

La prodigalidad de Roma al Código Civil y Comercial de la Nación¹⁵³

Por Mirta Beatriz Álvarez¹⁵⁴

I. Introducción. Resumen

El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación denominado “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación”. Se analizará la situación del pródigo en el derecho romano y la protección del patrimonio familiar. A continuación, mencionaremos la posición de Vélez sobre el tema, la de los Códigos de la Edad Moderna hasta llegar al régimen establecido por la Ley 17.711 en el artículo 152 bis. Finalmente, nos dedicaremos a analizar lo que dispone el Código Civil y Comercial de la Nación sobre la materia.

Palabras clave: Derecho Romano; prodigalidad; Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁵³ El trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación” que la autora dirige en la UFLO Universidad.

¹⁵⁴ Profesora Titular de Derecho Romano en las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de UFLO Universidad. Investigadora categorizada.

II. El prodigio en el derecho romano

El pródigo —conforme Ulpiano D. 27, 10, 1, pr.— es “un hombre que no tiene tiempo ni fin para los gastos, pero que consume sus bienes destrozándolos o disipándolos”. La difícil y fundamental cuestión de las circunstancias en que una persona puede ser considerada *prodigus* no fue tratada por los juristas clásicos. Para ellos, esta era una *quaestio facti* que estaba al margen de lo que constituía el objeto habitual de su estudio.¹⁵⁵

La *cura prodigi* se remonta, para alguna aplicación, hasta las XII Tablas. Consideraba pródigos a los que disipaban sus bienes procedentes de la sucesión *ab-intestato* del padre o del abuelo paterno (Paulo, S, 3, 5, 9, Ulpiano, D. 12, 2, 3, y D. 27, 10, 1 pr.). Establecía entonces, que ese ciudadano, que tuviera hijos, si dilapidaba los bienes heredados, tenía que perder su disponibilidad, atribuyendo la administración de tales bienes a los agnados, o, a falta de ellos, a los gentiles.¹⁵⁶

El tránsito de los bienes paternos o heredados del abuelo a la administración del curador, se cumplía mediante una solemne *interdictio* (condición previa) pronunciada por el magistrado iusdicente (originariamente el cónsul, luego el pretor y el gobernador de provincia), de la cual nos ha llegado la fórmula “*Quando tibi bona paterna abitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem ego tibi ea re (o aere?) commercioque interdicto*”¹⁵⁷ (Paulo, Sentencias, 3, 5, 9). Era como un depósito que debía quedar en la familia civil.

¹⁵⁵ Schulz, Fritz (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, pág. 191.

¹⁵⁶ Pugliese, Giovanni (1991). *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino: Giappichelli, pág. 114 afirma: “Secondo il cit. Ulp. D. 27, 10, 1, pr., la norma sarebbe già stata introdotta dai ‘mores’...”.

¹⁵⁷ Paulo (1994). *Sentencias*. Traducción de Santos A. Caminos. Tucumán: Editorial de la Universidad Nacional de Tucumán, p. 70. Su traducción: “Puesto que tu despilfarraste los bienes paternos o de tus ancestros con tu indolencia y llevas a tus hijos a la menesterosidad por esta causa, yo dicto un interdicto contra ti sobre este patrimonio y comercio”; Id. versión castellana, pág. 70.

¹⁵⁸ Pugliese, G., *Istituzioni...* cit, pág. 418: “L’evoluzione della cura del *prodigus* fu nel senso di estendere la portata dell’*interdictio* pronunciata dal pretore, prima a tutti i beni che egli avesse ereditato dal padre o dagli ascendenti paterni anche per testamento, poi forse anche ai beni estranei all’eredità paterna o avita...”.

Después, la primitiva figura se fue ensanchando, y se admitió que la interdicción se pronunciase también, para los bienes adquiridos de otra manera¹⁵⁸ y contra el derrochador que no tuviese hijos.¹⁵⁹ Así, el fundamento de la prodigalidad antigua (intereses de los herederos) se conjuga ahora con el resguardo de las *mores* (Ulpiano, D. 26, 5, 12, 1 y Paulo 3, 4^a 7). Las viejas virtudes de la *gravitas* y de la *austeritas* parecen aquí estar defendidas frente al atentado de la dilapidación.¹⁶⁰

Se admitió la confirmación del curador testamentario y en su ausencia, el magistrado designaba un curador dativo, por lo que la *cura prodigi* pudo ser, como la del *furiosus*, dativa o testamentaria. Es decir, que esta institución se concedió finalmente no solo en beneficio de la familia, sino del propio pródigo y de la sociedad en general.¹⁶¹

La curatela se abre por decreto del magistrado que pronuncia su interdicción. La prodigalidad, en efecto, no es una causa natural de incapacidad como la locura. La medida de la incapacidad se determina para todos los actos susceptibles de poder disminuir el patrimonio, arrastrándole a la ruina.

