

abril | junio 2020

940

REVISTA DEL  
**NOTARIADO**

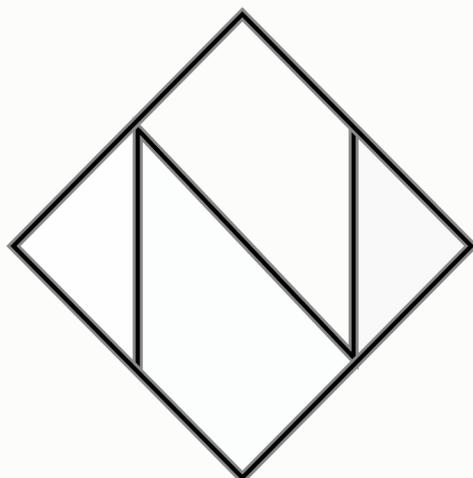
---

Director: Diego Maximiliano Martí

abril I junio 2020

940

---



REVISTA DEL  
NOTARIADO

---

Director: Diego Maximiliano Martí

Órgano del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires  
Fundada el 15 de noviembre de 1897

---

ISSN 2451-537X

Las opiniones vertidas en los artículos de la *Revista del Notariado* son de responsabilidad exclusiva de sus autores y su publicación no es vinculante ni constituye opinión oficial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

**Propietario:** Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

**Director:** Diego Maximiliano Martí

**Comité editorial:** Maritel Mariela Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Alfonso Gutiérrez Zaldivar, Martín Jaime Giralt Font, María Marta Luisa Herrera, Alberto María Miguens, Mariana Claudia Massone, Pilar María Rodríguez Acquarone

**Coordinación editorial:** Departamento de Comunicaciones

**Secretario de redacción:** Agustín Rodríguez

**Corrección y edición:** Agustín Rodríguez

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 1<sup>er</sup> piso

Buenos Aires - República Argentina

+54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

<http://www.revista-notariado.org.ar>

<http://www.colegio-escribanos.org.ar>

Nº de Registro DNDA: 5353496

ISSN: 2362-6186

Diseño de tapa: Florencia Cardoso

Diseño de interior: Carlos Almar

Todos los derechos reservados.

# Consejo Directivo

Ejercicio 2019-2021

Presidente	<b>Carlos Ignacio Allende</b>
Vicepresidente	<b>Santiago Joaquín Enrique Pano</b>
Secretaria	<b>Rita Josefina Menéndez</b>
Secretario	<b>Hernán Mario Ferretti</b>
Prosecretario	<b>Ricardo Jorge Blanco Lara</b>
Prosecretaria	<b>María T. Acquarone de Rodríguez</b>
Tesorera	<b>María Eugenia Diez</b>
Protesorero	<b>Mauro Riatti</b>
Vocales titulares	<b>Álvaro D. Ramírez Arandigoyen</b> <b>María Valeria Seibane</b> <b>Irene Recalde de Ricardes</b> <b>Federico José Leyría</b> <b>José María Lorenzo</b> <b>Virginia Carolina Olexyn</b> <b>Horacio Francisco Ballestrín</b> <b>Nélida C. Rosato de De Pascale</b> <b>María Florencia Rodríguez Amat</b> <b>Ricardo Carlos Alberto Blanco</b>
Vocales suplentes	<b>Mariano Alejandro Lozano</b> <b>Diego Mariano Mage</b> <b>Ernesto Felipe Vales</b> <b>Angélica G. E. Vitale</b> <b>Virginia Beatriz Putignano</b> <b>Horacio Egidio Domingo Gigli</b>
Presidente honorario	<b>José María Fernández Ferrari †</b> <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 27/6/2019)</i>
Decano	<b>R. Gastón Courtial †</b> <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 26/9/2013)</i>

### **Editorial | 7**

### **Doctrina**

“Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial”  
por Nicolás Chejanovich | **9**

“Delegación extrajudicial del ejercicio de la responsabilidad parental entre progenitores”  
por Francisco Hotz | **33**

“El adulto mayor en la sociedad y en el derecho (parte II)”  
por Flora Mariñansky de Katz | **47**

“Intervención del sujeto individual en la reorganización de empresas”  
por Eugenia Pedra Actis y Osvaldo Solari Costa | **79**

“El dominio revocable y el dominio fiduciario en sus aspectos notariales y registrales”  
por Marcelo E. Urbaneja | **91**

### **Jurisprudencia comentada**

“Capacidad mental del otorgante. Apreciación por parte del notario”  
por Gustavo Romano Duffau | **105**

### **Comentarios a normativa**

“Plazo de las sociedades comerciales. Comentario a la Resolución general 1/22 de la IGJ”  
por Alfonso Gutiérrez Zaldívar | **115**



Estimados lectores:

Este número reúne seis trabajos doctrinarios y un comentario de jurisprudencia, que ya han sido puestos a disposición en la web de la *Revista* y que ahora condensamos en este documento.

En oportunidad de su disertación brindada en la sesión pública de la Academia Nacional del Notariado, en la que asumiera como miembro de número, y que publicamos como *El dominio revocable y el dominio fiduciario en sus aspectos notariales y registrales*, **Marcelo Urbaneja** pondera las causas que originan el carácter revocable del dominio y las consecuencias de su revocación, según el efecto retroactivo o no de ella. También analiza las proyecciones del dominio fiduciario, haciendo hincapié en el plazo resolutorio y en las facultades del fiduciario, y pone de relieve las diferencias respecto del Código de Vélez.

En *Delegación extrajudicial del ejercicio de la responsabilidad parental entre progenitores*, **Francisco Hotz** analiza una de las tres posibilidades de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, que, a diferencia de la codificación anterior (en que la patria potestad resultaba indelegable), prevé el Código unificado. En el particular, se trata de la atribución de un progenitor al otro, sin necesidad de homologación judicial ni plazo, y con la posibilidad de establecer diferentes modalidades.

**María Eugenia Pedra Actis** y **Oswaldo Solari Costa** abordan la reorganización de empresas desde una temática interdisciplinaria (jurídica y tributaria). Así, nos acercan *Intervención del sujeto individual en la reorganización de empresas*, donde abonan la posibilidad de llevar a cabo una reorganización con la intervención de personas humanas, lo que prevé la normativa tributaria, pero no así la normativa comercial de fondo, aunque esta tampoco la excluye.

Por su parte, **Ian Nicolás Chejanovich** nos propone el análisis de algunas cuestiones controvertidas en materia de protección de la vivienda, en su trabajo *Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial*. Pone de relieve allí las diferencias respecto del derogado régimen de la Ley 14394, destacando la posibilidad de subrogación real, y haciendo hincapié en algunos aspectos que considera necesario subsanar, así como en la coexistencia del régimen del bien de familia con el de la regulación actual, particularmente en lo que hace a los efectos respecto de los acreedores, según sean de fecha anterior o posterior a la entrada en vigor del Código unificado.



La Resolución general 1/2022 de la Inspección General de Justicia, que estableció como plazo máximo de duración para las sociedades comerciales el de treinta años, contados desde su inscripción, mereció una fuerte crítica desde el ámbito notarial, que **Alfonso Gutiérrez Zaldivar** materializó en su artículo *Plazo de las sociedades comerciales. Comentario a la Resolución general 1/22 de la IGJ*.

Contamos también con la segunda parte del artículo de **Flora Mariñansky de Katz** *El adulto mayor en la sociedad y en el derecho*, en el que la autora se expresa respecto de la situación de los adultos mayores y el tratamiento de que son objeto por la ley, así como sobre las diversas vicisitudes a que se enfrentan para lograr la defensa y el respeto de sus derechos y de su autonomía, en equilibrio con la eventual situación de vulnerabilidad.

Por último, **Gustavo Romano Duffau** comenta para la *Revista del Notariado* un fallo de la Sala 5 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional sobre *Capacidad mental del otorgante. Apreciación por parte del notario*. Se trata, en el particular, de un poder otorgado por una persona añosa que se encuentra internada, pero sobre quien no pesa ninguna interdicción en el fuero civil, ni se ha demostrado que no pudiera comprender los alcances del acto, presumiéndose su capacidad, como así tampoco que el notario autorizante tuviera conocimiento respecto de alguna limitación de su capacidad. El fallo destaca tales circunstancias, que alejan la actuación profesional del reproche penal.

DIEGO MAXIMILIANO MARTÍ

# Cuestiones prácticas en el régimen de vivienda especial

I. Nicolás Chejanovich

## RESUMEN

Se analiza el régimen especial de la protección de la vivienda del Código Civil y Comercial de la Nación. Se pone especial foco en cuestiones controvertidas, de interpretación o carentes de regulación sobre el objeto y los sujetos del instituto. Se reflexiona sobre los efectos de la regulación actual con respecto al derogado régimen de bien de familia y el alcance de la protección con los acreedores anteriores y posteriores al 1 de agosto de 2015. Se pone especial énfasis en la novedosa subrogación real, los beneficios y los conflictos que surgen de una regulación incompleta como la necesidad de reserva, la falta de plazo cierto, mayor valor de la vivienda adquirida, entre otros. Se intenta ponderar en las recomendaciones o conclusiones la situación de los acreedores sin descuidar la protección del derecho a una vivienda digna.

## PALABRAS CLAVE

Vivienda; inmueble; destino; bien de familia; acreedores; afectante; titular registral; beneficiarios; conviviente; subsistencia; subrogación real.

**Recibido:** 27/5/2021

**Aceptado:** 14/7/2021

**Publicado online:** 9/2/2022

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Derecho constitucional de la vivienda. 3. Inmuebles como objeto de la constitución. 3.1. Concepto general. 3.2. Inmueble con destino mixto. 3.3. Inmuebles que conforman una unidad de vivienda. 3.4. Condominio. 3.5. Inmuebles afectados al derogado régimen de bien de familia. 4. El afectante y los beneficiarios. 4.1. Titular registral. 4.2. Los beneficiarios. Conviviente. Colaterales. 4.3. Subsistencia de la afectación. 5. Subrogación real. 5.1. Concepto general. 5.2. ¿Carácter facultativo?. 5.3. Reserva. 5.4. La nueva vivienda adquirida. 5.5. Plazo. 5.6. Mayor valor del inmueble adquirido con relación a los importes obtenidos por subrogación. 5.7. Inmueble preexistente. 5.8. Aplicación para los inmuebles afectados al régimen de bien de familia. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.



## 1. Introducción

El [Código Civil y Comercial de la Nación \(CCyC\)](#)<sup>1</sup> regula la “vivienda” en el capítulo 3 de la sección 3 del título III (“Bienes”) del libro primero. Este instituto vino a continuar con la protección a la vivienda que surgía de la [Ley 14394](#) bajo la regulación del régimen de “bien de familia”. La Ley 14394 y –hoy– la protección del CCyC responden a la finalidad de conservación e intangibilidad de las propiedades que sirven de vivienda dentro del derecho privado. Tienden a la protección de la propiedad familiar.<sup>2</sup>

Algunos de los artículos del CCyC generan interrogantes en torno a la coexistencia del régimen derogado del bien de familia y el régimen vigente. El objetivo de este trabajo es hacer un análisis genérico de sus normas, abordar cuestiones relacionadas con el objeto, los sujetos afectantes, beneficiarios y la subrogación real. Veremos que existen vacíos en su legislación, que deben ser resueltos a la luz de un equilibrio entre el derecho constitucional del acceso a la vivienda, y los perjuicios que podrían generar en el derecho de propiedad de los acreedores.

Toda su regulación importa al interés público por el bien jurídico que defiende y, como consecuencia de ello, sus normas son de orden público. Las interpretaciones que se hagan de sus disposiciones deben tener el cuidado y fundamento que la institución exige. No deben ser amplias ni restrictivas, sino justas.<sup>3</sup>

## 2. Derecho constitucional de la vivienda

Desde el Estado de derecho constitucional, y con la constitucionalización del derecho privado,

El derecho civil deja de ser una rama insular o autista para abrirse y generar puentes con el derecho en general, y en particular con la Constitución y los Tratados que la Argentina sea parte...<sup>4</sup>

1. (N. del E.): los hipervínculos a textos normativos fueron incorporados por la *Revista del Notariado* y dirigen a fuentes oficiales –en caso de excepción, se hará la aclaración que corresponda–; la fecha de última consulta es 18/1/2022.

2. GUASTAVINO, Elías P., *Bien de familia*, Buenos Aires, Omeba, 1962, p. 85.

3. GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1985, p. 386.

4. VIGO, Rodolfo L., “Comentarios al capítulo 1 del título preliminar” (online), en Laferrière, J. N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, El Derecho-

Vigo explica el “efecto de irradiación” de la constitución en el ordenamiento jurídico y su legislación.<sup>5</sup> La [Ley 14394](#), que regulaba, entre otras cosas, el régimen de bien de familia, era el reflejo de la protección constitucional de la vivienda que propiciaba la Constitución Nacional de 1949.<sup>6</sup> Con la reforma de 1957,<sup>7</sup> se incorporó el artículo 14 bis, que obliga al Estado a “la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. Con la jerarquización constitucional de los tratados internacionales, el Estado refuerza el deber de garantizar la protección y el resguardo de la vivienda.

El derecho a una vivienda adecuada está reconocido, entre otros tratados, en la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) (1948).<sup>8</sup> Este derecho no debe interpretarse en sentido estricto ni restrictivo, tampoco por una definición uniforme,<sup>9</sup> sino que integra otros elementos que deben garantizarse para no vulnerarla. Entre estos elementos, está la seguridad en la tenencia. Para que la vivienda sea adecuada, sus ocupantes deben tener “seguridad de la tenencia que les garantice protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas”.<sup>10</sup>

El [CCyC](#), para reglamentar esta protección, codifica un amparo genérico de la vivienda en los artículos 456 y 522 para los matrimonios y las uniones convivenciales inscriptas. A partir de su artículo 244, se regula el régimen de

---

Universidad Católica Argentina, 2012, p. 64, <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina463.pdf>, última consulta: 10/11/2020.

5. VIGO, Rodolfo L., “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, N.º 7, 2009, p. 262. (N. del E.): ver completo [aquí](#), última consulta: 14/1/2022.

6. (N. del E.): acceda a la Constitución Nacional de 1949 [aquí](#), pp. 197-225, última consulta: 14/1/2022.

7. (N. del E.): acceda a la reforma constitucional de 1957 [aquí](#), pp. 237-238, última consulta: 14/1/2022.

8. Art. 25, párr. 1 (donde se regula dentro del concepto de vida adecuada, el acceso a una vivienda): “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

9. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Vivienda” (online), en *Diccionario de la lengua española*, <https://dle.rae.es/vivienda?m=form>, última consulta: 26/5/2021: “1. f. Lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas”.

10. “¿Qué es el derecho a una vivienda adecuada?” (online), en *Folleto Informativo*, Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), N.º 21/Rev.1 (“El derecho humano a una vivienda adecuada”), 2010, p. 4; en [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21\\_rev\\_1\\_Housing\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf); última consulta: 25/5/2021.

protección especial de la vivienda, continuador de la Ley 14394, la que quedó derogada en esta materia.

### 3. Inmuebles como objeto de la constitución

#### 3.1. Concepto general

El artículo 244 CCyC comienza diciendo que puede afectarse al régimen de vivienda un inmueble que tenga ese destino. Este criterio se separa de lo que estipulaba el artículo 41 de la Ley 14394 sobre la posibilidad de afectar la industria, explotación o fábrica con el fundamento de que en ella se obtenía el sustento para la manutención de la familia. El concepto de vivienda que se considera a estos fines es el de la vivienda como techo u hogar de la familia.<sup>11</sup> La Ley 14394 también brindaba la posibilidad de proteger el inmueble generador del sustento familiar. Hoy, el CCyC pone su foco en la vivienda y no en la familia de forma amplia.

Durante la vigencia de la legislación derogada, se discutía si la existencia de una construcción en el terreno era un requisito o bien podía afectarse al régimen de bien de familia un terreno baldío. Esta discusión tenía sentido con la dualidad de destino que se permitía. El inmueble con destino vivienda debía tener una construcción, aunque fuera precaria, y el que estuviere destinado a explotación comercial podía recaer en un lote donde se hiciera cultivo o agricultura y que no necesariamente tuviera una construcción.<sup>12</sup>

Como la normativa actual excluye la posibilidad de afectar al régimen un inmueble con un destino diferente al de vivienda, el lote debe tener una construcción que pueda servir para este destino. El artículo 256 CCyC sigue el criterio del artículo 34 de la Ley 14394 y establece que el inmueble puede ser rural, siempre que no exceda la unidad económica –situación que el CCyC continúa delegando a las jurisdicciones locales–.

#### 3.2. Inmueble con destino mixto

El CCyC no regula de forma expresa la afectación de los inmuebles con destino mixto, circunstancia que ya se encuentra instalada en la órbita inmobiliaria y continúa en constante crecimiento. Los inmuebles que tienen

11. GUASTAVINO, Elías P., ob. cit. (nota 2), p. 13.

12. AREÁN, Beatriz A., *Bien de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 87.

destino comercial o apto profesional y sirven de vivienda de forma conjunta son numerosos.

Que la persona o su grupo familiar resida en el lugar donde a su vez tienen establecido su fuente de ingreso puede tener encuadres jurídicos diversos:

- 1) El reglamento de propiedad horizontal puede autorizar a los propietarios a destinar las unidades funcionales a vivienda y/o apto profesional. Incluso, los proyectos o desarrollos inmobiliarios utilizan esta variante como una propia estrategia de comercialización.
- 2) En casas internamente separadas entre el comercio u oficina que suelen dar a la calle (taller mecánico, ferretería, mercado, escribanía, estudio jurídico, etc.) y la vivienda, normalmente ubicada en el contrafrente, en un piso de arriba, o bien, en otro sector.

En ambos casos, el inmueble reúne en toda su delimitación destinos mixtos. No es necesario establecer si la mayor parte de la superficie del inmueble es la que se destina a vivienda o viceversa, simplemente con que la persona utilice el inmueble para vivir tiene el derecho a la protección del instituto.

Esta circunstancia encuentra sustento normativo, por ejemplo, en la Subsecretaría de Asuntos Registrales y los Registros de la Propiedad de Rosario y Santa Fe (Provincia de Santa Fe), en la [Disposición técnico registral conjunta 15/2016](#) (art. 6), dicen:

Podrá ser afectado cualquier inmueble destinado a vivienda, ya sea mixto (vivienda y comercio o industria) o rural (vivienda y actividad rural) por su totalidad o parte de su valor.<sup>13</sup>

Frente a la venta, cabe preguntarse: la subrogación real, ¿opera sobre la totalidad del importe percibido o solo hasta el valor que cubra proporcionalmente la superficie utilizada para vivienda? Sería injusto pensar que todo el importe quede protegido de las acciones de los acreedores tendientes a cobrar sus créditos. Si en algún momento el inmueble se dividiera en especie y se crearan dos inmuebles separados, la afectación deberá recaer sobre el que tenga destino vivienda.

13. (N. del E.): fuente del hipervínculo: [Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe - 1ª Circunscripción](#), última consulta: 17/1/2022.

### 3.3. Inmuebles que conforman una unidad de vivienda

Hay viviendas que se componen de dos o más inmuebles. En el marco de la propiedad horizontal, los departamentos, las cocheras y, en su caso, las bauleras de los edificios pueden identificarse jurídicamente como unidades funcionales, partes indivisas de unidades funcionales, unidades complementarias o partes indivisas de estas. Por ejemplo, un propietario de un departamento (unidad funcional) puede ser único dueño de otro inmueble en el mismo edificio que tenga como destino un espacio guardacoches (art. 2039 CCyC). En la propiedad horizontal especial (art. 2073 y ss. CCyC) o en zonas residenciales, hay casas que se construyen en dos o más unidades funcionales o lotes de terreno. Puede ocurrir, por ejemplo, que se edifique la casa en un lote, la pileta en otro y el quincho en otro. Esta solución viene dada desde el régimen de bien de familia.

La XIX Reunión Nacional de Directores de Registro de la Propiedad Inmueble (Salta, 1982) declaró al respecto:

Artículo 1º: Que el concepto de inmueble en el instituto de Bien de Familia, está definido por su destino, ya sea vivienda o explotación, con los demás recaudos exigidos por la ley para su afectación (art. 34). Artículo 2º: Que para arribar a dicho encuadre no es adecuada la utilización del concepto parcelario o registral de inmueble. Artículo 3º: que la extensión señalada abarca tanto los inmuebles urbanos en todas sus manifestaciones como los rurales.<sup>14</sup>

Ello permite afectar más de una unidad al sistema, de conformidad con su "utilidad", lo que no es óbice para que el tercero, que con ello considere vulnerados sus derechos, pueda accionar por desafectación.<sup>15</sup>

Si prospera la desafectación, no puede ser por la totalidad del inmueble porque, en ese caso, el beneficiario resultará perjudicado. Debe desafectarse hasta el monto que cubra el crédito reclamado, sin desproteger totalmente la vivienda.

14. AA. VV., (declaraciones de la XIX Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble [Salta, 1982], tema 5 ["Afectación al régimen del bien de familia de inmuebles sometidos a la ley 13512 que comprenda a unidades complementarias en condominio o unidades funcionales con distintos destinos"]), en <http://consejofederalrpi.com.ar/home/index.php/conclusiones-de-reuniones-nacionales/29-xix-reunion-nacional-de-directores-de-registros-de-la-propiedad-inmueble>, última consulta: 26/5/2021.

15. ARMELLA, Cristina N., "Bien de familia. Cláusulas escriturarias para los casos en los que el instituto se vincula con otras figuras jurídicas", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N.º 928, 1997, p. 730. (N. del E.): ver [aquí](#); última consulta: 18/1/2022.

Los supuestos mencionados tienen un reflejo normativo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; la [Instrucción de trabajo 6/2016](#) del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal dice:

9.- INMUEBLE COMPLEMENTARIO o AFECTACIÓN CONJUNTA. Si la **vivienda** está integrada por más de una unidad funcional, las cuales se complementan conformando una sola unidad de vivienda y, así se lo declarare, es admisible su afectación conjunta. El mismo criterio se aplicará a las fincas edificadas en lotes contiguos.- Las unidades complementarias del régimen de propiedad horizontal quedarán **siempre** comprendidas en la afectación (art. 2045 CCyC.). Asimismo, se admitirá la afectación con la principal, de partes indivisas de unidades funcionales destinadas a cochera o baulera, exigiéndose únicamente que estén ubicadas en el mismo edificio.

También encontramos regulación en la [Disposición técnico registral 10/2016](#) del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, que dice (art. 3):

No podrá afectarse más de un inmueble, a excepción de los siguientes casos: a) Cuando se trate de dos o más inmuebles linderos de un mismo propietario siempre que en ellos se asiente la vivienda. b) En el derecho real de Propiedad Horizontal, la afectación de la unidad funcional y de su complementaria o de una parte indivisa de la misma, debiendo rogarse expresamente por cada una de las unidades afectadas. c) La calidad de condómino o de nudo propietario de un inmueble afectado a "vivienda", no impide la afectación de otro inmueble de dominio exclusivo. En el caso de dominio desmembrado, el usufructuario deberá dar su consentimiento.

Por su parte, la citada [Disposición técnico registral conjunta 15/2016](#) de la Provincia de Santa Fe se expide en igual sentido (art. 8).

### 3.4. Condominio

Un mismo afectante no puede ser único propietario de más de un inmueble afectado. Esto implica que puede ser propietario único de un inmueble afectado y condómino de otro inmueble afectado.

Los condóminos pueden afectar el inmueble al régimen de vivienda. El CCyC exige que la decisión sea unánime para la afectación. No se puede afectar una parte indivisa (art. 245 CCyC).<sup>16</sup>

16. La Subsecretaría de Asuntos Registrales y los Registros de la Propiedad de Rosario y Santa Fe (Provincia de Santa Fe), en la [Disposición técnico registral conjunta 15/2016](#) y con respecto a la afectación de inmuebles con destino mixto (art. 6), dicen que "preferentemente expresado en porciones indivisas, lo cual constará en la rogatoria y en el asiento registral correspondiente".

La posibilidad de que un condómino pueda afectar más de un inmueble sirve de fundamento para evitar situaciones injustas. Veamos el caso: **A** es titular único de un inmueble afectado donde reside y, a su vez, es condómino con **B** de un inmueble donde este reside. Si A no pudiese afectar el inmueble en condominio con B al régimen de vivienda, se le estaría negando a B el derecho a proteger su vivienda.

Existe, por lo menos, un caso de excepción a esta regla establecida en el CCyC que se relaciona directamente con lo analizado en el apartado anterior. En la propiedad horizontal, ocurre frecuentemente que las cocheras o bauleras están jurídicamente constituidas como una unidad funcional y los adquirentes de los departamentos, conjuntamente, adquieren una parte indivisa de la unidad funcional con destino cochera o baulera, la que se individualiza con una designación interna del edificio. Es decir, cada propietario de una cochera es condómino de la unidad funcional global que tiene dicho destino y que abarca internamente las demás cocheras del edificio.

La posibilidad de afectar conjuntamente ambas unidades que conforman una unidad de vivienda hace a un lado el requisito de la unanimidad, pues un condómino puede afectar su parte indivisa sin que sea necesario que los restantes condóminos afecten las suyas.

### 3.5. Inmuebles afectados al derogado régimen de bien de familia

El artículo 3º [Ley 26994](#) derogó la [Ley 14394](#), que regulaba el instituto del bien de familia en su capítulo V. Esta circunstancia no desvaneció una situación de hecho ineludible: aún existen inmuebles afectados a dicho régimen.

En los fundamentos del anteproyecto del CCyC, se establece que el actual régimen sustituye al anterior con las modificaciones que se introdujeron.<sup>17</sup> En consecuencia, debemos preguntarnos: ¿qué ocurre con la protección de los inmuebles que estuvieron afectados al régimen de bien de familia? La respuesta la obtenemos aplicando las reglas sobre la eficacia temporal de la ley (art. 7 CCyC), que se pueden resumir en:

---

Esta disposición solo refleja una técnica de inscripción para publicitar la afectación en parte del inmueble. Entiendo que una publicidad más precisa es la del valor.

17. HIGHTON, Elena I., KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., "Fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la nación elaborados por la comisión redactora" (online), en *Proyecto de código civil y comercial de la nación*, Buenos Aires, Infojus, 2012, p. 555, [http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo\\_civil\\_comercial.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf), última consulta: 26/5/2021.

- 1) A las situaciones jurídicas agotadas (constitución, modificación o extinción y consecuencias) les aplica la ley antigua (irretroactividad).
- 2) A las situaciones jurídicas en curso (constitución, modificación o extinción y consecuencias) les aplica la ley nueva (efecto inmediato).
- 3) Situaciones jurídicas constituidas de fuente extracontractual: a la constitución se le aplica la ley antigua (irretroactividad); a la modificación o extinción, la ley nueva (efecto inmediato); a las consecuencias anteriores, la ley antigua, y a las posteriores, la nueva ley.
- 4) A las situaciones jurídicas nuevas, en todos los aspectos, la ley nueva.<sup>18</sup>

La protección no se extingue de pleno derecho porque implicaría la aplicación retroactiva de la ley. Tampoco puede subsistir en todos sus aspectos porque resultaría en la ultraactividad de la norma. Cuando el inmueble afectado al régimen de bien de familia cumpla con los requisitos que exige el CCyC para su afectación al régimen de vivienda actual, puede beneficiarse de la protección y sus efectos. De conformidad con estas reglas, en lo tocante a los efectos o consecuencias no producidos a la fecha de entrada en vigor del CCyC, los inmuebles afectados al régimen de la Ley 14394 se registrarán por las disposiciones de los artículos 244 al 256 CCyC.<sup>19</sup>

En la coexistencia del régimen de bien de familia y el régimen de vivienda concurren el afectante-deudor y los acreedores que quieren ejecutar el inmueble para cobrar sus créditos, a lo que se suma la cuestión temporal de la fecha de constitución, la entrada en vigencia del CCyC, el destino del inmueble y la fecha de nacimiento de los créditos. Como vemos, la nueva ley modifica más de una situación jurídica, que concurren unas con otras. En este caso, la respuesta es la aplicación distributiva de las reglas expuestas para la eficacia temporal.<sup>20</sup>

En primer lugar, hay que distinguir entre el inmueble con destino a vivienda del que sirva de sustento, como la fábrica, industria o comercio.

18. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "La irretroactividad de la ley y el efecto diferido" (online), p. 2, <https://www.acaderc.org.ar/1980/07/14/la-irretroactividad-de-la-ley-y-el-efecto-diferido/>, última consulta: 26/5/2021.

19. LASTRA, Mónica M. F., "Bien de familia y protección de la vivienda", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 279, 2018, p. 2.

20. KEMELMAJER, Aída, "Las situaciones jurídicas preexistentes, a un año de la vigencia del Código Civil y Comercial. (Varios personajes en busca de un autor)" (online), en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1/8/2016, <https://informacionlegal.com.ar>, cita online AR/DOC/2312/2016, última consulta: 26/5/2021.

En este último caso, el inmueble no cumple con el requisito principal que exige el CCyC: el destino. Esto no implica su desafectación automática; lo que disminuye es su protección. El inmueble queda protegido de los acreedores del afectante cuyas obligaciones hayan nacido con posterioridad a la afectación y antes del 1 de agosto de 2015 (fecha en que el CCyC entró en vigor). En cambio, los acreedores cuyos créditos nacieron con posterioridad a esta fecha (aunque sean posteriores a la afectación) pueden ejecutar el inmueble afectado al régimen de bien de familia que no tenga destino vivienda pues se trata de una “consecuencia posterior” a la que se le aplican inmediatamente las normas de la ley vigente en lo que respecta a la posibilidad o no de ejecución. En este sentido, la doctrina señala que aquellos acreedores cuyos créditos nacieron durante la vigencia de la Ley 14394 no pueden ejecutar el asiento del bien de familia, por más que el destino de dicho bien sea comercial; mas aquellos otros cuyos créditos sean de causa posterior al 1 de agosto de 2015 podrán ejecutar dicho bien, dado que ya no será posible recurrir al marco protectorio previsto en el régimen anterior.<sup>21</sup>

En segundo lugar, nace el siguiente interrogante: ¿puede un único propietario de un inmueble afectado al régimen de bien de familia afectar otro al régimen de vivienda? Quien sea único propietario de un inmueble afectado al régimen de bien de familia con destino a vivienda no puede afectar al régimen de vivienda otro inmueble del que sea único propietario, pues los institutos no pueden coexistir en este sentido. Contrariamente, aquel que sea titular de una fábrica, industria o comercio afectado al régimen derogado puede afectar al régimen de vivienda actual un inmueble con ese destino. En este caso, los acreedores nacidos durante la vigencia de la Ley 14394, ¿pueden ejecutar el inmueble afectado al régimen actual? Negarles esta posibilidad es beneficiar al deudor, injustificadamente, con dos inmuebles fuera de la órbita de un solo grupo de sus acreedores: los nacidos posteriormente a la afectación del inmueble afectado al régimen derogado y antes del 1 de agosto de 2015.

21. CAUSSE, Federico J. y PETTIS, Christian R., *Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación”, dirigida por Alberto J. Bueres, v. 8), p. 305.

## 4. El afectante y los beneficiarios

### 4.1. Titular registral

El artículo 245 CCyC establece que la afectación puede ser solicitada por el titular registral. No menciona un derecho real en particular, salvo el condominio. Consecuencia de ello es que el término *afectante* se interpreta en sentido amplio. Los titulares de dominio, condominio, propiedad horizontal y propiedad horizontal especial pueden afectar a vivienda un inmueble. También pueden afectar a vivienda el usufructuario, el usuario, el titular del derecho real de habitación y el de la propiedad superficiaria.<sup>22</sup>

Esta cuestión se examinó en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), donde se concluyó, por unanimidad:

Afectación al régimen de protección de la vivienda: El usufructuario puede afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda previsto por los arts. 244 y ss. del CCyC, si concurren los requisitos exigidos por dichas normas. En tal caso, la afectación al régimen de vivienda durará solo mientras exista el usufructo, salvo que el dominio se consolide en cabeza del usufructuario.

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires recepitó esta doctrina en la [Disposición técnico registral 4/2016](#) (art. 5º, última parte):

En caso que exista usufructo, el inmueble debe ser afectado por el nudo propietario y el usufructuario conjuntamente; igual criterio se aplicará al uso y habitación.

Es de lamentar que se solicite la conformidad del usufructuario y nudo propietario conjuntamente, pues nada impide que el usufructuario pueda afectar en soledad el usufructo de un inmueble con destino a vivienda. Los registros no pueden alterar el espíritu de las leyes con excepciones reglamentarias (art. 99 inc. 2 [Constitución Nacional](#) [CN]), lo que sucede al impedir que se proteja la vivienda con sustento en un derecho de usufructo, aunque el nudo propietario no quisiese solicitar la afectación.

22. SZMUCH, Mario G., "Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación" (online), en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N.º 917 (jul-sep 2014), 4/2/2015, ap. 15, <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2015/02/discursus-sobre-el-regimen-de-vivienda-y-la-registracion-de-su-subrogacion-real-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-dinamica-interpretacion-amplia-y-propuestas-para-su-implementacion/>, última consulta: 26/5/2021.

