

Órgano del Colegio de Escribanos
de la Ciudad de Buenos Aires
Fundada el 15 de noviembre de 1897
Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

916

ABRIL | JUNIO 2014

REVISTA del **NOTARIADO**

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

Dirección y administración

Departamento de Comunicaciones

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 1^{er} 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: en trámite

ISSN: 2362-6186

Queda hecho el depósito que dispone la Ley 11.723

Diseño de tapa: Florencia Cardoso

Diseño de interior: Liliana Chouza

Consejo Directivo

Ejercicio 2013-2015

Presidente **María Cecilia Herrero de Pratesi**

Vicepresidente **Bernardo Mihura de Estrada**

Secretario **Santiago Joaquín Enrique Pano**

Secretaria **Patricia Adriana Lanzón**

Prosecretario **Ricardo Jorge Blanco Lara**

Prosecretaria **María Magdalena Tato**

Tesorero **Esteban Enrique Ángel Urresti**

Protesorero **Jorge Andrés De Bártolo**

Vocales titulares **Susana Marta Bonanno**
Liliana Mabel Serebrisky
Julio César Capparelli
Mariana Claudia Massone
Fernando de Abreu
Carlos Ignacio Benguria (h)
Rosana Fabiana Gimeno
Alicia Verónica Castillo
Paula María Rodríguez Foster
Antonio Joaquín Cinque

Vocales suplentes **Enrique Hugo José Garbarino**
Víctor Cabuli
Martín Rodríguez Giesso
María Luciana Mosconi
Virginia Gatti
Diego Alberto Paz Vela

Decano **R. Gastón Courtial**
(Resolución Asamblea Extraordinaria del 26/9/2013)

Presidente honorario **Julio A. Aznárez Jáuregui**
(Resolución Asamblea Extraordinaria del 30/9/2004)

Comisiones

Actividades Deportivas
Análisis y Control Previsional
Asesora de Arancel
Asesora de Informática
Asesora de Inspección de Protocolos
Automotores
Congresos, Jornadas y Convenciones
Consultas Jurídicas
Criterios Uniformes IGJ
Cultura
Defensa del Escribano
Disciplina y Protección Jurisdiccional
Enlace con el Tribunal de Arbitraje y Mediación
Enlace con la AGIP
Ente de Cooperación con la IGJ
Escribanas Verificadoras
Escribanos Jubilados

Escribanos Referencistas
Integración Profesional
Ley 17.050
Orientación al Público
Portal de Enlace con los Organismos Públicos
Registro de Actos de Autoprotección
Registro de Actos de Última Voluntad
Seguimiento de Proyectos Legislativos

Institutos

Derecho Civil
Derecho Comercial
Derecho Notarial
Derecho Procesal
Derecho Registral
Derecho Tributario
Filosofía
Investigaciones Históricas Notariales

Tribunal de Ética

Presidente: Jorge Enrique Viacava. **Vicepresidente:** Carlos Alberto Guyot. **Secretario:** Alfredo Daniel López Zanelli. **Miembros titulares:** Jorge Alberto Ricciardi, Eduardo Héctor Plaetsier. **Miembros suplentes:** Daniel Augusto Ferro, Arturo Armando Riat, Marta Esther Goldfarb, Carlos Alberto Ortega, Adriana Patricia Freire.

Revista del Notariado

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

Comité editorial: Maritel Mariela Brandi Taiana, Diego Maximiliano Martí, Mariana Claudia Massone, Pilar María Rodríguez Acquarone, Mario Gabriel Szmuch.

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez | Departamento de Comunicaciones

Editorial | 6

Doctrina

Derecho superficiario fiduciario. ¿Ahora sí?, por *Maritel M. Brandi Taiana* | **8**

Boleto de compraventa y oponibilidad de medidas cautelares. Evolución legislativa y el sistema proyectado en la reforma del Código Civil, por *Ezequiel Cabuli* | **17**

La representación societaria y la apariencia jurídica. Los directores electos en asambleas irregularmente celebradas, por *María Cesaretti* y *Oscar D. Cesaretti* | **23**

Donación a herederos legitimarios en el Código Civil y Comercial, por *Natalio P. Etchegaray* | **31**

La sociedad del 985, por *Alberto M. Miguens* | **38**

Estudio de la noción de oponibilidad en el derecho inmobiliario, por *Ariel E. Regis* | **75**

Usufructo de acciones y cuotas, por *Pilar M. Rodríguez Acquarone* | **109**

Consultas jurídico-notariales

Donación por sociedad anónima. Capacidad. Acto extraño al objeto | **127**

Internacional

Sobre latinos y sajones, por *José A. Márquez González* | **144**

Al recibir este número ustedes ya habrán visto y –esperamos– leído el 915, el primero publicado en forma digital.

Comité editorial

Paralelamente a la decisión de que la Revista pase a distribuirse digitalmente, se implementaron otros cambios que apuntan a garantizar la calidad de los artículos publicados. Para ello, se conformó un Comité Editorial, que colabora con el Director en la evaluación de los trabajos que llegan a la Revista para ser publicados. Este comité se encuentra asimismo coordinando los comentarios a fallos que se elaboran en el Colegio sobre temas de interés notarial.

El Comité Editorial está constituido por los escribanos Maritel Mariela Brandi Taiana, Diego Maximiliano Martí, Mariana Claudia Massone, Pilar María Rodríguez Acquarone y Mario Gabriel Szmuch, a quienes agradecemos especialmente su compromiso con la *Revista del Notariado*.

Nuevo comunicado del Colegio sobre certificación de firmas por parte de terceros profesionales

Con fecha 11 de julio del 2014, el Colegio comunicó a los escribanos lo siguiente:

En el día de la fecha, viernes 11 de julio, el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 7 ha declarado desierto el recurso concedido al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, por no haber sido fundado en tiempo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 246 del Código Procesal. De esta manera, se mantiene la cautelar otorgada al Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires junto con la suspensión de los efectos de la Resolución del Consejo Directivo del Colegio de Abogados de la Capital Federal del 27 de diciembre de 2013, que implementaba la creación del “Registro de certificaciones de documentos de abogados matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, hasta tanto se dicte sentencia definitiva. El Colegio continuará trabajando hasta lograr la definitiva anulación de esta nueva incumbencia que los abogados pretendieron habilitar fuera de las competencias que les atribuye el Estado y que perjudicaría la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Este número

Publicamos en este número el trabajo “La sociedad del 985”, del escribano Alberto María Miguens, de la Ciudad de Buenos Aires, que obtuvo el Primer Premio en las Jornadas Notariales Argentinas.

Este galardón no nos sorprende: hay una generación de escribanos que sigue a la propia, que produce trabajos capaces de ganar premios en cualquier congreso o jornadas en las que se traten asuntos jurídicos.

Boletín de la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional

Para el período 2014-2016, ONPI nos ha comunicado la creación de un boletín con llegada directa a todos los notarios del mundo. Simultáneamente, reitera el lanzamiento de su campaña “Infórmenos para informar”, porque considera que hay acciones de suma importancia que no trascienden porque se fracasa en la forma o manera en que fueron comunicadas. Este boletín es una herramienta al servicio de los notariados miembros y de la Unión Internacional del Notariado y redundará en beneficios no sólo para el notariado sino también para la comunidad toda.

Entre las noticias más relevantes, se pueden mencionar:

a) La modificación de la Ley de Eutanasia en Bélgica, sancionada por el parlamento belga a mediados de febrero de 2014, a través de la cual se aprobó por mayoría la eutanasia en niños y adolescentes con enfermedades incurables. Así, la ley extiende la aplicación de esta medida, existente desde el año 2002 para adultos, a menores que padezcan sufrimiento físico constante e insoportable que no pueda ser aliviado, producido por una enfermedad incurable.

b) La publicación de la obra *Derechos humanos. Les enfants fantomes*, de Laurent Dejoie y Abdoulaye Harissou (presidente y secretario general de la Asociación del Notariado Francófono), que hace un análisis del fenómeno de los “niños fantasmas” o “niños invisibles”, en el marco del compromiso que el Consejo Superior del Notariado Francés mantiene con la promoción del estado civil en los países en desarrollo, es decir, la inscripción de los nacimientos en los registros del estado civil para poner fin a este flagelo. Según datos de la Unicef, hay aproximadamente doscientos treinta millones de niños menores de cinco años que no tienen un estado civil, con lo cual no “existen” para la ley ni para los gobiernos; situación que se presenta especialmente en países de África subsahariana y del sudeste de Asia. La obra ofrece propuestas para dar a estos niños una identidad, indispensable para su desarrollo, su protección y su inserción en la sociedad, y sostiene la importancia de la función del notario y su deber de controlar el estado civil de las personas que comparecen ante él¹.

c) Aprobación del nuevo marco jurídico que regula las funciones del notario en la República Dominicana.

d) La realización de la XXXI Jornada Notarial Argentina (Córdoba 7-9 de agosto de 2014), que contó con la presencia del presidente de la Unión Internacional del Notariado (UINL), Daniel-Sédar Senghor; la vicegobernadora de la provincia de Córdoba, Alicia Pregno; el presidente honorario de la UINL, Eduardo Gallino; entre otras autoridades.

Sin más, se despide afectuosamente.

EL DIRECTOR

1. Agradecemos la colaboración de la presidente de la ONPI, Esc. Águeda Crespo, en la traducción de los textos originales en francés.

Derecho superficiario fiduciario. ¿Ahora sí?*

Maritel M. Brandi Taiana

Sumario: 1. Introducción. ¿Por qué el derecho real de superficie? 2. Derecho superficiario fiduciario. ¿Para qué? 3. Inscripción del derecho superficiario fiduciario. 4. Conclusión.

1. Introducción. ¿Por qué el derecho real de superficie?

Vélez, en la nota al artículo 2503 del [Código Civil](#) vigente, al justificar la no inclusión del derecho de superficie entre los derechos reales legislados, dice que “El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”. Es posible que la sospecha de Vélez tuviera asidero en su momento. Cabe tener presente que el Código no incorporó el derecho de propiedad horizontal y deben haber concurrido los mismos fundamentos.

Alterini explicó cómo la incorporación de ese derecho a nuestra normativa vigente empezó a ser considerada como una necesidad desde el punto de vista doctrinario, a pesar de la prohibición originaria del Código.¹ El autor comenta que, a partir del VI Congreso Internacional de Derecho Registral² (Madrid, 22-26 octubre 1984), los juristas argentinos tuvieron la oportunidad de transitar el camino de un instituto que, si bien prohibido en nuestro derecho, en los tiempos que corren puede ofrecer “la posibilidad de que el propietario de un terreno que no quiere o no puede construir otorgue la alternativa de hacerlo a un tercero, con el aliciente de convertirse en propietario de lo edificado”, y, de esta manera, colaborar a “paliar la crisis habitacional”.

Sin embargo –como destaca Alterini–, los tiempos cambiaron y la recepción del derecho real de superficie en nuestra legislación se encuentra ampliamente legitimada en muchos aspectos, especialmente el económico, dado que reduciría el costo de

* [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26.994. Por tal motivo, las referencias utilizan el término “Proyecto”. Los hipervínculos utilizados dirigen a la versión aprobada por el Senado en [noviembre de 2013](#).

El lector puede consultar además: a) la [Ley 26.994](#) y sus anexos; b) la versión del Proyecto elevada al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional a través del [Mensaje 884/2012](#)].

1. ALTERINI, Jorge H., “Derecho real de superficie”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 850, noviembre 1997, pp. 9-22.

2. Actuó como coordinador nacional del tema II “El derecho de superficie y el Registro” y como coordinador general de la delegación argentina.

los emprendimientos y, de esa manera, facilitaría su desarrollo. Así, se redactaron distintos proyectos de ley para incorporar el derecho real de superficie, postura que fue receptada en el último [Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de 2012](#), prácticamente sin variaciones respecto de la forma en que fue abordado en el [Proyecto de Código Civil y Comercial de 1995](#); la excepción fueron los plazos de duración previstos, que se extendieron, de conformidad con lo previsto en el artículo 2117: un máximo de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para forestaciones y plantaciones.

En el año 2000, tuvimos oportunidad de analizar el derecho real de superficie en el Proyecto 1995 y aplaudir su incorporación a nuestro sistema jurídico positivo en el marco de las innovaciones propuestas para los derechos reales.³ Propusimos la articulación conjunta del derecho real de superficie y el fideicomiso para asegurar mejor el uso del primero como instrumento de inversión, dando origen a lo que bautizamos dominio fiduciario superficiario. Hoy, tras haber continuado profundizando el estudio del tema y recibido interesantes opiniones,⁴ debemos reformular su denominación y proponemos hablar de **derecho superficiario fiduciario**.

Al contrario de lo que proponía Alterini cuando sostuvo que el mayor interés de aplicación de este instituto residía en el ámbito de la construcción, finalmente, en el año 2001, a través de la [Ley 25.509](#), el derecho real de superficie se legisló exclusivamente para el ámbito forestal.

En el círculo doctrinario, esta normativa dejó gusto a poco, no sólo por lo **acotado de su objeto** y las críticas a las que dio lugar la definición del derecho (art. 2), sino porque, al apartarse de la reforma integral propuesta, **perdió el soporte que le ofrecía el Proyecto 1995 como un todo**.

Dijimos en un comentario: la ley prevé la posibilidad de gravar la propiedad superficiaria con derecho real de garantía, reconociendo así la posibilidad de constituir un derecho real sobre un derecho real; es decir, un derecho real no sobre una *cosa* en los términos del artículo 2311 del [Código Civil](#) sino sobre *bienes* en los términos del artículo 2312. Esta conclusión surge de la lectura del artículo 2 *in fine*. La ley se expresa en términos genéricos: “derecho real de garantía”, con lo que surge la posibilidad de constituir hipotecas y fideicomisos en garantía.⁵

Lo cierto es que la redacción de la ley no es clara y llevó a la doctrina a discutir su alcance en diversos aspectos, entre ellos, la posibilidad de constituir un derecho real de garantía sobre el derecho real de superficie forestal en su etapa de derecho sobre cosa ajena, previa a la propiedad superficiaria.

3. BRANDI TAIANA, Maritel M., “Dominio fiduciario superficiario y algunas consideraciones sobre forestación y donaciones a terceros”, en AA. VV., *XXV Jornadas Notariales Argentinas. Ponencias*, Mendoza, Colegio Notarial de Mendoza, 2000, pp. 235-248.

4. Agradezco muy especialmente la colaboración prestada por la escribana Adriana Abella, quien desinteresadamente leyó este trabajo y realizó importantes aportes.

5. BRANDI TAIANA, Maritel M. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., “Derecho de superficie forestal”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 868, abril-junio 2002, pp. 17-25.

Cabe recordar que el derecho de superficie, según lo ha concebido la doctrina y lo regula la [Ley 25.509](#), presenta dos planos: uno en tanto derecho sobre cosa ajena a plantar, forestar o construir, y otro en tanto derecho real sobre cosa propia respecto de lo plantado, forestado o construido en el terreno, que da nacimiento a la propiedad fiduciaria propiamente dicha. Como consecuencia de que el derecho de superficie forestal fue legislado de forma independiente al Proyecto 1995, se dejaron de lado dos aspectos fundamentales: a) la extensión del derecho real de superficie más allá del ámbito forestal, a plantaciones y construcciones; y b) la ampliación expresa del objeto de los derechos reales a determinados derechos, sin limitarlos únicamente a las cosas, como lo hace el artículo 2311 del [Código Civil](#).

No podemos dejar de destacar que con la legislación vigente existe cierta incomodidad jurídica para la constitución del derecho real de hipoteca sobre el derecho real de superficie en su etapa previa a la propiedad superficiaria. No ocurre lo mismo con el fideicomiso en garantía, dado que la [Ley 24.441](#), desde su origen, ha admitido la transmisión de bienes en propiedad fiduciaria de. Sin embargo, por los mismos argumentos, no podríamos ampliar la convivencia entre el derecho real de superficie forestal y la propiedad fiduciaria más allá de la excepción taxativa prevista en la ley únicamente para los derechos de garantía, por cuanto se trata de una excepción que debe aplicarse en sus términos estrictos.

Estamos ahora ante una nueva oportunidad de modificar la conceptualización del [Código Civil](#) vigente en este sentido, ya que, a la par de receptor dentro de los derechos reales el de superficie en términos generales, el Proyecto 2012 admite la ampliación del objeto de los mismos en general a fin de incrementar los supuestos de aplicación. El artículo 2114 del [Proyecto 2012](#) establece:

Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este título y las leyes especiales.

Asimismo, el artículo 1883 dispone:

Objeto. El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un **bien taxativamente señalado por la ley**.

2. Derecho superficiario fiduciario. ¿Para qué?

Cuando nos adentramos en el estudio de este instituto, llegamos a la conclusión de que su utilidad no reside únicamente en su propia existencia, sino que su implemen-

tación en conjunto –propiedad superficiaria y propiedad fiduciaria– permitiría soslayar algunos aspectos que, en la práctica, pueden hacer poco atractiva su utilización.

En efecto, junto con los beneficios que ofrece la figura del derecho real de superficie, en especial en cuanto al abaratamiento del emprendimiento por el menor valor de adquisición del terreno superficiario, es factible su transmisión fiduciaria de manera de **añadir la protección del patrimonio de afectación que nos acerca el fideicomiso**, no sólo en su aspecto de garantía, al permitirse tanto en el Proyecto 1995 como en el Proyecto 2012 la constitución de determinados derechos reales sobre derechos.

En consonancia con el artículo 1 de la [Ley 24.441](#), el artículo 1666 [proyectado](#) define el contrato de fideicomiso de la siguiente manera:

Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, **transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes** a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.

Específicamente **se admiten como objeto de los derechos reales los derechos** en los casos previstos por la ley, y **el contrato de fideicomiso permite puntualmente que la propiedad fiduciaria recaiga sobre bienes**, es decir, **tanto sobre cosas como sobre derechos**. De esta manera, es factible que el derecho real de superficie, tanto en su etapa de derecho sobre bien ajeno como en su etapa de propiedad superficiaria, sea transmitido en el marco de un contrato de fideicomiso, de manera tal de constituir una propiedad fiduciaria sobre el objeto de dicho derecho real. Ello daría origen al **derecho superficiario fiduciario**.

Con respecto al contrato de fideicomiso, no hay innovación en cuanto a su objeto, dado que, aún hoy con el texto vigente de la [Ley 24.441](#), la propiedad fiduciaria puede recaer sobre derechos. Su artículo 1 dispone:

Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) **transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados** a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

En todo caso, la innovación trascendental que acerca la regulación proyectada del contrato de fideicomiso es la posibilidad de que el fiduciario sea beneficiario. Veremos que esta novedad puede ayudarnos a implementar la operatoria del derecho superficiario fiduciario en algunos aspectos, con mayor comodidad.

A continuación se detallan algunos supuestos prácticos de utilidad –expuestos oportunamente⁶–.

6. Cfr. nota 3.

2.1. *Fideicomiso de administración*

Es evidente que el derecho real de superficie permite que un propietario que no puede o no quiere construir transmita dicho derecho a un tercero para que éste construya en el inmueble y haga propio lo construido, abonando –precisamente debido a la temporalidad del derecho de superficie– un importe menor por el predio del que debería desembolsar para la adquisición de su dominio pleno. A su vez, el transmitente no sufre la pérdida definitiva de su propiedad. Más atrayente es aún este esquema cuando se trata de predios propiedad del Estado.

Cuando el Estado es parte en el contrato, la combinación del derecho real de superficie con el contrato de fideicomiso permitiría limitar los riesgos del negocio exclusivamente al propio emprendimiento y aseguraría, aún más, la debida restitución del predio al transmitente a la extinción del derecho de superficie, libre de los avatares económicos y financieros del adquirente.

La propuesta consiste en que el Estado, evitando correr con los riesgos empresariales correspondientes, transmita en fideicomiso el derecho de superficie sobre terrenos inexplorados a una fiduciaria que, en principio, sería una empresa constructora. La fiduciaria tendría en su cabeza el derecho superficiario fiduciario de tales terrenos, con el cargo de construir a su costo, por ejemplo, un complejo de viviendas (bajo el régimen de propiedad horizontal) para enajenar a terceros –fideicomisarios– el derecho de superficie al finalizar la obra, dentro de determinadas condiciones (éstas serán reglamentadas por el Estado en el contrato, teniendo en cuenta los intereses del sector social al que van dirigidas esas viviendas). El plazo del derecho real de superficie no tiene necesariamente que coincidir con el plazo del fideicomiso, ya que, si bien éste tiene una duración máxima de treinta años –en este caso, presumiblemente durará sólo hasta la finalización de la obra–, podría preverse que, en cabeza de los fideicomisarios, el derecho real de superficie que en definitiva les sea adjudicado tenga una duración mayor, siempre que no se exceda el plazo máximo de setenta años en total.

Evidentemente, debe reconocerse un lucro –controlado– a favor de la fiduciaria por cuanto el Estado no puede pretender un enriquecimiento sin causa, pero dicho beneficio podría consistir en el producido de la venta de algunas de las unidades existentes a la finalización del proyecto.

Este plan de acción debería completarse con beneficios impositivos a favor de las constructoras, lo que les facilitaría encarar proyectos que de otra manera excederían sus posibilidades, y se integrarían así las pymes al circuito económico.

El programa de adquisición de la vivienda podría complementarse con la celebración de contratos de *leasing* con los eventuales adquirentes –fideicomisarios de un derecho real de superficie sobre la unidad funcional construida–. Estos contratos estarían sujetos a la condición suspensiva de que, una vez extinguido el derecho superficiario fiduciario, los fideicomisarios –que deberían reintegrar su vivienda al Estado al finalizar el plazo del derecho de superficie– accedan a la propiedad plena, siempre

que reúnan determinados requisitos que garanticen el pago del saldo de precio residual y el cierre de la operación de financiación. En este supuesto, los fideicomisarios tendrían un derecho de preferencia respecto de otros adquirentes con relación a las viviendas construidas bajo esta modalidad, de las que hubieran sido adjudicatarios oportunamente.

Entendemos que el escalonamiento de los riesgos favorece las inversiones y hace más eficiente la intervención del Estado.

2.2. Fideicomiso testamentario

Además del esquema propuesto, que en definitiva es el que naturalmente surge del derecho real de superficie, sugerimos la utilización de estas herramientas en el marco de protección a los incapaces.

Sin perjuicio de las disposiciones contenidas respecto del fideicomiso testamentario en la [Ley 24.441](#), el artículo 1699 del [Proyecto 2012](#) establece que se le aplican al fideicomiso testamentario los artículos 2448 y 2493.

Artículo 2448:

Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar social, educacional o laboral.

Artículo 2493:

Fideicomiso testamentario. El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8ª, Capítulo 30,⁷ Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448.

Es evidente la espectacular modificación estructural que suponen los artículos transcritos –independientemente del déficit de su redacción⁸–, dado que introducen no sólo una mejora especial para el caso de las personas con discapacidad, sino que re-

7. Regulación del contrato de fideicomiso.

8. En el artículo 2448 no queda claro si se trata de una mejora que involucra una tercera parte de la herencia o una tercera parte de dos terceras partes de ella.

conocen la existencia de la discapacidad natural⁹ como circunstancia determinante de su aplicación.

El derecho de superficie, como objeto del fideicomiso testamentario y constitutivo del derecho superficiario fiduciario, también sería de suma utilidad en este caso. El beneficio reside en que, dado el menor valor del derecho real de superficie respecto del derecho real de dominio –del que de todos modos la persona con discapacidad no podría libremente disponer–, la combinación de ambos institutos permite asegurarle mejor al disponente que la porción de su patrimonio que destina a la protección de aquél no excede la parte que la ley le permite afectar al efecto, lo que, además, redundará en una mejor relación entre los herederos.

Como comentábamos, es conveniente tratar de evitar la disposición más allá de la porción legítima, por cuanto no estamos únicamente en el terreno de la ley abstracta sino fundamentalmente en el de las relaciones humanas, con todas las debilidades que ello puede conllevar. Los inconvenientes patrimoniales en casos como el expuesto suelen devenir en la desprotección emocional del incapaz, cuya atención es tan necesaria como el apoyo patrimonial.

Colaborará también en la ingeniería a desarrollar para el debido cumplimiento de la voluntad del disponente, la protección de la persona con discapacidad y la preservación de la paz familiar el hecho de que en el propio fideicomiso testamentario **puede designarse fiduciario a uno o más herederos que podrán, además, ser sus beneficiarios** durante su vigencia, dado que es admitido por el [Proyecto 2012](#) (art. 1671).

En cuanto a la prohibición que se mantiene respecto de que el fiduciario sea, a su vez, fideicomisario, entendemos que en el caso del fideicomiso testamentario el hecho de que los restantes herederos legitimarios resulten últimos titulares de los bienes del causante después del fallecimiento de la persona con discapacidad o superada la discapacidad que lo afecte no supone que se reúna en la misma persona la calidad de fiduciario y fideicomisario, dado que, al momento de la adquisición por parte de los legitimarios de los bienes objeto del fideicomiso testamentario, éste se habrá extinguido y aquéllos regresan al patrimonio del fiduciante-disponente, con la consecuente distribución entre los legitimarios.

3. Inscripción del derecho superficiario fiduciario

A la luz de lo dispuesto por el artículo 5 de la [Ley 25.509](#) debe analizarse pormenorizadamente la inscripción del derecho real de superficie forestal. Dicho artículo establece:

9. Venimos bregando por su reconocimiento normativo desde el año 2002, como expusimos en “Incapacidad”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 954, 2006, pp. 431-512.

El derecho real de superficie forestal se adquiere por contrato, oneroso o gratuito, instrumentado por escritura pública y tradición de posesión.

Deberá ser inscripto, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados, en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente.

Rescatamos el carácter publicitario de la inscripción, por contraposición al carácter constitutivo existente en otros ordenamientos jurídicos respecto de este derecho de superficie, como el caso del [Reglamento Hipotecario español](#).¹⁰

Por otra parte, si bien compartimos con parte de la doctrina especializada la opinión de que la ley se excedió en los lineamientos indicados para la inscripción, en tanto en cuanto supone un avance sobre competencias provinciales, lo cierto es que a esta altura se cuenta con una metodología de trabajo al efecto, que sería conveniente extender, en caso de que se apruebe la reglamentación amplia del derecho real de superficie según se establece en el [Proyecto 2012](#), sin más modificaciones, a los nuevos supuestos contemplados.

En este sentido, sería conveniente aplicar las conclusiones a las que arriba Mazzei¹¹ respecto del derecho real de superficie forestal:

... aparece como técnica de registración adecuada la siguiente: en la matrícula donde consta la titularidad del dominio, en el rubro “Gravámenes y restricciones e interdicciones”, se consignará: 1) afectado derecho real de superficie forestal Ley 25.509; 2) la superficie afectada, en caso de no ser la totalidad del inmueble; 3) la identificación del plano respectivo; 4) los datos de la escritura de afectación y del escribano autorizante; y 5) los datos registrales correspondientes (nº de presentación al registro, fecha).

En el folio anexo, donde se inscribe el derecho real de superficie forestal Ley 25.509, deberá estar claramente identificado el número de la matrícula, que coincidirá con la del folio original que es su antecedente, y se le podrá agregar seguidamente “superficie forestal” o las iniciales SF, para completar su determinación.

A modo de ejemplo, transcribimos parcialmente la Disposición técnico-registral [22/2005](#) de la provincia de Buenos Aires, que establece respecto de la superficie forestal lo siguiente:

Artículo 2. Cuando la superficie afectada no coincida con la superficie total del inmueble, deberá confeccionarse un plano de mensura aprobado por los organismos competentes.

Artículo 3. La registración del documento producirá la conversión a la técnica de folio real. Su toma de razón originará la creación de un “folio real anexo”, que mantendrá la

10. El art. 16 de ese [ordenamiento](#) establece: “Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir”.

11. MAZZEI, Juana B., “Derecho real de superficie forestal. Consideraciones sobre la publicidad registral”, en [Revista del Notariado](#), Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 885, julio-septiembre 2006, pp. 57-61.

misma numeración que el folio real de origen, seguida de la expresión “superficie forestal”, en el que se asentarán todos los asientos registrales referente al derecho real de superficie forestal. En el rubro b) “Gravámenes, restricciones e interdicciones” del folio real de origen, se dejará constancia de la inscripción del derecho real de superficie forestal.

Es probable que el criterio de registración a seguir sea el mismo en el caso de que se apruebe el [Proyecto 2012](#). En el supuesto de que exista derecho superficiario fiduciario, éste debería anotarse en el rubro “Gravámenes, restricciones e interdicciones”, en donde se harían constar, además de los datos relativos al derecho real de superficie en sí mismo, los correspondientes al fideicomiso, es decir: el fiduciario, el plazo de hasta treinta años, los datos de la escritura de constitución y las limitaciones para su disposición, en su caso. En el folio real anexo correspondiente al derecho real de superficie, se anotarían los demás datos relevantes que afecten la concurrencia de ambos derechos, como, por ejemplo, la parte material del inmueble afectada.

4. Conclusión

La posibilidad de constituir derechos reales sobre derechos, prevista en los Proyectos de 1995 y de 2012, amplía el marco de aplicación del derecho real de superficie.

Según el Proyecto 2012, es factible la complementación del derecho real de superficie con el fideicomiso para la constitución del derecho superficiario fiduciario, de manera tal de disminuir los riesgos de los emprendimientos superficiarios y hacer más atractiva su utilización.

El derecho superficiario fiduciario constituye una herramienta trascendente para diversos proyectos, entre ellos: a) desarrollo de una política estatal que, sin disminuir el patrimonio nacional, provincial o municipal, permita superar el déficit habitacional con menores riesgos para el Estado; b) la protección de los herederos con discapacidad, en consonancia con las previsiones establecidas por el Proyecto 2012 en sus artículos 2448 y 2493.

En caso de que se apruebe la regulación del derecho real de superficie en los términos previstos en el Proyecto 2012, es conveniente extender la experiencia registral desarrollada a la luz de la Ley 25.509 respecto del derecho real de superficie forestal.

El derecho superficiario fiduciario tendrá reflejo registral mediante su inscripción en la matrícula correspondiente al inmueble, en el rubro “Gravámenes, restricciones e interdicciones” y originará un folio real anexo. En la inscripción que tendrá lugar en la matrícula raíz del inmueble, se harán constar las particularidades del derecho de superficie con vocación registral –según se hace actualmente–, acompañadas de la identidad del fiduciario, el plazo del fideicomiso y las limitaciones de disposición si existieran. En el folio real anexo, se anotarán los demás datos relevantes que afecten la concurrencia de ambos derechos, como, por ejemplo, la parte material del inmueble afectada.

Boleto de compraventa y oponibilidad de medidas cautelares

Evolución legislativa y el sistema proyectado en la reforma del Código Civil*

Ezequiel Cabuli

Sumario: 1. Introducción. 2. El boleto de compraventa. Su tratamiento y evolución legislativa. 3. El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. 4. Conclusiones.

1. Introducción

El sistema legal argentino regula las consecuencias de los actos jurídicos derivadas de la interpretación de cláusulas contractuales y sus sanciones en los casos de incumplimiento o controversia. No obstante, la costumbre –como fuente del derecho– torna disvaliosas determinadas soluciones impulsadas por la aplicación lineal de normas preestablecidas. Ante estas situaciones, se producen injusticias que provocan una mutación en la interpretación clásica de las normas y, en consecuencia, el dinamismo necesario para que el derecho evolucione conjuntamente con la sociedad en la cual se aplica.

Estas circunstancias le sirven al legislador como motor para crear derecho a través de la modificación de determinados aspectos particulares de la ley con el fin de corregir imperfecciones y de que siga funcionando en sintonía con la realidad. Sin embargo, en determinados casos, las buenas intenciones de las reformas legislativas chocan con la claridad de la redacción primitiva de los artículos que se quieren perfeccionar; por ejemplo, cuando se agregan párrafos a artículos existentes o cuando se repite la numeración de un artículo con el aditivo bis para consolidar una interpretación. Esta técnica legislativa genera contradicciones interpretativas que dificultan receptar el contenido de tales disposiciones. Sólo en algunos casos bien vale el esfuerzo si el resultado es conforme a derecho y justo.

* [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26.994. Por tal motivo, las referencias utilizan el término “Proyecto”. Los hipervínculos utilizados dirigen a la versión aprobada por el Senado en [noviembre de 2013](#).

El lector puede consultar además: a) la [Ley 26.994](#) y sus anexos; b) la versión del Proyecto elevada al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional a través del [Mensaje 884/2012](#)].

El [Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación](#) les da la ventaja a sus creadores de sostener las realidades jurídicas de la sociedad sin la necesidad de agregados o parches al ya tan modificado [Código Civil](#) existente. La oportunidad de empezar de cero es trascendental para confeccionar un articulado originario claro y armónico. Este es el mayor desafío del Proyecto.

Para poder interpretar el alcance de los artículos en una situación particular, debemos regirnos por los principios generales, entre los cuales se sostiene que una norma especial debe prevalecer sobre una de alcance general. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido un límite para la aplicación de este principio:

... “es regla de interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (*Fallos*, t. 255, p 192) y que la inconsecuencia o la falta de previsión no se suponen en el legislador y por esto se reconoce como principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (*Fallos*, t. 278, p. 62)”.¹

Es necesario interpretar en forma razonable una prerrogativa jurídica, para que esta pueda aplicarse en forma especial a un caso particular para la cual fue diseñada y no permitir interpretarla erróneamente derogando principios esenciales como el de transmisión de derechos reales por actos entre vivos (regulada por los arts. 577, 1184 inc. 1, 1185, 2505, 2524, 2601, 2603 y 2609 CCIV).