El *prodigus* era incapaz de enajenar sus bienes. Le estaba prohibido igualmente otorgar testamento y celebrar un contrato del que derivasen obligaciones para él, y no podía realizar estos actos ni siquiera con el consentimiento del *curator*, ya que no hubo nunca una *interpositio auctoritatis curatoris*.¹⁶²

Luego, la incapacidad de pródigo se fue atenuando. Así en el derecho clásico, se le permitieron los actos que podían mejorar su situación patrimonial (Ulpiano, D. 45, 1, 6). Pudieron entonces aceptar una herencia (Ulpiano, D. 29,

¹⁵⁹ Arangio Ruiz, Vicente (1986). Instituciones de Derecho Romano. Traducción al español de la 10^o edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Editorial Desalma, pág. 569

¹⁶⁰ Di Pietro, Alfredo (1999). Derecho Privado Romano. Buenos Aires: Editorial Depalma, pág. 341.

¹⁶¹ Resulta interesante lo establecido en Institutas de Justiniano, 1, 8, 2 que se refiere a la muerte o castigo excesivo de un esclavo propio: "Conviene a la República que nadie use mal de sus bienes."

¹⁶² Schulz, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., pág. 191; Talamanca, Mario (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milán: Editorial Giuffrè, pág. 172, en el mismo sentido, afirma: "...la sua situazione veniva, dunque, a coincidere, più o meno completamente, con quella dell'impubere *infantia maior*; e in più, egli era pienamente capace dal punto di vista del diritto penale, pubblico e privato. Probabilmente il *curator prodigi* amministrava il patrimonio dell'interdetto, sempre con gli effetti dell'interposizione gestoria."

2, 5, 1) cuando han sido instituidos herederos, pero no testar (ni siquiera con el consentimiento del curador).¹⁶³

Esta curatela cesa con el levantamiento de ella por el magistrado, aunque Ulpiano (D. 27, 10, 1 *in fine*) afirma que también terminaría en el momento que el pródigo se enmendara sin necesidad de decreto (texto que podría ser interpolado).

Tanto el *curator furiosi* como el *curator prodigi* permanecen en el cargo mientras subsistan las particulares condiciones por las cuales se los nombró (Ulpiano, D. 27, 10, 1, pr.).

La misión del curador del pródigo se limita a administrar, y siendo necesario para el incapacitado cumplir los actos prohibidos, es solo el curador quien debe obrar, resultando una obligación para él rendir cuenta de su gestión a la terminación de su cargo.

Es una curatela de asistencia, es una función y no una mera facultad, y por ello el curador debe prestar su asistencia en todos los casos en que le sea requerido, expresando y justificando su decisión, ya sea positiva o negativa.

III. El Código de Vélez

Vélez Sarsfield, en la nota al artículo 54, decía que

en el número de los incapaces no se incluye a los pródigos porque esa calidad no podría sujetarse a juicio ni traer una interdicción. Ya el Código de Luisiana abolió en el artículo 413 la incapacidad de los pródigos o disipadores. Las razones de esta solución son: que la prodigalidad no altera las facultades intelectuales; que la libertad individual no debe ser restringida, sino en los casos de interés público, inmediato y evidente; que en la diferente manera de hacer gastos inútiles que concluyan una fortuna, no hay medio para distinguir con certeza el pródigo del que no lo es, en el estado de nuestras costumbres, y todo sería arbitrario en los jueces, poniendo en interdicción a algunos, mientras quedarán innumerables disipadores; que debe cesarse la tutela de los poderes públicos sobre las acciones de los particulares, y ya

¹⁶³ Volterra, Eduardo (1974). *Istituzioni di Diritto Privato Romano*. Roma: Civitas Ediciones, pág. 113, afirma: "...ma non poteva fare testamento: nell'antico diritto, in quanto gli era vietato di parlare in pubblico, nell'antico diritto classico per il divieto del *commercium*".

que no es posible poner un *maximum* a cada hombre en sus gastos, el que se llamase pródigo habría sólo usado o abusado de su propiedad, sin quebrantar ley alguna.

Nuta considera que la principal fuente de Vélez Sarsfield se halla plasmada en la postura sobre el particular de Freitas en su Esboço, en el cual también repudió dicha incapacidad. Freitas, con argumentaciones análogas a las que luego dio Vélez Sarsfield, había establecido que en la prodigalidad no hay alteración de facultades mentales, que la restricción de la libertad solo se concibe en casos de eminente necesidad, que es difícil establecer un criterio que distinga al pródigo del que no lo es y que el arbitrio sería grave y peligroso.¹⁶⁴

El proyecto de García Goyena,¹⁶⁵ en su artículo 279, considera incapaces de administrar sus bienes a los pródigos. Hace referencia al Código francés que no admite la absoluta interdicción del pródigo, sino que puede prohibírsele que litigue, transija, tome prestado, reciba un capital mueble y dé descargo de él, enajene o hipoteque sus bienes sin la asistencia de un consultor.