## 4.2. Los beneficiarios. Conviviente. Colaterales

La afectación debe tener beneficiarios. El artículo 246 CCyC regula quiénes pueden serlo y refleja algunas modificaciones respecto de la legislación anterior. Dispone:

*Beneficiarios.* Son beneficiarios de la afectación: a) el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes; b) en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.

Sobre la posibilidad de que el titular registral se declare como el propio beneficiario, en los fundamentos del anteproyecto de CCyC, se señaló que

... se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a la situación, cada vez más frecuente, de la persona que vive sola.<sup>23</sup>

El CCyC reconoce esta nueva concepción de familia sin la necesidad de que exista un vínculo afectivo con otra persona, ni vínculo de sangre en ningún orden.

El CCyC agrega la posibilidad de declarar beneficiario al conviviente. No exige que la convivencia esté inscripta, es decir, solo deben cumplirse los requisitos subjetivos y objetivos de los artículos 509 y 510 CCyC. Si la afectación se efectuare mediante escritura pública, este será el único caso en el cual el notario no exija al afectante acreditar el vínculo.

No podemos desconocer las opiniones que declaran como ineludible el requisito de la inscripción de la unión convivencial para que pueda tener efecto la declaración del conviviente como beneficiario.<sup>24</sup> No adhiero a la postura de estos autores. Si el CCyC no exige inscripción, ¿por qué exigir mayores requisitos? Atenta contra el mandato de proteger la vivienda en sentido amplio (art. 14 bis CN).

El inciso b) del artículo 246 CCyC utiliza la frase "en defecto de ellos", cuyo significado es a falta de ellos, haciendo referencia a los sujetos del inciso a), que son: el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes. Para los del inciso b), se suma el requisito de que, además, convivan con el constituyente.

23. HIGHTON, Elena I., KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. (nota 17), p. 555.

24. KOON, María L. y MESQUIDA, Silvina M., "La protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, noviembre 2014, p. 61; y CAUSSE, Federico J. y PETTIS, Christian R., ob. cit. (nota 21), p. 292.

A raíz de esta regulación, surge el primer interrogante: ¿puede un afectante con descendientes, ascendientes, cónyuge declarar beneficiario del régimen de vivienda a un colateral del inciso b)? Nótese que el interrogante no nombra al conviviente pues, en caso de que el afectante conviva, impide beneficiar a alguno de los sujetos del inciso b).

Cierto sector doctrinario entiende que la mera existencia de ascendientes, descendiente o cónyuge del afectante excluye la posibilidad de que los colaterales puedan beneficiarse con la afectación.<sup>25</sup> Ahora bien: ¿qué sucede con el afectante que no vive con sus ascendientes o descendientes y sí convive con un colateral? Cabe la posibilidad de que el afectante viva con un hermano y no con aquellos. ¿Cuál es la razón para impedirle que lo designe como beneficiario? El foco debe estar puesto en quién habita y vive con el constituyente y no en su mera composición familiar. Si se cumplen los requisitos del inciso b), es decir, colateral hasta el tercer grado y que convivan con el constituyente, el afectante debería poder designar beneficiario a un colateral siempre y cuando no vivan en el inmueble ascendientes, descendientes o su cónyuge.

### 4.3. Subsistencia de la afectación

Uno de los principales efectos de la afectación al régimen de vivienda es la inenajenabilidad del inmueble (art. 250 CCyC). Para transmitir el inmueble afectado, se requiere previamente su desafectación. Ahora bien, el artículo 250 CCyC se titula “transmisión de la vivienda afectada”, de modo que se puede inferir que esto se compadece con la posibilidad de que se transmita el inmueble afectado y se mantenga la protección legal retroactivamente a la fecha de constitución originaria.<sup>26</sup> Veremos a continuación algunos de estos supuestos:

- 1) Por causa de muerte.** Los herederos legitimarios adquieren todos los bienes del causante desde el instante mismo de su fallecimiento (art. 2277 CCyC). Del texto de los artículos 250 y 252 CCyC se extrae que la afectación subsiste con posterioridad al fallecimiento.

25. KOON, María L. y MESQUIDA, Silvina M., ob. cit. (nota 24), p. 6; PÉREZ PEJIC, Gonzalo, (comentario al art. 246)(online), en Caramelo, G. y otros (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 449, en [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Comentado\\_Tomo\\_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf), última consulta: 1/5/2021.

26. CASABÉ, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial”, dirigida por Alberto J. Bueres, v. 12), p. 55.

En consecuencia, los herederos tienen las siguientes opciones: a) decidir la desafectación, b) resolver la subsistencia de la afectación con o sin modificación de los beneficiarios. Estos actos los pueden realizar en el marco de la partición de herencia.

- 2) Liquidación del régimen de comunidad en el matrimonio.** La indivisión poscomunitaria que se genera por la disolución del régimen de comunidad debe liquidarse. Si la masa estuviera integrada por un inmueble afectado al régimen de vivienda, el cónyuge no titular adjudicatario, sea o no beneficiario, o el cónyuge titular –ahora dueño a título de adjudicación– podrían rogar la subsistencia de la afectación.
- 3) Donación.** El donatario, cuando haya sido beneficiario del régimen de vivienda y cumpla con los requisitos del régimen, puede rogar que subsista la afectación para que pueda seguir beneficiándose de sus efectos desde el origen de la constitución realizada por el donante.
- 4) División de condominio y adjudicación.** Cuando un condómino resulte adjudicatario del inmueble que se encontraba afectado, puede optar por que continúe la afectación.<sup>27</sup>

En todos los casos mencionados, el beneficio de la subsistencia reside en que los efectos de la afectación se mantienen desde su constitución inicial y solo se modifican los sujetos beneficiados. Este aspecto ha sido aceptado a nivel registral y reflejado en la [Instrucción de trabajo 6/2016](#) del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal:

16.- TRANSMISIONES SIN DESAFECTACIÓN. No es necesaria la desafectación en el supuesto de adjudicación por partición. Tampoco será necesaria la desafectación, en el supuesto de transmisión a favor de beneficiarios del régimen.

Si el nuevo afectante fuese único propietario de un inmueble ya afectado, entonces, la norma le impide pedir la subsistencia sobre otro, salvo que, con la petición, desafecte el anterior.

27. ORTOLANI, Luciana, "Régimen de vivienda. Principales cambios", en *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, N.º 93, 2016, p. 324, <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2017/06/Vivienda.-Ortolani.-RNCba-93.pdf>, última consulta: 26/5/2021.

## 5. Subrogación real

### 5.1. Concepto general

El artículo 248 CCyC dice:

*Subrogación real.* La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.

Como antecedente a esta incorporación, en diversas jornadas de derecho civil y registral se instó una reforma legislativa que incluyera la subrogación real en el régimen de protección de la vivienda.<sup>28</sup> La jurisprudencia, por su parte, había receptado este instituto de forma acertada.<sup>29</sup> El derecho comparado también es fuente de este instituto. En algunas constituciones de estados de los Estados Unidos de América, se regula el *homestead*, con la variable de la protección al valor de las viviendas.<sup>30</sup>

Los supuestos de subrogación real en nuestra legislación son:

- 1) Permuta de inmueble afectado por otro que continúa con la afectación;

28. AA. VV., (conclusiones de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Buenos Aires, 2005], comisión N.º 4 [“Reales: protección jurídica de la vivienda”, punto 3º [“La protección de la vivienda y la subrogación real”, *de lege ferenda*], en <https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/92-2005-xx-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-de-buenos-aires>, última consulta: 26/5/2021: “Es necesario que en una futura reforma legislativa se instituya expresamente el principio de subrogación real en el régimen de protección de la vivienda. Ello para que el nuevo inmueble adquirido, en sustitución de un inmueble afectado, participe de los beneficios legales de la inejecutabilidad, con retroactividad a la fecha de afectación del inmueble originario. También para que se extienda la protección a los fondos recibidos en concepto de indemnización por expropiación o seguro, al menos por un plazo. Incluso, a fin de que el constituyente pueda optar por transferir la protección a otro inmueble de su propiedad”.

AA. VV., (declaraciones de la XL Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble [Paraná, 2003], segundo plenario del tema 1 [“Bien de familia: subrogación. Experiencia o antecedentes en los distintos registros”]), en <http://consejofederalrpi.com.ar/home/index.php/conclusiones-de-reuniones-nacionales/50-xl-reunion-nacional-de-directores-de-registros-de-la-propiedad-inmueble>, última consulta 26/5/2021: “1. En el caso de subrogación real puede admitirse -sobre el nuevo inmueble- la subsistencia del bien de familia con vigencia desde la fecha de su constitución originaria. 2) Respecto de la sustitución de un inmueble por otro existente en el patrimonio del constituyente, es conveniente propiciar una reforma legal para determinar su inclusión y efectos”.

29. CCiv.Com. de Rosario, Sala 1ª, 23/10/2002, “Gil, Alberto s/ Recurso de recalificación” (Zeus, T. 91, R-575, caso N.º 29275).

30. GUASTAVINO, Elías P., ob. cit. (nota 3), p. 385.

- 2) Venta del inmueble afectado, transmisión de la afectación al importe percibido como precio y luego al inmueble adquirido.<sup>31</sup>
- 3) Siniestro con el inmueble afectado que genere el cobro de una indemnización a la que se transmite la afectación y luego al inmueble adquirido con esta.
- 4) Expropiación del inmueble con indemnización por parte del Estado para luego adquirir otra vivienda.

## 5.2. ¿Carácter facultativo?

El artículo 248 CCyC, desde una hermenéutica literal, parece no exigir que con los importes que sustituyen la vivienda se adquiera una nueva, pero desconocer esto es desviarse de la naturaleza misma del régimen. Solo puede recaer sobre un inmueble con destino vivienda (art. 244) y tiene como finalidad protegerla.

La sustitución en los importes no es una excepción al artículo 244, sino que funciona como una protección temporal que se extiende hasta que se adquiere la nueva vivienda o bien, hasta que el sujeto, de forma expresa o tácita, decida desafectar los importes de la protección. Si el titular opta por no adquirir un inmueble con los alcances mencionados y les da otro destino a los importes, se extingue la protección y los importes pasan a integrar la masa de los acreedores. Es decir, para cierto sector doctrinario, la subrogación tiene carácter facultativo.<sup>32</sup>

Otra doctrina opina que

... no queda sujeta al arbitrio del constituyente originario ni del registrador; se produce *ope legis* con la sustitución de la vivienda, así como también es automática la protección del asiento conyugal o convivencial luego de celebrado el matrimonio o inscrita la unión convivencial.<sup>33</sup>

No adhiero a esta última postura pues el artículo 244 CCyC comienza diciendo "puede afectarse". En consecuencia, si la afectación es una opción del titular registral, también lo es la subrogación para el constituyente.

31. ZAVALA, Gastón A., "La subrogación de vivienda en la constitucionalización del derecho privado", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 4/6/2019, p. 7.

32. CAUSSE, Federico J. y PETTIS, Christian R., (comentario al art. 248), en Bueres, A. J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 1B, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, pp. 97-98.

33. ZAVALA, Gastón A., ob. cit. (nota 31), p. 8.

### 5.3. Reserva

El artículo 248 CCyC prescribe que la afectación “se transmite”. Eso significa que, si nada se señalara al respecto, la misma opera de pleno derecho. Sin perjuicio de ello, las normas registrales de las distintas demarcaciones son disímiles respecto de la necesidad de efectuar la reserva en la escritura de desafectación.

En la Ciudad de Buenos Aires, no es necesario efectuar esta reserva, según lo establecen la [Disposición técnico registral 4/2016](#) y la [Instrucción de trabajo 6/2016](#). En la Provincia de Córdoba, el Registro General exige efectuar dicha reserva, de acuerdo con la [Resolución general 4/2015](#) (normativa técnico-registral unificada t. o. 2015, art. 8 del título II).

Abella y Regis opinan que es necesaria la manifestación de voluntad al respecto y que la falta de esa reserva de derecho produciría su extinción.<sup>34</sup> Cabe preguntarse: ¿por qué exigir un requisito mayor si la ley no lo hace? Suponer que, ante el silencio del desafectante, su deseo es extinguir la protección en los importes sustituidos es obstaculizar la finalidad del instituto de proteger la nueva vivienda adquirida. Lo que el desafectante puede hacer, vinculado al carácter facultativo que se desarrolló, es manifestar de forma expresa su intención de no subrogar los importes. En la escritura de adquisición del nuevo inmueble sí es necesario hacer referencia al trámite de afectación originaria y a la escritura de desafectación y venta para que los registros de la propiedad inmueble puedan publicitar la protección del régimen de vivienda desde su fecha originaria.

### 5.4. La nueva vivienda adquirida

El artículo 248 CCyC señala que la afectación se transmite “a la vivienda adquirida”, pero ¿qué alcance podemos darle a la adquisición? Zavala acertadamente dice que:

Es errado el criterio adoptado por algunos registradores -y que ha sido ratificado en sede judicial- al considerar que “vivienda adquirida” refiere únicamente a la comprada con el producido de la enajenación de la vivienda originariamente afectada al régimen.<sup>35</sup>

34. ABELLA, Adriana N. y REGIS, Ariel E., (comentario al art. 248), en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 642.

35. ZAVALA, Gastón A., ob. cit. (nota 31), p. 8.

La interpretación no debe ser restrictiva. La adquisición de la nueva vivienda no puede limitarse únicamente al derecho de dominio o propiedad horizontal común y especial, sino que también se considera “cerrada” la subrogación con la adquisición de un usufructo o propiedad superficiaria que tenga destino vivienda, produciéndose el efecto del traslado de la afectación de la misma manera. Si se adquiere un inmueble en condominio, la subrogación real opera para la parte indivisa del adquirente que lo hizo con los importes afectados resultantes de la enajenación de la vivienda.

### 5.5. Plazo

El legislador optó por no establecer un plazo para la adquisición de la nueva vivienda con los importes subrogados.<sup>36</sup> El anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial de 2018 ([Decreto 182/2018](#)) propone incorporar en los requisitos de la subrogación que

... el titular debe reinvertir el importe –producto de la venta o indemnización– en la adquisición y afectación al régimen de vivienda de un nuevo inmueble en el plazo de caducidad de un año.<sup>37</sup>

La finalidad de la norma es proteger los importes en el proceso de la nueva adquisición, pero no con el objetivo de que queden fuera del radar de los acreedores eternamente.

Zavala expone que

... cuanto más se dilate la reinversión de los fondos y menos trazable sea en ese período su empleo o destino, mayor será el riesgo que corra la continuidad del régimen de vivienda, lo que la hace susceptible de ser cuestionada judicialmente por los acreedores.<sup>38</sup>

Frente al reclamo de algún acreedor, es el aparato judicial quien debe establecer qué plazo se considera razonable para reinvertir el dinero en una nueva vivienda. Desde mi punto de vista, aplicar algún plazo cierto, con la legislación actual, es forzar la interpretación. No podemos recurrir a leyes análogas ya que los plazos de caducidad son aquellos que están regulados estrictamente.

36. MAZZEI, J. Beatriz, “Afectación del inmueble al régimen de vivienda. Subrogación real y sustitución”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 272, p. 671.

37. RIVERA, Julio C. y otros, (Anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial)(online), s.e., 2018, p. 11, <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/11/Legislacion3875.pdf>, última consulta: 25/5/2021.

38. ZAVALA, Gastón A., ob. cit. (nota 31), p. 12.

Con respecto a una posible modificación del artículo 248, establecer un plazo de caducidad para todos los supuestos resultaría, también, en injusticias y se aleja del espíritu protectorio del régimen. La solución parece más justa –frente al equilibrio que se intenta obtener entre la protección de los importes y su blindaje de la masa de los acreedores– si se profundiza sobre ciertos aspectos de la subrogación: a) trazabilidad o no de los fondos; b) diferencia entre plazo para “adquirir” y para afectar;<sup>39</sup> c) determinación de lineamientos para cuando existe diferencia de valores en más entre lo vendido y adquirido.

### **5.6. Mayor valor del inmueble adquirido con relación a los importes obtenidos por subrogación**

El problema se suscita cuando el inmueble que se adquiere es de mayor valor que el vendido, es decir, los importes utilizados para la nueva adquisición son mayores a los subrogados. Un sector doctrinario señala que la afectación beneficia a la totalidad del inmueble pues el fundamento de la protección recae en un derecho constitucionalmente protegido, como es el acceso a una vivienda y su seguridad. Para esta postura, los acreedores posteriores a la fecha de afectación originaria no pueden ejecutar el inmueble adquirido por la diferencia de valores ya que la protección es retroactiva a la afectación inicial.<sup>40</sup> Otra postura entiende que se deben individualizar y separar a los acreedores anteriores a la constitución originaria de los intermedios entre la venta del inmueble afectado y la adquisición de la nueva vivienda en un valor mayor.<sup>41</sup>

Adhiero a esta última tesis. En un equilibrio entre el derecho de propiedad del acreedor y el derecho a la vivienda del deudor, se debe establecer un proceso cronológico de la afectación originaria, desafectación, subrogación real y nuevas afectaciones con relación a los acreedores y el nacimiento de sus créditos frente al titular afectante.

**39.** Véanse los numerosos casos de compras “en pozo” en los cuales se tornará difícil cumplir con la aplicación de los fondos y afectación en forma simultánea.

**40.** CAUSSE, Federico J. y PETTIS, Christian R., ob. cit. (nota 21); SABENE, Sebastián E., “Panorama inicial del régimen jurídico de vivienda contemplado en el proyecto de reforma y unificación del código civil y comercial de la nación” (online), en <https://ar.microjuris.com/>, 31/5/2013, MJ-DOC-6299-AR - MJD6299.

**41.** SZMUCH, Mario G., ob. cit. (nota 22), ap. 5; y ZAVALA, Gastón A., ob. cit. (nota 31), p. 9.

## 5.7. Inmueble preexistente

La redacción del artículo 248 CCyC rechaza la posibilidad de que la subrogación opere sobre un inmueble preexistente al de la desafectación, argumento que la jurisprudencia convalidó.<sup>42</sup> La doctrina interpreta el concepto de subrogación en un sentido amplio y defiende la posibilidad de que esta pueda recaer en un inmueble que existe en el patrimonio del afectante.<sup>43</sup> En el anteproyecto de reformas de 2018 se agrega expresamente esta posibilidad en el artículo 248 modificado.<sup>44</sup>

## 5.8. Aplicación para los inmuebles afectados al régimen de bien de familia

Como se mencionó en el apartado 3.5, aún subsisten inmuebles afectados al régimen derogado de bien de familia creado por la Ley 14394. Como el régimen de vivienda es continuador, las normas que hoy regulan la protección de la vivienda son de aplicación para los inmuebles que se encuentran afectados a bien de familia. Como ya se analizó, esto sucede en distintos aspectos de su regulación.

Una cuestión relevante es determinar si la subrogación real aplica para la venta y desafectación de un inmueble afectado al régimen de bien de familia. En este punto, debe distinguirse si el inmueble tiene destino vivienda o explotación industrial o comercial. Si el inmueble afectado al régimen de bien de familia tuviera destino vivienda, aplica la subrogación del artículo 248. En cambio, si el inmueble afectado tuviera destino comercial, explotación industrial o fábrica, no le será de aplicación la subrogación real a los importes percibidos pues la afectación se transmite “a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen” (art. 248).

Tanto para la adquisición como para la sustitución es necesario que el inmueble tenga destino vivienda.

42. CCiv.yCom. de La Plata, Sala I, 14/12/2016, “Dirección General del Registro de la Propiedad, Expediente 23077-1003/2016” (sentencia N.º 90, expediente N.º 264096).

43. DIEZ, Lilia N., “Protección de la vivienda. Desencuentros entre la vivienda afectada y la vivienda que se quiere afectar para sustituirla. ¿Una relación imposible?” (online), en *Revista Argentina de Derecho Civil*, Buenos Aires, IJEditores, N.º 9 (noviembre 2020), 13/11/2020, IJ-CMXXXIII-434, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=c83ead484e8951904029861785090387>, última consulta: 27/5/2021; ABELLA, Adriana N. y REGIS, Ariel E., ob. cit. (nota 34).

44. Art. 248 modificado por el *anteproyecto de 2018* (ob. cit. [nota 37]): “Subrogación real. La afectación de la vivienda puede transmitirse: a) a otra que ya pertenezca al constituyente...”.

## 6. Conclusiones

Del análisis realizado del régimen de vivienda del artículo 244 y siguientes del Código Civil y Comercial y su precedente régimen de bien de familia, extraigo las conclusiones siguientes:

- 1) Se avanza en el concepto de “familia”, aceptando la designación como beneficiario al propio constituyente y conviviente.
- 2) Se limita el objeto de la afectación a inmuebles que tengan como destino la vivienda.
- 3) Se hace lugar a la doctrina y jurisprudencia y se incorpora el régimen de la subrogación real.
- 4) La normativa no le otorga al acreedor un panorama claro sobre los bienes que integran la masa ejecutable, a raíz de que no se establece:  
**a)** la posibilidad de subrogar la afectación del régimen en inmuebles preexistentes; **b)** el alcance de la subrogación en inmuebles de mayor valor al transmitido; **c)** el tiempo en que los importes subrogados están fuera de su órbita para el cobro de sus créditos.
- 5) Carece de normas de derecho transitorio para resolver los conflictos que surgen en torno a inmuebles que continúan afectados al régimen derogado.

## 7. Bibliografía

- “¿Qué es el derecho a una vivienda adecuada?” (online), en *Folleto Informativo*, Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), N.º 21/Rev.1 (“El derecho humano a una vivienda adecuada”), 2010, en [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21\\_rev\\_1\\_Housing\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf); última consulta: 25/5/2021.
- AA. VV., (conclusiones de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Buenos Aires, 2005]), en <https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/92-2005-xx-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-de-buenos-aires>, última consulta: 26/5/2021.
- AA. VV., (declaraciones de la XIX Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble [Salta, 1982]), en <http://consejofederalrpi.com.ar/home/index.php/conclusiones-de-reuniones-nacionales/29-xix-reunion-nacional-de-directores-de-registros-de-la-propiedad-inmueble>, última consulta: 26/5/2021.
- AA. VV., (declaraciones de la XL Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble [Paraná, 2003]), en <http://consejofederalrpi.com.ar/home/index.php/conclusiones-de-reuniones-nacionales/50-xl-reunion-nacional-de-directores-de-registros-de-la-propiedad-inmueble>, última consulta 26/5/2021.
- ABELLA, Adriana N. y REGIS, Ariel E., (comentario al art. 248), en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

- AREÁN, Beatriz A., *Bien de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- ARSELLA, Cristina N., "Bien de familia. Cláusulas escriturarias para los casos en los que el instituto se vincula con otras figuras jurídicas", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N.º 928, 1997, pp. 727-754.
- CASABÉ, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, (serie "Incidencias del Código Civil y Comercial", dirigida por Alberto J. Bueres, v. 12).
- CAUSSE, Federico J. y PETTIS, Christian R., (comentario al art. 248), en Bueres, A. J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 1B, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- , *Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, (serie "Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación", dirigida por Alberto J. Bueres, v. 8).
- DIEZ, Lilia N., "Protección de la vivienda. Desencuentros entre la vivienda afectada y la vivienda que se quiere afectar para sustituirla. ¿Una relación imposible?" (online), en *Revista Argentina de Derecho Civil*, Buenos Aires, IJEditores, N.º 9 (noviembre 2020), 13/11/2020, IJ-CMXXXIII-434, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=c83ead484e8951904029861785090387>, última consulta: 27/5/2021.
- GUASTAVINO, Elías P., *Bien de familia*, Buenos Aires, Omeba, 1962.
- , *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1985.
- HIGHTON, Elena I., KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., "Fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la nación elaborados por la comisión redactora" (online), en *Proyecto de código civil y comercial de la nación*, Buenos Aires, Infojus, 2012, p. 555, [http://www.saij.gov.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo\\_civil\\_comercial.pdf](http://www.saij.gov.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf), última consulta: 26/5/2021.
- KEMELMAJER, Aída, "Las situaciones jurídicas preexistentes, a un año de la vigencia del Código Civil y Comercial. (Varios personajes en busca de un autor)" (online), en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1/8/2016, <https://informacionlegal.com.ar>, cita online AR/DOC/2312/2016, última consulta: 26/5/2021.
- KOON, María L. y MESQUIDA, Silvina M., "La protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, noviembre 2014.
- LASTRA, Mónica M. F., "Bien de familia y protección de la vivienda", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 279, 2018.
- MAZZEI, J. Beatriz, "Afectación del inmueble al régimen de vivienda. Subrogación real y sustitución", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 272.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "La irretroactividad de la ley y el efecto diferido" (online), p. 2, <https://www.acaderc.org.ar/1980/07/14/la-irretroactividad-de-la-ley-y-el-efecto-diferido/>, última consulta: 26/5/2021.
- ORTOLANI, Luciana, "Régimen de vivienda. Principales cambios", en *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, N.º 93, 2016, pp. 297-334, <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2017/06/Vivienda.-Ortolani.-RNCba-93.pdf>, última consulta: 26/5/2021.
- PÉREZ PEJIC, Gonzalo, (comentario al art. 246)(online), en Caramelo, G. y otros (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 449, en [http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Comentado\\_Tomo\\_1%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_1%20(arts.%201%20a%20400).pdf), última consulta: 1/5/2021.
- Real Academia Española, "Vivienda" (online), en *Diccionario de la lengua española*, <https://dle.rae.es/vivienda?m=form>, última consulta: 26/5/2021.
- RIVERA, Julio C. y otros, (anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial)(online), s.e., 2018, p. 11, <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/11/Legislacion3875.pdf>, última consulta: 25/5/2021.

- SABENE, Sebastián E., "Panorama inicial del régimen jurídico de vivienda contemplado en el proyecto de reforma y unificación del código civil y comercial de la nación" (online), en <https://ar.microjuris.com/>, 31/5/2013, MJ-DOC-6299-AR - MJD6299.
- SZMUCH, Mario G., "Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación" (online), en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N.º 917 (jul-sep 2014), 4/2/2015, <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2015/02/discursus-sobre-el-regimen-de-vivienda-y-la-registracion-de-su-subrogacion-real-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-dinamica-interpretacion-amplia-y-propuestas-para-su-implementacion/>, última consulta: 26/5/2021.
- VIGO, Rodolfo L., "Comentarios al capítulo 1 del título preliminar" (online), en Laferrière, J. N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, El Derecho-Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 63-69, en <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina463.pdf>, última consulta: 10/11/2020.
- "Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, N.º 7, 2009, pp. 255-288.
- ZAVALA, Gastón A., "La subrogación de vivienda en la constitucionalización del derecho privado", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 4/6/2019.

## Jurisprudencia

- CCiv.Com. de Rosario, Sala 1ª, 23/10/2002, "Gil, Alberto s/ Recurso de recalificación" (Zeus, T. 91, R-575, caso N.º 29275).
- CCiv.yCom. de La Plata, Sala I, 14/12/2016, "Dirección General del Registro de la Propiedad, Expediente 23077-1003/2016" (sentencia N.º 90, expediente N.º 264096).



# Delegación extrajudicial del ejercicio de la responsabilidad parental entre progenitores

Francisco Hotz

## RESUMEN

El Código Civil y Comercial eliminó el principio de indelegabilidad del ejercicio de la responsabilidad parental y estableció tres supuestos que habilitan su delegación: 1) delegación de un progenitor al otro, 2) delegación a un pariente, 3) delegación a un progenitor afín. Aquí nos centraremos en el artículo 641 inciso b) del Código Civil y Comercial, que habilita la delegación o atribución de la responsabilidad parental a uno de los progenitores “por voluntad” de estos o “por decisión judicial” terminología que abre las puertas a la posibilidad de una delegación del ejercicio sin requerir homologación judicial ni establecer plazo de vigencia, permitiendo también que se pacten distintas modalidades, incluso si ambos padres conviven.

## PALABRAS CLAVE

Responsabilidad parental; delegación de responsabilidad parental; homologación; progenitor afín.

**Recibido:** 22/6/2021

**Aceptado:** 5/7/2021

**Publicado online:** 3/11/2022

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Casuística periférica. 2.1. Delegación a favor de un pariente. 2.2. Delegación a favor del progenitor afín. 3. Delegación extrajudicial del ejercicio de la responsabilidad parental de un progenitor a otro. 4. Bibliografía.



## 1. Introducción

La posibilidad que otorga el [Código Civil y Comercial \(CCyC\)](#)<sup>1</sup> de delegar el ejercicio de la **responsabilidad parental** (en adelante, RP) es toda una novedad para nuestro derecho de familia, puesto que la concepción clásica velezana concibió el instituto de la patria potestad como indelegable. Lo que se delega es el **ejercicio** de la misma y no su **titularidad**, que permanece siempre en cabeza del progenitor.

Me abocaré al análisis de un supuesto regulado expresamente en el artículo 641 del CCyC, cuyo tratamiento doctrinario es ciertamente exiguo, habiendo sido advertida y propuesta su utilización en escasas ocasiones. De aquí que se busca atizar la posibilidad que nos brinda el artículo 641 inciso b), última parte, de autorizar una delegación del ejercicio de la RP de un progenitor al otro sin exigencia de homologación judicial posterior, supuesto que viene a brindar una interesante y expeditiva herramienta para resolver muchas situaciones de la vida cotidiana.

## 2. Casuística periférica

Antes de abocarnos al análisis estricto del supuesto propuesto, cabe efectuar una distinción en pos de distanciar el caso aquí analizado de los otros dos supuestos que sí requieren homologación judicial: **1)** delegación a favor de un pariente y **2)** delegación a favor del progenitor afín.

### 2.1. Delegación a favor de un pariente

Artículo 643: *Delegación del ejercicio*. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

1. (N. del E.): los hipervínculos a textos normativos dirigen a fuentes oficiales; la fecha de última consulta es 3/1/2022.

Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.

Este artículo, si bien regula solo uno de los tipos de delegación (a un pariente), se suele aplicar en el resto de los supuestos respecto al plazo de duración de un año, puesto que los artículos 641 inciso b) y 674 no prevén un plazo de duración, tema que analizaremos luego.

La norma impone tres condiciones para la viabilidad de esta delegación:

- 1)** existencia de parentesco
- 2)** homologación judicial
- 3)** plazo

En primer lugar, se contempla como delegatario del ejercicio de la RP a un "pariente", término cuyo alcance debe extenderse a todas las personas comprendidas en los artículos 529-536 CCyC (ascendientes y descendientes sin límite de grados, y colaterales hasta el cuarto grado), con la limitación establecida en el último párrafo del artículo 529, esto es, que se trate de un pariente por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral, no contemplándose la posibilidad de delegar a favor de un pariente afín.<sup>2</sup> Igualmente, estarían excluidos los casos de adopción simple, puesto que la misma solo genera parentesco entre el adoptante y el adoptado (arts. 535, segundo párrafo, y 620, segundo párrafo), no trasladándose ese vínculo a la familia del adoptante, por lo que el pariente del adoptante no es pariente del adoptado en este supuesto específico.<sup>3</sup>

Cabe aclarar aquí también que de la redacción del artículo 643 CCyC se desprende que la relación de parentesco exigida debe ser entre el delegatario y el progenitor y no entre delegatario y el menor de edad. Por su parte, Medina y Roveda entienden que no existe obstáculo para que la RP se delegue en un allegado, puesto que lo que debe primar siempre es el interés superior del menor, posición que se comparte y a la que sumamos también como posible delegatario al pariente afín del delegante (suegros, cuñados, etc.).<sup>4</sup>

**2.** El parentesco por afinidad es el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge (art. 536 CCyC)

**3.** ABELLA, Adriana N. y SABENE, Sebastián E., "Responsabilidad parental. Titularidad. Ejercicio. Representación, delegación de ejercicio y gestión de los bienes del niño, niña o adolescente", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N.º 980, 2016, p. 31. (N. del E.): ver [aquí](#); última consulta: 3/1/2022.

**4.** Ver MEDINA, Graciela, "La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, noviembre 2014; y MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G., *Derecho de familia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017, (serie "Derecho civil y comercial", dirigida por J. C. Rivera y G. Medina), p. 766.

A este razonamiento cabe agregarle el concepto de **familia** brindado por el artículo 7 del [Decreto 415/2006](#) (reglamentario de la [Ley Nacional 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes](#)), en virtud del cual:

Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección.

Respecto a la delegación en favor de un **tercero** idóneo, esta posibilidad estuvo comprendida tanto en el anteproyecto como en el proyecto de CCyC redactado por la comisión de reformas designada por Decreto 191/2011 (art. 643),<sup>5</sup> habiendo sido finalmente descartada por el Senado de la Nación. La norma también exige la homologación judicial. Esta debe ser efectuada tras un análisis pormenorizado de las razones que lo motivan, teniendo en miras el interés superior del menor y citándolo en audiencia a los efectos de poder escucharlo –en caso de que ello sea posible–.

A su vez, el juez debe evaluar la homologación en virtud del principio procesal de autocomposición, priorizando la solución negociada de los conflictos familiares en miras a un fin con resultados pacíficos.<sup>6</sup> Respecto de este principio, la doctrina especializada tiene dicho que se justifica a la luz del principio de no injerencia de terceros (Estado), en resguardo de un espacio propio de desarrollo personal y familiar, y deriva de “la expansión del derecho de privacidad del artículo 19 de la CN al ámbito interno de las relaciones familiares, en tanto no comporte lesión a los derechos del hijo”.<sup>7</sup> (De esta exigencia homologatoria se desprende su formalidad relativa, requiriéndose que se haga por escrito, siendo recomendable la escritura pública por múltiples razones, que serán analizadas luego).