2. El boleto de compraventa. Su tratamiento y evolución legislativa

Existe un tratamiento especial del boleto de compraventa, que se basa en la interpretación del agregado que la reforma de 1968 le hizo al artículo 2355 del [Código Civil](#). Ésta sostiene que el boleto de compraventa le otorga al adquirente el derecho de obtener la escritura traslativa del dominio, como obligación de hacer; incluso el juez, en los casos de incumplimiento, el juez podrá otorgar la escritura a favor del comprador. Esta evolución legislativa le confiere al boleto una protección para el adquirente, ya que “se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe”.

La posesión legítima resulta del ejercicio de un derecho real, constituido de conformidad con las disposiciones del [Código](#), y ese derecho real es el derecho de dominio. En consecuencia, existe una contradicción en la parte reformada, que ha sido interpretada por distintos autores.

1. CSJN, 5/6/1979, “M. de A., A.”, citado en FOGNINI, Ariel I. y RODRÍGUEZ, Juan P., “Artículo 1185 bis del Código Civil. ¿Se puede aplicar a las ejecuciones individuales?”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 11/9/2007 (t. 2007-E, p. 1065).

Bustamante Alsina² sostiene que esa posesión legítima a la que se refiere el último párrafo del artículo 2355 resulta del ejercicio de un derecho de dominio imperfecto. La imperfección no se origina en su limitación o su resolubilidad, tampoco en la existencia de desmembraciones, sino en la falta de cumplimiento de la solemnidad requerida por la ley. Entendido así, será un dominio relativamente oponible. Borda³, en sintonía con esa interpretación, ha sostenido que la posesión adquirida de buena fe por boleto compraventa supone un verdadero dominio imperfecto, que el adquirente puede oponer al vendedor y a terceros.

No obstante, creemos que proteger al adquirente por boleto y posesión de ciertas circunstancias no significa otorgarle el estatus de título de conformidad con el sistema vigente de transmisión de derechos reales, pues claramente esta no ha sido la intención del legislador. La incorporación del artículo 1185 bis al *Código Civil*, a través de la Ley 17.711, ha introducido una norma especial, destinada a tutelar el derecho del comprador de buena fe por boleto de compraventa en el caso de concurso o quiebra del vendedor:

Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor, cualquiera sea el destino del inmueble, si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio.

Por otra parte, el principio general del artículo 2505 del *Código Civil* establece que

La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.

Es decir, el artículo 1185 bis es una excepción en materia concursal al régimen establecido por el artículo 2505, que de ninguna forma puede alterar el sistema de transmisión de derechos reales.

Creemos que el texto jurídico debe estar al alcance del entendimiento del hombre común, es decir, manifestarse a través de un lenguaje simple, orientado a no confundir y a cubrir las posibles controversias entre particulares que, a través de la exteriorización de su voluntad, han querido contratar en base a percepciones básicas y socialmente predisuestas.

2. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., "Derechos reales, la posesión. Eficacia del boleto de compraventa", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 25, pp. 833 y ss; y FLAHERTY, Lily R., "El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad", en *La Ley*, t. 1990-A, p. 207 (comentario a CNCiv., Sala C, 17/6/1988, "Rey, Raúl O. c/ Fisicaro, Daniel S.")

3. BORDA, Guillermo A., "La posesión adquirida por boleto de compraventa y la quiebra del vendedor", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 96, pp. 500 y ss.; *Tratado de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Perrot, 1979, t. 1, §118. Ver FRUSTAGLI, Sandra A., "La compraventa inmobiliaria. Algunas cuestiones".

Las reformas legislativas incorporadas por la Ley 17.711 son de suma utilidad para proteger a los adquirentes por boleto de determinadas situaciones particulares, pero no reemplazan el sistema vigente.

A los efectos de cerciorar la buena fe del comprador por boleto, deben cumplirse los requisitos tradicionales: solicitar los correspondientes certificados de dominio e inhibición antes de suscribir el boleto de compraventa; un adecuado estudio de títulos; que el vendedor no se encuentre inhibido ni pesen embargos sobre la propiedad; que el boleto se encuentre sellado, con fecha cierta; que existe desconocimiento diligente o error excusable del estado de insolvencia patrimonial del vendedor; que el sujeto ostenta la posesión en forma comprobada (con la protección legal del artículo 2355 CCIV) y junto con el pago total del precio.

Una vez cumplidos tales requisitos, puede concluirse que este sujeto negocial *comprador* ha orientado su voluntad a obtener un resultado, que consiste en la obtención de un bien inmueble a cambio de un precio cierto en dinero, pero esta buena fe no puede crear un título suficiente. El adquirente conoce la ley y el riesgo que significa no otorgar la escritura pública traslativa de dominio. El derecho no puede amparar la imprevisión voluntaria.

No es una casualidad el hecho de que en la República Argentina un alto porcentaje de las operaciones de compraventa de inmuebles que tienen como operadores a los agentes inmobiliarios se concreten a través de boletos de compraventa, en los cuales habitualmente se pacta que del precio de venta definitivo se abone el 30 % en ocasión de celebrarse el boleto y el 70 % restante contra escritura pública. Ese 30 % se refiere exclusivamente a la seguridad del comprador para superar el 25 % requerido por el 1185 bis, sin pagar todo el precio. Y justamente por eso es que se resguarda el 70 %, ya que si entra un embargo en la propiedad antes del momento de la firma de la escritura, el 70 % puede servir para cubrirlo.

El que asume el riesgo de pagar el 100 % del inmueble sin otorgar la escritura traslativa de dominio asume un excesivo riesgo, que probablemente provenga de un asesoramiento erróneo, orientado a ahorrar gastos y/o impuestos o postergar obligaciones fiscales.

3. El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

El **Proyecto** contiene dos artículos específicos en materia de boleto de compraventa, que recogen la evolución relacionada en el presente trabajo. Su fundamento es evitar la desprotección del adquirente por boleto de compraventa de la eventual situación jurídico-económica del vendedor que pueda perjudicarlo. Como veremos, el componente esencial de la buena fe es estudiado en forma particular por los reformistas, junto con otros requisitos.

Artículo 1170. Boleto de compraventa de inmuebles. El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble

vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.

A través de este artículo, se pretende proteger a los compradores por boleto. No obstante, estudiaremos cuáles son los riesgos que debe asumir el adquirente.

Consideramos que, para acreditar su buena fe –requerida por el artículo–, deberá demostrar que ésta no se limita a conocer o desconocer la situación económico-jurídica del vendedor, sino además una actitud diligente a los efectos de verificar las condiciones de legitimidad y legitimación del vendedor. Si falla, la ley no cubre su negligencia: la mejor prueba de tal preocupación estará dada por la realización del estudio de los antecedentes dominiales del inmueble, para llegar a la convicción impecable de estar obrando con arreglo a derecho, derivada de una situación aparente que el derecho puede proteger.⁴

En cuanto a la oponibilidad del boleto a la quiebra o concurso, el Proyecto establece lo siguiente:

Artículo 1171. Los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado como mínimo el veinticinco por ciento del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio.

4. Conclusiones

Si bien el Proyecto consolida mecanismos tendientes a proteger al comprador por boleto, las consecuencias de suscribirlo sin un adecuado análisis conservan los riesgos que actualmente posee.

Se aconseja entonces la contratación de profesionales idóneos a los efectos de realizar el estudio de títulos, para consolidar la buena fe del comprador antes de ce-

4. “El estudio de título de propiedad resulta necesario para que se configure en el adquirente del derecho real la buena fe creencia, que consiste en la impecable convicción de estar actuando con arreglo a derecho” (CSJN, 1/1/1985, “Compañía Financiera Universal c/ Provincia de Santiago del Estero”, en *Fallos*, t. 306, p. 2029). “No obstante no existir disposición legal que exija a los escribanos los estudios de títulos, la cantidad de problemas notariales suscitados indica la imprescindible necesidad de que dichos profesionales agoten los medios a su alcance para dar garantía de los actos que pasen en su presencia” (CNCiv., Sala F). Ver HIGHTON, Elena I., “De las sorpresas que puede llevarse un propietario”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 809, abril-junio 1987, pp. 601-614 (comentario a CámC.C. Morón, Sala II, 19/4/1983, “Gonella, Bartolomé c/ Portella, Héctor Damián y otros s/inexistencia e inoponibilidad de escritura pública y reivindicación”).

lebrar el contrato. Este estudio de títulos se realiza mediante el análisis crítico de los antecedentes jurídicos que legitiman el dominio que se alega, referenciándose en sus originales las escrituras públicas y expedientes judiciales o administrativos que correspondan, mediante un examen exhaustivo de todos los titulares anteriores y de las circunstancias por las que obraron, hasta la prescripción de las acciones de posibles terceros perjudicados.

Una vez suscripto el boleto en estas circunstancias, el comprador reposará en la tranquilidad de su buena fe activa y diligente. Luego, la escritura pública será esencial y la única forma legítima para transmitir el dominio.

La inscripción es la forma de oponerlo a terceros. Este es el sistema legal que se constituye con título y modo y se perfecciona con su inscripción registral. Desconocer la ley sin asumir los riesgos no representa una manifestación de seguridad jurídica.

La representación societaria y la apariencia jurídica

Los directores electos en asambleas irregularmente celebradas¹

María Cesaretti y Oscar D. Cesaretti

Sumario: 1. Introducción. 2. La representación societaria. La sociedad anónima. 3. La inscripción del artículo 60 de la Ley 19.550. 4. Protección a la seguridad del tráfico. 5. Conclusiones.

1. Introducción

En la *Revista del Notariado* n° 913 se publicó el [comentario](#) realizado por Osvaldo Solari Costa² al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial –Sala E– dictado en autos “Achinelli, Alberto Pedro c/ Agropecuaria Los Remolinos SA y otro s/ ordinario” el 12 de octubre de 2012. Analiza el caso de una sociedad anónima de dos socios, en la que uno de ellos procede a fraguar una asamblea, a la que reviste del carácter de unánime y en la que se procede a reemplazar al directorio, haciendo comparecer falsamente al socio restante. En base a los directores electos, mediante un acta de directorio, se enajena un establecimiento agropecuario que constituía el único bien inmueble de la sociedad; resulta adquirente, justamente, el socio responsable del fraude.

La Sala declaró la nulidad de la escritura traslativa de dominio, en base al carácter irregular del acta de elección de autoridades. Uno de los jueces alegó el carácter de acto nulo del acta y el otro calificó el acto como inexistente; ambos llegaron a igual resultado respecto de la nulidad de la asamblea de elección del directorio y, en consecuencia, del acto notarial de transferencia dominial.

Analícemos un supuesto en el que hubiera mediado una maniobra similar, en el sentido de que el acta de elección de autoridades no contara con la presencia de los

1. Los autores agradecen a Eduardo M. Favier Dubois la jurisprudencia facilitada.

2. SOLARI COSTA, Osvaldo, “Nulidad de asamblea, de la venta de un inmueble y de la escritura”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 913, julio-septiembre 2013, pp. 236-254.

accionistas reales, que ésta fuera inscrita en la Inspección General de Justicia –de conformidad con la normativa del artículo 60 de la [Ley 19.550 de Sociedades Comerciales](#) (LSC)– y que mediara una asamblea ordinaria debidamente convocada para autorizar la venta del establecimiento³ –habida cuenta de que fuera la base económica de la actividad social– y que el adquirente fuera un tercero. Este tercero no tiene relación alguna con la sociedad, no es proveedor, ni pariente de los accionistas ni de los directores; se ha interesado en la operación por medio de un corredor inmobiliario –debidamente matriculado– y abona por el bien el valor de mercado. El escribano del adquirente tiene delante de sí los respectivos documentos habilitantes en originales, el título de propiedad del bien y ha realizado el correspondiente estudio del título.

¿El tercero correrá la misma suerte que la determinada en el juicio relacionado?

2. La representación societaria. La sociedad anónima

De acuerdo con el artículo 58 de la [LSC](#)

El administrador o el representante que, de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley, tenga la representación de la sociedad obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

El sentido de esta norma es dotar al representante legal de plenas facultades de obligar a la sociedad frente a terceros, sin necesidad de que su actuación requiera autorización previa del directorio o de la asamblea, y tornar inoponibles a terceros las limitaciones internas que pudiera tener la actuación del presidente. Así, la doctrina ha diferenciado claramente la faz interna y externa de la sociedad:

... la formación y exteriorización de la voluntad social requiere distinguir dos sectores distintos e independientes entre sí: a) la administración, que atiende a la tarea de cumplir el objeto social, decidiendo en tal sentido e internamente la voluntad del ente; b) la representación, por medio de la cual se transmiten las decisiones a los terceros en general.⁴

Y ha aclarado expresamente que la LSC da prevalencia al acto de representación:

El criterio legal expuesto a través del contenido del artículo 58 es que el acto celebrado por el representante dentro del marco de competencia establecido en dicho artículo

3. Ídem, p. 250.

4. BENSEÑOR, Norberto R. y WEISVEIN, Marta J., “La representación orgánica en el ámbito notarial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1998-E, p. 1087.

lo obliga a la sociedad, ya que la actuación interna de la administración no puede ser opuesta a terceros, frente a quienes solamente importa el acto externo de representación.⁵

En el mismo sentido, se ha fallado que

Conforme a la regla sentada por el artículo 58 de la Ley 19.550, al que remite el artículo 268 de la citada ley, en cuanto establece que el administrador o representante que, de acuerdo al contrato o por disposición de la ley, tenga la representación de la sociedad obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, se crea para terceros la certeza de que los actos realizados son imputables a la sociedad, aun cuando sean violatorios de dispositivos internos del ente o sean realizados sin autorización del directorio.⁶

Es sustancial recordar que el artículo 58 se aplica a toda contratación que efectúe la sociedad:

... no existe dentro de la Ley 19.550 otra norma que regule el régimen legal y forzoso de imputación de actos a la sociedad, por lo que la aplicación del art. 58 cabe efectuarla imperativamente frente a cualquier situación en que se produzca la contratación de la sociedad frente a terceros.⁷

Esta disposición legal ha sido expresamente aplicada por la jurisprudencia civil en materia de compraventa de inmuebles:

Habiéndose invocado que los firmantes del boleto de compraventa de un inmueble carecían de facultades para obligar a la sociedad demandada, cabe tener en cuenta que el ordenamiento societario, a través de su art. 58, no ha venido a otorgar al representante facultades decisorias, sino, más bien, a consagrar (en exclusiva protección de terceros) una suerte de convalidación legal de los actos que éste lleva a cabo sin la debida autorización, limitándose a imputar directamente a la sociedad representada todos los actos celebrados por aquél que no sean notoriamente extraños a su objeto social". Con ello, queda vedado para la sociedad la posibilidad de desconocer eficacia a los vínculos negociales creados por su representante en uso de la firma social, so pretexto de violación a su régimen decisorio interno [...] Además, otra razón más que abrevia en la buena fe creencia del adquirente consiste en que el mismo razonablemente pudo estimar que contrataba con quien se encontraba en facultades suficientes para ello, en virtud del co-

5. BENSEÑOR, Norberto R., "Actuación notarial del representante de la sociedad anónima. Art. 58 Ley 19.550", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 783, mayo-junio 1982, pp. 643-651. Ver CNCom., Sala C, "Carrano, Mario c/ Catequil SA", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 12, p. 576.

6. CNCom., Sala B, 11/3/1988, "Vitivinícola Andina SA c/ Industrias Frigoríficas Recreo SA".

7. BENSEÑOR, Norberto R. y WEISVEIN, Marta J., ob. cit. [cfr. nota 4], p. 1087.

nocimiento anterior de los estatutos de la sociedad [...] Siendo evidente que el boleto de compraventa fue integrado con una certificación de firma realizada por un escribano mediante actuación notarial, quien no solo se limitó a certificar la firma de la vendedora, sino que relevó el carácter de presidente del otorgante, lógico es concluir que la falta de autenticidad atribuida al documento referido no puede ser admitida [...] Tratándose de una sociedad inmobiliaria, la compraventa de inmuebles constituye un acto de administración, dado que se trata de un acto de enajenación que está dentro de su objeto social. Por consiguiente, el tercero que contrata se ve protegido por la apariencia que ejerce el contratante que ha desplegado una conducta idónea para crear una apariencia de atribución de facultades de representación.⁸

3. La inscripción del artículo 60 de la Ley 19.550

En el caso hipotético planteado, la sociedad ha procedido a inscribir su directorio. Es ampliamente aceptada en la doctrina la concepción de que la inscripción reviste el carácter meramente declarativo, pudiendo el tercero alegarla contra la sociedad sin mediar las excepciones que determina el artículo 12 LSC.

Ahora bien, ¿qué efectos produce la inscripción una vez cumplida? Por un lado, la sociedad queda obligada por el acto inscripto si no mediere una resolución asamblearia en sentido contrario. Respecto de terceros, la designación inscripta produce los efectos propios de los actos registrados, es decir, la oponibilidad *erga omnes* del documento, siempre que dichos terceros no hayan tomado conocimiento de una decisión asamblearia que la revoque.

Al respecto, la jurisprudencia ha expresado:

Según el principio de la apariencia, la existencia y alcance de un acto debe juzgarse sobre la base de su manifestación exterior o forma externa con la cual sus autores lo han hecho conocido, de modo que produzcan convicción respecto de su regularidad y realidad.⁹

Continuando con el planteo hipotético: al tercero adquirente, quien no es parte de la sociedad y no tiene vínculos con sus accionistas ni directores, se le presenta un sujeto con su designación como presidente de la sociedad; sin lugar a dudas, se encuentra frente a una realidad, ese sujeto es presidente de tal sociedad. Puede ser que esa realidad que se le presente al tercero sea producto de un acto viciado, es decir, es una realidad formal pero no sustancial.

Así también, es inadmisibles que se suponga existente –o aún en vigor– a una norma inexistente (ya no más en vigor o no aún en vigor). Por lo tanto, es inadmisibles

8. Cám.Civ.yCom. 4ª Córdoba, 22/12/2005, “Mercado, Camila Alejandra c/ CACI SA s/ ordinario-escrituración”.

9. CNCom., Sala F, 16/7/2010, “Helmbold, Daniel Alberto c/ Orbis Cía. Argentina de Seguros SA y otros s/ ordinario”, en DIEGUES, Jorge A., “Doctrina de la apariencia”, *La Ley*, 6/3/2012.

ble el concepto de apariencia de derecho objetivo, mientras que, por el contrario, es legítimo el concepto de apariencia del derecho subjetivo.

Puede darse en el plano del ejercicio de un derecho que sea ejercitado y hecho valer por quien no es el titular, sea o no autorizado a hacerlo. Tal situación se llama legitimación, entendiendo a esta última en sentido sustancial y no procesal. La legitimación, en el sentido expuesto, significa además que alguien está investido del poder de ejercitar un derecho, o sea, que está cualificado para ejercitar el derecho. Se habla entonces de vicio o de defecto de legitimación para indicar la carencia de la legitimación.

En el campo del derecho societario, la apariencia campea por sus fueros, siendo aplicable, en general, cuando se ha creado una apariencia jurídica frente a un tercero que, de buena fe, se ha relacionado con una sociedad, en base a esa apariencia. Así se ha puesto, como particular ejemplo en doctrina, el caso de un contrato de sociedad que presenta vicios esenciales y, no obstante ello, ha sido inscrita en el Registro Público de Comercio: se está en presencia de una apariencia de una sociedad que, en vez, es nula. En este caso, se interpretaba que la nulidad de la sociedad no tenía influencia sobre la eficacia de los negocios cumplidos con terceros en nombre de la sociedad.

Este, con la debida transposición, es un caso que encontramos en nuestro derecho societario; por ejemplo, los supuestos de la sociedades de objeto ilícito (art. 18 LSC), de objeto lícito y actividad ilícita (art. 19 LSC) y objeto prohibido (art. 19 LSC), sociedades nulas de nulidad absoluta, pero cuya existencia puede ser opuesta a los socios –no obstante su nulidad absoluta– por los terceros de buena fe (en este caso, para la protección de estos terceros de buena fe, la nulidad tiene efectos para el futuro, es decir *ex nunc*). Pero donde la teoría de la apariencia cobra singular fuerza y relevancia es en el campo de la representación societaria.

En este sentido, puede decirse que cuando quien actúa (o dice actuar) por una sociedad –su representante, administrador, funcionario, mandatario, empleado– genera en los terceros de buena fe que contratan con él la apariencia de la legitimidad de su actuación, queda prisionero de ella, esto es, que esa apariencia vincula a la sociedad, no pudiendo entonces alegarse que quien actuó por la sociedad no tenía facultades para obligarla.

Un autor que ha indagado sobre este tema sostiene que esta teoría de la apariencia tiene su justa aplicación para proteger a los diligentes. Para él, la teoría de la apariencia consiste en que aquél –la sociedad–, que a través de sus funcionarios o empleados genera en los terceros que contratan con ellos la sensación legítima de que están contratando con quien tiene las facultades para ello no pueden luego ser sorprendidos invocándoseles que dicho aparente funcionario o empleado no tenía facultades suficientes para obligar al principal. Quien crea esa apariencia debe asumir las consecuencias. Naturalmente, el tercero ha de ser de buena fe. Y esto, sea como sea que se defina la buena fe: si actuar genuina y honestamente en las circunstancias del caso, como lo ha entendido la jurisprudencia de los tribunales ingleses, o

que la buena fe en los contratos consiste en que éstos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (criterio del art. 1198 del Código Civil), o, como lo expone el *Diccionario de la lengua española*, actuar con rectitud y honradez. Los terceros de buena fe quedan protegidos por la apariencia de legitimidad, precisamente porque actúan de buena fe, tanto en el sentido de buena fe probidad como en el buena fe diligencia. Es decir que tienen que darse ambos aspectos de la buena fe para que el tercero quede protegido.¹⁰

Siguiendo a Favier Dubois¹¹

Podemos definir al director “aparente” como aquel sujeto que aparece en la posición jurídica de director, es decir, que ha sido designado formalmente como tal, pero que o bien resulta un mero “prestannombres” o bien presenta un vicio en su designación derivado de que existe algún defecto en el acto de nombramiento, como puede ser la nulidad de la asamblea que designa al presidente de una sociedad anónima.

4. Protección a la seguridad del tráfico

Conforme a Garrigues¹²

... al adquirente de un derecho ha de concederle la certidumbre de que no será más tarde perturbado en el ejercicio de ese derecho y en el goce del bien económico con él adquirido, aunque concurren circunstancias adecuadas para hacer fracasar la adquisición de aquel derecho [...] En el conflicto que en tales casos se produce entre la seguridad del tráfico y seguridad del derecho, vence la protección a la primera [...] El alcance práctico del principio protector de la seguridad del tráfico, que es característico del derecho mercantil y se traduce en la subordinación de la realidad a la apariencia jurídica...

Concordantemente, la jurisprudencia ha dicho que

En el tráfico mercantil moderno, en innumerables ocasiones, las soluciones encuentran su debido cauce a través de la aplicación de las teorías de la apariencia, privilegiando la buena fe de los terceros que celebran acuerdos con quienes aparecen revestidos de facultades para representar a la sociedad. El ordenamiento jurídico protege, por imperio del principio de la buena fe, la aceptación de las consecuencias derivadas de un estado ju-

10. MOGLIA CLIPS, Guillermo A., “Algunas reflexiones sobre la teoría de la apariencia”, en *Revista Aéquitas Virtual*, Buenos Aires, Universidad del Salvador-Facultad de Ciencias Jurídicas, nº 1, 2006.

11. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “El representante ‘de hecho’ y la apariencia en la actuación societaria”, en *Doctrina Societaria*, Buenos Aires, Errepar, nº 105, agosto 1996, t. 8, p. 202. Ver SASOT, Miguel P. y SASOT BETES, Miguel A., *Sociedades anónimas. El órgano de administración*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 73.

12. GARRIGUES, Joaquín, *Temas de derecho vivo*, Madrid, Tecnos, 1978, p. 47.

rídico que se basa no sólo en una declaración de voluntad, sino en la apariencia de una situación jurídica.¹³

La doctrina del director aparente ha sido recogida igualmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case* “Frigorífico Setti SACIA s/ convocatoria, hoy quiebra”, en el que sentó que

No puede perderse de vista el fundamento relativo a la necesidad de tener en cuenta los imperativos de la seguridad jurídica y contemplar el interés de terceros de buena fe, como son los acreedores, a quienes no puede exigirse un constante examen sobre los antecedentes relativos a la forma de elegirse las autoridades de la sociedad anónima.¹⁴

El fuero civil se ha expresado con igual criterio:

... en el moderno derecho societario, se advierte un apartamiento de las concepciones rígidas y formalistas, habiéndose viabilizadas las denominadas teorías de la apariencia y del riesgo, conforme a las cuales: 1) la legitimación, aun cuando sea en casos de derecho singular, puede nacer de la apariencia; 2) cuando la seguridad de los terceros depende de la publicidad, la nulidad o la inexistencia de las deliberaciones no puede afectar a los terceros de buena fe; 3) el tercero que contrate con la compañía tiene derecho a presumir que se han cumplido todas las regulaciones internas; 4) todos los actos de los funcionarios de facto (es decir, cuando se cuestiona la validez de su nombramiento o desempeño) son válidos frente a terceros.¹⁵

5. Conclusiones

- 1) Cabe distinguir plenamente el rol del adquirente en la operación. Si éste ha actuado con buena fe probada y con buena fe diligencia, no existiendo una relación fraudulenta entre las partes en perjuicio de terceros, el adquirente se encuentra amparado por el criterio de la seguridad del tráfico y la teoría de la apariencia jurídica.
- 2) Los vicios originados en los instrumentos de representación societaria, median-do o no su inscripción registral (art. 60 Ley 19.550), no afectarán los actos celebrados por los directores aparentes cuando mediere el presupuesto de actuación del tercero anteriormente consignado.
- 3) Compartimos las conclusiones de Solari Costa en cuanto a que “la nulidad de la asamblea tiene origen en un vicio del acto jurídico y no de la escritura. La

13. CNCom., Sala B, 27/5/2005, “Chaya, Elías c/ Valmed SA”.

14. CSJN, 4/12/1968, “Frigorífico Setti SACIA s/ convocatoria, hoy quiebra”, en *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, 1970, p. 239.

15. CNCiv., Sala E, 22/8/1984, “Lens, Ricardo E. c/ Alproar SA y otro”.

nulidad de un acto jurídico no provoca per se la nulidad del instrumento que contiene dicho acto –y viceversa–”.

- 4) Igualmente, adherimos a lo expuesto por Solari Costa cuando expresa que “el escribano no es responsable de verificar la autenticidad de lo que se ha asentado en los libros rubricados, ni si quienes asistieron a la asamblea son los socios o si las firmas son realmente de ellos”.
- 5) En caso de duda en relación a si se trata de un acto de administración extraordinaria¹⁶ o no, se debe estar por la validez del acto –conforme al criterio del artículo 58 LSC–, siempre que éste no sea notoriamente extraño al objeto social. La determinación por parte del tercero si el acto reviste el carácter de administración extraordinaria.

16. Con relación al criterio de un sector de la doctrina que, ante la enajenación de un inmueble que constituya el único activo sustancial de la sociedad, requerir una asamblea –que deberá ser ordinaria, conforme al art. 234 inc. 1 LSC– para cubrir la buena fe diligencia del tercero.

Donación a herederos legitimarios en el Código Civil y Comercial*

Natalio P. Etchegaray

Al no advertirse en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ningún cambio sustancial en los artículos relativos a la colación, surge la posibilidad de seguir aplicando la construcción doctrinaria y jurisprudencial que nace del artículo 3477 del Código Civil y su nota y permite al donatario –legitimario del donante– considerarse dueño y, como tal, enajenar absolutamente el bien recibido en donación, ya que ante una acción de sus coherederos solamente debería reunir a la masa hereditaria el valor del bien y no la cosa misma.

Sumario: 1. Alarma notarial e inmobiliaria. 2. Intención de este trabajo. 3. Interpretación mayoritaria del código vigente. 4. El Código Civil y el Proyecto, frente a frente. 5. Opinión de los reformadores sobre el estado actual de la titularidad inmobiliaria proveniente de donaciones. 6. Conclusiones.

1. Alarma notarial e inmobiliaria

Desde que se conoció el [Proyecto de reformas y unificación de los Códigos Civil y Comercial](#), tanto notarios como entidades dedicadas al crédito inmobiliario se alarmaron frente a los alcances de la reforma en lo relativo a donaciones, al entender que el Proyecto deroga de plano la posibilidad –que para la doctrina mayoritaria otorga el [Código Civil](#) actual– de distinguir entre donaciones a herederos forzosos y donaciones a quienes no tuvieren tal carácter.

2. Intención de este trabajo

En este trabajo intentamos dar inicio a un debate que en definitiva determine si es tan cierto que la eventual sanción de la reforma proyectada torne inviable la aplicación de la doctrina mayoritaria actual, en cuanto impide la acción de reivindicación

* [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26.994. Por tal motivo, las referencias utilizan el término “Proyecto”. Los hipervínculos utilizados dirigen a la versión aprobada por el Senado en [noviembre de 2013](#).

El lector puede consultar además: a) la [Ley 26.994](#) y sus anexos; b) la versión del Proyecto elevada al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional a través del [Mensaje 884/2012](#)].

contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación a herederos legitimarios.

Nuestra inquietud es la siguiente: **¿es posible que únicamente con el texto del artículo 2386 del Proyecto se torne inaplicable la doctrina nacional mayoritaria elaborada sobre el artículo 3477 del actual Código, que dice**

Los ascendientes y descendientes [...] deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto...

y sobre la nota del Codificador a este artículo, que firmemente expresa

Decimos los valores dados por el difunto y no las cosas mismas, como lo dispone el Código francés. La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño...

cuando lo fundamental del artículo 3477 se reproduce en el 2385 del Proyecto?

Personas obligadas a colacionar. Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento.

Sostenemos que los artículos del actual **Código Civil**, que en el **Proyecto** se reiteran sin modificaciones sustanciales, obligan a los intérpretes a continuar aplicando las notas que utilizó Vélez Sársfield para justificar su inclusión, así como las doctrinas y elaboraciones jurisprudenciales que las tuvieron en cuenta.

¿Es posible que la sola circunstancia de que el artículo 2386 del Proyecto exprese que

La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario [...] está sujeta a reducción por el valor del exceso...

cambie totalmente la interpretación actual del Código Civil, cuando, al decir “sujeta a reducción”, **reitera** –palabra más, palabra menos– el sentido de los artículos 3601 y 3602 vigentes?

3. Interpretación doctrinaria mayoritaria del Código vigente

Basándose en el artículo 3477 del **Código Civil** y en la correspondiente nota del Codificador, la interpretación mayoritaria del articulado actual del Código Civil niega la posibilidad de reivindicar de terceros adquirentes un inmueble donado cuando la

donación lo hubiera sido a un heredero legitimario, y, en cambio, otorga esa posibilidad cuando la donación se hubiere efectuado a quienes no fueran herederos forzosos del donante.

Esta doctrina tiene **plena vigencia** y es de aplicación mayoritaria en la actividad notarial y en el universo de los negocios inmobiliarios cuando, a la hora de determinar la bondad de los antecedentes de un título de propiedad y en base al artículo 3477 y su nota, se admite que el donatario heredero legitimario del donante puede sentirse verdaderamente dueño y, como tal, enajenar absolutamente el bien recibido en donación, ya que ante una acción de sus coherederos solamente debería reunir a la masa hereditaria el valor del bien y no la cosa misma. Esta doctrina armoniza la contradicción aparente entre los artículos 3477 y 3955 del **Código Civil**, circunscribiendo la reivindicación –que el último artículo autoriza– a los inmuebles comprendidos en una donación efectuada a personas que no tengan la calidad de herederos legitimarios del donante.

La interpretación actual y mayoritaria del articulado vigente del Código Civil puede enunciarse así:

- a) Títulos provenientes de donaciones a legitimarios: **no son observados en el tráfico comercial, justamente por lo expresado en el artículo 3477 y su nota.**
- b) Títulos provenientes de donaciones a quienes no son legitimarios: **son observados en el tráfico comercial hasta que transcurran diez años desde la muerte del donante** (doctrina art. 4023 **CCIV**) **o veinte años desde que se efectuó la donación** (doctrina arts. 4015 y 4016 **CCIV**).

4. El Código Civil y el Proyecto frente a frente

Analizaremos los artículos del actual Código y los del Proyecto en tres campos distintos: 1) obligación de colacionar, 2) donaciones inoficiosas y 3) acción de reivindicación o reipersecutoria.

4.1. *Obligación de colacionar*

Código Civil vigente

Artículo 3477:

Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa hereditaria los **valores** dados en vida por el difunto. Dichos **valores** deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero. Tratóndose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso.

Nota de Vélez Sársfield:

Designamos **los valores dados por el difunto** y no las cosas mismas, como lo dispone el Código Francés. La donación fue un contrato que **transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño**. Ese dominio **no se revoca por la muerte del donante**, y los frutos de las cosas donadas **deben pertenecer al donatario, aun después de abierta la sucesión** [...] El Código francés, por el contrario, dispone que la colación se ha de hacer de los bienes mismos donados y de los frutos que hubieren producido desde la apertura de la sucesión.

Artículo 3601:

Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos **se reducirán**, a solicitud de éstos, a los términos debidos.

Artículo 3602:

Para fijar la legítima se atenderá al **valor** de los bienes quedados por muerte del testador. Al **valor líquido** de los bienes hereditarios se agregará **el** que tenían las donaciones, aplicando las normas del artículo 3477. No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo a prorrata o dejando sin efecto, si fuere necesario, las disposiciones testamentarias.

Proyecto de unificación

Artículo 2385:

Personas obligadas a colacionar. Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el **valor de los bienes** que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento. Dicho **valor** se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. También hay obligación de colacionar en las sucesiones testamentarias si el testador llama a recibir las mismas porciones que corresponderían al cónyuge o a los descendientes en la sucesión intestada. El legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario.

Artículo 2386:

Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo **valor** exceda la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a **reducción** por el **valor** del exceso.

