹⁶, que aparentemente vedaría la posibilidad que analizamos, puesto que podrán instarla en el supuesto en que los bienes quedados a la muerte del testador no alcanzasen a cubrir el legado y el heredero, lógicamente, hubiese aceptado puramente la herencia. En igual sentido, por la misma vía (subrogatoria) podrán intentarla los acreedores personales del heredero.

6.2.-Pasiva

La colación puede ser demandada a todo heredero forzoso que concurra a la sucesión (descendientes, ascendientes, cónyuge), conforme a la armónica interpretación de los artículos 3476, 3477 y 3478 del Código. Por lo cual, volvemos a reiterarlo aquí, no procederá contra herederos renunciantes, indignos o desheredados.

Respecto del cónyuge como sujeto pasible de colación, se plantean ciertas dudas sobre la posibilidad de que se materialice algún supuesto que pueda originar la solicitud de esta acción contra el mismo, atento a la prohibición de donaciones entre cónyuges dispuesta por el artículo 1807 inciso 1^o¹⁷. Lo concreto, es que el tema queda circunscrito a los casos en que se hubiesen efectuado las denominadas donaciones "propter nuptias" (artículo 1217, inciso 3^o); estando divididas las opiniones doctrinarias al respecto. Así Zannoni¹⁸ entiende que pareciera justo que el cón-

yuge colacione; mientras que Azpiri¹⁹, le quita trascendencia al supuesto al carecer de trascendencia práctica al no verificarse prácticamente el mismo en la realidad.

VII. Actos sujetos a colación

No caben dudas respecto a que las donaciones (artículo 1789 y ss.) efectuadas en vida por el causante quedan sujetas a colación por parte del heredero donatario (conforme artículo 3476).

Quedan expresamente excluidas de colación las liberalidades de las que habla el artículo 1791 del Código, según lo dispone el artículo 3479²⁰. Tampoco son colacionables los gastos mencionados por el artículo 3480 (alimentos, curación, educación, regalos de costumbre, entre otros).

Párrafo aparte merece el caso de las donaciones simuladas bajo apariencia de actos onerosos, donde surge palmario que podrá instarse la colación, pero acumulando dicha acción a la de simulación, debiendo el heredero actor resultar vencedor en ésta última, a los fines de hacer procedente la primera. También se hace necesario considerar en este supuesto los plazos de prescripción de una y otra acción: 2 años²¹ para la acción de simulación y 10 años²² para la acción de colación, contado en ambos casos desde la apertura de la sucesión; por lo cual de intentarse ambas, habrá de estarse atento a que no haya prescripto la acción de simulación, lo cual de haberse verificado, hará improcedente, lógicamente, la colación.

Por último, debemos considerar la posibilidad de colacionar en aquellos casos de transmisión de nuda propiedad con reserva de usufructo o transmisión del dominio pleno pero con el cargo de una renta vitalicia, que efectuar el futuro causante en favor de alguno de sus herederos. A dichos fines debemos analizar lo dispuesto por el artículo 3604²³ del Código, que establece dos presunciones al respecto, cuando se verificaren estos casos, no admitiendo en ambas, prueba en contrario: en primer lugar que toda transmisión del

modo referenciado será considerado como acto gratuito; y en segundo lugar, como consecuencia de lo primero, no obstante entenderse que operó una transmisión a título gratuito por el futuro *de cuius*, se presume que la misma fue con intención de "mejora", por lo cual el valor de dicho acto gratuito deberá imputarse a la porción disponible del causante, no pudiéndose en principio, exigirse colación por los demás coherederos; como consecuencia de ello, sólo podrá exigirse colación si el valor de lo donado excediere la porción disponible del causante, y en la medida del exceso. Además, tampoco podrá exigirse la colación por parte de los coherederos que otorgaren su consentimiento con la enajenación.

VIII. Sistemas de colación

En el derecho comparado, podemos afirmar que existen dos grandes sistemas en cuanto a la eficacia propia de la acción: por un lado la colación en especie (o "real"), a través de la cual, es el propio bien donado en vida por el causante, el que debe ser integrado a la masa hereditaria por parte del heredero beneficiario de una donación; mientras que por otro lado, existe la denominada colación en valores (o "ficta"), a través de la cual sólo debe realizarse una reunión "ficta" del valor del bien recibido en donación a los fines del cómputo de la masa de partición definitiva.

El sistema adoptado por nuestro codificador ha sido el segundo de los sistemas indicados: colación en valores, puesto que el heredero que llegare a ser sujeto pasivo de una acción de colación, deberá reunir a la masa hereditaria tan sólo los valores dados en vida por el difunto, de conformidad a lo establecido por el artículo 3477²⁴ del Código Civil.

En definitiva, concretamente la colación revista la forma de una operación contable, que en un primer momento "suma" a la cuenta particionaria que deben elaborar los herederos a los fines de arribar al "líquido partible", concretamente en el apartado "cuerpo general de bienes", conforme a lo establecido por el

¹⁴ Artículo 3483 (2º parte): "... Pueden también demandarla los acreedores hereditarios y legatarios, cuando el heredero, a quien la colación es debida, ha aceptado la sucesión pura y simplemente".

¹⁵ La razón es la siguiente: por la confusión de patrimonios devenida como consecuencia de la aceptación simple por parte del heredero, el acreedor del causante es a la vez acreedor del heredero, y por vía subrogatoria quedará legitimado para instar la acción bajo estudio, ante la inacción del heredero a quien le es debida la colación.

¹⁶ Artículo 3478: "La colación es debida por el coheredero a su coheredero: no es debida ni a los legatarios, ni a los acreedores de la sucesión".

¹⁷ Artículo 1807 inciso 1º: "No pueden hacer donaciones: 1.- los esposos el uno al otro durante el matrimonio ...".

¹⁸ ZANNONI, Eduardo A. Manual de derecho de las sucesiones. Quinta Edición. Astrea, Bs. As., 2013. p.394.

¹⁹ AZPIRI, Jorge Osvaldo; ob. cit.; p. 242.

²⁰ Artículo 3479: "Las otras liberalidades enumeradas en el artículo 1791, que el difunto hubiese hecho en vida a los que tengan una parte legítima en la sucesión, no están sujetas a ser colacionables".

²¹ Aplicación analógica del plazo de prescripción establecido por el artículo 4030 para la acción de simulación entre partes.

²² Plazo de prescripción decenal aplicable a toda obligación personal (artículo 4023).

²³ Artículo 3604: "Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y ésta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima".

²⁴ Artículo 3477: "Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto ...".

artículo 3469²⁵ del código, y que luego, más adelante, “resta”²⁶, de la cuota hereditaria individual del heredero que hubiese sido beneficiario de una donación en vida del causante y que fuere condenado por sentencia firme a efectuar la colación.

IX. Valor de lo colacionable

Habiendo dejado en claro que en el derecho nacional el sistema imperante es el de la colación en valores, se hace necesario determinar cuál será el valor colacionable por parte del heredero, puesto que desde la lógica jurídica, tres serían los momentos que se plantean como posibles opciones, para determinar el valor de lo colacionado: 1) el valor del bien al tiempo de la donación; 2) el valor del bien el tiempo de la apertura de la sucesión; y 3) el valor del bien al tiempo de la partición.

Para dar respuesta a dicho interrogante, debemos desandar el camino que ha sufrido la evolución del artículo 3477 del Código Civil. Originariamente, en la redacción velezana, nada se estableció al respecto, siendo la interpretación predominante por entonces, aquella que hacía aplicación analógica del artículo 3602 también vigente por entonces²⁷, por lo cual el valor colacionable era el del bien donado al tiempo de la donación.

Con la reforma del decreto-ley 17711, se añaden dos párrafos al artículo 3477 originario, interesándonos en cuanto al tema bajo análisis, el primero de los párrafos incorporados (segundo en la redacción vigente), que al respecto dispone: “Dichos valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero”. Por lo que la discusión acerca de cuál será el valor colacionable del bien donado ha quedado zanjada por el referido dispositivo legal, no obstante lo cual la doctrina ha efectuado objeciones fundadas y razonadas sobre la postura establecida²⁸.

X. Dispensa de colación

Expresábamos al momento de desarrollar los requisitos de procedencia de la acción, que uno de los mismos consistía precisamente en que el causante

no haya efectuado una “dispensa de colación” al heredero forzoso donatario beneficiario de una donación.

Pues bien: esta dispensa de colación actúa como “mejora” respecto de los demás coherederos, en el sentido siguiente: toda donación, conforme a la directriz contenida en los artículos 3476 y 1805, debe entenderse efectuada como anticipo de la porción hereditaria de cada heredero, a menos que el propio donante, en su propio testamento haya efectuado una “dispensa de colación” al heredero forzoso donatario, expresando que el heredero quedará dispensado de colacionar el valor de dicha donación, imputándose, en consecuencia, dicho valor a la porción disponible del causante (y no a la porción hereditaria); y ello, exactamente, a título de mejora.

Respecto de la forma bajo la cual debe expresarse dicha dispensa, al respecto encontramos el artículo 3484 del Código que dispone: “La dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible”. Por lo cual la forma testamentaria se impone, no admitiéndose como en legislaciones del derecho comparado, formalizar la dispensa en el propio acto de donación.