En torno a la duración anual del convenio, cabe indicar que la norma permite su renovación por un período más (de un año), siempre que medie

5. (N. del E.): el lector podrá confrontar: a) el [anteproyecto](#), elaborado por la comisión redactora (Decreto 191/2011); b) sus [fundamentos](#); c) el proyecto oficial enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso mediante [Mensaje N.º 884/2012 de Presidencia de la Nación](#) (ingresado al Senado con el N.º de expediente 57/2012); d) el [texto sancionado por el Senado de la Nación en noviembre de 2013](#); última consulta: 3/1/2022.

6. Ver Juzg. de Familia de Paso de los Libres, 14/12/2015, “Copello, Silvia Itati s/ Delegación del ejercicio de responsabilidad parental de común acuerdo - Art. 643, Código Civil y Comercial” (sentencia firme)(Rubinzal Online, cita RC J 2912/16). (N. del E.): ver [aquí](#) [fuente no oficial]; última consulta: 3/1/2022.

7. GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, (comentario al art. 626 CCyC), en Herrera, M., Kemelmajer, A. y Lloveras, N. (dirs.), *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 614.

intervención judicial y razones debidamente fundadas, debiéndose dar intervención a todas las partes involucradas.

Por último, se destaca que este supuesto siempre requerirá, ineludiblemente, una homologación judicial posterior.

## 2.2. Delegación a favor del progenitor afín

Artículo 674: *Delegación en el progenitor afín*. El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio.

Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente.

Cualquier comentario que se desee efectuar sobre los términos del artículo 674 CCyC no puede obviar su confusa terminología: el vocablo *progenitor* deriva del latín "*progignere*" y significa "engendrar", mientras que el parentesco por afinidad, conforme lo define el artículo 536 CCyC, solo es posible entre una persona casada y los parientes del cónyuge; de manera que solo habrá parentesco por afinidad entre el progenitor afín y el menor si existe matrimonio con el padre o madre de este último, mientras que el **progenitor afín** nunca será técnicamente progenitor del menor.<sup>8</sup>

Con independencia del comentario efectuado, la figura regula un supuesto en el cual el padre o madre a cargo del hijo puede delegar el ejercicio de la RP en su cónyuge o conviviente cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad o inconveniencia para su desempeño por parte del otro progenitor. Aquí, a diferencia del supuesto de delegación a un pariente, no son ambos progenitores quienes delegan, sino uno de ellos. En cualquier caso, se trata de un convenio o acuerdo de voluntades que brinda la posibilidad de prescindir de la homologación judicial cuando exista conformidad del progenitor que no está a cargo del menor. Si, en cambio, este se opusiera, será requerida la homologación judicial en los mismos términos que la homologación emplazada en el artículo 643 CCyC.

8. En el mismo sentido, ver BASSET, Úrsula C., "La responsabilidad parental frente a la figura del progenitor afín", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, agosto 2015, pp. 103 y ss.

La casuística propuesta por el artículo entiende que el ejercicio de la RP está en cabeza del progenitor que tiene a cargo al menor, es decir, el delegante, no siendo compartida con el otro progenitor, quien se limita a prestar su conformidad (o no) de modo fehaciente. Sin embargo, participamos de la postura que entiende que no existe ningún impedimento para que esa delegación sea efectuada en supuestos de ejercicio conjunto de la RP, caso en el que ambos revestirían carácter de delegantes, tornándose también innecesaria la homologación judicial del acuerdo.<sup>9</sup>

Una de las notas diferenciadoras entre la delegación a favor de un pariente y la delegación en favor de un progenitor afín es que esta última solo es viable en los supuestos que expresamente contempla el artículo 674 CCyC, es decir, por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio; mientras que, para delegar la responsabilidad en favor de un pariente, basta con acreditar ante el juez “razones suficientemente justificadas”, advirtiéndose que la delegación en el progenitor afín es más exigente en sus condiciones que la que establece el artículo 643.<sup>10</sup>

El hecho de que la delegación en el progenitor afín solo sea viable en los supuestos estipulados revela aún más la conveniencia de otorgar la misma en escritura pública, tanto en caso de requerir homologación como en el supuesto de contar con la conformidad del otro progenitor, puesto que la función fedante notarial permite la acreditación fehaciente de cualquiera de los extremos referidos, incluso la imposibilidad del otro progenitor de prestar la conformidad, siempre que sea posible acreditarlo. A su vez, la forma escritura pública pondera superlativamente la fehaciencia de la conformidad prestada, presumiéndose el asesoramiento previo e imparcial y la reflexión suficiente del progenitor que presta su conformidad.

También se aconseja acreditar documentalmente la convivencia entre el progenitor y el progenitor afín –especialmente en caso de no homologación–, puesto que la mera relación afectiva no es suficiente para configurar el supuesto. En relación con este punto, es criticable que el legislador no haya sido más específico en el requerimiento, exigiendo la simple “convivencia” y no la existencia de una unión convivencial, vínculo que demanda relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio,

9. ABELLA, Adriana N. y SABENE, Sebastián E., ob. cit. (nota 3).

10. BASSET, Úrsula C., (comentario al art. 643), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 3, La Ley, Buenos Aires, 2016 (2ª ed.), p. 951.

estable y permanente, además de una duración mínima de dos años (arts. 509 y 510 CCyC).

No existe límite temporal para estas delegaciones.<sup>11</sup>

### 3. Delegación extrajudicial del ejercicio de la RP de un progenitor al otro

Habiendo analizado los dos supuestos comúnmente tratados, pondremos el foco sobre esta posibilidad que establece el artículo 641 inciso b) CCyC. El inciso en cuestión nos dice que, en aquellos supuestos de cese de la convivencia,

**Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial**, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades.

Como se aprecia, el texto de la norma utiliza el término *atribución* y no *delegación*; sin embargo, entiendo que toda delegación implica el desplazamiento parcial del ejercicio de la RP y el mantenimiento de la titularidad del régimen en cabeza del delegante, por lo que, en definitiva, podría llamarse atribución o delegación indistintamente.<sup>12</sup>

En primer lugar, se hace una aclaración obvia: el vínculo entre progenitores nunca es parentesco. Por ello, este supuesto contemplado en el artículo 641, inciso b), debe ser claramente diferenciado del regulado en el artículo 643. También debe distanciarse del supuesto analizado en el artículo 674, puesto que el elemento distintivo de la figura del progenitor afín es justamente la inexistencia de vínculo parental –por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida o por adopción–, que sí exige el artículo 641 inciso b).

Aclarado ese punto, se advierte que la norma es clara y unívoca en su expresión, habilitando la posibilidad de efectuar un acuerdo entre ambos progenitores mediante el cual se delegue el ejercicio de la RP en uno de

11. ABELLA, Adriana N., (comentario a los arts. 674-675), en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 3, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 79.

12. Ver "Cesión del ejercicio de la responsabilidad parental", en *Derechos e Integración*, Buenos Aires-Rosario, Astrea-Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción, N.º14, 2019, pp. 105-108. (N. del E.): según fe de erratas publicada con posterioridad, el título correcto de la publicación es "Atribución y delegación de la responsabilidad parental"; ver artículo completo y fe de erratas [aquí](#); última consulta: 3/1/2022.

ellos. También se prevé la posibilidad de establecer distas modalidades, como podría ser un ejercicio alternado o indistinto de la misma.

Enfatizamos la claridad del enunciado legislativo, que ha utilizado el disyuntivo “o” para despejar cualquier duda respecto de las dos vías mediante las cuales se puede delegar o regular el ejercicio de la RP entre progenitores: 1) la vía privada, respetando la autonomía de la voluntad y la noción de *desjudicialización* que se procura en el régimen de derecho privado,<sup>13</sup> o 2) la vía judicial para el supuesto de inexistencia de acuerdo o imposibilidad de contar con la conformidad del otro progenitor. Esta vía se encontrará expedita en aquellas situaciones en las que no se pueda contar con la conformidad del otro progenitor o este se negare, entablándose una acción judicial de atribución unilateral del ejercicio de la RP. Por su parte, la posibilidad de atribuir el ejercicio a uno solo de los padres de forma voluntaria viene a ser una alternativa efectiva frente al principio actual de ejercicio biparental o coparental de la RP que impone el CCyC, en contraste con el sistema uniparental que establecía el [Código Civil](#) (CC). En virtud del ejercicio uniparental, tras el divorcio o cese de la convivencia se atribuía el ejercicio de la –por entonces– patria potestad al progenitor que ostentaba la tenencia del menor. Recordemos que el artículo 264 CC disponía que

La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

Su ejercicio corresponde: [...] 2º) En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

Este razonamiento se sustenta en el hecho de que, de conformidad con el régimen actual, tras el cese de la convivencia entre progenitores –cualquiera fuera la causa–, el ejercicio de la RP continúa en cabeza de ambos padres; incluso, se mantienen las presunciones para los supuestos de convivencia (art. 641 inc. b), lo que puede generar situaciones incongruentes con la realidad, puesto que el progenitor que no convive con el menor no necesariamente toma conocimiento real o permanente de los actos que se le presumen conocidos. Como afirman Jorge y Esteban Mazzinghi:

13. GROSAN, Cecilia P., (comentario al art. 674 CCyC), en Herrera, M., Kemelmajer, A. y Lloveras, N. (dirs.), *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial*, t. 4, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 265.

... el progenitor que convive se supone que está al tanto y que comparte las decisiones que adopta el padre o la madre en relación al hijo que también convive con ambos. Si, en cambio, los progenitores no viven bajo el mismo techo, y uno de ellos, en consecuencia, no convive regular y permanentemente con su hijo, puede quedar al margen o desconocer los actos que el otro progenitor realiza en relación al hijo de ambos.<sup>14</sup>

Asimismo, esta modificación se efectuó en defensa de los derechos del progenitor no conviviente, posibilitando la igualdad en cuanto deberes y derechos y favoreciendo una mayor participación de este en el proceso de desarrollo y formación del hijo.<sup>15</sup> Por lo tanto, la delegación o atribución en el otro progenitor solo afecta su interés particular, estableciendo un régimen similar al vigente antes del 1 de agosto de 2015. Ahora bien, si esa delegación afectara el interés del niño, sí cabría la intervención judicial. Kemelmajer y Molina afirman lo siguiente:

... el ejercicio compartido puede dejarse de lado si los padres lo acuerdan, sea por razones de organización familiar o personal (razones de distancia, de trabajo, etc.), o si el juez lo decide en interés del hijo.- En todos los casos, la primera palabra es de los propios padres quienes tienen la más amplia libertad para resolver sobre la situación de sus hijos. O sea, que las directivas legales y judiciales sobre los criterios de atribución se aplican solo a falta de acuerdo entre los progenitores. Empero, la autonomía de la voluntad tiene un límite que es "el interés superior del niño" (art. 3 CDN), razón por la cual el juez, en cuya figura se centra el control social del Estado con finalidad protectora, puede objetar algunas de las estipulaciones si afectan el bienestar de los hijos. Este es el criterio seguido en la mayor parte de los ordenamientos que respeta la libertad de los padres para decidir cómo organizará la convivencia con el hijo.<sup>16</sup>

Por otro lado, toda delegación de RP reviste carácter excepcional.<sup>17</sup> No obstante, el supuesto analizado aquí es –a no dudarlo– el menos excepcional de ellos, dada la proximidad del vínculo parental y la inexistencia de

14. MAZZINGHI, Esteban M. y MAZZINGHI, Jorge A. "Tutelaridad y ejercicio de la responsabilidad parental" (online), en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar), 1/10/2016, cita digital: ED-CMXVI-303; última consulta: 22/6/2021.

15. LOPES, Cecilia, "Responsabilidad parental", en Chechile, A. M. (dir.), *Derecho de familia. Conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2015, p. 505.

16. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Mariel F., "Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir" (online), en Sistema de Información Legal de Thomson Reuters Argentina, [www.informacionlegal.com.ar](http://www.informacionlegal.com.ar), 9/10/2015, cita online AR/DOC/2970/2015; última consulta: 22/6/2021.

17. LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga y TAVIP, Gabriel, (comentario al art. 641 CCyC), en Herrera, M., Kemelmajer, A. y Lloveras, N. (dirs.), *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial*, t. 4, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 49.

presupuestos específicos, requiriéndose solo que sea efectuada en interés del hijo.

En esta lógica, se observa que, si se hiciera una prelación en base a la excepcionalidad de estos actos, comprobaremos una patente incoherencia, puesto que se exige homologación judicial para el supuesto del pariente, aun con la conformidad de ambos progenitores, mientras que esta no se exige cuando se delega –en las mismas condiciones– en un progenitor afín. Para hipotetizar la casuística del artículo 641 inciso b), última parte, deben considerarse situaciones específicas y recurrentes, como la cada vez más habitual emigración del progenitor no conviviente al extranjero, hecho que dificulta que este tome conocimiento de lo que se le presume conocer y entorpece el otorgamiento de actos que requieren la conformidad expresa de ambos padres (1. autorizar a los hijos adolescentes de entre 16 y 18 años para contraer matrimonio; 2. autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; 3. autorizarlo para salir de la república o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; 4. autorizarlo para estar en juicio en los supuestos en que no puede actuar por sí; 5. administrar sus bienes, excepto que se haya delegado la administración [art. 645 CCyC]).

La posibilidad de que el progenitor delegue el ejercicio de la RP ahorra el dispendio jurisdiccional innecesario que provocará la solicitud judicial de atribución unilateral. Esta posibilidad, asimismo, brinda una respuesta expedita en aquellos supuestos en los que la realidad de los hechos demuestra que uno de los progenitores no atiende sus deberes parentales (arts. 646 y cc.) y su exigencia o resolución por vía judicial es indeseada en miras del interés del menor o por circunstancias personales.

La posibilidad de establecer alternativas de ejercicio de la RP encuentra correlato en otras normas, como el artículo 650, que regula las modalidades en caso de ejercicio compartido del cuidado personal en forma alternada o indistinta, o el artículo 655, que permite convenir un plan de parentalidad.<sup>18</sup> Sobre este punto, es interesante evaluar la posibilidad cierta de ir más allá de la atribución unilateral de la responsabilidad parental y analizar otras posibilidades.

El hecho de que el artículo 641 inciso b) permita establecer distintas modalidades de ejercicio de la RP faculta a que se pacte una distribución de competencias no solo en el supuesto de no convivencia de los progenitores

18. Ver HOTZ, Francisco, "Escritura pública que instrumenta un plan de parentalidad", en Esper, M. (dir.), *Derecho notarial práctico*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2019, p. 313.

sino también en caso de que estos convivan y deseen establecer una excepción a la presunción del inciso a) de dicho artículo.

También cabría la posibilidad de pactar que el ejercicio de la RP sea conjunto en un sentido estricto, requiriendo en todos los casos la conformidad de los dos progenitores.<sup>19</sup>

También debemos hacer una referencia a la forma de estos convenios. Como se indicó con anterioridad, este tipo de actos son formales relativos, requiriéndose la forma escrita, mas no su instrumentación pública. Sin embargo, dada su trascendencia social y familiar, la escritura pública se torna –en los hechos–, si no ineludible, altamente recomendable. Descartamos el análisis de los supuestos que requieren homologación judicial, puesto que el juez –al igual que el escribano– es un funcionario legitimador que constatará el cumplimiento de los extremos requeridos por el instituto.

El instrumento que contenga el acuerdo de voluntades entre los progenitores deberá poseer fecha cierta y autenticación de las firmas que permitan verificar el plazo de vigencia –si se pactara– y la identidad de los otorgantes. También, por el principio de autosuficiencia instrumental, deberá acreditarse fehacientemente el vínculo filiatorio entre delegante, delegatario y el hijo, pudiéndose hacer lo mismo con las causas o documentación que se invoque para acreditar el interés del menor. A su vez, siendo un instrumento concebido para su oponibilidad social, deberá garantizarse su preservación ante el extravío o destrucción.

Por su parte, la trascendencia del acto para el delegante requiere un asesoramiento jurídico esencialmente imparcial, siendo el escribano público un operador del derecho que reúne esa característica fundamental. Por supuesto, el delegante también podría ser aconsejado por su abogado, pero este no será parte en el instrumento, siendo desaconsejable el otorgamiento con la sola intervención del abogado del delegatario, lo que provocaría una presunción de desigualdad en el asesoramiento, puesto que este profesional representa intereses particulares y su actuar se presume parcial. No obstante, nada impide que el acto sea otorgado por delegante y delegatario en presencia de sus respectivos abogados o, incluso, con un abogado en común, quienes suscribirán el acto como comparecientes al solo efecto de contribuir a su asesoramiento previo. Asimismo, la norma no impone la exigencia de oír necesariamente al menor, exigencia que sí impone el artículo 643 para la delegación en un pariente –lo cual es lógico, puesto que ello se realiza en la audiencia previa a la homologación de este último supuesto–. No obstante, no debiera prescindirse de la conformidad del menor si este

19. En el mismo sentido, MAZZINGHI, Esteban M. y MAZZINGHI, Jorge A., ob. cit. (nota 14).

posee el discernimiento suficiente (art. 261 inc. c] CCyC), recaudo que se verifica en razón de la acreditación del interés del hijo que prevé el artículo.

Finalmente, es necesario preguntarnos si este supuesto posee o no una limitación temporal. Para responder esta pregunta, debemos analizar si corresponde establecer un plazo que el artículo no prevé. Como nota marginal, advertimos que la doctrina que ha tratado el supuesto de delegación en el pariente afín –que tampoco impone plazo de vigencia– suele deducir que su plazo es también de un año por analogía con la limitación temporal que se establece en el artículo 643.<sup>20</sup>

Sin embargo, existen razones para considerar que el supuesto del 643 no necesariamente debe ser considerado a la hora de analizar la vigencia de la delegación o atribución de un progenitor al otro. En primer lugar, no se puede soslayar que, en este supuesto específico, el delegatario es el padre o la madre del menor. Pero también debemos advertir que el artículo 641 inciso b) no exige acreditar las “razones suficientemente justificadas” que sí exige el artículo 643, ni los motivos específicos que establece el artículo 674 (viaje, enfermedad, incapacidad transitoria o imposibilidad o inconveniencia de ejercicio por parte del otro progenitor); características de esta figura que, además de posicionarla como la menos excepcional, permiten pensar que su duración, ante el silencio, es hasta la mayoría de edad del menor.

#### 4. Bibliografía

“Cesión del ejercicio de la responsabilidad parental”, en *Derechos e Integración*, Buenos Aires-Rosario, Astrea-Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción, N.º14, 2019, pp. 105-108.

ABELLA, Adriana N., (comentario a los arts. 674-675), en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 3, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 76-81.

ABELLA, Adriana N. y SABENE, Sebastián E., “Responsabilidad parental. Titularidad. Ejercicio. Representación, delegación de ejercicio y gestión de los bienes del niño, niña o adolescente”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N.º 980, 2016, pp. 17-48.

BASSET, Úrsula C., “La responsabilidad parental frente a la figura del progenitor afín”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, agosto 2015, pp. 103 y ss.

————— (comentario al art. 643), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 3, La Ley, Buenos Aires, 2016 (2ª ed.), pp. 951.

20. IGNACIO, Graciela C., (comentario al art. 674), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 584.

- GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, (comentario al art. 626 CCyC), en Herrera, M., Kemelmajer, A. y Lloveras, N. (dirs.), *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, pp. 608-628.
- GROSMAN, Cecilia P., (comentario al art. 674 CCyC), en Herrera, M., Kemelmajer, A. y Lloveras, N. (dirs.), *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial*, t. 4, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, pp. 264-267.
- HOTZ, Francisco, "Escritura pública que instrumenta un plan de parentalidad", en Esper, M. (dir.), *Derecho notarial práctico*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2019, pp. 313-319.
- IGNACIO, Graciela C., (comentario al art. 674), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, pp. 583-585.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Mariel F., "Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir" (online), en Sistema de Información Legal de Thomson Reuters Argentina, [www.informacionlegal.com.ar](http://www.informacionlegal.com.ar), 9/10/2015, cita online AR/DOC/2970/2015; última consulta: 22/6/2021.
- LOPES, Cecilia, "Responsabilidad parental", en Chechile, A. M. (dir.), *Derecho de familia. Conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2015.
- MAZZINGHI, Esteban M. y MAZZINGHI, Jorge A. "Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental" (online), en El Derecho, Buenos Aires, UCA, [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar), 1/10/2016, cita digital: ED-CMXVI-303; última consulta: 22/6/2021.
- MEDINA, Graciela, "La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, noviembre 2014.
- MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G., *Derecho de familia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017, (serie "Derecho civil y comercial", dirigida por J. C. Rivera y G. Medina).

## Jurisprudencia

- Juzg. de Familia de Paso de los Libres, 14/12/2015, "Copello, Silvia Itatí s/ Delegación del ejercicio de responsabilidad parental de común acuerdo - Art. 643, Código Civil y Comercial" (sentencia firme)(Rubinzal Online, cita RC J 2912/16).



# El adulto mayor en la sociedad y en el derecho

## Parte II\*

Flora Mariñansky de Katz

### RESUMEN

Segunda parte de un extenso trabajo sobre la situación de los adultos mayores y el tratamiento de que son objeto por la ley vigente, su comparación con la normativa del Código Civil derogado y las diversas vicisitudes a que se enfrentan para lograr la defensa y el respeto de sus derechos y de su autonomía, en equilibrio con la eventual situación de vulnerabilidad, que pone a prueba a los notarios frente al envejecimiento de la población.

### PALABRAS CLAVE

Adulto mayor; medicina social; restricción a la capacidad; incapacidad; apoyo; curatela; consentimiento informado; directivas anticipadas.

**Recibido:** 16/8/2019

**Aceptado:** 5/10/2021

**Publicado online:** 7/4/2022

**Sumario:** 13. La jubilación y las pensiones. 14. Economía del mayor. 14.1. Opciones que permiten asegurar la economía del mayor. 15. El asesor legal del mayor. 16. La mediación frente al conflicto entre el mayor y terceros. 17. La vivienda del mayor. 18. El adulto mayor y su futuro. 19. Conclusiones. 20. Apéndice de jurisprudencia. 21. Bibliografía (partes I y II).

### 13. La jubilación y las pensiones

La [Ley Nacional 26425](#), que entró a regir el 9 de diciembre del 2008, dispuso

\* La parte I fue [publicada](#) en el N.º 939 de la *Revista del Notariado*.



... la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único régimen previsional público que se denominará Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización vigente hasta la fecha idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público, en cumplimiento del mandato previsto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.<sup>1</sup>

Este sistema limita el otorgamiento de prestaciones al Estado y se financia con fondos que surgen de aportes y contribuciones previsionales, así como también de impuestos recaudados con ese objetivo. A través de esta norma, el Estado asegura a los afiliados y beneficiarios la percepción de prestaciones y beneficios iguales a los que percibían a la fecha en que entró a regir la ley, y se considera como si la persona siempre hubiese permanecido en el Estado.

En el caso de trabajadores en relación de dependencia, es el empleador quien informa sobre las altas y bajas e inscribe al trabajador como beneficiario de la seguridad social, situación que debe ser declarada. Para ello, se ha establecido un código único de identificación laboral (CUIL), que individualiza al trabajador y al empleador en todo lo relacionado con el trabajo y la seguridad social. Los trabajadores autónomos deben afiliarse personalmente y su número de CUIL les será otorgado por la Administración Federal de Ingresos Públicos.

La jubilación se encuentra compuesta por la prestación básica universal (PBU), monto dinerario que no se encuentra relacionado con la remuneración, sino que es "básica". Los requisitos para poder acceder a la prestación básica universal o jubilación ordinaria son: tener sesenta y cinco años (en el caso de las mujeres, podrán optar por hacerlo a los sesenta años) y haber realizado, en ambos casos, al menos durante treinta años, los aportes correspondientes.

Las jubilaciones dependen de los aportes del sector trabajador. Si estos se reducen por crisis económicas, los aportes a los mayores se tornan dificultosos. Lo mismo sucede con los planes de subsidios incorporados por el poder político a favor del adulto mayor. Cuando las dificultades financieras que suceden en el país afectan el suministro de las jubilaciones o subsidios, se generan perjuicios para el mayor y surgen juicios con el objeto de recuperar los valores de los mismos.

Otros beneficios existentes son:

1. Art. 1. (N. del E.): Los hipervínculos a textos normativos nacionales e instrumentos internacionales dirigen a fuentes oficiales; la fecha de última consulta es 18/10/2021.

- a) Prestación por edad avanzada. Requiere que la persona tenga más de setenta años y solo diez de aportes. Ante esta situación y siempre que la persona no perciba pensiones por fallecimiento, se le calcula un monto que llega a ser el haber mínimo.
- b) Retiro por invalidez. Requiere una incapacidad del 66%.
- c) Pensión por fallecimiento. Consiste en una renta mensual para quien acredite vínculo de viudez, conviviente o hijo incapaz del fallecido, encontrándose en estado de necesidad basado en que la muerte del familiar le produce desequilibrio económico.

Los beneficios de jubilación ordinaria, retiro por invalidez y pensión por fallecimiento son abonados por el régimen previsional público.

Los afiliados al régimen de capitalización que hubieran ingresado importes en sus cuentas de capitalización individual bajo la figura de "imposiciones voluntarias" y/o "depósitos convenidos" y que aún no hubieran obtenido un beneficio previsional, podrán transferirlos a la Administración Nacional de la Seguridad Social para mejorar su haber previsional...<sup>2</sup>

## 14. Economía del mayor

Un tema vinculado con el adulto mayor es el referido a su bienestar y a su situación económica, cuestión que actualmente está tomando gran predicamento en la sociedad frente a la longevidad. Envejecimiento y economía están vinculados conceptualmente, aunque se carece de una definición clara del comportamiento de este sector social en relación con la economía, la industria, el trabajo y el consumo.

La situación económica del mayor está determinada por su poder adquisitivo y sus hábitos de consumo. Es difícil conocer la estructura de gastos de una persona en las distintas etapas de la vida, más aún en el caso de un adulto mayor. Hay coincidencia general en que la seguridad económica del mayor no es tema de controversia, la dificultad está centrada en los medios para asegurarla. Las conversaciones entre mayores son la jubilación, la salud, la autonomía, el destino del dinero, el patrimonio –por mínimo que sea–, la herencia y su formalización con relación a los testamentos.

El mayor necesita autonomía financiera. El dinero es un tema emocional y algunas personas temen resolver cuestiones riesgosas vinculadas con

2. Art. 2 [Ley 26425](#).

el dinero, lo que provoca reacciones emocionales, situaciones que pasan a ser más complicadas, sobre todo cuando la persona es un adulto mayor, quien se encuentra, además, en una situación en que le resulta difícil pensar claramente. El dinero le significa mayor seguridad frente a la eventualidad de una enfermedad y la necesidad de contar con los servicios de una persona que lo cuide o de afrontar una internación en un geriátrico.

Cuando el adulto mayor se encuentra viviendo una situación de crisis económica que le impide tomar decisiones convenientes, se ve obligado a afrontar medidas importantes acerca del dinero, a realizar restricciones y cambios en la forma de vida. Todas estas situaciones le resultan abrumadoras, lo obligan a sobrellevar simultáneamente sentimientos de pérdida y pena, y le exigirán tomar decisiones significativas con relación al dinero con mucha dificultad.

Toda sociedad desea que el gobierno del país en que vive le asegure a los trabajadores y a todas las personas que lo habitan jubilaciones suficientes, vivienda y seguros de salud que les permitan gozar de una vejez digna. Para cumplir con tales objetivos, habría que modificar los sistemas de jubilación a fin de satisfacer las necesidades de los mayores, sector social que está aumentando notablemente como consecuencia de la progresiva supervivencia del mayor.

La capacidad y modalidad de las personas en la forma de disponer de bienes durante su vida, sobre todo al llegar a la madurez, es un elemento importante en la calidad de su propia vejez. La seguridad económica de las personas mayores se define como la capacidad de disponer y usar de forma independiente una cierta cantidad de recursos económicos que haya ahorrado en forma regular durante su etapa de actividad laboral, recursos que le permitirán asegurarse una buena calidad de vida.<sup>3</sup>

La seguridad económica es lo opuesto a la pobreza y le permite al mayor sentirse independiente, mejorar su autoestima e intervenir en la sociedad como ciudadano; esa es la aspiración del adulto que ha trabajado toda su vida, ha aportado a la seguridad social y ha realizado provisiones. La seguridad económica del mayor está determinada por la capacidad adquisitiva, el trabajo, la jubilación, el ahorro, el seguro de salud y las pensiones.

El aspecto económico ocupa en el anciano un lugar relevante, y lo que hay que analizar es su subsistencia, ya que este aspecto explica muchas

3. Ver GUZMÁN, José M. y HUENCHUAN, Sandra, "Seguridad económica y pobreza en la vejez: tensiones, expresiones y desafíos para políticas" (documento presentado ante la Reunión de Expertos sobre Población y Pobreza en América Latina y el Caribe [Santiago de Chile, 14-15 noviembre 2006]) (online), p. 2, en [https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/huenschuan\\_guzman.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/huenschuan_guzman.pdf); última consulta: 16/8/2019.

conductas, percepciones y valores, sobre todo frente a la jubilación, que implica una disminución de ingresos, formas de convivencia, niveles de autonomía funcional y psicológica en relación con su familia. Es importante considerar la influencia de lo económico sobre el adulto mayor y su bienestar, sus necesidades y calidad de vida, su vinculación con políticas sociales, posibilidades de trabajo, jubilación, situación económica, conducta monetaria, vivienda, herencia y, sobre todo, su vida cotidiana. La jubilación del mayor deberá ser analizada y modificada en un futuro próximo, pues, como ya se ha mencionado, el número de personas en condiciones de trabajar y pagar impuestos disminuye, lo que dificulta los ingresos para ser destinados al pago de las jubilaciones. En consecuencia, es primordial estimular investigaciones sobre la programación del futuro del adulto, sus intereses, actitud frente al ahorro, el uso del tiempo y trabajos y/o tareas que el mayor pueda realizar.

Otro aspecto a analizar es la cultura económica del adulto mayor y su aprendizaje, la importancia de la vivienda, la herencia, la planificación del futuro, la preparación económica y mental para esa etapa, el grado de autonomía en decisiones económicas, el grado de dependencia, la vinculación objetiva y subjetiva con su familia.

El adulto mayor está excluido del área laboral, aunque habría que analizar la posibilidad de trabajo en ciertas áreas, y si cuenta con capacidad para realizar ciertas tareas; en general, su rol laboral está limitado al rol doméstico: cuidado de personas imposibilitadas o nietos, si bien estas tareas son desempeñadas en general por las mujeres.

El mayor es vulnerable porque es económicamente dependiente del joven, quien en muchos casos deberá proveer asistencia financiera a sus progenitores, si bien de esta dependencia surgen para el mayor valores en conflicto: autoestima y protección, pues la pérdida de la independencia disminuye la autoestima y la dignidad del individuo –no obstante cuidar de los padres es un deber moral–.

La variable económica condiciona la forma de vida del mayor, y en estos últimos años el aumento demográfico ha provocado en los países desarrollados un fenómeno que se ha denominado encarecimiento de los presupuestos sociales, situación difícil de resolver.

La cultura económica es un conjunto de valores, costumbres, modos de operar, conocimientos y especulaciones que rigen la conducta de los individuos en la sociedad, fenómeno generacional que condiciona de alguna forma los niveles de renta del mayor, estatus del cual está marginado y al que no puede acceder.

La cultura del ahorro es un eje central en el futuro de los recursos del mayor, y sería conveniente que se incorpore en la sociedad el concepto de que, al alcanzar cierta edad, surgen necesidades que se deben prever, sobre todo cuando la persona está en actividad laboral. Hay que organizar el propio futuro, ya que la variable económica condicionará sus formas y estilos de vida; el futuro mayor debe tomar conciencia de sus futuras necesidades y preverlas.

La longevidad y la sociología se vinculan en cuanto al comportamiento del mayor frente a la salud, a la familia, a lo laboral, a lo económico y al ahorro, si bien con la economía su vínculo es conceptual y metodológico, pero no práctico.

Es necesario realizar estudios y análisis sobre la situación económica del adulto mayor, sobre su bienestar social, necesidades, calidad de vida, sobre políticas sociales, el posible empleo, salud y servicios sociales.

Uno de los problemas más serios que se le presenta al mayor al alcanzar esta etapa de la vida es el económico: contar con una subsistencia digna para el futuro y evitar ser económicamente dependiente de terceros. Sus necesidades económicas son un problema social y no siempre consecuencia de un acto de irresponsabilidad individual; sus necesidades económicas justifican un trato especial. Ayudar económicamente al mayor es una forma de prepararse para la propia vejez. La ayuda económica que se realiza para con los padres le sirve al hijo de ejemplo para ir haciendo sus propias reservas o ahorros para su propio futuro.

En su etapa de actividad laboral, las personas toman previsiones respecto de bienes y servicios: aseguran sus casas, sus automóviles y hasta llegan a asegurar sus vidas, pero no se preocupan tanto por las necesidades que puedan tener al llegar a la ancianidad.