Admiten la interdicción –continúa García Goyena– el Código sardo, el holandés, el de Vaud, el austríaco y el bávaro. El de Luisiana se separa de todos y sostiene en el artículo 413: “La interdicción no puede tener lugar por causa de disipación o prodigalidad”.

García Goyena manifiesta que los pródigos fueron comparados entre los romanos a los furiosos (Ulpiano, D. 26, 5, 12, 2) y afirma: “loco es quien disipa locamente lo suyo” (Ulpiano, D. 27, 10, 1). Y concluye sosteniendo que “el Estado tiene interés en la conservación de las familias, y que no puede admitirse que el derecho de propiedad sea para un ciudadano, el derecho de arruinar la suya”.

IV. El derecho moderno. La inhabilitación

El régimen de inhabilitación o de semicapacidad es el medio técnico escogido por el derecho contemporáneo para suplir las deficiencias psíquicas que

¹⁶⁴ Nuta, Ana (1980). *Régimen Jurídico de los Pródigos*. La Plata: Ediciones de la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁶⁵ García Goyena, Florencio (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo I Madrid: Imprenta de la Sociedad del Tipógrafo, pág. 268 y ss.

adolecen ciertas personas médicamente normales, cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y, consiguientemente, para su familia. Constituye la idea de asistencia solo en aspectos determinados.

El inhabilitado no es un incapaz. Conserva su capacidad para todos los actos de la vida civil que no sean exceptuados. Ello se deduce, porque no estaban incluidos en lo que disponía el artículo 54 del Código Civil argentino.

Ya en el anteproyecto de 1954, en el artículo 94, se disponían las causales de inhabilitación: 1) “Los que por prodigalidad, embriaguez habitual, uso de estupefacientes o grave desarreglo de conducta expusieran a su familia a caer en la indigencia”; 2) “Los sordomudos y los ciegos que no hubieren recibido una educación suficiente y los enfermos o débiles mentales que el juez estime aptos para dirigir sus acciones en la vida ordinaria si del ejercicio de su plena capacidad pudiese resultarles presumiblemente algún daño”.

En el derecho moderno se advierten tres posiciones acerca del tratamiento del pródigo:

- 1) La tesis Individualista, que ignora la prodigalidad como factor de influencia sobre la capacidad de las personas.
- 2) La teoría de la Interdicción, que considera al pródigo como un insano y lo somete al mismo régimen de incapacidad (esta tendencia sigue el rumbo del derecho romano).
- 3) La teoría de la Inhabilitación, que considera al pródigo capaz, salvo respecto de ciertos actos determinados.

La teoría de la Inhabilitación fue receptada por la Ley 17.711 en su artículo 152 bis que incorporó al Código Civil, e importó un notorio progreso con respecto a la situación precedente, si bien omitió proteger a los sordomudos y ciegos, que estaban contemplados en varios antecedentes. El citado artículo enunciaba lo siguiente:

Podrán inhabilitarse judicialmente:

- 1) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.
- 2) A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el Juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar daño a su persona o patrimonio.
- 3) A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de

sus bienes, expusiesen a su familia a la pérdida de su patrimonio. Solo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviese cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiese dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación solo corresponderá al cónyuge, ascendientes o descendientes.

Se nombrará curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador, los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

IV. 1. Requisitos para ser inhabilitado por prodigalidad

Son los siguientes:

- a)** Que el pródigo hubiera dilapidado una parte importante de su patrimonio (art. 152 bis, inc. 3º). La cuestión entonces fue juzgar cuánto era abusivo o irrazonable, y se tasó la disipación de bienes en una tercera parte del total.
- b)** Que el pródigo tuviera cónyuge, ascendientes o descendientes (art. 152 bis, inc 3º). Nuestra doctrina se apoya en la tendencia que admite la prodigalidad en defensa de la familia y no del mismo pródigo.

A los fines de la declaración de inhabilitación de una persona por prodigalidad, no bastaba con la realización por parte de esta de un acto inapropiado, sino que se requería que llevara a cabo una dilapidación importante con gastos injustificados, en un conjunto de actos que expongan a la familia a la pérdida de su patrimonio.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E (CNCiv)(SalaE) Fecha: 01/07/2010 Partes: M. de R. G., C. M. Publicado en: DFyP 2011 (marzo), 293, con nota de Ignacio González Magaña; Cita Online: AR/JUR/41331/2010, donde se ha sostenido: “El juicio analítico de la noción de prodigalidad respalda esta posición como principio ya que se puede ser pródigo o malgastador en un acto –que es lo que indirectamente sostiene la apelante– pero

Vale decir que no era suficiente para la inhabilitación, la realización de un solo acto, sino una reiteración de la actitud dilapidadora, esto es, la existencia de una cierta “habitualidad”.