No encontramos en lo relativo a la obligación de colacionar diferencias fundamentales entre ambos textos. Al reproducirse el texto de Vélez Sársfield, estamos obligados a tener en cuenta su nota al artículo y, en consecuencia, asumir que, ante una eventual sanción legislativa de la reforma, se puede mantener la doctrina mayoritaria actual, que otorga al donatario legitimario la posibilidad de disponer libremente el bien donado.

4.2. *Donaciones inoficiosas*

Similar apreciación se puede hacer al confrontar la redacción de los artículos relativos a la tipificación de las donaciones inoficiosas, basamento indispensable de la acción de reducción.

Código Civil vigente

Artículo 1830:

Repútase **donación inoficiosa** aquella cuyo valor excede en la parte de que el donante podía disponer; y a este respecto se procederá conforme a lo determinado en el Libro IV de este código.

Artículo 1831:

Si por el inventario de los bienes del donante fallecido, se conociere que fueron **inoficiosas las donaciones** que había hecho, sus herederos necesarios podrán **demandar la reducción de ellas**, hasta que queden cubiertas sus legítimas.

Artículo 1832:

La reducción de las donaciones **sólo puede ser demandada:**

1. Por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero si existieren descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competirá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación.
2. Si las donaciones fueren gratuitas, y no cuando fuesen remuneratorias o con cargos, salvo en la parte en que sean gratuitas.

Proyecto de unificación

Artículo 1565:

Donaciones inoficiosas. Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos de este código sobre la porción legítima.

Artículo 2386:

Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a **reducción por el valor del exceso**.

No se aprecia sino una expresa coincidencia en la redacción: ambas se refieren a la reducción.

4.3. *Acción de reivindicación o acción reipersecutoria*

Código Civil vigente

Artículo 3955:

La **acción de reivindicación que compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación sujeta a reducción** por comprender parte de la legítima del heredero no es prescriptible sino desde la muerte del donante.

Proyecto de unificación

Artículo 2458:

Acción reipersecutoria. **El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables.** El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

Artículo 2459:

Prescripción adquisitiva. **La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión.** Se aplica el artículo 1901.

5. La opinión de los reformadores sobre el estado actual de la titularidad inmobiliaria proveniente de donaciones

Los propios autores del Anteproyecto reconocen –ver exposición de los fundamentos– que con él se intenta **solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico:**

Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve.

Esta intención de mejorar el estado actual de las posibilidades comerciales para los títulos provenientes de una donación es concretada por el citado artículo 2459 del [Proyecto](#), que sitúa el comienzo del plazo de la prescripción adquisitiva breve en la fecha de la donación y no en la fecha de la muerte del donante.

6. Conclusiones

Al no advertirse en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ningún cambio sustancial en los artículos relativos a la colación, surge la posibilidad de seguir aplicando la construcción doctrinaria y jurisprudencial que nace del artículo 3477 del Código Civil y su nota y permite al donatario –legitimario del donante– considerarse dueño, y, como tal, enajenar absolutamente el bien recibido en donación, ya que ante una acción de sus coherederos solamente debería reunir a la masa hereditaria el valor del bien y no la cosa misma.

La reforma proyectada, en cuanto reitera los textos de Vélez Sársfield, impone seguir aplicando las notas que los justifican, así como las doctrinas mayoritarias y fallos judiciales que las tuvieron en cuenta.

Todo ello sin perjuicio de calificar muy acertado que se le otorgue plena certeza al momento de inicio del plazo de prescripción.

La sociedad del 985*

Alberto M. Miguens

Sumario: 1. El artículo 985 del Código Civil. 2. Imparcialidad. 3. Fuentes de la norma. 4. Interés personal. 5. El contrato de depósito. 6. Conversión especial. 7. Normativa complementaria. 8. Nulidades. 9. Código unificado. 10. Conclusiones.

1. El artículo 985 del Código Civil

El artículo 985 del [Código Civil](#) establece que

Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados; pero si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido.

La norma se enmarca bajo el Título “De los instrumentos públicos”. El artículo 985 es un corto párrafo, plagado de aristas.

Centraremos nuestra ponencia¹ en la excepción a la prohibición, referida al interés fundado en tener parte, ser gerente o director de una sociedad anónima.

2. Imparcialidad

El *Diccionario esencial de la lengua española*² define la imparcialidad como la “falta de propósito anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

La normativa elaborada por Dalmacio Vélez Sársfield acude a un criterio objetivo y se inclina por evitar el favor. La imparcialidad busca evitar la falsedad por vía del favoritismo. El legislador presume la imparcialidad del funcionario en provecho

* [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26.994. Por tal motivo, las referencias utilizan el término “Proyecto”. Los hipervínculos utilizados dirigen a la versión aprobada por el Senado en [noviembre de 2013](#).

El lector puede consultar además: a) la [Ley 26.994](#) y sus anexos; b) la versión del Proyecto elevada al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional a través del [Mensaje 884/2012](#)].

1. [N. del E.: este trabajo fue galardonado con el Primer Premio en la XXXI Jornada Notarial Argentina, organizada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba y el Consejo Federal del Notariado Argentino, y que se llevó a cabo en la ciudad de Córdoba, los días 7-9 de agosto de 2014].

2. Madrid, Real Academia Española, 2006.

propio o de sus parientes. Esquivó criterios subjetivos como la amistad o enemistad, a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica, evitando generar una mayor incertidumbre que pudiera, a la vez, dar origen a innumerables pleitos.

Resulta difícil encuadrar y delimitar la imparcialidad. Ayuda hacerlo a través de sus sinónimos y antónimos. Son sus sinónimos: justicia, ecuanimidad, neutralidad, equidad, probidad, rectitud, integridad. Sus antónimos: injusticia, tendencia, arbitrariedad, prejuicio, favoritismo, privilegio, preferencia e interés. Sinónimos de interés e interesado: aprovechado, seducido, utilitario, ventajoso, privilegiado, preferido.

Von Ihering³ advierte que, en lenguaje corriente, “interesarse por es tomar partido por”. Precisa que “el interés es la condición indispensable en toda acción humana. Obrar sin interés es obrar sin un fin”, pero advierte:

Al interés del egoísmo individual, la sociedad tiene el derecho tanto como el deber de oponer su propio interés. El interés de la sociedad es no sólo el que sirve al individuo, sino el que es útil a la generalidad, el que garantiza la existencia de todos.

Según Goldschmidt⁴ –refiriéndose a la imparcialidad de los jueces– ser parcial da a entender que se juzga con prejuicios. Sostiene que la imparcialidad se asienta en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador; éste debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad.

Highton, en un artículo titulado “El escribano como tercero neutral”⁵, parte de la premisa de que la neutralidad absoluta no existe, pues estamos inmersos en la vida y cada uno ve las cosas desde su propia subjetividad; que, en definitiva, la objetividad total es imposible. La idea de un tercero neutral indica que el notario tiene el deber de tratar en forma equidistante y sin favoritismos a los intervinientes, y de dar a conocer cualquier circunstancia que pueda constituirse en causal de prejuicio o de parcialidad.

Enfatiza que la neutralidad no implica un espectador pasivo y prescindente, sino todo lo contrario; una persona con actitud imparcial y transparente actúa sin predilecciones. La labor del notario es la de informar y asesorar a ambas partes; verificar la voluntad de las partes en un verdadero consentimiento informado, explicándoles e instruyéndolas sobre las ventajas e inconvenientes de los caminos que elijan para lograr su propósito. Dar consejo y conciliar sobre el sendero más exacto y seguro; precaver o cautelar a las partes de manera justa y equitativa, explicando las consecuencias y peligros que pueden resultar de los compromisos que asuman.

Por ello –a su entender–, la omisión de asesoramiento puede incluso acarrear responsabilidad notarial, ya que el “asesoramiento jurídico en la esfera de la admi-

3. VON IHERING, Rudolf, *El fin en el derecho*, Buenos Aires, Heliasta, pp. 31 y ss.

4. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Depalma, 1976.

5. HIGHTON, Elena I., “El escribano como tercero neutral”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 850 noviembre 1997, pp. 87-101.

nistración de justicia preventiva es una delegación de la función de soberanía del Estado, que debe otorgar protección jurídica”. El notario debe administrar justicia preventiva e imparcial, libre de ataduras e influencias, a salvo de instrucciones de los interesados, llegando incluso a “reequilibrar a las partes” que ostentan desigualdad o relación de superioridad/inferioridad.

Como refieren las acordadas de la Corte Suprema, se busca “que no tenga asidero ni aún la sospecha de que la fe pública no presida los actos con completo desinterés”.⁶

3. Fuentes de la norma

La nota al artículo 985 se limita a señalar el *Tratado teórico y práctico de las pruebas en el derecho civil y en el derecho penal*, de Edouard Bonnier.⁷ La doctrina señala que Bonnier, en su tratado, reseña no sólo al Código Civil francés sino a la Ley del 25 Ventoso del año XI (según el calendario revolucionario)⁸ de Organización del Notariado, hoy todavía vigente –con muchas modificaciones–.⁹

Los artículos 1317 y 1318 del Código Civil francés son esencialmente el origen de los artículos 980 y 987 del Código de Vélez Sársfield, pero el Código francés no trata la invalidez del acto nacida del parentesco, sino que ésta surge de la reglamentación notarial. Dentro de la Sección “De los títulos auténticos”, el artículo 1317 galo¹⁰ establece que es auténtico el acto emanado de oficial público en los límites de sus atribuciones legales y con las solemnidades que la ley establece (art. 980); y el artículo 1318¹¹ refiere a la conversión, señalando que el acto que no sea auténtico a causa de la incompetencia o la incapacidad del oficial público o por defecto de forma valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes (art. 987).

6. Acordadas de la Suprema Corte de Justicia del 11/7/1881 y 18/2/1889, citadas por BENSEÑOR, Norberto R., “El artículo 985 del Código Civil argentino”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 938, 2001, pp. 171-219.

7. BONNIER, Edouard, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civile et en droit criminel*, Paris, Joubert, 1843, § 357.

8. 16/3/1803 del calendario gregoriano.

9. El art. 8 fue derogado y los arts. 9 y 10 siguen vigentes, en una redacción modificada por el Decreto 71-941 del 26/11/1971. El art. 8 actualmente ha sido reemplazado por los arts. 2 y 3 del referido decreto.

10. Todas las traducciones del presente trabajo son traducción libre del autor, con el consiguiente riesgo de error o su mala interpretación. Por ello, se transcriben los párrafos en idioma de origen para su constatación. Art. 1317: “*Lacte authentique est celui qui a été recu par officier public ayant le droit d’instrumenter dans le lieu ou l’acte a été rédigé, et avec les solemnités requises*”.

11. Art. 1318: “*Lacte qui n’est point authentique par l’incompétence ou l’incapacité de l’officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s’il a été signé des parties*”.

Bonnier narra también la Ley del 25 Ventoso del año XI, que en su artículo 8¹² dice:

Los notarios no podrán intervenir en aquellos actos en los que sus parientes o afines, en línea directa en todos los grados y en la colateral en grado de tío o de sobrino inclusive, sean partes, o que contengan cualquier disposición en su favor.

El artículo 10¹³, complementando al artículo 8, señala:

Dos notarios, parientes o afines en grado prohibido del artículo 8, no podrán concurrir al mismo acto. Los parientes o afines, sean del notario, sean de las partes contratantes, en grado prohibido por el artículo 8, los secretarios y los empleados¹⁴ tampoco podrán ser testigos.

Bonnier explica que la disposición es necesaria para otorgar a las partes suficiente garantía contra la prevaricación del oficial público.¹⁵ La prevaricación consiste en dictar a sabiendas una resolución injusta, una autoridad, un juez o un funcionario. Prevaricador es quien pervierte o incita a alguien a faltar a las obligaciones de su oficio.¹⁶

La doctrina notarial resalta como antecedente tácito u oculto del artículo 985, el inciso 5 del artículo 693 del *Esboço de Código Civil* de Augusto Teixeira de Freitas, que dice:

Son nulos los instrumentos públicos por sus vicios internos (Art. 681 n. 1): [...] 5) Cuando versaren sobre actos jurídicos en que el propio funcionario sea parte interesada, por sí o como representante voluntario o necesario de otro; o en que estén interesados, por sí mismos, sus parientes en línea recta o en línea colateral hasta el 3º grado, aunque el parentesco sea por afinidad o ilegítimo.¹⁷

12. Art. 8: “*Les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligue directe a tous les degrés, et en collaterale jusqu’au degré d’oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou que contiendraient quelque disposition en leur faveur*”.

13. Art. 10: “*Deux notaires, parentes ou alliés au degré prohibé par l’article 8, ne pourront concourir au même acte. Les parents, alliés, soit du notaire, soit des parties contractantes, au degré prohibé par l’article 8, leurs clerks et leurs serviteurs ne pourront être témoins*”.

14. Habla de “*clerks y serviteurs*”. *Clerc* era un cierto tipo de secretario del escribano, que se preparaba para ser algún día también escribano.

15. “*... est nécessaire pour donner aux parties des garanties contre la prévarication des officiers publics*”.

16. *Diccionario esencial de la lengua española*, Madrid, Real Academia Española, 2006.

17. Art. 693: “*Sao nulos os instrumentos públicos por seus vicios internos (Art. 681 n. 1º): [...] 5º. Quando versarem sobre actos jurídicos, em que o proprio funcionario seja parte interessada, por si, ou como representante voluntario ou necesario de outro; ou em que se jáo interessados, por si mesmos, parentes seus na linha recta, e na linha colateral até o 3º gráo, ainda que o parentesco seja por afinidade, ou illegítimo*”.

Vélez Sársfield no sigue los citados antecedentes al pie de la letra, sino que toma lo que le interesa de cada uno. La ley francesa habla de *ser parte contratante* el pariente o que contenga disposiciones *en su favor*, concepto que no se identifica exactamente con el ser *personalmente interesado* del Código Civil. La ley gala no refiere al notario, sino sólo a sus familiares. Descarta –como algo natural– que el oficial pueda intervenir el acto en doble carácter de autorizante y de parte.

Vélez Sársfield se aparta de la supuesta fuente y se aferra a la noción de interés personal. No habla de partes y tampoco diferencia que el interés sea a favor o en perjuicio; sencillamente, lo inhabilita al notario para intervenir cuando él o sus parientes estén personalmente interesados. Profesa en este punto el criterio de Freitas en cuanto al interés del funcionario o sus parientes. Pero la redacción de Freitas no llega a satisfacer enteramente a Vélez Sársfield, quien adopta el criterio del interés personal como eje de la prohibición, en lugar de hablar de parte interesada; criterios análogos pero no equivalentes.

Para ambos jurisconsultos –criollo y carioca–, el notario estaría inhibido de intervenir cuando estuviera implicado el interés propio o de los parientes en el grado vedado. Freitas le prohíbe al escribano intervenir cuando el interés implicado fuera personal o de sus parientes, y también cuando el interés fuera de alguna persona representada por el notario, sea la representación voluntaria o necesaria. Sin embargo, no extiende la prohibición a los parientes que actúen en representación o interés de terceros, lo que marca un avance destacable sobre el precedente franco. No obstante, a Vélez Sársfield le pareció redundante referirse al caso del notario que actúa en representación legal o voluntaria, ya que no podría comparecer *ante sí* como representante.

Lo que aparece como un hallazgo del cordobés es el final del artículo 985. Establece *in fine* la validez del acto cuando el interés personal se limitare exclusivamente a tener parte en sociedades anónimas o ser gerentes o directores de ellas. Eso no surge ni del tratado de Bonnier ni del *Esboço* de Freitas. Para Vélez Sársfield, el único interés relevante sería el personal y directo. No le estaría vedado al funcionario intervenir cuando comparece un pariente ostentando un interés indirecto, colateral, vago o difuso. Esta genialidad del Codificador no fue de su invención, pero debemos reconocerle que ha sido el primero en plasmarlo como norma positiva.

Por sugerencia del maestro Raúl Navas, investigamos y examinamos las fuentes que –al decir de Segovia– fueron las efectivamente empleadas por Vélez Sársfield en este punto. Segovia y Navas nos remitieron al *Curso de derecho civil francés* de Charles Aubry y Charles Rau¹⁸, n° 755, notas a pie de página números 3 y 11. En el tomo

18. AUBRY, Charles y RAU, Charles, *Cours de droit civil francais d'apres l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, Paris, troisième édition, entièrement refondue et complétée, t. sixième.

VI del tratado¹⁹ al nº 755, Aubry y Rau refieren a “los actos auténticos”. Comentando los artículos 1317 y 1318 del Código Civil francés, convergen en los artículos 8 y 10 de la Ley del 25 Ventoso del año XI.

Sin embargo, cuando la ley francesa habla de que los parientes sean parte o que el acto contenga cualquier disposición en su favor, los intérpretes señalan que el acto no valdrá si el oficial público interviniera en un acto en el cual él estuviera personalmente interesado o que concerniera a uno de sus parientes en grado prohibido.²⁰ Por la exacta coincidencia terminológica esgrimida por Vélez en el 985, no cabe duda de que ésta es su fuente directa. Coronan con la nota a pie de página nº 11²¹ –una de las que refiriese Segovia–, donde los juristas se cuestionan:

¿Podría intervenir válidamente el notario en actos en los cuales sus parientes en grado prohibido no concurriesen como parte **sino como mandatarios** de alguna de las partes?
¿Podría [el notario] intervenir **en actos de una sociedad anónima** en la que sus parientes fueran **accionistas o administradores** de dicha sociedad, o que **el mismo notario fuese accionista**?

Y responden individualizando jurisprudencia de las Cortes de París y de Grenoble, donde dichas materias fueron resueltas afirmativamente. El cuestionamiento de los juristas constituye la excepción volcada por Vélez Sársfield al final del 985, que no reconoce precedentes legislativos en otros códigos de la época.

No podemos dejar pasar la oportunidad de señalar otra curiosidad de la invaluable fuente a la que nos remitiera Navas. Los glosadores Aubry y Rau advierten que un acto bajo firma privada adquiere el carácter de acto auténtico cuando fuera depositado en una notaría por las partes firmantes; así como el instrumento firmado por la deudora, tendría valor de instrumento público opuesto a ésta.

Infelizmente, Vélez desaprovechó la ocasión de incluir en el Código dicho formalismo, que –interpretamos– se asemejaría al procedimiento del testamento cerrado, sin límite por materia y con diversos beneficios. Pese a no estar positivamente legislado, no por ello debemos concluir que esté vedado y será labor de la justicia precisar qué valor probatorio pueda llegar a producir.

19. Bajo el título “Derecho civil práctico francés”, en el capítulo II “De la prueba directa”, apartado A “De la prueba literal”.

20. “... un acte dans lequel il était personnellement intéressé, ou qui concernait un de ses parents ou alliés au degré prohibé”.

21. “Un notaire peut-il véritablement recevoir des acts dans lesquels un de ses parents ou alliés au degré prohibé figure, non point comme partie, mais comme mandataire de l'une des parties? Peut-il recevoir des actes pour une société anonyme, quoiqu'un de ses parents ou alliés soit actionnaire ou même administrateur de cette société, ou qu'il soit lui-même porteur de quelques actions? Voy. Pour l'affirmative: Grenoble [...] Paris...”.

4. Interés personal

Corresponde analizar cuándo el interés es personal, cuándo es relevante y directo, y cuándo es indirecto o difuso, si los supuestos señalados por Vélez Sársfield siguen vigentes y si agotan el espectro de casos posibles.

El principio general indica que son de ningún valor los actos autorizados por funcionario público en asunto en el cual el notario o sus parientes tengan interés personal. Surgen dos casos de excepción mencionados por el legislador: 1) tener parte en sociedad anónima; 2) ser director o gerente de ella.

4.1. Aclaración preliminar. Código de Comercio original

Procede realizar una advertencia. Reflexionaremos sobre el Código de Comercio elaborado por Dalmacio Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo en 1857 para el Estado de Buenos Aires, cuando éste era ajeno a la Confederación. Incorporada como provincia, el Código fue nacionalizado por la Ley 15 de la Nación²², sancionada el 10 de septiembre de 1862.

El Código original de Vélez Sársfield y Acevedo es difícil de conseguir, y la generalidad de los que se consiguen en las librerías reseña la Ley 2637, sancionada el 5 de octubre de 1889, modificatoria del citado Código. Experimentados juristas han caído en la trampa y nosotros –simples neófitos–, también.

Como señalaran Vélez y Acevedo en la nota de presentación del Código –informe de la comisión redactora– del 18 de abril de 1857, dirigida al brigadier general Bartolomé Mitre, jefe del Estado de Buenos Aires:

... es imposible formar un código de comercio porque las leyes comerciales suponen la existencia de las leyes civiles, son una excepción de ellas y parten de antecedentes ya prescriptos en el derecho común [...] [ante la falta de ellas] hemos tomado el camino de suplir todos los títulos del derecho civil que a nuestro juicio faltaban para poder componer el Código de Comercio.

Como agudamente sentenciara Alterini, podría decirse que el Código en la Argentina nació unificado.

Sancionado el Código Civil en 1871, numerosas normas se sobreponían a las del mercantil, y hubo de realizarse un reordenamiento, lo que supuso una gran poda de artículos –incluso, títulos enteros– y la reforma de algunos institutos, entre los cuales no se ha exceptuado la sociedad anónima. En el Código original de 1859, por ejem-

22. Cuando buscamos en biblioteca la Ley 15, la primera que apareció fue una ley de 1854 sobre acuñación de moneda. Ahí nos enteramos de que hubo una primera numeración que va desde 1853 hasta 1860, cuando se modifica la Constitución Nacional con la incorporación del Estado de Buenos Aires; y ahí se comenzó nuevamente el conteo.

plo, el Título III “De las compañías o sociedades” inicia en el artículo 387 y el Capítulo II “De las sociedades anónimas”, en el artículo 403, mientras que en la versión de 1889 inician en los artículos 282 y 313, respectivamente.

Como en trabajos precedentes hemos referido al Código de Vélez Sársfield y Acevedo invocando –en nuestra ignorancia– la modificación de 1889, citando erróneamente su articulado, rogamos la indulgencia correspondiente y señalamos que cuando en este trabajo citemos el Código de Vélez y Acevedo estaremos refiriendo al original de 1862.

4.2. *Primera excepción. Tener parte en sociedad anónima*

Tener parte en sociedad anónima es ser accionista. Sobre el fundamento ontológico –piedra filosofal– de la excepción del artículo 985, los comentaristas han discurrido copiosamente. En un extremo del imaginario arco ideológico se encuentran quienes sostienen que la excepción no tiene hoy cimiento ontológico ninguno y debería suprimirse. Al otro extremo se sitúan aquellos que no sólo la justifican, sino que, a partir de la modificación de la concepción de persona jurídica, consideran que debería expandirse, abarcando todas las sociedades regulares que no sean de personas: la sociedad en comandita por acciones (por los comanditarios) y la sociedad de responsabilidad limitada.

En la ineludible noción ecléctica se emplazan quienes sustentan que la sociedad anónima de hoy en nada se parece a la de Vélez Sársfield y razonan que la excepción no sólo no debe extenderse, sino que sería conveniente derogarla o bien delimitarla.

4.2.1. *Un poco de historia*

Ya Savigny, a comienzos del siglo XIX, con su escuela histórica, demostró que un estudio histórico de la ley positiva era un precedente de condición al entendimiento de derecho. Imprescindible comprender cómo fueron evolucionando las diversas estructuras asociativas para entender por qué el Codificador no extendió la excepción del 985 a la sociedad en comandita por acciones.

Señalan Charles Lyon-Caen y Louis Renault en su *Tratado de derecho comercial*²³ que las sociedades por acciones como las conocemos hoy –refiriéndose a una obra escrita a principios del siglo XX– son una creación relativamente reciente. Hasta entonces, las sociedades –civiles y comerciales– se originaban por contrato de derecho privado y, cuando nace la fiebre por la codificación, así son legisladas en los códigos del siglo XIX. Un contrato de dos o más personas que se asociaban ponien-

23. LYON-CAEN, Charles y RENAULT, Louis, *Traité de droit commercial*, París, Librairie Générale de Droit & De Jurisprudence, 1908, t. 2, 1ª parte.

do en común sus bienes o industria para compartir los riesgos empresarios y partir el lucro que pudiera resultar.

La responsabilidad ilimitada de los socios era característica esencial de toda sociedad. Ello era acorde con la falta de necesidad de autorización para funcionar, bastando a efectos publicitarios su registración. Lo importante era saber quiénes integraban la sociedad, desde cuándo comerciaban asociados y quiénes la representaban y la obligaban válidamente.

De la esencia de la sociedad –se desprendía de su naturaleza contractual– era el interés personal de los socios. Integraban el ente los contratantes; en caso de fallecimiento de alguno de ellos –sea que la sociedad se disolviera o no–, los herederos recibían su parte, pero en principio no se incorporaban.

Para transmitir la participación se requería la aprobación del resto de los socios, a quienes no se podía obligar a admitir como socio a alguien que no fuera de su agrado.

Normalmente, el contrato establecía quién tendría el uso de la firma social, y para cambiar el sistema se requerían mayorías calificadas, generalmente la unanimidad. Si nada se establecía, todos los socios la obligaban.

Así funcionaron las sociedades durante siglos, pero llegó el momento en que las referidas estructuras societarias no pudieron satisfacer las necesidades del comercio y de las naciones. El descubrimiento del nuevo mundo; las nuevas rutas hacia el oriente y la colonización del continente africano generaron necesidades antes inexistentes. Grandes empresas demandaban formas y estructuras más sofisticadas para la obtención de capitales.

Influían además cuestiones socio-culturales: el ejercicio del comercio no era bien visto para la clase acomodada, lo que no la inhibía para aportar sus capitales y que otros los hicieran trabajar. Se requerían nuevas estructuras. Era esencial no tener que responder solidariamente; y que se facilitara el rápido y ágil ingreso y egreso de los capitales, facilitando la libertad de cesión. Se tendía a la simple asociación de capitales²⁴ desvinculada de las personas.

En el antiguo régimen monárquico, dichas sociedades se anclaban en el derecho público; sólo una patente o edicto real –con fuerza de ley– podría limitar la responsabilidad de los socios. Siendo la regla –la responsabilidad solidaria– de todos conocida, se requería una publicidad extraordinaria para validar la excepción.

Inicialmente, estas sociedades se constituyeron para grandes emprendimientos, a instancia de las distintas coronas y en el marco del derecho público: para la explotación minera, la fabricación y el comercio de armamentos y mercaderías de ultramar. En Italia, surgen las primeras sociedades anónimas a principios del siglo XV, cuyo objeto fue bancario y asegurador. A principios del siglo XVII, aparece la sociedad holandesa de Indias Orientales y, casi simultáneamente, nace su par inglesa, todas

24. Código de Comercio de Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo (Ley 15 de la Nación). Art. 403: “La sociedad anónima es la simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera”.

auspiciadas por y para las respectivas coronas, destinadas al comercio y la colonización de ultramar. En Francia, durante el reinado de Luis XIII, se crearon las compañías de Saint Christophe y de Nueva Francia, y las compañías de Indias Orientales y de Indias Occidentales; y tiempo más tarde surgieron las de los estados de Quebec en Canadá y de Louisiana en la cuenca del Misissipi, y de varias islas del Caribe.

Como señalan los versados autores franceses Lyon-Caen y Renault, estas sociedades no reconocían reglas ni estaban sujetas a más ordenanzas que las patentes reales de su creación. Cada edicto establecía las reglas particulares y generalmente garantizaban el control estatal o, al menos, el derecho de intervención del monarca; y, junto con ello, otorgaban a la sociedad el monopolio de algún negocio, un privilegio real o ambas cosas.

Con la Revolución Francesa, se proclamaron los principios de libertad de comercio y de industria, mediante la Ley del 2 de marzo de 1791. Con la corona cayeron también ciertas instituciones; desaparecieron –entre otras– los organismos de control y funcionamiento de las compañías. La anarquía política imperante se contagió a las sociedades y las compañías quedaron a la deriva, licuándose sus patrimonios y saqueadas por oportunistas.

Como consecuencia de la bancarrota de varias sociedades –muchas de ellas escandalosas y fraudulentas–, la Convención Revolucionaria las consideró un instrumento de especulación que atentaba contra el crédito público. Se sancionó una ley mediante la cual se suprimieron las acciones al portador y sus efectos negociables. Dos años más tarde, advirtiendo el error, el Directorio hubo de volver sobre sus pasos y resolvió que podrían constituirse nuevas sociedades por acciones, mediando autorización previa legislativa.

Se inicia el proceso codificador y ve la luz el proyecto de primer Código de Comercio de Francia, el cual prevé reglamentar la sociedad por acciones junto con la sociedad colectiva y con la sociedad en comandita (simple), sujetando a todas ellas a la previa autorización gubernamental. Las cámaras de comercio parisinas y los tribunales mercantiles se opusieron al proyecto; sostenían que la autorización gubernamental solamente debía ser establecida para aquellas sociedades en las cuales los socios no garantizaran las pérdidas con su patrimonio, en las que no respondieran solidaria e ilimitadamente. Propusieron que el nuevo código contemplara dos clases de sociedades por acciones: aquellas que no tuvieran socios solidarios debían requerir autorización gubernamental previa, pero ésta sería innecesaria para las sociedades con socios ilimitadamente responsables. Propusieron un tipo mixto, una sociedad por acciones con alguno o algunos socios solidariamente responsables, que no requirieran autorización previa. Así, se promulga el primer Código de Comercio francés en el año 1807, dando nacimiento a la sociedad en comandita por acciones y a la sociedad anónima, a cuyos modelos acudirían Vélez Sársfield y Acevedo.

El gobierno autorizaría la constitución y funcionamiento en forma absolutamente discrecional, sin necesidad de fundar la denegatoria. Podría rehusar la autorización simplemente por considerar el objeto social peligroso, inconveniente, por vi-

cios o lagunas del estatuto o por cualquier otro motivo; la resolución no era apelable judicialmente.

El Código de Comercio originario tenía una regulación sumamente escueta de la sociedad anónima. En el entendimiento de que la sociedad anónima era apropiada sólo para obras de gran envergadura y larga duración, poco importaba la persona de los fundadores o administradores, que podían ser cambiados en cualquier momento. El administrador de una sociedad anónima podía ser socio o no, era mandatario de la sociedad y no respondía personalmente.

Por el contrario, en la sociedad en comandita por acciones, la reputación y el crédito del socio comanditado eran esenciales, pudiendo formar parte de la razón social. El administrador no era un simple mandatario, sino que respondía personalmente por sus actos. Tal es así que la propia ley lo denomina socio solidario, aclarando que “la sociedad será al mismo tiempo en nombre colectivo para ellos y en comandita para los socios que no han hecho más que poner los fondos”.²⁵ El administrador no tenía una personería del todo diferenciada de la sociedad, y la falta del mismo por muerte, incapacidad u otra circunstancia era causal de disolución.

Tampoco existía el instituto de la transformación. La única forma de pasar del tipo en comandita al de anónima era disolver y liquidar totalmente la primera y luego constituir la anónima con la consiguiente autorización. El consejo de estado suponía –con cierta razón– que era una forma de disminuir la responsabilidad de un establecimiento en declinación, de hacer pasar por la nueva sociedad las viejas deudas de la anterior, en perjuicio de los acreedores.²⁶ Entonces, el gobierno galo propone en 1859 que su constitución y funcionamiento sean regulados con una reglamentación meticulosa y severa.

Abrimos un paréntesis para señalar que en 1859 se sanciona en el Estado de Buenos Aires el Código de Comercio de Vélez Sarsfield y Acevedo, basado en el Código francés, convertido en Ley 15 de la Confederación Argentina en el año 1862.²⁷

Cerrando paréntesis, en Francia se produjeron inconvenientes con las sociedades anónimas, básicamente por el favoritismo y la parcialidad en la concesión de la autorización y la indefensión en que se encontraban los acreedores de las sociedades anónimas fallidas. Es así que en 1863 se modifica parcialmente el Código de Comercio. A raíz de la firma de un tratado de libre comercio entre Francia e Inglaterra, que les permitía a las sociedades por acciones comerciar libremente en la orilla vecina, los franceses se agraviaban por tener que tramitar la autorización, que –a su juicio– los colocaba en inferioridad frente a sus competidores británicos.

25. Código de Comercio de Vélez Sársfield y Acevedo, art. 425 *in fine*.

26. Ver TROPLONG, Raymond, *Le droit civil expliqué, suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*, Paris, Charles Hingray, 1843, t. I “Du contrat de société civile et commerciale, ou commentaire du Titre IX du Livre III du Code Civil”, § 469, p. 440.

27. Esclarece el particular leer la nota de elevación del Proyecto de Código de Comercio de Vélez Sársfield y Acevedo.

En consecuencia, se modifica el Código francés, adoptando un sistema dual, según el cual las grandes corporaciones seguirían con el sistema de autorización previa. Pero aparece un nuevo tipo societario para aquellas sociedades cuyo capital no excediera una suma determinada; y es así que nace en Francia la sociedad de responsabilidad limitada, que algunos llamaron sociedad anónima libre. Estaban sujetas a una reglamentación meticulosa y severa –similar a la establecida para la sociedad en comandita–, destinada a suplir la autorización previa gubernamental.

4.2.2. *Sociedad contrato y persona jurídica*

Las sociedades pueden ser clasificadas de muchas maneras: civiles o comerciales; de personas y de interés o de capital, etc. La clasificación que sirve a nuestra ponencia es la que ha realizado el maestro Jaime Anaya, quien habla de sociedad-contrato por oposición a la sociedad-persona, en alusión evidente a la personería jurídica. Creemos que sobre esta clasificación reposa la excepción que establece el Codificador al artículo 985 y que por ello la limita a la sociedad anónima, excluyendo otros tipos societarios.