El aspecto en el que se observan mayores cambios es el sistema de seguridad social, frente a un futuro en que el número de mayores dependientes crece en forma notable: según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del 11% en el 2000 pasará al 25% en el 2050, situación que obligará a adaptar los sistemas sanitarios y de salud.<sup>4</sup> Las modificaciones en la pirámide de la población mundial muestran un aumento significativo de los adultos mayores de sesenta y cinco años; sin embargo, este sector no es considerado prioritario ni en las políticas públicas ni en la producción; se encuentra marginalizado y desposeído; no son respetados ni apreciados sus conocimientos, experiencia y, sobre todo, su futuro.

4. Diario *La Nación*, 28/5/2012.

La situación económica de este sector no se atiende suficientemente. Se observa falta de análisis y definición sobre los efectos de la conducta del mayor en relación a su economía, a su familia y a su trabajo, sobre la diferencia de género, sobre su vida cotidiana, su propio consumo, su tiempo libre y la desocupación. Se presta poca atención al diario acontecer del adulto mayor y la forma de prever su futuro, su uso del tiempo y sus ahorros.

En Francia –y muchos otros países–, desde el fin de la década del 60, los adultos mayores no viven con sus familias como en otras épocas y deben prever su propio futuro. El 108 Congreso de Notarios de Francia (Montpellier, 23-26 septiembre 2012) consideró importante establecer normas sobre bienes para proteger la parte más débil de la familia, las personas de más de setenta y cinco años, sector que en ese país llega al 9%, pero que en el 2040 será el doble, dependiente y carecerá de autonomía. Frente a esta realidad, se han creado fondos familiares y se propuso establecer mandatos de protección futura.<sup>5</sup>

En Estados Unidos, el tema de la mujer adulta mayor es preocupante, pues en muchos casos no han trabajado en actividades remuneradas y no tienen ni ahorros ni fondos financieros que les permitan vivir dignamente.

En España, las familias mantienen sus raíces en lo relacionado a usos y costumbres, la institución familiar sigue siendo muy importante y se respetan los lazos de lealtad y obligaciones que unen a sus miembros. La residencia geriátrica es la última opción, cuando los familiares no pueden hacerse cargo del mayor. Los adultos mayores siguen viviendo en sus casas, con sus familias o allegados. Frente al aumento de los hogares unipersonales, se recurre a servicios asistenciales de todo tipo, como consecuencia de la alta vulnerabilidad de sus ocupantes.

Con el objetivo de preservar la seguridad de adultos mayores cuyo estado físico les permite continuar viviendo en sus hogares, surgieron empresas de telealarma o teleasistencia, que asegura asistencia inmediata, u hogares de día, y, en el área económica, servicios financieros (planes y fondos de pensión) y alojamiento para estudiantes por el que abonon importes que constituyen ingresos para el mayor y su subsistencia.

Los cambios demográficos ponen en evidencia la evolución individual y vital de los ciudadanos, que a principios del siglo XX promediaban los treinta y cuatro años de vida y actualmente rondan los ochenta. Esto prolonga la coexistencia de generaciones e influye en la vida diaria y en las relaciones familiares. La longevidad en España, como en otros países, da lugar a nuevas

5. Revista *Notaires Vie Professionnel*, París, Conseil Supérieur du Notariat, octubre 2012, p. 38.

formas de familias, de relación y ayuda mutua entre generaciones, si bien hay menos convivencia familiar.

Un aspecto básico en la calidad de vida del anciano es su seguridad económica. La posibilidad de disponer de bienes en forma independiente y periódica le permitirá vivir una vejez tranquila, además de satisfacer necesidades básicas, tomar sus propias decisiones y sentirse seguro de sí mismo y con plenos derechos.

La situación económica de las personas mayores está determinada por su poder adquisitivo, que puede provenir de diversas fuentes: trabajo, ahorro, jubilaciones o pensiones, entre otros. Obedece directamente al nivel y tipo de consumo, el cual "depende de la edad, del estado de salud, de los lugares de residencia y de cuántos servicios están a cargo del Estado a través de servicios gratuitos o subsidios" (CEPAL/CELADE, 2003).<sup>6</sup>

Estudios realizados sobre la tercera edad han mostrado que, al llegar a esa etapa de la vida, las personas pasan a un estado de pobreza y fragilidad económica que provoca la disminución brusca de su nivel de subsistencia, teniendo menos posibilidad de recuperarse ante las pérdidas de ingreso; esta situación no se da en países en que se cuenta con apoyo familiar y/o con seguridad social.<sup>7</sup>

Si el adulto tiene familiares con ingresos económicos importantes que permiten ayudar al mayor, el riesgo de reducción de recursos económicos disminuye, lo que le permitirá sobrellevar esa etapa en forma cómoda, si bien esta dependencia familiar no es conveniente para su autoestima.

A fin de contar con seguridad económica en la vejez, los mecanismos son variados:

- a)** el ahorro durante la vida laboral;
- b)** los sistemas de seguridad social provenientes del estado o institución;
- c)** la continuidad de participación en la actividad económica de una empresa de su propiedad, caso en que su intervención será notoriamente menor;
- d)** las rentas vitalicias.

Cuando se trata el tema del adulto mayor y la economía, es importante considerar los niveles de autonomía física y psicológica en relación con la familia. En algunos casos, en forma voluntaria, el adulto mayor es sostenido

6. GUZMÁN, José M. y HUENCHUAN, Sandra, ob. cit. (nota 3), p. 2. Los autores citan CEPAL/CELADE (2003), "La situación de las personas mayores" (documento base de la Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento [Santiago de Chile, 19-21 noviembre 2003]).

7. Ídem, pp. 4-5.

económicamente por sus hijos, quienes contribuyen al pago del alquiler de la vivienda que ocupa, los gastos de salud, los domésticos, los de transporte y los de desplazamiento.

La protección del adulto mayor debe equilibrarse con la necesidad de independencia que necesita. Si el mayor, antes de serlo, había sido autónomo, le resultará muy frustrante pasar a ser dependiente, lo que puede causarle vergüenza y le impedirá involucrarse en actividades exigentes y en horarios prolongados. En consecuencia, es conveniente asegurarle al mayor un cierto grado de autonomía y libertad, evitándole pasar por situaciones de crisis económicas, problemas de salud, aislamiento social y situaciones de riesgo.

Si bien se ha extendido la etapa vital del mayor, al mismo tiempo se le niega o restringe el derecho a ocupar un lugar en la sociedad, a trabajar, aunque fuere en tareas menores, y a recibir una retribución por dichas tareas. A fin de mejorar esta situación, hay actualmente una leve tendencia de crecimiento en las tasas de empleo informal al que se puede acceder si el mayor ha actualizado su formación. Por eso, es importante la educación permanente del mayor si cuenta con una profesión de base: aprender el manejo de nuevas tecnologías de información y comunicación, lo que le permitirá acceder al mercado laboral, con horarios y exigencias reducidas, y percibir un salario.<sup>8</sup>

Es de esperar que la presente generación de mayores sea la última que no anticipe la necesidad de cuidados a futuro. Hasta la mitad del siglo XX, esta posibilidad no se contemplaba, las enfermedades en general derivaban en rápidos fallecimientos, lo que no sucede actualmente como consecuencia de los adelantos en el campo de la medicina que, como se ha visto ha extendido la longevidad. Los cuidados a largo plazo son costosos y difíciles de predecir.

Aquellos que ayuden al mayor tomarán esa experiencia como forma de prepararse para su propia vejez: haciendo reservas y ahorros, estimulando actividades físicas de acuerdo a la edad, promoviendo encuentros y relaciones con amigos, buscando intereses (teatro, cine, pintura o literatura, etc.) o ayudando a terceros.

Reiteramos la necesidad de recordar el artículo 266 del Código Civil argentino de 1869 ([reformado](#) por la Ley 23264), hoy derogado, si bien considero que las obligaciones contenidas en el mismo resultan limitadas frente a la realidad del siglo XXI:

8. Ídem, p. 18.

Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. Aunque estén emancipados están obligados a cuidarlos en su ancianidad y en estado de demencia o enfermedad y a proveer a sus necesidades, en todas las circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios.

Por su parte, el artículo 671 del **Código Civil y Comercial vigente** (CCyC) establece que

Son deberes de los hijos:

- a) respetar a sus progenitores;
- b) cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior;
- c) prestar a los progenitores colaboración propia de su edad y desarrollo y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas las circunstancias de la vida en que su ayuda sea necesaria.

#### **14.1. Opciones que permiten asegurar la economía del mayor**

Actualmente, las necesidades económicas del mayor reclaman y justifican un tratamiento especial, a fin de poder satisfacerlas. La longevidad crea a las personas mayores angustia e inseguridad económica, sobre todo, y como lo hemos visto, si al enfrentarse a su propia subsistencia no han previsto ahorros o no cuentan con familiares que puedan hacerse cargo de ellos, o cuando sus jubilaciones son limitadas. En esos casos, el mayor necesitará organizarse financieramente. Con anterioridad a la mitad del siglo XX, los mayores adultos que necesitaban ayuda la recibían de sus hijos u otros familiares; actualmente, ante la mayor longevidad, prestar esa ayuda se hace muy difícil, pues si sus descendientes tienen familia, estos necesitan incrementar el esfuerzo para mantener su hogar y contribuir al mantenimiento de sus padres.

El rápido crecimiento de la proporción de adultos mayores provoca temor por la carga financiera que su mantenimiento puede significar, si bien esto no siempre ocurre, pues no todos los mayores son económicamente dependientes.

En los Estados Unidos, el *leaseback* le permite al mayor contar con el valor de venta de su vivienda y continuar viviendo en ella. En esta figura, el mayor, previo acuerdo o contrato, vende su propiedad a un tercero y percibe el precio de venta, manteniendo el derecho a seguir viviendo en la misma hasta su fallecimiento o hasta que decidiera venderla. Esta alternativa no es fácil de concretar y solo puede darse con familiares del mayor que asumen esas condiciones. Podría darse fundamentalmente entre padres e

hijos, asumiendo el hijo la responsabilidad del mantenimiento de los padres y, al fallecimiento de ambos, pasando a ser el propietario del inmueble. Simultáneamente, el padre puede financiar la venta, pues, siendo titular de la propiedad, puede solicitar un préstamo garantizado con hipoteca (*mortgage*). Con la mitad del dinero que recibe en calidad de préstamo, paga las cuotas, y destinará la diferencia a sus gastos.

Otra alternativa para generar ingresos es que el adulto venda su propiedad y, simultáneamente y por acuerdo, pase a ser locatario del adquirente, hasta su fallecimiento. En ese momento, el comprador obtiene la posesión de la propiedad y el mayor pasaría a ser usufructuario.

Todas estas soluciones solo pueden darse entre familiares o amigos que pudieran comprar la casa en esas condiciones, ya que, de lo contrario, no es fácil encontrar personas dispuestas a realizar negocios en estas condiciones fuera del entorno familiar.

Otra modalidad que puede adoptar el adulto mayor para mantener independencia económica en caso de tener una propiedad es obtener un préstamo y garantizarlo con una hipoteca sobre esa propiedad. Ese préstamo le permitirá tener un ingreso mientras no venda el inmueble y/o hasta su fallecimiento. Esa suma puede recibirla en su totalidad al constituir la hipoteca o mensualmente y manejarla personalmente o que le sea administrada.

### 14.1.1. Renta vitalicia

El artículo 1599 CCyC establece el concepto de renta vitalicia y expresa que es el contrato

... por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato.

Es un contrato típico, real, formal, bilateral, aleatorio y oneroso, y debe realizarse por escritura pública (art. 1601 CCyC). El adulto mayor que fuere titular de bienes puede, través del contrato de renta vitalicia, asegurarse una renta que le permita afrontar sus gastos periódicos, renta que deberá ser en dinero y, si no lo fuere, debe pagarse por su equivalente en el acto de hacerse efectivo el mismo (si el contrato es a favor de un tercero, el mismo se registrará en subsidio por las normas de la donación, excepto que lo convenido haya sido otro negocio oneroso [art. 1600 CCyC]).

Esta figura es poco utilizada en el ámbito local, y solo podrán apelar a ella a fin de obtener ingresos periódicos quienes tuvieren bienes. La renta

vitalicia es un acto oneroso por el cual una persona entrega a un tercero una cosa o un capital, que puede ser dinero o bienes apreciables en dinero, muebles o inmuebles, a cambio de los cuales esta asume la obligación de pagarle una renta de por vida, que como hemos dicho debe ser en dinero.

Este contrato debe ser realizado, como se mencionó previamente, por escritura pública, y el otorgante de la renta vitalicia tiene que ser capaz para contratar y contraer empréstitos. Se extingue por la muerte del beneficiario y, en caso de que fueran varias personas, por el fallecimiento de la última de ellas; la prueba del fallecimiento le corresponderá a la persona deudora de la renta (art. 1606 CCyC). Si el deudor de la renta no ofrece la garantía a la que se había obligado o si la que hubiere dado disminuye, quien entrega el capital o los herederos pueden solicitar la resolución del contrato, restituyéndose solo el capital (art. 1607 CCyC).

El adulto que fuera titular de un bien puede contratar una renta vitalicia periódica, lo que le permitirá percibir ingresos para afrontar sus gastos de mantenimiento. La obligación de pagar la renta vitalicia se extingue con la muerte de la persona en cabeza de quien ha sido constituida, y esa cabeza de renta debe determinarse en el contrato inicial. Si la renta vitalicia se hubiera constituido a favor de varias personas, la misma no se extingue hasta la muerte de ambos, es decir, de aquellos a favor de quienes se hubiera constituido.

La renta vitalicia no es una venta, pues no hay un precio cierto en dinero (condición básica de la compraventa), y no hay limitación en cuanto a la edad del titular. El beneficiario o cabeza de renta podría ser, por supuesto, el cónyuge o hijos, incluso si tuviesen alguna restricción a la capacidad. En la renta vitalicia no hay pago total –si lo hubiera, sería compraventa–, y es factible que el comprador sea un familiar del beneficiario, por ejemplo, un hijo, quien se hará cargo de los pagos de la renta vitalicia, sabiendo que, al fallecimiento del titular (su padre o su madre), pasará a ser propietario del inmueble. En el contrato se establecerán las fechas y las formas de pago y el valor de las cuotas a abonar.

#### **14.1.2. Hipoteca revertida**

La hipoteca revertida (*reverse mortgage* o *home equity conversion mortgage*) es un contrato que se aplica en los Estados Unidos a fin de asegurar las necesidades económicas del mayor. Este contrato es un medio de planificación financiera que le permite al titular del inmueble solicitar un préstamo, garantizándolo con su propiedad, sin estar obligado a hacer pagos mensuales mientras él habite en el inmueble. No tiene plazo de vencimiento.

Es una opción que puede generar ingresos al adulto mayor y consiste en entregarle la propiedad de un inmueble a un tercero a fin de recibir una pensión o cuota de dinero mensual que se destinará a su mantenimiento o como complemento de una jubilación o ingresos insuficientes. Se toma prestado dinero, como si el mayor hubiera vendido su casa, y dicha deuda nunca será mayor al valor de la propiedad en sí. Es un producto hipotecario al que se recurre sobre todo en épocas de crisis y está disponible a través de prestamistas. Es un tipo especial de préstamo hipotecario, y mientras el propietario viva en el inmueble no se requiere hacer pagos mensuales, lo que difiere de otros tipos de hipoteca.

Los requisitos son que el inmueble esté gravado con una hipoteca de bajo importe o que la propiedad esté libre de gravámenes y que su titular no tenga limitación para constituir este tipo de hipoteca. El inmueble sobre el cual se constituye la hipoteca revertida tiene que ser para vivienda independiente y unifamiliar. Hay que pagar seguros, impuestos y asegurar el mantenimiento necesario del inmueble. No se hacen pagos mensuales ni depende de los ingresos del titular para que el mismo sea otorgado.

El importe de dinero que se da en préstamo depende de la edad del propietario; si hay dos titulares, se considera la edad del más joven de ambos. El préstamo se otorga en forma mensual, a través de pagos de igual cantidad por una cantidad de meses determinada por el propietario. La propiedad continúa siendo del solicitante del préstamo mientras viva en ella.

Los préstamos son facilitados por bancos privados o agencias. Una vez que el propietario o sus herederos no utilicen el inmueble y lo hayan vendido o hayan fallecido, se devolverá a quien facilitó el dinero más los intereses. Si hubiere algún saldo, este le corresponderá al propietario o a sus herederos si éste hubiere fallecido.

Este préstamo le otorga al adulto mayor propietario del inmueble un ingreso para vivir, préstamo que será restituido al otorgante cuando la propiedad fuere vendida o al fallecimiento del propietario del inmueble dado en garantía. El mayor puede recibir de la entidad financiera una suma mensual hasta que la deuda alcance el monto determinado previamente, o el importe total al inicio del pacto.

Hay tres formas de hipoteca revertida: a) préstamos sin seguro, b) préstamos con seguro, que incluyen un acuerdo entre el prestamista y el prestatario, y c) casos en que el prestatario no está obligado a devolver el préstamo hasta que no se presente alguna de las siguientes situaciones: venta de la propiedad, vencimiento del plazo por el cual se hizo el préstamo, muerte del prestatario o ausencia como ocupante de la vivienda.

El propietario puede solicitar en calidad de préstamo desde un 30% a un 70% del valor de la propiedad, y el interés del mismo dependerá de la edad del prestatario. Para acceder a este tipo de préstamo, es necesario que el inmueble esté libre de gravámenes y que sea el lugar permanente de su residencia. Los gastos que la prestación requiere pueden estar incluidos en el monto del préstamo, así como también el costo de seguro, impuestos y mantenimiento.

La cantidad de dinero que recibe el propietario será de acuerdo a su edad, y la propiedad continuará a su nombre mientras viva y sea su vivienda principal.

Otra forma a la que puede recurrir el mayor para autofinanciarse es compartir la vivienda con otras personas, que abonarían un importe, lo que le permitirá al mayor, propietario del inmueble, cubrir sus necesidades económicas, con el agregado de que esa persona puede también cumplir un rol de compañía.

Otra forma de facilitarles ingresos a los mayores en Estados Unidos se da cuando instituciones e iglesias promueven entre los miembros de esas instituciones compartir viviendas. Estas fundaciones o establecimientos pueden actuar como intermediarios inmobiliarios, pues conocen a las personas que pondrán en contacto, si bien se aconseja la firma de acuerdos sobre las condiciones, plazos, precio y características de la convivencia. El propietario debe reservarse el derecho a dar por extinguido el contrato y el locatario, a anunciar con antelación su partida.

### 14.1.3. Crédito vitalicio con garantía hipotecaria

Esta modalidad hipotecaria garantiza un crédito proveniente de un mutuo con desembolso del dinero en un pago único o en sumas periódicas durante un plazo determinado o vitalicio, en el que [...] el plazo de reembolso y eventual ejecución se encuentra diferido, ya que el capital e intereses adeudados no serán pagados por el deudor, sino por sus herederos al fallecimiento de aquel o del último beneficiario conforme se haya pactado.<sup>9</sup>

Este instituto es una solución financiera para el adulto mayor cuyo único bien y único capital es la casa en donde vive y no recibe ingresos suficientes para

9. LUCERO ESEVERRI, Roberto A., "Acceso al crédito vitalicio por personas con discapacidad", en *Revista IUS*, Ciudad de México, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, v. 4, N.º 26, 2010, p. 128. (La cita fue extraída de SPINA, Marcela V., "Derecho de familia modelo siglo XXI. Especial consideración de los derechos de los ancianos" [trabajo presentado en la XXXVII Jornada Notarial Bonaerense {Junín, noviembre de 2011}], La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2011). (N. del E.): ver artículo de Lucero Eseverri [aquí](#); última consulta: 5/11/2021.

vivir. La edad del que recibe el crédito es condición básica en estas formas de créditos, pues cuanto mayor sea la persona, mayor será la renta.

La devolución del capital e intereses son inciertos, pues la devolución se hará efectiva al fallecimiento del mayor y estará a cargo de los herederos.

#### 14.1.4. Fideicomiso testamentario

El fideicomiso testamentario, originado en el *trust* estadounidense, tiene en cuenta el interés y las necesidades del adulto mayor o del incapaz a fin de resguardar su persona, su salud y sus derechos. El fideicomiso testamentario es una figura básica para la planificación financiera: a través de esta figura jurídica, el testador organiza la distribución de su patrimonio, de acuerdo a sus deseos e instrucciones. Es un acto de previsión. La figura del fideicomiso testamentario es importante cuando el testador tiene a su cargo personas incapaces o de edad avanzada o cuando el fiduciante, es decir, el testador, está involucrado en una actividad expuesta o de riesgo.

El fideicomiso es un patrimonio destinado a un fin concreto y queda separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante y de sus acreedores. El fideicomiso solo se podrá constituir sobre la porción disponible, sin afectar la legítima de los herederos forzosos, permitiendo constituir patrimonios protegidos en beneficio de personas capaces, adultos mayores e incapaces.

El artículo 1699 CCyC establece que el fideicomiso también puede constituirse por testamento, el cual debe contener, al menos, las enunciaciones requeridas por el artículo 1667:

- a) la individualización de los bienes objeto
- b) determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados
- c) plazo o condición a que se sujeta
- d) identificación del beneficiario
- e) destino de los bienes al finalizar el fideicomiso
- f) derechos y deberes del fiduciario.

En consecuencia, habrá fideicomiso testamentario cuando una persona (el testador), a través de un testamento, transmite la propiedad fiduciaria de determinados bienes a otra persona (el fiduciario; que puede ser persona física o jurídica), quien se obliga, como un buen hombre de negocios, a administrarlos y transmitirlos al beneficiario o fideicomisario una vez cumplida la condición o el plazo. La duración máxima de este fideicomiso es de treinta años (reivindicando el plazo máximo previsto en el art. 1668), computándose desde la muerte del fiduciante, ya que la eficacia del fideicomiso testamentario surge a la muerte del testador.

Puede ser constituido por testamento ológrafo, por escritura pública o por testamentos especiales. La eficacia del fideicomiso testamentario surge a la muerte del testador. La propiedad que se trasmite es de ciertos bienes que deberán ser individualizados, sean muebles, inmuebles, derechos en general u objetos materiales de contenido patrimonial.

El fideicomiso testamentario ayuda a evitar la dilapidación de un patrimonio hereditario, permitiendo cumplir la voluntad del testador con relación a la administración, aplicación y destino de su patrimonio y garantizando un proyecto asistencial pensado y proyectado en este caso para las personas mayores. Además, es aplicable también en los casos de hijos que, por razones de trabajo o estudio, viven en otros países, y en los que los patrimonios de sus progenitores carecen de administradores capaces y responsables.

El fideicomiso testamentario es una alternativa para asegurar la economía del adulto mayor, figura que en nuestra legislación puede llegar a ser un motor estimulante que cumpliría un objetivo preciso en el futuro inmediato, para los casos en que el fiduciante tenga a su cargo a sus padres. Tiene un plazo máximo de duración de treinta años, que se computan desde la muerte del testador (fiduciante).

Corresponde aclarar que el fideicomiso testamentario es un acto de disposición de última voluntad, unilateral, cuya validez se efectivizará a la muerte del testador o fiduciante. Al producirse la apertura de su sucesorio, se transmitirán ciertos bienes de su patrimonio a favor de un legatario como fiduciario y en beneficio de quien haya establecido el testador, con obligación de entregarle ese bien y sus acrecentamientos, cuando se cumpliera un plazo o condición, a quien fuera heredero o legatario en calidad de fideicomisario.

Notificado el fiduciario nombrado por el testador, este podría no aceptar el cargo; si no se presenta, se entenderá que no acepta el nombramiento y se aplicará lo dispuesto en el artículo 1679 CCyC, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1699.

## 15. El asesor legal del mayor

En el año 2013, se publicó el artículo “El notariado y las leyes sobre directivas anticipadas y muerte digna”, trabajo que tuvo repercusión;<sup>10</sup> ese mismo

10. MARIÑANSKY DE KATZ, Flora, “El notariado y las leyes sobre directivas anticipadas y muerte digna”, en *Revista Internacional del Notariado - RIN*, Buenos Aires, ONPI, N.º 118, 2013, pp. 59-66. (N. del E.): Ver [aquí](#); última consulta: 5/11/2021.

año, en la ciudad de Lima (el 8 de octubre), la asamblea de notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado adoptó una serie de recomendaciones para el notariado frente al aumento significativo de personas mayores que requerirán información y asesoramiento legal.<sup>11</sup>

La función importante del profesional del derecho es asesorar a este sector de la sociedad en permanente aumento y a sus familiares, quienes carecen de experiencia e información sobre la legislación actual. Serán asesores legales de adultos mayores los profesionales del derecho cuyas especialidades estén vinculadas con las políticas de salud, las residencias o geriátricos y su control, las directivas anticipadas, las políticas de salud, las jubilaciones y pensiones, las alternativas para solucionar o mitigar sus necesidades económicas, el derecho sucesorio, los testamentos, legados, donaciones y transferencias de inmuebles, en algunos casos con reserva de usufructo, las transferencias de paquetes accionarios, la prevención y organización en temas de incapacidad, casos de mala praxis médica, curadores y cuidadores, etc. En algunos casos, la función del asesor legal del adulto mayor incluirá asesoramiento y planificación de carácter financiero (casos en que el adulto mayor contare con un patrimonio significativo). La planificación financiera es importante, pues el mayor, en general, desconoce la forma de organizar su futuro económico, en cuyo caso el asesor legal lo ayudará a organizar e invertir sus bienes, y además le aconsejará con relación a sus ingresos, bienes, impuestos y gastos.

Los efectos del surgimiento de la figura del adulto mayor como consecuencia del alargamiento de la vida, sus necesidades, derechos y formas de subsistencia implican nuevas tareas y desafíos para los profesionales jurídicos, quienes deberán asesorar sobre las nuevas formas de vida y las formas de satisfacer las necesidades de la longevidad. Para ello, es necesaria la incorporación de nuevos conocimientos y técnicas. Las necesidades legales del mayor pueden estar vinculadas, además, con consultas sobre discriminación en el trabajo, denegación o limitación del seguro médico, exenciones impositivas, incapacidad física o mental, posibilidades de su retiro normal o anticipado, necesidad de curadores en casos de incapacidad, problemas de la vivienda que alquilan o de la cual son titulares, cuidadores personales, abuso o negligencia de los mismos con relación a su cuidado, residencias en que habitan o geriátricos y su responsabilidad.

11. Ver "Recomendaciones sobre el papel del notario en una sociedad que envejece: 'El envejecimiento demográfico, un reto para el notario'", en *Revista Internacional del Notariado - RIN*, Buenos Aires, ONPI, N.º 119, 2013, pp. 189-190. (N. del E.): Ver [aquí](#); última consulta: 5/11/2021.

El adulto mayor necesita contar con un profesional del derecho a fin de que se lo asesore en relación a sus problemas de discriminación en el empleo, inquietudes en materia de seguridad social, seguros de salud, problemas de vivienda, casos de impuestos excesivos, gravámenes a la propiedad, incapacidad física, abuso y negligencia de empleadores, jubilación, etc. El mayor de escasos recursos también necesita protección legal como consecuencia de una jubilación escasa o negligencia de los hijos que lo abandonan económica y emocionalmente. En ciertos casos, el asesor legal deberá contar con la colaboración de asistentes sociales y/o psicólogos.

El asesor legal debe ser, además, suficientemente sensible a las necesidades de estos clientes, ofrecerles tiempo y conocimientos, ser leales, cuidadosos y respetar la confidencialidad; además deberá evaluar si su cliente es capaz y si posee: 1) un conjunto de valores y objetivos, 2) habilidad para comunicar y comprender la información que transmite y que recibe y 3) capacidad para razonar y analizar una propuesta; contando además con un estado emocional de acuerdo al tema a resolver.

El asesor legal del adulto mayor debe considerar los posibles límites físicos del mayor y acomodarse a ellos, utilizar un lenguaje claro, demostrarle lealtad y respeto, orientarlo y asesorarlo ante sus inquietudes, dudas, conflictos, necesidades y futuros problemas que le puedan surgir, enfrentando sus incapacidades físicas, problemas de jubilación, relaciones con sus familiares, necesidades económicas, discriminación, mala praxis médica, abusos financieros etc.

El asesor legal del mayor debe conocer las necesidades del mayor y estar capacitado para entender y responder sus dudas e inquietudes. Las funciones del asesor van, en la práctica, más allá de lo legal, pues deben lograr que los consultantes se sientan autónomos, ayudándolos en el manejo de cuestiones relacionadas con sus derechos y decisiones sobre su salud, su economía y su vivienda. Otra función que el profesional tendrá a su cargo es la de comprobar la situación de cada familia y la carga o responsabilidad emocional, física y económica ante los seres queridos.

El desafío de la ley y de los profesionales del derecho es, más allá de todo argumento, realizar un examen minucioso de la elección de las políticas a aplicar que puedan mejorar la situación del mayor.

## **16. La mediación frente al conflicto entre el mayor y terceros**

La mediación permite a personas vinculadas entre sí por un conflicto recurrir a la intervención de un tercero imparcial y neutral, el mediador, quien,

aplicando determinadas reglas o normas y manteniendo un cierto orden, les permite a las partes resolver la disputa a través de un intercambio previo y llegar a un acuerdo resuelto por ellas mismas. La mediación ha evolucionado positivamente y se considera actualmente un medio alternativo para resolver conflictos que ha superado la dicotomía entre bien y mal, verdadero o falso, sagrado o profano, material o espiritual; un proceso voluntario en el que las partes en disputa, con la asistencia de un tercero facilitador, exploran las opciones para llegar a un acuerdo.

El mediador no juzga, no sentencia, no aconseja, no asesora; trata de alentar a las partes a negociar una salida, a buscar conjuntamente un acuerdo beneficioso para ambas. En una disputa en que se recurre a mediación, el mediador habla con las partes, las escucha y trata de comprender los intereses y posiciones de cada una de ellas. Un mediador competente y con experiencia puede equilibrar el poder entre las partes y facilitar el alcance de un acuerdo. La experiencia en el ejercicio de la mediación permitió reconocer que las diferencias entre el mito y la práctica no podían atribuirse a las deficiencias de la actividad individual, sino que, más bien, se debían a las raíces de la estructura propia de la mediación. Esto sugería que las particularidades entre la mediación y su práctica no podían atribuirse a los mediadores, sino que eran propias de la actividad, y que los profesionales de esta actividad debían adaptarse a las modalidades y estructuras de la especialidad, que evoluciona permanentemente.

A mediados del siglo XX se comienza a pensar distinto con relación al conflicto: se intenta resolverlo con la intervención de las partes y de un tercero, el mediador. Los mediadores poseen diferentes visiones de trabajo: algunos consideran que la mediación es transformativa y otros creen que el objetivo es solamente resolver el conflicto.

Cuando los individuos viven en sociedad, surgen conflictos, pues las diferencias de opiniones o actitudes son normales y permanentes. Estas diferencias se dan dentro del círculo familiar y por supuesto entre compañeros de trabajo, socios dentro de una empresa, miembros de instituciones, padres e hijos y entre mayores adultos familiares o allegados. Frente a la disputa, se puede adoptar diferentes actitudes: imponer la propia opinión, desconociendo la de la otra parte, capitular frente al otro, renunciar al reclamo, aceptando la decisión de la otra parte o retirándose de la negociación.

Una nueva área de conflictos que pueden ser resueltos por mediación son los conflictos familiares, los cuales son numerosos y no fáciles de resolver: divorcio, tenencia de hijos, derecho de visitas, hijos que deben hacerse cargo de los padres como consecuencia de enfermedades de uno

de ellos o de ambos, su cuidado o internación en geriátricos, etc. Esta última situación planteada, casi inevitablemente, provoca disputas, disgustos y distanciamientos entre los hijos. El conflicto detonante en la familia es la división de responsabilidades frente a la enfermedad de los padres, situación que surge cuando el mayor pasa a ser dependiente. En estos casos, es fundamental que los hijos puedan elaborar el vínculo con sus padres y mejorar su actitud ante la enfermedad e incapacidad de los mismos. Para trabajar sobre eso, la mediación puede ser una alternativa hábil.

La mediación es una valiosa herramienta que podría ser utilizada para resolver los conflictos de los mayores adultos en los siguientes casos: a) cuando son víctimas de la soledad, b) cuando el mayor ha perdido la capacidad y surge el conflicto entre los hijos adultos sobre qué hacer y cuáles son las necesidades del padre o de la madre. A menudo, sucede que el mayor rechaza admitir su necesidad de ayuda e interpreta los esfuerzos de los hijos como un acto hostil. El conflicto más común se presenta cuando, habiendo dos o más hijos, uno de ellos quiere ser el tutor del padre o de la madre. La disputa se origina en los diferentes puntos de vista de cada uno de los hijos respecto del cuidado apropiado de los padres o cómo tienen que vivir (si en alguna institución o en el hogar con atenciones especiales etc.); incluso, en ocasiones, las distintas posturas ocultan preocupaciones sobre la protección de la herencia o rivalidades entre los hermanos. En todos estos casos, la mediación podría ser de gran ayuda para dilucidar el problema o para conciliar las distintas posturas y encontrar soluciones que satisfagan en alguna medida a todas las partes involucradas. La mediación permitiría demostrar que, más allá de las diferencias, todos buscan un mismo objetivo, el bienestar del adulto mayor, y así trabajar en conjunto sobre ese objetivo común.