Además, conforme a lo dispuesto por la parte final del referido artículo, la dispensa sólo podrá otorgarse en la medida de la porción disponible del causante; en caso de excedencia de la misma, lógicamente, el remanente deberá ser colacionado.

XI. Colación de deudas

Mucho se ha discutido sobre la receptividad en el derecho vigente nacional, acerca de la posibilidad de que un heredero forzoso deba colacionar las deudas que tuviere con el causante, es decir, y ahora viéndolo desde el punto de vista del causante o de la sucesión, respectivamente sucede con los créditos que éste tuviere contra el heredero; máxime considerando, y a tenor de lo dispuesto por el artículo 3366, que toda herencia se presume aceptada bajo beneficio de inventario, imposibilitando como consecuencia de ello, en el gran universo de sucesiones existentes, la confusión de los patrimonios del causante y su here-



²⁵ Artículo 3469: “El partidor debe formar la masa de los bienes hereditarios, reuniendo las cosas existentes, los créditos, tanto de extraños como de los mismos herederos, a favor de la sucesión, y lo que cada uno de éstos deba colacionar a la herencia”.

²⁶ Decimos que “resta”, en principio, ello según cual fuere el supuesto; porque conforme lo hemos desarrollado en el punto referido a la naturaleza de la acción de colación, efectivamente va a restar en el caso que el valor de lo donado fuese igual o inferior al monto de la cuota hereditaria, adoptando la naturaleza de una “obligación de no hacer”; pero perfectamente podría suceder que el heredero vencido en una acción de colación sea deudor de una “obligación de dar” suma de dinero, en el caso en que el valor de lo donado superase el monto de su propia cuota hereditaria.

²⁷ Artículo 3602 (originario): “Para fijar la legítima, se atenderá al valor de los bienes heredados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones del mismo testador al tiempo en que las hizo ...”.

²⁸ Entiende Zannoni, como más lógico, que atendiendo a que la colación es una cuestión que forma parte de las relaciones internas de la comunidad (es debida entre coherederos), el valor que debería tomarse a los fines de la colación, es el del momento de la partición. Para solucionar eventuales situaciones injustas, es que viene en auxilio, la tradicional concepción de las “obligaciones de valor”, entendiéndose que justamente, la obligación de colacionar sería uno de esos casos, a los fines de cubrir lo que se ha dado en conocer como causas de “variaciones extrínsecas” del bien, fundamentalmente, las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda, permitiendo una razonable y equitativa actualización del valor del bien, desde la apertura de la sucesión hasta el momento concreto en que se materializa la partición (ZANNONI, Eduardo A., ob.cit, p.389).

dero, que trae como corolario también la inexistencia de confusión de créditos y deudas, conforme a lo dispuesto por el artículo 3373²⁹.

En el estado actual de cosas, en concreto, no existe dispositivo legal alguno que lo contemple. Las opiniones existentes en favor de una respuesta favorable, se fundamentan en que el artículo 3477 refiere a que el heredero debe reunirse en la masa hereditaria "los valores dados en vida por el difunto"; lo conjugan también con el contenido de los artículos 3469³⁰ y 3494³¹, principalmente, con éste último, al posibilitar la imputación de la deuda del heredero en su parte hereditaria.

Más allá que *a priori*, la cuestión pareciera presentarse un tanto bizantina, lo cierto es que la misma toma significativa relevancia en el supuesto en que estemos en presencia de un heredero, deudor del causante, que fuere insolvente o cuya deuda haya prescrito.

Azpiri³² sostiene al respecto, que la colación de deudas no puede tener lugar en la órbita del derecho civil nacional, y que no cabe hacer una creación doctrinaria al respecto para justificar su admisión. Zanoni, por su parte distingue: entre lo coherederos, y en tanto y en cuanto todos ellos sean capaces, estén de acuerdo y se encuentren presentes³³, la colación de deudas es perfectamente viable, imputándose, a la hora de determinar con absoluta certeza la cuota hereditaria del heredero deudor, el importe del crédito que tenía el causante contra él, como ya recibido, descontándose, consecuentemente, dicho monto de su hijuela; ahora bien, si existieren acreedores personales del heredero deudor que se opusieren al mecanismo de colación de deudas, por entender que de esta manera, se estaría adjudicando al heredero menos de lo que le hubiese correspondido, disminuyendo la magnitud patrimonial del heredero, los herederos de dicha sucesión mal podrían imponerla, y por lo tanto deberían concurrir y soportar prorata la insuficiencia de bienes que se le adjudiquen al mismo.

XII. Prescripción de la acción

Ya habíamos anticipado al referenciar

el tema de la posibilidad de colacionar las donaciones simuladas bajo apariencia de actos onerosos, y lo reafirmamos aquí, que pesa sobre la acción de colación el plazo genérico de prescripción decenal, contados a partir de la apertura de la sucesión; o bien desde una fecha posterior si es que los herederos prueban que solo después de la apertura de la sucesión (artículo 3.282 y su nota) tomaron conocimiento de la enajenación³⁴.

XIII. Juez competente

El artículo 3284, que a través de sus distintos incisos establece el fuero de atracción del juicio sucesorio, establece en su inciso 1° que, ante dicho juez deben entablarse "las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive, cuando son interpuestas por alguno de los sucesores universales contra sus coherederos"; quedando incluida, claro está, la acción de colación en esta genérica descripción.

XIV. Aspectos más relevantes de la reforma proyectada en materia de colación³⁵

Entre los aspectos más destacados del Proyecto de Unificación Civil y Comercial, en materia de acción de colación, destacamos los siguientes:

- *Colación por los ascendientes*: suprime la obligación de colacionar de los ascendientes (art. 2385).

- *Colación en la sucesión testamentaria*: establece la obligación de colacionar en la sucesión testamentaria si el testador llama a recibir las mismas porciones que corresponde al cónyuge o a los descendientes en las sucesiones intestadas (art. 2385, 3er párr.).

- *Dispensa de colación*: la dispensa de colacionar o la cláusula de mejora pueden expresarse en el acto de la donación o en el testamento (art. 2385).

- *Valor colacionable*: se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación (art. 2385), lo que significa que las posteriores variaciones de ese estado, sea que aumenten o disminuyan el valor del bien donado, no se deben tener en cuenta.

- *Procedencia de la reducción (artí-*

culo 2386): cuando la donación hecha a un descendiente o al cónyuge excede la suma total de la porción disponible y la porción hereditaria del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso.

- *Legitimación activa*: la colación puede ser pedida por quien era heredero presuntivo a la fecha de la donación; el cónyuge supérstite no puede pedir la colación de donaciones efectuadas por el causante antes de contraer matrimonio (art. 2395).

- *Legitimación pasiva*: el heredero que no lo era al tiempo de la donación, pero que resulta heredero, no debe colación (art. 2388).

- *Colación de deudas*: se colacionan a la masa, las deudas de uno de los coherederos a favor del causante que no fueron pagadas voluntariamente durante la indivisión, aunque sean de plazo pendiente, no pudiéndose exigir el pago antes de la partición. Las sumas colacionables devengarán intereses desde la apertura de la sucesión, y habrá compensación si el heredero deudor fuese a la vez acreedor del causante. La colación de deudas se realiza deduciendo su importe de la porción hereditaria del deudor, imputación que es oponible a sus acreedores (arts. 2397/2402).-

XV. Conclusión

Cabe finalmente destacar, remarcando lo dicho anteriormente, en especial respecto a la naturaleza jurídica de la acción y los legitimados pasivos posibles de la misma, conforme a la opinión doctrinaria y jurisprudencial predominante³⁶, y desde una óptica notarial y de circulación de los títulos de inmuebles que posean entre sus antecedentes donaciones efectuadas por donantes en favor de sus descendientes³⁷, que las mismas, si bien son actos pasibles de sufrir las consecuencias jurídicas de la acción de colación, en nada obstaculizan ni dificultan el tráfico inmobiliario, atento a que, como hemos visto, la acción bajo análisis carece de efectos reipersecutorios, quedando tan sólo limitada su eficacia a la órbita de los derechos personales.-

²⁹ Artículo 3373: "La aceptación de la herencia con beneficio de inventario impide la extinción por confusión de los derechos del heredero contra la sucesión; y recíprocamente de los derechos de la sucesión contra el heredero. Éste conserva, como un tercero, todos sus derechos personales o reales contra la sucesión, y la sucesión conserva contra él todos sus derechos personales y reales".

³⁰ Que ya reprodujimos en nota al pie N°.

³¹ Artículo 3494: "La deuda que uno de los herederos tuviere a favor de la sucesión, lo mismo que los créditos que tuviere contra ella, no se extinguen por confusión, sino hasta la concurrencia de su parte hereditaria".

³² AZPIRI, Jorge Osvaldo.; ob.cit., p.248

³³ Extremos necesarios para verificar la partición extrajudicial, conforme a lo dispuesto por el artículo 3462 del C.C..

³⁴ LÓPEZ HERRERA, Edgardo; Tratado de la prescripción liberatoria. Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, p. 159.