Anaya, en un impecable ensayo integrante del libro *Contratos*²⁸, sostiene que la inclusión de las sociedades anónimas en el ámbito del derecho privado fue un giro audaz del Código Napoleón. Anaya sostiene –en coincidencia con Lyon-Caen y Renault– que en su origen las sociedades anónimas provenían del derecho público, donde navegaban bajo la forma de compañías coloniales que fueron matriz no sólo de la sociedad anónima actual sino también de la sociedad de economía mixta. Considera que la anónima fue una ingeniosa invención destinada a la captación de recursos, que aunaba el estímulo del lucro expedicionario con la limitación de la responsabilidad y la facilidad de la negociación bursátil. Destaca que en el derecho anglosajón, en el alemán y en el holandés, la sociedad anónima nunca fue considerada como contrato sino como persona jurídica. Sostiene que Vélez Sársfield, siguiendo la codificación francesa, presentó todas las sociedades (civiles y comerciales) dentro del esquema obligacional o contractual; pero que, no obstante, siguiendo el tronco inherente a los sujetos, encasilló a la anónima entre las personas jurídicas del artículo 33 del Código Civil, lo que pone de manifiesto que para Vélez Sársfield la anónima no era un contrato equiparable a las demás sociedades:

Queda claro que la concepción del Codificador daba prioridad a la personalidad jurídica y al patrimonio de afectación por sobre los perfiles contractuales de la anónima... [sic]

28. ANAYA, Jaime L., “La sociedad como contrato”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Contratos. Homenaje a Marco Aurelio Risolía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 15-29 (AA. VV.: Anaya, Bustamante Alsina, Carneiro, Casás de Chamorro Vanasco, Cassagne, Cueto Rúa, Kemelmajer de Carlucci, Martínez Ruiz, Morello, Ray, Rouillón, Salerno, Trigo Represas, Vázquez Vialard, Videla Escalada).

Nadie discutía entonces que para Vélez la sociedad civil o la colectiva pudieran ser algo distinto de un contrato, mientras que la sociedad anónima descansaba sobre presupuestos distintos de los contratos de cambio.

El salto cualitativo que señala Anaya está vinculado además con la limitación de responsabilidad. Hace notar que las sociedades de persona gozan de mayor libertad para reglamentar sus relaciones en la medida en que sus socios responden solidariamente por las obligaciones sociales; mientras que la imperatividad de las normas legales acompaña razonablemente la limitación de la responsabilidad. Es por ello que el quebrantamiento de los deberes que incumben a los administradores de las sociedades por acciones excede el simple interés de los socios y justifica la intervención del ministerio público, prevista por los artículos 301, 303 y 251 de la *Ley de Sociedades Comerciales*. Así, el artículo 299 establece que las sociedades anónimas, además del control de constitución propio de todas las sociedades y del control de reformas y aumento del capital, quedarán sujetas a fiscalización estatal de funcionamiento cuando: 1) hagan oferta pública de sus acciones; 2) sean de economía mixta o de participación estatal mayoritaria; 3) realicen operaciones de capitalización, ahorro o requieran dinero al público; y 4) exploten concesiones o servicios públicos.

Concluye Anaya que las sociedades de interés se desenvuelven en un marco normativo de escasa movilidad, que consciente un amplio margen a la autonomía privada para su organización, mientras que la sociedad de capital “navega en una legislación inestable”, tendiente a la hiper-reglamentación, acompañada de la volatilidad propia de la actividad que constituye su objeto (bancario, asegurador, etc.) o por las impuestas para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones. Su normativa no da mucho espacio a la autonomía privada y los socios no participan directamente en la administración sino en forma indirecta, eligiendo a las autoridades, con el beneficio de no responder solidariamente por las pérdidas.

Remata diciendo que mantener la sociedad anónima en un mismo régimen con las sociedades de personas es artificioso y no presenta beneficio alguno; sobre todo en aquellas sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, “caso en extremo distinto que la sociedad cerrada o de familia, y generalmente de pequeña magnitud patrimonial.” La sociedad anónima que cotiza en bolsa se rige por una disciplina propia. Para ser admitida como tal, debe adecuar su estructura organizativa.

En definitiva el maestro, con un profundo rigor científico y una sana practicidad, propugna el abandono de un régimen único para las sociedades anónimas cerradas o de familia y las cotizantes. En opinión del jurista, en las sociedades anónimas del artículo 299 debe primar la institucionalidad sobre la contractualidad; más allá e independientemente de que a todas se les reconozca la personería jurídica, como ha sucedido a partir de la Ley 17.711 y de la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales.

4.2.3. *La opinión codificada de Vélez Sársfield*

La opinión del Codificador puede inferirse de su obra, de los Códigos Civil y Comercial. La codificación de Vélez Sársfield claramente señala la sociedad anónima como una sociedad distinta de las demás. El principio general dice: “Toda sociedad debe tener objeto lícito y ser contraída en el interés común de los asociados”.

Señala Pothier²⁹ que el interés común de los socios es de la esencia de la sociedad. El propósito de lucro o ganancia en proporción al aporte o trabajo es tan esencial que no constituye sociedad aquel contrato en el cual alguno de los socios no obtenga ganancia.³⁰ En el mismo sentido, Von Ihering expresa que

... el contrato de sociedad está al servicio del egoísmo y no de la benevolencia. El egoísta no repartiría lo que puede conseguir solo; si lo hace es porque encuentra en ello una ventaja [...] La asociación, como hemos visto, se basa sobre relaciones interesadas: es un contrato de negocios.

A *contrario sensu*, la noción de persona jurídica del Codificador, por excepción, se limitaba a las entidades cuyo objeto tendiera al bien común, determinado por el inciso 5 del artículo 33 del Código Civil y los artículos 45 y 46 con sus respectivas notas. No resulta ocioso reproducir el artículo 33 original:

Las personas jurídicas, sobre las cuales este Código legisla [...] son creadas con un objeto conveniente al pueblo y son las siguientes: [...] 5º Los establecimientos de utilidad pública [...] las corporaciones [...] sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros [...] y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común [...] y no subsistan de asignaciones del Estado...

Surge claramente de las notas a los artículos 45³¹ y 46³² que el otorgamiento de la autorización para constituir una persona jurídica en el sistema de Vélez Sársfield dependía del gobierno, para quien conferirla no era indiferente o neutro, y se otorgaría sólo en interés público. De hecho, tal es el interés comprometido que incluso para disolverla se requería autorización gubernamental, según el artículo 48³³ y su nota, en la que señala:

29. POTHIER, Robert. J., *Contenant les traités du droit français*, Paris, Librairie de Jurisprudence de J. P. Roret, 1830, t. 2.

30. *Íd.*, p. 404: “*Il est de l'essence de ce contrat que la société soit contracté pour l'intérêt commun des parties [...] Il est de l'essence du contrat de société que les parties se proposent, par le contrat, de faire un gain ou profit, dans lequel chacune des parties contractantes puisse espérer d'avoir part, à raison de ce qu'elle a apporté à la société.*”

31. “Otras consideraciones políticas y económicas hacen indispensable la autorización del gobierno para crear la persona jurídica. La extensión ilimitada de las corporaciones de diversas clases no siempre es conveniente o indiferente a los pueblos...”

32. “Queda así a los particulares la libertad de hacer las asociaciones que quieran [...] pero esas asociaciones no tendrán el carácter que el Código da a las personas jurídicas, creadas por un interés público...”

33. “Termina la existencia de las corporaciones con carácter de personas jurídicas: 1) Por su disolución en virtud de la deliberación de sus miembros, aprobada por el gobierno...”

... no debe ser disuelta por la sola voluntad de los miembros actuales, porque ella existe, como hemos dicho, independientemente de sus miembros y por el motivo principal de un interés público, permanente, mientras que el gobierno o la ley no hubiese declarado que había cesado la causa de su existencia. Las personas jurídicas pueden ser disueltas por la decisión sola de la autoridad pública [...] pues que sólo el interés público, y no intereses individuales [...] por grandes que sean, es el motivo de la autorización para su creación.

La existencia de la persona jurídica comenzaba con la autorización y aprobación de sus estatutos. El gobierno y/o la legislatura podían ejercer la facultad de autorizar o no la existencia de la persona jurídica con criterio restrictivo de oportunidad y conveniencia –léase amplia discrecionalidad–, de acuerdo con el artículo 405 del Código de Comercio, que establecía que las sociedades anónimas sólo podían

... establecerse por tiempo determinado y con la autorización del Poder Ejecutivo, dependiente de la aprobación de la asamblea general cuando hayan de gozar de algún privilegio.

Paralelamente, la sociedad se disuelve, según el artículo 422 del Código de Comercio, por la demostración de que no puede llenar el fin para el cual fue creada, sea que la misma sea resuelta por la resolución de la mayoría de los socios o de la declaración del Poder Ejecutivo. El artículo 417 señala que

... toda deliberación ulterior de los accionistas contra los estatutos de la sociedad, o que tenga el efecto de que sean violados o que dé a los fondos sociales otro destino, o que transforme la sociedad anónima en otra especie de asociación, es nula y de ningún valor...

El interés público comprometido es tal que el Código Civil establece en el inciso 8 del artículo 979 que: “Son instrumentos públicos [...] 8º Las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad a sus estatutos”. Y el artículo 412 del Código de Comercio establecía que

Las acciones de los socios en las compañías anónimas pueden representarse para la circulación en el comercio por cédulas de crédito reconocido, revestidas de las formalidades que los reglamentos establezcan y subdivididas en porciones de un valor igual.

Y es que en Francia los títulos accionarios de las sociedades anónimas podían ser acciones simples –bienes muebles–, representativas del capital social, o, según las normas de autorización, cédulas públicas, títulos públicos (asimilables a títulos inmobiliarios), como sucedía con el Banco de Francia, cuyos títulos públicos eran hipotecables³⁴, regidos por las mismas normas aplicables a los títulos inmobiliarios.

34. Téngase presente que en Francia la hipoteca podía garantizar no sólo inmuebles sino también bienes muebles.

Vélez Sársfield y Acevedo habían vertebrado un sistema armónico en el Código de Comercio, luego complementado por Vélez Sársfield en el Código Civil.

Las que para Vélez y Acevedo debían ser entidades de bien público, con un objeto conveniente al pueblo o que tuvieran por principal objeto el bien común, fueron mutando y transformándose hasta convertirse, como reza el artículo 318 de la Ley 2637³⁵, en entidades “cuyo objeto no fuera contrario al interés público”. Gradualmente, se cruzó el abismo, pasando de exigirse algo bueno y conveniente al pueblo a tolerarse algo que no fuera contrario a la ley o a las buenas costumbres. La sociedad que otrora tenía un beneficio excepcional en base a la utilidad pública pasó a equipararse a aquellas que funcionaban en interés exclusivo de sus socios.

La previa autorización para funcionar, restrictiva, otorgada por el Poder Ejecutivo y en algunos casos con aprobación legislativa, se fue convirtiendo paulatinamente en sociedad de formulario, en un sello de goma de aplicación mecánica.

4.2.4. *La opinión profesional de Vélez Sársfield*

Además de la opinión volcada por el Codificador en ambos códigos, Civil y Comercial, existen otros escritos jurídicos de su mágica pluma. Adquiere gran valor el “Dictamen en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de una sociedad anónima con el objeto de establecer molinos a vapor”,³⁶ cuando ocupaba el cargo de secretario de Gobierno del Estado de Buenos Aires.

En dicha pieza de extraordinaria nitidez jurídica señala:

La sociedad anónima implica una derogación completa de los principios generales que rigen los intereses privados. La abstracción llega a sus últimos límites. Como la sociedad anónima es la simple asociación de capitales, toda individualidad desaparece; el fondo social es el único obligado. El negocio de todos no es el negocio de persona alguna. Así, quedan derogadas las leyes generales de las sociedades que imponen la responsabilidad personal y solidaria absoluta de todos los socios en las sociedades colectivas o de la de los gerentes o administradores en las sociedades en comandita. Para que el Cuerpo Legislativo pueda autorizar tales sociedades y dispensar las leyes generales, es preciso que el negocio sea de un interés público y que la ley lo determine de una manera cierta y muy positiva en toda su extensión [...] Con esta libertad en sus transacciones, los socios deben reconocer las obligaciones personales que las leyes generales les imponen, y no escudarse con lo anónimo de la sociedad [...] Soy por lo tanto, de dicta-

35. “El Poder Ejecutivo acordará la autorización, siempre que la fundación, organización y estatutos de la sociedad sean conformes a las disposiciones de este Código, y su objeto no sea contrario al interés público”.

36. VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, “Dictamen en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de una sociedad anónima con el objeto de establecer molinos a vapor”, en *El Nacional*, Buenos Aires, 30/7/1858. (Material bibliográfico reproducido en VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 353-355 [INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENNE - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Colección de textos y documentos para la historia del derecho argentino*, t. XI]).

men que V.E. se sirva no hacer lugar a la solicitud³⁷ [...] Buenos Aires, julio 23 de 1858. [Firmado:] Dalmacio Vélez Sarsfield.”

En otra pieza, caratulada “Dictamen en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de sociedades anónimas extranjeras”³⁸, se presenta el representante legal de una sociedad anónima española, debidamente autorizada en su país, y solicita se la autorice a funcionar como tal en el nuestro. La autorización fue denegada. Vélez señala que mientras la sociedad anónima extranjera no sea autorizada a funcionar en nuestro país, responden por sus actos los agentes y factores en forma solidaria e ilimitada. Luego, cita algunos dictámenes del célebre jurisconsulto francés Ortolán, que transcribe y son del siguiente tenor:

Por consecuencia, si se trata de sociedades anónimas extranjeras, ella deben, para existir y obrar legalmente en Francia, obtener las mismas autorizaciones y someterse a las mismas condiciones que las sociedades francesas; bien entendido que el Gobierno [...] deberá exigir para dar su autorización que los inmuebles, los valores o fianzas destinadas a formar la garantía del público estén situadas o puestas en Francia y no en país extranjero.

4.2.5. *Concepto de persona jurídica*

Paralelamente con la evolución de las sociedades anónimas y con el aligeramiento de los requisitos para conferirles la tan deseada autorización gubernamental, se produce también un cambio en el férreo concepto de personería jurídica. El absoluto de los tiempos de Vélez se va relativizando. El rígido concepto que establecía que la persona moral era una persona distinta de sus integrantes fue paulatinamente derritiéndose.

El viejo artículo 43 del Código Civil establecía que

No se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores individualmente hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas.

En la nota, Vélez señala que no hay inconsecuencia en sostener que la persona jurídica pueda sufrir por un delito pero que no pueda cometerlo.

37. Refiere a las Cámaras Legislativas, como se desprende de la resolución dictada por Bartolomé Mitre, en consonancia con el dictamen elaborado por Vélez Sarsfield.

38. VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, “Dictamen en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de sociedades anónimas extranjeras”, en *El Nacional*, Buenos Aires, 30/7/1858. (Material bibliográfico reproducido en VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 343-352 [INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENNE - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Colección de textos y documentos para la historia del derecho argentino*, t. XI]).

La evolución del principio de diferenciación de las personas jurídicas de sus miembros se puede advertir claramente analizando la jurisprudencia de la Suprema Corte referida a la responsabilidad del Estado –paradigma de la persona jurídica– por hechos de sus dependientes.

Partiendo del principio establecido por el viejo artículo 43 –en virtud del cual la persona jurídica nunca podría responder por hechos culposos o dolosos, pues carecía de voluntad para realizar actos que excedieran los fines de su constitución– debieron transcurrir más de sesenta años de sancionado el Código Civil para que por primera vez la Corte Suprema admitiera, en el caso “Devoto”³⁹ (1933), la responsabilidad extracontractual del Estado, en base a criterios de imputación subjetiva⁴⁰ y como responsabilidad indirecta o subsidiaria, previa excusión de los bienes del responsable principal.

La doctrina sentada en el caso “Devoto” sufrió un acomodamiento en 1938, cuando en el caso “Ferrocarril Oeste”⁴¹ la Corte aceptó la responsabilidad del Estado sin la necesidad de imputación subjetiva. Ya no era necesario identificar al funcionario o empleado culpable; bastaba acreditar el error objetivo del Estado: aparece el concepto de falta de servicio.⁴²

La última vuelta de tuerca en la evolución jurisprudencial la da el caso “Vadell”⁴³ (1984), donde la Corte admitió que la responsabilidad del Estado es directa para con el damnificado y no subsidiaria, teniendo en cuenta que ya a esta altura regía la [nueva redacción](#) del artículo 43 –según la Ley 17.711–:

Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas...

Es interesante ver la evolución producida luego de un siglo. Sobre la persona jurídica, Kelsen⁴⁴ señala que

Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen [...] El crédito de una persona jurídica es el crédito colectivo de sus miembros [...] Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que repre-

39. *Leading case* “Tomás Devoto y Cía. SA c/ Gobierno Nacional”.

40. La imputación subjetiva requería identificar positivamente al funcionario o empleado que hubiera cometido el hecho generador de culpa.

41. CSJN, 3/10/1938, “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”, en *La Ley*, t. 12, p. 122.

42. Falta de servicio es un concepto jurídico acuñado por el derecho administrativo.

43. CSJN, 18/12/1984, “Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires”, en *El Derecho*, t. 114, p. 215.

44. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960.

senta la unidad de un orden jurídico parcial o total [...] [consecuentemente] Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que constituye.

4.2.6. 985. *Doctrina vigente*

Mayoritariamente, los civilistas están de acuerdo en que la excepción establecida por el artículo 985 del [Código Civil](#) encuentra su fundamento en la personería jurídica que el Codificador le asignara a la sociedad anónima. El principio general sostiene que el ente es una persona moral distinta de sus integrantes y, en consecuencia, aunque el escribano o sus parientes tuvieran parte en ella, su interés –aunque personal– no sería directo.

Cuando el artículo refiere a que será válido el acto si los interesados lo fueren “sólo por tener parte”, se pueden hacer –al menos– dos lecturas. Una primera lectura sería que el escribano puede otorgar un acto en el cual intervenga una sociedad anónima, en la que él mismo es accionista o que lo sea alguno de sus parientes. La otra sería que el escribano interviniera en un acto en el cual sus parientes, accionistas de una sociedad anónima, negociaran esas acciones, sea la enajenación o el gravamen de las mismas.

Entendemos que la excepción de la ley se está refiriendo al primer supuesto y descartamos absolutamente que el escribano pudiera intervenir en el segundo. Ello porque el interés del funcionario o sus parientes en el primer caso sería un interés difuso e insignificante; lo que no pasa en el último.

Es tan obvia la salvedad que no hemos visto que nadie la realizara. Hemos visto que se refieran a la intervención notarial en actos de constitución de sociedad anónima, donde no queda duda que también se inscribe en la prohibición del artículo 985, sin poder escudarse tras el amparo de la excepción, pues la voluntad que recoge el instrumento público no es la voluntad de la sociedad a la que apunta el legislador sino la de los socios como personas constituyentes y personalmente interesadas, y no como meros accionistas. La ley se refiere, además de a aquellas personas que tuvieren parte en sociedad anónima, a aquellos que fueren directores o gerentes. Trataremos esta excepción con el tema de los representantes y mandatarios.

La doctrina civilista en general entiende atinada la excepción referida a los accionistas de sociedad anónima, partiendo de la base de que la personería jurídica que la misma ostenta es constituida por un ente absolutamente distinto de sus socios. Mayoritariamente, la doctrina está conteste en que, junto con la sociedad anónima, cabe extender la exención para otros supuestos de entidades con personería jurídica. Se incluye como exceptuadas a todas las personas jurídicas de carácter público: el Estado nacional, provincial o municipal; las entidades autárquicas y los organismos centralizados y descentralizados.

Entre las personas jurídicas de índole privada, junto con las sociedades anónimas, quedan comprendidas las asociaciones civiles, las fundaciones y las entidades

mutuales, que cumplan los requisitos del inciso 1 del 2º apartado del artículo 33 del **Código Civil**: objeto principal de bien común, patrimonio propio y que no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, capaces por sus estatutos de adquirir bienes y autorización para funcionar.

Como señala Benseñor en su ensayo “El artículo 985 del Código Civil argentino”⁴⁵ –lectura obligada para cualquiera que pretenda argüir seriamente sobre el particular–, estas entidades no fueron expresamente mencionadas en la excepción del 985 por ser innecesario. Debemos tener en cuenta que nadie podría tener parte en estas personas jurídicas y que, cuando se disuelven, si existiera remanente, debe destinarse a otras instituciones de bien público.

Tanto el notario como sus familiares que intervinieran en la administración o gestión de estas entidades no tendrían un interés directo sino meramente indirecto. A nadie se le ocurriría suponer que ser miembro o desempeñar un cargo en sus órganos implica –actuando dentro de la ley, claro está– disponer de un interés personal, toda vez que estas entidades tienen por finalidad el bien común, poseen un patrimonio propio y no distribuyen dividendos.

Sin menospreciar la real importancia del tema, la identidad de criterio doctrinario vertido sobre el particular confirma la innecesariedad de detenerse en él.

4.2.7. *Extensión de la excepción a otras sociedades de derecho privado*

Benseñor, junto con la doctrina civilista en general, señala que, a partir de la modificación del artículo 33 del Código Civil (Ley 17.711), mediante el cual se extiende y reconoce a las sociedades regularmente constituidas e inscriptas personería jurídica distinta de la de sus miembros, la excepción del artículo 985 debería extenderse a aquellas sociedades de capital en las que los socios no responden en forma solidaria e ilimitada, y que en ellas no se encuentra comprometido un interés directo sino indirecto. Se refiere básicamente a la sociedad de responsabilidad limitada y a los accionistas en la sociedad en comandita por acciones.

Por el contrario, la excepción del artículo 985 no sería extendida al socio administrador de la sociedad en comandita por acciones, ni a los socios de las sociedades de interés, dado que los socios son solidariamente responsables y, sin lugar, su interés personal y directo está comprometido.

Nos cuestionamos: ¿acaso la circunstancia de que sean personalmente responsables hace desaparecer la personería jurídica?

45. BENSEÑOR, Norberto R., *ob. cit.* [cfr. nota 6].

4.2.7.1. Nuestra opinión

A esta altura, fácilmente se puede intuir que estamos en contra de la extensión de la excepción. Básicamente podríamos decir que estamos en contra de la excepción misma, en la forma en que está planteada.

Cuando Vélez estableció la excepción, la sociedad anónima era realmente anónima. Siguiendo el artículo 29 del Código de Comercio francés⁴⁶, el artículo 404 establece que

Las sociedades anónimas no tienen razón social, ni se denominan por el nombre de uno o más de sus socios, sino por el objeto u objetos para que se hubiesen formado.

Nada tiene ello que ver con la circunstancia de que los títulos sean nominativos o al portador. Como señalara Ulpiano en el *Digesto*: “en las corporaciones nada importa si todos continúan los mismos o continúe una parte o todos hayan cambiado”⁴⁷.

Intentaremos explicarnos. La sociedad anónima debía tener un objeto ligado con la utilidad pública y el bien común. Entiéndase por tal –incluso– juntar capitales de tal magnitud que le permitiera brindar algún servicio útil a la comunidad que de otra forma no fuera viable. Por tal se incluían, entre otras, las actividades bancarias y aseguradoras, el tendido de vías férreas, caminos, puentes, puertos, astilleros y demás empresas que constituían un fuerte motor para la economía de las naciones. Sólo podía establecerse por tiempo determinado, con autorización del Poder Ejecutivo; y, si se le concedía algún privilegio, debían además ser autorizados por la asamblea general.⁴⁸

Sin embargo, la evolución asimétrica de las instituciones fue degenerando el sistema. La sociedad anónima codificada en 1859 (Ley 15 de la República, 1862) fue mutando, en armonía con el Código Civil. La autorización dejó de ser de conveniencia social, pasando a convertirse en el cumplimiento de ciertos y determinados requisitos legalmente establecidos. Así se arribó a la actual sociedad de formulario.

En el camino quedó diluida –hasta su desaparición– la conciencia general de la excepcionalidad, invirtiéndose el principio general de responsabilidad ilimitada por el principio de la no responsabilidad. Quedó también en el camino el criterio de excepcionalidad fundada en la necesidad de conseguir grandes capitales para obras de envergadura. Se llegó en la década de los 90 a constituir sociedades anónimas con un capital social mínimo tal que, con la integración parcial inicial del 25 % del capital

46. “La société anonyme n'existe point sous un nom social; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés”.

47. “In universitatibus nihil referi, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint”. (ULPIANO, *Digesto*, 3, 4, 7, 2).

48. Art. 405 del Código de Comercio. Se debe tener en cuenta que el mismo fue escrito para el Estado de Buenos Aires y no para la República Argentina; por ello la denominación asamblea general.

suscripto, no llegaban a cubrirse los gastos y honorarios de constitución, inscripción y rúbrica de libros.⁴⁹

Todo ello ha llevado a que actualmente puedan existir sociedades anónimas que no son anónimas. El artículo 164 de la *Ley de Sociedades* permite ahora que la denominación pueda incluir el nombre de una o más personas de existencia visible; se abandona el principio general que prohibía que tuvieran razón social o que fueran designadas por el nombre de uno o más de sus socios –origen de la denominación del tipo social–. El grado de evolución ha sido tal que hoy, dicho con el mayor de los respetos, cualquiera puede tener su sociedad anónima *propia*.

Más allá de que ello obedezca a criterios de política legislativa sumamente respetables, cabe analizar desde un punto de vista técnico si la nueva legislación societaria se adecua a la legislación civil vigente. Claramente, lo que debe interesar, lo que debemos desentrañar los operadores del derecho es si el interés del accionista o el de los administradores sigue siendo indirecto, vago y difuso o si el aligeramiento de requisitos lo ha convertido en un franco interés personal; si el notario que interviene en un acto de una sociedad anónima en la que sus parientes tienen interés o control puede ser un interés directo en los términos del 985, que comprometa su imparcialidad.

Creemos que, si los padres del notario integran una sociedad anónima como únicos socios o tienen parte tal que les asegure el control, van a estar personalmente interesados. No encontramos diferencia alguna en cuanto a la afectación de imparcialidad que pueda sufrir el notario en el acto que otorguen sus padres y hermanos con el acto que otorgue la sociedad anónima que ellos integran o controlan.

En definitiva, la sociedad anónima de hoy nada tiene que ver con el modelo utilizado por Vélez Sársfield para justificar la excepción. Desde el punto de vista de la afectación de la imparcialidad del notario, es evidente que ésta podría verse comprometida en la misma forma que si intervinieren sus parientes personalmente.

Imaginemos qué va a pasar si se aprueba el nuevo Código Civil y Comercial unificado. ¿Es que por ventura alguien va a sostener que la imparcialidad del escribano no está comprometida cuando la que actúe sea la sociedad unipersonal de su padre, de su hermano o de su cónyuge, por la mera ficción de que son personas jurídicamente distintas? ¿No es esta la forma de esconder un interés personal por interpusita persona?

En definitiva, lo que dirime la cuestión es la existencia de un interés personal y directo y no el reconocimiento de la personería jurídica. Si la personería fuera el centro de imputación diferencial, no se justificaría que se excluyeran las sociedades de persona e interés como comúnmente lo hace la doctrina.

49. En ese entonces el capital mínimo de la SA era de \$ 12.000; vale decir que si uno integraba el 25%, apenas podía cubrir los gastos y honorarios de constitución. Hoy el mínimo se ha elevado a \$ 100.000, que mejora la situación pero dista del ideal.

4.2.8. Presunción vs. ficción

Se produce aquí una pugna entre la ficción que constituye la personería jurídica y la presunción de parcialidad que establece el 985.

Conceptualmente, toda presunción constituye –en cierto sentido– una ficción jurídica mediante la cual se tiene por probado un determinado hecho o derecho, invirtiendo la carga de la prueba, ya que la mayoría de las presunciones son *iuris tantum* o simplemente legales. Pero la diferencia entre la presunción y la ficción radica en que la última toma por verdadero un hecho que no existe, para fundamentar en él un derecho.

Podremos objetar que la presunción del 985 es arbitraria, que muchas veces uno no tiene un trato con sus parientes que justifique presumir la imparcialidad; y, por el contrario, pareciera llamativo que ésta no se presuma ante los amigos íntimos, hermanos de la vida. Si bien asiste razón al planteo, no es menos cierto que bajar a criterios subjetivos puede ser mucho más peligroso por la incertidumbre que produciría. Es sólo por ello que los ordenamientos acuden a un criterio objetivo como el parentesco.

La personería jurídica de las sociedades, si bien muy útil para determinadas circunstancias comerciales, no deja de ser una ficción. Nadie puede discutir seriamente que si el patrimonio de la sociedad de mis padres aumenta, también aumenta el patrimonio de mis padres y que, consecuentemente, aumentará el valor del acervo que algún día pueda yo heredar, de la misma forma que si la sociedad cae en falencia, disminuirá mi expectativa o directamente desaparecerá. Lo mismo sucede cuando los parientes ostentan la mayoría y el control directo de la sociedad, incluso en la anónima.

A nadie se le ocurriría pensar lo mismo si el notario debiera intervenir en un acto de una sociedad de gran envergadura –imaginemos las antiguas YPF, Aerolíneas Argentinas, Obras Sanitarias de la Nación, Ferrocarriles Argentinos, Banco de la Nación Argentina, etc.–⁵⁰. Aun en el caso de que el notario o sus parientes tengan participación accionaria en dichas compañías, ésta sería ínfima en relación con el patrimonio social; y, en caso de ser directores, gerentes o apoderados, no se beneficiarían directa y personalmente por el acto de la sociedad. A ello apuntaba Vélez Sársfield cuando redactó el 985: a sociedades de gran envergadura patrimonial y de bien público. Vélez no pudo pensar en la sociedad anónima cerrada o de familia con responsabilidad limitada, pues era inconcebible su existencia por ese entonces.

Si bien existe el clásico aforismo latino “*dura lex sed lex*”, en virtud del cual podríamos sostener válidamente que –a pesar de los cambios producidos en las sociedades anónimas– la excepción del 985 sigue siendo derecho positivo y autoriza la intervención del notario, existen aforismos que proclaman precisamente lo contrario.

50. Nombramos como ejemplo importantes entidades nacionales, muchas de las cuales hoy no existen o que tal vez nunca tuvieron acciones liberadas al público; simplemente para tener una idea y ejemplificar a donde apuntaba Vélez Sársfield cuando hablaba de tener parte en sociedades anónimas, ser director o gerente de ellas.

El Código Civil del Estado de Nueva York⁵¹ refiere máximas universales de jurisprudencia, precisando que no son normas per se pero sirven para una correcta interpretación y aplicación de la ley. Entre las primeras máximas enunciadas, están las siguientes: “Cuando cesa la razón de la norma, también lo debiera la norma misma”⁵² y “Cuando la razón de la norma es la misma, la norma también debe ser la misma”⁵³.

Por su parte, del Codex surge: “no hay duda de que procede contra la ley quien, ateniéndose a su letra, procura forzar su espíritu”⁵⁴. Por su parte, Paulo en el *Digesto* señala: “no todo lo que la ley permite es honesto”⁵⁵ y “no hay que tergiversar la ley ni sofisticar sobre las palabras, sino advertir con qué intención se dice algo”⁵⁶.

4.2.9. Incidencia según el tipo de acto

Otro tema a tener en cuenta es el tipo de acto que se está otorgando. Hay actos que conllevan per se intereses contrapuestos de las partes intervinientes; primeramente, los actos bilaterales conmutativos, en los cuales una parte puede beneficiarse a costa de la otra. Sin embargo, existen otros actos donde el interés no se verifica de la misma forma y con el mismo peso. Pensemos, por ejemplo, en los actos societarios con inscripción en el registro mercantil. Así, tenemos modificaciones de estatutos o inscripciones de autoridades que pueden formalizarse e inscribirse por instrumento privado. Interpretamos que en dichos supuestos no podría hablarse de un interés invalidante del notario, que se limita a incorporar las actas a la escritura pública. Sería absurdo sostener la nulidad del acto en la medida en que no habría una falsedad ideológica. Similar criterio señala Benseñor en cuanto a la protocolización de una subasta. No debemos perder de vista que la actuación del notario y el acto mismo están sujetos al control de legalidad del propio organismo.

Parecería *prima facie* que el interés comprometido, si existiera alguno, no sería cualitativamente apto o trascendente para generar un conflicto que pudiera sembrar la duda sobre la imparcialidad del notario.

51. “The Civil Code of the State of New York. Reported Complete by the Commissioners of the Code (1865)”, *New York Field Codes Series*, Clark, New Jersey, The Law Book Exchange, Ttd.

52. N° 1965: “When the reason of a rule ceases, so should the rule itself” (“*cessante ratione legis cessat ipsa lex*”).

53. “When the reason is the same, the rule should be the same” (“*Ubi eadem ratio ibi idem jus*”).

54. N° 1966: “*Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem*” (Codex, 1, 14, 5).

55. “*Non omne quod licet honestum est*” (PAULO, *Digesto*, 50, 17, 144).

56. “*Non oportet ius calumniari neque verba captari, se qua mente quid dicitur animadvertere convenit*” (PAULO, *Digesto*, 10, 4, 19).

4.3. Segunda excepción. Gerentes o directores.

Mandatarios

La segunda excepción que señala el 985 apunta a los directores o gerentes de sociedad anónima. Ante todo, puntualizamos que Vélez Sársfield no se refirió a los administradores de cualquier sociedad sino solamente a los de la anónima, sociedad distinta a todas las demás.

La normativa de las sociedades anónimas, tanto en el Código de Comercio francés como en el Código de Comercio de Vélez y Acevedo era sumamente escueta. El Código galo regula la sociedad anónima de los artículos 29 al 37 inclusive y complementa con un reglamento sobre la forma de solicitar la previa autorización de funcionamiento, que contaba con siete artículos más (dieciséis artículos en total). Medio siglo más tarde, Vélez y Acevedo trataron las sociedades anónimas de los artículos 403 al 424 inclusive, tan solo veintidós artículos.

