

CONCLUSIONES

TEMA: I

La propiedad inmobiliaria urbana en el mundo actual

Objeto. Garantía. Límites.

El XII Congreso Internacional del Notariado Latino, oídas las delegaciones de países de la Unión integrados en la Comisión Primera, aprueba los siguientes Considerandos y Declaraciones en materia del tema sometido a su estudio.

I. Afirmación de principio

El reconocimiento de la propiedad privada, especialmente de la vivienda, es un principio fundamental para el hombre, pues cumple una de sus más viejas e inalienables aspiraciones: ser propietario de su casa, a un nivel digno, conforme a sus necesidades y las de su familia. Por ello reviste especial importancia toda medida encaminada a proporcionar al hombre su propia vivienda.

II. Contenido y función social

El contenido de la propiedad urbana, o conjunto de facultades que el orden jurídico reconoce al titular del derecho, debe atender a la vez, al interés individual del propietario y al interés general de la comunidad.

En el mundo actual adquiere especial importancia este último aspecto, acentuándose en la doctrina y en los ordenamientos modernos la función social que la propiedad debe cumplir.

En efecto, la función social es parte integrante e imprescindible del contenido del derecho de propiedad: impulsa a asegurar la utilización de la misma conforme a su destino, satisfaciendo el interés comunitario que consiste en la realización solidaria de fines urbanísticos, éticos, espirituales y económicos.

III. Objeto

1. La legislación o reglamentación urbanística, de carácter público, ha introducido profundas innovaciones en materia de suelo, al establecer un ordenamiento específico mediante planes urbanísticos, que se extienden a la determinación de las diversas especies del suelo, según su destino, a la regulación de su utilización, y aún al contenido y ejercicio de los derechos privados sobre cada una de ellas.

Esta coexistencia de normas de derecho público urbanístico y normas de derecho privado, puede comportar restricción de las últimas. Por ello conviene afirmar que aunque los planes de urbanismo son de competencia exclusiva del Estado, los mismos, si bien inspirados en la idea de la función social, deben respetar los derechos fundamentales de los individuales, ser establecidos en colaboración con éstos y mantener una adecuada proporción entre suelo destinado a espacio de carácter público y suelo destinado a espacio de carácter privado.

2. Como medio de cumplimiento de la función económico-social de la propiedad urbana, adquiere especial importancia la noción del edificio, en cuanto satisface la necesidad primordial de procurar habitación al individuo y a la familia. Esta aptitud se manifiesta a través de relaciones jurídicas diversas, tales como propiedad horizontal y copropiedad por pisos; propiedad superficiaria; concesiones de goce y uso; reservas de sobre-elevación, que llevan a una división del edificio y sus elementos objetivos por planos y volúmenes, y aun a separar propiedad del suelo y propiedad del edificio. Esta diversidad de fórmulas muestra cómo el derecho privado reconoce suficientes medios jurídicos para facilitar el acceso a la vivienda.

IV. Adquisición

La importancia de la vivienda ha producido la intensificación de las relaciones contractuales sobre propiedad inmobiliaria urbana, ya en las ciudades, a través del régimen de propiedad horizontal, ya fuera de las mismas, por medio de barrios y complejos urbanísticos.

La práctica ha desbordado los moldes negociales típicos y ha precisado nuevas formas contractuales atípicas para atender a las necesidades sociales. Consecuentemente, deben adecuarse a estas necesidades las figuras jurídicas ya reconocidas por los ordenamientos positivos y que constituyen los medios tradicionales de adquisición. Por otra parte, es recomendable el nombramiento de comisiones de juristas de distintos países de la Unión para el estudio de las nuevas figuras negociales, contractuales y asociativas, con el fin de que, con conocimiento de las soluciones aceptadas por los distintos países, se vea la posibilidad de su adaptación a cada legislación particular.

Entre estas figuras dignas de estudio, pueden citarse la permuta del solar por piso o local futuro, compraventa con reserva de dominio, fideicomiso, comunidades de bienes para la edificación, cooperativas, sociedades inmobiliarias, etc.

Una vez aceptados los nuevos tipos negociales, por estimar que se adecúan a las necesidades sentidas por el respectivo país, procede intentar sean disciplinados legislativamente, para su uniformidad y certeza.

Es necesario se establezcan adecuados medios de financiación a través de entes estatales, paraestatales, mixtos y privados, y se estimule a los futuros adquirentes con desgravaciones fiscales respecto al propio acto adquisitivo y a su posterior uso y tenencia.

V. Límites y protección

1. El concepto clásico admitía límites para la propiedad inmobiliaria, tales como las servidumbres legales, concebidas como relaciones de vecindad entre propiedades contiguas.

El concepto moderno de la función social ha acentuado estos límites incluyendo restricciones tanto de orden objetivo (de interés general), como en el ejercicio de los derechos subjetivos (de orden privado). Es lo que resulta de la evolución de las legislaciones positivas de los distintos países.

2. La protección de la propiedad urbana se relaciona con la de la propiedad inmueble en general. La mayoría de los países miembros de la Unión reconocen al titular del derecho de propiedad, medios de protección frente a la actitud de aquellos que perturban el ejercicio de su posesión, ya sea en forma total -acción reivindicatoria- o parcial -acta negatoria.

Las acciones netamente posesorias tales como las de daño posible, denuncia por una nueva obra, etc., protegen asimismo la propiedad. Deben mantenerse estas acciones y hasta estudiar otras a fin de determinar en un orden general su aplicación a las legislaciones que no las reconocen actualmente: acción rescisoria, declarativa, etc.

Finalmente, para asegurar mejor la protección de la posesión, conviene que al aplicar todo lo que se dijo en Atenas con respecto de la publicidad en el Registro, se llegue a que todas las acciones vinculadas con las transmisiones inmobiliarias urbanas sean consignadas en el Registro.