En el fallo en que se resolvió que para la inhabilitación por prodigalidad no es suficiente un acto inapropiado, se cita la frase del profesor Ghirardi: “Al pródigo se lo protege porque gasta, no porque sea psíquicamente anormal. Lo realmente combatido por la norma no es la falta de salud mental, sino los resultados perniciosos que ella produce o puede producir.”¹⁶⁷

La concepción objetiva sostenida por la doctrina argentina, basada en que se trataba de un problema patrimonial que exigía un examen estrictamente objetivo de la conducta del presunto pródigo, se contrapone con la idea que sobre el punto había expresado la jurisprudencia francesa, que hacía hincapié en la circunstancia de que, para configurar la prodigalidad, debía estar presente un elemento subjetivo consistente en la irracionalidad de los gastos, y sobre esta base encuadraba a la prodigalidad como una suerte de disminución de facultades.

En consecuencia, entendemos que, para encuadrar a una persona dentro del concepto jurídico de pródigo bajo el régimen derogado, debían darse los siguientes requisitos: a) la existencia de un núcleo familiar compuesto por cónyuge, ascendientes o descendientes; b) la conducta dilapidatoria; c) la habitualidad de dicha conducta; y d) la pérdida de parte importante del patrimonio.¹⁶⁸

En síntesis, podemos afirmar que el criterio adoptado por el Código Civil derogado podía ser objetable. Ello es materia opinable, pero lo que no puede discutirse, ni desconocerse, es que en la hipótesis allí prevista no se protegía el mismo interés jurídico que en las restantes situaciones previstas por artículo 152 bis derogado, sino que la tutela de la ley se limitaba a los supuestos en que el actuar del sujeto hacía peligrar la estabilidad económica de la familia, porque ya había dilapidado gravemente su patrimonio.¹⁶⁹

la prodigalidad se predica realmente de quien repite estas acciones. Es hábito o disposición de bienes económicos y en tanto tal repetición –y no único acto– y por consiguiente vicio median- te el cual el pródigo dilapida su hacienda y se arruina a sí mismo.”

¹⁶⁷ Ghirardi, Juan Carlos (1980). *La inhabilitación judicial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, pág. 182.

¹⁶⁸ González Magaña, Ignacio. *La prodigalidad como mecanismo para restringir la capacidad de las personas*. Publicado en: SJA 17/02/2016, 17/02/2016, 1; JA 2016-I.

¹⁶⁹ *Ibid.*

IV. 2. Efectos

El artículo 152 bis no definía cuál era la condición básica del inhabilitado; si era de capacidad o incapacidad. En verdad, los párrafos finales debieron refundirse en uno solo que pudo decir: “sin la conformidad del curador, los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos ni otorgar por sí solos los actos de administración que les prohibiera la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

El curador asistía al inhabilitado integrando con su conformidad, la manifestación de voluntad del propio inhabilitado. En casos excepcionales, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 914 y 918 del Código Civil, podía admitirse una expresión tácita de la voluntad del curador.

Es de hacer notar que la incapacidad del pródigo solo existía para los actos de disposición de contenido patrimonial que se efectuaren entre vivos. Por consiguiente, no se extendía a la órbita del derecho de familia, ni alteraba la capacidad para disponer por testamento. También el pródigo conservaba capacidad para promover acciones personalísimas (divorcio, filiación, etc.), para aceptar donaciones; tampoco es dudosa la aptitud para efectuar actos conservatorios. Sin la conformidad del curador, los inhabilitados no podían aceptar herencias.

No se previó lo que habría de ocurrir si el curador se negara a dar su consentimiento, pero se autorizó a solicitar la correspondiente autorización judicial. Si el inhabilitado otorgare un acto prohibido sin la conformidad necesaria del curador, el acto habría de entenderse nulo (artículo 1042 del CC) de nulidad relativa, ya que podría ser confirmado, porque la invalidez se instituye para asegurar la protección del inhabilitado y no para sancionarlo (artículos 1048 y 1049 del CC).

La sentencia de inhabilitación era constitutiva de estado. Por consiguiente, los actos anteriores a la sentencia eran válidos.

IV. 3. Inscripción

Aunque no se preveía la inscripción de la sentencia de inhabilitación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, correspondería proceder a ella, ya que solo a partir de ella la inhabilitación es oponible a terceros.

IV. 4. Rehabilitación

En el caso del pródigo, la rehabilitación solo procedería: a) si fallecieran todos los parientes en protección de los cuales se había dictado la inhabilitación; b) si todos los parientes la pidieran; y c) también podría decretarse si se demostrara que el entorno social que lo inducía a la prodigalidad, cambió.

V. El pródigo en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación se aparta de la solución pretendida por el proyecto de 1998,¹⁷⁰ según el cual se planeaba la eliminación de la figura del pródigo. En el nuevo Código, vigente desde el 1º de agosto de 2015, la inhabilitación ha quedado circunscripta, únicamente, a los casos de prodigalidad.