³⁵ FERRER, Francisco A. M. "El derecho de Sucesiones en el Proyecto de Código Civil y Comercial". Revista de Derecho Privado y Comunitario. Año 2012. N°3. Editorial Rubinzal-Culzoni, Sta.Fe., p.601

³⁶ LAMBER, Rubén Augusto. Donaciones. Astrea, Bs.As., 2008, p.155.

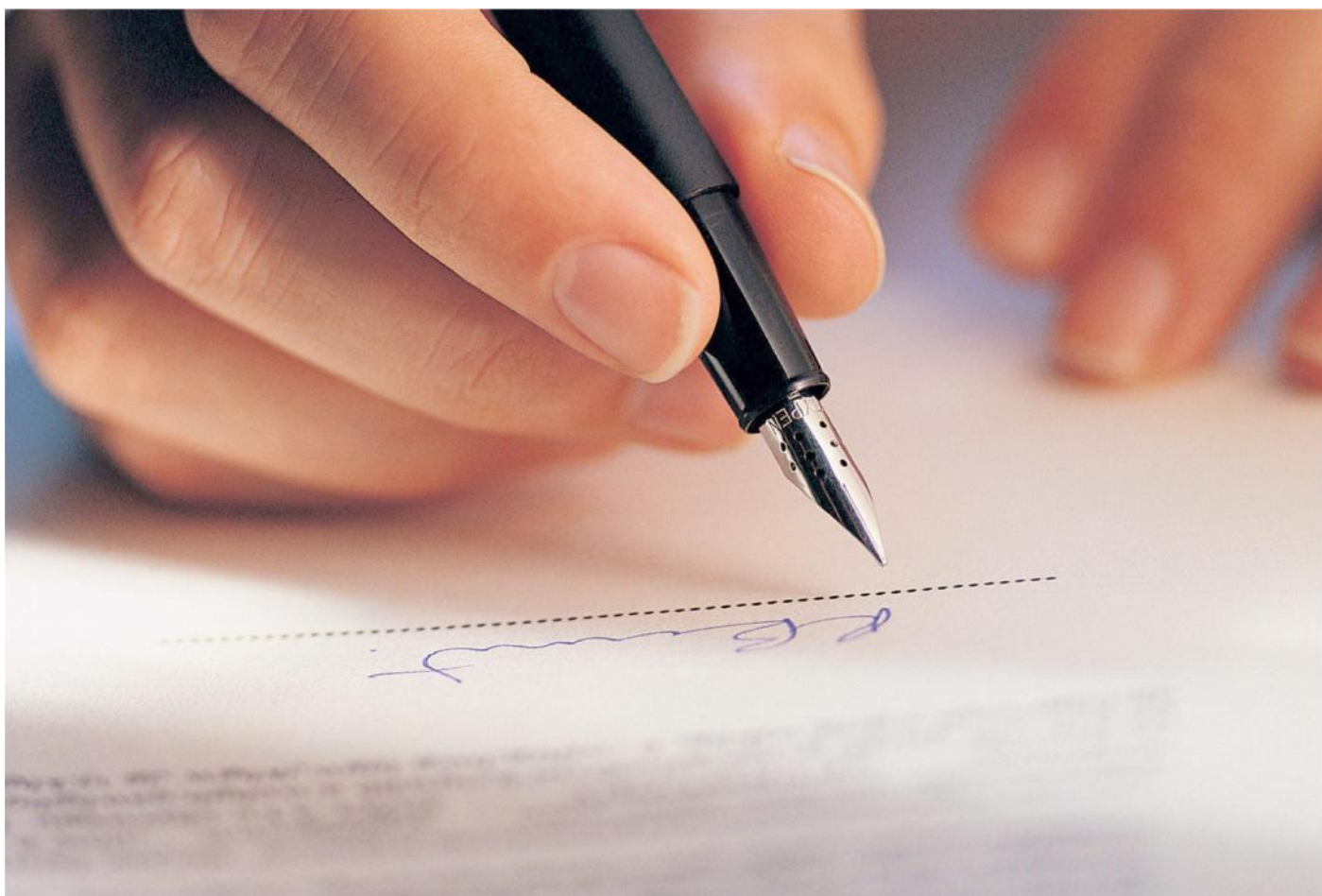
³⁷ Destacamos que solamente mencionamos a las donaciones en favor de descendientes; y no en favor de cualquier heredero forzoso; actos que sí, doctrinaria y jurisprudencialmente, son observados, atento al riesgo de procedencia de la acción de reducción (artículo 3955 del C.C.).

Reflexiones en torno al alcance del Boleto de Compraventa de Inmuebles



Dra. Mariela Elisabeth Masetto, Abogada – Escribana. Adjunta Interina a cargo de las cátedras de Derechos Reales y Derecho Internacional público. Universidad Gastón Dachary. Eldorado, Misiones, Argentina marielamasetto@hotmail.com

SUMARIO: I. Planteo del tema Boleto de compraventa en bienes inmuebles II. Relación Boleto - Escritura: elementos del boleto, cesión del boleto de compraventa, escrituración, inscripción registral III. Conclusión IV. Bibliografía.



I. Planteo del tema Boleto de Compraventa

Dentro del abanico de posibilidades que nos ofrecen los Derechos reales he elegido este tema buscando simplemente echar luz sobre algunas cuestiones básicas que rodean a la adquisición de un bien inmueble mediando boleto de compraventa, algunas de las diferencias con la escritura pública, ciertas cuestiones a tener en cuenta al momento de la confección el mismo, la posibilidad de su cesión y la necesidad de la suscripción de la escritura pública traslativa de dominio con su posterior inscripción en el registro en la propiedad inmueble, sin ánimo de pretender agotar el tema con esta presentación dada la amplitud y complejidad que rodea a la cuestión, orientado solamente a servir para aclarar algunos conceptos prácticos más que a profundizar en discusiones doctrinarias, algunas de ellas ampliamente superadas y siempre valiéndome de la ayuda que nos brindan autores de amplia trayectoria en la materia.

Estoy convencida del profundo interés que el tema representa para nuestra sociedad y especialmente en el ámbito de la provincia de Misiones, donde observo a diario que el boleto de compraventa inmobiliaria y las sucesivas cesiones del mismo, es el instrumento elegido a la hora de formalizar un negocio inmobiliario. También la confusión que existe respecto de los efectos jurídicos que cada uno de ellos tienen, ya que las más de las veces son celebrados entre partes, sin asesoramiento y solamente acuden al escribano para certificar las firmas. Y, entre los que han recibido el asesoramiento adecuado le restan importancia a la celebración de la escritura pública traslativa de dominio; sumado a que con el transcurrir del tiempo la suscripción de la escritura (en caso de ser posible) queda en el olvido y, en caso de que su cumplimiento fuere imposible rara vez se recurre a los estrados judiciales para la obtención de la misma (casos de prescripción adquisitiva, juicio de escrituración, entre otros).

II. Relación Boleto – Escritura

El artículo 1.184, inc1 del Código Civil establece la forma de escritura pública para todo contrato que tenga por objeto "la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, ..., o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro"; comparto la idea de que el cumpli-

miento de la norma se requiere con carácter ad-solemnitatem. Lo cierto es que muchas veces existen circunstancias que al momento de realizar el negocio jurídico no permiten la suscripción de la escritura pública tales como saldo de precio, deudas por impuestos, tasas o contribuciones, cuestiones de tipo judicial, entrega diferida del inmueble, aprobación de planos, subdivisiones, etc. y es aquí donde aparece el boleto de compraventa inmobiliaria como una forma "alternativa" e inmediata, pero provisoria de documentar el negocio.

Una vez dicho esto debemos analizar si la exigencia de la solemnidad contemplada en el artículo 1.184 del Código Civil es de manera absoluta o relativa, ya que si la necesidad de celebrar escritura pública es con carácter absoluto y la misma no se cumple el contrato no tendrá validez alguna y tampoco producirá efecto alguno; en cambio si la exigencia es con carácter relativo, ante el incumplimiento de la norma será el mismo contrato quien genere la obligación de cumplir con la exigencia legal prevista.

Esto tiene íntima relación con las discusiones que giran en torno a la naturaleza jurídica del boleto de compraventa. Podemos observar dos posturas al respecto:

1. Tesis del contrato: compartida entre otros por Santos Cifuentes, sostiene que el boleto de compraventa inmobiliaria instrumenta el contrato de compraventa, en los términos del artículo 1.323 del Código Civil, aún cuando no pueda reputarse título suficiente para la adquisición del dominio¹. Desde luego que la titularidad formal del dominio se adquirirá luego de suscribirse la correspondiente escritura pública (arts. 1.184, inc. 1; 1.185; 2.609 y ctes. Del Código Civil).

2. Tesis del Pre-contrato: siguiendo a López de Zabala, sostiene que el boleto de compraventa es un pre-contrato o promesa de venta por el cual las partes se obligan, en los términos de los artículos 1.184; 1.185 y 1.187 del Código Civil, a otorgar con posterioridad el verdadero contrato de compraventa formalizado en una escritura pública².