VI. Intervención notarial

1. Se ratifica, de acuerdo con el criterio de anteriores congresos, la competencia notarial para asesorar e instrumentar en escritura pública los diversos negocios contractuales o asociativos en materia de propiedad urbana. Igualmente en materia de actos que declaren modificaciones físicas (obra nueva).

2. Conviene que se intensifique la intervención del Notario en todas las etapas del proceso adquisitivo de la propiedad inmueble urbana pues el notario cumple una función cautelar que afirma la paz y la seguridad jurídica.

3. Procede se haga notar a los Poderes Públicos la eficaz intervención del notariado en la configuración de negocios atípicos para atender a la problemática surgida en materia inmobiliaria urbana; y que se intensifique la relación entre el Estado y el Notariado para el estudio de las leyes que, en su caso, hayan de promulgarse en esta materia.

TEMA: II

El Notariado en el mundo moderno. Expansión de la actividad de la administración pública en la contratación privada. El acto público notarial y su función esencial en la sociedad contemporánea y en el tráfico jurídico

El XII Congreso Internacional del Notariado Latino,

Considerando:

Que la expansión de la actividad de la administración pública en la contratación privada, que trae consigo la publicitación del derecho privado, es un fenómeno del mundo moderno que se expresa en tres tendencias:

- 1) Control de ciertos contratos en salvaguarda de los intereses públicos (directivas, permisos y licencias de índole fiscal, monetaria, etc.; reglas de protección a la industria o comercio nacional, de urbanización, etc.).
- 2) Control del contrato en que la administración es parte, bien sustituyendo la intervención del notario por la de un funcionario dependiente de aquella, bien contratando directamente sin la intervención de notario ni funcionario autorizante alguno.
- 3) Supresión de la intervención del notario en ciertos contratos, sustituyéndola al efecto por funcionarios o entes burocráticos.

Considerando:

- 1) Que la primera fase de esta expansión contribuye frecuentemente, debido a la no coordinación y proliferación de sus manifestaciones, a crear dificultades al tráfico jurídico y económico.
- 2) Que en el segundo aspecto, la eliminación del notario, sea o no sustituido por otro funcionario, entraña un grave riesgo en cuanto una de las partes se encuentra en posición de inferioridad respecto de la otra.
- 3) Que en el tercer caso, los particulares corren el riesgo de perder las garantías de seguridad y certeza que ofrece el acto público notarial.

Considerando:

- 1) Que la función de dotar de seguridad y certeza a los contratos es una necesidad social, cualquiera sea la estructura o el sistema vigente; y debe ser confiada a una persona en quien el Estado la delega para su realización del mejor modo posible.
- 2) Que en los países con Notariado de tipo Latino ya existe un servicio público, costado por los usuarios, organizado y controlado por el Estado para el cumplimiento de aquella función, encomendándola a los notarios, especializados en

el quehacer de la contratación, a los que se les exige una formación adecuada, una moralidad intachable y una imparcialidad absoluta.

Propone:

Que se afirme

- 1) La necesidad de la intervención de una persona investida de la función pública, competente e imparcial en todo tipo de contratación, aun y sobre todo cuando una de las partes sea una persona u organismo público.
- 2) Que la única persona idónea para cumplir esta función en una forma adecuada es el notario, dado que él es garantía de imparcialidad y competencia científica.
- 3) Que el notario es el único que puede ofrecer a la administración pública una colaboración útil y suficiente a sus actividades contractuales para bien del interés social, creando los instrumentos idóneos para ello.
- 4) Que el Notariado haga lo posible para proponer a los legisladores y autoridades administrativas normas claras, coordinadas y de fácil aplicación.

Considerando:

- 1) Que en ciertos países se derivan graves consecuencias de la previa instrumentación privada de los negocios, en especial aquellos con tanta trascendencia socioeconómica como los destinados a la adquisición de la vivienda; que esa previa instrumentación privada suele obedecer, en parte, a las demoras del proceso notarial de escrituración, como consecuencia de las trabas burocráticas que retardan y complican los informes administrativos que el notario debe solicitar en dichos países.
- 2) Que la rápida transformación del mundo moderno implica en la contratación una constante y creciente atipicidad y complejidad negociales.
- 3) Que el notario, ante los cambios estructurales y de todo tipo de la sociedad en que tiene que vivir, debe responder como un hombre de su época.

Propone:

Que se afirme

- 1) Que se instrumente el negocio en escritura pública dentro del más breve plazo posible, eliminando o promoviendo la desaparición de las trabas que retardan y complican los citados informes administrativos. De ello no se derivarán más que beneficios para los particulares y también para el Estado.

2) Que nuestra labor configuradora adquiere una trascendental importancia ante la creciente atipicidad y complejidad contractual del mundo moderno.

Que el Notariado, para hacer frente a esta labor, debe recorrer el camino de una formación cada vez más acusada a fin de aumentar su capacidad de respuesta ante los nuevos hechos y el nuevo derecho.

3) Que el Notario, en su continua y necesaria actividad de adaptación, debe estar preparado para contar con todos los instrumentos que la ciencia y la tecnología pongan a su alcance.

4) Que el Notariado tenga a su cargo el proceso jurídico completo, desde el primer acuerdo de voluntades hasta la defensa de la totalidad de las consecuencias jurídicas del acto documentado, incluida su incorporación a los instrumentos técnico-jurídicos de la publicidad.

Considerando:

- 1) Que en el mundo moderno el tráfico jurídico está cobrando carácter internacional debido a las facilidades del transporte.
- 2) Que a falta de una legislación unificada los particulares necesitan un servicio jurídico homogéneo.
- 3) Que los Notarios de cada país, debido a las garantías comunes propias a la autenticidad, somos los más indicados para dar ese servicio.

Propone:

Que los Notariados de cada país tomen todas las iniciativas necesarias para:

- 1) Que a los particulares se les comunique que encontrarán en los notarios extranjeros un servicio jurídico similar al que existe en sus países de origen.
- 2) Que a fin de alcanzar la homogeneidad del servicio jurídico los notariados de cada país intercambien los resultados de su investigación, de su experiencia y de su técnica.