En efecto, en el Código Civil y Comercial se conserva la inhabilitación por prodigalidad, aclarándose en los Fundamentos que se lo hace “...apuntando especialmente a la protección del interés patrimonial familiar”. Ello queda plasmado en el artículo 48 del nuevo cuerpo legal, según el cual “pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio...”.

A diferencia de los supuestos de incapacidad o capacidad restringida (artículo 32), en donde lo que se pretende es proteger a la propia persona –a quien, incluso, allí se le confiere legitimación para iniciar la acción–, en el caso de inhabilitación por prodigalidad, lo que se busca con la limitación al ejercicio de la capacidad jurídica, es tutelar el patrimonio familiar.

El fundamento de la inhabilitación del pródigo es la protección del patrimonio

¹⁷⁰ “El Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 –que como sabemos fue redactado por un grupo de los juristas argentinos contemporáneos más distinguidos y es una fuente muy importante del nuevo Código– mantuvo la categoría de los inhabilitados pero no incluyó a los pródigos en ella (artículos 42 a 44);” Chanfreau, Gabriela, Hess, Esteban, Izuzquiza, María Laura y Louge Emiliozzi, Esteban (2016). *Algunas reflexiones acerca de la inhabilitación por prodigalidad en el Código Civil y Comercial*. Publicado en: SJA 03/08/2016, 03/08/2016, 1 - Cita Online: AR/DOC/5579/2016.

en función de los intereses de sus familiares directos, por cuestiones vinculadas a la efectiva posibilidad del cumplimiento de obligaciones alimentarias, a la eficacia de los regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones convivenciales, y al resguardo de la legítima.¹⁷¹

Para que la inhabilitación proceda, debe haber: personas protegidas –cónyuge, conviviente, o hijos menores de edad o con discapacidad (antes se hacía referencia a la familia, y la acción solo procedía en caso de haber cónyuge, ascendientes o descendientes)–, prodigalidad en la gestión de los bienes –entendida en el sentido de dilapidar o malgastar los bienes (antes se hacía referencia a la prodigalidad en los actos de administración y disposición)– y exposición a la pérdida del patrimonio (anteriormente se requería, además, que la persona ya hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio).¹⁷²

El Código Civil y Comercial permite la declaración de prodigalidad por la sola exposición –o riesgo– a la pérdida de una parte importante de los bienes que componen el patrimonio, sin que sea necesario que ello se haya consumado; razonabilidad que se expresa en darle utilidad al instituto, ya que de poco serviría –conforme lo establecía el régimen derogado– declarar pródigo a un sujeto una vez que dilapidó la mayor parte de su patrimonio, pues, una vez dilapidado, ya no existirían, prácticamente, bienes que proteger.¹⁷³

La existencia de un determinado grupo familiar es fundamento suficiente para mantener el instituto de la inhabilitación por prodigalidad, ya que la dilapidación del patrimonio por parte del pródigo podría comprometer derechos constitucionales de sus familiares –v. gr., a su sustento–, además de provocar un “verdadero desastre familiar”.

Sería una ficción pensar que la protección solo redundaría en beneficio del grupo familiar del pródigo. Esta idea está de algún modo plasmada en los Fundamentos del nuevo Código, donde se explica que se ha mantenido esta figura apuntando “especialmente” a la protección del interés patrimonial familiar, expresión que parece denotar que el legislador no pasó por alto que

¹⁷¹ Muñiz, Carlos (2014). *La capacidad civil y la problemática de los adultos mayores. El constante dilema entre autonomía y protección, a la luz de la Ley de Salud Mental*, EDFA, 51/-5, 2014.

¹⁷² Comentario Infojus del Art. 48 del C.C.C.N. Universoius.com 15/7/2019.

¹⁷³ González Magaña, Ignacio (2106). *La prodigalidad como mecanismo para restringir la capacidad de las personas* Publicado en: SJA 17/02/2016, 17/02/2016, 1, JA 2016-I.

el pródigo es un beneficiario indirecto de esta tutela, ya que de lo contrario podría haber utilizado la expresión “exclusivamente” u otra similar.¹⁷⁴

El artículo 48 del Código Civil y Comercial innova en este aspecto con relación al artículo 152 bis del derogado, ya que amplía el anterior régimen al incluir al conviviente, pero en el caso de los descendientes los circunscribe a los hijos menores de edad o discapacitados, y excluye a los ascendientes, a los hijos mayores de edad no discapacitados y a otros descendientes.

Inferimos que esta “reducción” del grupo familiar protegido obedece a las mismas razones antes apuntadas, es decir, a la decisión de privilegiar la autonomía individual. Y una vez más estimamos que la decisión legislativa es adecuada, ya que los sujetos protegidos por la norma son quienes habitualmente conviven o dependen económicamente del pródigo y, por tanto, corren un riesgo cierto, concreto e inminente de ver comprometido su sustento.