La mediación sobre el cuidado de los padres puede referirse a su autonomía. Debe ser un ámbito destinado a que los hijos escuchen vez los deseos de sus padres, quienes tal vez reconozcan los riesgos que les significa, por ejemplo, vivir solos, pero aun así los asuman para continuar siendo independientes. La mediación podría ser la concreción del derecho a ser oído del adulto mayor.

Otras disputas que le pueden surgir al adulto mayor capaz son los conflictos con el seguro médico que decide no cubrir erogaciones para tratamientos o intervenciones que aquel necesita como consecuencia de una enfermedad que el sistema no incluía. En estos casos, la mediación puede ser una buena alternativa para evitar abusos que pueden suscitarse desde los seguros médicos en desmedro de los mayores, por desconocer la existencia de esta gran herramienta para reclamar.

La mediación puede ser también una solución conveniente en disputas con vecinos, administradores de la propiedad en que residen, etc.

Para intervenir en las mediaciones, el adulto mayor deberá tener capacidad funcional, una correcta conexión social, salud física y mental. Estas condiciones deberán surgir de un certificado expedido por profesional médico, que será entregado al mediador a través del letrado que lo acompañe a la audiencia.

Es importante que el mayor conozca la mediación como medio de resolver conflictos rápido y económico, aspecto este último que al mayor le preocupa, pues en general sus recursos son limitados y recurrir a un letrado le significa mayores gastos. La mediación es un medio hábil para solucionar las disputas que le puedan surgir al adulto mayor dentro del mismo círculo familiar o en relación con terceros.

## **17. La vivienda del mayor**

Algunos mayores prefieren vivir en sus propias casas porque rechazan los horarios y las actividades organizadas de geriátricos y dado que, a pesar de su edad, gozan de un estado físico que les permite llevar adelante una vida relativamente normal. Muchos ancianos quieren continuar viviendo en los hogares en donde vivían desde hace muchos años, rodeados por los amigos y vecinos, los proveedores del barrio y las asociaciones e iglesias vecinas; lo que será posible si sus condiciones físicas y psíquicas lo permiten. En algunos países, el mayor puede vivir solo, ya que cuenta con aparatos o dispositivos que hacen posible que sus hijos o los terceros responsables de su cuidado los monitoreen de manera remota, obteniendo información sobre si han tomado sus medicaciones o si necesitan ayuda inmediata.

La decisión de permanecer en sus casas depende de su estado físico y mental, pues para algunos ancianos mudarse es penoso. Sin embargo, esta decisión podrá tomarse solo si el mayor cuenta con ingresos suficiente para pagar los gastos de su mantenimiento, sumado a que el hogar tendrá que readaptarse a las nuevas capacidades más limitadas de la persona, lo cual también implicará gastos. En este contexto, la vivienda del adulto mayor debe ser apropiada a sus limitaciones, seguras y autosuficientes, pues pasa mucho tiempo allí. La seguridad de la vivienda es esencial para el bienestar del mayor frente al riesgo de accidentes domésticos.

Planificar viviendas para adultos mayores requiere que el profesional a cargo de su construcción conozca los valores, deseos, necesidades y posibilidades económicas de este sector de la sociedad. Esas viviendas

deben maximizar la independencia y minimizar la subordinación de ellos al medio. El hogar debe ser de su gusto, ya que eso implicará un factor de seguridad, bienestar y auto suficiencia.

Una alternativa es la vivienda compartida por un grupo de adultos mayores que sean amigos de años, sobre todo si no hay familiares o hijos que puedan o quieran hacerse cargo de ellos. En la Ciudad de Buenos Aires existe desde hace cuarenta años una vivienda de estas características en el barrio de Belgrano, llamada "Vida Linda", donde sus habitantes adultos mayores poseen departamentos de superficie confortable con instalaciones apropiadas, jardín, biblioteca donde se dictan clases y conferencias, y un comedor para quienes no quieren prepararse sus propias comidas. Por supuesto que estas viviendas son para quienes cuenten con patrimonio que posibilite la compra y mantenimiento de las mismas. Este modelo de vivienda para mayores es común en Estados Unidos.

La jurisprudencia de nuestro país no suele dar soluciones operativas en relación al derecho a la vivienda, salvo para los casos de personas discapacitadas, en los que suele hacerse un análisis profundo, principalmente en cuanto al peligro en la demora. Esto nos permite pensar si las personas mayores con la necesidad de un techo no tendrían también que ser consideradas. El derecho a la vivienda es un derecho económico, social y cultural que se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la dignidad humana, motivo por el cual sería válidamente aceptable pretender que el derecho obligue a los Estados a tomar medidas de acción positiva para que los mayores puedan acceder a realizar estos cambios estructurales en sus viviendas. Pero lo cierto es que, como todo derecho económico, social y cultural, la gran diferencia con el resto de los derechos es principalmente estructural e implica que estos derechos no generan obligaciones positivas para los Estados sino obligaciones de abstención y protección.

## **18. El adulto mayor y su futuro**

El adulto mayor alcanza una etapa de la vida en que se presentan pérdidas físicas, pero ello no significa necesariamente incapacidad o disminución mental. Es importante evitar el apartamiento social; es importante el entrecruzamiento generacional, involucrándose social e intelectualmente con nuevos grupos y distintas actividades, lo que resulta evidentemente un desafío. En este sentido, es importante mencionar que el premio otorgado en el año 2014 por la Open Government Partnership a la mejor iniciativa de

gobierno abierto fue un proyecto dinamarqués en el cual adultos mayores de más de setenta años participaron de la elaboración, aplicación y evaluación de las políticas relacionadas con adultos mayores.<sup>12</sup>

En general, hasta la llegada del retiro laboral, es decir, la actividad que hasta ese momento realizaba, los hijos casados y los nietos eran las metas cumplidas y constituían su entorno, pero súbitamente, con el retiro, el adulto mayor sin preparación previa para la no-actividad descubrirá que la familia no llega a cubrir sus expectativas, sobre todo porque, como lo hemos dicho anteriormente, sus hijas e hijos trabajan y los nietos tienen sus propias ocupaciones e intereses. Frente a esta realidad, consciente o inconscientemente, ciertos sectores de la sociedad, en forma intuitiva o deliberadamente, fueron construyendo vínculos, a través de amigos o grupos que se reúnen con intereses similares (literarios, culinarios, teatrales, musicales, cinematográficos, por la jardinería etc.), lo que permite que el pasaje a este nuevo estadio no les resulte traumático. El objetivo es armar redes anticipadamente, a través de la diversificación de vínculos e intereses, sin esperar que la jubilación llegue.

Encontrar nuevos amigos con quienes compartir actividades e intereses es vital: "Depender de un solo bastón, como el sostén familiar o laboral [...] que se va gestando imperceptiblemente desde joven, será fuente de roces e insatisfacciones mutuas. Todo esto lleva a aislarse".<sup>13</sup> Actualmente se viven más años, y la forma de vivir esos años, las actividades y los intereses cambian constantemente. Estas transiciones y cambios le permitirán al mayor seguir creciendo y gozar de lo que ese crecimiento le ofrece, pues "el problema no está en las pérdidas (inevitables) sino en el modo de aferrarse a lo perdido".<sup>14</sup>

Se debe comenzar a establecer estas redes en la mediana edad, como forma de prepararse para el futuro: "cuando las relaciones interpersonales son de buena calidad, en el sentido de que favorecen un buen contacto emocional, es cuando son provechosas, a toda edad".<sup>15</sup> Investigaciones recientes consideran que, a medida que pasa el tiempo, son muy importantes los vínculos sociales, a través de nuevas actividades, grupos de amigos,

12. SAN MARTÍN, Raquel, "Oscar Oszlak. 'Los funcionarios públicos no han incorporado la disposición moral a rendir cuentas'" (online), en diario *La Nación*, 14/12/2014, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/oscar-oszlak-los-funcionarios-publicos-no-han-incorporado-la-disposicion-moral-a-rendir-cuentas-nid1751628/>; última consulta: 16/8/2019.

13. ZAREBSKI, Graciela, *El futuro se construye hoy. La reserva humana. Un pasaporte hacia un buen envejecimiento*, Buenos Aires, Paidós, 2012, p. 99.

14. Ídem, p. 100.

15. Ídem, p. 82.

voluntariados, nuevos trabajos o actividades después de la jubilación. Las relaciones sociales incrementan la reserva cognitiva, al exigirles a las personas una mayor y más eficiente capacidad comunicativa, así como participar en tareas complejas que requieren abrirse a nuevas alternativas.

## 19. Conclusiones

Cuando se escribe sobre personas reales, cuesta hacerse a la idea de que son vulnerables.

Antonio MUÑOZ MOLINA<sup>16</sup>

Atento a la situación del adulto mayor en la sociedad actual, sería conveniente:

- 1) Que las autoridades nacionales competentes estén en contacto permanente con los organismos internacionales vinculados a este sector social a fin de incorporar a la legislación nacional las nuevas normas sobre mayores que surjan de estos organismos, siempre que las mismas coincidan con la legislación nacional.
- 2) Contar con información permanente acerca de la evolución de la normativa sobre el mayor vigente en otros países, con el objeto de su conocimiento y posible incorporación, previa adaptación al derecho de nuestro país.
- 3) Mejorar permanentemente, a nivel nacional, el sistema de salud, para garantizarle al adulto mayor protección y seguridad.
- 4) Asegurarles jubilaciones que le permitan una vida digna, que satisfagan sus necesidades.
- 5) Ofrecerles viviendas dignas, adaptadas a sus limitaciones en el caso de que las hubiere.
- 6) Establecer edades progresivas de jubilación en los casos de que el mayor goce de salud y cuente con conocimientos en ciertas áreas que le permitan trabajar, en condiciones apropiadas a su situación.
- 7) Difundir información acerca de que todo adulto tiene la facultad de hacer su directiva anticipada, resolviendo personalmente su decisión ante la enfermedad que pudiese acaecerle.
- 8) Estimular investigaciones sobre la programación del futuro del adulto, sus intereses, actitud frente al ahorro, el uso del tiempo y trabajos y/o tareas pueda realizar.

16. MUÑOZ MOLINA, Antonio, *Como la sombra que se va*, Seix Barral, p. 138.

## 20. Apéndice de jurisprudencia

Casos vinculados a directivas anticipadas y procesos de curatelas por insania o incapacidad física.

- Juzg. en lo Correccional N°4 de Mar del Plata, 5/7/2012, “R. R. T.”:

Hechos: Un paciente que padecía cáncer en estado terminal promovió autorización judicial a fin de que se arbitrasen los medios necesarios para dar cabal cumplimiento a sus directivas anticipadas, en el sentido de su firme deseo de no ser sometido a ninguna práctica médica que implicase sufrimiento e inútil prolongación de la vida. La sentencia admitió lo solicitado.

Sumarios: [...] 3 - En el caso de ocurrirse a la vía judicial para manifestar las directivas anticipadas, como expresamente contempla el art. 11 de la Ley 26529 -modificada por la Ley 26752-, es innecesaria, por sobreabundante, la presencia de testigos, en la medida en que efectivamente el trámite incluya una entrevista personal del juez con la persona solicitante para evaluar en toda dimensión la existencia de un consentimiento libre y esclarecido.<sup>17</sup>

- SC de la Provincia de Mendoza, Sala I, 5/10/2010, “Triunfo Coop. de Seguros Ltda. en: ‘V., L. v. C., R. y otros’”:

Hechos: Un paciente promovió demanda de daños y perjuicios por mala praxis contra la clínica de ojos en la cual fue atendido, basado en la pérdida de visión en un ojo que experimentó tras una cirugía de cataratas por técnica de facoemulsificación, contra dicha clínica, el médico interviniente y la Aseguradora. La pretensión fue admitida por la Cámara de Apelaciones, decisorio contra el cual presentaron recurrieron por inconstitucionalidad el galeno demandado y la compañía de seguros. La Suprema Corte de Justicia provincial rechazó el recurso intentado.

Sumarios: [...] 2 - El concepto de mala praxis médica incluye no sólo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también en realizarla sin haber anticipado al paciente los datos suficientes para que éste pudiese prestar su consentimiento informado.<sup>18</sup>

- SC de la Provincia de Mendoza, Sala I, 31/3/2008, “R. de S. S. M. del H.”:

Sumarios: 1 - Corresponde condenar al médico que durante una intervención quirúrgica programada realizó una práctica respecto de la cual no le había

17. En Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/35065/2012; última consulta: 16/8/2019.

18. En Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/87218/2010; última consulta: 16/8/2019. (N. del E.): ver completo [aquí](#); última consulta: 5/11/2021.

informado a la actora sobre la posibilidad de que acaeciera ese riesgo -en el caso, extirpación de los órganos reproductores-, ya que no surge de las constancias probatorias que la paciente haya tenido la oportunidad de decidir y, consecuentemente, que haya tenido la chance de negarse a que le efectuaran la práctica.<sup>19</sup>

- CNCiv., Sala G, 19/10/2012, "R. F. M. s/ Insania":

Hechos: La sentencia removió de su cargo al curador definitivo de un insano. La Cámara la confirmó.

Sumarios: 1 - El curador de un insano debe ser removido de su cargo debido al inadecuado desempeño de su función, pues quedó acreditada su inacción en los trámites tendientes a mantener la afiliación de su curado en su obra social y en el ANSES, lo que implicó la baja de una pensión percibida por este y de su cobertura médica.<sup>20</sup>

- CNCiv., Sala C, 4/10/2012, "M., P. C. s/ Insania":

Hechos: El juez desestimó el pedido de rehabilitación parcial solicitado a favor de un causante con retraso mental grave y mantuvo la restricción de la capacidad para todos los actos de la vida civil, sean de carácter personal o patrimonial, no pudiendo dirigir su persona o administrar sus bienes. El curador oficial apeló. La Cámara confirmó el fallo.

Sumarios: 1 - La capacidad del causante debe restringirse para todos los actos de la vida civil, personales o patrimoniales, no pudiendo dirigir su persona ni administrar o disponer de sus bienes, pues según el informe interdisciplinario presenta una severa patología que reviste la forma clínica de retraso mental grave que requiere supervisión y asistencia permanente, máxime si se identificaron y especificaron las funciones o actos que se limitan, dando cumplimiento a lo normado por el art. 152 ter del Código Civil.<sup>21</sup>

- CSJN, 12/6/2012, "B., J. M. s/ Insania":

Hechos: La sentencia de Cámara revocó la inhabilitación del causante, dueño de la mayor parte del paquete accionario de varios entes de un grupo económico, declarada en primera instancia en los términos del art. 152 bis, inc. 2° del Código Civil. Contra ese pronunciamiento, el hijo de aquél

19. En Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/691/2008; última consulta: 16/8/2019. (N. del E.): ver completo [aquí](#); última consulta: 5/11/2021.

20. En Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/62161/2012; última consulta: 16/8/2019.

21. En Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/61138/2012; última consulta: 16/8/2019.

interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria dio lugar a la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la decisión impugnada y ordenó el reenvío al tribunal de origen para que sea dictado un nuevo fallo.

Sumarios: 1 - Sostuvo que la sentencia que revocó la inhabilitación del causante, dueño de la mayor parte del paquete accionario de varios entes de un grupo económico, es arbitraria, al apartarse sin motivo del dictamen pericial que determinó que aquél padece un Deterioro Cognitivo Leve, con una declinación de las funciones intelectuales mayor a la que es esperable para su edad, que si bien no llega a interferir en su actividad cotidiana, provoca que no se encuentre en condiciones óptimas para participar, analizar, resolver o encauzar la concreción de negociaciones comerciales complejas, propias de sociedades comerciales, opinión técnica emanada de consuno por los tres especialistas de oficio que resultaba relevante en orden al objeto del proceso (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).<sup>22</sup>

- Cám. Civ. y Com. de Azul, Sala I, 2/8/2012, “D. N. E. s/ inhabilitación”:

Hechos: La Asesora de Incapaces dedujo apelación en contra de la sentencia que declarara la inhabilitación de una persona y nombrara curador definitivo a su cónyuge, fundando su agravio en que, ante la situación socioeconómica de la inhabilitada y su curador, el curador oficial es quien se encuentra en mejores condiciones que el esposo para desempeñarse en la función encomendada. La Alzada modifica parcialmente el decisorio recurrido y dispone la dualidad de representación.

Sumarios: 1 - Cuando la causa de la designación del curador está en la incapacitación o inhabilitación del causante, el curador debe, además y por imperativo legal, proveer a la recuperación del sujeto involucrado -conf. art.481, Cód. Civil-, motivo por el cual la función que le ha sido asignada no se limita a la mera asistencia material sino también a aquella de carácter moral y prioritariamente destinada a procurar la recuperación del curado en su totalidad o, cuanto menos, a propender un mejoramiento de sus posibilidades.<sup>23</sup>

- CNCiv., Sala E, 12/7/2012, “R. P., M. R. s/ insania”:

Hechos: La sentencia designó al Curador Oficial como curador ad litem del causante, a los efectos de controlar la legalidad y fiscalizar el procedimiento

22. En Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/23570/2012; última consulta: 16/8/2019. (N. del E.): ver dictamen de la Procuración General en el v. 1 del t. 335 [aquí](#) (pp. 854-862); última consulta: 5/11/2021.

23. En Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/40015/2012; última consulta: 16/8/2019.

tendiente a la realización de un examen interdisciplinario y posterior pronunciamiento, en los términos del art. 152 ter del Cód. Civil. Cámara revocó el decisorio.

Sumarios: 1 - La designación del Curador Oficial como curador ad litem de personas sujetas a un proceso de inhabilitación sólo procede cuando estas se encuentran internadas involuntariamente y no hubieran optado por nombrar un abogado particular, ello de conformidad con las pautas previstas por el art. 22 de la Ley 26657.<sup>24</sup>

- Cám. Civ. y Com. de Pergamino, 15/5/2012, "L., M. S. s/ insania":

Hechos: Una persona solicitó que se le otorgue el carácter de curador de un incapaz, cargo que venía ejerciendo el Curador Oficial de Alienados. El juez de grado desestimó dicha pretensión al entender que existía oposición de intereses y designó a dicho funcionario como curador definitivo. El Tribunal confirmó el decisorio recurrido.

Sumarios: 1 - Frente a la existencia de un conflicto de intereses entre quien solicita ser designado curador del incapaz y este último, corresponde designar como tal al Curador Oficial, puesto que dicha oposición constituye por sí una inhabilidad para ejercer la representación, máxime cuando no se encuentra acreditado que el representado posea bienes que excedan lo necesario para su subsistencia y, en consecuencia, no pueda afrontar el pago de honorarios de un abogado de la matrícula que ejerza dicho cargo.<sup>25</sup>

- CNCiv., Sala M, 15/3/2012, "P., F. C. s/ insania":

Sumario: A fin de regular los honorarios de un curador, resulta aplicable el art. 451 CC, que le otorga derecho a percibir por los trabajos y cuidados realizados con posterioridad a la sentencia, la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del insano, pues, aun cuando la curatela no sea una función esencialmente onerosa, sino de protección y asistencia al incapaz, si la actividad del curador ha interesado la administración de un patrimonio que ha devengado frutos rentas o productos en beneficio del insano, la ley reconoce en función de aquél una retribución.<sup>26</sup>

24. En Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/37394/2012; última consulta: 16/8/2019.

25. En Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/19919/2012; última consulta: 16/8/2019.

26. En Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/40037/2012; última consulta: 16/8/2019.

- CNCiv., Sala H, 8/4/2011, "D., M. C. A. c/ P., C. H. y otro":

Hechos: El causante donó determinados bienes a dos de sus tres hijos, mientras que el restante, en el mismo acto, renunció a su derecho de solicitar la colación en el futuro. Un acreedor de este último promovió acción subrogatoria frente a su inacción en el reclamo de la colación de los bienes donados. La sentencia de grado rechazó la demanda, ante lo cual, el actor apeló. La Cámara revocó el fallo recurrido.

Sumarios: 1 - Si el causante efectuó una donación a favor de dos de sus tres hijos y el restante prestó su consentimiento con tal acto, pero no existió transmisión del dominio con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo, dicha situación no puede ampararse bajo la órbita del Art. 3604 del Cód. Civil a fin de tomar el valor de los bienes donados como imputado a la porción disponible y fuera del alcance de la colación, en tanto dicha norma contiene una presunción iuris et de iure que no puede ser aplicada analógicamente.<sup>27</sup>

## 21. Bibliografía (partes I y II)

"Advance healthcare directive" (online), en [https://en.wikipedia.org/wiki/Advance\\_healthcare\\_directive](https://en.wikipedia.org/wiki/Advance_healthcare_directive), (s. f.); última consulta: 16/8/2019.

"La Corte Suprema reconoció el derecho de todo paciente a decidir su muerte digna" (online), diario *La Nación*, 7/7/2015; <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/la-corte-suprema-reconocio-el-derecho-a-todo-paciente-a-decidir-su-muerte-digna-nid1808423/>; última consulta: 18/10/2021.

"Recomendaciones sobre el papel del notario en una sociedad que envejece: 'El envejecimiento demográfico, un reto para el notario'", en *Revista Internacional del Notariado - RIN*, Buenos Aires, ONPI, N.º 119, 2013.

AUGÉ, Marc, (su intervención), en CORRADINI, L., "El porvenir es menos previsible que antes" (online), diario *La Nación*, 22/5/2015; en <https://www.lanacion.com.ar/cultura/el-porvenir-es-menos-previsible-que-antes-nid1794733/>; última consulta: 16/8/2019.

BERTRAND DE BEAUVOIR, Simone L., *La vejez*, Buenos Aires, Sudamericana, 1970.

BORGES, Jorge L., "La biblioteca de Babel", en *Ficciones*, Buenos Aires, Emecé, 1958.

----- "Pierre Ménard, autor del Quijote", en *Ficciones*, Buenos Aires, Emecé, 1958.

CARBONNIER, Jean, *Derecho flexible Para una sociología no rigurosa del derecho*, Madrid, Tecnos, 1974 (2ª ed.).

DABOVE, María I., Di Tullio Budassi, Rosana G. y Sposito, María A., "La ancianidad y la salud mental, el régimen legal argentino sobre incapacidad y la necesidad de reformas", en AA. VV., *Memorias del II Congreso Iberoamericano de Psicogerontología y I Congreso Uruguayo de Psicogerontología*, Montevideo, 2007.

ESQUIVEL, Marilina, "El desafío de una población longeva" (online), diario *La Nación*, 22/4/2012; en <https://www.lanacion.com.ar/economia/el-desafio-de-una-poblacion-longeva-nid1467228/>; última consulta: 16/8/2019.

27. En Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/19368/2011; última consulta: 16/8/2019.

- FOUCAULT, Michel, *El poder. Una bestia magnífica*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- FROLIK, Lawrence A. y MCCRYSTAL BARNES, Alison, *Elder Law: Cases and Materials*.
- GAFFOGLIO, Loreley, "Una batalla legal. La Corte Suprema ratificó el derecho de los pacientes a una muerte digna" (online), diario *La Nación*, 8/7/2015; <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/la-corte-suprema-ratifico-el-derecho-de-los-pacientes-a-una-muerte-digna-nid1808618/>; última consulta: 16/8/2019.
- GHERSI, Carlos, *Valor de la vida humana*, Buenos Aires, Astrea, 2008.
- GUZMÁN, José M. y HUENCHUAN, Sandra, "Seguridad económica y pobreza en la vejez: tensiones, expresiones y desafíos para políticas" (documento presentado ante la Reunión de Expertos sobre Población y Pobreza en América Latina y el Caribe [Santiago de Chile, 14-15 noviembre 2006]) (online), en [https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/huenchuan\\_guzman.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/huenchuan_guzman.pdf); última consulta: 16/8/2019.
- HOBBSAWM, Eric, *Entrevista sobre el siglo XXI*, Barcelona, Crítica, 2000.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?" (online); en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100004>; última consulta: 16/8/2019.
- MAGLIO, Ignacio, (en nota periodística), diario *Clarín*, 1/12/2007; entonces a cargo del servicio jurídico del hospital Muñiz de la Ciudad de Buenos Aires y de la Fundación Huésped.
- MARIÑANSKY DE KATZ, Flora, "El notariado y las leyes sobre directivas anticipadas y muerte digna", en *Revista Internacional del Notariado - RIN*, Buenos Aires, ONPI, N.º 118, 2013.
- MEJÍA ROSASCO, Rosalía, *Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad. La penúltima voluntad*, Lima, Gijley, 2009.
- MUÑOZ MOLINA, Antonio, *Como la sombra que se va*, Seix Barral.
- REVELLO, Rubén, "Entre la vida y la muerte" (online), diario *La Nación*, 29/3/2005; en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/entre-la-vida-y-la-muerte-nid691374/>; última consulta: 16/8/2019.
- Revista *Notaires Vie Professionnel*, París, Conseil Supérieur du Notariat, octubre 2012.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 1951.
- SAN MARTÍN, Raquel, "Oscar Oszlak. 'Los funcionarios públicos no han incorporado la disposición moral a rendir cuentas'" (online), en diario *La Nación*, 14/12/2014, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/oscar-oszlak-los-funcionarios-publicos-no-han-incorporado-la-disposicion-moral-a-rendir-cuentas-nid1751628/>; última consulta: 16/8/2019.
- SÁNDEZ, Fernanda, "Cine a lo grande. Historias jóvenes de gente mayor" (online), diario *La Nación*, 13/5/2013; en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/historias-jovenes-de-gente-mayor-nid1581354/>; última consulta: 16/8/2019.
- SEGURA DEL POZO, Javier, "Salud pública y biopolítica (4): La medicina social, según Foucault" (online); en [https://www.madrimasd.org/blogs/salud\\_publica/2009/01/10/110926](https://www.madrimasd.org/blogs/salud_publica/2009/01/10/110926), 10/1/2009; última consulta: 16/8/2019.
- SPINA, Marcela V., "Derecho de familia modelo siglo XXI. Especial consideración de los derechos de los ancianos" (trabajo presentado en la XXXVII Jornada Notarial Bonaerense [Junín, noviembre 2011]), La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2011.
- ZAREBSKI, Graciela, *El futuro se construye hoy. La reserva humana. Un pasaporte hacia un buen envejecimiento*, Buenos Aires, Paidós, 2012.

## Jurisprudencia

- Cám. Civ. y Com. de Azul, Sala I, 2/8/2012, "D. N. E. s/ inhabilitación" (Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/40015/2012; última consulta: 16/8/2019).

- Cám. Civ. y Com. de Pergamino, 15/5/2012, "L., M. S. s/ insania" (Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/19919/2012; última consulta: 16/8/2019).
- CNCiv., Sala C, 4/10/2012, "M., P. C. s/ Insania" (Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/61138/2012; última consulta: 16/8/2019).
- CNCiv., Sala E, 12/7/2012, "R. P., M. R. s/ insania" (Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/37394/2012; última consulta: 16/8/2019).
- CNCiv., Sala G, 19/10/2012, "R. F. M. s/ Insania" (Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/62161/2012; última consulta: 16/8/2019).
- CNCiv., Sala H, 8/4/2011, "D., M. C. A. c/ P., C. H. y otro" (Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/19368/2011; última consulta: 16/8/2019).
- CNCiv., Sala M, 15/3/2012, "P., F. C. s/ insania" (Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/40037/2012; última consulta: 16/8/2019).
- CSJN, 12/6/2012, "B., J. M. s/ Insania" (Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/23570/2012; última consulta: 16/8/2019).
- Juzg. en lo Correccional N<sup>º</sup>4 de Mar del Plata, 5/7/2012, "R. R. T." (Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/35065/2012; última consulta: 16/8/2019).
- SC de la Provincia de Mendoza, Sala I, 31/3/2008, "R. de S. S. M. del H." (Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/691/2008; última consulta: 16/8/2019).
- SC de la Provincia de Mendoza, Sala I, 5/10/2010, "Triunfo Coop. de Seguros Ltda. en: 'V., L. v. C., R. y otros'" (Sistema de Información Legal Online, Thomson Reuters Argentina, cita: AR/JUR/87218/2010; última consulta: 16/8/2019).



# Intervención del sujeto individual en la reorganización de empresas

M. Eugenia Pedra Actis

Oswaldo Solari Costa

---

## RESUMEN

Los autores consideran que es posible que se lleve a cabo una reorganización con la intervención de una o más personas humanas. Está permitido expresamente en la normativa tributaria. La Ley General de Sociedades regula la fusión y la escisión de sociedades –como corresponde a una ley societaria–, pero no excluye la intervención de sujetos individuales. La transferencia por reorganización y la transferencia de fondo de comercio son distintas instituciones. El título traslativo de reestructuración o de reorganización es un título legítimo, receptado en la Ley de Impuesto a las Ganancias.

---

## PALABRAS CLAVE

Reorganización societaria; intervención de sociedades y de sujetos humanos; empresario individual.

**Recibido:** 6/7/2021

**Aceptado:** 18/8/2021

**Publicado online:** 21/1/2022

**Sumario:** 1. Sujeto colectivo. Sujeto individual. 2. Título y modo. 3. Aumento de capital de la absorbente o continuadora. 4. Requisitos formales. 5. Transferencia de fondo de comercio. 6. Síntesis. 7. Bibliografía.



## 1. Sujeto colectivo. Sujeto individual

Motivan las presentes líneas trasladar una inquietud y realizar una propuesta en un tema que no encuentra solución en la normativa jurídica clásica, pero sí en la tributaria. Las llamadas “reorganizaciones de empresas” comprenden no solo temas tributarios sino también –entre otros– jurídicos; se trata de una temática interdisciplinaria.

La finalidad de cualquier reorganización es principalmente el traspaso de bienes de un sujeto a otro, libre de impuestos, así como el reagrupamiento de los titulares de las empresas (o socios). Nos referimos a la situación que se da cuando un empresario titular de una empresa (lo llamaremos empresario unipersonal) busca llevar a cabo una reorganización de su empresa y transferirla a una sociedad donde es el titular de las participaciones (totales o de la mayoría). Lo afirmado –y a lo cual nos referimos– vale también para cuando se da la operación inversa, o sea, cuando una sociedad transfiere patrimonio, dentro de un proceso de reorganización, a un empresario unipersonal.

De acuerdo con la [Ley General de Sociedades 19550](#),<sup>1</sup> es necesario que tanto el sujeto que se reorganiza como el sujeto continuador sean sociedades reguladas en dicha ley (o sea, las antes llamadas sociedades comerciales). En ese sentido, para la configuración tanto de la fusión como de la escisión, la Ley 19550 –y las reformas (en especial las de las [Leyes 22903](#) y [26994](#))– requiere que intervengan sociedades. En cambio, la ley tributaria, o sea, la [Ley de Impuesto a las Ganancias \(LIG\)](#) (art. 80 y concordantes) y su [decreto reglamentario](#) (art. 172 y concordantes), no solo no impide sino que permite la participación de empresarios unipersonales. Ambas posibilidades, o sea, que en una reorganización intervengan empresarios colectivos (como se da en la fusión o la escisión de la Ley General de Sociedades) o empresarios unipersonales, cuadran dentro de lo que en derecho comparado continental se llama reorganización de empresa –aun cuando al usar este término se subjetivice a la empresa, la que estrictamente es un objeto y no un sujeto de derecho–.

La ley tributaria es mucho más amplia que la privada (civil y comercial) y permite que intervengan en el proceso tanto sujetos colectivos (p. ej., sociedades mercantiles) como sujetos individuales (empresarios unipersonales).

1. (N. del E.): los hipervínculos a textos normativos fueron incorporados por la *Revista del Notariado* y dirigen a fuentes oficiales; la fecha de última consulta es 6/1/2022.

Nuestra propuesta es que, en el proceso de reorganización, más allá de la intervención de sociedades, se acepte la intervención del empresario individual. No es indispensable la intervención de una sociedad en forma exclusiva. No hay oposición legal para que una persona física o humana sea parte de una reorganización.<sup>2</sup>

En una época en la que a muchos sujetos se les reconocen derechos que antes no tenían (menores adolescentes, concubinos, homosexuales, personas con capacidades especiales, grupos vulnerables, comunidades étnicas, indígenas, etc.), parece retrógrado no reconocerle al empresario individual la capacidad jurídica para ser parte en una reorganización empresarial que sí contempla la legislación tributaria (art. 80 [LIG](#)).

Tanto la fusión como la escisión tienen determinadas características básicas, que –en síntesis– son la transferencia universal del patrimonio, el reagrupamiento de socios y la eventual extinción –mal llamada disolución sin liquidación– de un sujeto de derecho –aunque esto último no siempre tiene que ocurrir–. Pues, no cabe la menor duda de que la fusión y la escisión permiten la traslación de patrimonios; en forma total la primera y en forma parcial la segunda.<sup>3</sup> La Ley General de Sociedades es clara en el sentido de que se trata de una modalidad más que permite adquirir el dominio por parte de la fusionaria o escisionaria continuadora. Es un título traslativo más, junto a las clásicas formas (compraventa, donación, permuta, adjudicación en la disolución de la sociedad conyugal, etc.).