Por mi parte y, siguiendo a autores como Luis O. Andorno, Marta Marcolín de Andorno y Natalio P. Etchegaray, entre otros, me inclino por la primera de las tesis entendiendo que el boleto de compraventa inmobiliaria es un verdadero contrato en los términos del artículo 1.323 del Código Civil. Siendo un

instrumento privado, celebrado entre partes existiendo, por un lado un sujeto que se obliga a transmitir la propiedad de una cosa determinada o determinable (en el caso del presente trabajo un inmueble) y por el otro un sujeto que se obliga a recibir la cosa y a pagar un precio cierto y en dinero por ella. Como se desprende de lo anterior nos encontramos con un documento que contiene dos obligaciones recíprocas; transmisión de la propiedad, y aceptación y pago del precio. Como todo instrumento privado a partir de la suscripción nace el derecho de reclamar el cumplimiento de los derechos personales en el contenido.

El boleto de compraventa de inmuebles es celebrado entre las partes interesadas que serán el titular de dominio del inmueble que se pretende enajenar y, el sujeto que pretende la adquisición del mismo. Se llama titular de dominio a la persona que haya adquirido el inmueble mediando los requisitos de título suficiente³ y modo suficiente, que implica la entrega o transmisión de la cosa, según lo establecido por el régimen legal para la adquisición de derechos reales. Pero para que se transmita el dominio sobre el inmueble deberemos formalizar el acto contenido en el boleto en una Escritura pública. Las partes contratantes pueden ser personas físicas o jurídicas, simples asociaciones, personas plenamente capaces o incapaces relativos, personas casadas, viudas, divorciadas, separados de hecho, menores y mayores de edad. Pueden actuar por derecho propio o por medio de representantes legales o necesarios, los que tendrán que acreditar la representación que invocan con la documentación pertinente. Se debe detallar lo que se entrega (en este caso el inmueble) y las condiciones en que se entrega y el adquirente debe estar de acuerdo con lo que recibe.

Siendo tan frecuente el uso de boletos de compraventa a la hora de formalizar un negocio inmobiliario hay una cuestión que es importante tener en cuenta para evitar problemas a la hora de firmar la correspondiente escritura pública. Aunque la ley no lo exige es de suma necesidad el pedido de informes respectivos para conocer la situación jurídica real del inmueble, las condiciones de dominio, legitimidad del disponente, si existen o no gravámenes, existencia o no de deudas, etc. Estos informes, como su nombre lo indica solamente "informan" sobre éstas situaciones, pero

¹ Luis O. Andorno – Marta Marcolín de Andorno, Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801. Comentada. Anotada, 2º ed., p. 66.

² Luis O. Andorno – Marta Marcolín de Andorno, Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801. Comentada. Anotada, 2º ed., p. 67.

³ "es el acto jurídico (en el sentido del art 944, Código Civil) munido de las condiciones de fondo (capacidad en el transmitente y en el adquirente y titularidad del derecho que se transmite en el transmitente ...) y de forma que en cada caso resulte exigible". Marina Mariani de Vidal, Derechos Reales. T. 1, 7º ed. Actualizada. P. 102.

de ninguna manera otorgan reserva de prioridad al boleto que se firma. La reserva de prioridad viene dada por el pedido del respetivo certificado el que es exigido legalmente al escribano⁴ al momento de la confección de la escritura pública, la que con posterioridad necesitará de la inscripción registral para producir sus efectos.

También debemos hacer hincapié en que si una de las partes se negare a cumplir con la obligación de suscribir la escritura pública, la otra podrá reclamar judicialmente y será el juez, quien una vez que haya evaluado todos los presupuestos que hacen al derecho del accionante el que sustituya al deudor en sus facultades (artículo 505, inc2 C.C.).

En el boleto de compraventa se puede pactar la elección del escribano que será el encargado de formalizar el negocio inmobiliario en el instrumento público, elección que esta reglada simplemente por la costumbre o por el acuerdo al que arriben las partes. También si el enajenante lo desea puede pactar un plazo dentro del cual se deberá perfeccionar la escritura y a cargo de quien serán los gastos que la misma demande o la forma en que se dividirán los mismos.

Por último si el adquirente por boleto de compraventa desea enajenar el inmueble, el único instrumento por el cual podrá formalizar el negocio inmobiliario será el contrato de Cesión del boleto, contrariamente a lo que la mayoría piensa, puesto que el boleto de compraventa sólo es otorgado por el titular del dominio y por única vez, claro está que de enajenar dos veces la misma cosa estaría cometiendo una estafa. Si bien el tema de la cesión del boleto excede el objeto del presente trabajo, sólo diré que la mayor o menor libertad para hacerlo dependerá de lo que las partes hayan pactado en el boleto de compraventa ya que se puede establecer la prohibición de enajenar a persona determinada o directamente la intransferibilidad lo que implica que para ceder los derechos del boleto a un tercero se deberá contar con la conformidad del vendedor. A su vez si existieren nuevas enajenaciones se seguirán instrumentando con la forma de Cesión de derechos (otro de los instrumentos de gran circulación en materia inmobiliaria). Respetar estas cláusulas no es una cuestión menor ya que si el cesionario quisiera obtener la escritura pública traslativa de dominio será el titular del dominio quien deba firmarla o un tercero con su autorización pero nadie más.

Una vez cumplido los requisitos de tí-

tulo y modo (escritura pública y entrega o tradición del inmueble) nos queda una última cuestión, pero no por ello menos importante que es lo relativo a la inscripción registral. Tenemos que el artículo 2.505 del Código Civil establece "La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgara perfeccionada mediante la inscripción en los respectivos registro... Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas". Por su parte el artículo 2 la Ley 17.801 del Registro de la Propiedad Inmueble y, a su vez reglamentaria del artículo 2.505, establece donde radica la obligación de la inscripción y cuáles son sus efectos en la parte que expresa "...de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2.505, 3.135 y concordantes del Código Civil, para la publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esa ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán...". Del juego armónico de ambas normas sumado a lo expuesto supra concluimos que la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de los documentos auténticos, instrumentos o títulos en sentido formal, es un requisito tendiente a la publicidad que se suma al título suficiente y el modo suficiente. Si bien es sabido que los derechos reales nacen puertas afuera del registro, es decir desde que el documento es suscripto, y esa situación puede ser conocida por muchas personas, el requisito de la publicidad registral es para el conocimiento exclusivo de los terceros interesado de buena fe; el caso más común es el de los acreedores, tanto del enajenante como del adquirente. El requisito de la inscripción no importa la transmisión de la cosa, la que pudo haberse realizado con anterioridad (inclusive cuando se formalizó el negocio inmobiliario mediando boleto de compraventa), ni tampoco subsana los vicios de los que pudiere adolecer el instrumento a inscribir (registro declarativo – no convalidante) simplemente es la publicidad como último requisito para perfeccionar la adquisición de un derecho real, además de ser una forma de tutelar derechos y garantizar la seguridad del tráfico jurídico. Una correcta protección del derecho constitucional de la propiedad privada exige que existan medios por los cuales la comunidad y especialmente los terceros interesados puedan conocer sobre las condiciones de titularidad de un inmueble, las modificaciones que se susciten y las afectaciones o gravámenes que pesen sobre el mismo.

III. Conclusión

Solo me resta decir que todavía queda mucho por hablar. Que cada uno de los puntos que he desarrollado de manera tan efímera lleva consigo una extensa labor doctrinaria que se traducen en muchos casos en obras exclusivas respecto del Boleto de Compraventa, Cesión del Boleto, Registración Inmobiliaria, etc. que seguramente será tratada en publicaciones posteriores ya que de hacerlo en este trabajo excedería totalmente el objeto que tuve en miras a la hora de abordarlo. No me queda más que insistir en la necesidad de que toda adquisición de inmueble mediando boleto de compraventa o en las cesiones del mismo debe ser formalizada en escritura pública. Que la tenencia del boleto firmado por el titular dominial como así las cesiones del mismo en modo alguno transmite el derecho de propiedad sobre el inmueble, mas allá de que la entrega se halla hecho efectiva y el precio se encuentre cancelado. Que la única forma que nuestra ley actual establece para que opere la adquisición del derecho real de Dominio es la de título, modo e inscripción registral.

IV. Bibliografía

Natalio Pedro Etchegaray, Técnica y Práctica documental - Boleto de Compraventa. 2° ed. Astrea, Buenos Aires 1.993.

Marina Mariani de Vidal, Derechos Reales. 7 ed. Zavalía, Buenos Aires, 2.004

Luis O. Andorno – Marta Marcolín de Andorno, Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801. Comentada . Anotada. 2° ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1.999.

Código civil de la República Argentina, Zavalía, Buenos aires 2.011.

⁴ Art. 23. Ley 17. 801 – Registro de la Propiedad Inmueble.

Normas imperativas en el reglamento Roma II sobre ley aplicable

Daños contra los consumidores

Dr. Juan Manuel Lezcano, Abogado- Doctorando UNL-UCSF- Docente en UCSF- UGD- Investigador UCSF- UGD-

RESUMEN

En el siguiente trabajo trataremos de abordar el juego de las normas imperativas en el reglamento Roma II sobre ley aplicable y aplicación en los daños como problemática en lo que se refiere a los daños contra los consumidores el cual se estructura en presupuestos específicos en lo que refiera al tribunal competente y derecho aplicable.