Finalmente:

Afirma la preeminencia del Derecho como instrumento moderno de la economía.

Recuerda que toda expansión económica durable exige la instauración de un derecho claro, despojado de funciones inútiles, creador de itinerarios simples, comprensible para todos y si es posible, aplicable en todas las naciones.

Ofrece a quienes, en las distintas escalas jerárquicas, tienen a su cargo las decisiones, los beneficios de la autenticidad, de su equidad y de su universalidad, de las que los notarios son sus guardianes y servidores legítimos.

Y propone que el notariado desarrolle los organismos y medios para promover de manera permanente los objetivos mencionados.

TEMA: III

Valor y eficacia de las resoluciones de divorcio en el Derecho Internacional Privado

1. Comisiones de Estudio

El XII Congreso Internacional del Notariado Latino:

VISTO el interés manifestado por la 3ª Comisión para el estudio de los problemas de derecho internacional privado y de derecho comparado.

RECOMIENDA a las Comisiones de Asuntos Americanos y de Asuntos Europeos la creación, en el seno de cada una de estas Comisiones, de una sección encargada de estudiar los problemas contemplados y poder proponer soluciones.

CONSIDERA asimismo creadas las secciones referidas, la posibilidad de establecer contactos en vista de llegar a soluciones comunes entre las secciones de los dos Continentes, semejante a los que actualmente existen entre las Comisiones de Asuntos Americanos y la Comisión de Asuntos Europeos que se reúnen periódicamente en Comisión plenaria.

Emite el voto de que los componentes de las secciones contempladas sean designados por las Comisiones respectivas entre notarios internacionalistas reputados.

2. Capacidad del notario en la calificación de sentencias extranjeras

Considerando:

I. Que la resolución de divorcio tiene valor constitutivo de la situación personal de "divorciado",

II. Que la situación de "divorciado" es una circunstancia personal del compareciente o representado en el documento notarial, que siempre debe expresar éste, y

III. Que la circunstancia de estar "divorciado" exige, en determinados casos, una especial valoración de la capacidad del compareciente o representado, en relación con el acto o contrato que debe formalizar el notario.

Propone:

1. *En la comparencia.* La expresión de "divorciado" como circunstancia personal del compareciente o representado en un documento notarial, se ajustará en todo caso a las normas generales referentes a su determinación.

Además, en aquellos casos relacionados con el matrimonio disuelto, en que se exijan menciones especiales, como son entre otras, las que afecten a su régimen económico matrimonial o a las relaciones paterno-filiales, se observarán las normas especialmente establecidas para cada caso.

2. *En relación al examen de capacidad.* El examen y valoración de la capacidad del "divorciado", sea compareciente o representado, deberá efectuarse por el notario; y cuando la circunstancia de "divorciado" haga necesario un especial análisis de capacidad en relación al acto o contrato que se pretende otorgar, el notario tendrá el deber de exigir que le sea acreditada la resolución de divorcio mediante el documento auténtico adecuado del que resulte el texto íntegro de la resolución y su carácter de firme a dichos fines.

3. Si el documento que acredita la resolución de divorcio no expresase la competencia de jurisdicción, la composición del proceso o cualquier otro elemento necesario para el examen o valoración de la capacidad jurídica, el notario podrá exigir que le sean acreditados por medio de otros documentos auténticos. El notario podrá utilizar los documentos que acrediten la resolución de divorcio sin que sea preciso, en ningún caso, un previo "exequátur" de ellos, cuando lo haga a los fines del examen de capacidad.

4. Con el objeto de permitir al notario la utilización de reglas ciertas que le permitan comprometer su responsabilidad con seguridad y asegurar la solidez del tráfico jurídico, la Comisión recomienda a la Unión promover, a todos los niveles, el intercambio de información y de impulsar la ejecución de las convenciones internacionales ya existentes en la materia, como así también la promoción de nuevos acuerdos internacionales.

3. Jurisdicción voluntaria. En atención a:

La Resolución de París de 1954, relativa a la función que compete al notario, en mérito de su contacto diario con el público.

La Resolución de México de 1965, en cuanto a la competencia notarial en los actos privados donde no existe contienda judicial.

La necesidad de lograr mayor soltura y eficacia en la solución de los problemas que plantea la quiebra de la unión matrimonial.

Y considerando que:

La intervención del notario como elemento primario de consulta y por su estrecha vinculación con las familias vinculadas a él, es el profesional que se encuentra en mejores

condiciones para solucionar esos problemas en cuanto a obtener: la reconciliación de los cónyuges, la mejor atención de los derechos y deberes de los hijos, no sólo en cuanto a sus personas sino también en lo relativo a los bienes,

Declara:

Que los procedimientos de jurisdicción voluntaria en materia de reconciliación matrimonial; elaboración de acuerdos previos al divorcio; a la guarda de los hijos y a la custodia y administración de sus bienes,

Deben ser confiados, en los países de Derecho Latino, a los Notarios.

Y reclama del Consejo Permanente de la Unión la realización de las gestiones pertinentes para obtener que esa aspiración se concrete en normas positivas en cada uno de los países adheridos.

4. - Publicación del trabajo realizado por el coordinador internacional del Tema III, notario Ángel Martínez Sarrión

VISTO la relación efectuada por el Notario Ángel Martínez Sarrión de los sistemas de divorcio vigentes en los países, según los estudios realizados en el XI Congreso de Atenas.

Esa relación, en base a los mencionados trabajos presentados en Atenas, ofrece un panorama de la legislación vigente en los distintos países que integran la Unión, clasificado de la siguiente manera:

Países americanos que admiten el divorcio vincular.

Países europeos que admiten el divorcio vincular.

Países que no admiten el divorcio vincular.