Cabe recordar que la transferencia de la titularidad de los bienes para la adquisición del dominio por parte del sujeto continuador exige dos elementos: el título y el modo, como lo desarrollamos a continuación.

## 2. Título y modo

El [Código Civil y Comercial](#) (CCyC) mantiene el principio del *numerus clausus* para los derechos reales, o sea, solo la ley es la fuente de creación de los derechos reales y su estructuración. El artículo 1884 CCyC establece:

La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción

2. Sin excluir a otros sujetos de derecho colectivos, tales como cooperativas ([Ley 20337](#)), asociaciones o fundaciones –bajo ciertas condiciones–.

3. Aun cuando en la escisión se pueda agotar todo el patrimonio, mediante varias transferencias parciales.

es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.

De acuerdo con el artículo 1884, se excluye la voluntad de las partes para la creación y el contenido de los derechos reales, por lo que los particulares no pueden constituir otros que no sean los previstos por la ley ni tampoco modificar su contenido. Por ello, creemos que era apropiado el artículo 2502 del *Código velezano* (CC), que establecía: "Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley". Sin embargo, la causa o fuente de los derechos reales es la voluntad de las partes. El artículo 1892 CCyC establece que, para la adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real, se requiere título y modo suficientes. El título suficiente es un acto jurídico, es decir, un acto que surge de la voluntad de las partes (no de la ley). El título se refiere a la causa mediata, o sea, el acto jurídico que es la causa mediata de la adquisición.

El CCyC no establece taxativamente cuáles son los actos jurídicos que producen la adquisición de los derechos reales –en nuestro caso, el dominio–, ya que el *numerus clausus* se refiere a los tipos de derechos reales existentes y a la regulación de su contenido. Es cierto que el citado artículo 1884 establece que la transmisión de los derechos reales será de acuerdo a la ley, lo que se cumple y está claramente establecido, en nuestro caso, en la ley tributaria.

Así, son títulos suficientes de adquisición del dominio –como dijimos– la compraventa, la donación, la permuta, los aportes a sociedades, etc.

De la misma forma, la transmisión del patrimonio de una empresa unipersonal a favor de una sociedad comercial –o viceversa–, que si bien, a diferencia de los anteriores ejemplos nombrados, es una transferencia de bienes a título universal, ni oneroso ni gratuito sino neutro,<sup>4</sup> no deja de ser un acto jurídico en los términos del artículo 259 CCyC. Dicho acto jurídico, si cumple las formalidades legales, y es otorgado por una persona capaz y legitimada, constituye, por tanto, título suficiente para la adquisición

4. Las reorganizaciones, ya sea que se las considere desde una óptica contractual (negocio entre sujetos) o corporativista (reestructuración o cambios estructurales del sujeto de derecho), no son actos ni onerosos ni gratuitos, son actos neutros –el art. 967 CCyC contempla los contratos a título oneroso y a título gratuito–. En las reorganizaciones, no existe ni onerosidad ni gratuidad; se trata de un acto de reagrupamiento de socios y de traspaso patrimonial, sin ventajas para ninguno de los sujetos partícipes –ya hemos afirmado que la citada transferencia constituye un acto neutro; no es ni oneroso, pues no hay contraprestación, ni gratuito, pues no hay desprendimiento sin compensación de los bienes, sino solo una reestructuración del sujeto que involucra el patrimonio y un reagrupamiento de la posición del titular de la empresa (SOLARI COSTA, Osvaldo, *El acto de fusión societaria. Acuerdo definitivo de fusión*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, pp. 16 y ss.).

derivada de derechos reales por actos entre vivos, en este caso, el derecho real de dominio.

También se requiere, para la transferencia del dominio, que exista un modo suficiente como causa inmediata de la adquisición, que, en el caso de las adquisiciones de derechos reales por actos entre vivos, es la tradición (arts. 1922 y ss. CCyC). Esto se da en todas las reorganizaciones como acto entre vivos que implica una transferencia a título universal, pues incluye la totalidad de los bienes de la empresa<sup>5</sup> que, a su vez, son titularidad del sujeto humano o, al menos, comprende la totalidad del patrimonio afectado a una concreta actividad productiva.

Para que se perfeccione la tradición traslativa de dominio, es necesario que sea realizada por el propietario de la empresa, que haya capacidad de las partes (*tradens* y *accipiens*) y –aquí viene lo importante– que exista título suficiente traslativo de dominio –la locación, por ejemplo, no cumple ese requisito–. Como se dijo, es trascendente si existe un título suficiente para que la empresa sea transferida en conjunto por un sujeto humano individual a una sociedad, en la cual el mismo sujeto individual es el dueño mayoritario de las acciones (o de otro tipo de participaciones). Reiteramos, pues, que son títulos traslativos de dominio, por ejemplo, la compraventa, la donación, la permuta, el aporte societario, la adjudicación por divorcio, la dación en pago, la fusión, la escisión, etc. Dichos títulos no son taxativos ni excluyentes. Solo tiene que existir un acto jurídico apto para transferir el dominio (art. 1892 CCyC).

No vemos por qué no aceptar a la reorganización o modificación estructural de la empresa como título válido y suficiente traslativo del dominio de los bienes de la empresa cuando el transferente –o destinatario en su caso– es un sujeto individual.<sup>6</sup> Como hemos dicho, la ley tributaria lo

5. Cuando nos referimos a la totalidad, no por ello se deben excluir las transferencias parciales, las que se dan en las escisiones de sociedades.

6. Cuando la transferencia es universal, la tradición es automática (SOLARI COSTA, Osvaldo, "Reorganización de la empresa agropecuaria unipersonal", en *Consultor Agropecuario*, Buenos Aires, Errepar, N.º 10, 18/11/2014, p. 75).

permite,<sup>7</sup> la ley mercantil –usamos el viejo concepto preunificador– no lo prohíbe.<sup>8</sup>

El derecho jurídico privado o mercantil, en contraposición al tributario, no ha regulado expresamente este tema, pues regula las reorganizaciones solo en la Ley de Sociedades, pero esto no excluye la posibilidad de que participe un sujeto no societario, donde obviamente no habrá que cumplir con lo establecido por la Ley de Sociedades, pero tampoco con la transferencia de fondo de comercio. En el primer caso, se trata de la participación de sociedades; en el segundo, de dos sujetos que normalmente no tienen ninguna vinculación entre sí e instrumentan la venta de un negocio (una

7. En lo que a este tema concierne, el art. 80 LIG (t. o. Decreto 824/2019) expresa: “Cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza en los términos de este artículo, los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto de esta ley, siempre que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a dos (2) años desde la fecha de la reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas u otra vinculada con las mismas. [...] Se entiende por reorganización: a) **La fusión** de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas. b) **La escisión** o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera. c) **Las ventas y transferencias** de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico”.

Por su parte, el art. 172 del decreto reglamentario (Decreto 862/2019), respecto de la reorganización de sociedades y empresas, establece lo siguiente: “A los fines de lo dispuesto en el artículo 80 de la ley debe entenderse por: a) **fusión de empresas**: cuando dos (2) o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para constituir una nueva o cuando una ya existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas, siempre que por lo menos, en el primer supuesto, el ochenta por ciento (80 %) del capital de la nueva entidad al momento de la fusión corresponda a los titulares de las antecesoras; en el caso de incorporación, el valor de la participación correspondiente a los titulares de la o las sociedades incorporadas en el capital de la incorporante será aquel que represente por lo menos el ochenta por ciento (80 %) del capital de la o las incorporadas; b) **escisión o división de empresas**: cuando una sociedad destina parte de su patrimonio a una sociedad existente o participa con ella en la creación de una nueva sociedad o cuando destina parte de su patrimonio para crear una nueva sociedad o cuando se fracciona en nuevas empresas jurídica y económicamente independientes, siempre que, al momento de la escisión o división, el valor de la participación correspondiente a los titulares de la sociedad escindida o dividida en el capital de la sociedad existente o en el del que se forme al integrar con ella una nueva sociedad, no sea inferior a aquel que represente por lo menos el ochenta por ciento (80 %) del patrimonio destinado a tal fin o, en el caso de la creación de una nueva sociedad o del fraccionamiento en nuevas empresas, siempre que por lo menos el ochenta por ciento (80 %) del capital de la o las nuevas entidades, considerados en conjunto, pertenezcan a los titulares de la entidad predecesora. La escisión o división importa en todos los supuestos la reducción proporcional del capital; c) **conjunto económico**: cuando el ochenta por ciento (80 %) o más del capital social de la entidad continuadora pertenezca al dueño, socios o accionistas de la empresa que se reorganiza. además, éstos deberán mantener individualmente en la nueva sociedad, al momento de la transformación, no menos del ochenta por ciento (80 %) del capital que poseían a esa fecha en la entidad predecesora”.

8. Ver CORTÉS DOMÍNGUEZ, Luis J., “Las modificaciones estructurales ante la propuesta de código mercantil”, en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, N.º 54, marzo-abril 2014, p. 28. Queda claro que, para que la transferencia sea libre de impuestos, se debe cumplir los requisitos que hoy en día pide la LIG. (N. del E.): ver el artículo de Cortés Domínguez [aquí](#); última consulta: 7/1/2022.

heladería o una zapatería u otro negocio organizado). Pero en el caso de transferencia de fondo de comercio, no hay necesariamente reorganización, por lo que también podrá haber reorganización sin transferencia de fondo de comercio.

Como se ha dicho en otra oportunidad,<sup>9</sup> la reorganización de la empresa unipersonal debe ser entendida como exenta de impuestos y comprendida dentro de las desgravaciones impositivas como una más de las reorganizaciones que menciona el artículo 80 LIG.<sup>10</sup>

### 3. Aumento de capital de la absorbente o continuadora

No es adecuado –como establecen algunos organismos de control e inscripción societaria– que, a fin de inscribir un proceso como el mencionado, donde el aumento de capital es la consecuencia –como ocurre con la fusión o con la escisión-fusión–, se requiera el cumplimiento de la normativa de la [Ley 11867 de Transferencia de Fondo de Comercio](#), como aporte de capital y, por tanto, como aumento del capital. Esto no es así.

Lo mismo que ocurre –lo dijimos– en la fusión o la escisión-fusión de sociedades. Allí, hay un aumento de capital para que los “nuevos” socios suscriban las acciones (u otras participaciones) emitidas por la sociedad continuadora, pero de ninguna manera el aumento es autónomo, sino que es una consecuencia del proceso de fusión (o escisión-fusión). Lo mismo ocurre con la transferencia de la empresa del empresario individual. Lo que se busca es un reacomodamiento del patrimonio –y de sus titulares– y consecuencia de ello es el aumento, pero no se busca un aumento de capital, se busca transferir los bienes y se llevará a cabo un aumento de capital para que el anterior titular reciba participaciones en la entidad continuadora. El acto es la transferencia patrimonial y el reagrupamiento del titular (socio nuevo o ya existente), y la consecuencia es el aumento de capital. Lo mismo ocurre en la fusión (o escisión-fusión) ya que el acto jurídico es la fusión, o sea, la transferencia patrimonial y el reagrupamiento de los socios, y una de sus consecuencias, el aumento de capital. En otras palabras, porque hay una

9. SOLARI COSTA, Osvaldo, *Fusión y escisión nacional y transnacional de sociedades*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, p. 66; 485 y ss.

10. Antes de la sanción de la Ley de Sociedades (1972), no existía en nuestro derecho positivo la escisión de sociedades –sí la fusión–. Cuando se introduce esta modalidad de reorganización, como forma traslativa del dominio de activos, no se modificaron –ni se necesitaba hacerlo– ni el Código Civil, ni el Código Comercial, ni las leyes registrales mercantiles. Se introdujo en el derecho positivo una nueva forma de trasladar el derecho real de dominio, sin más.

fusión habrá un aumento de capital; de la misma manera, porque hay una reorganización, habrá un aumento de capital como consecuencia.

Como hemos dicho, comparando las figuras, en la fusión y en algunas escisiones se produce un aumento de capital en la sociedad continuadora –como regla general–, pero ese aumento es una consecuencia necesaria de la fusión o de la escisión. No se busca llevar a cabo un aumento de capital –o, del otro lado de la moneda, la reducción del capital en la entidad escindida, en algunas escisiones–, sino que dicho aumento –o reducción– es una consecuencia necesaria de la reorganización. Lo mismo ocurre cuando en la reorganización participa un empresario individual; en la entidad que absorbe el patrimonio, se produce normalmente un aumento de capital como una consecuencia de la reorganización. No se desea transferir un comercio a una sociedad, ni aportarlo como un activo más para la sociedad, ni aumentar el capital en forma autónoma, sino realizar una reorganización empresarial. Ambos casos son muy distintos.

#### 4. Requisitos formales

En cuanto a los requisitos formales que demanda la reorganización, creemos que se aplica, supletoria y orientativamente, la normativa societaria; al menos mientras no se sancione un sistema que incluya todas las posibilidades de intervención de sujetos, como ocurre en la ley alemana. Tendrá cada parte (empresario individual y sociedad absorbente) que confeccionar un balance especial, cerrados a la misma fecha y con criterios de valuación semejantes, como lo pide la normativa societaria para las fusiones o escisiones de sociedades. No es indispensable, pero, mientras no exista una regulación específica, es lo más conveniente.

La transferencia por reorganización es, pues, una transferencia universal libre de impuestos, que incluye como regla la totalidad de los activos, pasivos, derechos, créditos, bienes muebles e inmuebles y obligaciones de quien es titular de la empresa unipersonal, componentes que se incorporan y transfieren a la sociedad absorbente a título de reorganización.

Reiteramos, pues, que la legislación argentina no regula expresamente el tema<sup>11</sup> y carece de un ordenamiento que incluya todos los tipos o variantes

11. A diferencia de lo regulado en algunos sistemas de derecho comparado, tales como la *Umwandlungsgesetz* (Ley de Reestructuraciones o Ley de Reorganizaciones) de Alemania (1995) y, en cierta forma, la *Ley 3/2009, del 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles* de España (LME). Esta última permite expresamente que la aportación de rama de actividad puede hacerse no solo con los requisitos y efectos de un aumento de capital de la

de reorganizaciones, sea con intervención de sujetos colectivos (societarios, personas jurídicas) o de sujetos individuales. Sin embargo, ¿esto implica que otras formas de transferencia patrimonial deban quedar excluidas? Nuestra respuesta negativa es rotunda. De ninguna manera y mientras no se regule por la negativa, se deben aceptar las transferencias universales patrimoniales (con reagrupamiento de socios) en donde participa un empresario individual. Similar a lo que ocurre en la cesión global de activo y pasivo del derecho español.<sup>12</sup>

Consideramos que, en el caso en estudio, el conjunto de bienes constituye una universalidad, exenta de impuestos en su transferencia, pues tanto el sujeto empresario individual como la sociedad absorbente constituyen un mismo conjunto económico.<sup>13</sup>

## 5. Transferencia de fondo de comercio

No tiene nada que ver una transferencia de patrimonio por reorganización con una transferencia de fondo de comercio. Nada más alejado del objetivo que encuadrar estas formas de reorganización en una transferencia de fondo de comercio.

adquirente, sino también como aportación de rama de actividad, pudiéndose optar por una u otra vía, aun cuando el criterio restrictivo “pervive en algunos registros mercantiles -o más bien en algunos registradores [...]”. El art. 53 LME permite expresamente la cesión global a favor del socio único, cumpliéndose los requisitos de la fusión. “Esta solución -libertad para optar por un sistema u otro- es además la de los ordenamientos de nuestro entorno que han regulado la segregación como modificación estructural (Francia, Alemania)”. (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, “Aportación de rama de actividad y segregación. Viejos y nuevos problemas tras el artículo 160 f LSC”, en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, N.º 67, mayo-junio 2016, pp. 130-132 [N. del E.]: ver [aquí](#); última consulta: 7/1/2022). La LME introduce por primera vez en España la cesión global de activo y pasivo, que se reconoce como técnica de transmisión del conjunto de la empresa. “No culminó, sin embargo, con plenitud una regulación con perspectiva general de las modificaciones estructurales, ni objetiva ni subjetivamente, por lo que puede afirmarse, en suma, que no superó el modelo en el que principalmente se inspiraba, que era el Derecho alemán tras la importante reforma llevada a cabo en este ordenamiento por la Umwandlungsgesetz de 1994”. Sin perjuicio de ello, “puede afirmarse, en síntesis, que la valoración de conjunto de esta ley es sumamente positiva, pues preparó mejor nuestro derecho para el creciente proceso de internacionalización de los operadores económicos”. (CORTÉS DOMÍNGUEZ, Luis J., ob. cit. [nota 8], pp. 28-29).

**12.** SOLARI COSTA, Osvaldo, ob. cit. (nota 6). El art. 970 CCyC incluye específicamente los contratos innominados, caracterizándolos como aquellos que la ley no ha regulado especialmente.

**13.** No hay impedimento para que, dentro del patrimonio de la empresa cuyo titular es un empresario individual -no colectivo- sujeta a proceso de reestructuración, se incluyan no solo bienes muebles -registrables o no- sino también inmuebles, pues la transferencia a título de reorganización y de reestructuración permite hoy la inclusión de todo tipo de bienes; lo que no excluye que el patrimonio en cuestión pueda estar compuesto solo por bienes muebles.

Es muy distinto lo que ocurre jurídicamente cuando se lleva a cabo una reorganización de cuando se realiza una transferencia de fondo de comercio. La [Ley 11867 de Transferencia de Fondo de Comercio](#) establece una serie de requisitos y de conceptos que denotan que busca cubrir a los acreedores –o al comprador de un negocio– de otros acreedores que puedan existir y que tengan créditos imputados a bienes de ese negocio. También, que el mencionado comprador reciba el negocio (una zapatería, una heladería, un local de venta de carteras, etc.) sin problemas. Por tanto, el comprador puede dar conformidad y evitar cumplir con los requisitos de la citada ley; será él el perjudicado.<sup>14</sup> Por consiguiente, no se entiende cuando, ante una reorganización de empresa unipersonal, se pide el cumplimiento de la Ley 11867. No se desea aportar un negocio a una sociedad que lo recibe, y, por ello, aumenta el capital, emite acciones (o las participaciones que fueran). No cabe el encuadre en el artículo 44 de la [Ley de Sociedades](#). No se quiere aportar un negocio en forma onerosa contra acciones de la continuadora; se desea reorganizar la empresa cuya titularidad es de un sujeto individual, no colectivo, bajo la normativa tributaria, o sea, libre de impuestos.

También en la fusión y en algunas escisiones, se produce en el sujeto que recibe el patrimonio un aumento de capital, pero ese aumento –ya lo hemos dicho– es una consecuencia necesaria de la fusión o de la escisión, pertenece al ADN de las reorganizaciones. No se busca un aumento de capital –o, eventualmente, una reducción en la sociedad escidente, en algunas escisiones– sino que es una consecuencia necesaria de la reorganización. Cuando, tras la reorganización en la cual participa un empresario individual, se produce un aumento de capital, no es porque se desea aumentar el capital y solo eso, sino que el aumento es una consecuencia de la reorganización, para emitir acciones –o participaciones sociales– que se entregan al socio de la antecesora –si es una sociedad– o al empresario individual –si el titular de la empresa no es una sociedad sino un sujeto humano–. Por tanto, no tiene sentido pensar que estamos ante una transferencia de fondo de comercio, cuando no es esta la intención. No se desea transferir o aportar un comercio a una sociedad contra acciones en un acto oneroso, sino que se lleva a cabo una reorganización empresarial neutra, lo que jurídica y tributariamente es muy distinto. Por supuesto, el empresario individual que ha reorganizado (transferido) su empresa debe ser titular de, al menos, el 80% de las participaciones “nuevas” en la sociedad continuadora, por ser este un requisito tributario.

14. ZUNINO, Jorge O., *Fondo de comercio*, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 45 y ss., 57, 268 y 307.

Lo que no está prohibido está permitido. Más aún, en nuestro caso, la ley tributaria expresamente lo permite. Por consiguiente, la reorganización –sea vía fusión societaria, vía escisión societaria o vía empresario individual– deberá considerarse como una figura autónoma de transferencia de patrimonios que la ley tributaria contempla. Así ocurre en el derecho comparado europeo continental, que es de donde –nos guste o no– hemos tomado nuestra normativa, al menos en estos temas (el típico exponente es la *Umwandlungsgesetz*).

La inscripción de este acto reorganizativo no debe ser negada por los registros públicos (ex de comercio). Las inscripciones “mercantiles” no son taxativas.

## 6. Síntesis

- 1) Es factible llevar a cabo una reorganización empresaria con la intervención de sujetos individuales. No hay restricción legal para que una persona física o humana sea parte de cualquier proceso de reorganización. La transferencia de la empresa es un acto jurídico lícito; es un título traslativo de dominio legítimo, con transferencia universal, dentro de un proceso de reorganización.
- 2) La normativa tributaria expresamente permite la participación en las reorganizaciones de sujetos jurídicos individuales, libre de impuestos. Dicha transferencia es un acto neutro –lejos de ser oneroso, ya que no hay contraprestación, ni gratuito, ya que no hay entrega de los bienes sin compensación–.
- 3) Que la fusión y la escisión estén reguladas en la Ley General de Sociedades no implica que se deba excluir a los empresarios individuales como sujetos posibles de intervenir en las reorganizaciones. Ello no está prohibido. En especial cuando está contemplado expresamente en la Ley de Impuesto a las Ganancias.
- 4) No tiene nada que ver una transferencia por reorganización con una transferencia de fondo de comercio.
- 5) Tanto la fusión como algunas modalidades de escisión conllevan un aumento de capital, pero ello es solo una derivación. Lo mismo ocurre con la reorganización con transferencia de patrimonio que lleva a cabo el empresario individual; podrá haber un aumento de capital en la sociedad continuadora, pero eso es una derivación de la transferencia patrimonial por reorganización. No se busca –en casos como el expuesto– una transferencia de fondo de comercio, se busca transferir

un patrimonio libre de impuestos y con la permanencia del titular en la entidad continuadora o absorbente. Se puede aceptar o rechazar el título traslativo de restructuración o de reorganización. No vemos por qué no tiene que ser aceptado; es un título legítimo, receptado en una ley (Ley de Impuesto a las Ganancias). Ya llegará el momento –como ha pasado tantas veces– que las necesidades económicas dan lugar al reconocimiento y regulación de nuevas figuras jurídicas (fideicomiso, *leasing*, contratos de distribución, etc.)

## 7. Bibliografía

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, "Aportación de rama de actividad y segregación. Viejos y nuevos problemas tras el artículo 160 f LSC", en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, N.º 67, mayo-junio 2016.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Luis J., "Las modificaciones estructurales ante la propuesta de código mercantil", en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, N.º 54, marzo-abril 2014.
- SOLARI COSTA, Osvaldo, *Fusión y escisión nacional y transnacional de sociedades*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.
- *El acto de fusión societaria. Acuerdo definitivo de fusión*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.
- "Reorganización de la empresa agropecuaria unipersonal", en *Consultor Agropecuario*, Buenos Aires, Errepar, N.º 10, 18/11/2014.
- ZUNINO, Jorge O., *Fondo de comercio*, Buenos Aires, Astrea, 1982.

# El dominio revocable y el dominio fiduciario en sus aspectos notariales y registrales\*

Marcelo E. Urbaneja

## RESUMEN

Se ponderan las causas que originan el carácter revocable del dominio y las consecuencias de su revocación, según el efecto retroactivo o no de ella. Asimismo, se analizan las proyecciones del dominio fiduciario, haciendo hincapié en los dos aspectos más gravitantes desde la actuación notarial, como son el plazo resolutorio y las facultades del fiduciario. Se examina, en armonía con esas reflexiones, la relevancia liminar que presenta la publicidad cartular para, junto con la registral, sistematizar conclusiones de impacto en la práctica profesional.

## PALABRAS CLAVE

Dominio revocable; dominio fiduciario; revocación del dominio; publicidad registral; publicidad cartular; retroactividad; plazo; condición; disposición; invalidez.

**Recibido:** 15/4/2019

**Aceptado:** 15/4/2019

**Publicado online:** xx/x/2021

La elección del tema ya está marcada, por lo que entiendo tiene que ser el signo de nuestra función y mucho más en estos tiempos. Quiero citar a la nave insignia del notariado argentino, la revolución del notariado moderno

\*(N. del E.): Disertación brindada por el escribano Marcelo Eduardo Urbaneja en la sesión pública de la Academia Nacional del Notariado llevada a cabo el 29 de octubre de 2018, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ocasión en la que se celebró su incorporación como miembro académico de número. El texto que se reproduce consiste en un extracto de la transcripción taquigráfica de la disertación y, por tal motivo, se ha respetado el formato correspondiente, con correcciones de estilo mínimas e incorporaciones de referencias bibliográficas.



de América Latina –muy caro al Instituto Argentino de Cultura Notarial–, el maestro Carlos Alberto Pelosi, quien era uno de los que insistía, en sus primeros escritos, cuando hablaba de la autonomía del derecho notarial –siendo crítico consigo mismo también–, en que parte de la función notarial tenía que comprender que nos tocaba inmiscuirnos en los temas de derecho de fondo e intentar allí tocar la óptica vinculada al ejercicio de nuestra profesión, aplicando normas hechas por personas que no las pensaron para nuestra profesión –si lo hubieran hecho, a lo mejor la tarea nos hubiera sido un poco más fácil–.<sup>1</sup> Sin embargo, la empresa no es estéril en ese sentido. ¿Por qué? Precisamente, los dos temas que he escogido tienen significación muy diversa en la legislación vigente. Voy a destacar que todo lo que estoy diciendo son ideas que publiqué con anterioridad,<sup>2</sup> con lo cual con muchos de ustedes las he discutido; algunos hasta han tolerado el dolor de escucharme hablar de lo mismo. Así que voy a separar los temas, aludiendo al dominio revocable en primer lugar y al dominio fiduciario luego.

Lo que tienen en general y en común es de toda evidencia, y es que se trata de dos de los más importantes dominios imperfectos para nuestro [Código Civil y Comercial](#).<sup>3</sup> En ese sentido, hay una innovación respecto al [Código Civil velezano](#) porque, evidentemente, allí, el dominio fiduciario tenía un tratamiento tan escueto que autores de renombre se preguntaban si realmente lo podíamos considerar existente –cuestión de historia respecto de la cual no me interesa ahora que hagamos un examen–. Pasando al texto vigente, el dominio revocable tiene un tratamiento en el Código que es muy prolijo y que, en este sentido, se destaca como una excepción dentro de lo que es la tónica habitual de este código.

Saben muchos de ustedes que, cuando era un [anteproyecto](#),<sup>4</sup> un grupo de autores y un grupo de docentes –entre los cuales me conté, humildemente, al

1. PELOSI, Carlos A., "Los principios del derecho notarial", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N.º 733, 1960, pp. 1429-1453 (conferencia pronunciada en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª circunscripción, el 16/9/1960). (N. del E.): ver [aquí](#); última consulta: 15/11/2021.

2. URBANEJA, Marcelo E., "Los títulos observables, las adquisiciones *a non domino*, el dominio revocable y la falta de pago de precio en materia inmobiliaria en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, N.º 13931, 8/4/2016, pp. 1-5. URBANEJA, Marcelo E., *Práctica notarial de contratos usuales 1. Modelos según normativa nacional y local*, Buenos Aires, Astrea, 2017 (2ª ed.), pp. 116 y ss. y 220 y ss.

3. (N. del E.): los hipervínculos a textos normativos nacionales e instrumentos internacionales dirigen a fuentes oficiales; la fecha de última consulta es 10/11/2021.

4. (N. del E.): el lector podrá confrontar: a) el [anteproyecto](#), elaborado por la comisión redactora (Decreto 191/2011); b) sus [fundamentos](#); c) el proyecto oficial enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso mediante [Mensaje N.º 884/2012 de Presidencia de la Nación](#) (ingresado al

final de todos ellos por supuesto, por el prestigio que tenía el resto- éramos críticos de la legislación que en aquel momento se proyectaba -y que finalmente terminó siendo vigente-, principalmente por una característica primordial que la destacaba y que terminó siendo el rol más significativo del Código: la incertidumbre. Estamos ante un código que está marcado por imprecisiones, ambigüedades tan evidentes que, en muchos artículos y en muchos institutos, admiten respuestas con argumentos y resultados relativamente equivalentes. Entonces, tenemos que ayudarnos de otras fuentes del derecho y estamos dejando al juez en un rol que no es el que le corresponde: tiene que crear normas prácticamente *ex novo* ante lo que tenemos como regulación imperante.

Los motivos son muy diversos -no es del caso analizar acá por qué el resultado es el que tenemos hoy-, pero hay una causa que quiero destacar, porque es la que más se advierte precisamente en estos institutos, y es el proceso de atomización en su realización. Un proyecto de código puede estar encabezado por un grupo de personas, lo cual es saludable, pero no lo es la falta de sistematización; tenemos un cuerpo de dos mil seiscientos setenta y un artículos, hecho por casi cien personas, en muchos casos con posturas totalmente opuestas y sin una armonización desde quienes debían coordinar: ahí tenemos el resultado. En ese sentido, el dominio revocable, vale decir, es una excepción.

De todos los temas que nos pueden interesar escogeré algunos en particular. Voy a comenzar con las causas que producen que un dominio sea revocable. En este sentido, tenemos dos artículos del Código que es menester destacar: el 1946 y el 1965. Si tomamos ambos artículos, tenemos como resultado que las causas que hacen que el dominio sea revocable son dos: los plazos resolutorios y las condiciones resolutorias. No obstante esta idea que los autores reproducen, hay que añadir algunas otras. En primer lugar, hay que añadir el cargo en materia de donaciones, porque en materia de donaciones el tratamiento del cargo, a tenor de lo que indican los artículos 1562, 1569 y 1570, produce un dominio revocable, dado que, ante el incumplimiento de la persona obligada a cumplir con el cargo, el donante tiene acción para revocar esa donación y, por lo tanto, extinguir el dominio.

No hay que confundir que el efecto no sea igual al de la condición resolutoria -en el sentido de la operatividad de pleno derecho en esta última y la necesidad de manifestación en el cargo- con el hecho efectivo de que cuando acciona y es judicialmente exitosa, esa medida que tomó el donante

---

Senado con el N.º de expediente 57/2012); d) [el texto sancionado por el Senado de la Nación en noviembre de 2013](#); última consulta: 10/11/2021.

produce la revocación del dominio y la readquisición por el donante. Causa que no es igual a la condición, precisamente porque la condición opera de pleno derecho ante el advenimiento del hecho futuro e incierto, y esto es independiente de la voluntad que tenga el donante. En cambio, cuando se trata del cargo, ante el incumplimiento del obligado al cargo, el donante puede decidir especificar una acción enderezada a obtener un reclamo de daños –es decir, efectos personales– o puede decidir revocar el dominio, caso en el cual se produce otra causal.

Destaco que hablo de la revocación del cargo en las donaciones precisamente porque, en materia de actos jurídicos en general, el cargo no está dispuesto con efectos reipersecutorios, es decir, revocable con efecto reipersecutorio. ¿Por qué? Porque el artículo 354 del Código, en la parte general de acto jurídico, luego de hablar del plazo y de la condición, señala que el cargo es una obligación accesoria y que no tendrá el efecto de las condiciones resolutorias, salvo que expresamente así se pacte. Por lo tanto, si lo que yo celebro es una compraventa inmobiliaria con un cargo, el incumplimiento no faculta al vendedor a revocar la compraventa, salvo que expresamente lo hubiera estipulado; mientras que, en materia de donaciones, la regla es exactamente la inversa: ante el silencio de la especificación en la donación, el solo establecimiento del cargo atribuye al donante acción para revocar.

Por supuesto que el Código también admite, dentro de la tónica general que toma de intentar que el dominio persiga su carácter perpetuo, que en las donaciones se establezca expresamente lo contrario, es decir, se quite al cargo el efecto reipersecutorio. Pero también se admite para el plazo resolutorio y para la condición resolutoria. Con lo cual, salvo que se pacte expresamente lo contrario, pasando revista entonces a la nómina de causas que producen que el dominio sea revocable, tenemos: el plazo resolutorio, la condición resolutoria, el cargo en las donaciones y, finalmente, los casos en que la ley expresamente crea un dominio revocable.

Acá la nómina es un poco más difusa, pero voy a recordar un caso, que es quizá el más difundido, que es el de la [Ley 24441](#): el remate –mal llamado subasta en esa ley– produce un dominio revocable, porque su artículo 66 habilita a que el ejecutado, dentro de los treinta días, recupere el dominio perdido siempre y cuando pague un porcentaje, pague el precio y se haga cargo de algunas costas –y alguna cuestión discutible que no viene al caso–. En este sentido, el dominio es revocable porque quien adquirió en este remate mediante todos los requisitos necesarios –que, como no es una subasta sino un remate, son solamente el título y el modo de la manera ordinaria– puede perder ese dominio adquirido dentro del plazo

de treinta días. Por lo tanto, el carácter revocable acá en el tiempo es mucho más efímero, pero no deja de ser revocable. La duda, dentro de las desprolijidades que tiene la Ley 24441 –que, como todos sabemos, son infatigables–, y en este caso en particular, es saber si los treinta días se computan desde el pago del precio o desde la aprobación del remate de la liquidación para los casos en que corresponda. Creo que sería desde el pago del precio, pero esto es obviamente discutible.