En el Código Civil y Comercial, el núcleo familiar protegido está conformado por el cónyuge, el conviviente y los hijos menores o con discapacidad, pero los sujetos legitimados abarcan también a los ascendientes y a los descendientes sin distinción (artículo 48). De modo que en el nuevo régimen se presenta una situación que no deja de ser curiosa, ya que el círculo de legitimados para solicitar la inhabilitación por prodigalidad es más amplio que el círculo de personas que la ley busca proteger.

Por último, aunque la norma no lo aclare, es perfectamente posible que sea el propio pródigo quien solicite su inhabilitación, no solo por una aplicación analógica del artículo 33, inc. a), sino también –y fundamentalmente– porque sería contrario al principio humanista que inspira al nuevo Código (artículos 1º, 51 y cons.) que se niegue protección a quien la solicita para sí mismo.

Entendemos que si es el propio pródigo quien pide su inhabilitación deja de ser exigible el presupuesto de la existencia de un determinado grupo familiar, pues en tal caso es él mismo quien está consintiendo que se limite su autonomía personal, pero en protección de su patrimonio y en miras a evitar el quebranto al que su falta de control conduciría.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Chanfreau, Gabriela, Hess, Esteban, Izuzquiza, María Laura y Louge Emiliozzi, Esteban (2016). *Algunas reflexiones acerca de la inhabilitación por prodigalidad en el Código Civil y Comercial*. Publicado en: SJA 03/08/2016, 03/08/2016, 1 - Cita Online: AR/DOC/5579/2016.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

Los lineamientos de la inhabilitación, en cierto modo, han sido concebidos injustificadamente de manera más rígida que los demás supuestos de restricción a la capacidad de ejercicio, en tanto y en cuanto las facultades judiciales se presentan más limitadas “(en razón de que el amplio criterio que otorgan al juez los artículos 32, 37 y 38 de la nueva normativa, se restringe en el caso de los inhabilitados por prodigalidad, atento a que necesariamente no puede prescindir ‘de la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos’ –de acuerdo con el artículo 49 del nuevo Código Civil–)...”.¹⁷⁷

La inclusión de los pródigos como inhabilitados, diferenciados, en consecuencia, de quienes pueden ver restringida su capacidad por adiciones o alteraciones mentales (artículo 32), podría brindar una solución al caso de ludópatas o jugadores compulsivos, a los compradores desordenados y/o a quienes tienen tendencias a sobreendeudarse más allá de sus posibilidades. La presencia de estos fenómenos ha ido en aumento en los últimos años (por diversos motivos), y es lo que justifica la conveniencia de mantener la figura del pródigo en nuestra legislación.

La inhabilitación puede dar respuesta a la situación del sobreendeudamiento de los consumidores, entendiéndolo por tal la existencia de un conjunto de deudas exigibles que exceden las posibilidades económicas de pago del consumidor.¹⁷⁸

V. 1. Las medidas de apoyo (artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)

Es de destacar que ni siquiera para el inhabilitado por prodigalidad, con quien podemos encontrar algún parangón en orden al alcance de la limitación

¹⁷⁷ Peyrano, Guillermo (2015). La capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Personas que pueden ser sometidas a restricciones de su capacidad de ejercicio, ED, 262-675, 2015.

¹⁷⁸ Chanfreau, Gabriela, Hess, Esteban, Izuzquiza, María Laura y Louge Emiliozzi, Esteban (2016). Algunas reflexiones acerca de la inhabilitación por prodigalidad en el Código Civil y Comercial. Publicado en: SJA 03/08/2016, 03/08/2016, 1 - Cita Online: AR/DOC/5579/2016.

patrimonial, se prevé la figura del curador, sino que se le designa un “apoyo”, es decir, un asistente, no un reemplazante.¹⁷⁹

El apoyo debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe decidir por ellas.¹⁸⁰ No se coloca por sobre o encima de la persona, sino que la acompaña para que esta pueda ejercer sus derechos, actuando a lo largo de todo el proceso de la toma de decisión y no solo en las fases propias de celebración de un acto jurídico en particular.¹⁸¹

La curatela supone un presupuesto intrínseco que es la posibilidad de riesgo, sitúa a la persona como sujeto pasivo, otro decide por él.¹⁸² En cambio, el sistema de apoyo sitúa a la persona como sujeto activo, promoviendo la autonomía para aquellos actos, toma de decisiones o actividades que puede realizar por sí mismo.¹⁸³

¹⁷⁹ Giavarino, Magdalena (2018). Cuando la letra de la ley nos supera: ¿qué hacemos con la curatela del art. 12 del Código Penal? Publicado en: DFyP 2018 (diciembre), 19/12/2018, 176 Cita Online: AR/DOC/1375/2018.