Exposición sistemática de los ordenamientos legales de los países de la Unión que no han aportado ponencia.

Considerando:

Que es un trabajo de real importancia para los estudiosos del derecho que desean abocarse al análisis del derecho comparado, en esta materia y también para los estudiantes de derecho, por lo cual se propone la publicación y distribución del mismo entre todos los países que lo integran.

En consecuencia,

Se aprueba la publicación y difusión en los países miembros del trabajo del notario Ángel Martínez Sarrión.

Asuntos que pasaron a las Comisiones de Estudio creadas en el Punto I del Tema III

I) La subcomisión, compuesta por los señores: Dr. D. G. Swanenburg de Veye (Holanda); Dr. Dietrich Heinecke (República Federal de Alemania); Dr. Prof. Jeffrey Talpis (representante tanto del notariado canadiense como de la Universidad Naval); Dr. M. E. Vesci (Italia), presenta al término de sus trabajos el siguiente comunicado, resultante de una perfecta identidad y unanimidad de intentos y conclusiones:

La indagación de si las leyes de un estado deben o no pronunciarse a favor de la institución del divorcio es materia que no entra en la específica competencia profesional de los escribanos y del notariado. En el transcurso de intercambios de opiniones entre los componentes de esta Subcomisión, se ha podido deducir para aquellos estados en los cuales la institución del divorcio está vigente desde hace muchos años y que están en camino de modificar las leyes en lo que a él se refiere, que hay una tendencia general sobre las causas adoptadas, dando fundamento a la demanda principal para otorgar preeminencia, cuando no la exclusividad al requisito objetivo de la ruptura del vínculo matrimonial antes que al requisito subjetivo de la culpa además de la precisa tendencia (de la primera derivante) de admitir el divorcio por mutuo consentimiento entre los cónyuges.

En cada caso cualquiera sea la causa por la cual se pronuncia el divorcio, se ha tomado en cuenta que puede existir el acuerdo entre cónyuges que están en vías de divorcio, acerca de las relaciones y acuerdos patrimoniales que les atañen, incluyéndose los que se refieren a los alimentos y mantenimiento correspondientes y es en este sentido que nosotros auspiciamos pueda desarrollarse más ampliamente la actividad notarial en forma paralela a aquella de la autoridad judicial: tanto por intermedio de la estipulación preventiva de actos y hechos sujetos a "condición" o a las sucesivas homologaciones del juez del divorcio como a través de la estipulación sucesiva de actos realizados por mandato expreso en este sentido por parte del juez del divorcio.

En cuanto al tema que se refiere el derecho internacional privado y con especial referencia a las convenciones internacionales entre los estados, auspiciamos:

- a. En materia procesal la introducción de la posibilidad de iniciativas también notariales de obtener la declaración judicial de sentencia extranjera de divorcio que tenga validez en el ordenamiento correspondiente.
- b. La presencia del representante de la Unión Internacional del Notariado Latino como Miembro permanente frente a cada conferencia o comisión internacional, la cual tenga entre sus objetivos la preparación de convenciones entre estados o "modelli di

leggi" (modelos de leyes) en cuanto a nivel de conclusión, una fundamental aplicación de las leyes y de los tratados es deber y labor de los escribanos.

II) La Comisión III ha producido dos despachos en el tema específico sometido a su consideración:

1. Propuesto por la Delegación española.
2. Propuesto por la Delegación argentina con el apoyo parcial de la

Delegación uruguaya

El primero contiene una serie de iniciativas muy interesantes, algunas muy novedosas, que por esa misma circunstancia requieren detenido estudio.

El segundo sigue los lineamientos propuestos por Coordinador Internacional y se ajusta a la interpretación del derecho vigente en las legislaciones que admiten el domicilio, como base para la determinación de la Ley aplicable y la jurisdicción competente.

La Delegación argentina no cree que deba procederse en esta circunstancia a votación de esas ponencias.

Lo dificultoso de los problemas que plantea el divorcio, el peligro de adoptar decisiones que pudieran ser precipitadas, la atención minuciosa que requiere todo lo vinculado a la familia, a los hijos y a los demás efectos derivados del divorcio, exigen un meditado estudio del tema.

Ello no es posible aquí, por cuanto el trabajo de la Delegación española, al igual que el de los demás países, ha llegado a conocimiento de los delegados integrantes de esta Comisión simultáneamente con la apertura de este Congreso.

Ello es motivo suficiente para que se posponga la adopción de una resolución en favor de una o de otra ponencia.

Lo prudente es derivar su estudio profundo a una comisión para que en el próximo congreso se fije el pensamiento de los países miembros de la UINL con verdadero conocimiento de las iniciativas propuestas por la Delegación española.

En mérito a que en el seno de este primer Plenario se ha creado la comisión que se encargará del estudio de los temas vinculados al D. 1. P., es correcto derivar a la misma el estudio y la elucidación de los problemas que dicha ponencia plantea.

4. Propuesta de la Representación española

(Juan Vallet de Goytisolo, Roberto Blaquet Uberos y Vicente L. Simó Santonja).

A fin de armonizar en lo posible la contraposición de los sistemas de normas de conflictos continental-europeo y angla-americano se propone: la competencia alternativa con las limitaciones que después se expresarán de las siguientes leyes:

- a) La nacional que fue considerada como ley de matrimonio.
- b) La del último domicilio permanente del matrimonio.

Para los casos excepcionales de que alguno de los cónyuges sea apátrida, sin residencia fija o refugiado por lo cual no puede tener lugar la aplicación de la ley del último domicilio común ni de la ley nacional, sin que tampoco pueda determinarse cuál fue la ley de su matrimonio, se propone supletoriamente la aplicación de:

- a) La ley nacional o la del último domicilio permanente del otro cónyuge si éste fuese el demandado.
- b) La ley nacional del cónyuge demandante si en su país hubiese tenido su domicilio permanente en algún momento el matrimonio y en él lo tuviese el demandante por lo menos desde un año antes a la interposición de la demanda: o, aunque se diese solamente esta última circunstancia, si el demandado fuese apátrida o de domicilio indeterminado o lo hubiera cambiado después de haber dado lugar a la causa de divorcio o separación invocada.
- c) La Ley del domicilio del demandante si éste coincidiera con el último del matrimonio o con el del demandado.