Ninguna de las legislaciones dedicó mucho entusiasmo en reglamentar la forma de la administración y funcionamiento, dado que serían analizadas y reglamentadas por el órgano encargado de conceder la autorización para funcionar. Así lo establece el artículo 406 del Código de Comercio argentino y el artículo 37 del Código de Comercio francés.

Ambas legislaciones coinciden en que tanto los directores como los gerentes eran mandatarios de la sociedad. Así lo establece el artículo 405 cuando señala que “son administradas por mandatarios revocables, socios o extraños”; el precedente galo (art. 31), por su parte, señala que “será administrada por mandatarios temporales, revocables, socios o no socios, onerosos o gratuitos”⁵⁷.

Señala Troplong en su *Derecho civil explicado*⁵⁸, comentando los artículos 1841 y 1842, que en las sociedades anónimas los administradores son extraños, independientemente de que sean socios o no. Los pone y los remueve la mayoría; a diferencia de la sociedad en comandita, donde se confunde la calidad de administrador con la de socio solidario.

Nuevamente debemos volver del futuro. El concepto de persona jurídica era distinto y no existía –o simplemente no tenía reflejo normativo– la teoría del órgano. Quienes administraban una sociedad anónima, en carácter de directores o como gerentes, lo hacían bajo la figura del mandato.

Troplong ilustra que las ordenanzas reales prohibían que los socios fundadores se atribuyeran derechos irrevocables a la gestión, siquiera bajo pretexto de ser los inventores, descubridores o autores del proyecto; y todos los socios tendrían los mismos derechos en proporción a su aporte. Sólo cuando el objeto de la sociedad fuera una obra o un secreto industrial se permitía que le pagaran al inventor o artista con

57. “Elle est administrée par des mandataires à temps, revocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits”.

58. TROPLONG, Raymond, ob. cit. [cfr. nota 26].

acciones industriales de un valor proporcional al valor de la obra o a su invento, pero no les daban derecho a intervenir en la administración.⁵⁹

Vélez, por su parte, no se tomó el trabajo de mencionar la relación del notario con el mandante o mandatario en el 985, sino que sólo se refirió a la relación específica de los (mandatarios) administradores de las sociedades anónimas, diferenciándolos de los administradores de las demás. Y ello obedece nuevamente al criterio sustentado por Vélez en el sentido de que el interés personal que puede tener el mandatario de una sociedad anónima sólo puede ser indirecto y difuso. En todas las demás sociedades el administrador era socio y respondía solidariamente, implicando un interés directo. Sin embargo, el Codificador no se detuvo a realizar distingos en el artículo 985, porque los realizaría más adelante, al tratar el artículo 1892 sobre el mandato:

El mandato puede tener por objeto uno o más negocios de interés exclusivo del mandante, o del interés común del mandante y mandatario, o del interés común del mandante y de terceros, o del interés exclusivo de un tercero; pero no en el interés exclusivo del mandatario.

Sobre la base del interés personal de quien se otorga, el mandato puede ser: en interés exclusivo (1. del mandante/2. de un tercero) en interés conjunto (3. del mandante y el mandatario/4. del mandante y un tercero).

Claramente, la fuente del artículo fue el *Esboço* de Freitas.⁶⁰ Ambos excluyen del concepto de mandato el otorgado únicamente en interés del mandatario.⁶¹ El artículo 2955 del Código de Louisiana⁶², en cambio, establece que en función del interés el mandato puede otorgarse de cinco formas y suma a la de Vélez Sársfield el conferido en interés conjunto de mandatario y un tercero. Independientemente de que las posibilidades sean cuatro o cinco, todos descartan dentro del concepto de mandato aquel otorgado en interés exclusivo del mandatario.

A todo evento, frente al 985, lo dirimente para saber si el notario o sus parientes están personalmente interesados o no es determinar en interés de quién se confiere el

59. “*L'ordonnance du roi n'admet jamais que, sous pretexte d'invention, de découverte, de fondation, les auteurs du projet s'attribuent un droit irrevocable à la gestion. Les gérans des sociétés anonymes doivent toujours être des mandataires révocables, et chaque associe doit avoir dès droits égaux et proportionnés à su mise*”. (Íd., § 467, p. 438).

60. Art. 2874: “*O mandato pôde ter por objecto um ou mais actos ou negocios á exercer do interesse exclusivo do mandante, ou do interesse commum do mandante e do mandatario, ou do interesse commum do mandante e do terceiro, ou do interesse exclusivo de terceiro*”. (FREITAS, Augusto Teixeira de, *Código Civil. Esboço*, Rio de Janeiro, Thyphographia Universal de Laemmert, 1860).

61. Art. 2875: “*Será nullo o mandato por falta de objecto: [...] 2) Quando o acto ou negocio encarregado fór do interesse exclusivo do mandatario*”.

62. Art. 2955: “*Le mandat peut se contracter de cinq manières, savoir: pour l'intérêt du mandant seulement; pour l'intérêt commun des deux parties; pour l'intérêt d'un tiers; pour l'intérêt de ce tiers et celui du mandant, et enfin pour l'intérêt du mandataire et d'un tiers*”.

poder. En líneas generales, debemos concluir que cuando en el otorgamiento de un poder o en la ejecución del acto en el que interviene el notario, éste o sus parientes estén interesados personalmente, el notario debe abstenerse de intervenir, por encontrarse alcanzado por el artículo 985. *A contrario sensu*, cuando el poder se confiera o se ejerza en interés exclusivo o conjunto de alguien que no sea el notario o sus parientes, no habrá conflicto de intereses y el notario no estará inhibido para intervenir.

Sobre el particular existe muy poca jurisprudencia, si bien hay muchas consultas realizadas a los diversos colegios de escribanos.

Volviendo a las fuentes, ya dijimos que Aubry y Rau⁶³ se manifestaron en el sentido de validar la intervención del notario en poderes a favor de sus parientes.

Lo que decide si el notario puede intervenir es en interés de quién se actúa. Existen casos en los cuales es difícil determinar si existe un solo interesado o si hay un interés principal y otro secundario. Más allá de que dichos casos serán resueltos por el juez, como operadores del derecho debemos conocer el principio que inspira la norma, antes de llegar a dicha instancia.

Entre la poca jurisprudencia que encontramos, se destaca un caso de 1936, autos “Ternavasio, Octavio c/ Ferreira Heraclio”, de la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal, en el que prosperó una excepción de falta de personería por un poder judicial otorgado ante un notario donde se apoderaba, entre otros abogados, al hijo del notario. En primera instancia, el juez entendió que el poder era válido, pero la Cámara hizo lugar a la excepción, sentenciando que el poder era nulo por haber sido otorgado en violación al artículo 985.

En nota al fallo, Fernando Legón hace un exhaustivo análisis. Señala el distinguido comentarista que “el concepto de parte está desterrado del artículo 985: sólo se trata del interés [...] La idea del interés es la que debe prevalecer”, y que el objetivo legal de la prohibición es “evitar la falsedad por vía del favoritismo”. Según Legón, lo que distingue el mandato de la locación de obra es “el carácter de representación, cuyo resultado es convertir la ausencia real en presencia jurídica”.

La *Instituta* de Justiniano –según Legón– distinguía cinco categorías de mandato, según la orientación impresa al interés (como el Código de Luisiana). Por oposición –complementando la idea–, el derecho alemán pivotea sobre el principio de la revocabilidad del mandato como dirimente de la existencia de interés.

Basta cualquier interés propio del mandatario sobre la cosa que constituye el objeto del mandato para que el mismo sea *in rem propriam* e invalidante, pero, mientras tanto, puede decirse que el mandatario carece de interés jurídicamente.

Concluye entonces Legón que “el ejercicio del mandato implica un acto de gentileza que repugna a la idea del interés, aún en el caso de que sobrevenga remuneración.” Cuando la gestión a emprenderse no toque el interés del mandatario, el es-

63. “Un notaire peut-il valablement recevoir des actes dans lesquels un de ses parents ou alliés au degré prohibé figure, non point comme partie, mais comme mandataire de l'une des parties?” (AUBRY, Charles y RAU, Charles, ob. cit. [cfr. nota 18]).

cribano no se halla inhabilitado para elaborar el instrumento por interposición de parentesco.

En definitiva, el escribano que autoriza el poder judicial a favor de su pariente no está beneficiándolo, y, ante la ausencia lógica de interés, perjuicio o aprovechamiento, la fe pública no sufre agravio.

5. El contrato de depósito

Los juristas Rau y Aubry definen además –al menos *obiter dictum*– otra cuestión largamente debatida por el notariado argentino: que el notario puede intervenir como depositario en un acto otorgado ante sí. Importantes voces del notariado sostienen que el profesional estaría inhibido de concurrir en doble carácter, como autorizante y como depositario, violando la letra y el espíritu del 985. Otros señalan que si las partes contratantes depositan su confianza en un notario, es justamente porque confían en su capacidad técnica e imparcialidad moral, y que su actuación sería funcional, no contractual. Que verse obligados a acudir a distinto notario para que formalice el contrato de depósito no solo sería irregular sino contradictorio. El depositante busca además la investidura notarial del depositario, no la persona del notario desprovisto de ella, como un simple particular.

Cuando el depósito se realiza en interés del depositante o de un tercero, el funcionario puede intervenir. Únicamente debería abstenerse si el depósito fuera realizado en su propio interés o en el de sus parientes.

En forma algo caprichosa y artificial, solemos asociar ideas que por lo general se reputan no asociables. Se nos ha ocurrido esta vez vincular el depósito notarial no sólo con el testamento cerrado sino también con la institución del albaceazgo. En cierta forma, podríamos argumentar que el testamento cerrado constituye un acto de depósito –inter vivos– que hace el testador en poder del notario, y que la ley expresamente autoriza –o instruye– que el testamento sea entregado al notario. Así como podríamos decir que en el testamento cerrado existe un depósito entre vivos, análogamente diríamos que el albaceazgo –al menos metafóricamente– podría verse como un depósito *mortis causae*. Claro que lo que deposita el causante no es una cosa en sentido técnico jurídico sino su esperanza. Deposita su confianza en el cumplimiento de su voluntad para cuando él ya no esté entre nosotros.

El artículo 985 no es óbice para que Vélez Sársfield dispusiera en el artículo 3848⁶⁴ que el mismo notario que interviene en la confección del testamento puede ser designado albacea; ello a pesar de que el artículo 3664⁶⁵ establece que el escriba-

64. “El incapaz de recibir un legado hecho en el testamento, puede ser executor testamentario; pueden serlo también los herederos y legatarios, los testigos del testamento mismo y el escribano ante quién se hace”.

65. “El escribano y testigos en un testamento por acto público, sus esposas, y parientes o afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor”.

no y los testigos no pueden beneficiarse con el testamento. Y no hay inconsecuencia alguna, pues el Codificador apunta siempre a la causa y al interés del acto.

El testador instituye albacea en su propio interés –y en el de sus herederos y legatarios–, en garantía del cumplimiento de sus propios deseos para después de su muerte. Nadie testa en interés del albacea o del notario. Con acierto señala Benseñor que Vélez considera al albacea mandatario, más allá de la discusión volcada en la nota al 3844 sobre quién es el mandante.

La exclusiva circunstancia de que, por la confección del testamento o por el ejercicio del cargo de albacea o por la ejecución de un mandato, puedan verse beneficiados con la percepción de honorarios profesionales no implica que el acto sea realizado en interés del notario, del albacea o del apoderado. Entenderlo así implicaría inhibir a todo notario de autorizar cualquier escritura, pues se presume que percibe honorarios por todas ellas. Ello es muy distinto a sostener que el acto se realiza en interés del notario. Por ello, cuando las partes de común acuerdo deciden constituir al notario interviniente en depositario de algo, no lo hacen en interés del notario sino en beneficio del negocio que tienen entre sí.

Normalmente, la institución del notario como depositario es la forma de poder continuar con el negocio principal hasta tanto se aclare algún punto álgido o accesorio. El depósito viene a constituir la forma de viabilizar dicho negocio, que se otorga en interés de las partes, no del notario. Lo mismo sucede cuando una de las partes, frente a un conflicto cierto o potencial, decide depositar llaves o valores en poder del notario. El notario podría tener un impedimento de incompetencia, pero no un conflicto de intereses personales, pues no interviene en propio interés sino como depositario. Sería un mandatario o fiduciario de las partes.

6. Conversión especial

Otra curiosidad asociativa que hemos hilvanado es que la institución del testamento cerrado admite en el artículo 3670⁶⁶ una conversión *sui generis* del acto. Con absoluta razonabilidad, establece que si el testamento cerrado no pudiese valer por la falta de alguna de las solemnidades, valdrá como ológrafo si estuviera todo escrito y firmado por el testador.

Hacemos notar que Vélez no dice que valdrá si cumple con todos los requisitos del testamento ológrafo. El testamento ológrafo debe contar con fecha, escritura y firma, pero en este caso de excepción Vélez lo valida sólo con los dos últimos; y da por cierta la fecha del instrumento público ineficaz.

Cuando el más formal de los actos –el testamento– sea anulable por falta de alguna de las solemnidades formales, el Codificador lo salva.

66. “El testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de alguna de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo, si estuviere todo el escrito y firmado por el testador.”

7. Normativa complementaria

El artículo 71 del [Decreto 1624/2000](#), reglamentario de la [Ley 404](#) Reguladora de la Función Notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establece que

El escribano podrá excusar su intervención cuando el acto a formalizar pudiere afectar moral o económicamente a su cónyuge o a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad, o pudiere resultar contrario a sus principios éticos, morales o religiosos. También podrá excusarse cuando el acto comprenda a personas de su íntima amistad...

El [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#) señala en el artículo 17 las causales de recusación judicial: el parentesco del juez con las partes, sus mandatarios o letrados; tener el juez o sus parientes interés en el pleito o en otro pleito semejante, o tener sociedad o comunidad con los litigantes o procuradores. Los demás incisos hablan de tener pleito pendiente el juez con el recusante o ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes; haber hecho denuncias el juez o haberlas recibido del recusante; tener el juez amistad con alguno de los litigantes o enemistad, odio o resentimiento que se manifiesten por hecho conocidos.

En el [Código Procesal Penal de la Nación](#) se pueden ver similares prevenciones bajo el título “Motivos de inhibición” en el artículo 55. Asimismo, el artículo 242 les prohíbe declarar como testigos contra el imputado a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos; y el artículo 243 señala que podrán abstenerse de testimoniar los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Por último, el artículo 244 establece que deberán abstenerse de testimoniar quienes tuvieran deber de guardar secreto profesional.

En fin, todas presunciones que podrían reducirse a la afectación de la imparcialidad, a sentirse el testigo en la obligación moral del falsear la verdad. La ley sabiamente lo corre, buscando evitar situaciones conflictivas e irritantes en el seno familiar. Como señala Von Ihering:

Nadie puede ser juez en su propia causa; no se debe serlo en la de un enemigo, de un amigo o de un pariente cercano [...] el derecho debe sustraer al juez de todas las tentaciones, a todas las seducciones posibles, tanto en interés de éste como de la sociedad.

En definitiva, el artículo 985 es una norma de profundo contenido moral, que –al decir de Bonnier– es de aplicación rigurosa y reconoce su origen en un reglamento del año 1550. Una norma que –con distintas redacciones y distinto alcance– fuera adoptada por muchas naciones civilizadas. Refiere Von Ihering que

Aprovechar las ventajas de una profesión sin querer sujetarse a los deberes que impone es destruir el equilibrio, perjudicar la profesión. Quien lo hace comete un acto de piraería social y la sociedad debe echarse encima del malhechor.

No debemos interpretar el 985 sólo como una norma que lesiona y menoscaba al notario. El 985 es una moneda de dos caras, cuyo reverso protege al notario del hostigamiento moral de sus parientes. ¿A quién le resulta sencillo negarse al pedido de aquellos que le dieron la vida? ¿Quién puede rechazar el reclamo de su amada, de la madre de sus hijos? La norma viene en auxilio del notario. Así expuesto, parecería frívolo y pueril, pero la historia reconoce innumerables precedentes de violencia moral. ¿Acaso la cabeza del Bautista no terminó en una bandeja de plata para satisfacer el capricho de la hija de la concubina? ¿Y Enrique VIII no llevó al trono inglés a una guerra por legitimar su matrimonio? ¿Y la noble Helena de Troya? Y así podríamos ejemplificar sin parar.

Que la coacción moral de nuestros afectos existe y pesa es incontrovertible; y fue tenido en cuenta por los franceses hace cientos de años y esculpido en casi todas las legislaciones que abrazaron el notariado latino. Ciertamente no fue obra del azar.

Si hemos tomado el trabajo de comentar la normativa específica de recusación de los jueces es porque desde siempre la labor notarial fue considerada justicia preventiva, jurisdicción voluntaria destinada a evitar y evadir los pleitos. Así lo sostiene Bonnier:

La autoridad cuasi-judicial de los actos auténticos se explica históricamente, porque el notariado en su origen era una rama del poder judicial, en ejercicio de una jurisdicción graciosa.⁶⁷

Originariamente eran secretarios (escribientes) de los tribunales y, por una ordenanza de 1319, adquirieron cierta independencia funcional de los juzgados. Aclara el autor que por un decreto de 1543 se les permitió ejercer la jurisdicción voluntaria que le fuera delegada desde tiempo inmemorial en todo el reino francés.

En palabras del obispo de Tarragona monseñor Antolín López Peláez⁶⁸, la fe pública del notario es una delegación de la propia función del Estado:

El notario es también la base de una buena justicia. Ejercéis en la jurisdicción voluntaria funciones del todo semejantes a las que son atribuidas a los jueces en la jurisdicción contenciosa [...] Los jueces terminan los pleitos; los fedatarios, jueces preventivos, procuráis que no existan...

Y el pontífice Paulo VI, en una nota al VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, señala:

67. *“L’autorité quasi-judiciaire des actes authentiques, s’explique, on le voit, historiquement, puisque le notariat n’était, dans l’origine, qu’une branche du pouvoir judiciaire, que l’exercice de la juridiction gracieuse”* (BONNIER, Edouard, ob. cit. [cfr. nota 7]).

68. Sermón del Arzobispo de Tarragona Antolín López Peláez, del 6/5/1914, en la Iglesia de San Agustín de Barcelona, con ocasión de los festejos en honor de San Juan Evangelista, Santo Patrono del Colegio Notarial de Cataluña.

La función notarial [...] ¡Cuántas veces desde vuestro estudio podéis devolver la paz a las familias, apagar los rencores, arreglar pleitos, defender patrimonios, evitar dispendios en litigios inútiles, tutelar a los débiles en sus intereses morales y materiales!⁶⁹

8. Nulidades

Uno de los grandes temas que deambulan en derredor del artículo 985 es el de la nulidad. A raíz de que el tema del 985 salió al ruedo por las Jornadas Notariales, hemos advertido cierta aflicción en los cófrades, una aprehensión de *déjà vu*, de no hagan olas. Poner especial cuidado sobre qué se escribe en un congreso notarial, pues todo lo que se diga podría ser utilizado en nuestra contra. Y ciertamente existe motivo de aprehensión.

Se ha contenido profusamente sobre si la prohibición del artículo 985 es una incapacidad, una invalidez, una incompetencia en razón de personas, falta de legitimación o cómo encuadrarla técnicamente. Lo cierto es que el enunciado cardinal “son de ningún valor los actos autorizados” parece ser una referencia ineludible a un acto nulo, nulidad absoluta, insalvable, imprescriptible, inconfirmable, etc. Pero a poco que avancemos en la observación descubriremos que ello no es exacto.

Como toda norma, debe interpretarse en su contexto y, si bien el artículo 985 asusta por su absolutismo devastador, el 987 constituye un bálsamo que auxilia al oficial público, al señalar que el *acto* “vale como instrumento privado” si está firmado por las partes. Debemos entonces compatibilizar el acto otorgado, que al menos vale como instrumento privado –desmintiendo la premisa inicial de que sea de ningún valor–, el cual además, por aplicación del artículo 1185⁷⁰, si bien no queda concluido como instrumento público, vale como contrato en que las partes se han obligado a otorgar escritura pública. En definitiva, quedaría pendiente la obligación (no menor) de escriturar.

Vale decir que el acto no es nulo absoluto sino relativo, toda vez que si vale como instrumento privado, los hechos y circunstancias en las que se otorgó tienen entidad jurídica y, en consecuencia, es confirmable, prescriptible y salvable. Debe interpretarse de la misma forma que el artículo 980 cuando habla de “la validez del acto como instrumento público”; vale decir, que el acto vive, existe, más allá de que lo haga como instrumento público o privado.

Esto que intentamos exponer es explicado Federico Carlos Von Savigny, con su excelsa pluma e indiscutible autoridad. Nuevamente bajo indicaciones del maestro

69. Mensaje remitido por el Sumo Pontífice, leído en la Catedral de la ciudad de México el 3/10/1965.

70. Art. 1185: “Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmados por las partes o que fuesen hechos en instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública”.

Raúl Navas, buceamos en el clásico *Sistema de derecho romano actual*⁷¹. Señala Savigny que cuando la ley prohíbe un acto jurídico sin determinar precisamente sus consecuencias, la nulidad es una consecuencia demasiado grave si la ley no la pronuncia expresamente. Advierte que Teodosio II, discutiendo sobre las normas de interpretación, indicaba que toda prohibición de la ley entraña la nulidad del acto prohibido, aunque esta nulidad no se exprese formalmente; y que Ulpiano, avalando la interpretación teodosiana, la potenciaba diciendo, además, que están heridos de nulidad todos los actos simulados que tengan por objeto ocultar el acto prohibido por la ley. Pero el jurista alemán aclara que esta norma general (prohibición = nulidad) “experimenta una excepción natural cuando la ley atribuye al acto prohibido una consecuencia distinta de la nulidad o incompatible con ella”.

Concluye así que el obstáculo sería un impedimento no dirimente.⁷² Precisa que esta excepción sólo funciona en aquellos casos en que la nulidad sea incompatible con la pena prevista y que, cuando ambas consecuencias fueren compatibles, funcionan ambas.

Vélez, siguiendo a Savigny, estableció en el artículo 18 del *Código Civil* que “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

Hay quienes consideran que el 987, a pesar de su vecindad numérica, no está previsto para sanear la nulidad del 985. La solución nuevamente surge de la fuente: la Ley del 25 Ventoso. El artículo 68, bajo el título “Disposiciones generales”, establece que

Todo acto realizado en contravención con las disposiciones contenidas en los artículos 6, 8, 9, 10 [...] es nulo si no está revestido de la firma de todas las partes; y aquellos actos que cuenten con las firmas de todas las partes contratantes valdrán como instrumento bajo firma privada; sin perjuicio, en los dos casos, de los daños y perjuicios que correspondan al notario contraventor.⁷³

Expresamente, la ley francesa de 1803 (año XI) ratifica la solución del ya citado artículo 1318 del *Código Civil* francés y le aplica el efecto saneador al artículo 8, origen del 985. Vélez Sársfield lo sabía y no hay razón que justifique entender algo distinto. Sobre el particular,⁷⁴ luego de señalar que “la materia de las nulidades es la más ardua de la Jurisprudencia”, ha dicho que

71. VON SAVIGNY, Federico C., *Sistema de derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora y Cía. Editores, 1879, (trad. Jacinto Mesia y Manuel Poley), t. III, § CCII y CCIII.

72. “*Impediens, pero no dirimens*”.

73. “*Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux art. 6, 8, 9, 10 [...] est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties; et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée; sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant*”.

74. VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, “Causa de Don Miguel Azcuénaga con Da. Vicenta Costa. Sobre nulidades absolutas y relativas en los actos jurídicos” (1840), publicado por primera vez en *Revista de Legislación y Ju-*

Prohibir y anular no son sinónimos en el derecho. Privar⁷⁵ un acto es ordenar no hacerlo. Anular es obrar sobre lo que ha sido hecho contra las formas prescriptas [...] hay actos prohibidos que no son nulos [...] hay actos declarados nulos aun cuando no sean positivamente prohibidos. Se presume que la forma de un acto no es ordenada sino para hacerlo más seguro y auténtico. Los intérpretes [...] dividen las formalidades esenciales o sustanciales de las que son accidentales o secundarias, cuya omisión no puede destruir la sustancia del acto [...] todas esas formalidades son infinitamente útiles y algunas moralmente necesarias para impedir los fraudes; sin embargo, su omisión no causa una nulidad de los actos [...] Las nulidades absolutas son aquellas que tienen por causa el interés público [...] Al contrario, aquellas leyes dadas en el interés solo de los particulares [...] no causan sino una nulidad respectiva⁷⁶ porque esta nulidad se juzga que no interesa sino a aquel en cuyo favor está pronunciada...

Señala Vélez que existen ciertas nulidades absolutas que son establecidas en el solo interés de los particulares:

La nulidad respectiva no es sino una facultad dada a una de las partes contra un acto que puede causarles algún perjuicio y como todo derecho facultativo puede dejarse de ejercer validando el acto, con sola esta falta de acción o de excepción.

Volviendo sobre las máximas del Código Civil del Estado de Nueva York, aparece bajo el n° 1989: “La expresión especial califica aquellas expresiones generales”⁷⁷.

Debemos tener presente otra cuestión. Sería sumamente atípico toparnos con una escritura de la que resulte en forma manifiesta el vínculo parental que relacione el interés del notario con el acto prohibido. Usualmente dicha circunstancia no es ostensible ni manifiesta, no es conocida por todos los otorgantes y su anulación depende de cierta investigación. Suele aparecer en casos de simulaciones e interposiciones de personas no ligadas por parentesco.

En esos casos no ostensibles, estaremos frente a actos anulables, en los términos del artículo 1045 del *Código Civil*⁷⁸ –no nulos–; los que se reputan válidos

risprudencia, Buenos Aires, 1872, t. VII, pp. 206-226; también en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, n°1, noviembre 1921, pp. 184-200. (Material bibliográfico reproducido en VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 79-90 [INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENNE - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Colección de textos y documentos para la historia del derecho argentino*, t. XI]).

75. Utiliza privar como sinónimo de prohibir.

76. Nulidad respectiva como sinónimo de relativa.

77. “*Particular expressions qualify those which are general*” (“*In toto jure per speciem derogatur et illud poltissimum habetur quod ad speciem directum est*”).

78. “Son anulables los actos jurídicos, cuando [...] o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho [...] y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos”.

mientras no sean anulados por sentencia firme. Siendo en estos casos una nulidad relativa, no podría ser declarada de oficio sino a pedido de aquellos en cuyo beneficio se establece.⁷⁹

En la nota al Título VI “De la nulidad de los actos jurídicos”⁸⁰, Vélez designa anulables aquellos actos que Savigny denomina rescindibles o atacables. En la nota al 1045 especifica que los actos anulables, dependientes de alguna investigación, son aquellos a los que atribuye nulidad relativa; y se reputarán válidos mientras no sean anulados (art. 1046). Consecuentemente, cuando el vínculo parental no aparece manifiesto, el acto se presume válido, prescriptible y confirmable, en los términos del artículo 1059⁸¹, con efecto retroactivo al día que tuvo lugar el acto (art. 1065). Al acto además se le aplicarían los efectos del artículo 1051, vale decir que no sería oponible a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Por el contrario, cuando el interés del notario o sus parientes surgiera manifiesto del acto, la nulidad sería absoluta, insalvable, imprescriptible e inconfirmable; debiendo ser declarada de oficio por el juez, en interés de la moral y de la ley (art. 1047).

9. Código unificado

Al momento de redactar esta ponencia, existe un Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado, en trámite parlamentario. Más allá de que la mayor parte de la doctrina hace votos para que nunca sea aprobado, corresponde alguna alusión.

El artículo 291 del **Proyecto** (Libro Primero, Parte General, Título IV “Hechos y actos jurídicos”, Capítulo 5 “De los actos jurídicos”, Sección 4ª “De los instrumentos públicos”) reemplaza específicamente al 985. Luego de enumerar los requisitos del instrumento público, dice:

Prohibiciones. Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad sean personalmente interesados.

La nueva redacción despeja la incógnita –que a nadie le quitaba el sueño– de incluir al cónyuge e incorpora además al conviviente, lo que importa un progreso relativo, teniendo en cuenta la deficiente redacción. Además, importa dos cambios sustanciales.

79. “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el sólo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes”.

80. Título VI, previo a tratar el art. 1037.

81. “La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad”.

Liminarmente, ha sido desactivada la excepción de si el interés personal invalidante lo fuere solo por tener parte en sociedad anónima o por ser gerentes o directores de ellas. Aplaudimos. Creemos que bastaba con determinar la mera existencia de un interés personal, máxime teniendo en cuenta que el Proyecto prevé la modificación de la Ley de Sociedades, autorizando las sociedades unipersonales.

Más sutil aparece que sustituye la invalidez del acto por la del instrumento. Si bien muchas veces el instrumento contiene un solo acto y de la nulidad de uno deviene la del otro, en muchos casos un mismo instrumento contiene más de un acto; a veces, incluso, de distinta jerarquía, alguno principal y otro accesorio.

El cambio normativo proyectado nos introduce en un túnel difícil de atravesar, cual es el de dictaminar la validez parcial del instrumento. Creemos que no es un tema menor y merece un estudio profundo que excede el presente.

Del “[Memorial presentado ante la Comisión Bicameral](#)” por la Academia Nacional del Notariado con motivo de la modificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación⁸², se tiene en cuenta este tema –al menos *obiter dictum*– al tratar el artículo 290. La Academia propone que la falta de una firma en el instrumento público, en lugar de generar la nulidad absoluta directa, simplemente atenúe el valor probatorio del instrumento; y que sea el juez quien determine la extensión de la ineficacia conforme las circunstancias del caso. Señala la Academia que ello armoniza con la invalidez parcial, como una de las clasificaciones de las ineficacias.

Con relación al artículo 291 propiamente dicho, el memorial de la Academia se limita a observar que, cuando se refiere al conviviente, debería exigir como recaudo de seguridad que la convivencia esté debidamente inscripta. Nuevamente, se busca un criterio objetivo para evitar los subjetivismos y la consiguiente inseguridad jurídica.

Por último, señala la Academia el error de limitar la existencia de sociedades unipersonales al tipo de sociedad anónima y propone que dicha posibilidad se extienda también al tipo de la sociedad de responsabilidad limitada.

10. Conclusiones

Luego de todo lo analizado, estamos en condiciones de exponer algunas conclusiones:

- 1) La fuente principal del artículo 985 no fue el tratado de Edouard Bonnier, ni el *Esboço* de Código Civil elaborado por Augusto Teixeira de Freitas para Brasil, sino la citada obra de los franceses Charles Aubry y Charles Rau.
- 2) Debe considerarse que los parientes del notario no están personalmente interesados, en los términos del artículo 985, por el hecho de ser asociados o tener

82. Publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 909, pp. 21-59.

parte en las personas jurídicas de derecho público o aquellas personas jurídicas del derecho privado del inciso 1 del artículo 33 del Código Civil –asociaciones y fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, no subsistan exclusivamente de asignaciones del estado y obtengan autorización para funcionar–.

- 3) La concepción de sociedad anónima utilizada por Vélez Sársfield difiere notablemente de la actual. En su origen era una sociedad generada en el derecho público, sobre la base de tener objeto de interés público y de bien común. En ello se apalancaba la excepción del artículo 985 relativa a quienes tuvieran parte en las mismas.
- 4) En el esquema actual, sólo cabe presumir que cumplen las circunstancias que llevaron a Vélez Sársfield a establecer dicha excepción las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones y, en cierta medida, aquellas del artículo 299 de la Ley 19.550 (salvo las del inc. 2).
- 5) No es razonable presumir que cumplen las condiciones de excepción aquellas sociedades anónimas que integraran el artículo 299 sólo por su capital (art. 299 inc. 2) ni las llamadas sociedades cerradas o de familia.
- 6) Tampoco sería razonable presumir que cumplan las condiciones de excepción las sociedades de responsabilidad limitada ni las en comandita por acciones ni las de persona o de interés.
- 7) En las sociedades de los dos puntos precedentes, deberán analizarse en cada caso las circunstancias para determinar si está involucrado un interés directo y personal del notario y/o de sus parientes.
- 8) De *lege ferenda* sería una mejora cualitativa que podríamos aceptar la de limitar la excepción, excluyendo a las sociedades anónimas cerradas o de familia y a aquellas que integran el artículo 299 de la Ley de Sociedades sólo por el inciso 2 (capital social). Sin embargo, lo óptimo sería directamente eliminar la excepción, como lo hace el Proyecto de Código Unificado.

Nota

Códigos franceses utilizados: *Code Civil des Français*, édition originale et seule officielle, a Paris, de L'Imprimerie de la République, an XII, 1804; *Code Civil de ROYAUME DE SARDAIGNE, Précédé d'un travail comparatif avec la législation française*, 1844; *Code de Commerce et les lois commerciales. Commentaire usuel indiquant sous chaque article. Les solutions theoriques & pratiques de la jurisprudence*, par T. Campenon, Paris, Henri Plon, 1865.

Estudio de la noción de oponibilidad en el derecho inmobiliario*

Ariel E. Regis

Sumario: *Introducción. 1. El instituto de la oponibilidad. 2. Criterios normativos para la determinación de la oponibilidad en el derecho inmobiliario. 3. Visión geométrica del conflicto en materia inmobiliaria. 4. La oponibilidad aplicada a supuestos particulares. 5. Conclusión.*

Introducción

En ocasión del XVII Congreso Nacional de Derecho Registral (Vicente López, 15-17 de agosto de 2013), presentamos la presente ponencia¹ al Tema I que hoy, corregida y ampliada, es objeto de la presente publicación. En dicha oportunidad, advertimos de inmediato que la extensión y asimetría de los tópicos del temario propuesto² requerían ampliar nuestra mirada y centrar el estudio no ya en la publicidad inmobiliaria sino en la oponibilidad, entendida ésta como un medio técnico que el derecho utiliza en la resolución de conflictos intersubjetivos, del que la primera es solo un engranaje.