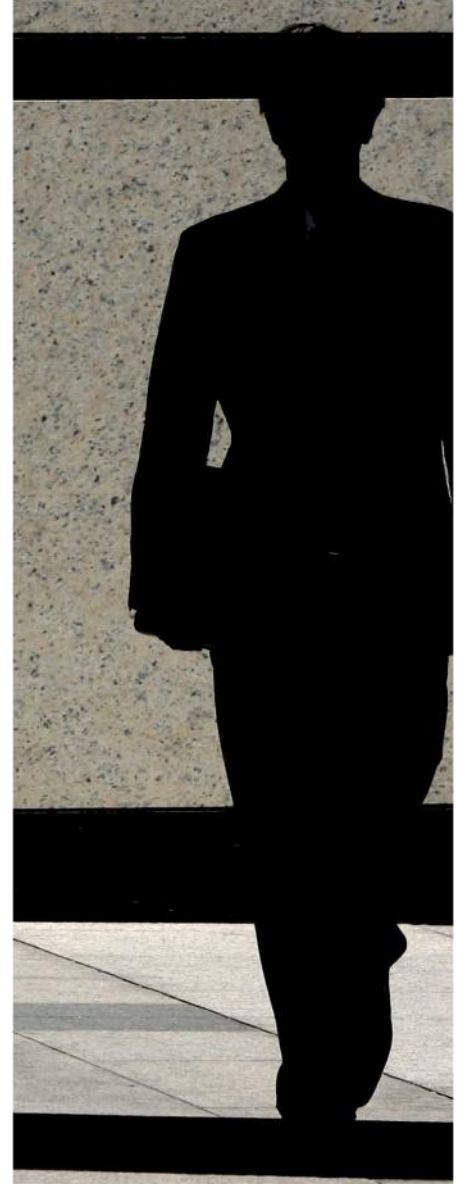
SUMARIO: I. Introducción II. Marcos Normativos III. Normas materiales imperativas: límite de la *lex causae*. IV. Consecuencia: aplicación de la ley de policía del foro. V. Casos *iusprivatistas* multinacionales. VI. Identificación del tribunal aplicable VII. Derecho aplicable VIII. Conclusiones.

I. Introducción

Nos hemos propuesto llevar a cabo el análisis de algunos temas más significativos para la comprensión de la responsabilidad internacional que puede llegar a generarse por la producción de daños transfronterizos contra consumidores. Dicho análisis se realizará en el presente trabajo con especial tratamiento de las normas imperativas en el reglamento Roma II y su implicancia en la jurisprudencia, pero sin descuidar el análisis crítico de la doctrina respecto a la competencia y el derecho aplicable.

El tratamiento de los daños transfronterizos, en su más diversificada fenomenología, enriquecida por la técnica, ha producido un impacto considerable en los cimientos científicos del Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr.) relativo a su tratamiento, situación que se ha extendido también a la metodología general. En ese panorama, se ha procurado y se procuran hallar criterios de solución que comprendan los diferentes prototipos de responsabilidad, intentando establecer un orden justo para esta especie particular de controversias multinacionales.

Ese cuadro de situación, en el marco de los daños transfronterizos, y en especial de los ocasionados contra los



consumidores, generan dos preguntas centrales a responder: una, la identificación de la jurisdicción competente y, la otra, el derecho aplicable al litigio planteado. Ante ello, el campo del DIPr presenta, en principio, dos respuestas bien marcadas: la lógica del país de origen y la lógica del país de destino.

Por ello nos pareció interesante analizar la determinación de la ley aplicable a las obligaciones no contractuales a nivel internacional en la Unión Europea, por el Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las

obligaciones extracontractuales (Roma II), que, dentro del conjunto de medidas elaboradas en sede de cooperación judicial en materia civil en orden al establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE para los consumidores, ya que establece un régimen uniforme de normas de conflicto en el ámbito de la responsabilidad por daños, los cuasi-contratos y la culpa *in contrahendo*.

Estructurando una base de normas de conflicto generales (arts. 4 y 14 Roma II), así como de una serie de reglas especiales en materia de daños causados por

productos defectuosos, competencia desleal y actos que ciñan la libre competencia, daño medioambiental, infracción de los derechos de propiedad intelectual, acción de conflicto colectivo, además de enriquecimiento injusto, gestión de negocios o culpa *in contrahendo* (arts. 5 al 12 Roma II), el Reglamento Roma II se ocupa de seleccionar la *lex causae* reguladora de las obligaciones no contractuales, esto es el ordenamiento jurídico aplicable al fondo de la relación jurídica debatida: en consecuencia, como régimen regulador del fondo, las normas materiales de la *lex causae* decidirán aspectos tales como el fundamento y el alcance de la responsabilidad.

Incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables; las causas de exoneración, reparto o limitación de la responsabilidad; la existencia, naturaleza y evaluación de los daños o la indemnización solicitada; las medidas a adoptar para garantizar la prevención, el cese o la reparación del daño; la transmisibilidad del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización; o, en fin, las personas que tienen derecho a la reparación del daño; la responsabilidad por actos de terceros; o el régimen de extinción, prescripción y caducidad de las obligaciones (art. 15 Roma II)¹.

Por lo mencionado, intentaremos establecer algunos argumentos que dan vida a una u otra postura (lógica de destino y de origen) pero sin desconocer la existencia de criterios alternativos, todo con el firme propósito de brindar soluciones justas al consumidor en casos donde aún sin resolver en forma definitiva en el DIPr hace necesario caracterizar al responsable de todo daño que sufre el consumidor ocurrido en el ámbito de la jurisdicción de la UE y sus consecuencias a partir de criterio para la evaluación de sus derechos y obligaciones.

II. Marcos normativos

Podemos observar sin lugar a dudas que estamos ante una categoría jurídica *sui generis* cuando hablamos de consumidores, por un lado prevista en un sub sistema del derecho que se interrelaciona con los demás subsistemas y tiene en caso de Argentina y otras legislaciones de la EU con rango constitucional. Todo ello teniendo en cuenta la

aplicación a dicha categoría de sujeto genera principios "nuevos" como el protectorio el cual modifica el paradigma de la tutela jurídica convencional, hasta modificar el mismo proceso tanto en el sistema de tutela contractual como el de daños.

"Cabe destacar que la tendencia doctrinaria mayoritaria se inclina por la protección del consumidor como piso mínimo inderogable. Las legislaciones y propuestas de regulación oscilan entre las que simplemente no tratan el derecho del consumidor, pues lo excluyen de su ámbito de aplicación, tal el caso de las iniciativas de UNCITRAL; otras contienen normas no derogatorias de las disposiciones vigentes en materia de protección del consumidor en otras áreas, como la Directiva 2000/31 de la Unión Europea; finalmente un tercer grupo, establecen que el consumidor electrónico tiene derecho, como mínimo a una protección no menor que la que posee en otras áreas del comercio, tal como disponen las Directrices para la protección del consumidor en contexto del comercio electrónico, de la Organización de Cooperación y Desarrollo (OCDE)"².

Por lo mencionado la doctrina se ha preguntado si todas las normas de defensa del consumidor, declaradas por la propia ley como de orden público, son también de orden público internacional lo que plantea un interrogante aún mayor cuando hablamos de los consumidores.

III. Normas materiales imperativas: límite de la *lex causae*

A) Calidad de la norma como material imperativo.

Al igual que acontece con el art. 7 Convenio de Roma, y atendiendo a lo dispuesto en el considerando núm. 32 Reglamento Roma II cuando indica que *"...consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los Tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía..."*, el Reglamento Roma II aglomera una disposición que regula el juego de las normas materiales imperativas: de acuerdo con el art. 16 Roma II, las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma II no van a impedir a los operadores jurídicos de los distin-

tos Estados miembros la aplicación de aquellas normas jurídicas reguladoras de las obligaciones no contractuales que revistan el carácter de normas de policía.

Como veremos, el art. 16 Roma II se refiere únicamente a la posibilidad de dar aplicación a las leyes de policía del foro. Podemos concluir que la internacionalización de las relaciones y la instauración del Estado de bienestar moderno y algunos razonamientos de posmodernidad han traído consigo una proliferación de este tipo de normativa, reflejo de la creciente actuación estatal en las relaciones privadas.

Empero, el impacto de las normas materiales imperativas relativas al estatuto delictual, si lo cotejamos con otras materias como la contractual, es menor; y ello, porque muchas de las legislaciones soberanas, no permitían el ejercicio de la autonomía de la voluntad o la limitaban sólo a casos *ex post*; porque muchas de las causas relativas a culpa *in contrahendo* venían cayendo dentro de ámbito de las obligaciones contractuales.

La amplitud de la autonomía de la voluntad, no sólo permitida en materia de obligaciones no contractuales, tampoco sometida a limitaciones transitorias relacionadas con el art. 14 de Roma II; abre el juego de conexiones accesorias como la del art. 4.3 Roma II; la actual vinculante calificación como extracontractual de la culpa *in contrahendo*; o el empleo de normas de conflicto de carácter multilateral en materias como la libre competencia (art. 6 Roma II), que hacen de todo menos redundante un precepto encargado de regular el juego de las normas materiales imperativas en sede de obligaciones no contractuales que afecten a los consumidores.

Hasta aquí y a pesar de su necesidad, el legislador europeo no brinda en el Reglamento Roma II ninguna definición de qué debe entenderse por normas materiales imperativas lo que trae como consecuencia una gama de interpretación a la hora de aplicar la norma.