No obstante lo indicado en la propuesta anterior, se propone reconocer la facultad que rechaza el pleno reconocimiento del divorcio a los estados cuando afecte a personas ligadas a él, por vínculo de nacionalidad o de domicilio permanente.

Esta facultad se circunscribe a los supuestos de haberse aplicado una ley diferente a la propia en el caso de que ésta no reconozca el divorcio o no la admita por las causas determinantes o de que lo rechace por motivos de orden público o de fraude de la ley.

Para resolver el conflicto de jurisdicciones se propone la aceptación alternativa.

- a) De las jurisdicciones competentes según la ley nacional.
- b) De las jurisdicciones competentes según la ley del país del domicilio.

Sin perjuicio de admitirse la posibilidad de rechazo o no reconocimiento de la resolución por el Estado donde radique el domicilio o por el Estado por cuya ley nacional se rijan los cónyuges, cuando sus leyes respectivas no admitan para el caso contemplado el divorcio si éste hubiese sido dictado por la otra jurisdicción.

Lo expuesto en esta propuesta incluye también los diferentes tipos de divorcio o separaciones legislativas, canónicas, administrativos o voluntarios reconocidos por la ley nacional competente o por la del país del domicilio permanente,

No obstante la facultad de rechazo prevista en las propuestas segundas y párrafo segundo de la tercera, y con el fin de atenuar sus efectos se propone: que pueda producirse la conversión del divorcio, no admitido por el país que efectúa el rechazo, en separación de bienes, o viceversa de la separación de bienes desconocida en uno de los ordenamientos en juego, en divorcio por él reconocido o admitido.

No podrá invocarse como competente la ley cuyo vínculo de conexión con la persona que reclama el divorcio haya tenido lugar después de producido el hecho invocado como causa de divorcio.

Tratándose de divorcio voluntario, éste no podrá ser solicitado sino a partir por lo menos de un año a contar de la adquisición de la nueva nacionalidad o el nuevo domicilio determinante de la ley invocada si la anterior no admitiera el divorcio con carácter voluntario.

También con el fin de paliar la inseguridad contractual que en los países regidos por la ley nacional pueda ocasionar la contratación por divorcio que se mantienen en ese estado y especialmente, si han verificado nuevas nupcias, y asimismo en lo referente al problema de la validez de éstas, dimanante de una ley nacional distinta se propone: la adopción de la excepción de protección nacional en virtud de la cual ningún contrato pueda ser anulado fundándose en una incapacidad no reconocida por la *lex loci contractus*.

La pensión alimenticia deberá fijarse por la ley del divorcio sin perjuicio de que la mujer pueda reclamarla mayor, si le corresponde ya sea conforme la ley nacional del marido o la del país del domicilio de éste al producirse el divorcio si coincidiera con el del último domicilio del matrimonio.

La capacidad de uno y otro cónyuge para reconocer hijos naturales concebidos después del divorcio debe regularse por la ley personal de quien efectúa el reconocimiento sin perjuicio de que la excepción de orden público de la *lex foci* pueda significar un impedimento de ámbito territorial para la eficacia de tal reconocimiento.

La capacidad de un divorciado para adoptar deberá regirse por su ley personal sin perjuicio de las limitaciones que puedan surgir de la ley personal del adoptado.

Se propone que la posibilidad de rechazar la validez de las segundas nupcias por razón de orden público quede circunscripta:

a) Tratándose de la ley nacional de cualquiera de los cónyuges las nuevas nupcias de personas sometidas a la ley o domiciliadas en el territorio nacional.

b) Tratándose de la ley del país del domicilio conyugal, respecto de las contraídas por quienes en él habían residido ya casados, antes de divorciarse.

En cambio, en cualquier otro caso se propone que no pueda invocarse la excepción de orden público frente a las nuevas nupcias de divorciados con anterioridad de adquirir vínculo alguno de conexión con el Estado de que se trate, sin perjuicio del impedimento matrimonial que el anterior matrimonio pueda producir conforme a la legislación de éste aplicable a las nuevas nupcias si éstas están sometidas a su propio ordenamiento.

En lo relativo a la custodia de los hijos, administración y disposición de sus bienes y a su patria potestad, se propone:

1. Para las medidas preliminares y urgentes, deberá estimarse competente la *lex fori* si en su país tienen los hijos la residencia aunque sea circunstancial.

2. En cuanto a todo lo demás se propone la competencia:

a) De la ley del matrimonio.

b) De no poder precisarse ésta, de la que al declararse el divorcio fuese la común ley personal de ambos padres.

c) De no poderse aplicar tampoco este criterio por la ley personal del cónyuge que ostentase la patria potestad al declararse el divorcio en caso de ser inocente o de ser ambos culpables.

La aplicación del principio de protección de los nacionales debe dar lugar, cuando se den sus supuestos, a que el notario autorizante de un acto o negocio en que los hijos menores estén representados, pueda estimar, en principio, que su representación corresponde al padre, salvo prueba en contrario, o bien que otra cosa resulte de la sentencia de divorcio válida según la *lex fori*.

Con el fin de evitar que determinadas crisis matrimoniales desemboquen en el divorcio, se propone a los países miembros de la Unión que aconsejen a sus respectivos Estados que se permita siempre que, después de contraído el matrimonio, puedan otorgarse capitulaciones matrimoniales o contrato de matrimonio, modificando el anterior régimen matrimonial o el régimen legal, para poder pactar la separación de bienes y liquidar la sociedad conyugal, o bien que simplemente pueda autorizarse la posibilidad de esta liquidación entendiéndose a partir de entonces el matrimonio en separación de bienes.