¹⁸⁰ Bueres, Alberto (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Buenos Aires: Hammurabi, pág. 97, afirma: “La designación de un apoyo, en lugar de un curador, con la ductilidad que entraña esta figura, permite imaginar distintas medidas para que, sin dejar de proteger el patrimonio familiar, se procure que la persona pueda recuperar su aptitud para gestionar adecuadamente sus bienes”.

¹⁸¹ Epeloa, Leandro (2018). *La participación de la persona en el proceso de determinación de la capacidad jurídica* Publicado en: RCCyC 2018 (diciembre), 07/12/2018, 10 Cita Online: AR/DOC/2395/2018.

¹⁸² Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo 1. Buenos Aires: Infojus, pág. 115, en el mismo sentido afirman: “La figura de apoyo no es el anterior curador asistente del declarado inhábil. La actuación del curador, sea sustitutivo o de asistencia, se focaliza en el momento de realización de los actos jurídicos, subrogando o, en el mejor de los casos, coparticipando con la persona en la celebración del acto. El apoyo atiende a instancias previas, tiene como fin que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informarla, colaborar a su comprensión, razonamiento; incluso, si la persona logró formar decisión razonada, el apoyo podría no ser presente en dicho momento de celebración del acto”.

¹⁸³ Mendoza, E. (2018). *Capacidad de la persona* Publicado en: RDF 2018-IV, 08/08/2018, 220 Cita Online: AR/DOC/3255/2018.

“El objetivo principal del apoyo es el ‘facilitar’ a la persona la ‘toma de decisiones’. Con lo cual resulta evidente que el objetivo del apoyo no es decidir ‘por’ la persona, sino facilitarle la toma de sus propias decisiones. Y así surge una de sus características principales, esto es, el apoyo no desplaza o sustituye a la persona, sino que se sitúa a su lado, procurando que sea esta quien en última instancia decida”.¹⁸⁴

En un fallo de la Cámara Civil de la Capital Federal se ha sostenido que: “En los casos de inhabilitación, el apoyo debe asistir a la persona en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia, de conformidad con el artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación”.¹⁸⁵

V. 2. Responsabilidad

Debe entenderse que los curadores solo responden ante quienes no tengan capacidad de discernir, lo que conlleva la necesidad de valorar que la persona insana no comprende la ilicitud o la criminalidad del acto. “Los demás incapaces o personas con capacidad restringida, como los pródigos (artículo 48), responden por sus actos en forma personal, pues la curatela (apoyo) del pródigo es al solo efecto de la protección del patrimonio. Lo mismo vale para los sordomudos que no saben darse a entender por escrito” (a pesar de que el vigente Código no mencione nada al respecto).¹⁸⁶

¹⁸⁴ C2ª Civ., Com., Minas, de Paz y Tributario Mendoza, 13-6-16, “B. P. V. s/medidas de apoyo y salvaguarda,” ED Digital [88632], 2016.

¹⁸⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J (CNCiv) (SalaJ) Fecha: 30/05/2017 Partes: L. B. A. B. s/ determinación de la capacidad. Publicado en: LA LEY 11/07/2017, 11/07/2017, 10 - LA LEY 2017-D, 190 - RCCyC 2017 (noviembre), 17/11/2017, 29 Cita Online: AR/JUR/26542/2017.

¹⁸⁶ González Freire, J. F. *El vigente tratamiento de la responsabilidad civil por el hecho de terceros. La responsabilidad de los padres, tutores, curadores y de los establecimientos según la ley 26.994*. El Dial.com, Biblioteca jurídica online.

VI. Conclusiones

- 1) En el derecho romano hay declaración de interdicción por prodigalidad (Pomponio, D. 50, 17, 40). En el derecho argentino hay inhabilitación por prodigalidad (artículo 48 del CCyC) y requiere pronunciamiento judicial.
- 2) En el caso del pródigo, el curador actúa con la *gestio* en el derecho romano. En cambio, en el derecho civil argentino, tratándose de un inhabilitado, el apoyo lo asiste en los actos de disposición, actuando como la *auctoritas* de la tutela romana.
- 3) En el derecho romano, el pródigo no puede testar, aunque sí puede aceptar una herencia (Ulpiano, D. 29, 2, 5, 1). En el derecho argentino, el pródigo puede testar, pues la inhabilitación es solo para actos de disposición inter vivos y de administración específicamente prohibidos en sentencia de interdicción, pero no podría aceptar herencias.
- 4) Se advierte entonces que sería coincidente la protección que se intenta dispensar desde el Código Civil y Comercial y los proyectos de leyes especiales, a quienes podemos incluir dentro de la categoría de los pródigos: ludópatas y consumidores sobreendeudados. A partir de esta protección, se logra amparar a la familia, como sociedad natural y básica del Estado.¹⁸⁷

Como sostiene González Magaña, citando textualmente a Juan Carlos Ghirardi: “Al pródigo se lo protege porque gasta en forma descontrolada sus bienes y no porque sea psíquicamente anormal. Lo realmente combatido por la norma no es la falta de salud mental, sino los resultados perniciosos que ella produce o puede producir”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Chanfreau, Gabriela, Hess, Esteban, Izuzquiza, María Laura y Louge Emiliozzi, Esteban (2016). *Algunas reflexiones acerca de la inhabilitación por prodigalidad en el Código Civil y Comercial*. Publicado en: SJA 03/08/2016, 03/08/2016, 1 - Cita Online: AR/DOC/5579/2016.

