

Dirección General de Registros
Edificio del Recuerdo - 18 de julio 1730
tel 2402 5642 - C.P. 11200
www.dgrrgub.uy

ACTA N° 426. En la ciudad de Montevideo, el once de agosto de dos mil diecisiete, se constituye la Comisión Asesora Registral prevista en el artículo 7° de la ley 16.871, de 28 de setiembre de 1997. Asisten, por la Asesoría Técnica Registral, el Esc. Carlos Ma. Milano, por la Asesoría Letrada, la Dra. Beatriz Gargallo y por la Auditoría Registral el Esc. Pablo Pérez. Fueron convocados además, de acuerdo a la temática a considerar, los Escs. María Claudia Pereiro, Ofelia Lancibidad, Daniel Cersósimo y Daniel Ramos. -----

Ingresan a sala los Escs. Daniel Cersósimo, María Claudia Pereiro y Ofelia Lancibidad. ---

N° 29/2017. Controles registrales de la Ley 19484 – Cap. II. Se ponen a consideración de la sala, las disposiciones contenidas en el Capítulo II de la Ley 19484, en especial de su artículo 37, que establece: *“Las entidades obligadas no podrán inscribir actos y negocios jurídicos en los Registros dependientes de la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura, sin la acreditación de haber dado cumplimiento a las disposiciones de la presente ley”*. Dichas normas fueron reglamentadas por el Decreto N° 166/2017, cuyo artículo 17 establece: *“Las entidades obligadas por la Ley que se reglamenta, no podrán inscribir actos ni negocios jurídicos en los registros dependientes de la Dirección General de Registros, del Ministerio de Educación y Cultura, sin acreditar la recepción de la declaración por el Banco Central del Uruguay, y la incorporación de la misma al registro a su cargo. Asimismo se requerirá la declaración de la entidad de que no han existido modificaciones posteriores a la fecha de dicho certificado. En caso de no estar comprendidas en las obligaciones de identificar o informar previstas en las disposiciones del presente Decreto, deberá acreditarse dicho extremo por certificado notarial o declaración jurada de la entidad, según el acto inscribible requiera o no de intervención notarial.”* Las Escribanas María Claudia Pereiro y Ofelia Lancibidad hacen un detallado informe de las distintas hipótesis del control registral que será necesario realizar en los distintos registros y todos los integrantes de la Comisión coinciden en la necesidad de aclarar cada una de dichas situaciones en una Circular que apruebe la Dirección General de Registros y se aplique en forma uniforme por todas las sedes registrales. Se acuerda encargar la redacción de dicha circular a las Escribanas Pereiro y Lancibidad. UNANIMIDAD.- -----

Se retiran de sala las Escs. María Claudia Pereiro y Ofelia Lancibidad.- -----

N° 30/2017. Contencioso registral – Ana Roa Manzi. Exp. 2017-11-0018-075. La Escribana Ana Laura Roz Manzi promueve proceso de Contencioso Registral contra la calificación registral de los documentos inscriptos provisoriamente en el Registro de la

Propiedad Sección Inmobiliaria de Soriano con los números 512 y 518 de fecha 28 de marzo de 2017. Dichos documentos corresponden a la primeras copias de la escritura de fecha 17 de marzo del corriente año, por la cual Esteban Waldemar Caredozo Mallarine y Laura y Ana Lorena Cardozo Hernández, enajenaron a favor de Joseline y Estephanie Estévez Rodríguez (menores de edad representadas por sus padres Karen Rodríguez y David Estévez), la nuda propiedad del inmueble padrón 5807 de Soriano y a favor de David Estévez (el padre de las menores antes referidas), el usufructo vitalicio sobre el bien descripto. En la cláusula quinta de dicha escritura, el vendedor exonera expresamente al usufructuario, de la obligación de prestar fianza y de la facción de inventario. La observación del Registrador se fundamenta en que la escritura adolece de nulidad absoluta, pues la exoneración referida contraviene lo dispuesto por el artículo 27º numeral 5º del Código Civil. Dicha disposición establece la prohibición de *"hacer remisión voluntaria de los derechos de los hijos"* y el inciso final dispone que *"los actos de los padres contra las prohibiciones de este artículo son nulos"*. La Impugnante fundamenta su oposición con los siguientes argumentos: a) La obligación de afianzar cesa, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3º del artículo 515 del Código Civil, *"cuando el que constituye el usufructo, o bien el propietario, exonera expresamente de la fianza al usufructuario"*, es decir que quien realiza la exoneración es el vendedor, quien se desprende del usufructo y a favor del comprador. El Registrador entiende que son las nudas propietarias, representadas por sus padres, quienes estarían actuando en contra de la referida prohibición legal. Se olvida que ellas no comparecen en la escritura a vender, sino a comprar. Como respaldo a su interpretación, cita a Arturo Iglesias en "Derecho de las cosas", Tomo IV, Derechos Reales Limitados, volumen I, pág. 59, quien distingue entre "quien constituye el usufructo o bien el propietario". Quien constituye el usufructo, será según el caso el enajenante del mismo, o el adquirente de la propiedad en el usufructo constituido en forma reversiva o el testador. Sostiene este autor, que cuando la ley agrega "o bien el propietario" se refiere a la hipótesis de constitución mortis causa. b) Aun aceptando la existencia de nulidad, la impugnante entiende que ésta nunca sería de carácter absoluto. En efecto, el Código Civil distingue en el artículo 1560 dos tipos de nulidades, las absolutas y las relativas: las primeras son las producidas por un objeto o causa ilícita o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza y las segundas son las que refieren a la calidad o estado de las personas que en