En este sentido, nada frena acudir a lo que sí establece en el art. 9 Roma I en materia de obligaciones contractuales y que, a su vez, deriva de lo que la jurisprudencia comunitaria entiende por tal.

Por ello el Considerando núm. 7 Reglamento Roma II reza que *"...las dispo-*

¹ Decidida la ley aplicable al fondo y determinado su ámbito de aplicación, el Reglamento Roma II responde también a lo largo de su normativa, y al margen de a otras cuestiones que ahora no interesan, a una serie de situaciones que va resolver a partir de ciertas respuestas que pueden de algún modo condicionar tanto la aplicación como el alcance de la *lex causae*. Es lo que puede observarse, por ejemplo, de un art. 26 Roma II cuando dispone que *"...podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro..."*; o de un art. 17 Roma II, que permite al operador jurídico, a la hora de *"...valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega..., tener en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad..."*.

² FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y otros... *"La protección de los ciberconsumidores desde la mirada del derecho internacional privado argentino"* en línea en https://docs.google.com/document/d/1s3N4cEGLwVHC6_LFa45dk14R1Wld14hLV7Ke3neRXw/edit?hl=es

siones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con... los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales...". Como secuela de esto último que en materia de obligaciones no contractuales, se consideren normas materiales imperativas todas aquellas normas cuya observancia un país considera esencial para la salvaguarda de sus intereses públicos como sería el caso de los intereses de los consumidores.

B) Normas materiales imperativas del foro: especial referencia a las leyes de policía de origen comunitario.

Si bien el Reglamento Roma II "no hace referencia expresa, no habría dificultad para poder incluir en la noción de ley de policía al que se remite el art. 16 Roma II todas aquellas disposiciones internacionalmente imperativas propias de la ley del foro con independencia de su origen. Esto comprende las normas materiales imperativas de origen doméstico, como aquellas normas materiales imperativas contenidas en los Convenios y Tratados internacionales que vinculan al operador jurídico del foro"³.

En un primer momento parece que "no hay problema alguno tampoco en orden a la inclusión en el concepto de ley de policía también de aquellas normas de origen comunitario, ya sean Reglamentos, ya disposiciones derivadas de la implementación de las Directivas comunitarias, que revistan este carácter"⁴. Y ello, aún cuando no está muy claro que no puedan ser asimismo aplicadas no tanto a través del art. 16 Roma II, sino del art. 27 Roma II, en tanto en cuanto dispone que "...el presente Reglamento no afectará a la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen los conflictos de leyes relativos a las obligaciones extracontractuales...".

Parte de la doctrina comunitaria entiende que, de poner el punto en la regla de conflicto unilateral que subyace en su aplicación, las leyes de policía cuyo origen sea el Derecho comunitario pri-

mario y los Reglamentos podrían tenerse en cuenta a partir del art. 27 Roma II, mientras que las leyes de policía que deriven de una Directiva se aplicarían a partir del art. 16 Roma II⁵.

Así encontramos que la razón básica del art. 27 Roma II es regulado bajo el principio de especialidad de la convivencia del Reglamento Roma II con posibles normas de conflicto de leyes relativas a obligaciones extracontractuales ubicadas en disposiciones de la legislación de la UE reguladoras de materias específicas⁶.

C) Muestras de normas materiales imperativas en materia de obligaciones no contractuales.

Si bien son distintas las materias en sede de obligaciones no contractuales en las que, sin ánimo de exhaustividad, pueden encontrarse normas materiales imperativas, que respondan, por tanto, a los referidos parámetros de protección de los intereses públicos de un Estado y de verificación de su ámbito de aplicación espacial. Encontramos que es así respecto ciertas normas en materia de acciones colectivas como pueden ser la de los consumidores.

En línea con el considerando núm. 28 Reglamento Roma II, "...la norma especial sobre acción colectiva del art. 9 se entenderá sin perjuicio de las condiciones relativas al ejercicio de esa acción de acuerdo con la legislación nacional y sin perjuicio de la situación legal o de los sindicatos de las organizaciones representativas de los trabajadores, según prevea la legislación nacional respectiva de los Estados miembros...".

Yaciendo esto así, ciertas normas, como aquéllas relativas a los deberes de emergencia o la asunción de responsabilidad de los sindicatos por actos realizados por sus miembros, pueden tener la consideración de leyes de policía⁷. Ya que en materia de responsabilidad por productos, ciertas opiniones han entendido que algunas de las reglas derivadas de la Directiva 85/347/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defec-

tuos, conseguían tener carácter de ley de policía respecto de cada producto comercializado en el mercado europeo, si bien se han esbozado ciertas dudas sobre esta calificación al cuestionarse el cumplimiento de las exigencias que el art. 9.1 Roma I requiere para este tipo de reglas⁸⁻⁹.

IV. Aplicación de la ley de policía del foro

Así una vez identificada, el ámbito de estudio de la *lex causae* reguladora del estatuto delictual va a verse limitado por la intervención de las normas materiales imperativas del foro. Deliberando que la ley de policía se va a aplicar siempre, con independencia de que coincida o no con el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II, excepcionándose la aplicación de la norma de conflicto.

Como dice la Comisión en la propuesta de Reglamento Roma II, "...las leyes de policía tienen de particular que el juez ni siquiera aplica las normas de conflicto de leyes para saber cuál sería la ley aplicable a la situación y para evaluar en concreto si su amplitud pudiera chocar con los valores del foro, sino que aplica de oficio su propia norma de Derecho...". No se expresa, pues, correctamente el Considerando núm. 32 Reglamento Roma II cuando dice que "...consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los Tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía...", porque lo cierto es que el operador jurídico no va a aplicar una excepción basada en leyes de policía, sino que aplica directamente la norma material imperativa.

"En materia de contratos de consumo, debemos tener en cuenta que las leyes internas de defensa del consumidor son aplicables en principio sólo respecto a los casos nacionales. En cambio, los contratos de consumo internacionales deberán regirse por el derecho que resulte aplicable como consecuencia del funcionamiento de las normas de Derecho Internacional Privado"¹⁰.

³ DICKINSON, Andrew., e The Roma II Regulation: The Law Applicable to Non-contractual Obligations. Supplement, op. pp. 634-636 .Oxford University Press, Incorporated, 2008

⁴ Idem

⁵ Conf. DICKINSON, Andrew.

⁶ Existiendo la posibilidad de que ésta concebida por el legislador europeo aún cuando el considerando núm. 35 Roma II habla de evitar la dispersión de las normas de conflicto de leyes entre varios instrumentos, así como las diferencias entre esas normas.

⁷ A favor de la calificación como de ley de policía, CALLIESS, G.P. (ed.), Rome Regulations..., Op. Cit., p. 567; más dudas, JUNKER, A., "Art. 16 Rome II...", loc. cit., par. 16.

⁸ Es importante mencionar que a la vez que las reglas relativas a daños causados por productos médicos también han recibido la calificación de leyes de policía; por ejemplo, la secc. 84 de la *Arzneimittelgesetz* alemana, cuando entiende que el estricto régimen de responsabilidad alemán para productos farmacéuticos debería ser aplicado sólo cuando el producto sea comercializado a un consumidor por primera vez en Alemania. Ténganse en cuenta, también al hilo de su posible calificación como ley de policía, preceptos como el art. 1329 Código Civil de Quebec, que excepciona la intervención del art. 1328 Código Civil, que recoge un derecho de opción a favor del demandante en materia de responsabilidad por productos, y declara la aplicación imperativa del ordenamiento jurídico material de esta provincia canadiense para los daños sufridos, tanto en el país como en el extranjero, a consecuencia de la exposición o utilización de materias primas producidas en Quebec.

⁹ A favor de la calificación como de ley de policía, DICKINSON, A., The Rome II Regulation..., op. cit., p. 635; o FALLON, M., "The law applicable to specific torts in Europe", en BASEDOW, J/BAUM, H./NISHITANI, Y. (ed.), Japanese and European Private International Law in comparative perspective, Tubinga, 2008, pp. 261-297, espec. p. 295. En contra, CALLIESS, G.P. (ed.), Rome Regulations..., op. es pequeña. El juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales: límites a la aplicación de la *lex causae*.

¹⁰ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y otros... "La protección de los ciberconsumidores desde la mirada del derecho internacional privado argentino" Op.Cit.

En fin, como resultado el operador jurídico no considerará la respuesta ofrecida por el ordenamiento jurídico extranjero, imponiendo a su mandato lo dispuesto por la norma material imperativa. Se convierte así el art. 16 Roma II, consecuentemente, en un precepto que toma en consideración las respuestas sustantivas de los distintos ordenamientos jurídicos en juego, desplazando la ley normalmente aplicable en la medida en que necesaria para tener en cuenta la respuesta de la norma material imperativa del foro, alejándose pues del tradicional concepto de neutralidad que es propio, con carácter general, de la norma de conflicto¹¹.