La liquidación de la sociedad conyugal deberá regirse por la misma ley reguladora del régimen económico matrimonial, que asimismo será la competente para determinar la pérdida o no de las ganancias por el cónyuge culpable en su caso.

En los regímenes que apliquen la excepción de orden público al divorcio vincular los efectos patrimoniales de éste, deben poderse reconducir a los que se producen en ellos en los supuestos de separación de cuerpos, aplicando a la liquidación del régimen económico matrimonial las normas de liquidación previstas en la misma ley para la separación de cuerpos admitida por ella.

Igualmente la ley del régimen de bienes de la sociedad conyugal deberá determinar las reglas de administración de los bienes mientras la liquidación se realiza y también aquellas formalidades a las que deberá sujetarse el cónyuge a quién corresponda dicha administración de los bienes comunes en tanto no se halle finiquitada su liquidación.

Para los actos en que el divorciado realice alguna adquisición satisfaciendo el precio con dinero, en mano o a crédito, y para los sucesivos actos de disposición de dichos bienes o de cualquier otro adquirido después de divorcio, se propone que no se considere necesaria la previa liquidación de la sociedad conyugal, salvo que conste secuestro judicial o anotación registral, de los que resulte la afección de tales bienes a las consecuencias de dicha liquidación.

Se propone que a todos los efectos, inclusive los sucesorios, el criterio del favor matrimonio respecto de los hijos en virtud del cual la nulidad del matrimonio no impide que se produzcan a favor de ellos los mismos efectos que producirían de ser válidos, sean extendidos en el ámbito del derecho internacional, de modo que: en todo caso los hijos habidos de estas anteriores nupcias se reputen legítimos aunque viva el anterior cónyuge del bñubo cuando la validez de las nuevas nupcias sea aceptada por cualquiera de las siguientes leyes: La ley del nuevo matrimonio, la ley del divorcio, la ley personal de cualquiera de los cónyuges o la ley del foro.

La ley de la sucesión de un divorciado no puede ser otra que aquélla que al causarse la sucesión sea su propia Ley personal.

El conflicto de calificaciones que puede plantearse en cuanto a los derechos individuales del cónyuge inocente en las nupcias disueltas u objeto de separación, o del cónyuge de las ulteriores nupcias, entre esta ley personal del causante y la ley del régimen de bienes del matrimonio disuelto o separado, se estima debe resolverse, conforme a las proposiciones emitidas en el Congreso de Munich, con el mayor respeto para los derechos adquiridos, si así hubieran de estimarse conforme a cualquier ley en cualquier momento vigente que haya tenido alguna conexión con el matrimonio o la sucesión de que se trate.

5. Propuestas de las Representaciones

Argentina (Francisco Ferrari Ceretti) y Uruguay (Doella Terra Corbo)

Atento el orden propuesto por el Coordinador Internacional sobre este tema en cuanto a los criterios aconsejables para los países miembros de la U.I.N.L. se propone:

1) Capacidad personal de los divorciados

a. La capacidad para contratar de los divorciados resultará de la efectiva disolución del régimen matrimonial con la pertinente distribución y adjudicación de los bienes que la integran, resultante de la resolución o del acto extrajudicial otorgado en el extranjero, según el derecho en él vigente.

b. La capacidad nupcial -La aptitud para contraer nuevas nupcias por los divorciados resultará del carácter que la legislación del lugar de la celebración de esas posteriores nupcias atribuya a los efectos de la resolución del divorcio.

2) Validez o no de las nuevas nupcias. Supuestos en que incide o no la excepción del orden público.

a. Validez de las nuevas nupcias. La validez de las nuevas nupcias se analizará a través de la ley que regula la capacidad para contraer matrimonio.

b. Supuestos en que incide o no la excepción del orden público. La excepción del "orden público" internacional podrá hacerse valer cuando la resolución extranjera de divorcio contravenga las normas locales en materia de jurisdicción competente y ley aplicable.

3) Situación de los hijos respecto a su persona y a la patria potestad.

a. Las relaciones paterno-filiales en cuanto a la calificación de su filiación, se regirán por la ley de celebración del matrimonio y la patria potestad, sus bienes y los demás derechos y obligaciones, serán resueltas por la ley personal de los padres.

b. Los hijos del matrimonio disuelto conservarán todos los derechos que las leyes les acuerden respecto a su persona y los padres la patria potestad siempre que no hayan incurrido en causales que motiven la caducidad de ese derecho.

c. En cuanto a los hijos de la nueva unión, si el matrimonio se hubiera contraído en fraude a la ley, sólo tendrán los derechos que las leyes les acuerden si es que fueren reconocidos por sus padres u obtuvieren el reconocimiento en el pertinente juicio.

4) Régimen económico matrimonial y capacidad patrimonial.

El régimen económico matrimonial se regirá por la ley que regule dichas relaciones con anterioridad al divorcio, en todo lo que sobre materia de estricto carácter real no esté prohibido por la ley del lugar de su ubicación.

En cuanto a los bienes muebles que tengan ubicación permanente también serán regidos por esa ley.

Los casos de muebles que siguen a su propietario serán regidos por la ley personal de éstos.

En cuanto a la capacidad patrimonial, está contemplada en el 1) inciso a. de esta ponencia.

5) Problemas de conflicto jurisdiccional y de valor extraterritorial de las resoluciones.

a) Cuando existan convenios internacionales, las cuestiones que se susciten deberán resolverse de acuerdo a ellos.

En su defecto se aplicarán las normas de derecho internacional privado nacionales del Estado donde se pretendan hacer valer.

b) Las resoluciones dictadas por jueces o autoridades con competencia internacional que estén ajustadas a las normas de la "lex fori", tendrán plena validez en el lugar en que se dictaren y en los países donde pretendan hacerse valer.

c) Las medidas urgentes que conciernan a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y al de la tutela o la curatela, se rigen, en cada caso, por la ley del lugar en donde residen los cónyuges, padres de familia y tutores o curadores.