Dirección General de Registros
Edificio del Neocatólico - 10 de julio 1730
tel 2402 5642 - C.P. 11200
www.dgrrgub.uy

ellos intervienen. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces, pero cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la anulación del acto o contrato. El citado artículo tiene estrecha relación con el 1261, que menciona los requisitos esenciales para la validez de los contratos (capacidad, consentimiento, objeto y causa). La nulidad absoluta es la consecuencia de la irregularidad máxima, pues el negocio no ha llegado a perfeccionarse, el acto absolutamente nulo es aquel que carece de alguno de los elementos esenciales del negocio o le faltan a estos requisitos constitutivos las calidades exigidas por la ley. En la nulidad relativa, en cambio, el contrato ha llegado a perfeccionarse, existe y produce sus efectos: el vicio que lo aqueja no tiene la entidad suficiente como para impedir la formación del negocio. Este tipo de nulidad, solo puede ser reclamada por aquellos en cuyo beneficio se estableció y es subsanable por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes. El artículo 1562 estableció que ésta no puede ser declarada por el Juez sino a instancia de parte ni puede ser alegada por el Ministerio Público, ni por otros individuos que aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios. En suma, concluye que si se tratara de una nulidad, ésta sería sin lugar a dudas una nulidad relativa, ya que se trataría de una nulidad impuesta en atención a la calidad de las personas que intervienen en el contrato (menores sometidos a patria potestad de sus padres). Cita al respecto, el trabajo del Prof. Esc. Enrique Arezo Píriz (Rev. AEU, Tomo 73, ene-jun. 1987, números 1 a 6, págs. 83 a 97). De no ser menores de edad, la alegada remisión de derechos sería inobjetable, ¿qué es lo que la hace inobjetable? La calidad de las personas respecto de las cuales se están remitiendo derechos. c) Por otra parte, señala que si se alega la nulidad, lo atacable sería el acto de hacer remisión, pero no toda la escritura, criterio avalado por lo dispuesto en el artículo 1300 del Código Civil: *"Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultare la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieren igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza del contrato y a las reglas de la equidad"*. d) Por último, el artículo 65 de la Ley 16871, establece limitaciones a la calificación registral, estableciendo en qué casos no puede admitirse la inscripción definitiva de los actos, negocios y decisiones judiciales. El numeral 2 de dicho artículo no da lugar a dudas al establecer que no se admitirán los que sean absolutamente nulos, siempre que la nulidad resulte del propio instrumento, por lo que concluye que no existe a su entender la posibilidad de negar la inscripción definitiva a un

documento relativamente nulo. El Técnico Registrador del Registro de la Propiedad Sección Inmobiliaria de Soriano, Esc. Leonardo Artigas, informa que la cláusula quinta de la escritura de referencia, que *"exonera al usufructuario de la facción de inventario y de prestar fianza"*, influye directamente en la validez del acto por los siguientes motivos: a) El artículo 514 numeral 2 del Código Civil establece la obligación de afianzar para el usufructuario, pues se entiende que el titular de la nuda propiedad tiene legitimidad a ser garantizado por la fianza, como un acto de ejecución continuada en el tiempo, garantía de que el bien no empeorará ni se deteriorará al momento de que el nudo propietario consolide el dominio pleno. Como consecuencia de ello, entiende que dicha cláusula, al exonerar de la obligación de afianzar, está configurando una remisión voluntaria de los derechos de los hijos (art. 271 num. 5º CC).