Por último, *"podríamos considerar, con un sector de la doctrina, que en su conjunto, las normas nacionales de protección de los consumidores son leyes de policía o normas imperativas y en consecuencia no serían necesarias normas de derecho internacional privado protectorias del consumidor ya que en definitiva el consumidor domiciliado o con residencia habitual en un país o con su nacionalidad donde estaría siempre protegido por la aplicación probable de estas normas"*¹².

V. Casos iusprivatistas multinacionales

Como resulta sabido, el DIPr. ordena o procura ordenar normativamente las soluciones justas de los casos iusprivatistas multinacionales, constituyéndose éste en el ámbito de la realidad social en que persigue instaurar un orden justo.

Dichas contiendas no son ajenas a la realidad diaria del común de las personas o de una parte importante de éstas. Efectivamente, la vida internacional de los individuos ha tenido un fuerte impulso en estas últimas décadas dando lugar a conductas relacionadas con diversos territorios nacionales y, por tanto, con diferentes ámbitos jurídicos, pues resulta obvio que cada Estado nacional organiza su propio derecho interno. Por ello, debido a la vinculación del caso con una pluralidad de sistemas jurídicos nacionales, aquél aparece social y normativamente multinacionalizado, a través de la red internet o del ciberconsumo.

Es que esta red se ha transformado en un nuevo medio de comunicación e información de alcance mundial pero que, su contracara, está constituida por lesiones a esferas jurídicas de intereses que pueden derivar de aspectos contractuales -ej. e-commerce-. Ante ello

el derecho no puede permanecer pasivo, debe atender la problemática y proporcionar las soluciones aún cuando se enfrente a un ámbito novedoso en el que no resulta fácil reglamentar las conductas principalmente por su falta de uniformidad y permanente modificación y/o evolución. Es que el derecho está sometido a un proceso constante de elaboración y transformación, labor en la que debe procurar establecer reglas de una cierta generalidad para orientar y guiar a los intérpretes que muchas veces deben considerar la delicada posición del consumidor.

En tal sentido, el daño transfronterizo a consumidores es aquel que se causa a las personas, bienes o medio ambiente en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no esos Estados fronteras comunes.

Volviendo ahora a los daños de tal estirpe causados contra los consumidores, tal como se adelantó, las respuestas a los primeros interrogantes, por regla, se bifurcan sea que se opte por la lógica del Estado de Origen o por la del Estado de Destino, tal como se desarrollará *ut infra*.

VI Identificación del tribunal aplicable

Lógica de origen

Ab initio debe aclararse que la jurisprudencia y la doctrina internacional iusprivatística lejos está de brindar soluciones pacíficas y uniformes al problema de la jurisdicción competente en materia de responsabilidad extracontractual y de la determinación de la ley aplicable.

La solución tradicional de recurrir a la conexión del lugar de producción del hecho ha tenido mayormente éxito, tanto en materia de jurisdicción competente como de ley aplicable, constituyendo la base para la solución de ambas cuestiones en la mayoría de los sistemas jurídicos. Se la ha visto como un nexo natural que une a los actos con el orden jurídico del lugar en el que suceden. Se basa, pues, en dar primacía a la conexión del lugar del hecho en el sentido del ámbito espacial donde ocurre ese acontecimiento del que deriva un daño.

A favor de esta conexión puede decirse que se caracteriza por su neutralidad, es decir, al tender a la aplicación siempre de la regla procura evitar favoritismos o inclinaciones una vez pre-

"Podríamos considerar, con un sector de la doctrina, que en su conjunto, las normas nacionales de protección de los consumidores son leyes de policía o normas imperativas y en consecuencia no serían necesarias normas de derecho internacional privado protectorias del consumidor ya que en definitiva el consumidor domiciliado o con residencia habitual en un país o con su nacionalidad donde estaría siempre protegido por la aplicación probable de estas normas".

¹¹ Cabe recordar el art. 16 Roma II, a diferencia del art. 26 Roma II regulador de la excepción de orden público, admite el fraccionamiento del estatuto delictual, desde el momento en que la ley aplicable seleccionada ex Reglamento Roma gobierna todos los aspectos relativos a la obligación no contractual y la *lex fori* se aplica en la medida en que sea necesaria para dar cumplimiento a las exigencias de la norma material imperativa.

¹² *Idem*

sentados los casos concretos y, en base a ello, también resulta apta para lograr cierto equilibrio entre los derechos de los consumidores.

Además esta regla es beneficiosa toda vez que valora que las consecuencias del hecho que da origen a la responsabilidad interesan al Estado donde ocurren, considerando, a su vez, que en éste siempre va a existir un interés público en proteger las expectativas de los individuos y la paz social.

A la par de ello también es provechosa la postura por cuanto brinda una solución previsible por las partes, proporcionando certeza desde el comienzo y uniformidad de resultados. En este criterio se enrola el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil al disponer en su art. 5 que reza "*Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante:... en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso...*". Norma que, sin perjuicio de alguna jurisprudencia ambivalente (tal el caso "*Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*" del 30/11/1976, decidido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referido a daños ambientales transfronterizos), resulta clara en tanto demuestra que dicha Convención optó por atribuir competencia a los tribunales del lugar donde ha ocurrido el hecho del que deriva el daño.

Como se observa, es una solución razonable por cuanto procura otorgar competencia al juez del país de origen a partir de considerar como hecho generador del daño el lugar de la edición en desmedro del lugar de la propagación del daño. A su vez, así decidirlo importa preservar la continuidad de la causa, procurando concentrar por ante un único Tribunal el reclamo, evitando los graves perjuicios que la división del litigio ocasiona, cuestión que, si bien se mira, también es beneficiosa para el propio injuriado.

El criterio que se esboza, a la par de las críticas que ha recibido fundamentalmente a partir de casos prácticos que demuestran alguna debilidad e inconvenientes de esta solución que llamamos tradicional, también resulta acertado si se repara en que optar por la ley y la jurisdicción del lugar donde se produce el daño también presenta el inconveniente en la mayoría de los casos de que la conexión resulte inaplicable al

existir una pluralidad de Estados en donde se produce el efecto dañoso.

La incertidumbre, pues, reinaría, de allí que se postula la lógica del Estado de Origen, aunque no debe olvidarse para ello que el Juez o Tribunal de ese Estado debe brindar un tratamiento no discriminatorio para las víctimas que hayan sufrido el daño por motivos de nacionalidad, domicilio o residencia.

Entre nosotros, se entiende que los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 en sus respectivos artículos 56 le asignan aptitud para entender en los casos de responsabilidad a los jueces del Estado donde se produjo el hecho lícito o ilícito, aunque dando la opción al actor de entablar la acción ante los jueces del domicilio del demandado.

Párrafo aparte debe reconocerse que presentado el daño transfronterizo contra el consumidor, la complejidad que algún litigio pueda presentar, ameritaría indagar y hasta poder llegar a sustituir la discusión "Estado de Origen versus Estado de Destino" por "solución rígida versus solución flexible".

En efecto, Fernández Arroyo¹³ ejemplifica al respecto diciendo que "*en España algunos se inclinan por la solución flexible, entendiendo que corresponde a los jueces elegir en el caso concreto qué se entiende por 'lugar donde hubiere ocurrido el hecho', teniendo en cuenta que a medida que nos alejamos del modelo de la responsabilidad por culpa y nos adentramos en el de responsabilidad objetiva, gana relevancia el lugar en que se manifiesta el daño, que muchas veces habrá de ser aprehendido en función del desequilibrio que hay que compensar*". No obstante, es también cuestionable esta posición al conllevar inseguridad y la imposibilidad de establecer previamente en forma clara cuáles serían las soluciones para cada posible situación.

Lógica de destino

El razonamiento de lógica de origen presupone situaciones de simetría informativa y equivalencia entre todas las partes. Bajo este contexto, para la víctima del daño es un problema la aplicación de la ley o tribunal ya que las víctimas del tipo de daños analizado, muchas veces son sujetos poco informados, incapaces de conocer los atributos jurídicos del sujeto activo del ilícito. Sin embargo, el legislador material es consciente de que esto no sucede siempre. Ya que por un lado, hay relaciones jurídicas en las que una de las partes se encuentra en situación de asi-

metría estructural respecto a la otra, lo cual puede ser utilizado por la que se halla en posición dominante para escoger los atributos jurídicos de su producto por razones meramente redistributivas (esto es, para beneficiarse a costa de la víctima del daño). Por otro lado, hay situaciones en las que ni siquiera ha existido posibilidad de negociar (típicamente sucede esto en los daños extracontractuales).

Las decisiones por ejemplo de un vendedor de producto por internet que perjudican a otros sujetos indirectamente sin que estos ni siquiera hayan podido ejercitar su derecho de reclamar. Es el caso, en que las decisiones del primero se toman sin internalizar el coste que causan a terceros y, por consiguiente, no se asegura que el resultado sea eficiente. En ambos grupos de casos está justificada una intervención del legislador.

VII. Derecho aplicable

Estado de Origen

En este aspecto amerita señalar que como puntos de contacto tradicionales en la responsabilidad civil por daños transfronterizos puede ubicarse el lugar de origen de la actividad que ocasiona el daño y el lugar donde se produce el daño, a la par del ámbito de los domicilios de los involucrados.