Así, en el presente el lector encontrará, luego de algunos aspectos generales que hemos ampliado y pulido desde esa fecha hasta ahora, un análisis somero de la aplicación del instituto a la resolución de conflictos en el ámbito inmobiliario en el [Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante PCU) elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, creada por [Decreto presidencial 191/2011](#) del 23 de febrero de 2011.

* [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26.994. Por tal motivo, las referencias utilizan el término "Proyecto". Los hipervínculos utilizados dirigen a la versión aprobada por el Senado en [noviembre de 2013](#).

El lector puede consultar además: a) la [Ley 26.994](#) y sus anexos; b) la versión del Proyecto elevada al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional a través del [Mensaje 884/2012](#)].

1. [N. del E.: obtuvo el Segundo Premio].

2. Tema I: Registración inmobiliaria. Proyecto de unificación de los códigos. Casos particulares con vocación registral: 1. Publicidad Registral y posesoria. Conflicto entre ambas publicidades. Vocación registral de los boletos de compra venta. Antecedentes doctrinarios, jurisprudenciales y registrales. Efectos de lo dispuesto por el artículo 1170 del Proyecto. Subsistencia y aplicación de la Ley Nacional Registral. 2. Dominio imperfecto: Dominio fiduciario. Limitaciones a las facultades del propietario. Publicidad. Extinción del dominio fiduciario. Irretroactividad. Readquisición del dominio perfecto. Efectos. 3. Dominio imperfecto: Dominio revocable. Límite al efecto resolutorio. Consecuencias de la retroactividad de la revocación. Readquisición del dominio perfecto. 4. Conjuntos inmobiliarios. Efectos de su registración.

1. El instituto de la oponibilidad

¿Qué es la oponibilidad? A menudo nos manejamos en una precomprensión de lo que las palabras significan, sin indagar acerca del sentido de lo que expresamos. La ambigüedad o polisemia propia del término *oponibilidad* hace que los intentos de una teoría general que englobe todas sus acepciones sea, cuando menos, difícil. Las referencias normativas, doctrinales y jurisprudenciales sobre elementos del orden jurídico tan variados como disímiles³ hacen necesario un estudio profundo e integral como pocas veces se ha emprendido.

Mucho antes que nosotros se ha destacado la falta de desarrollo científico que la oponibilidad ha tenido, pese a su importancia.⁴ Sin embargo, parece pasar desapercibido para la mayoría de la doctrina su carácter transversal. La falta es doble, en tanto en cuanto no sólo no se le da al instituto la importancia teórica que ha adquirido desde la última mitad del siglo pasado, que lo erige en un concepto general esencial del pensamiento jurídico contemporáneo, sino que además, con frecuencia, se lo analiza casi únicamente en su aspecto negativo (inoponibilidad).⁵

Aunque el desarrollo dogmático del instituto corresponde a los ordenamientos jurídicos modernos –son destacables los esfuerzos de la doctrina francesa e italiana desde mediados del siglo pasado⁶–, los supuestos prácticos que resuelve la inclusión normativa de la figura ya eran tomados en cuenta en el derecho antiguo. En Iberoamérica, escasean los estudios con vocación de generalidad. Sólo unos pocos

3. Ver RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena. La inoponibilidad*, Valencia, 1994, p. 14. El autor sostiene que “la inoponibilidad puede referirse a elementos jurídicos tan diversos como un hecho, un acto, un derecho subjetivo o una situación”. En sentido contrario, cfr. PAU PEDRÓN, Antonio, *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*, Madrid, 2001; afirma que el campo propio de la oponibilidad son las situaciones jurídicas y rechaza que el título sea oponible a terceros. Tampoco considera oponibles los negocios, citando en tal sentido a Decottignies, para quien el contrato es medio de prueba, pero no cabe hablar de oponibilidad del contrato. Por el contrario, reputa oponibles los derechos y la información.

4. Nuestra afirmación ha sido puesta de resalto con anterioridad, aunque pocas veces ha sido continuada la investigación que la figura merece. En la doctrina española, ver DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1983, p. 531; LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Derecho de obligaciones. Elementos de derecho civil*, Barcelona, 1977, t. II, v. 2, p. 271 (ed. act. Delgado Echeverría); PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, 1978, t. II, v. I, p. 262; DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1998, t. I, p. 280; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho inmobiliario registral. Elementos de derecho*, Barcelona, 1984, t. III bis, p. 164; RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., *Manual de derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Cáceres, 1997, p. 197.

5. DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 280.

6. Por nombrar algunos: BASTIAN, Daniel, “Essai d’une théorie générale de l’inopposabilité”, Université de Paris - Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 1896-1968, Organisme de soutenance, Editor Recueil Sirey, 1929; LEVIS, Marc, *L’opposabilité du droit réel: de la sanction judiciaire des droits*, Collection Droit Civil, Paris, Economica, 1989; VETTORI, Giuseppe, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, Giuffrè, 1988; WINTGEN, Robert, *Étude critique de la notion d’opposabilité: les effets du contrat à l’égard des tiers en droit français et allemand*, Bibliothèque de Droit Privé, t. 426 (Paris: L.G.D.J, 2004), entre muchos otros.

hemos podido encontrar en la doctrina española.⁷ Pese a ello, se multiplican por doquier los trabajos que estudian su aplicación a institutos específicos.⁸

1.1. *Acerca de la noción de oponibilidad*

En una primera aproximación, algo puede ser opuesto u oponerse en por lo menos dos sentidos. En la mayoría de los casos, el verbo *oponer* se toma en el sentido de imponer o invocar un argumento, un medio de defensa. En este primer sentido (sentido adjetivo), se utiliza el verbo *oponer*⁹ como sinónimo de *excepcionar*, de colocar un obstáculo a la pretensión de un demandante, que en este caso concreto consiste en la alegación de unos hechos que enervaban o contrarrestaban las acciones ejercitadas en un procedimiento.¹⁰

Junto a éste, aparece en los últimos años un nuevo sentido (sentido técnico jurídico o sustantivo), que la doctrina francesa es conteste en emparetar con la

... aptitud de un derecho, de un acto (convención, sentencia, etc.), de una situación de derecho o de hecho para hacer sentir sus efectos con respecto a terceros (es decir, personas que no son ni titulares del derecho, ni partes en el acto, ni causahabientes o acreedores de estas partes, ni interesados en primer lugar por la situación), no sometiendo a estos terceros a las obligaciones directamente nacidas de esos elementos (lo que constituye, en los casos especificados donde se produce, una ampliación del efecto obligatorio de un acto por excepción al principio del efecto relativo de aquel) sino forzándolos a reconocer la existencia de los hechos, derechos y actos llamados oponibles (si están, por lo demás legalmente probados), a respetarlos como elementos de orden público y a tolerar sus consecuencias, salvo su oposición cuando la ley les concede derecho para ello.¹¹

7. RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., [cfr. nota 3]; PAU PEDRÓN, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 3].

8. La lista es interminable. Sólo por citar algunos ejemplos: ORELLE, José M. R., "Sistema de transmisión inmobiliario", en Moisset de Espanés, Luis (dir.), *Homenaje a los congresos de derecho civil (1927-1937-1961-1969)*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, t. IV, pp. 1939-2001; MALICKI, Anahí S. M., "Inoponibilidad del negocio jurídico", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1991-IV, p. 631; LLOVERAS, María E., "De la inoponibilidad de los actos jurídicos" y ZANNONI, Eduardo A., "Inoponibilidad positiva e inoponibilidad negativa de los actos jurídicos", en Ameal, Oscar J. (dir.), *Derecho privado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pp. 645-668, y pp. 15-20, respectivamente; TEDESCO, Ricardo L., "Inoponibilidad del contrato", en Vítolo, Daniel R. (dir.), *La actuación societaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 123-126; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Bien de familia. Publicidad y oponibilidad", en *Colección Jurisprudencial*, Rosario, Zeus, t. 96; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La persona jurídica. Sus límites. Inoponibilidad de la personalidad. Penetración. Grupos económicos", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 8, 1995, pp. 121-135.

9. "1. tr. Poner algo contra otra cosa para entorpecer o impedir su efecto. [...] 6. prnl. Impugnar, estorbar, contradecir un designio". (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, on line [consulta: 2013]).

10. RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., [cfr. nota 3].

11. CORNU, Gérard (dir.), *Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995.

De esta definición se desprende, como hemos puesto de manifiesto, que el verbo *oponer* y sus derivados (oponible, oponibilidad, opuesto, etc., y sus sinónimos) son utilizados con frecuencia en relación a diferentes elementos del orden jurídico.¹²

Desde un análisis gramatical, es posible afirmar que el término *oponibilidad* es un sustantivo abstracto, donde el sufijo -bilidad significa cualidad. Éste deriva del adjetivo verbal *oponible*, definido como aquello que se puede oponer.¹³ El sufijo -ble en *oponible* indica posibilidad pasiva, es decir, capacidad o aptitud para recibir la acción del verbo¹⁴, en este caso *oponer*.

En este orden de ideas, la función del adjetivo *oponible* es la de calificar¹⁵ el elemento del que se trate, de dotarlo de un plus que sin él no tendría. Como consecuencia, lleva consigo la posibilidad de dividir los elementos entre aquellos oponibles y los que no lo son. De esta forma, la oponibilidad se da siempre como una relación entre dos términos, en la medida en que aquello que es oponible lo es en relación a otra cosa.¹⁶

Siendo así, que algo pueda ser opuesto o que se pueda oponer en sentido adjetivo no nos dice todavía que sea oponible en sentido técnico o sustantivo. En tanto en el primero la oposición del elemento se emparenta con la acción de oponer, de esgrimir el elemento en juicio, en el segundo refiere a su efecto, a una cualidad o propiedad del elemento esgrimido por el cual tiene efectos jurídicos **fuera de su círculo de actividad directa**,¹⁷ lo que determina un cierto grado de orden o preferencia entre los elementos tenidos en cuenta.

Una oposición implica una incompatibilidad de posiciones jurídicas que no pueden ser simultáneamente satisfechas en el todo¹⁸. Y es por ello que el campo de la oponibilidad en sentido técnico jurídico queda reducido y se concretiza en situaciones determinadas y entre sujetos también determinados (ver apartado 3.2.).

Analizaremos en los apartados que siguen su aplicación de manera general a algunos de estos elementos, para luego, en los capítulos venideros, indagar acerca de

12. Utilizamos la palabra elementos o institutos para poder abarcarlos todos, siguiendo en esto a la doctrina francesa.

13. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, on line [consulta: 2013].

14. *Ibíd.*

15. La gramática tradicional dividía los adjetivos en dos subclases: los adjetivos determinativos (demostrativos, posesivos, indefinidos, cuantificativos) y los calificativos. Estos últimos son definidos como aquellas palabras que acompañan al sustantivo para expresar alguna cualidad de la persona o cosa nombrada.

16. Oponer(se), como intransitivo pronominal, significa “estar una cosa en relación de oposición con otra”. Que algo sea oponible implica siempre dos términos: el oponible y el que soporta dicha oponibilidad. No es posible hablar de oponibilidad en abstracto, siempre se requiere de alguien o algo a quien o al que *se pueda oponer*. (*Ibíd.*)

17. Conforme a la definición de Capitant, la “calidad del derecho o defensa que su titular pueda hacer valer contra terceros”.

18. LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Zavallía, 1983, p. 267

su funcionamiento en supuestos específicos que se desarrollan dentro del marco del derecho inmobiliario.

1.2. *Recorte del ámbito de estudio. El derecho inmobiliario*

El derecho privado patrimonial puede ser considerado como aquella parte del derecho que comprende las normas e instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan las actividades económicas del hombre.¹⁹ Éste atiende, en primer lugar, a establecer una serie de reglas por medio de las cuales se lleve a cabo la distribución de los bienes económicos entre los miembros de la sociedad y, por consiguiente, la atribución a cada uno de ellos de concretos y determinados bienes. En segundo lugar, el derecho patrimonial establece las reglas en virtud de las cuales unas personas realizan o pueden realizar prestaciones de servicios en favor de otras (cooperación o colaboración social) y un tráfico o cambio de manos de los bienes económicos (intercambio en sentido amplio).²⁰

Pese a no poder predicar del derecho inmobiliario autonomía científica, sistémica, ni normativa tal que pueda ser estudiado con independencia del derecho privado patrimonial, ciertamente podemos pensarlo como objeto de estudio científico a partir de deslindar algunos aspectos más o menos generales que lo caracterizan.

Así, en un intento hacia su caracterización, que nos servirá de base para el desarrollo posterior –por analogía a lo dicho en relación al derecho privado–, el derecho inmobiliario puede ser caracterizado como un conjunto de normas, esencialmente de derecho privado, que rigen las relaciones de atribución e intercambio de derechos que tienen por objeto mediato o inmediato cosas inmuebles.

1.3. *La oponibilidad y las relaciones jurídicas*

1.3.1. *El quid de la oponibilidad erga omnes en la clasificación de los derechos subjetivos*

La doctrina clasifica los derechos subjetivos en relativos y absolutos, según exista o no un sujeto pasivo determinado.²¹ En los relativos, el derecho le confiere al titular la

19. DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota4], p. 38.

20. *Ibid.*

21. V. ROGUIN, Ernest, *La règle de droit*, París, F. Rouge, 1889, pp. 207 y ss. El autor dice: “Esta clasificación es por excelencia capital. Ella hace al fondo de toda legislación”, lo que es aplicable a nuestro CCIV y aun al PCU. En una primera instancia, Vélez explica con una clasificación diversa, aunque íntimamente ligada, el método que seguiría en el CCIV, lo que resulta del oficio de remisión del primer libro del Código Civil de Junio 21 de 1865, enviado al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Doctor Don Eduardo Costa. En dicho instrumento, el Codificador explica que ha creído que, “en un Código Civil, no debía tratarse del goce y de la pérdida de los derechos civiles, de la muerte civil, de los derechos que da la nacionalidad, ni de ninguno

facultad de exigir un determinado comportamiento a una persona determinada. En los absolutos, entre los cuales se encuentran los reales, el sujeto pasivo es toda la sociedad. Éstos existen frente a todos o *erga omnes*; a la facultad del titular corresponde el deber de abstención de todos los demás.

Este criterio merece aclaraciones, en tanto resulta imposible pensar el derecho subjetivo sin predicar de él la facultad de exclusión de aquellos actos de los terceros que impliquen privar del derecho a su titular o restringirlo más allá de lo razonable. La sociedad toda debe soportar el ejercicio de las facultades propias de la clase de derecho a la que se refiere, lo que se hace esencial para la convivencia pacífica de los individuos en ella.

El sentido amplio de la propiedad privada²², desarrollado a partir del artículo 17 de la [Constitución Nacional](#), impone que el Estado o los particulares se abstengan de realizar actos que puedan privar arbitrariamente a una persona de sus derechos individuales o restringírseles más allá de lo razonable de forma tal que en los hechos signifique una anulación o alteración del derecho en cuestión.

La inviolabilidad de los derechos se caracteriza por la imposición al tercero de una situación o relación jurídica. El tercero debe soportar esa realidad, contar con ella necesariamente a la hora de ejercitar sus derechos. Sólo por excepción el tercero podrá desconocerla en determinados supuestos que la ley establece o cuando medie un ejercicio abusivo del mismo.

Este criterio que afirmamos es fruto de largas discusiones acerca de la diferenciación entre derechos reales y personales, uno de cuyos criterios se asienta en la oponibilidad.

de los derechos absolutos, como lo hacen el Código Francés y tantos otros que lo han seguido. Al emprender el trabajo que V.E. me encargó, he debido preguntarme, ¿qué es un Código civil?, ¿cuáles son los derechos que en sus resoluciones debe abrazar la legislación civil? Únicamente los derechos relativos reales y personales que crean obligaciones peculiares entre ciertas y determinadas personas”. Como se advierte de la sola lectura de este párrafo, Vélez aquí pone los derechos reales dentro de los relativos. abandona esta clasificación de viejo cuneo para adoptar la que venimos analizando a partir del libro II donde absoluto es tomado como sinónimo de *erga omnes*. Así lo advierte ALLENDE, Guillermo L, *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967, pp. 30 y ss. (en la nota 10, el autor cita en el mismo sentido un trabajo inédito de Marina Mariani de Vidal).

22. Véase el desarrollo de esta concepción en la jurisprudencia de la CSJN en el famoso fallo “Mango c/ Traba” (*Fallos*, 144:220) del 30/8/1925, donde se resolvió en favor del actor que había obtenido sentencia firme de desalojo, estableciéndose la inconstitucionalidad de la Ley 11.318, que prorrogaba el término de las locaciones. En dicha oportunidad la Corte, interpretando la letra del art. 17 de la Constitución Nacional, caracterizó al derecho de propiedad en sentido amplio al decir que “comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”; lo que fuera reiterado en el caso “Bourdié c/ Municipalidad de la Capital” (*Fallos*, 145:307), donde expuso que “el término propiedad [...] comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativo (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad”. Y también que “el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurada en términos amplios por el art. 17 protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones”.

La teoría clásica define el derecho real por oposición a los derechos personales. Establece que lo que caracteriza a los derechos reales es la relación directa e inmediata del titular (o sujeto) del derecho con la cosa (objeto). El titular del derecho real ejerce la potestad jurídica con independencia de todo otro sujeto. Pothier explica que mientras que el derecho real es un derecho en la cosa (*ius in re*) de la cual el titular saca una ventaja o beneficio, el derecho personal es un derecho a la cosa (*ius ad rem*), que se dirige a la persona obligada a darla. Esta doctrina fue puesta en duda por aquellos autores que impugnan la división entre derechos reales y personales, doctrina que lleva el nombre de unitaria y que se divide en dos: unitaria personalista y unitaria realista, según la unificación se haga sobre una u otra categoría de derechos.

La tesis realista asimila los derechos personales a los reales, reduciendo el crédito a meras relaciones entre patrimonios, en tanto el crédito (patrimonio del acreedor) se traduce en un poder jurídico de agresión sobre los bienes que componen el patrimonio del deudor. Por su parte, la tesis unitaria personalista –Demogue, Planiol– impugna la división entre derechos personales y reales, y describe el derecho real como una obligación pasivamente universal.²³ Así, la distinción entre derechos reales y personales basada en el sujeto pasivo de la relación no sería tal, pues en los derechos reales también existiría una obligación, siendo su objeto una prestación consistente en una abstención u omisión que pesaría sobre los integrantes de la comunidad.

La corriente doctrinaria neoclásica, intermedia o ecléctica –cuyo origen se puede remontar al mismo Planiol, quien, en coautoría con Ripert, rectificó años más tarde su postura en su *Tratado práctico de derecho civil francés*²⁴– adicionó a la doctrina clásica la nota esencial de la absolutez y derivó otros atributos de los derechos reales que hacen a su eficacia: las facultades de persecución y preferencia.

Como explica López de Zavalía²⁵, esta doctrina compatibiliza las ideas de la teoría clásica con la de la doctrina unitaria personalista. Critica la teoría clásica por haber hecho hincapié únicamente en la relación directa e inmediata con la cosa (aspecto interno), olvidando, aunque sin desconocerlo, el aspecto externo.

Por el contrario, la teoría unitaria personalista sólo tuvo en cuenta el aspecto externo, o sea, la relación jurídica, olvidando el interno, o sea, la relación fáctica de la

23. Véase al respecto la tesis doctoral de MICHAS, H., “Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle”, Université de Paris (1896-1968), Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 1900. Esta concepción se ve clara en el siguiente párrafo de AUBRY, Charles y RAU, Charles, *Cours de droit civil français d’après l’ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, Paris, Marchal et Billard, 1869, § 296: “A tout droit correspond une obligation. Il en est ainsi, même des droits réels, qui imposent virtuellement à ceux auxquels ils n’appartiennent pas l’obligation de ne point y porter atteinte. Cependant cette obligation générale et négative, qui correspond aux droits réels, n’est pas l’objet immédiat de ces droits, dont l’existence est indépendante de l’accomplissement de toute obligation. Les droits personnels, au contraire, ont pour objet une prestation, c’est-à-dire l’accomplissement d’une obligation sans laquelle ils ne sauraient exister”.

24. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, t. III.

25. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1989, t. I, pp. 26 y ss.

persona con la cosa. Así, los derechos personales u obligaciones tienen como objeto una prestación que sólo puede estar a cargo de una de las partes del negocio que le da causa, el deudor. En cambio, en el derecho real, el objeto es una cosa y no un hecho de una persona determinada, razón por la cual el deber correlativo no está en una sola persona, ni siquiera únicamente en el transmitente, sino en toda la sociedad.²⁶

Sin embargo, como afirman numerosos autores,²⁷ el deber general de abstención situado en el lado externo de las relaciones jurídicas no es óbice para la diferenciación entre derechos personales y reales,²⁸ pues todos ellos, como derechos individuales, se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico por igual.²⁹ En tal sentido, López de Zavalía³⁰ expresa que el aspecto externo, esto es, la relación con un sujeto pasivo universal se encuentra en todas las relaciones jurídicas y dice siempre lo mismo: respétese el enlace interno de la relación. Son de destacar también en este sentido las palabras de Ortolán³¹ –fuente tenida en cuenta por nuestro Codificador³²– que explican este distingo, aunque sin advertir con claridad la diferencia entre obligación en sentido estricto y deber genérico –como lo hace la doctrina moderna y aun nuestro Codificador, siguiendo a Marcadé–:

Resulta pues que todo derecho, sin excepción, si se quiere apurar la esencia de las cosas, consiste en obligaciones. Estas obligaciones son de dos especies: la una general, que comprende la masa, el conjunto de todas las personas, y que consiste en la necesidad en que están todos sin distinción de dejar obrar al sujeto activo del derecho, de dejarle disfrutar del provecho o utilidad que su derecho le proporciona, sin oponerle embarazos ni obstáculo de ninguna clase. El abstenerse es una obligación general, obligación que existe en todo derecho, cualquiera que sea, porque en cualquier derecho todos están obligados a abstenerse de perturbar o embarazar el disfrute, el ejercicio del derecho. Puede decirse que en todo derecho hay siempre, por una parte, el sujeto activo a quien se atribuye el derecho y, por otra, la masa general de todos los hombres, de todas las personas, que están obligadas a abstenerse, a dejar obrar a aquel a quien pertenece el derecho, dejándole que reporte libremente el provecho o ventajas que se propone. Pero si

26. La doctrina hoy es conteste en entender que “el sujeto pasivo del derecho real está constituido por toda la sociedad, sobre la que pesa un deber de abstención, negativo, que no constituye propiamente una obligación de no hacer [...] sino que consiste solamente en respetar la acción del titular del derecho sobre la cosa...” (MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1975, p. 28).

27. Ver, entre otros: GATTI, Edmundo, *Derechos reales. Teoría general*, Buenos Aires, Lajouane, 2006, p. 346; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 25], t. I, pp. 26 y ss.; ALTERINI, Jorge H. en Lafaille, Héctor, *Tratado de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I-V, p. 25.

28. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 25], pp. 26 y ss.

29. ALTERINI, Jorge H., ob. cit. [cfr. nota 27].

30. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 25], pp. 26 y ss.

31. ORTOLÁN, M., *Explicación histórica de la Instituta del emperador Justiniano*, Madrid, La Ilustración, 1847, (trad. de la 3ª ed. francesa por José Jiménez-Serrano), § 67.

32. Véase nota al art. 497 del CCIV.

existe en todo derecho esta obligación general y colectiva, hay casos en que se halla sola, en que no existe otra, y en que el derecho confiere al sujeto activo la facultad de reportar directamente de una cosa una utilidad una ventaja más o menos considerable, sin más obligación que la que todos tienen el deber de obrar, y de abstenerse de todo obstáculo y embarazo. Hay casos, por el contrario, en que además de esta obligación general que siempre existe, confiere el derecho al sujeto activo la facultad de precisar individualmente a una persona a cierta acción, como la de dar, suministrar, hacer tal cosa; o a cierta inacción, como sufrir, consentir tal otra. En este caso el sujeto pasivo del derecho es, por decirlo así, doble: por una parte la masa, el conjunto de todas las personas obligadas a un mismo tiempo a no oponer obstáculo alguno al disfrute del derecho; por otra el sujeto individualmente pasivo, obligado a hacer o no hacer tal cosa.

Desde otra óptica, algunos autores intentaron fundar el deber de respeto en los derechos personales a partir de una concepción diversa en tanto eliminar las diferencias entre derechos relativos y absolutos en atención a su común aspecto externo pone en duda la utilidad de la propia clasificación.

Así, De Ruggiero³³ entiende que

... lo protegido no es la relación de crédito sino un derecho que es absoluto, el derecho de propiedad que corresponde a mi deudor sobre la cosa en el segundo caso, el derecho que yo tengo a la integridad de mi patrimonio, del cual forma parte el crédito en el primero.

En igual sentido, el maestro Gatti³⁴ entiende que los derechos personales y, en general, los derechos relativos, sólo pueden ser violados por el deudor y no por los terceros, pues, si estos últimos quisieran impedir el cumplimiento de la obligación del deudor, sólo podrían hacerlo llevando a cabo una acción contra la persona del deudor (o aún del acreedor) o contra la cosa objeto mediato del derecho creditorio. De esta manera, lo violado sería siempre un derecho absoluto (el derecho de la personalidad del deudor –o del acreedor– o su derecho de propiedad) y no un derecho relativo. Reduce el autor, en consecuencia, la lesión del crédito del acreedor a la lesión del derecho de propiedad sobre el crédito, como derecho absoluto y no como derecho relativo.

1.3.2. Crítica a la oponibilidad erga omnes

Una corriente doctrinaria critica el concepto mismo de absolutividad o *ergaomnesibilidad*. Afirma Betti³⁵ en relación al derecho real que parece más exacto afirmar que

33. DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil. Introducción y parte general. Derecho de las personas, derechos reales y posesión*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1929 (trad. esp. José Santa Cruz Teijeiro y Ramón Serrano Suñer de la 4ª ed. en italiano), pp. 218 y ss.

34. GATTI, Edmundo, ob. cit. [cfr. nota 27], p. 56.

35. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, nota 5.

el poder directo sobre la cosa que importa éste es susceptible de oponerse a terceros, pero no al universo mundo sino a quien entre en relación directa con esa situación o, lo que es lo mismo, con el titular a través de la cosa.

De ahí que, descartado el ámbito de las relaciones entre el titular de un derecho y la sociedad (oponibilidad *erga omnes*), restringimos el ámbito de estudio de la oponibilidad en sentido técnico jurídico a aquel que se da entre personas determinadas que no se encuentran ligadas por una relación obligacional sino por el hecho de tener ambos –titular y terceros– intereses contrapuestos sobre una determinada materia u objeto.³⁶

1.4. *La oponibilidad en materia de actos jurídicos.*

El binomio oponibilidad-inoponibilidad

En un sentido diverso³⁷ –aunque íntimamente emparentado con el primero– se habla de oponibilidad de un acto jurídico haciendo referencia a los efectos que éste tiene en relación a los terceros. Su contracara, la inoponibilidad, es estudiada, tanto en nuestra doctrina como en la francesa e italiana, en el ámbito de la ineficacias del acto jurídico.

1.4.1. *El principio de relatividad de los actos jurídicos*

Los actos jurídicos pueden ser caracterizados como aquellos actos voluntarios lícitos que tienen por finalidad inmediata la producción de efectos jurídicos (art. 944 CCIV). Los efectos o eficacia del acto jurídico son los “cambios que él produce en el mundo exterior”³⁸ y estos cambios tienen diferentes manifestaciones. Por un lado, el acto tiene eficacia reglamentaria y obligatoria entre las partes, cuya fuente se encuentra en la voluntad de estos sujetos, y, en cuanto no sea ilícito (ni contrario a la moral y buenas costumbres), el acto es reconocido por la ley. La autonomía privada es reconocida a los individuos por la sociedad y por el derecho para dictar leyes a los propios intereses y no a los ajenos, sus límites propios están marcados por la afectación a los intereses ajenos sobre los que no pueden disponer.

Siguiendo este orden de ideas, es posible advertir la contraposición entre el principio de relatividad de los actos –“*res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse*

36. Al respecto, ver DE CASTRO BRAVO, Federico, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 531; el autor afirma que la inoponibilidad “resulta del contraste de dos títulos; de la relativa superioridad o inferioridad de los que entre sí se han opuesto sobre una determinada materia u objeto”.

37. Cfr. LEVIS, Marc, ob. cit. [cfr. nota 6], p. 19; el autor afirma que la doctrina francesa (Aussel, Roubier, Bertrand, Duclos) tiene gran cuidado de no confundir las nociones de oponibilidad de los derechos y de oponibilidad de los actos.

38. BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986 p. 26, nota 12.

potest”, “*res inter alios acta neque nocet, neque prodest*”³⁹ y “*ante omnia enim animadvertendum es, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona nocet*”⁴⁰ – con el de no dañar a otro – “*alterum non laedere*”⁴¹–, lo que resulta en un intrincado complejo de normas distribuidas a lo largo y lo ancho de nuestra legislación en pos de compatibilizar los intereses de las partes con los terceros.

Fuera de los efectos obligatorio y reglamentario –en cuanto a nosotros interesa aquí– el acto incide en el campo del derecho, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas.

1.4.2. La oponibilidad de los actos jurídicos

De acuerdo con el adagio “*res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest*”, los actos jurídicos sólo pueden producir efectos entre las partes (arts. 1195, 1199 y cc. CCIV). Sin embargo, la oponibilidad del acto jurídico no implica que éste pueda crear obligaciones en cabeza de los terceros, pero sí que las partes puedan oponer a los terceros los efectos del mismo producidos entre ellos.⁴²

En este orden de ideas, la doctrina francesa⁴³ ha destacado que el contrato existe en la realidad jurídica frente a todos, lo que se manifiesta con la expresión *oponibilidad*. Así, obtenido el efecto directo, la relación obligacional, “todos están obligados a respetarlo y a obrar en consecuencia, y todos pueden invocarlo como existente”⁴⁴.

Oponibilidad, aquí, no es equivalente a eficacia directa o refleja del acto jurídico en la órbita jurídica de los terceros, sino simplemente posibilidad de que las partes funden eficazmente, en éste o en el derecho del que es causa, una pretensión dirigida contra terceros.⁴⁵ Dice Martínez Sanchiz:⁴⁶

La oponibilidad del contrato o negocio jurídico es una consecuencia normal, no implica una excepción a la relatividad de los contratos. Significa la posibilidad de oponer el negocio como hecho (*negotium*) o la situación creada o modificada por el mismo (*tractus*).

39. Dig. 10.11.12.D.

40. Dig. 2.14.27.4.

41. Dig. 1.1.10pr.

42. Así, por ejemplo, los terceros no quedan obligados por los estatutos de una sociedad anónima, pero tienen que aceptar la existencia de esa persona jurídica y, por lo tanto, la realidad del pacto de constitución de la misma. Si son acreedores, tendrán que dirigirse contra la sociedad y sólo podrán dirigirse contra los socios en los casos tasados en que se les permite esa posibilidad.

43. DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, Paris, A. Rousseau, 1923, t. 7, parte 2, § 703, p. 78.

44. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 483 y ss.

45. DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 531.

46. MARTÍNEZ SANCHIZ, José Á., “La escritura pública entre la autonomía de la voluntad y la inscripción”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49 (2009), pp. 253-362.

Por principio, los terceros deben tener en cuenta y respetar en su actuación jurídica los actos celebrados y las relaciones jurídicas creadas por otros; por lo tanto, todos los actos son oponibles a los terceros interesados o no,⁴⁷ en tanto las partes hayan cumplido con los recaudos formales exigidos a tal fin y siempre que la ley no establezca, por excepción, lo contrario (inoponibilidad).

1.4.3. *La inoponibilidad*

La oponibilidad se presenta como principio respecto del cual los casos de inoponibilidad son sólo excepciones, en tanto, como afirma Duclos⁴⁸, la primera pertenece a la anatomía y la segunda a la patología.

Dice De Page⁴⁹ que

... la inoponibilidad como excepción al principio de la existencia del acto o contrato – también de los derechos y situaciones jurídicas, agregamos nosotros– frente a todos se adopta para evitar a los terceros peligro muy graves.

Ante un determinado conflicto, la ley opta por sacrificar los intereses de uno de los sujetos en beneficio de otro, mediante el establecimiento de la inoponibilidad. Cuando la ley establece que el acto es inoponible a ciertos y determinados terceros, ello implica que es irrelevante⁵⁰ para ellos y, por lo tanto, pueden dirigir su actuación jurídica como si ellos no existieran.

La doctrina nacional es conteste en definir la inoponibilidad como un supuesto de ineficacia

... establecido por la ley, que priva a un negocio válido y eficaz, de sus efectos respecto de determinados terceros a quienes la ley dirige su protección, permitiéndoles ignorar la existencia del negocio e impidiendo a las partes del mismo ejercitar pretensiones jurídicas dirigidas a un tercero.⁵¹

Las conclusiones de las **X Jornadas Nacionales de Derecho Civil** (Corrientes, 1985) han dicho en tal sentido que

47. RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. II, p. 559.

48. DUCLOS, José, *L'opposabilité: essai d'une théorie générale*, Bibliothèque de Droit Privé, t. 179 (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984), p. 21.

49. DE PAGE, Henri, *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence*, E. Bruylant, 1962, p. 187.

50. Decimos irrelevante y no inexistente siguiendo la terminología empleada por Alterini (v. su voto en CN-Civ., Sala C, 21/11/1978, "Todros, José R. y otros c/ Todros Fraser, Jorge") para diferenciarlo de la llamada inexistencia, que cierta doctrina enmarca dentro de las ineficacias.