El tema que sigue es los efectos que tiene la revocación del dominio revocable, y acá me voy a restringir obviamente a la materia inmobiliaria. El Código ha sido muy prolijo en este sentido, al punto que tiene dos artículos que tratan la cuestión: el 1967 y el 1969. Ambos artículos resultan coincidentes a tal punto que un buen cúmulo de autores señala –entiendo que con razón– que alguno de los dos es redundante. Pero lo cierto es que no son contradictorios ni incongruentes –que para este código es muchísimo decir–, así que no voy a ir en ese sentido con esa crítica. Ambos artículos señalan que, en materia de dominio inmobiliario, cuando se produce la revocación, esa revocación tiene efecto retroactivo, y con este efecto retroactivo deja sin efecto todos los actos realizados por el titular del dominio revocable.

¿Por qué hago hincapié en “todos”? Porque en el *viejo régimen de Vélez*, el artículo 2670, que regulaba la misma cuestión, dejaba a salvo los actos de administración, tesitura que para muchos autores era justificable y que para mí siempre fue incorrecta –y así lo manifesté desde la cátedra–; siempre entendí que lo correcto es lo que dice el código ahora, no lo que decía antes. Lo cierto es que, para un código tan plagado de incertidumbres, que tenga una línea directiva clara en materia de derechos reales ya por, sí solo, es saludable. Y no hay –como se ha señalado– una contradicción con el 348 en materia de condiciones resolutorias. Ese artículo deja a salvo los actos de administración, precisamente como el viejo 2670, y, en este sentido, no hay contradicción porque se trata de regla general contra regla especial. La regla especial es que, si la condición resolutoria opera respecto de un derecho real de dominio, van a caer todos los actos; si se tratara de derechos personales, quedarán en pie los actos de administración; tesitura que, insisto, además me parece la correcta.

También la retroactividad se puede dejar sin efecto por expresa estipulación contractual. Y en esta línea general de efecto retroactivo, el Código señala las excepciones en casos muy particulares. Es decir, el Código ha dicho que casos como, por ejemplo, la revocación por ingratitud en materia de donaciones (art. 1571) quedan a salvo del efecto retroactivo, lo cual es sumamente coherente porque, si no, sería imposible poder calibrar

la buena fe de quien adquiere, dado que es imposible que pueda saber o deba saber, en los términos del 1893, si el donatario que le está vendiendo cometió un acto de ingratitud o no. Así que, en ese sentido, también es correcto lo que el Código señala. Si, pese a la falta de contundencia normativa, que contrasta con el Código velezano, sostengo firmemente el carácter no reipersecutorio de la revocación por ingratitud, me afinco tanto en los principios y valores del artículo 2 del Código, que lo exhiben desde una elemental lógica, como en la oración inicial del artículo 1573, inexplicable si el efecto fuera reipersecutorio.

Finalmente, el tema de la duración del dominio revocable. Hay una incorporación en el Código, que es el artículo 1965, puntualmente su tercer párrafo, que establece ahora que toda condición resolutoria que cause el carácter revocable del dominio tendrá un plazo máximo de diez años. Esto significa, en palabras del artículo colocadas ahora con este sentido práctico que me mueve, que diga lo que diga esa condición resolutoria, se hayan estipulado los plazos que se hayan estipulado, si supera los diez años de duración y no ha acaecido la condición resolutoria, el dominio se transforma en perfecto. Y, en este sentido, el artículo es tan prolijo que, además, para evitar todo tipo de discusión, señala que el plazo se computará desde el otorgamiento del título, es decir, no importa si no se cumplió el modo. En este sentido, no habrá todavía dominio, pero, para dejar de lado todo tipo de inquietud, los diez años se computan desde allí.

Se ha controvertido, al menos, la aplicación a supuestos como la donación con derecho de reversión. No tengo la menor duda de que ahí se tiene que aplicar, porque, justamente, si hay un caso arquetípico en Argentina de dominio revocable, es la donación sujeta a derecho de reversión en caso de premoriencia del donatario. Ese es el verdadero caso de dominio revocable; no "si el barco llega de Asia". Así que, en este sentido, como se aplica también a este caso, si transcurridos diez años desde el otorgamiento de la donación no falleció el donante ni falleció el donatario, el dominio queda en cabeza del donatario como un dominio perfecto.

Otra inquietud que ha planteado el artículo, a mi modo de ver incorrectamente criticado, es si se aplicaba ese mismo tope de diez años cuando había un plazo resolutorio y no una condición. Un grupo de autores muy destacados ha señalado que, en rigor, el artículo solo habla de la condición resolutoria cuando debió haber aludido también al plazo resolutorio. Entiendo que es incorrecta la crítica. En todo caso, es una decisión de política legislativa, adecuada o no, pero no admite dudas ni incongruencias. ¿Por qué? Porque es razonable que al legislador le haya preocupado la condición resolutoria y no el plazo resolutorio. La condición resolutoria,

como es un hecho futuro e incierto, ocasionaba, durante el régimen anterior, la incertidumbre sobre en qué momento teníamos por firme que el dominio pleno iba a corresponderle al transmitente o al adquirente. Por eso se le coloca un tope. En cambio, el plazo, como es un hecho futuro y cierto, permite con toda certeza saberlo al momento del otorgamiento, y, por eso, no hay ningún inconveniente en que se transmita un inmueble sujeto a un plazo resolutorio que supere los diez años, por ejemplo, doce. En tal caso, no se transforma en perfecto a los diez; seguirá hasta los doce porque, de antemano, sabemos cuál es el momento en que va a acaecer.

Ese plazo de diez años, además, puede finalizar antes si se pacta así o si son los supuestos que el Código expresamente prevé de plazos resolutorios o condiciones resolutorias con plazos más breves; por ejemplo, los pactos especiales en la compraventa. Los pactos especiales en la compraventa permiten comprender que el plazo máximo de duración será de cinco años; lo dice el 1167 para el pacto de retroventa, el pacto de reventa y el pacto de preferencia. Este último, con una pésima técnica legislativa, deja muchas incógnitas, pero, como mucho, transcurridos cinco años, sabemos que el dominio será perfecto. Y sostengo exactamente lo mismo en materia de donación con cargo cuando no se estipuló plazo para la duración del cargo. Porque como el cargo es una obligación accesoria, cuando transcurren cinco años desde el momento en que debió haberse cumplido, está prescripta la acción, salvo interrupción; y, por lo tanto, el dominio que durante ese tiempo fue imperfecto, revocable, se transformó en perfecto. Si no ocurriera así, llegado el plazo de diez años, también se transformaría en perfecto en el caso del cargo.

Finalmente, queda por considerar la relevancia registral de estas cuestiones, siempre muy sensibles. Es comprensible la falta de adecuación en el régimen precedente, con un legislador que, esperablemente, no abordó la temática registral; no es comprensible ni es dispensable esta falta de coordinación cuando se trata de autores que escribieron con la vigencia de la [17801](#), nuestra ley registral.

Hay solo un artículo, muy tímido en este sentido, que es el 1968, que dice algunas cosas que suenan coherentes y otras que requieren mucha armonización. Voy a sintetizar lo que al respecto se resolvió en dos congresos nacionales de derecho registral: 2009, en la ciudad de Santa Fe, y 2015, en la ciudad de Rosario; 2009, régimen precedente; 2015, régimen vigente, primer congreso de derecho registral que se hizo con el código en vigor. En ambos me cupo el honor de ser el coordinador nacional del tema que trataba estas cuestiones. Con los matices del caso, en ambos se resolvió que el carácter revocable del dominio, y, por lo tanto, los efectos retroactivos

que tenía en materia inmobiliaria –con las salvedades que realicé– son oponibles a cualquier clase de terceros, por distintos motivos. Para quien adquiere el dominio por vía voluntaria (por ejemplo, un comprador), surge obviamente ese carácter revocable de la publicidad cartular dimanada del propio título de propiedad; obligación del escribano de tenerlo a la vista por el artículo 23 de la Ley Registral. Para los adquirentes sucesivos surge la misma obligación por el estudio de títulos, y ahora está expresamente consagrado en el artículo 1902, con un lenguaje un poco críptico, y en el 1138, con el lenguaje correcto. Para los terceros (por ejemplo, embargantes), la tesitura es exactamente igual, solo que ellos no tienen la obligación de tener a la vista el título inscripto. Pero nada los dispensa de verificar la matricidad del título de la persona de quien embargan, porque, de lo contrario, estaríamos diciendo que el sistema argentino inmobiliario se transformó, para ese embargante, en constitutivo o convalidante. Tanto más cuando ese embargante es una persona que no sabemos si tiene un derecho, y, si lo tiene, a lo mejor es personal, porque el embargo es una medida precautoria, con lo cual con más razón le es oponible.

Distinta cuestión es qué es lo que corresponde realizar en sede registral. Porque si en el registro de la propiedad expresamente consta la existencia de la cláusula que produce la revocación del dominio, obviamente le es oponible al que adquiere, y, además, el registro debe obrar en consecuencia; es decir, producida, por ejemplo, la reversión por fallecimiento del donante, el registro debe inscribir al donante como titular nuevamente, con el asiento intermedio de la titularidad del donatario, desplazando todo tipo de situación jurídica que se le oponga que haya nacido en cabeza del donatario, por estas mismas reglas. Cuando no surge del registro, obviamente el registro no puede operar con la publicidad cartular, pero el resultado será el mismo, solo que en sede judicial. Si no surge el carácter revocable, el embargante va a sostener la oponibilidad de su embargo al donante, que va a recuperar el dominio. Pero cuando el donante interponga la acción, el resultado judicial con los artículos que vemos es ese, porque ese embargante también estaba obligado a consultar las constancias del título. En ese sentido, se resolvió en ambos congresos nacionales de derecho registral.<sup>5</sup>

Brevemente, paso al segundo tema, que es el dominio fiduciario, y, en este sentido, voy a aludir a algunas cuestiones que me parecen interesantes y

5. (N. del E.): vea las conclusiones del XV Congreso Nacional de Derecho Registral "Oscar Eduardo Sarubo" (Santa Fe, 20-22 abril 2009) [aquí](#); y las conclusiones del XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario, 22-24 octubre 2015) [aquí](#); última consulta: 10/11/2021.

también, al igual que lo que acabo de comentar, con relativamente escasa armonización doctrinaria.

El primero de ellos es la cuestión de la duración. Sabemos que la manera en la que se plasmó el dominio fiduciario obedece a una idea de los autores de colocar en capítulos sucesivos el contrato de fideicomiso y el dominio fiduciario. Ambos (capítulos 30 y 31) cierran el sector de los contratos. Esto ha recibido la crítica doctrinaria por la ubicación del dominio fiduciario. Siendo una especie de dominio imperfecto, correspondía colocarlo en el lugar relativo a los derechos reales. El argumento de defensa de algunos de los que proyectaron estas normas es que en este caso ameritaba este vínculo para poder armonizar las normas. Y lo que yo respondo es: menos mal, porque si, así como está, está absolutamente desconectado, si hubiera estado en otro libro, ni lo quiero imaginar.

El motivo por el que esto pasa es el mismo que en tiempos de la Ley 24441: con esa norma, que hasta que aparecieron otras posteriores era una de las de peor técnica legislativa que teníamos en Argentina en el aspecto notarial, registral e inmobiliario, ocurría que fue pensada exclusivamente por el sistema financiero y exclusivamente para el sistema financiero. Entonces, esos aspectos eran cuidados; todos los otros, en general, no. Los autores del nuevo código tomaron de la Ley 24441 algunos aspectos positivos, y los mantuvieron; algunos aspectos malos, y los mantuvieron; y algunos aspectos pésimos, y los empeoraron. Y eso lo vemos nosotros en la regulación que tiene el plano del dominio fiduciario. Hay artículos profundamente contradictorios; justamente, en materia de duración, es en donde se ve. Cuestión esta que ha pasado también desapercibida, quizá porque a veces los que comentan los artículos de dominio fiduciario no comentan contrato de fideicomiso y viceversa. Y cometemos –siempre hay, por supuesto, casos de excepción honrosos– el mismo error que cometían los autores del código: atomizamos el análisis.

Todos tenemos por sabido que el contrato de fideicomiso, al igual que lo que ocurría antes, tiene un plazo de duración de treinta años y que, en supuestos de excepción –con beneficiarios incapaces o con capacidad restringida– se puede prolongar. No se suele mencionar que hay un caso en que se permite que el plazo dure más y que son los contratos de fideicomiso en los cuales el inmueble fideicomitado esté sometido a la [Ley de Inversiones para Bosques Cultivados](#) (25080), que prevé expresamente que el contrato de fideicomiso que lo tenga por objeto podrá durar más que ese plazo, sin ningún límite, siempre y cuando expresamente se establezca la duración, con lo cual podría ser entonces que durara cien o ciento veinte años. Esa ley se dictó en vigencia de la Ley 24441. Como no fue expresamente

derogada, continúa con el nuevo código. Hubiera sido de desear que esto se incorporara con una sistematización expresa, pero, en fin, es una cuestión de técnica legislativa que no toca el fondo de este asunto.

Ahora bien, este plazo, ¿es el plazo de duración del contrato de fideicomiso o es el plazo de duración del dominio fiduciario? ¿Por qué menciono esto? Porque los artículos que están en contrato de fideicomiso se orientan a decir que este plazo de duración es el del contrato de fideicomiso. Dice el artículo 1667 del Código: contenido del contrato de fideicomiso, inciso e), persona a la que deberán transmitirse los bienes al finalizar el plazo. El 1668, lo mismo: persona a la que se deberán transmitir los bienes. El 1698, lo mismo. Sin embargo, a partir del artículo 1701, empieza dominio fiduciario, capítulo 31. ¿Qué dice allí? El 1706 dice: cumplido el plazo, el fiduciario se transformará en tenedor a nombre del dueño perfecto. Este es un caso de *constituto posesorio* (si tomamos el 1706) que está previsto legalmente.

¿Cuál es el problema? Que estos artículos son contradictorios, y, en óptica notarial, esto tiene una trascendencia fundamental. Lo que ocurre es que todavía no la hemos visto porque muchos de estos contratos se han prorrogado o su duración sigue. Si tomamos en cuenta los tres artículos de contrato de fideicomiso, cuando llegamos a los cinco, diez, treinta años, o lo que fuera, el fiduciario sigue siendo dueño, pero nace en él la obligación de transmitir al fideicomisario, fiduciante o quien corresponda. Si tomamos en cuenta el artículo de dominio fiduciario (1706), llegado el plazo de diez, veinte, treinta años, o el plazo que sea, el fiduciario se transforma en tenedor a nombre del dueño perfecto, que va a ser el fideicomisario o el fiduciante. De manera que es tan sencillo como decir que no sabemos si, transcurridos los treinta años, el dueño es el fiduciario o el dueño es el fideicomisario.

Ni quiero aludir a las implicancias registrales: imagínense que el registro de la propiedad se inclinara por una de las dos tesis, por ejemplo, por la que dice que, transcurrido el plazo, dejó de ser dueño, tesis que tiene sus argumentos, ni más ni menos, que en un artículo del código que lo dice con toda claridad. De esta manera, diría: "mire, cuando transcurra el plazo, usted no puede prorrogar el contrato, haga una nueva transmisión, porque el dueño pasó a ser el fideicomisario, el fiduciante o quien sea". Si tomamos los artículos de contrato de fideicomiso, no.

La contradicción es insalvable. Los artículos, en ese sentido, son categóricos. Motivo muy evidente: el que redactó los artículos de contrato de fideicomiso pensó en la Ley 24441; el que redactó el 1706, de dominio fiduciario, copió –entre comillas– el artículo 1968, el artículo de dominio revocable, que dice exactamente lo mismo para dominio revocable que lo

que el 1706 dice para el dominio fiduciario; lo cual está perfecto en dominio revocable, pero jamás en dominio fiduciario. Esta contradicción solo se salva orientando la respuesta a uno de los grupos de normas.

Por el famoso artículo 2, de los principios, valores, finalidades, etcétera, me inclino por los artículos vinculados al contrato de fideicomiso, que parecerían representar mejor el espíritu y, sobre todo, que serían absolutamente congruentes con la definición del contrato de fideicomiso del artículo 1666, que copia el artículo 1 de la Ley 24441, y es la que explicamos siempre: que es un contrato por el cual el fiduciante está obligado a transmitir al fiduciario y el fiduciario a obtener frutos a favor del beneficiario y, al finalizar, a transmitirle al fideicomisario, o al fiduciante, o al beneficiario. Entonces, como la obligación de transmitir surgiría de la definición, ante esa contradicción me inclino por la finalidad que parece haber tenido el autor y no por esa copia mal hecha de este artículo 1706 en dominio fiduciario.

El último tema al que voy a aludir es el que me parece más contradictorio y más lamentable, con la enorme diferencia de que es tan absurdo el texto literal de estos artículos que solo se salva con una interpretación que por suerte todos los autores siguen. Es el tema de las facultades del fiduciario y las consecuencias que tiene el incumplimiento.

Intentando ser sistemático, vamos a recordar dos cuestiones. La primera es el tipo de limitaciones que puede existir para el fiduciario. Dado que, en principio, es un dueño, se supone que, como tal, puede hacer toda clase de actos de disposición o administración, con las excepciones que el Código establece. Por eso muchos autores señalan que el carácter absoluto no estaría del todo perdido en materia de dominio fiduciario –un tema interesante que me trasciende–.

Como la figura del fiduciario es una mezcla rara de Museta y de Mimí – como el tango de González Castillo –, alguien lo previó para fideicomiso como si fuera un administrador de bienes ajenos, y alguien lo previó en dominio fiduciario como un dueño. Entonces, hay dos artículos que limitan las facultades del dueño en dominio fiduciario (1703 y 1705) y uno que las limita en contrato de fideicomiso (el 1668). En ese sentido, las limitaciones que puede tener el fiduciario son tres: puede estar limitado por la necesidad de contar con la conformidad del fiduciante, beneficiario o fideicomisario; puede estar limitado por las prohibiciones de enajenar –en este sentido, superando una vieja disputa de manera saludable, incorporando lo que la mayoría preveía–; y hay un tercer límite, mucho más difuso, que son los famosos fines del fideicomiso. En ese sentido, la convicción de los autores, desde el punto de vista del análisis registral y la ponderación notarial, es más o menos concorde. Están de acuerdo, con alguna excepción más o

menos notable –por suerte. creo que nunca asumida por otro autor–, en que el registro de la propiedad y el notario pueden calificar y, por lo tanto, ser responsables por las limitaciones objetivas, es decir, o conformidad de alguno de los otros involucrados o prohibiciones de enajenar, que son las únicas perceptibles. Los fines del fideicomiso, claramente, no.

La cuestión que importa –y acá va la segunda parte– es qué consecuencias tiene violar estas prohibiciones. Y, en ese sentido, en una muy vieja jornada nacional de derecho civil, del año 1997 –dos años después de entrar a regir la Ley 24441–, el despacho mayoritario señaló que la consecuencia de vulnerar estas cláusulas, estas prohibiciones, era la nulidad. Una postura minoritaria dijo que la consecuencia era la validez, pero con acción de daños contra el fiduciario. Creo que lo que dijo la postura mayoritaria es la interpretación correcta. No me parece la mejor *de lege ferenda*, pero con los textos entonces en vigor no creo que haya dudas.<sup>6</sup> Y esa misma discusión se podría replicar hoy, porque los artículos son más o menos equivalentes. La respuesta entonces sería la misma, a tal punto que, después de aquel momento, casi todos los autores que escribieron se inclinaron por lo que en ese tiempo fue mayoría. Estoy otra vez de acuerdo, *de lege ferenda*, que lo ideal sería otra cosa, pero es una discusión aparte.

Hasta acá entonces queda claro que esa vulneración tiene este efecto de la invalidez. La cuestión es saber cómo le es oponible a terceros, y acá es la peor parte del 1688, porque se lo ha pretendido salvar y entiendo que su texto no lo admite. Dice el artículo que el contrato podrá incluir limitaciones a la posibilidad de enajenar, inclusive la prohibición, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a esos bienes (léase, no en el registro público –que nadie sabe lo que es– de contratos de fideicomisos sino en el registro inmobiliario, de automotores, de buques o de aeronaves). Sigue diciendo: esas limitaciones no serán oponibles a los terceros interesados y de buena fe.

En aquel congreso nacional de derecho registral de 2015, repetí lo que señalé cuando era un proyecto en el 2012, y es que, tomado literalmente, era inaplicable este artículo. ¿Por qué? Bueno, porque no hay absolutamente ninguna manera de que alguien que contrate con el fiduciario pueda ser interesado y de buena fe si las prohibiciones están en el contrato. Ni digo si están inscriptas. Porque, si lo tomara literalmente, se refiere a estas limitaciones inscriptas, lo cual nos llevaría a cambiar una vieja discusión. Hasta ahora discutíamos la oponibilidad de lo no inscripto. Si siguiéramos

6. (N. del E.): vea las conclusiones de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997) [aquí](#); última consulta: 10/11/2021.

la letra, estaríamos discutiendo la inoponibilidad de lo inscripto. Daríamos vuelta todo el sistema registral. Así que esta idea crítica fue asumida por diversos autores. Destaco el tratado de uno de los maestros que se fue este año, el doctor Jorge Alterini, con colaboración y coautoría de dos de sus hijos, que señala que, ante el texto del 1688 –correcciones aparte y matices si se comparte o no esta lectura tan crítica que hago–, lo cierto es que no se puede leer como está, y la única manera de interpretarlo es que solamente serán inoponibles a los terceros aquellas cláusulas que no consten en el documento inscripto, lo cual implica releer el contenido del artículo.<sup>7</sup>

Alguna opinión pretendió responder esta crítica que yo hacía, señalando que había una manera de interpretarlo que podía darse y es cuando se realiza una modificación del contrato de fideicomiso que no se inscribe y ahí se incorporan las cláusulas prohibitivas.<sup>8</sup> Ocurre que eso no es lo que dice el artículo. Por supuesto que ahí serían inoponibles, pero el artículo no dice eso. Lo que dice el artículo es que las cláusulas están en el contrato; con lo cual, repito, el texto, así como está, es un dislate y una contradicción absolutamente inaplicable, de las tantas que tiene este código. En ese sentido, solo se admite como lectura que resultarán inoponibles y alguien podrá ser interesado y de buena fe solamente si esas prohibiciones, de cualquier clase, no están en el contrato y, por supuesto, no están inscriptas.

Finalmente, una reflexión para terminar. Nombré al maestro Carlos Pelosi, de cuyo nacimiento este año se cumplen ciento diez años. También este año se cumplen diez años del fallecimiento de una lumbrera del derecho registral, aplicado y aplicable, el maestro García Coni; y él es uno de los que decía que, para entender derecho registral en Argentina, además de leer derecho registral, había que entender historia, economía, sociología, federalismo, única manera de explicar, aprender y entender el derecho registral. Y por eso me parece muy relevante su vocación de elevar el horizonte de estudio en tiempos como este, cuando hoy nos desayunamos con un decreto (el [962/2018](#)) que vuelve cuarenta años para atrás al famoso [Decreto-ley 19724/1972](#), de anotación de boletos, en que registramos algo que no existe. Volvemos a estas ideas; parece que no conocieran la realidad, parece otra vez que les estamos dejando el derecho argentino a personas que practican con tesis doctorales haciendo decretos. Esto evidentemente se está saliendo de foco. Lamentablemente, no me extraña.

7. ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2018, pp. 103-104.

8. COSSARI, Néstor G. A., (comentario al art. 1964), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, La Ley, Buenos Aires, 2016 (2ª ed.), punto 1.a.2.5.iii.

Cuando se habla de la posible extinción del notariado, lo que me gusta decir –y muchos me han escuchado– es que esto es posible con nuestra profesión como con cualquier otra, siempre y cuando se cambien los paradigmas, para usar una de las frases que pusieron de moda los autores del Código. Para que desaparezca el notariado, no hace falta desaparecer el papel. La verdad es que cuando apareció la computadora se dijo lo mismo; pasaron treinta años y hacemos el doble de cosas que en aquel momento. Para que desaparezca el notariado, tendría que pasar que la legislación argentina renuncie a uno de los númenes que tiene el propio Código, que es la seguridad preventiva. El Código ahora la incorpora en derecho de daños, en la letra del Código, a partir del 1710. Si desapareciera y, entonces, en lugar de tener la seguridad preventiva, cambiáramos por la seguridad informática, bueno, ahí podríamos no existir. Pero el sistema no funcionaría. Hoy, nuestra profesión tiene mucho más –y lo dicen los fundamentos del anteproyecto– de asesoramiento y del deber de redacción adecuado, sobre todo esquivando estas contradicciones, que de plasmar en un papel más o menos seguro, que a lo mejor con el tiempo cada vez es más seguro y cada vez es menos papel.

No extraña esta contradicción legislativa, y por eso quiero cerrar recordando una de las tantas incongruencias del Código que me parecen lamentables pero que están a tono con estas ideas que intentan que el notariado deje de tener el calificativo de latino. No me importan las uniones o los congresos o demás, seremos con raigambre latina porque esa es nuestra función. Pero no hay que olvidarse que los que proponen que eliminemos el género de los artículos, de algunos pronombres, de algunos sustantivos y de algunos adjetivos son personas que aplauden idiomas que no tienen género en los artículos, en los pronombres, en los sustantivos y en los adjetivos. Esto no es casual. Y tampoco es casual que este código me diga en el artículo 69 que si yo quiero llamarme Roberto tengo que ir a un juez, designar un abogado y tener un proceso judicial, de resultado incierto y duración incierta, pero que, en cambio, si me quisiera llamar María, con esta barba y todo, me presento, digo que esa es mi “identidad autopercebida” y me lo tienen que cambiar, sin abogado, rápida y gratuitamente. Esto es culpa del legislador.

# Capacidad mental del otorgante

## Apreciación por parte del notario

Gustavo Romano Duffau

### RESUMEN

---

El tratamiento otorgado en el fallo a comentar, respecto a la apreciación por parte del notario de la capacidad mental del otorgante de una escritura pública, perseguido penalmente, resulta ser de interés para los fedatarios y para quienes laboran en derredor del derecho penal; más aún, cuando emana de la Cámara del Crimen, es definitivo y rescata una pluralidad de aspectos interpretativos de manera conjunta. Se refiere al otorgamiento de un acto fuga –poder–, de una persona añosa que se encuentra internada, sobre quien no pesa ninguna interdicción en el fuero civil y que no se encuentra demostrado, ciertamente, que no pudiera comprender aquello que hacía –la capacidad se presume–, menos aún que el notario lo supiera e igual obrara en ese sentido. Dichos aspectos alejan del reproche penal a quien ha obrado en cumplimiento de la ley civil y notarial y, valientemente, son rescatados en el fallo analizado, invitándolos a su lectura y recreación.

### PALABRAS CLAVE

---

Poder; defraudación; circunvención de incapaces; capacidad mental del otorgante; apreciación notarial de la capacidad mental.

**Recibido:** 13/7/2021

**Aceptado:** 12/10/2021

**Publicado online:** 25/11/2021

**Sumario:** 1. Datos del fallo. 2. Comentario al fallo. 3. Texto completo del fallo comentado.



## 1. Datos del fallo

- Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5.
- Autos: "F., M. L. y otra s/ Defraudación" - 72857/2019/CA2 - procesamiento - J15.
- Fecha: 6/5/2021.

## 2. Comentario al fallo

La reedición del cuestionamiento en sede penal de la conducta de los escribanos respecto de la apreciación por parte de estos de la capacidad mental de los otorgantes es un tema que ha entretenido a los tribunales del fuero persecutorio durante muchísimos años. Han cambiado las leyes civiles, sus artículos específicos, ha cambiado la redacción del Código Civil *in totum*, y, en alguna medida, las leyes penales también han cambiado, pero, quizá, aún no se encuentre una jurisprudencia criminal sostenida en torno al tratamiento central de esta cuestión, que debería ser exclusivamente en el fuero ordinario.

No son muchas las oportunidades en que un fallo judicial, más aún, aquellos que emanan de tribunales encargados de revisar los actos de la etapa de instrucción, contienen numerosas interpretaciones vinculadas con temas que aquejan al notariado desde antiguo. Las interpretaciones relacionadas con la apreciación por parte del notario de la capacidad mental del otorgante de un acto, a menudo, se han encontrado alejadas de las disposiciones que fluyen de la ley civil y notarial en la materia específica. Además, no es habitual que un suceso ventilado judicialmente contenga tantas particularidades que tornen atractivo el análisis de la cuestión. En esta ocasión, al analizar la conducta de un notario requerido para otorgar un poder para cuyo fin dio fe de que la compareciente era una persona hábil y capaz, estando internada, de avanzada edad -más de noventa años-, y con un deterioro cognitivo que podría provocar que su capacidad de comprensión se hallara disminuida, la justicia criminal de instrucción realizó una serie de apreciaciones de importante contenido interpretativo.

Veamos los aspectos destacables del decisorio en cuestión. El fallo cobra importancia porque la jueza de la instancia de origen había resuelto procesar a la notaria por considerarla partícipe necesaria del delito de defraudación por circunvencción de incapaz (arts. 45 y 174, inc. 2, [Código](#)

Penal),<sup>1</sup> y esta decisión fue impugnada por la defensa particular para generar la intervención del tribunal de alzada en el fallo a comentar.

Lo central aquí ha sido el tratamiento que el fallo otorga no ya al cuestionamiento en sede penal de la conducta del escribano que debe documentar aquella manifestación de voluntad de un compareciente añoso, internado y que pudiera tener por ello un deterioro cognitivo, sino que, además, se introducen conceptos que realzan el decisorio, al tratar – como debiera ser – que, con la prueba producida, no se ha podido determinar que la otorgante carecería de capacidad al momento de celebrarse el poder cuestionado y, menos aún, en caso de que así fuera, que la notaria hubiese podido advertirlo; dos aspectos esenciales a la hora de evaluar un delito eminentemente doloso. Y es allí donde la pericia médica de la especialidad resulta interesante, porque centra la cuestión en que

... a estos peritos no les resulta posible aseverar con certeza el estado mental en que se encontraba [la poderdante] el día de la firma del documento con valor legal dada la intermitencia de su estado psíquico verificada a lo largo de la internación. Por tal motivo puede inferirse que es aún menos certero para esta junta médica, definir si una persona no médica pudo detectar o percibir fallas en la capacidad psíquica de la fallecida...

Y, en este sentido, expresa el tribunal:

Si bien señalan que el estado de salud de L. no era el óptimo, por el deterioro cognitivo y su avanzada edad, lo cierto es que no pudieron desechar la posibilidad de la existencia de un periodo de lucidez de la paciente donde su capacidad para comprender y decidir estuviera conservada.

En punto a “la posibilidad que el cuadro haya sido advertido por un tercero que no tuviera trato cotidiano” con la otorgante, señalaron que “al no tener certezas del estado mental de ella” a la firma del poder, “se debía recurrir a los testimonios de ‘quienes la observaron en dicha ocasión’”, personas que la vieron el día de la firma en el centro asistencial, como para informar cuál era su estado, que, al no haberlas, debe estarse a fechas relativamente cercanas, donde no se advirtieron circunstancias que se inclinaran en torno a la interpretación esbozada en el fallo ahora revocado.

El fallo rescata que, al suscribirse la escritura de otorgamiento de un poder, en este caso, fue la primera y única vez que la escribana vio a la otorgante, “circunstancia que no resulta ser un dato menor”, en presencia de un acto fugaz como lo es el analizado,

1. (N. del E.): los hipervínculos a textos normativos nacionales e instrumentos internacionales dirigen a fuentes oficiales; la fecha de última consulta es 15/11/2021.

... puesto que de ninguna manera se encuentra comprobado que ese encuentro pudo haber resultado suficiente para que la escribana pueda haber percibido el verdadero estado de la salud en el que se encontraba.

Hace propia el fallo la información suministrada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires,

... que informó que un notario carece de idoneidad profesional para comprobar el estado de las facultades mentales de los otorgantes de una escritura y que la capacidad es la regla y debe presuponerse en toda persona mayor de edad, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial. Asimismo, destacaron que "no es poco común encontrar hoy en día personas de aún mas de 90 años de edad en pleno uso de sus facultades mentales, plenamente lúcidas y plenamente capaces".

Ello no hace más que corroborar que la escribana actuó conforme a la ley, en la medida de que no le es exigible al notario un juicio mayor a aquel destinado al común de las personas, máxime cuando el artículo 77 inciso d) de la ley 404 -reguladora de la función notarial- indica que "el juicio de capacidad de las personas físicas no requerirá constancia documental".

El fallo añade que la existencia de un proceso civil de determinación de la capacidad "en nada modifica lo señalado, toda vez que la escribana desconocía ese juicio", así como tampoco el supuesto cambio morfológico de su firma entre años anteriores a la fecha de otorgamiento del acto cuestionado, "dado que esta circunstancia no se relaciona con la capacidad de [la otorgante]"; y, lamentablemente, muchas veces es utilizada en el quehacer interpretativo del fuero criminal.

Como corolario, resume:

... la falta de certeza sobre la incapacidad de [la poderdante] a la fecha de otorgamiento del acto jurídico y al no haberse podido demostrar que la escribana actuó con conocimiento de las particulares circunstancias del caso, habrá de dictarse su sobreseimiento.