6) Incidencia del fraude de Ley

Las resoluciones extranjeras de divorcio carecerán de eficacia si el proceso se hubiera incoado en fraude a la ley con relación al país en el que se pretenda su reconocimiento o ejecución.

7) La excepción de protección nacional.

Se recomienda su aplicación, como un medio que asegure la validez de los actos y negocios jurídicos y proteja la buena fe de los terceros.

8) Calificación de la ley personal

Cuando se habla de la ley personal, se hace referencia a la de la nacionalidad o a la de domicilio, según sea lo que determinen las leyes de los distintos países.

La representación uruguaya suscribe la adjunta proposición de la Delegación argentina con las siguientes reservas:

a) El numeral 3), apartado e), por los fundamentos expuestos en el numeral 6).

b) El numeral 6), al considerar que el fraude a la ley: a) quita seguridad a las resoluciones judiciales, porque su noción se integra como un elemento subjetivo, cuya prueba es difícil de suministrar, quedando librada a la apreciación judicial; b) solamente se ha aceptado, principalmente por la jurisprudencia, en función del derecho local que se pretende burlado; c) ha sido expresamente rechazada por los más modernos textos codificados, por lo que proponemos: que sea eliminado en las resoluciones de este Congreso (art. 21, Título Preliminar. CC Portugués).

c) El numeral 7) por entender que la excepción de la "Protección Nacional" debe desecharse, en virtud de que significa un privilegio basado exclusivamente en interés de los nacionales del Estado que lo hace valer.

TEMA: IV

Sociedades Comerciales

I. Sociedades Comerciales

El XII Congreso Internacional del Notariado Latino:

a) Estima que nada se opone en el terreno de los principios y de "jure condendo" a que el comerciante o empresario individual pueda limitar su responsabilidad a los bienes que componen el activo de su empresa y, por otra parte, que tal fin se alcanza habitualmente por medios indirectos que han consagrado una práctica que conviene sancionar y encaminar debidamente.

Propone pues, en términos generales, se permita al comerciante o empresario individual limitar su responsabilidad.

b) En orden al procedimiento técnico a través del cual pueda obtenerse aquel fin, y ante las dos posibilidades que existen al respecto: sociedad de un solo socio, o articulación de la empresa como patrimonio separado considera más aconsejable esta segunda vía por cuanto en muchos países se estima que la misma evita la contradicción que implica hablar de sociedad de un solo socio y porque no da lugar a una duplicidad eventualmente peligrosa entre la persona del titular de la empresa y la personalidad jurídica reconocida al ente social, lo que puede plantear cuestiones relacionadas con la necesidad de desestimar la personalidad jurídica de la que necesariamente gozaría la sociedad de un solo socio.

Esto no obstante y supuesto que, aunque legislativamente se sancione el reconocimiento directo de la empresa como patrimonio separado, no cabe excluir la posibilidad de que, pese a ello, se constituyan sociedades ficticias, e igualmente hay que admitir que quizá muchos países preferirán sancionar la responsabilidad del comerciante o empresario

individual a través de la sociedad unipersonal, o por medio de los dos sistemas indistintamente.

Considera necesario, de una parte, puntualizar, en primer lugar, la forma en que debe disciplinarse la normativa de la sociedad cuando el legislador decida instituir directamente a la empresa concebida como patrimonio separado rechazando la sociedad de un solo socio, y, por otra, formular las características que deben presidir la normativa de las sociedades unipersonales, en caso de que el derecho positivo vigente en un determinado país se decida directamente a dar cabida dentro de su ordenamiento a la sociedad de un solo socio,

Por consiguiente:

a. En lo que concierne a las bases que deben inspirar el régimen jurídico de la empresa individual de responsabilidad limitada, como patrimonio separado recomienda:

1) La empresa deberá constituirse necesariamente en escritura pública notarial que se inscribirá en el Registro Público correspondiente, sin perjuicio de que la constitución se anuncie por medios idóneos.

2) Tendrá que determinarse el objeto de la actividad empresarial que deberá quedar exactamente determinado. El nombre será el individual o comercial del empresario o comerciante con indicación expresa de que se trata de una empresa individual de responsabilidad limitada, lo que deberá figurar siempre de modo visible en su documentación.

3) El capital que se asigne a la empresa deberá, al tiempo de su constitución, quedar íntegramente desembolsado o liberado (totalmente integrado) en numerario o "in natura" (en dinero o en especie). En este segundo caso, los bienes deberán ser valorados por un técnico oficial (perito). El capital tendrá en todo caso el carácter de cifra de garantía o de retención.

4) La reducción del capital sólo será posible mediante la publicación de la decisión pertinente en la forma que se determine y únicamente podrá llevarse a cabo transcurrido cierto plazo. Si antes de expirar éste, algún acreedor empresarial se opusiese a la reducción, ésta sólo podrá llevarse a cabo pagando o asegurando previamente al acreedor disconforme.

5) El activo de la empresa quedará afectado preferentemente al pago de los acreedores empresariales. Si el empresario no pagase regularmente a sus acreedores personales, éstos podrán pedir que se decrete la administración judicial de la empresa para cobrarse con los beneficios que produzca. Si transcurrido un cierto término los resultados de la explotación no hubieren bastado para satisfacerles, tendrán derecho a pedir la liquidación o venta en bloque de la empresa. Sobre el producto de la enajenación tendrán preferencia los acreedores empresariales, quienes serán pospuestos a los personales en

tanto pretendan cobrarse a expensas del patrimonio particular del comerciante o empresario, en el caso de que cese el beneficio de la limitación de responsabilidad.

6) En ningún caso el empresario podrá ser acreedor de su propia empresa.