51. RIVERA, Julio C., ob. cit. [cfr. nota 47], p. 936.

2) La inoponibilidad es un supuesto de ineficacia establecido por la ley, que priva a un negocio válido y eficaz de sus efectos propios, en relación con ciertos terceros a los cuales la ley dirige su protección. La inoponibilidad es una figura independiente de la invalidez. 3) El fundamento de la inoponibilidad radica en la protección de determinados terceros. 4) El sustento legal de la inoponibilidad se encuentra en las normas particulares que se refieren a cada una de las hipótesis. 5) La inoponibilidad debe estar expresamente establecida por ley. 6) La causa que provoca la inoponibilidad es originaria, pero a veces puede complementarse con una circunstancia sobreviniente. 7) La inoponibilidad puede alegarse por vía de acción y de excepción.

En otro orden de ideas, como explica Zannoni⁵², es posible distinguir dos situaciones diferentes a las que la doctrina se refiere como inoponibilidad: el acto jurídico que, si bien es válido y eficaz entre las partes, resulta a la vez ineficaz respecto de determinadas personas y, a la inversa, de actos, cuya ineficacia entre las partes no obsta a que frente a determinadas personas (terceros) sean plenamente eficaces. A la primera se la llama inoponibilidad positiva y a la segunda, negativa (arts. 396 y 397 PCU).

1.5. Relaciones entre la oponibilidad del derecho y del acto jurídico

Si bien es dable distinguir la oponibilidad de los derechos o situaciones jurídicas y de los actos que le dan causa,⁵³ una y otra se encuentran íntimamente ligadas, pues la oponibilidad de un derecho o de una situación jurídica es una consecuencia de la oponibilidad del acto que los ha creado o alterado.

El mecanismo teórico de la oponibilidad –dice Duclos⁵⁴– se presenta de la siguiente manera: en primer lugar, el contratante opone su acto jurídico como fuente de legitimidad del derecho en cuestión; después de adquirir esta legitimidad, puede, necesariamente, poner en juego la oponibilidad propia del derecho nacido de la convención opuesta. Se produce entonces un encadenamiento y un cúmulo de oponibilidades: la oponibilidad del derecho que nace y se superpone a la del contrato.

Así, quien pretenda la oponibilidad de su derecho deberá esgrimir su título en sentido material, el o los hechos o actos jurídicos por los cuales es titular del derecho. Este hecho o acto requiere ser probado, y, a tal fin, el ordenamiento jurídico brinda diferentes medios, entre los que se encuentra la prueba documental.

Cuando el hecho o acto tenga la aptitud para la producción de la adquisición del derecho, su documentación no sólo prueba el acaecimiento del mismo –en el caso del instrumento público, lo hace bajo el amparo de la fe pública y *erga omnes*– sino también de dicha adquisición, del efecto que el ordenamiento jurídico establece

52. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit. [cfr. nota 8], pp. 15 y ss.

53. LEVIS, Marc, ob. cit. [cfr. nota 6], p. 19.

54. DUCLOS, José, ob. cit. [cfr. nota 48], p. 69.

como resultado del acaecimiento supuesto de hecho o *factum*. Existe entonces una relación directa entre la documentación del hecho y la legitimación sustantiva del titular del derecho.

El titular del derecho opone el hecho o acto que da vida al derecho para poder sustentar las acciones que derivan de él. Resulta entonces que el problema de la oponibilidad excede al de la mera prueba del hecho o acto, pues éste, aun probado y siendo formal y sustancialmente válido y eficaz –lo que lo hace oponible como hecho jurídicamente relevante– en diversos supuestos legalmente tasados, resulta inoponible a determinados terceros que, bajo ciertas circunstancias, la ley es llamada a proteger.

En el fondo, la oponibilidad se sustenta en el juego entre la protección de la seguridad jurídica estática y dinámica, en la ponderación entre la verdad objetiva y la apariencia. El derecho protege los derechos del titular frente a la actuación jurídica ajena que pueda perjudicarlo. Pero, en determinados casos, establece el criterio contrario:

... no protegiendo una persona ajena a una actuación, sino precisamente del actuante de buena fe que confía en la apariencia, a quien no se le puede oponer una situación que le es ajena y totalmente desconocida en el momento de entrar en relación. El actuante protegido es un tercero respecto de la situación, que no puede oponérsele.⁵⁵

Y así se presentan las dos caras del asunto, que juegan inevitablemente en la regulación de los intereses de los sujetos implicados, protegiendo a unos y sacrificando otros.

2. Criterios normativos para la determinación de la oponibilidad en el derecho inmobiliario

Tres son los aspectos que un ordenamiento jurídico determinado puede tener en cuenta al regular la oponibilidad en sentido sustantivo: 1) la necesidad de establecer o no medidas adicionales exigibles para la existencia y/o publicidad de las mutaciones jurídicas⁵⁶ y/o de los derechos nacidos, extinguidos o modificados por ellas; 2) los sujetos pasivos sobre los cuales la oponibilidad tendrá impacto; y 3) la relación existente entre la oponibilidad y la prelación o preferencia que se derivará de la misma.

2.1. *El formalismo como medio de protección de los terceros*

En el derecho inmobiliario, la adquisición derivada por actos entre vivos de derechos reales que se ejercen por la posesión –la teoría del título y el modo– requiere

55. RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., ob. cit. [cfr. nota 3], p. 87.

56. El vocablo *mutaciones jurídicas* es utilizado aquí para expresar todos aquellos hechos o actos jurídicos que produzcan el nacimiento, extinción o modificación de derechos y obligaciones.

re su instrumentación por escritura pública (art. 1184 CCIV), la tradición de la cosa (arts. 577, 3265 y 2601 CCIV) y la registración de este documento (art. 2505 CCIV y arts. 2 y cc. Ley 17.801).

El otorgamiento del título, sumado al modo (tradición), determina el nacimiento o constitución del derecho real inmobiliario. La registración del título, en cambio, no es necesaria para la constitución del derecho, sino que está encaminada a la publicidad del título, el que, de lo contrario, resultaría inoponible a terceros interesados y de buena fe.⁵⁷

2.1.1. La oponibilidad y los instrumentos

Todo acto debe tener necesariamente una forma, un hecho exterior por el cual la voluntad se manifiesta (forma esencial). Pero en algunos casos la ley impone cierta forma determinada o, mejor dicho, ciertas formalidades o solemnidades, ya sea como requisito de su validez (*ad solemnitatem*) o para su prueba (*ad probationem*). A estas formalidades establecidas por la ley se las llama forma impuesta o legal.

En materia instrumental, el legislador establece el valor probatorio de los instrumentos en base a diversos requisitos y lo gradúa a partir de distinciones en relación a su contenido.

En los instrumentos públicos, la fuerza probatoria derivada de la fe pública que éstos poseen en parte de su contenido (arts. 993-995 y cc. CCIV) no tiene lugar solamente entre las partes y sus herederos, sino que se produce –en palabras de Dumolín– “*quoad omnes, contra quoscumque extraeneos*”. Los instrumentos públicos prueban, aun frente a terceros, la fecha y los hechos físicos atestiguados por el oficial público. Los terceros no pueden discutir la prueba que resulta de la autenticidad del acto⁵⁸ –salvo en los supuestos en que la ley los autoriza–.

A diferencia de lo que ocurre en los instrumentos públicos, los privados carecen de la presunción de autenticidad⁵⁹ y, por lo tanto, de todo valor probatorio, aun entre las partes, mientras la firma que los suscribe no haya sido reconocida por el intere-

57. La construcción teórica que sustenta esta afirmación se basa en conjugar los arts. 2, 20 y 22 de la Ley 17.801 y los arts. 3135 y 3136 CCIV. Ver GATTI, Edmundo, ob. cit. [cfr. nota 27]; ALTERINI, Jorge H., “Gravitación de la reforma al artículo 2505 del Código Civil (con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros)”, en *El Derecho*, t. 43, pp. 1181 y ss.; y “La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral. Con una armonización entre la tradición y la inscripción registral”, Buenos Aires, Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, 1974 (aporte de la delegación argentina al II Congreso Internacional de Derecho Registral [Madrid, 30/9-5/10 1974]); también en *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, t. II, pp. 75 y ss., y en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral*, Santa Fe, 1978, n° 120.

58. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “Escrituras, contraescrituras y terceros”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1992, separata del t. XXII, v. II, p. 292.

59. NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Concepto y clases de documentos”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, n° XVI, 1957, p. 23.

sado o declarada debidamente reconocida por juez competente (art. 1026 CCIV).⁶⁰ Ello es así pues el

... reconocimiento –dice Núñez Lagos⁶¹– es el medio legal, mediante la intervención de funcionario público competente –momento estatal– por el que el documento privado alcanza valor de prueba legal.

En relación con terceros, aun cuando de una interpretación literal del artículo 1026 parecería que *a contrario sensu* los instrumentos privados no pueden afectarlos, la doctrina admite unánimemente lo contrario.⁶² Pero sólo adquieren esa fuerza probatoria en la medida en que, además de ser reconocidos, hayan adquirido fecha cierta y únicamente a partir del momento en que la adquieran.⁶³

La fecha del instrumento privado no llega a ser cierta y computable respecto de terceros sino cuando le siga un hecho que establezca de forma cierta la anterioridad de la formación del documento en todos los casos en que de la anterioridad dependa la oponibilidad a terceros del acto documentado.⁶⁴ Esto es así porque el legislador impone la fecha cierta en pos de impedir que las partes puedan perjudicar a los terceros haciendo constar en los instrumentos fechas que no fueran verdaderas.⁶⁵ En otras palabras, el documento privado, carente de fecha cierta, no es oponible a los terceros, quienes pueden obrar como si el instrumento no existiese. Su falta no obsta la validez del instrumento privado, pero su contenido no será oponible frente a terceros.

Sin embargo, las funciones de la forma no se agotan –como pretenden algunos– en la prueba del acto jurídico. La eficacia sustantiva del acto deriva de la instrumentación, es la causa misma de la relación jurídica nacida del acto, acredita el contrato como acto y su resultado, la relación jurídica. Así, el documento es prueba del acto y es el acto mismo.

60. En este sentido explica RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de derecho internacional privado”, *Junta de Decanos de los Colegios Notariales*, Madrid, 1977, p. 16 y ss.: los documentos privados “en su origen, carecen de eficacia documental, son documentalmente neutros –sin perjuicio de la eficacia negocial que puedan tener– hasta su reconocimiento”.

61. NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Reconocimiento de documento privado”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, nº XIII, 1969, p. 7.

62. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1997, 18ª ed., t. II, p. 365; en apoyo a su afirmación, el autor cita a: “SALVAT, Parte general, nº 2291, p. 912; BORDA, G. A., op. cit., nº 939; DE GÁSPERI, L., *Obligaciones*, § 678, p. 652; BIBILONI, J. A., *Anteproyecto*, nota al art 482, 1ª redacción, etc.”.

63. Art. 1034 CCIV: “Los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular la verdad de la fecha expresada en ellos”.

64. SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas generales del derecho civil*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1964, p. 275.

65. CNCiv, Sala C, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 72, p. 383.

En palabras de Rodríguez Adrados⁶⁶, el documento

... funciona como medio de prueba; es su misión más resaltada; pero en sí mismo “es” medio o vehículo de las declaraciones de voluntad cuando éstas se hacen por escrito; y, por ello, tiene unos efectos sustantivos, negociales, mucho más allá de los estrechos límites de los negocios solemnes [...] [la] exigencia legal de forma pública tiene en general como fundamento el conseguir la oponibilidad del negocio a los terceros, al estar contenido en un documento que puede “hacerse valer” contra los terceros, “perjudicar” a los terceros.

Cuando el elemento oponible, el contrato o situación derivada, es desconocido por la persona ante quien se quiere hacer valer, precisa ser probado de manera que no pueda ser negado.⁶⁷ Por lo tanto

... el documento funciona, pues, como presupuesto de oponibilidad del contrato en todos aquellos casos en que la documentación sea necesaria para la eficacia del contrato respecto de terceros.⁶⁸

En su relación con la publicidad registral, el recaudo de inscripción establecido por la [Ley 17.801](#) es un supuesto de inoponibilidad de lo no registrado a los terceros interesados y de buena fe. Como afirma el ilustre autor Rodríguez Adrados:⁶⁹

... los efectos contra terceros del instrumento público tienen sus excepciones. El notariado no está sólo en el tráfico jurídico; a suplir sus insuficiencias, las inherentes al mismo o las puramente circunstanciales de un momento histórico, vinieron especialmente los registros públicos de sustancia jurídica, y éstos, para resolver los problemas que les habían originado, no solamente crearon nuevos efectos para esas nuevas parcelas a las que legítimamente eran convocados, sino que restringieron los efectos, ya adquiridos, del documento público; a veces como necesidad ineludible para la consecución de sus fines; otras, simplemente, como resultado de la innata tendencia expansionista humana; y así han venido a quedar limitados, en ocasiones, los efectos del documento público respecto de terceros.

La inoponibilidad, más que una sanción por la falta de inscripción es un premio a la buena fe del tercero que no conozca o pueda conocer el acto.⁷⁰ Los registros públi-

66. Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 3/4/1989, dentro del Segundo Ciclo en Conmemoración del Centenario del Código Civil, p. 270.

67. MARTÍNEZ SANCHIZ, José Á., ob. cit. [cfr. nota 46].

68. DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 258.

69. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 58].

70. ÁLVAREZ VIZGARAY, Rafael, “Introducción al estudio de la inoponibilidad”, en AA. VV., *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo Ge-

cos no surgieron para suplir un defecto de eficacia de los documentos notariales sino para corregir un exceso de eficacia perjudicial para el tráfico:⁷¹

... los registros [...] no acaparan la oponibilidad *erga omnes* para los documentos inscritos, para sus inscripciones, sino que se limitan a proteger a determinados terceros en cierto ámbito que, además, puede presentar excepciones, y mediante el cumplimiento de determinados requisitos...⁷²

2.1.2. *La publicidad en materia de derecho inmobiliario*

Una de las funciones primordiales de la publicidad registral es procurar cognoscibilidad general de determinadas situaciones jurídicas cuya divulgación hace al interés de la comunidad.⁷³

En un primer momento, al regular la adquisición de los derechos reales, la comisión que elaboró el PCU –inspirada en la crítica a la función publicitaria de la posesión que cierto sector minoritario de la doctrina sostiene– propuso que la adquisición derivada por actos entre vivos de derechos reales requiera la concurrencia de título y modo suficientes, siendo la inscripción registral el modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables. Pero más allá del rechazo de la doctrina en amplia mayoría y de haberse expedido en este sentido, tanto las organizaciones que nuclean a los escribanos del país como los registradores y, esencialmente, las conclusiones vertidas en la Comisión 5 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011) propendieron a que el PCU dejara finalmente incólume el sistema de la Ley 17.801, a la que reforma sólo en aspectos formales (arts. 1, 2 y 17), manteniendo el efecto meramente declarativo de la publicidad registral.

El artículo 1892 PCU quedó finalmente redactado así:

La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión...

neral del Notariado, 1988, p. 97: “Ante todo, la inoponibilidad respecto al titular inscrito de los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, no inscritos anteriormente, más que una sanción a la no inscripción es una protección y premio a la buena fe del tercero, ya que, si se prueba su mala fe, es decir, que conocía, al hacer su inscripción, la existencia de aquellos títulos o derechos, la inoponibilidad de los mismos no se produce.

71. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El documento notarial y la seguridad jurídica”, en *La seguridad jurídica y el notariado*, Madrid, 1986.

72. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 58].

73. ALTERINI, Jorge H., ob. cit. [cfr. nota 57].

2.1.3. *Los medios de conocimiento y la publicidad de las mutaciones jurídico inmobiliarias*

Se afirma que una de las razones para el establecimiento de un régimen publicitario en materia de derechos reales reside en su carácter absoluto. El respeto por parte del sujeto pasivo, conformado por todos los integrantes de la sociedad, impone el conocimiento por parte de éstos de la relación jurídica, en tanto, como afirma Vélez Sársfield en la nota al artículo 577: “no se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce”.

Sin embargo, la correspondencia entre el carácter absoluto y la necesidad de publicar el derecho real no es tal. La publicidad registral y posesoria, caracterizada en el PCU como publicidad suficiente, no es requerida como presupuesto de oponibilidad de los derechos reales frente a los terceros en general, sino únicamente en relación a aquellos que posean un interés legítimo y sean de buena fe, quienes, de lo contrario, podrían desconocer –les sería inoponible– la transmisión o constitución del derecho.

El artículo 1893 PCU establece que

La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso [...] No pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real.

Se advierte en la redacción del artículo que la publicidad tiene sustento en diferentes medios de conocimiento, donde lo relevante en definitiva es el conocimiento efectivo o, cuando menos, la posibilidad de conocer. Este es el principio general que inspira las normas en la materia en el PCU.⁷⁴

La buena fe del tercero y del adquirente no son viables ante el conocimiento de la realidad registral o extrarregistral, pero tampoco cuando no se ha llegado a conocer efectivamente o debido a no haberse aplicado la debida diligencia para poder hacerlo. Por otra parte, el conocimiento de la situación jurídica real por el tercero interesado hace que ella le sea oponible aunque se haya omitido la pertinente publicidad, sea registral, sea posesoria. Así las cosas, la publicidad posesoria o de los estados de hecho se complementa con la publicidad registral de los títulos y con la cartular, que deriva del conocimiento de la existencia de éstos últimos, sea por

74. El conocimiento o el deber de conocimiento acarrear la mala fe del tercero, frase que tiene su fuente en el artículo 974 del Código Civil de Suiza de 1907 (ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2006-E, p. 1126.) El último párrafo del art. 1893 PCU establece que no pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, repitiendo en este sentido lo prescripto por el art. 20 Ley 17.801 y los arts. 3135 y 3136 CCIV.

la exhibición o compulsión de los mismos o por la intervención en el acto (art. 1893 PCU).

Pese a las críticas enunciadas por cierto sector minoritario de la doctrina, es hoy indudable la función publicitaria que cumplen las relaciones de hecho –o relaciones de poder en términos del PCU–, que implican el ejercicio del derecho en que se fundan mediante la realización de actos materiales. Éstos cumplen una importante función publicitaria, en cuanto exteriorizan –hacen visible o pública– la relación fáctica o de poder entre el titular y la cosa. Pero, dada su equivocidad, la relación fáctica nada nos dice respecto de la relación de derecho que por la misma se ejerce, debiendo recurrirse al siguiente razonamiento: en tanto las relaciones de poder se presumen relaciones posesorias –salvo prueba en contrario (arts. 2384 CCIV y 1912 PCU)– y son aquellas en las que una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real –derecho de propiedad en los términos del artículo 2351 del Código Civil–, lo sea o no (art. 1910 PCU), quien se encuentre con un ocupante de la cosa deberá indagar sobre la relación de derecho que le asiste si pretende desconocer su derecho presumido real.

Asimismo, la instrumentación, como hemos visto, además de su función probatoria y sustantiva, cumple una importantísima función publicitaria, que descarta la buena fe de determinados terceros. Es conveniente recordar aquí, en atención a los documentos notariales, que el protocolo constituye un registro público y que la publicidad derivada de éste constituye sustento suficiente para descartar la buena fe de quienes conozcan efectivamente el acto, sea porque se pudo probar la exhibición del mismo al tercero, sea porque el tercero ha participado del otorgamiento del mismo o de quienes no hayan sido suficientemente diligentes cuando tenían la posibilidad de conocer.

En nuestra opinión, el documento público es fuente de oponibilidad del acto, lo que se prueba teniendo en cuenta que aun los documentos no registrados, cuando sean conocidos por los terceros, son oponibles a ellos. El documento produce efectos con relación a los terceros, contra cualquier tercero, incluidos los totalmente extraños (*penitus extranei*), sin otro requisito que la exhibición de su título.⁷⁵

De la presentación del título se sigue el conocimiento del tercero y, en tanto no concurra a favor de éste una causal legalmente tasada de inoponibilidad, el documento, el acto y el derecho (sea real o personal, en su caso) son oponibles a estos.

Explica Rodríguez Adrados⁷⁶, a quien venimos siguiendo en este tema:

La oponibilidad a los terceros del instrumento público está basada en su autenticidad, en su certeza, y exige, claro es, darlo a conocer a los terceros; es el llamado principio

75. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El principio de eficacia formal (II)”, en *El Notario del Siglo XXI*, n° 48, 2013.

76. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 58].

de presentación (*praesentationsurkunde, vorlegunsprincip*) que, como dice Núñez Lagos, “tiene una doble vertiente”; “en su lado positivo, el hecho narrado se impone *erga omnes*: nadie puede alegar ignorancia de la existencia de un título desde que le hubiere sido exhibido, ni de lo en él narrado, por el notario o funcionario público competente”; y “en su lado negativo, por el contrario, se puede desconocer todo acto o contrato mientras no se le presente el título público que lo contenga”; ya había escrito Zacarías “el que alega, ya contra la persona con la que ha tratado, ya contra un tercero, una convención o un pago constatado por un acto auténtico, está dispensado de toda otra prueba”, y “el juez no puede, con la alegación del documento, rehusar de tener por comprobado el pago o la convención”. “*Praxis edendi, sive Tractatus de univēsa instrumentorum editione*”, se titula la gran obra de nuestro Gabriel de Pareja, que, de entrada, nos aclara: “*de editione, seu exhibitione instrumentorum*”.

Esta afirmación se conjuga con el deber impuesto por el artículo 23 de la *Ley Registral*, que le impone al escribano autorizante de mutaciones jurídicas sobre inmuebles el deber de “tener a la vista el título inscrito en el Registro”; y, en materia de ejecución de cosas, se requerirá en el proceso judicial que se presente el éste o que se expida segunda o ulterior copia.

Además, el estudio de los títulos antecedentes, mencionado sólo al pasar por el artículo 1138 del PCU, resulta de vital importancia para sustentar la buena fe diligente del tercero adquirente. De ahí que el artículo 1902 establezca expresamente la necesidad del examen previo de “la documentación y constancias registrales” para sustentar la buena fe en la prescripción breve. Así, la publicidad derivada del título descarta tanto la buena fe diligente del adquirente como la del tercero en supuestos tales como: cuando se hayan efectuado actos complementarios o modificatorios del título al derecho del transmitente que no hayan tenido reflejo en sede registral (p. ej. notas marginales); cuando se tome nota de la revocación de la representación voluntaria; cuando el título contenga cláusulas que puedan acarrear la ineficacia sobreviniente del acto (p. ej., los supuestos de dominio revocable) o existan causales de invalidez en la cadena de titulación, en tanto la publicidad registral no convalida los vicios del acto (art. 4 *Ley 17.801*), etc.

No obstante, el instrumento como presupuesto de oponibilidad no agota su importancia en los supuestos relacionados, sirviendo también a tal fin cuando, conjugado con la publicidad registral, el título se convierte –en términos de Martínez Sanchiz– en título inscrito.⁷⁷ El autor, criticando la doctrina registralista que postula la llamada registración conformadora (La Rica, García García), explica que los efectos protectores del registro provienen de una realidad compleja y unitaria: el título inscrito. Entre la inscripción y el título, o, más exactamente, entre la escritura y su asiento, no sólo hay relación de continuidad sino en el fondo de las cosas una razón de identidad.

77. Al respecto puede verse el desarrollo de la doctrina española en las palabras de MARTÍNEZ SANCHIZ, José Á., “Sobre el título inscrito”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Madrid, nº 33, 2000, p. 137 (*Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, 2002, t. 243, p. 91).

La instrumentación auténtica y la registración en el sistema argentino forman dos eslabones que, juntos, atienden a la oponibilidad del negocio instrumentado. En tanto nuestro sistema registral es de extracto o simples notas que conforman el asiento registral, el asiento registral no es más que una mención acerca de la existencia de un instrumento y, por lo tanto, una remisión al tercero al contenido negocial del mismo.⁷⁸

2.2. *Sujetos pasivos. La noción de tercero*

2.2.1. *Los terceros*

La voz *tercero* es utilizada en derecho de forma imprecisa para hacer referencia a toda persona ajena a un acto jurídico, una relación jurídica, un derecho, etc. La terminología proviene del derecho romano, donde la obligación se creaba y producía sus efectos entre *primus* y *secundus*; *tertius* (tercero) era persona extraña a la obligación, con la cual no se podía beneficiar ni perjudicar. Así, los terceros, o sea, los que no han intervenido en la celebración de un acto jurídico no pueden adquirir derechos ni contraer obligaciones derivados de éste, salvo en los casos previstos por la ley.

En el ámbito de los contratos, sólo es tercero quien no es parte de los mismos. Según el artículo 1023 del PCU, se considera parte del contrato a quien: a) lo otorga a nombre propio, aunque lo haga en interés ajeno; b) es representado por un otorgante que actúa en su nombre e interés; c) manifiesta la voluntad contractual, aunque ésta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación.

Por su parte, el artículo 1024 PCU extiende los efectos del contrato, activa y pasivamente, a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que de él nacen sean inherentes a la persona o que la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación o esté prohibida por una cláusula del contrato o la ley.

La doctrina distingue a aquellos terceros que poseen un interés legítimo de aquellos que no lo tienen. A los primeros se los llamará terceros interesados, entre los que se encuentran los sucesores a título singular y los acreedores; y a los otros, por oposición, desinteresados o *poenitus extranei*. Los primeros tienen algún vínculo jurídico con las partes del negocio o el titular de la relación o situación jurídica, en tanto que los últimos no tienen ninguno.

A esta clasificación se le suma otra, cuyo criterio se basa en la buena o mala fe del tercero interesado.

78. Íbid. El autor afirma que “la inscripción comporta, pura y simplemente, un traslado en relación; no es, por tanto independiente del título”.

2.2.2. *La buena fe*

La concepción de la buena fe, como principio general del derecho, pasaría a tener recepción normativa expresa como tal en el artículo 9 del PCU. Ésta, según los fundamentos del mismo, es incorporada en sus dos vertientes: la buena fe-lealtad u objetiva y la buena fe-creencia o subjetiva. Este principio se presenta como índice o estándar de valoración de la conducta del individuo en una situación jurídica dada, valoración de la cual el ordenamiento jurídico extrae consecuencias jurídicas determinadas en cada caso.

2.3. *Prelación, privilegios y preferencias en razón del tiempo*

El Codificador, en la nota al Título IV del Código, refiere a otro aspecto esencial, íntimamente relacionado con la oponibilidad, la preferencia:

Cuando muchas personas han adquirido en diversas épocas sobre el mismo objeto mismo derecho real, el derecho anterior es preferido al derecho posterior, mas el derecho personal anterior no es preferido al derecho personal posterior.

A las relaciones jurídico-reales, en tanto cumplen una función normativa destinada a regular la atribución de los bienes económicos, les es inherente la determinación de criterios de orden o preferencia –*ius preferendi*– cuya finalidad es la exclusión de todo otro derecho real, personal, posterior e incompatible (arts. 1882, 1886 PCU⁷⁹). Según este principio, un derecho real constituido puede hacerse valer contra o tiene prevalencia sobre otros derechos reales o personales que se pretendan establecer con posterioridad⁸⁰, conforme las pautas del adagio latino “*qui prior est tempore potior est iure*” (“quien es primero en el tiempo lo es también en el derecho”) o “*sicut prior es tempore, ita potior es iure*” (“conforme eres anterior en el tiempo, así eres preferido en el derecho”).

Este rango o posición natural se ve alterada por la incidencia de los sistemas publicitarios –posesorio y registral–, que confieren una asignación de prelación basada en el momento en que el derecho se hace oponible a ciertos y determinados terceros –interesados y de buena fe–, a los que el ordenamiento jurídico les da la posibilidad de neutralizar los efectos del acto con relación a ellos. Así, el artículo 1886 del PCU establece que

El derecho real atribuye a su titular la facultad [...] de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.

79. Art. 1882 PCU: “Concepto. El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código”.

80. HIGHTON, Elena, “Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales” (on line); (publicado también en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, n° 2012-2, pp.576-630).

La redacción del artículo marca como punto de inflexión el momento en que el derecho real se hace oponible y no el de su constitución. Con relación a la sociedad en su conjunto, la constitución del derecho basta para su oponibilidad *erga omnes*.⁸¹ En cambio, en relación con terceros interesados y de buena fe, sólo será oponible a partir de su publicidad suficiente.

Los derechos personales atienden la necesidad del legislador de regular las relaciones de intercambio de los bienes económicos.⁸² En las relaciones personales la posición jurídica de los acreedores respecto de los bienes del deudor se encuentra *ab initio* indeterminada. Todos están inicialmente en el mismo plano de exigibilidad. El patrimonio como prenda común de los acreedores responde por todas las obligaciones del deudor (art. 743 PCU). Pero ello no implica que los acreedores tengan derecho a intervenir directamente en los actos de sus deudores; pueden accionar únicamente cuando de dichos actos resulte un perjuicio para ellos: acción subrogatoria, acción de simulación, acción revocatoria, acciones de separación de patrimonio.

Cuando se trata de definir la posición o rango en la que se encuentra determinado acreedor cuya obligación se tornó exigible en relación con otro que se encuentra en iguales circunstancias, resultará necesario establecer reglas de preferencia para el cobro de sus acreencias, ya sea en especie o con el producido de los mismos en una ejecución individual o colectiva.

La ejecución del deudor consiste en el ejercicio de los poderes del acreedor para obtener forzosamente el objeto debido o la indemnización. Ésta puede ser singular o colectiva. En las primeras, por principio, el primer embargante tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas con preferencia a otros acreedores, y la prioridad entre ellos se determina por la fecha de la traba de la medida (art. 744 PCU). En la ejecución colectiva, en cambio, las reglas de la ejecución singular serán dejadas de lado y entran en funcionamiento los privilegios regulados por el *Código Civil* y la *Ley Concursal*.

Resta entonces distinguir los privilegios que se fundan en la naturaleza misma del derecho de las preferencias de tipo temporal que corresponden a los derechos reales y a ciertos derechos personales.

Moisset de Espanés⁸³ afirma que las preferencias son el género, y los privilegios, solamente la especie. Los créditos privilegiados gozan de una protección legal

81. Como explica Gatti, la publicidad no se requiere a los efectos de la protección de los derechos frente a los terceros en general, es decir, frente a los integrantes de la comunidad que constituyen el llamado sujeto pasivo general. El deber, por parte de los integrantes de la sociedad, de respetar los derechos reales forma parte de la necesidad en que todos se encuentran de respetar el derecho de propiedad del que forman parte todos los derechos patrimoniales, así reales como personales. Como propiedad, como derecho de propiedad, los derechos reales, del mismo modo que los personales, deben ser respetados por todo el mundo, tanto por los particulares, como por el Estado, sin que interese quiénes sean sus titulares. (GATTI, Edmundo, ob. cit. [cfr. nota 27], p. 346).

82. DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], t. I, pp. 73 y ss

83. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Reflexiones sobre las tercerías de mejor derecho", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1986-II, p. 161.

que es independiente del momento en que el crédito nace, y atiende a otras causas que el legislador ha contemplado para favorecerlos, permitiéndoles cobrar aun antes que otros créditos que ya existían cuando se originó la obligación privilegiada (p. ej., los créditos de alimentos, para evitar que el deudor caiga en la inanición; los gastos funerarios, para permitir que el deudor o sus familiares reciban las honras fúnebres indispensables)⁸⁴.

En cambio, como vimos, en los derechos reales la preferencia es de tipo temporal –por regla general–: primero en el tiempo, mejor en el derecho. Sin embargo, este principio no se agota en esta clase de derechos, hay otros acreedores que detentan únicamente derechos personales, que gozan también de prioridad, sin haber adquirido el dominio (u otro derecho real) de la cosa, lo que puede obligarlos a interponer una tercería de mejor derecho.

Si bien la mayor parte de los autores nacionales y de los Códigos procesales vigentes en el país parecen reducir las tercerías de mejor derecho a las hipótesis en que no se pretende la propiedad del bien embargado sino un derecho preferente para cobrarse de los fondos resultantes del embargo, por la existencia de algún privilegio, es innegable que existen supuestos en los que el tercerista pretende defender créditos que no son dinerarios y que no gozan de un privilegio sino de una preferencia de otra naturaleza, como los mencionados en los artículos 593 a 596 del [Código Civil](#) y 756 del [PCU](#) en materia de obligaciones de dar cosas ciertas para transmitir o constituir derechos reales –sobre lo que volveremos–.

3. Visión geométrica del conflicto en materia inmobiliaria

A la luz de cuanto dijimos hasta aquí, la oponibilidad se muestra como un medio técnico, como una construcción teórica empleada por el derecho en la resolución de conflictos intersubjetivos que permite la clasificación de los intereses opuestos en aquellos que merecen protección y aquellos que no la merecen.

Los conflictos entre terceros interesados en el ámbito inmobiliario se pueden sistematizar a partir de la posición en que se encuentran unos respecto de los otros, utilizando terminología geométrica.⁸⁵

3.1. Terceros angulares

Hay dos líneas de filiación, que parten del mismo origen: A transmite a B y A transmite a C. Dos adquirentes sucesivos de derechos reales o personales que provienen

84. *Ibid.*

85. Esta forma particular de sistematizar los conflictos pertenece a López de Zavalía (ver ob. cit. en nota 25, pp. 160 y ss). Seguiremos al autor en la estructura, mas incluiremos otros posibles supuestos que engloban la publicidad de manera general, no sólo la registral.

del mismo transmitente son terceros el uno respecto del otro en los actos y en las relaciones jurídicas engendradas.

El artículo 756 del PCU establece que

Si varios acreedores reclaman la misma cosa inmueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho: a) el que tiene emplazamiento registral y tradición; b) el que ha recibido la tradición; c) el que tiene emplazamiento registral precedente; d) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior.

En todos los casos se otorga preferencia al acreedor a título oneroso frente al acreedor a título gratuito, haciendo lo propio con quien tenga buena fe frente a quien no la tiene. La buena fe implica aquí desconocimiento por cualquier medio de la obligación precedente. Así, si la cosa se encuentra en poder de un tercero, el adquirente de derechos reales que se ejercen por la posesión no podrá esgrimir su buena fe con relación a éste, pues para alegarla resulta necesaria la constatación del estado de ocupación del inmueble. Se llega a la solución inversa cuando media mala fe en el tercero, pues tanto el título como la tradición posterior resultan inoponibles al acreedor precedente de buena fe.