En presencia de un delito doloso, no probada la incapacidad de la otorgante de manera fehaciente y, además, que ella debía ser advertida por una persona común, no puede efectuarse un juicio de reproche para quien concurrió fugazmente a celebrar un acto de su especialidad.

Todo lo expuesto me ha llevado a recordar que, hace casi veinte años, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires celebró diez talleres dirigidos a escribanos y miembros del Poder Judicial, cuya dirección tuve el honor de acompañar junto al escribano Jaime Giralt Font, en los cuales sus apreciaciones parecieran ser hoy más actuales que nunca -aun con los

cambios legislativos acontecidos desde aquella época-.<sup>2</sup> Las conclusiones generales de todos los talleres rescataron las siguientes premisas:

1. Es absolutamente necesario el trabajo y la investigación interdisciplinaria entre el Poder Judicial y los colegios de escribanos, mediante la realización de convenios de colaboración.
2. Se cometen con alarmante frecuencia delitos que podemos denominar "documentales" o "instrumentales", en los que, en la mayoría de los casos, se utiliza al escribano como medio o como pantalla de legalidad de cierta documentación que luego es utilizada con fines ilícitos. Esto se realiza sin el conocimiento ni la connivencia del escribano, que pasa a ser una víctima más del delito perpetrado o que se intenta perpetrar.
3. Se debe proteger al escribano que actúa dentro de la legalidad, tanto desde el Poder Judicial como desde el colegio de escribano.
4. Es fundamental la actividad y participación de los colegios de escribanos, entre otros, en los siguientes roles: a) controlar estricta y exhaustivamente a sus matriculados; b) colaborar permanentemente con el Poder Judicial; c) instruir de todas las maneras posibles al Poder Judicial y a los escribanos sobre los ilícitos que son cometidos por escribanos y con escribanos; d) realizar una tarea preventiva; e) crear o instrumentar un cuerpo de escribanos preparados específicamente para colaborar con la Justicia (asesores, peritos, etc.); f) mantener una fluida y rápida comunicación con el Poder Judicial, fundamentalmente mediante el envío constante de material de consulta y de trabajo; g) crear doctrina en los temas notariales-penales.
5. Es fundamental la interacción entre el colegio de escribanos y los miembros del Poder Judicial (magistrados, secretarios, fiscales, defensores y demás funcionarios y empleados), entre otros, en lo relativo a: a) facilitar, fomentar y difundir el conocimiento y perfeccionamiento de sus integrantes a través de charlas, debates, jornadas, cursos, seminarios, etc., que brinden los colegios de escribanos y el Poder Judicial sobre temas notariales y registrales; b) comprender que el escribano es un profesional del derecho en el ejercicio de una función pública, controlado por su colegio, y que es colaborador de la Justicia; c) difundir la existencia de la Ley 404, que regula el notariado, con estrictas pautas respecto de la utilización en sede judicial de la documentación notarial, del deber de guarda y custodia del protocolo, etc.; d) tomar recaudos en la realización de allanamientos en escribanías, los cuales deben hacerse con la mayor prudencia y discreción y a través de personal

2. Ver una descripción de los talleres, los temas elegidos y las conclusiones a las que se arribó en cada uno de ellos en ROMANO DUFFAU, Gustavo, "Los escribanos y la justicia penal. Talleres año 2002", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N.º 871, 2003, pp. 103-114. (N. del E.): ver [aquí](#); última consulta: 15/11/2021.

idóneo, siempre con la intervención del colegio, el que enviará profesionales que colaboren en la búsqueda del material requerido.

6. Se percibe un marcado incremento en la utilización espuria de las denuncias penales, cuyo objetivo real es presionar a escribanos y dilatar juicios de contenido estrictamente contractual y económico que tramitan en otros fueros, convirtiendo, de esta manera, el fuero penal en un medio de impedir la correcta aplicación de la ley.

7. Dado el incremento de “delitos documentales”, que han ido creciendo con el correr de los acontecimientos económicos, el fuero penal ha tenido que tomar intervención en causas que son estrictamente comerciales o contractuales, y, en consecuencia, se percibe que desde dicho fuero se tiene menor consideración por las prescripciones del Código Civil, las convenciones contractuales y los procedimientos para las trabas de medidas cautelares.

Se debería exigir que, en los casos donde se ponga en juego la validez de un instrumento público, se cumpla con el procedimiento apropiado para la redargución de falsedad o querrela penal por falsedad y no solamente la denuncia.<sup>3</sup>

En el taller N.º 4, titulado “Escritura pública: apreciación por parte del funcionario público de la capacidad y/o habilidad del otorgante” (realizado el 24 de septiembre de 2002), se concluyó que

1. Alarman a los integrantes del cuerpo notarial las imputaciones que suelen formularse a escribanos respecto de la capacidad o habilidad física o mental de los otorgantes de documentos notariales.

2. La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario, no teniendo los escribanos la misión de comprobar el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan, ya que sus enunciaciones valederas son únicamente las relativas a la sustancia misma del acta y a las solemnidades prescriptas, de conformidad con lo normado en los artículos 993 y 3616 del Código Civil, con sus respectivas notas.<sup>4</sup>

3. Ídem, pp. 107-108.

4. Nota de Vélez Sarsfield al art. 3616 del Código Civil: “El estado de demencia como un hecho puede probarse por testigos, aunque el escribano haya expresado en el testamento que el testador se hallaba en su perfecta razón, pues los escribanos no tienen misión de comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuya voluntad redactan. Sus enunciaciones valederas son únicamente las relativas a la sustancia misma del acta y a las solemnidades prescriptas”. Nota al art. 993: “Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento; pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe, y admite prueba en contra”. (N. del E.): ver las notas [aquí](#) (pp. 229 y 75); última consulta: 15/11/2021.

3. Hasta tanto sea argüido de falsedad, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que el escribano hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia, el instrumento público hace plena fe.

4. Cabe diferenciar la fe de conocimiento y la fe de capacidad a cargo de los notarios. La primera, ya definida como la calificación o juicio que el notario formula o emite, en el sentido de que una persona determinada es esa y no otra, basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela y, la segunda, sólo aquella relacionada con la capacidad de derecho del otorgante del acto, la que no requiere reflejo documental, de acuerdo con nuestro Código Civil.<sup>5</sup>

Si bien en aquella ocasión se encontraba vigente el [viejo Código Civil](#), el [actual](#), a la par de la normativa que regula la actividad notarial, sigue en consonancia con esa dirección. Muchas de dichas apreciaciones ya habían sido receptadas en la [Ley Orgánica Notarial 404](#) luego del alejamiento de la [Ley federal 12990](#), que regulara muchos años atrás la actividad notarial, pero el resabio interpretativo se mantuvo por muchos años en el fuero penal. Además, no debemos olvidar que, en materia penal,

Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente. Las leyes penales no podrán aplicarse por analogía.<sup>6</sup>

Y también es importante recordar que el derecho penal reconoce que “en caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado”.<sup>7</sup> Ello resulta significativo por cuanto el delito al cual nos hemos referido, defraudación, es un delito doloso, entendiéndose por ello conocer, saber y actuar igual en esa dirección, y el fallo en cuestión resalta que debemos recordar que estamos en presencia de un delito doloso, que no admite culpa. Va de suyo que del propio fallo se advierte que no existe constancia alguna que dé cuenta, en forma notoria, que a la fecha de otorgamiento del poder la persona fuera incapaz y, más aún, que no existe prueba alguna que permita

5. ROMANO DUFFAU, Gustavo, ob. cit. (nota 2), pp. 110-111.

6. Art. 2 del [Código Procesal Penal](#) (texto según Ley 23984 y sus modificatorias). (N. del E.): ver art. 14 del [Código Procesal Penal Federal t. o. 2019](#) (que entrará en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la comisión bicameral de monitoreo e implementación correspondiente, que funciona en el ámbito del Congreso de la Nación).

7. Art. 3 del [Código Procesal Penal](#) (texto según Ley 23984 y sus modificatorias). (N. del E.): ver art. 11 del [Código Procesal Penal Federal t. o. 2019](#) (que entrará en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la comisión bicameral de monitoreo e implementación correspondiente, que funciona en el ámbito del Congreso de la Nación).

inferir que la escribana haya actuado en conocimiento de que la persona que se presentó otorgante no era capaz y, mucho menos, en la participación de una defraudación.

Como se mencionó previamente, lo expuesto “no hace más que corroborar que la escribana actuó conforme a la ley, en la medida que no le es exigible al notario un juicio mayor a aquel destinado al común de las personas”, siendo considerado una legista en la materia específica (medicina), además de que puede haber tenido un contacto ocasional con la otorgante.

Finalmente, cabe advertir que el marco recursivo permitió en la alzada no solo revocar el fallo impugnado sino, además, disponer el cierre de la investigación de manera definitiva e irrevocable con relación a la imputada, bajo la modalidad del sobreseimiento dictado directamente por el superior.

Bienvenido este precedente jurisprudencial, que rescata, una vez más, los límites al cuestionamiento en el ámbito penal del quehacer notarial.

### 3. Texto completo del fallo comentado

///nos Aires, 6 de mayo de 2021.

#### VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. La jueza de la instancia de origen resolvió procesar a M. L. F[...] por considerarla partícipe necesaria del delito de defraudación por circunvención de incapaz (arts. 45 y 174 -inc. 2- del CP), decisión que fue impugnada por la defensa particular.

Tal como se dispuso en el legajo, la parte recurrente incorporó su memorial al Sistema de Gestión “Lex 100”, en el que mantuvo los agravios expuestos en el recurso, de modo que las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas.

II. La defensa aduce que, con posterioridad a la anterior intervención de esta Sala, la prueba producida no ha podido determinar que S. L. carecería de capacidad al momento de celebrarse el poder cuestionado y, menos aún, en caso que así fuera, que la notaria hubiese podido advertirlo.

Los agravios expuestos merecen ser atendidos, razón por la cual la decisión impugnada se revocará y se dispondrá el sobreseimiento de la imputada F[...]. En efecto, la pericia médica efectuada por el Cuerpo Médico Forense concluyó que *“a estos peritos no les resulta posible aseverar con certeza el estado mental en que se encontraba la Sra. L. el día de la firma del documento con valor legal dada la intermitencia de su estado psíquico verificada a lo largo de la internación. Por tal motivo puede inferirse que es aún menos certero para esta*

*junta médica, definir si una persona no médica pudo detectar o percibir fallas en la capacidad psíquica de la fallecida”.*

Si bien señalan que el estado de salud de L. no era el óptimo, por el deterioro cognitivo y su avanzada edad, lo cierto es que no pudieron desechar la posibilidad de la existencia de un periodo de lucidez de la paciente donde su capacidad para comprender y decidir estuviera conservada.

Respecto a la posibilidad de que el cuadro haya sido advertido por un tercero que no tuviera trato cotidiano con L., señalaron que al no tener certezas del estado mental de ella el 24 de junio de 2019 -fecha de firma del poder-, se debía recurrir a los testimonios de *“quienes la observaron en dicha ocasión”.*

Sin embargo, las personas que tuvieron contacto con la nombrada durante su internación en el Hospital Pirovano, no la vieron el día de la firma del poder como para informar cuál era su estado. En este sentido, S. B. G. estuvo con anterioridad al 10 de junio, fecha que elaboró el informe social (fs. 131/132); E. M. A. F. refirió no recordar detalles de la situación y su informe data del 6 junio (fs. 149) y G. E. S. y G. R. S. recién tomaron contacto con la nombrada el 28 de junio.

Resulta destacable, que si bien -como se señaló- la pericia no pudo determinar fehacientemente si al momento de la firma L. se encontraba lúcida, lo cierto es que de la historia clínica surge que la Dra. Stephania Cruz dejó asentado que el 24 junio la paciente se encontraba *“vigil”* y al día siguiente *“lúcida”* (ver fs. 35 vta y pericia médica).

En esta senda, cumple ponderar que al suscribirse la escritura fue la primera y única vez que F[...] vio a L., circunstancia que no resulta ser un dato menor, puesto que de ninguna manera se encuentra comprobado que ese encuentro pudo haber resultado suficiente para que la escribana pueda haber percibido el verdadero estado de la salud en el que se encontraba.

Al respecto, el Colegio Público de Escribanos de esta ciudad informó que un notario carece de idoneidad profesional para comprobar el estado de las facultades mentales de los otorgantes de una escritura y que la capacidad es la regla y debe presuponerse en toda persona mayor de edad, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial. Asimismo, destacaron que *“no es poco común encontrar hoy en día personas de aún mas de 90 años de edad en pleno uso de sus facultades mentales, plenamente lúcidas y plenamente capaces”.*

Ello, no hace más que corroborar que la escribana actuó conforme a la ley, en la medida de que no le es exigible al notario un juicio mayor a aquel destinado al común de las personas, máxime cuando el artículo 77 inciso d) de la ley 404 -reguladora de la función notarial- indica que *“el juicio de capacidad de las personas físicas no requerirá constancia documental”.*

La existencia de un proceso civil por incapacidad en nada modifica lo señalado, toda vez que la escribana desconocía ese juicio. Tampoco el supuesto cambio de su firma entre el año 2014 y 2019, dado que esta circunstancia no se relaciona con la capacidad de L.

En consecuencia, la falta de certeza sobre la incapacidad de L. a la fecha de otorgamiento del acto jurídico y al no haberse podido demostrar que la escribana actuó con conocimiento de las particulares circunstancias del caso, habrá de dictarse su sobreseimiento.

Por los motivos expuestos el tribunal **RESUELVE:**

**REVOCAR** el auto del 22 de marzo de 2021 y **SOBRESEER a M. L. F[...]**, con expresa mención de que la formación de la presente en nada afectó su buen nombre y honor -artículo 336, inciso 3º del C.P.P.N.-

El juez Ricardo Matías Pinto no interviene en función de lo previsto en el art. 24 bis, último párrafo, del C.P.P.N., al haberse conformado la mayoría y en función de la situación de emergencia.

Notifíquese a las partes, comuníquese mediante DEO al juzgado de origen y devuélvase mediante pase en el "Sistema Lex 100". Sirva la presente de muy atenta nota.

Rodolfo Pociello Argerich

Hernán Martín López

Ante mí: Federico González Prosecretario de Cámara

# Plazo de las sociedades comerciales

## Comentario a la Resolución general 1/22 de la IGJ

Alfonso Gutiérrez Zaldívar

---

### RESUMEN

El tratamiento otorgado en el fallo a comentar, respecto a la apreciación por parte del notario de la capacidad mental del otorgante de una escritura pública, perseguido penalmente, resulta ser de interés para los fedatarios y para quienes laboran en derredor del derecho penal; más aún, cuando emana de la Cámara del Crimen, es definitivo y rescata una pluralidad de aspectos interpretativos de manera conjunta. Se refiere al otorgamiento de un acto fuga –poder–, de una persona añosa que se encuentra internada, sobre quien no pesa ninguna interdicción en el fuero civil y que no se encuentra demostrado, ciertamente, que no pudiera comprender aquello que hacía –la capacidad se presume–, menos aún que el notario lo supiera e igual obrara en ese sentido. Dichos aspectos alejan del reproche penal a quien ha obrado en cumplimiento de la ley civil y notarial y, valientemente, son rescatados en el fallo analizado, invitándolos a su lectura y recreación.

---

### PALABRAS CLAVE

Poder; defraudación; circunvencción de incapaces; capacidad mental del otorgante; apreciación notarial de la capacidad mental.

**Recibido:** 13/7/2021

**Aceptado:** 12/10/2021

**Publicado online:** 2/3/2022

**Sumario:** 1. Datos del fallo. 2. Comentario al fallo. 3. Texto completo del fallo comentado.



A través de la [Resolución general 1/2022](#) (RG 1/22), la Inspección General de Justicia legisla sobre el plazo de las sociedades comerciales, estableciendo que el mismo no podrá exceder de treinta años a contar de su inscripción.

Llama nuevamente la atención este tipo de resoluciones emitidas por la Inspección General de Justicia (IGJ) donde, alegando la necesidad de disminuir inconvenientes futuros a los constituyentes, acreedores, socios y a sus herederos, no hace otra cosa que complicar una situación donde no hay grandes inconvenientes. Obviamente, es posible encontrar algún caso en particular en que podría ser mejor para todos los intervinientes en la vida de una sociedad comercial que su plazo fuese acotado, pero no podemos legislar para la anomalía. De más está decir que la IGJ no tiene facultades para modificar la [Ley General de Sociedades](#) (LGS), y eso es lo que resulta de la RG 1/22.

La LGS establece en su artículo 11 que “el instrumento de constitución debe contener [...] el plazo de duración, que debe ser determinado”. De ninguna manera estableció que, además de ser determinado, debería tener un plazo no mayor a treinta años. Si el legislador lo hubiese considerado necesario, lo hubiese incluido en la reforma introducida por la [Ley 26994](#),<sup>1</sup> pero no lo hizo, privilegiando la libre voluntad de los socios. Por su parte, el artículo 155 del [Código Civil y Comercial](#) (CCyC) establece que “la duración de la persona jurídica es ilimitada en el tiempo, excepto que la ley o el estatuto dispongan lo contrario”. Ahora contamos con una resolución de la IGJ que modifica lo establecido por dichas normas.

Con la RG 1/22, la IGJ legisla sobre un requisito fundamental de las sociedades comerciales y establece un plazo que, más allá de que pueda considerarse largo o corto, es sin dudas arbitrario. Excede las facultades de dicho organismo. Modifica uno de los requisitos de fondo del acto constitutivo enunciado en el artículo 11 LGS.

Podría analizarse la conveniencia de determinar un plazo máximo. Habría que debatirlo en los recintos, convenciones y congresos de la materia para, si resulta conveniente, proponer una reforma legislativa.

Halperín mencionaba que

... el plazo puede ser cierto en razón del objeto: como es la explotación de una concesión; esto es, determinado indirectamente, por el objeto, v.g. (art. 1765, C. Civ.). Esta variante no es aceptada por la L.S., que exige se

1. Anexo II de la Ley 26994 (BO 8/10/2014, suplemento); vigencia: 1º de agosto de 2015, texto según art. 1º de la Ley 27077 (BO 19/12/2014).

precise la duración en el tiempo, ya que el sistema del art. 1765 cit. es de indeterminación relativa.<sup>2</sup>

El plazo debe ser determinado y los socios lo deberán determinar como toda persona capaz que contrata y se asocia con otras personas en un proyecto común. Las partes determinarán el plazo que consideren conveniente de acuerdo al negocio u actividad que se proponen realizar. Probablemente determinen un plazo mayor a treinta años, ya que los tiempos económicos del país o región pueden variar, y puede que la forma del negocio exija firmar contratos y acuerdos con plazos mayores a ese plazo. Puede ser que la sociedad necesite tomar un préstamo y constituir una hipoteca en garantía, o constituir una servidumbre<sup>3</sup> o un derecho real de superficie, que se podría extender hasta cincuenta años en el caso de forestaciones y plantaciones y hasta setenta años en el caso de la construcción, o un derecho de usufructo, el cual se puede extender hasta los cincuenta años. Y así podemos seguir mencionando actos jurídicos que una sociedad podría resolver realizar a lo largo de su existencia, contratos y obligaciones que exceden el arbitrario plazo de treinta años.

No es suficiente plantear que los socios deberán reunirse y prorrogar el plazo, ya que ningún acreedor o contratante va a querer contratar con una sociedad que tenga el riesgo de un futuro litigio entre los socios sujeto a que alguno quiera o no prorrogar. Es más, considero que dicha limitación producirá una mayor cantidad de conflictos, ya que los socios se podrán ver sometidos a las presiones de los demás socios, bajo la amenaza de no firmar una prórroga. Es necesario brindar seguridad jurídica, dar más mecanismos y figuras posibles para que cada comerciante vea la mejor forma de llevar a cabo su negocio, y, al mismo tiempo, realizar un control a fin de que no se utilicen los vehículos societarios para fines ilegales. Pero una cosa es regular, legislar, y otra cosa es impedir.

Tampoco resulta coherente la mención la [RG 1/22](#) que realiza en sus considerandos en cuanto a que el aludido plazo de treinta años es compatible y guarda congruencia con diversos plazos contractuales previstos por el CCyC:

2. HALPERÍN, Isaac, *Curso de derecho comercial*, Buenos Aires, Depalma, 1982, 6ª impresión, p. 266.

3. Art. 2182 CCyC: "Son medios especiales de extinción de las servidumbres: [...] c) en las servidumbres personales, si el titular es persona humana, su muerte, aunque no estén cumplidos el plazo o condición pactados; si el titular es una persona jurídica, su extinción, y si no se pactó una duración menor, se acaba a los cincuenta años desde la constitución".

Que, el aludido plazo de 30 años, es compatible y guarda congruencia, inclusive, con los plazos contractuales previstos por el legislador del 2015 en el Código Civil y Comercial de la Nación...

Menciona, además, una cantidad de contratos donde el plazo es de veinte o de diez años, como si establecer un plazo de treinta años para una sociedad comercial fuera, por ello, razonable.

...por ejemplo, como plazo máximo, para el contrato de suministro el de 20 años, si se trata de frutos o productos del suelo o del subsuelo, con proceso de elaboración o sin él, y de 10 años en los demás casos - conf. art. 1177, CCCN -; de 20 años el tiempo máximo de la locación para el destino habitacional [...]-; de 20 años para el leasing inmobiliario y de 10 años para tal contrato que tenga por objeto otros bienes distintos de los raíces - conf. art. 1234, CCCN -; de 10 años para las agrupaciones de colaboración - conf. inc. b), art. 1455, CCCN -; y, por regla general, de 30 años el lapso máximo admitido para el contrato de fideicomiso - conf. art. 1668, CCCN -, siendo esta la figura contractual más análoga a la persona jurídica societaria...

No es dable sostener que una sociedad resuelve formalizar todos sus contratos y negocios durante los primeros diez años de su vida. Siguiendo la lógica de la RG 1/22, transcurridos los primeros once años de existencia, la sociedad no podría firmar un contrato de suministro por el plazo máximo de veinte años que le otorga la ley, lo mismo para un *leasing* inmobiliario. Similar situación se daría, transcurridos veinte años, para los contratos a los que la ley establece un plazo máximo de diez.

En los considerandos de la norma se hace referencia también al contrato de fideicomiso, contrato muy utilizado por su versatilidad y capacidad de adecuación a la gran cantidad de aristas que presentan los negocios modernos. O sea, al día siguiente de su inscripción ante la IGJ, la sociedad queda impedida de participar en un contrato de fideicomiso por treinta años, plazo que, para determinados negocios, es razonable y hasta podría resultar corto.

Se alude, asimismo, el plazo de cincuenta años para los contratos de locación cuyo destino no sea el habitacional, con la siguiente mención:

... siendo este lapso exorbitado sólo para otros destinos -50 años- dada la cuantiosa inversión inicial que normalmente debe efectuar el locatario comercial o industrial para poner en valor y condiciones de explotación los bienes arrendados con tales fines -conf. art. 1197, CCCN-...

¿Qué sucede entonces con las sociedades que tengan que realizar una gran inversión y, por lo tanto, necesiten contar con un contrato de locación por un lapso que justifique dicha inversión? Resulta contradictorio; surgen de la

propia resolución negocios en que una sociedad necesitaría firmar contratos por plazos mayores a treinta años.

Los considerandos esgrimidos en la RG 1/22 se dan de bruces con los considerandos mencionados en otras resoluciones del organismo, como, por ejemplo, la [Resolución general 9/2020](#), donde se menciona que la [Resolución general IGJ 6/2017](#) (normas relativas a las sociedades por acciones simplificadas [SAS]) viola la legislación de fondo, tanto el CCyC como normas de la Ley 19550 y de la Ley 27349, agregando que “desnaturalizan o exorbitan prescripciones de ésta, lo cual transgrede el sentido de la atribución de interpretación” que tiene la IGJ (contemplada en el art. 21, inc. b], de la [Ley 22315](#)<sup>4</sup>). Pues eso mismo hace la RG 1/22. Establecer un plazo de vigencia para una persona jurídica no establecido por la ley de fondo es sin más una modificación a la misma. No es una interpretación de la norma, sino que crea limitaciones que la misma no estableció o, mejor dicho, legisla, ya que se debe interpretar que si las leyes no establecieron un plazo de treinta años es porque consideraron que no correspondía –sí se consideró la necesidad de que el plazo sea determinado, tal como surge de la norma–. Además, la facultad de legislar excede las atribuciones establecidas por la ley para la IGJ. No cabe duda de que se está extralimitando en sus funciones y facultades.

Vemos también que en la RG 1/22 se reitera el mismo criterio que vemos en otras resoluciones generales, como, por ejemplo, los considerandos de la [9/2020](#) o la [22/2020](#), de cuya lectura parecería desprenderse que las SAS se utilizaron para cometer fraude y engañar a terceros, acreedores y cónyuges –mientras que la realidad indica lo contrario–:

Que si bien la finalidad central de la ley 27349 de permitir que rápidamente verdaderos emprendedores accedan con pocos recursos a un instrumento sencillo de captación de inversiones para sus proyectos, el contexto económico frustró esos fines y la constitución de las Sociedades por Acciones Simplificadas viró a otras finalidades que no parecen alineadas con las finalidades de un verdadero desarrollo del emprendedurismo –ni menos aún con el de innovaciones en la producción de bienes y servicios que a éste deben distinguir–, sino más bien al logro de un instrumento de opacidad funcional susceptible de afectar derechos de terceros y también derechos individuales e irrenunciables de determinados socios cuando éstos no tengan una posición que les permita influir en la gestión de las sociedades.

4. Art. 21 [Ley 22315](#): “Corresponde al Inspector General: a) ejecutar los actos propios de la competencia del organismo, con todas las atribuciones que resultan de esta ley; b) interpretar, con carácter general y particular, las disposiciones legales aplicables a los sujetos sometidos a su control; c) tomar toda medida de orden interno, necesaria para la administración y funcionamiento del organismo a su cargo, dictando los reglamentos del caso; d) delegar su firma para la suscripción de actos, documentos o resoluciones, conforme lo determine la reglamentación”.

Seguramente existen SAS creadas con fines basados en el engaño y el fraude, pero no podemos caer en la interpretación de que todas las personas que constituyeron una SAS lo hicieron para cometer delitos. Lo mismo con los demás tipos societarios. También en la sociedad anónima o en la sociedad de responsabilidad limitada los socios pueden buscar fines no queridos por la ley, pero no podemos determinar y aseverar que todas las sociedades de determinado tipo societario son utilizadas para cometer fraude. Además, para eso está el Poder Judicial.

Sin perjuicio de ello, estoy de acuerdo con que la legislación inicial establecida para las SAS carecía de control y podía ser utilizada para perjudicar a terceros ayudado por la falta de control. Pero, nuevamente, no por ello puede interpretarse que todas son creadas para engañar y evadir obligaciones.

La RG 1/22 establece que la falta de un plazo, como serían los treinta años, resultaría ilógico y antinatural, cuando en realidad lo ilógico y antinatural es exigirlo y legislarlo a través de una resolución general en lugar de hacerlo mediante una ley. Además, la misma IGJ ha mencionado en otras oportunidades:

Que por lo tanto ninguna norma de rango inferior a la ley –con excepción de los denominados decretos de necesidad y urgencia (DNU, art. 99 párrafos tercero y cuarto de la Constitución Nacional), de transitoria equiparabilidad supeditada a que alcancen ulteriormente rango legal mediante la intervención parlamentaria)– puede modificar las leyes en el contenido sustantivo de éstas, aunque sí proveer, sin modificar su espíritu, los medios y detalles conducentes a hacer efectiva su aplicación, interpretándolas con consideración no solo al ordenamiento inmediato de fondo que se reglamenta sino armonizándolas cuando fuere necesario en mayor alcance con prescripciones del ordenamiento jurídico general e incluso con principios de éste.<sup>5</sup>

Y lo que se está haciendo con la RG 1/22 es modificar la ley en el contenido sustantivo de esta.

En la RG 1/22 se mencionan también, nuevamente, las desventajas que ha tenido a lo largo de la historia la falta de plazo, refiriendo las guerras privadas e internas que seguramente pueden haber ocurrido en alguna familia provocadas por motivos personales, familiares, sucesorios, conyugales y que se tradujeron (seguramente) en controversias interminables. Me da la sensación de que se quiere legislar para la anomalía. Ocurrieron y ocurren situaciones donde hubo conflictos entre socios y se trasladaron a sus

5. RG 9/2020.

familiares, pero no por ello puede entenderse que establecer un plazo de treinta los evitará.

Los casos de conflicto son los menos. No puedo interpretar que los conflictos societarios son la regla, lo normal. Lo general es que los socios se unan en un proyecto comercial, que puede ser o no exitoso, y, si asoma algún conflicto, lo solucionan.

Tampoco coincido con algunas de las citas que se realizan. De una lectura superficial de la RG 1/22 se podría entender que el doctor Isaac Halperín estaba a favor de contar con un plazo específico. Pero, en realidad, Halperín<sup>6</sup> menciona que el artículo 11 inciso 5 de la Ley 19550 dispone que deberá indicarse la duración del contrato; también menciona el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial donde se decidió que el plazo determinado era de orden público, en protección de los socios y de los terceros,<sup>7</sup> a lo que adherimos; y así está establecido en la ley: el plazo debe ser determinado. De noventa y nueve años o de cincuenta años o de treinta años o del plazo que los socios decidan para el proyecto que van a realizar, pero siempre determinado.

Agrega Halperín que en el régimen de la Ley de Sociedades no cabe tampoco el plazo implícito, ya sea objetivo (p. ej., la realización de una obra) o subjetivo (p. ej., por la vida de un socio). Menciono esto último porque en la RG 1/22 se refiere el tiempo de vida de los contratantes, con lo que tampoco estoy de acuerdo.

El fallo mencionado y comentado por el doctor Halperín se refiere a una sociedad con plazo indefinido, ya que establecía que la duración del contrato social se fija en 5 años, renovables indefinidamente por iguales períodos si con seis meses de anticipación a uno cualquiera de los períodos contractuales, la mayoría de los socios contada por capital y personas no resolviera disolverla totalmente. Lo que el fallo prohibió es el tiempo indefinido ya que, como menciona, los contratantes subordinaron la subsistencia social al acontecimiento incierto y futuro de lo que resolvieran con seis meses de anticipación a cada período de cinco años.

Similar mención hace el doctor Halperín en su nota: "resulta así inadmisibles una cláusula como la que motivó el fallo anotado, que autorice prórrogas indefinidas, porque lleva justamente a la indeterminación del plazo".<sup>8</sup>

6. HALPERÍN, Isaac, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, Depalma, 1972, 6ª ed.

7. Del 28/2/1945 (*La Ley*, 38-75) y del 28/5/1947 (*La Ley*, 47-99); ambos fallos, de la Cámara Comercial de la Capital.

8. Comentario al fallo de la Cámara Comercial de la Capital realizado por el Dr. Isaac Halperín (*La Ley*, 47-99).

El otro fallo mencionado<sup>9</sup> resolvió que “la sociedad de responsabilidad limitada debe constituirse por tiempo determinado. La constitución por tiempo indeterminado es contraria a su naturaleza”. Expresa también que

... no siendo posible admitir la inscripción de la sociedad recurrente bajo la expresión en su contrato de tener una duración indeterminada por tratarse de una sociedad cuyo carácter es de existencia ideal, según nuestra legislación que las comprende y por aplicación del art. 24 de la ley 11645, deben ser constituidas por un plazo cualquiera, pero siempre en forma determinada o determinable y no de una duración indeterminada...

El fallo menciona que puede ser constituida por un plazo cualquiera pero determinado. No puedo aseverar si es razonable establecer un plazo específico. De lo que sí estoy seguro es de que, en caso de hacerse, no debería ser de treinta años, así como de que, si se llegara a la conclusión de su conveniencia, el plazo debería ser establecido por el legislador.

Sin perjuicio de ello, considero que este tipo de discusiones no tiene sentido. La mención que hace la RG 1/22 de que “la doctrina nacional se ocupó muy poco del tema” es demostrativa de que no tiene sentido ni razón de ser establecer un plazo concreto. Se ocuparon poco del tema dado que no era necesario. Tampoco parece lógico que, para justificar este cambio radical, tengamos que remontarnos a Halperín y a lo que supuestamente escribió hace más de cuarenta y cinco años, así como a fallos de más de setenta años.

Parte de la base de que el organismo ha estudiado el tema y tiene buenas intenciones, pero a veces las buenas intenciones no son suficientes. Estos cambios de timón para regular y restringir situaciones que ya se encontraban reguladas y funcionaban producen mucho daño a la sociedad y a todos los actores en la vida de una sociedad. Puede ser que dentro de varios años alguien modifique esta resolución, pero será tarde. Este tipo de virajes sorpresivos se contraponen con la necesidad de reglas claras que regulen pero que dejen hacer negocios, pagar impuestos, contratar personas.

Este tipo de resoluciones no ayuda. Estos cambios arbitrarios no hacen más que ahondar las preocupaciones de todos los que participan en la vida comercial de una sociedad: cada socio, cada acreedor y cada futuro heredero.

9. *La Ley*, 38-76.