b) Entiende que no es el vendedor quien exonera de prestar fianza, sino el nudo propietario, porque quien tiene el derecho de que le respondan ante el deterioro del bien por el usufructuario es el nudo propietario, a quien el Código Civil define como dueño. Y como todo derecho, quien es su titular, es el que dispone y elige cuándo ejercerlo y cuándo no. El vendedor se desprende de la propiedad plena sobre el inmueble y la transfiere a los adquirentes, pero él no conserva derecho alguno. En efecto, resulta sin sentido que quien ya no dispone de derechos sobre el bien, regule una relación jurídica entre los adquirentes, exonerando de un derecho que le corresponde a otro (en el caso, los menores incapaces). Cuando el artículo 515 numeral 3º del Código Civil establece que *"el que constituye el usufructo o bien el propietario, exonera expresamente de la fianza al usufructuario"*, está distinguiendo entre el que constituye el usufructo o el propietario y por otra parte al usufructuario. Si bien en una lectura apresurada de la disposición, parece que puedan coexistir tres sujetos de manera distinta, el legislador lo distinguió a los solos efectos de incluir los modos en que se constituye el usufructo, ya que aquellos legitimados a exonerar, serán, o bien el que lo constituye, o bien el propietario (uno u otro, no ambos), dependiendo el modo en que el usufructo se adquiriera. Si refiere a un acto entre vivos, como en el caso en cuestión, el usufructo se constituye por el otorgamiento de contratantes. Y por eso, el único legitimado para exonerar la obligación de prestar fianza, cuando es por acto entre vivos, es el propietario.

c) Comparte lo expresado por Héctor Medero Pinto (Técnica Notarial IV, 6ª edición. AEU, 2010, pág. 362), quien sostiene que la exoneración de prestar fianza no tiene lugar cuando el propietario sea un menor sometido a patria potestad o un tutelado o curatelado, porque éstos no pueden hacer remisión de sus derechos, de acuerdo a los

Dirección General de Registros
Edificio del Registrador - Tel. de pábulo 11330
tel 2400 5642 - C.P. 11300
www.dgrr.gov.uy

artículos 271 numeral 5º, 412 numeral 6º y 431 del Código Civil. d) Lo dispuesto en materia de protección a los incapaces es de orden público y no puede pactarse en contrario, en especial por lo establecido en el acápite del artículo 271, que tiene carácter imperativo: "Prohíbese a los padres". Entiende el informante, que la índole de esta prohibición, determina el alcance de sus efectos, que se dirigen al negocio jurídico y no a la cláusula. Cuando el legislador ha querido que la nulidad invalide la cláusula y no el acto, así lo establece expresamente como régimen de excepción en la propia norma (como el pacto usurero o lo pactado en contra de los derechos del promitente comprador). En el caso planteado, resulta aplicable la parte final del artículo 271, que establece "*Los actos de los padres contra las prohibiciones de este artículo son nulos*", donde queda claro que la prohibición alcanza al acto jurídico y no a los pactos o cláusulas individuales. El artículo 1300 citado por la impugnante entiende no es aplicable a la especie, dado que refiere a la interpretación de las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultare la validez y del otro la nulidad del acto, debiendo entenderse en el primero. Y no resulta aplicable al caso por dos motivos: uno porque el artículo refiere a las nulidades relativas y aquí estamos frente a una nulidad que entiende es absoluta y otro porque la disposición refiere a las diferencias de sentidos que de una misma cláusula pueden desprenderse, es decir no confronta un acto válido con una cláusula nula, sino que versa sobre una cláusula cuando en ella se desprenden dos sentidos. A su juicio el artículo en cuestión no menciona la supervivencia del acto por encima de la cláusula nula, sino la supervivencia de la cláusula en sí misma, cuando tiene dos sentidos y de ella surge uno válido y otro nulo relativamente. En el caso, se está en presencia de una cláusula que no es susceptible de tener dos sentidos, sino uno solo y que es contrario a una norma prohibitiva. e) Finalmente, considera que en la especie, se está frente a un caso de falta de poder normativo negocial y la consecuencia es la nulidad absoluta. Cita al respecto el trabajo de los Profs. Eugenio Cafaro y Santiago Carnelli ("*Metodología del examen de la eficacia negocial*". Rev. AEU, tomo 90, Nº extraordinario, pág. 21, dic. 2004). Según estos autores, el poder normativo negocial puede faltar por efecto de que el ordenamiento jurídico prive del mismo a un sujeto de derecho en base a una norma expresa. Tal privación no es otra cosa que una prohibición para constituir un negocio jurídico; el comportamiento contrario a esa prohibición legal --esto es la actuación del sujeto sin el poder normativo negocial-- impide que pueda formar el negocio o en otras palabras, el negocio no llega a existir. Señalan como ejemplo de tales