Dejando de lado esta última conexión, la disyuntiva apuntada conlleva a decir que si propiciamos la competencia del Tribunal del Estado de Origen para entender en los conflictos por daños transfronterizos contra el consumidor, también debemos reconocer que el ordenamiento jurídico aplicable debe ser el del citado Estado, esto es, la *lex fori*.

El justificativo de ese entendimiento se encuentra en el hecho de que resultaría inadmisibles que el juez califique como ilícitos acontecimientos a los que la ley del lugar donde se entabla la acción no les asigne ese carácter, o juzgue sobre las consecuencias de un delito si no tiene en cuenta su propia ley. Cada país, entonces, debería aplicar su propia ley.

La *lex fori* es usada con gran frecuencia ya que las disposiciones competenciales usualmente ya presuponen que el caso tiene una conexión suficiente con el foro. Por ejemplo, si bien la Suprema Corte de los Estados Unidos ha seguido el criterio de la ley del lugar del delito ha autorizado a los Estados confederados a aplicar la *lex fori* siempre que el foro tuviera interés en ello.

Y si bien este criterio ha sido dura-

¹³ Conf. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego: La influencia de los convenios internacionales en la actualización del derecho internacional privado: el caso latinoamericano, JURISPRUDENCIA ARGENTINA, Vol. 4 (1993).

mente cuestionado por cuanto parece desconocer los fundamentos mismos del DIPr. moderno que deduce las normas de conflicto de las normas de jurisdicción, lo que es negar la especificidad de sus funciones respectivas, procura brindar seguridad previa respecto al tratamiento y reparación de los derechos lesionados, tendiendo también a la previsibilidad y uniformidad de criterio en cuanto a la aplicación de esta lógica.

Aunque en estos últimos dos supuestos la competencia del tribunal del Estado de Origen no presenta un carácter rígido por cuanto la víctima puede optar por demandar por ante esos estrados o los del lugar donde se produjo el daño o residencia habitual del demandado, lo que determina la lógica de la *lex fori* en razón de que la víctima elegirá dentro del abanico de opciones el tribunal competente.

A pesar del criterio que se sostiene, esto es postular la regla de la ley del foro, se torna forzoso enunciar otras opciones que la doctrina y jurisprudencia proporciona en cuanto a la ley aplicable a la responsabilidad civil por daños transfronterizos.

Como se observa, las variantes a la aplicación de la ley del Estado de Origen son muchas, pero haciendo un repaso por ellas, debe necesariamente concluirse que aquella es la solución más atrayente y que presenta una dosis mayor de razonabilidad.

Ello brinda uniformidad ya que caso contrario un sujeto a quien se le imputa un accionar reñido con el derecho del consumidor que podría encontrarse con que su acción es ilegal o no según el derecho que sea aplicable; que ese actuar de lugar a responsabilidad civil contractual por afectar el derecho del consumidor o se exima de ella en razón del ordenamiento jurídico en que se sitúa; en su caso, estar a las resultas de la extensión de la responsabilidad y el tipo y forma de reparación, etc.; todo lo cual derivaría en una típica situación de incertidumbre, inseguridad y falta de garantías mínimas que, como resulta sabido, todo derecho a la tutela judicial efectiva requiere¹⁴.

Estado de Destino

Este esquema nos permite entender por qué los textos comunitarios, o vinculados al proceso de integración, en las relaciones entre profesionales y consumidores tienden a aplicar la ley del Estado de destino (art. 5 Convenio de Roma 1980). La misma idea vale para explicar la solución en el ámbito extra-

contractual. El Proyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que ahora se discute en el seno de la Comunidad, parte de la aplicación de la ley del lugar donde se manifiesta el daño, con independencia de donde se haya producido el hecho generador (art. 3.1).

VIII. Conclusiones

Como se expuso el DIPr. ofrece una amplia gama de técnicas normativas para buscar la regulación más adecuada y la solución más justa a los casos de daños transfronterizos contra el consumidor donde se reconozcan las soluciones que distan y mucho de ser uniformes.

Este fenómeno no es otra cosa que expresión del incremento y de la diversidad de organizaciones estatales, extraestatales o paraestatales y tiene la virtud de dar como resultado una cada vez más frecuente contradicción entre dos o más ordenamientos jurídicos respecto a un mismo hecho, acto, relación o situación jurídica.

En ese panorama se inserta la temática estudiada, en la cual sin desconocer la existencia de otras variantes, se puso el acento en la lógica del Estado de Origen tanto para la determinación de la competencia como del derecho aplicable a los casos estudiados a partir de una argumentación sustentada tanto en posturas doctrinarias, jurisprudenciales como legales.

Es que la solución a los casos jusprivatistas multinacionales, mediante cualquier clase de normas de DIPr., requiere primero responder al interrogante en torno al juez competente y sólo luego de resolver esta cuestión, que resulta un verdadero presupuesto procesal de la solución de fondo, recién determinar las normas del DIPr. aplicables al litigio presentado.

BIBLIOGRAFÍA

BOGGIANO, Antonio. "Curso de Derecho Internacional Privado". 4° ed. Lexis Nexis. Bs. As. 2004.

BOGGIANO, Antonio. "Derecho Internacional Privado". 4° de Abeledo-Perrot. Bs. As. 2001.

DELPIAZZO, Carlos E. "Los derechos humanos ante las nuevas tecnologías. Impacto de Internet sobre la persona". En <http://derhumano.Blogspot.com/2005/09/derechos-humanos-y-nuevas-tecnologias.html>

DICKINSON, Andrew., e The Roma II Regulation: The Law Applicable to Non-contractual Obligations. Supplement,

op. pp. 634-636 .Oxford University Press, Incorporated, 2008

GHERSI, Carlos A. "Tratado de daños reparables". T. II. La Ley. Bs. As. 2008.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. -Coordinador-. "Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur". Zavalía. Bs. As. 2003.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego: La influencia de los convenios internacionales en la actualización del derecho internacional privado: el caso latinoamericano, JURISPRUDENCIA ARGENTINA, Vol. 4 (1993),.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y otros... "La protección de los cyberconsumidores desde la mirada del derecho internacional privado argentino" en línea en https://docs.google.com/document/d/1s3N4cEGLwVHC6_LFa45dk14R1WLdI4hyLv7Ke3neRXw/edit?hl=es

MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Responsabilidad por daños". T. III. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 1998.

ORTIZ AHLE, Loretta -Directora Dpto. Derecho Universidad Iberoamericana-. "Responsabilidad por Daños Transfronterizos". <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr6.pdf>.

UZAL, María Elsa. "Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por internet". ED-208-719.0

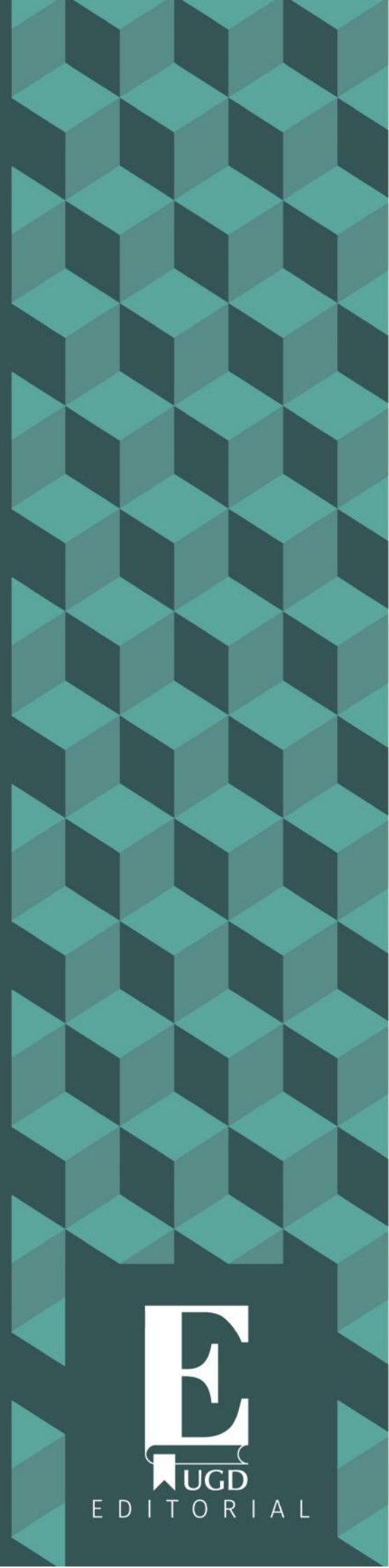
VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. "Jornadas de homenaje al doctor Jorge Bustamante Alsina. Responsabilidad civil de los medios de comunicación por informaciones inexactas o agraviantes". Juris, 84-511.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. "Libertad de prensa y responsabilidad civil". Zeus, 50-D-152.

VIBES, Federico P. "Internet y privacidad. La difusión en Internet de imágenes lesivas de la intimidad, el honor y otros derechos personalísimos". LL-200-D, 1013.

ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde. "Resarcimiento de daños". T. 2c. Hammurabi. Bs.As. 1997.

¹⁴ Debe señalarse que el criterio opuesto, la lógica del Estado de destino, trae una imposibilidad práctica dada porque el causante de la actividad dañosa quedará sujeto en el caso de daños ocasionados en más de un Estado a regímenes diferentes de responsabilidad



E
UGD

EDITORIAL