7) Se podrán crear varias empresas de responsabilidad limitada por una misma persona. En tal hipótesis se hará constar esta circunstancia en la inscripción de la empresa y en la documentación de la misma.

No cabrá que las diversas empresas de un mismo titular contraten entre sí,

8) La contabilidad de la empresa individual de responsabilidad limitada deberá llevarse de acuerdo con las normas propias de cada país sobre esta materia. Pero anualmente la contabilidad habrá de ser controlada por un funcionario técnico designado por la autoridad competente.

Los resultados de cada ejercicio deberán ser anunciados públicamente según el sistema que al efecto se establezca.

Cada país determinará la parte de los beneficios que debe destinarse a la formación de un fondo de reserva.

El incumplimiento de estas obligaciones determinará la pérdida del beneficio de la limitación de la responsabilidad.

9) Si se producen pérdidas que hagan descender el patrimonio neto por debajo de un cierto porcentaje del capital empresario deberá liquidar su empresa o reintegrar aquél. En otro caso perderá el beneficio de la limitación de responsabilidad.

10) La empresa podrá ser transferida "inter vivos", sin consentimiento de los acreedores, o "mortis causa".

La transmisión, modificación o extinción de la empresa individual de responsabilidad limitada deberá constar en escritura pública notarial que se inscribirá en el registro público pertinente.

11) Si la empresa individual de responsabilidad limitada llega a pertenecer a varias personas, deberá transformarse después de un cierto plazo en sociedad de capital. De lo contrario los cotitulares responderán personalmente de las obligaciones de la empresa.

b . En el supuesto de que una legislación adopte el sistema del patrimonio separado como medio de limitar la responsabilidad del empresario, y excluya la sociedad unipersonal, el derecho de sociedades del país en cuestión deberá adoptar en esta materia, las siguientes directrices:

- 1) Se exigirá para la válida constitución de toda sociedad, no sólo la concurrencia de dos o más socios, sino que cada uno suscriba un porcentaje mínimo en el capital social, salvo el caso de fundación por suscripción pública.
- 2) Si se declarase en cualquier caso, que la sociedad es simulada, los socios responderán personalmente de las deudas sociales.
- 3) En caso de concentración de acciones en una sola mano, la sociedad transcurrido el período de tiempo que se señale, deberá transformarse en empresa individual de responsabilidad limitada salvo que se restablezca el número mínimo de socios. En otro caso, el socio responderá personalmente de las obligaciones sociales.

c. Si la legislación de un país determinado acepta la sociedad unipersonal admitirá el principio de que la sociedad podrá ser constituida por una sola persona desde su origen. En todo caso, sea en esta hipótesis, como en la de sucesiva concentración de participantes en una sola mano, el socio único no responderá ilimitadamente.

La disciplina actual de las sociedades de capitales será oportunamente modificada e integrada con referencia especial, sea al régimen de control de la actividad social, sea al régimen de las sanciones, sea al de la publicidad con el fin de una más eficaz y segura tutela de los terceros.

En ningún caso el socio único podrá financiar la sociedad convirtiéndose en acreedor de la misma.

II. - El Levantamiento del Velo de la Personalidad Jurídica en las Sociedades Comerciales

Para aclarar conceptos deben distinguirse los casos en que el resultado ilícito perseguido u obtenido por medio de la persona jurídica puede ser combatido utilizando los medios tradicionales que ofrezca cada ordenamiento al tratar del negocio jurídico, de aquéllos en los que el recurso a estos medios sería inoperante. Es en este segundo grupo de supuestos, en los cuales puede hablarse con mayor propiedad (sin desconocer el valor metafórico de la expresión) de levantamiento del velo de la personalidad jurídica.

Teniendo en cuenta el cometido esencialmente instrumental de la persona jurídica, instituto creado por el Derecho positivo para el logro de ciertos fines prácticos, se entiende que la personalidad jurídica de las sociedades comerciales debe ser desestimada cuando se ponga al servicio de otros fines distintos, con el propósito de defraudar la ley, o cuando, aunque esto no ocurra, la aplicación de la normativa peculiar de la personalidad jurídica conduzca a una solución del caso concreto extraña a la problemática que ha querido resolver dicha normativa y que altere la que directamente debiera haber prevalecido.

La desestimación de la personalidad jurídica en los dos casos puede ser alcanzada por vía jurisprudencial o legal. Es deseable seguir este último camino para resolver el segundo

grupo de hipótesis, a condición de que la intervención legislativa no pretenda tener carácter taxativo.

Recomienda prudencia antes de proceder a la desestimación de la personalidad jurídica con el fin de evitar que pueda padecer la seguridad del tráfico.

III. Necesidad de la Escritura Pública en la Constitución, Modificación y Extinción de las Sociedades Comerciales

Propicia que sea preocupación constante de las instituciones notariales que integran la Unión Internacional del Notariado Latino permanecer vigilantes frente a las reestructuraciones que la evolución del derecho impone a la normatividad societaria de cada país, rechazando la instrumentación privada en los actos constitutivos y modificativos de sociedades, en detrimento de la integral seguridad jurídica que otorga la escritura pública y de la cual carece el instrumento privado. Por esta razón en la mayor parte de las legislaciones se exige que la constitución, modificación y extinción de las sociedades comerciales se formalice en escritura pública.

Por ello, reiterando las conclusiones aprobadas en los Congresos de Río de Janeiro de 1956 y de Montreal de 1961, afirma la necesidad de la intervención del notario en la redacción e instrumentación en forma de escritura pública de toda clase de sociedades comerciales, con el fin de obtener el adecuado resguardo de la seguridad jurídica, garantizar la observancia de la legalidad vigente y conseguir la certeza de las relaciones jurídicas.

En consideración de las garantías antes expresadas, que la escritura pública ofrece, estima a ésta requisito suficiente para los actos de constitución, modificación y extinción de las sociedades comerciales, siendo innecesaria toda otra actuación posterior de control y homologación de su legalidad.