situaciones, entre otras, las previstas en los artículos 271 n° 3 a 7, 412, 984, 1657, 1675 a 1679 y 1771 del Código Civil. O sea que los autores consideran –entre otros– a los actos referidos en los numerales 3 a 7 (incluido el numeral 5 que es el aplicable a este caso), como carentes de poder normativo negocial y de allí su propia inexistencia. La Comisión Asesora estudió y debatió el caso planteado analizando los aportes de la impugnante y del Técnico Registrador. Todos los integrantes están contestes y comparten la opinión y fundamentos expuestos por el Esc. Leonardo Artigas en cuanto a considerar que no es el vendedor quien exonera de prestar fianza, sino el nudo propietario, porque quien tiene el derecho de que le respondan ante el deterioro del bien por el usufructuario es el nudo propietario, a quien el Código Civil define como dueño. También se comparte que la exoneración de prestar fianza no tiene lugar cuando el propietario sea un menor sometido a patria potestad o un tutelado o curatelado, porque éstos no pueden hacer remisión de sus derechos, de acuerdo a los artículos 271 numeral 5°, 412 numeral 6° y 431 del Código Civil. No se comparte, en cambio la consideración de que la nulidad derivada del incumplimiento de la obligación de afianzar sea absoluta y tampoco la conclusión de que ella traiga como consecuencia inevitable la invalidez de todo el negocio. La Dra. Beatriz Gargallo y los Escs. Carlos Milano y Pablo Pérez comparten la opinión de la impugnante de que estamos frente a una nulidad relativa, en virtud de que se trata de una nulidad impuesta en atención a la calidad de las personas que intervienen en el contrato. El artículo 1560 del Código Civil es claro en cuanto a que la nulidad absoluta es la *“producida por un objeto o causa ilícita y la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen”*... *“Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio, produce nulidad relativa y da derecho a la anulación del acto o contrato”*. No comparten que estemos frente a una situación de falta de poder normativo negocial. Cafaro y Carnelli definen que hay falta de poder normativo negocial cuando la ley impone una prohibición de contratar a determinados sujetos de derecho respecto de un tipo negocial ilícito, lo que se comparte, pero no están de acuerdo en considerar que la prohibición del artículo 271 numeral 5, esté incluido en dicha categoría jurídica. En efecto, prohibir a los padres *“hacer remisión voluntaria de los derechos de los hijos”* implica un requisito de protección a los intereses del menor, en otras palabras es un mecanismo establecido por la ley en atención a

Dirección General de Registros
 Ciudad del México, D.F. - Tel: 56 23 17 30
 C.P. 06700 - México, D.F. - México
 www.dgrr.gob.mx

"la calidad o estado de las personas" (art. 1560). Frente a una nulidad relativa, el Registrador no puede observar el documento y corresponde inscribir en forma definitiva, según así surge del artículo 65 numeral 2º de la Ley 16871. El Esc. Daniel Cersósimo, por su parte, manifiesta que de entenderse que la renuncia en cuestión está comprendida en la prohibición del artículo 271 numeral 5º del Código Civil, estaríamos ante una falta de poder normativo negocial respecto de los padres, lo que aparejaría la inexistencia de tal renuncia, pero no la nulidad del contrato *in totum*. Agrega además que, de sostenerse la posición que considera absolutamente nula la compraventa, ello trae como consecuencia inevitable que quienes resultan perjudicados por la nulidad serían justamente los menores de edad, que son los adquirentes de la nuda propiedad del inmueble. Es decir que el mecanismo de protección previsto en la ley para los menores, vendría indirectamente a perjudicarlos al considerarse nulo todo el negocio jurídico, lo cual parece absurdo. En conclusión, se dictamina –con el voto conforme de la Dra. Beatriz Gargallo y los Escs. Carlos Milano, Pablo Pérez y Daniel Cersósimo– que corresponde hacer lugar a la oposición impetrada. El Esc. Daniel Ramos se abstiene. -----

Y para constancia de lo actuado, previa lectura, se otorga y firma en el lugar y fecha arriba indicados.-

The image shows several handwritten signatures in black ink. From top left to bottom right, the signatures are: a large, stylized signature; a signature that appears to be 'Daniel Cersósimo'; a signature that appears to be 'Beatriz Gargallo'; a signature that appears to be 'Carlos Milano'; a signature that appears to be 'Pablo Pérez'; and a signature that appears to be 'Daniel Ramos'.