¹⁸⁸ González Magaña, Ignacio (2106). *La prodigalidad como mecanismo para restringir la capacidad de las personas* Publicado en: SJA 17/02/2016, 17/02/2016, 1, JA 2016-I.

VII. Bibliografía

Arangio Ruiz, Vicente (1973). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma.

Belluscio, Augusto (1991). *Manual de Derecho de familia*. 5° edición, Buenos Aires: Editorial Desalma.

Belluscio, Augusto y Zannoni, Eduardo (1984). *Código Civil Comentado*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Borda, Guillermo (1986). *Manual de Derecho Civil. Parte General*. 13° edición. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Bueres, Alberto (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Buenos Aires: Hammurabi.

Chanfreau, Gabriela, Hess, Esteban, Izuzquiza, María Laura y Louge Emiliozzi, Esteban (2016). *Algunas reflexiones acerca de la inhabilitación por prodigalidad en el Código Civil y Comercial*. Publicado en: SJA 03/08/2016, 03/08/2016, 1 - Cita Online: AR/DOC/5579/2016.

Di Pietro, Alfredo y Lapieza Elli, Ángel (1956). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales.

Di Pietro, Alfredo (1987). *Institutas de Gayo*. Texto traducido, notas e introducción. 3° edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Di Pietro, Alfredo (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Epeloa, Leandro (2018). *La participación de la persona en el proceso de determinación de la capacidad jurídica* Publicado en: RCCyC 2018 (diciembre), 07/12/2018, 10 Cita Online: AR/DOC/2395/2018.

García Garrido, Manuel (1990). *Diccionario de Jurisprudencia Romana*. Madrid: Dykinson.

García del Corral, Ildefonso (1992). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Traducción. Valladolid: Editorial Lex Nova.

García Goyena, Florencio (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo I Madrid: Imprenta de la Sociedad del Tipógrafo.

Ghirardi, Juan Carlos (1980). *La inhabilitación judicial*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Giavarino, Magdalena (2018). *Cuando la letra de la ley nos supera: ¿qué hacemos con la curatela del art. 12 del Código Penal?* Publicado en: DFyP 2018 (diciembre), 19/12/2018, 176 Cita Online: AR/DOC/1375/2018.

González Freire, J. F. *El vigente tratamiento de la responsabilidad civil por el hecho de terceros. La responsabilidad de los padres, tutores, curadores y de los establecimientos según la ley 26.994*. El Dial.com, Biblioteca jurídica online.

González Magaña, Ignacio (2106). *La prodigalidad como mecanismo para restringir la capacidad de las personas* Publicado en: SJA 17/02/2016, 17/02/2016, 1, JA 2016-I.

Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo 1. Buenos Aires: Infojus.

Iglesias, Juan (1958). *Derecho Romano*. Barcelona: Ediciones Ariel.

Llambías, J., *Tratado de derecho Civil, Parte General, Tomo I*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973.

Mendoza, E. (2018). *Capacidad de la persona* Publicado en: RDF 2018-IV, 08/08/2018, 220 Cita Online: AR/DOC/3255/2018.

Muñiz, Carlos (2014). *La capacidad civil y la problemática de los adultos mayores. El constante dilema entre autonomía y protección, a la luz de la Ley de Salud Mental*, EDFA, 51/-5, 2014.

Nuta, Ana (1980). *Régimen Jurídico de los Pródigos*. La Plata: Ediciones de la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

Peyrano, Guillermo (2015). *La capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Personas que pueden ser sometidas a restricciones de su capacidad de ejercicio*, ED, 262-675, 2015.

Paulo (1994). *Sentencias*. Traducción de Santos A. Caminos. Tucumán: Editorial de la Universidad Nacional de Tucumán.

Ponsa de la Vega de Miguens, Nina (1973). *Reglas de Ulpiano*. Buenos Aires: Ediciones Lerner.

Ponsa de la Vega de Miguens, Nina (1973). *Derecho de Familia en el Derecho Romano*. Buenos Aires: Ediciones Lerner.

Pugliese, Giovanni (1991). *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino: Giappichelli.

Schulz, Fritz (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch Casa Editorial.

Talamanca, Mario (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milán: Editorial Giuffré.

Volterra, Eduardo (1974). *Istituzioni di Diritto Privato Romano*. Roma: Civitas Ediciones.