En este sentido, el artículo 2256 PCU establece con relación a la acción reivindicatoria que

... si los derechos del actor y el demandado emanan de un antecesor común, se presume propietario quien primero es puesto en posesión de la cosa, **ignorando la obligación anterior**, independientemente de la fecha del título.

Interpretado *a contrario sensu*: si el acreedor que ha recibido la cosa no ignora la obligación precedente, la ley se inclina por proteger al primero, otorgándole una facultad análoga a la acción pauliana donde la imposibilidad de una nueva tradición hace las veces de insolvencia.⁸⁶

3.2. Terceros lineales

Hay una sola línea de filiación: A enajena a B y B enajena a C. Se trata de la oponibilidad de los derechos del subadquirente (C) frente al transmitente primigenio (A) en virtud de un acto inválido, supuestos contemplados por el artículo 1051 del Código Civil y 392 del PCU.

De acuerdo con el adagio romano “*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*”, nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que posee (art. 3270 CCIV y 392 y 1894 PCU). Pero ocurre que la aplicación a ultranza de este principio conduciría a privar al tercero que haya obrado de buena fe, por un

86. Id., p. 139.

error invencible –*error communis facit ius*–, de un derecho adquirido sobre la base de un título que en apariencia sea válido, lo que resultaría no sólo injusto sino perjudicial para el tráfico.

El PCU reitera en su artículo 392 las líneas del artículo 1051 del Código Civil vigente. Para su aplicación, se necesita: a) un titular de dominio enajenante; b) un adquirente del dominio o de un derecho desmembrado o que constituya limitación del mismo; c) un subadquirente, es decir, un adquirente de este adquirente; d) que el acto de adquisición entre el primero y el segundo, es decir, entre el enajenante y el adquirente sea inválido; e) que el tercero subadquirente sea de buena fe y a título oneroso.

Esta última transmisión es la protegida por el artículo y sólo lo estará en la medida en que la transmisión inválida no haya sido a *non domino*, en tanto para el *verus domino* el acto es inoponible.⁸⁷

3.3. Terceros paralelos

Tienen líneas de filiación distintas, sin origen en común: A enajena a B la cosa de C. En la transmisión a *non domino* el *verus domino* es tercero en relación con el acto entre transmitente y adquirente. Así, al verdadero dueño el acto le es inoponible.

En el PCU, la prescripción adquisitiva de derechos reales sobre inmuebles se produce con justo título y buena fe por la posesión durante diez años (art. 1898). La sentencia declarativa tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión, sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe.

Alterini afirma –compartimos su criterio– que

... desde el punto de vista estrictamente publicitario, el inmueble es adquirido por el usucapiente y con plena oponibilidad, incluso a los terceros interesados de buena fe, desde que se opera la usucapición, pues es suficiente a esos efectos que la posesión sea *ostensible*. No digo que la posesión debe ser pública, para que no se crea que se exige tan sólo que ella sea conocida o pueda ser conocida por el propietario contra quien se usucape (ver art. 2479 cc y su nota). No se trata únicamente de eludir el vicio de la clandestinidad posesoria, sino que el carácter de ostensible impone que la posesión sea conocida o pueda ser conocida por todos los terceros, o sea también por los terceros interesados de buena fe.

87. Véase en este sentido: CNCiv, Sala F, 27/8/1979, “Sigfrido, SA en: ‘Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros c/ Lozada, Mario’” y su comentario (HIGHTON, Elena, “Solución a algunos problemas que plantea el artículo 1051 del Código Civil”, en *La Ley*, t. 1980-D, p. 290); MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. [cfr. nota 26], t. 3, p. 208; TRIGO REPRESAS, Félix, *Nulidad y reivindicación de adquirentes*, La Plata, Lex, 1978, pp. 69 y ss.

3.4. *Terceros verticales*

Las relaciones entre el adquirente y los acreedores del transmitente: A enajena a B y C, acreedor de A, acciona contra B. Volveremos sobre este punto al tratar la oponibilidad de las medidas cautelares frente a la publicidad registral y posesoria.

4. La oponibilidad aplicada a supuestos particulares

4.1. *Relaciones entre derechos reales. La publicidad posesoria y registral*

Conjugando lo reseñado en relación al principio de *ius preferendi* con la equiparación de la publicidad posesoria a la registral establecida por el artículo 1893 del PCU, resulta claro que el PCU adopta la postura mayoritaria: en caso de conflicto entre la publicidad registral y la posesoria, vencerá la primera en el tiempo, siempre que fuera de buena fe.⁸⁸

Vinculando lo dicho hasta aquí, las relaciones de conflicto entre titulares de derechos reales se resuelven: a) respecto de terceros desinteresados, por la sola concurrencia de sus requisitos constitutivos; b) cuando el tercero sea interesado y de mala fe –quien participó del acto o conoció o debió conocer (p. ej., estudio de títulos)–, el derecho no ampara su actuación y, por lo tanto, prevalece la oponibilidad del acto o del derecho frente al tercero que pretende su inoponibilidad; c) cuando el tercero posea un interés legítimo y sea de buena fe, por la preferencia derivada de la prelación en el tiempo –*ius preferendi*– de su publicidad suficiente, lo que es aplicable aun en el caso del acreedor hipotecario inscripto y otros titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión. Sólo para éstos últimos la publicidad suficiente –posesoria o registral– implica una carga para el adquirente, ya que ellos pueden desvirtuar la presunción de conocimiento que se deriva de ella. Sólo a ellos les es permitido desconocer el acto, pues les es inoponible.

4.2. *Oponibilidad de los boletos frente a otras situaciones jurídicas*

Sin entrar en las enjundiosas discusiones doctrinarias sobre la naturaleza jurídica del boleto y más allá de que el artículo 1170 del PCU parece inclinarse por la postura del contrato de compraventa –hace referencia al “inmueble vendido” y llama “comprador de buena fe” al adquirente por boleto–, ninguna de las doctrinas imperantes discu-

88. Ver VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981). Esta corriente doctrinaria se divide entre para quienes la buena fe subjetiva del tercero requiere que haya conocido ni podido conocer la realidad extraregistrarial, para lo cual es necesario el estudio de los títulos antecedentes, de los asientos registrales vigentes y del estado posesorio del inmueble. Para la otra, sólo se exigiría el conocimiento de la realidad posesoria a los terceros que esgriman derechos que puedan exteriorizarse por la posesión.

tirían sobre el carácter personal de los derechos del titular por boleto y de su carácter previo o preliminar, aun entendiéndolo como el contrato de compraventa firme y definitivo, dada su falta de virtualidad como título transmisivo del derecho real por carecer de la forma requerida a tal fin (art. 1184 CCIV y art. 1017 PCU). De ahí que la doctrina se empeñe, con miras a la protección de los derechos del adquirente, en dotarlo de oponibilidad frente a otros acreedores del deudor y, por lo tanto, de cierta preferencia en el cobro, que como mero acreedor quirografario no tendría.

4.2.1. *La situación de los acreedores embargantes frente al boleto de compraventa*

El artículo 1170 del PCU, referido al boleto de compraventa, establece que el derecho del comprador de buena fe tiene preferencia para el cobro sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.

El artículo amplía la protección del adquirente por boleto al permitir su oponibilidad no sólo en el concurso o la quiebra (art. 1185 bis CCIV y art. 1171 PCU) sino también en la ejecución individual, llenando un vacío legal que ha dividido a la doctrina y jurisprudencia durante años.⁸⁹ En apoyo a esta postura, se afirma que el embargante no tiene causa valedera para oponerse a la tercería opuesta por el adquirente por boleto, pues éste podría ejercer los derechos del enajenante por la vía del artículo 1196 del Código Civil y ofrecer a embargo otros bienes de su deudor para sustituirlo, sin que a ello pudiera oponerse el acreedor embargante. Por otra parte, el artículo 1185 bis del Código Civil fue sancionado como respuesta al fallo plenario “Lozzi c/ Socha”, al que se le criticó que, al impedir la escrituración, se dejaba sin protección alguna al poseedor por boleto que había pagado su precio, el que, por sí mismo, bastaba para lograr una condena a escriturar contra el enajenante.

Un análisis somero del artículo 1170 del PCU nos lleva a las siguientes reflexiones:

- a) En primer lugar, es indiferente para descartar la buena fe del adquirente por boleto que éste conozca la existencia de acreedores del titular de dominio de la cosa. Mientras el acto no caiga bajo la órbita de la acción pauliana, para los acreedores que no posean derechos reales o personales que se dirijan a la cosa

89. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 44], p. 210. MARIANI DE VIDAL, Marina M. en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 5-A, p. 176. SC Buenos Aires, 24/6/1986, en *La Ley*, t. 1986-E, p. 426; CNCiv., Sala L, 7/5/2004, en *La Ley*, 18/8/2004, p. 16; CNCiv., Sala K, 22/10/2001, en *La Ley*, t. 2002-B, p. 607; CNCiv., Sala B, 22/2/1999; CNCom., Sala B, 24/4/1989; CNCom., Sala A, 6/6/2006; CNCom., Sala C, 25/9/2001; CNCom., Sala C, 20/10/2005, en *La Ley*, t. 2005-F, p. 646, entre otros.

sino al patrimonio en su conjunto,⁹⁰ el adquirente será de buena fe. Por otra parte, entendemos que ésta solo puede ser juzgada por el juez, de modo tal que la posibilidad de escriturar libre de gravámenes cuando se haga en base a un boleto de compraventa inscripto, si concurre con acreedores embargantes, no implica que el adquirente no deba entablar la tercería de mejor derecho en el proceso en que se haya dictado la medida, debiendo acreditar los demás requisitos que impone el artículo. Por lo tanto, en las escrituras otorgadas en virtud de éstos deberá hacerse constar el reconocimiento de la existencia de la medida por parte del adquirente, sujeta a decisión judicial, salvo en los supuestos en los que leyes nacionales establecen lo contrario. En consecuencia, la inscripción de boletos no sería un avance en cuanto a la celeridad en la contratación.

- b) La **publicidad registral** a la que refiere la última parte del artículo no se encuentra regulada en ninguno de los artículos del PCU. En la medida en que el artículo 1893 rige únicamente en materia de derechos reales, de los vocablos *adquisición* o *transmisión* se colige no sólo el título sino también la tradición. Así, nos remitimos a lo reseñado en materia de oponibilidad de los derechos personales y de los actos jurídicos.

Coincidimos con la postura doctrinaria que extiende la función publicitaria de la posesión en materia inmobiliaria para sustentar el derecho personal del boleto de compraventa y del titular por escritura no inscripta, lo que encuentra asidero en los supuestos contemplados por los artículos 593 a 596, 3269, 2791 y concordantes del [Código Civil](#) y 756, 2253, 1893 y concordantes del [PCU](#). Así, en el supuesto analizado, sólo cuando el adquirente haya obtenido la posesión de la cosa con anterioridad a la traba de la medida cautelar éste será el oponible a la segunda, en tanto en el caso inverso el adquirente será de mala fe. Esto es así porque, siendo el comprador por boleto un poseedor legítimo, los acreedores carecen de acción para privarlo de ella.⁹¹

El comprador por boleto sólo puede exteriorizar su derecho por la publicidad posesoria, porque la ley no lo dota de otro medio publicitario. Entendemos que la publicidad registral a la que se refiere el artículo, en una interpretación armónica del PCU con la [Ley 17.801 de Registro Inmobiliario](#), atiende únicamente a los supuestos que se encuentran hoy regulados en leyes especiales (p. ej., leyes [14.005](#) y [19.724](#) [derogada por el PCU]) y no a cualquier clase de boletos de compraventa.

No existe norma constitucionalmente válida⁹² que imponga la registración de los boletos de compraventa, salvo los supuestos excepcionales antes relacionados, quedando únicamente como publicidad suficiente la derivada de la posesión del bien

90. Cuando mediara conocimiento de la obligación precedente de dar la misma cosa prometida, la rigen las reglas del art. 756 [PCU](#).

91. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 44], p. 210.

92. La doctrina mayoritaria entiende que la inscripción de instrumentos privados del art. 2 [Ley 17.801](#) sólo puede ser establecida por ley nacional en tanto la oponibilidad sólo pueden ser materia de regulación por la ley de fondo. Las normas de inferior jerarquía o disposiciones internas de los registros que establezcan lo contrario afectan gra-

y la cartular. Ello así porque, en primer lugar, la inscripción registral de las mutaciones jurídico-reales inmobiliarias tiende a la registración de los títulos portantes del negocio causal de ellas, esto es, el último eslabón en la cadena contractual encaminada a la transmisión del derecho real inmobiliario.

El boleto de compraventa, se entienda como contrato o como preliminar, implica un paso previo y, por lo tanto, pasible de modificación hasta el otorgamiento de la escritura pública, lo que redundaría en incertidumbre en cuanto a la titularidad del inmueble. Si entendemos que la finalidad última de la Ley de Registro no es ni más ni menos que sustentar la seguridad jurídica en el tráfico, la inscripción del boleto de compraventa pierde todo sentido.

Recordemos, como lo hacía García Coni⁹³, que la sanción de leyes como la 14.005 conspiró contra la correcta titulación y contribuyó a crear la delicada situación que se ha intentado subsanar a través de la [Ley de Regularización Dominial](#). Afirma el jurista que cuanto antes se produzca la conversión de los derechos personales en reales, será mejor para la seguridad jurídica, y eso se consigue con la escritura pública y el registro inscriptor declarativo.

Por otra parte, la registración de boletos de compraventa no otorga oponibilidad a terceros sino únicamente una publicidad-noticia⁹⁴ del mismo, no obstante lo previsto en las legislaciones locales. Por lo tanto –reiteramos–, la función publicitaria de la posesión es suficiente a los fines de la protección de los intereses del inmueble por parte del comprador por boleto de compraventa, a los que atiende el artículo 1170 del PCU.

Además, en la mayoría de los casos, los boletos de compraventa se celebran por instrumento privado y su registración es de carácter excepcional. Basta recordar la elocuente exposición de motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861 –fuente de nuestra [Ley 17.801](#)–:

Solo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía desde luego; los títulos privados no se admitían en los registros. Cambiar ese punto, y por regla general no existente, empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial; no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje duda de su legitimidad. Por eso, la Comisión, siguiendo en parte lo propuesto en el Proyecto del Código Civil, propone que sólo puedan ser inscriptos los títulos consigna-

vemente el principio federativo y la división de poderes por lo que deben ser decretadas inconstitucionales en vía judicial.

93. GARCÍA CONI, Raúl R., “Afinamiento poblacional. A propósito de la regularización de la falta de titulación que padecen muchos ocupantes de sus viviendas”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 838, julio-septiembre 1994, pp. 473-475.

94. Para Villaro, es posible anotar documentos distintos a los relacionados en el art. 2 LR emanados de leyes locales; los mismos deberían tener un régimen diferenciado, en tanto “el registro que crea la Ley 17.801 es típicamente para las registraciones que determina el artículo 2505 y no para otras”. (VILLARO, Felipe P., *Elementos de derecho registral inmobiliario*, La Plata, Scotti, 2003).

dos en escritura pública, en ejecutorias o en documentos auténticos expedidos en forma legal por el Gobierno o por sus agentes.

El artículo 319 PCU establece que el valor probatorio del instrumento privado

...debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

Y a partir de esta y otras afirmaciones que hemos vertido en su lugar, no nos cabe duda de que la inscripción de boletos otorgados en esta clase de instrumentos, aun cuando sus firmas hayan sido certificadas, es perjudicial para el tráfico jurídico.

Por último, es de destacar que las conclusiones a las que fuera presentada la presente ponencia que hoy publicamos coincidieron en gran parte con las líneas sustentadas en este trabajo. De esta manera, se concluyó, por amplia mayoría, entre otras cosas, que la registración de los boletos de compraventa, como afirmábamos, es inconstitucional fuera de los supuestos legalmente establecidos por ley, que no otorga oponibilidad a terceros ni prioridad y que no hace presumir la buena fe del adquirente.

4.2.2. *Relaciones entre derechos personales y derechos reales*

Adviértase que el Capítulo 8, en el que se integra el artículo 1170 –analizado con anterioridad–, no regula las relaciones del boleto con acreedores que no hayan trabado medidas cautelares. Parecería entonces que sólo se ha querido dejar a salvo los derechos de los compradores por boleto únicamente frente a quienes sí lo hayan hecho, excluyendo implícitamente otros casos tales como: a) que otro sujeto haya adquirido el dominio; b) que otro sujeto haya recibido un derecho real de disfrute de la cosa ajena (usufructo, uso, habitación, servidumbre); c) que otro sujeto tenga otro boleto de compraventa y también pretenda escriturar; d) que otro sujeto haya adquirido emplazamiento registral como acreedor hipotecario. En cada caso los conflictos se resuelven por reglas particulares aplicables a ellos.

Un elemento de convicción para solucionar el vacío es aportado por la interpretación *a contrario sensu* de la última parte del artículo 1886. Así, si el derecho real atribuye a su titular la facultad de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente, cuando el derecho personal la haya obtenido con anterioridad, la facultad referida cede frente este último y, como en el caso del boleto de compraventa –como afirmamos–, el único medio publicitario es la posesión; huelga decir que tendrá entonces preeminencia cuando la haya obtenido. Por otra parte, son de aplicación al caso los criterios de re-

solución de conflictos entre acreedores de obligaciones de dar cosa cierta, dentro de los que incluimos al adquirente por boleto (arts. 756 y cc. PCU).

Más difícil es desentrañar una solución clara en relación con el acreedor hipotecario. Existen al respecto dos posturas divergentes. Por una parte, Alterini entiende que la buena fe del acreedor hipotecario requiere la previa constatación del estado posesorio del inmueble, en tanto la posición de quienes hacen prevalecer al acreedor hipotecario frente al poseedor incurren en: i) una contradicción, en cuanto sí admiten la precedencia del locatario de fecha cierta anterior a la constitución de la hipoteca; ii) una interpretación disvaliosa, pues se desprotege al adquirente con boleto que exterioriza su derecho de la única manera que el ordenamiento le autoriza.

En contra, numerosos fallos y calificada doctrina, sin desconocer el carácter publicitario de la posesión, dan prioridad al acreedor hipotecario, entendiendo que aquella no es suficiente para excluir su buena fe, dado que no existe norma específica que establezca para estos casos el deber de constatar el estado físico del inmueble para fundar su pretensión. No constando el conocimiento del estado posesorio anterior por parte del acreedor hipotecario, debe triunfar éste como titular de un derecho real con preferencia que no necesita para su adquisición la tradición. Por otra parte, el PCU omite la regulación expresa de este supuesto como sí lo hiciera el Proyecto de 1998, que en su artículo 1843 establecía que

En la colisión entre la oponibilidad otorgada por la publicidad registral y por la posesoria, prevalece la primera en el tiempo si ha sido obtenida de buena fe. Sin embargo, la publicidad posesoria [...] no es oponible a los titulares cuyo derecho real u otra situación jurídica registrada no se ejerza por la posesión.

Desde nuestra óptica, la protección del boleto frente al acreedor hipotecario, pese a que creemos necesaria regulación expresa, se sustenta en un principio superior, el de protección de la vivienda. La protección del crédito debe ceder cuando el adquirente por boleto haya asentado allí su vivienda, pues, siendo éste de buena fe, nada nos lleva a concluir que frente a quien realiza un negocio y no ha tomado el recaudo de asegurarse de que el inmueble no está ocupado por un tercero deba primar el derecho del segundo frente al primero. De ahí que creamos posible extender, por analogía, la situación del acreedor embargante al acreedor hipotecario, pues en definitiva las normas que regulan la prioridad de los derechos reales frente a los personales, como hemos visto, dan suficiente sustento para que sean aplicadas aun al segundo.

5. Conclusión

El trabajo que propiciamos no deja de ser preliminar en muchos sentidos. Por una parte, porque estamos convencidos de que el estudio de esta figura dista mucho de ser el deseado. Por la otra, porque su empleo tiene tantas implicancias que podría

ser estudiada una cantidad inmensa de institutos no sólo del derecho patrimonial, teniendo a ésta como eje.

Creemos haber brindado algunos lineamientos básicos necesarios para el estudio del fenómeno de la oponibilidad y un pantallazo somero de su aplicación en la resolución de conflictos en el ámbito inmobiliario.

Hemos intentado reducir la anfibología propia del concepto a partir de dar cuenta de su sentido técnico, en el que se muestra como una cualidad establecida por el ordenamiento jurídico a un elemento del mismo, dando lugar a una idea de orden de los intereses entre personas determinadas. Así, si bien ésta se rige con principios que le son propios y se manifiesta en medidas que el ordenamiento toma como recaudos para lograrla, su determinación debe ser evaluada en cada caso a la luz de todos ellos en su conjunto.

Usufructo de acciones y cuotas societarias

Pilar M. Rodríguez Acquarone

Sumario: 1. Contrato de sociedad entre cónyuges.. Cesión de cuotas o acciones como contrato entre cónyuges. 2. Usufructo de cuotas y acciones. Generalidades. 3. Donación de acciones/cuotas y reserva de usufructo para el cónyuge no titular de un bien ganancial. Análisis de una práctica usual. 4. La doctrina del caso “Macchi”.

1. Contrato de sociedad entre cónyuges.

Cesión de cuotas o acciones como contrato entre cónyuges

Ya por el año 1951 y con anterioridad a la sanción de la Ley 19.550 (1972), la doctrina debatía acerca de la posibilidad de la celebración del contrato de sociedad entre cónyuges.

Malagarriga¹ ha dicho:

Problema más arduo es el de la sociedad entre cónyuges, pese a que tampoco ha ofrecido dudas a civilistas tan eminentes como Salvat. Estas sociedades son perfectamente válidas en tanto que ellas no se realicen con el propósito de violar disposiciones fundamentales del régimen de la sociedad conyugal. Podría invocarse en contra –reconoce– las reglas consagradas por los artículos 1217, 1218 y 1219 del Código Civil, pero debe observarse que del texto de las últimas resulta que lo único prohibido son los contratos de “matrimonio”. Cabría igualmente decirse que, del mismo modo que está prohibida la compraventa entre esposos (art. 1358 C. Civil) o la donación (art. 1810 C.Civil), debe considerarse implícitamente prohibida la sociedad, pero si en cuanto a la compraventa y la donación la prohibición se explica porque esos contratos podían constituir un medio fácil de modificar la situación económica de los esposos, con perjuicio y en fraude de terceros, la sociedad más bien podría ser causa de agravación de la responsabilidad de aquellos frente a estos últimos, de manera que faltaría toda base para entender y generalizar las prohibiciones expresadas, fuera –concluye– de que la Ley 11.357 no hace distinción alguna entre asociaciones o sociedades, ni tampoco entre sociedades con terceros o entre esposos...

1. MALAGARRIGA, Carlos C., *Tratado elemental de derecho comercial*, Buenos Aires, TEA, 1951, “Primera parte”, pp. 220 y ss. Ver SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Buenos Aires, TEA, 1957 (2ª ed., actualizada por Arturo Acuña Anzorena), t. II, pp. 385 y ss.

Más recientemente, Garo² se pronunció en forma rotunda a favor de la validez de la sociedad entre esposos, por considerar que es la solución que “se ajusta mejor a los propósitos liberales y racionales que inspiraron la sanción de la [Ley 11.357](#)”. No obstante, también reputa obvio que si esa sociedad se constituyese para violar la ley, ella sería ineficaz, nula, como cualquier otra que así lo hiciese. Ya no juega ningún papel singular esta especial vinculación entre esposos. Se trata de una nulidad genérica, o sea, impuesta por la ley, cualesquiera fuesen sus agentes.

La sanción de la [Ley 19.550](#) en 1972 despejó toda duda respecto de la validez del contrato de sociedad de responsabilidad limitada constituida entre cónyuges, pero no ha dicho nada sobre la negociación de acciones o cuotas entre ellos estando vigente la sociedad conyugal. La redacción del artículo 27 ha sido deficiente en este sentido, al dejar dudas sobre la aplicabilidad o no de los artículos 1358, 1435 y 1441 del [Código Civil](#).

Al respecto, Nissen³ ha opinado que

Las prohibiciones previstas por los arts. 1358 y 1441 del Código Civil se fundan en razones de orden público y tienen una doble finalidad cautelar. Por una parte, se pretende, a través de esas normas, impedir las donaciones disfrazadas y la posible sustracción de los bienes al poder de agresión de los acreedores, máxime cuando en el régimen actual se consagra un sistema de administración separada que conduce a una responsabilidad también separada por parte de ambos cónyuges. Por otro lado, se intenta, por encima de todo, la necesidad de preservar el matrimonio de conflictos de intereses entre los cónyuges.

En tal sentido, el juez Olcese⁴ dijo:

El Sr. juez de primera instancia ha denegado la inscripción de ese acto en el Registro Público de Comercio, fundando prolijamente su sentencia después de analizar las dos teorías que han elaborado la doctrina y la jurisprudencia, optando por aquella que se

2. GARO, Francisco J., t. I, v. 1, pp. 202 y ss. Ver DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe, *Las sociedades comerciales en la Argentina*; el autor cita en el sentido de la validez de la sociedad entre cónyuges a: ALLENDE IRIARTE, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1945, t. I, p. 93; CARDONE, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 514, p. 464; PITHOD, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1943, t. III, p. 49; STRATTA, Osvaldo J., “Capacidad de la mujer casada para formar parte de sociedades comerciales sin autorización marital”, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santa Fe, Universidad del Litoral, 1946, n° 47; YORIO, Aquiles, *Tratado de la capacidad jurídica de la mujer*, Buenos Aires, 1943; HALPERIN, Isaac, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, Depalma, p. 26. En contra: LAFAILLE, Héctor, *Contratos*, t. II, p. 352.

3. Ver NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Astrea, 2010 (3ª ed., actualizada y ampliada), t. 2, pp. 334. El autor cita a: LLAMBÍAS, Jorge J. y otros, *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, Buenos Aires, t. II-A, p. 421; CNCiv., Sala A, 31/5/1967, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 28, p. 167; CNCom., en pleno, 19/8/1975, “Banco Provincia de Buenos Aires c/ Sztabinski, Simón”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 63, p. 496.

4. Voto en minoría del juez Juan María Olcese en Cám.C.C. y Familia Villa María, 26/3/2009, “Sidercom SRL” (publicado en *La Ley Cuyo*, agosto 2009, p. 700).

fundamenta en las disposiciones de los arts. 1441, 1358 del CC. Entiendo empero que, pese a los loables esfuerzos que ha hecho el Sr. juez, la resolución tiene que ser revocada.

2. Es cierto que el art. 1441 CC dispone que “no puede haber cesión de derechos entre aquellas personas que no pueden celebrar entre sí el contrato de compra y venta” y que, a su turno, el art. 1358 anatematiza el contrato de compraventa celebrada entre marido y mujer “aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos”. Sin embargo, regla tan tajante fue dejada de lado por el art. 27 de la L. Soc. en cuanto a los contratos constitutivos de sociedad de responsabilidad limitada y por acciones. El tema de las cesiones de cuotas de ese tipo de sociedades ha quedado como un *tertium genus*, que ha dado lugar a la discusión que he apuntado.

El tema de las sociedades entre cónyuges no es novedoso, ya era motivo de discusión cuando regía el texto original del CC y la Ley de Derechos Civiles de la Mujer 11.357, al punto que en el viejo pero siempre útil *Tratado de derecho civil* del Dr. Raymundo Salvat, cuando lo abordó, comenzó señalando que es “un punto que ha dado lugar a las más graves controversias” (*Fuente de las obligaciones. Contratos*, 2ª ed., actualizada por Arturo Acuña Anzorena, Ed. TEA, 1952, t. II, § 1300, p. 384) y el autor, después de señalar las discusiones habidas en el derecho francés, daba la suya: “En nuestra opinión, en tanto que ellas no se realicen con el propósito de violar disposiciones fundamentales del régimen de la sociedad conyugal que el CC consagra, las sociedades entre esposos son perfectamente válidas”, y, líneas más abajo, tomando el argumento de quienes se oponen, para lo que invocan las prohibiciones de contratar (art. 1358) o el de donar (art. 1810, inc. 1). En materia comercial, también para esas épocas, se pueden consultar las diferentes opiniones en la obra de Carlos C. Malagarriga *Tratado elemental de derecho comercial*, Ed. TEA, 1951, t. 1, p. 220. Desde la sanción de la Ley de Sociedades, el asunto quedó aclarado, a lo menos en cuanto a las SRL y a las SA, ya que el art. 27 autoriza a los esposos para celebrar entre sí este contrato.

3. Queda empero el tema ahora en discusión: esos esposos que han contratado en la forma que la ley les ha autorizado, ¿pueden cederse recíprocamente parte de sus intereses sociales? Como he dicho más arriba, la sentencia de primera instancia ha explicado suficientemente la tesis negativa, admitida generalmente en la jurisprudencia, no así en la doctrina, pues –dice el magistrado– no “por el hecho de permitir [la LSC] la constitución de sociedades entre cónyuges haya derogado las prohibiciones del CC que tienden a evitar fraude en perjuicio de la sociedad y violar la regulación legal de la sociedad conyugal” (fs. 24v), ya que “no es lo mismo integrar una SRL que transferir sus cuotas” (fs. 25), pues “no existe razón alguna que autorice a suponer que la LSC, por el hecho de permitir la constitución de sociedad, derogó implícitamente claras prohibiciones del CC [...] que tienden a evitar el fraude a terceros y violar la regulación legal de la sociedad conyugal” (fs. 25), y sigue opinando que “el art. 27, al disponer sobre la forma en que debe liquidarse la situación creada en otros tipos de sociedades cuando un cónyuge adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro y señalar que uno de los procedimientos es el de que cualquiera de los esposos ceda su parte, indica ‘a otro socio o a un tercero’, excluyéndose así al cónyuge” (fs. 25). Como se ve, el basamento fundacional reposa sobre todo en el orden público, tanto para preservar el sistema patrimonial del matrimonio así como para tutelar a terceros, pero me parece que, a la luz de la situación social y jurídica de los días en que vivimos, eso no es suficiente.

Sin embargo, por el voto de dos de los jueces contra uno, ha prevalecido la tesis de la prohibición de la cesión de cuotas entre cónyuges estando vigente la sociedad conyugal.

Por su parte, el juez Butty⁵ opinó:

No siendo la cesión de cuotas de SRL entre cónyuges sino una especie del género de la contratación de sociedad de tal tipo entre ellos, y en orden a la prevalencia en el caso de la regla del artículo 27 de la Ley 19.550 sobre el derecho común, el acto aparece legítimo, a lo que no se oponen las razones que hipotéticamente podrían esgrimirse sobre la claridad del régimen de la sociedad conyugal frente a terceros, de por sí perjudicadas –en todo caso– por la norma general del artículo 27 citado.

1.1. *En relación a la modificación de la Ley de Sociedades y al Código unificado recientemente sancionado*

El texto del artículo 27 de la Ley 19.550 utiliza la palabra *integrar*: “los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada”. Está claro para la doctrina y jurisprudencia mayoritarias que pueden constituir dichas sociedades o devenir socios por alguna circunstancia posterior a la constitución de la sociedad.

En el **Código Unificado** recientemente sancionado se modifica la Ley de Sociedades, lo que obra en sus anexos. La modificación mantiene incólume este artículo en cuanto a la palabra *integrar*, pero agrega una novedad interesante con respecto al tipo de sociedad, ya que les permite a los cónyuges integrar cualquier tipo social, incluidas las sociedades reguladas en la Sección IV (las antes denominadas irregulares o de hecho)⁶.

Lo que no queda claro es si entre ellos pueden celebrar contratos vinculados con su calidad de socios, los llamados contratos para societarios o extrasocietarios. La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia se ha enrolado en la asimilación de los contratos prohibidos entre cónyuges: artículos 1218, 1219, 1358, 1807 y 2831 del **Código Civil**, en especial a la donación, y a la compraventa.

En el **Código Unificado** esta asimilación quedará sin efecto, ya que el artículo 1002 inciso d) de este cuerpo legal reza: “No pueden contratar en interés propio: [...] d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí”. Es decir, la prohibición, vigente el régimen de comunidad entre cónyuges, se torna genérica, ya no de ciertos contratos en particular sino de la posibilidad de contratar.

Nos resulta sumamente interesante advertir cómo las normas, los intereses de distintos agentes y de distintos regímenes entrarán en franca colisión con esta nueva

5. En Juzg. Nac. 1ª Inst. en lo Comercial de Registro, 5/2/1981, “Savaghe SRL”, sentencia firme.

6. “Sociedad entre cónyuges. Artículo 27. Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV”.

redacción de la Ley de Sociedades, en juego con el artículo 1002 inciso d) del Código Unificado. Me refiero a los distintos acreedores sociales, individuales de los cónyuges, quienes podrán atacar el patrimonio social y luego el de cada uno de los cónyuges en los tipos sociales en los que la responsabilidad es ilimitada. También advertimos la posibilidad de que los cónyuges cambien de régimen patrimonial-matrimonial y, con ello, sorteen la prohibición que trae el 1002 inciso d del Código. En rigor, los acreedores de uno y otro cónyuge podrán atacar el patrimonio de cada uno hasta que la limitación de la responsabilidad societaria ponga el límite, en el caso de que elijan un tipo de responsabilidad limitada.

2. Usufructo de cuotas y acciones. Generalidades

La posibilidad de desmembrar el derecho real de dominio, otorgando el usufructo a una persona distinta del titular de la nuda propiedad de las cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada o de acciones de una sociedad anónima, es una herramienta que brinda la [Ley 19.550 \(LSC\)](#) para distribuir el peso del poder que el conjunto de derechos y deberes que representa la acción compone. La figura es muy dúctil y se puede adaptar a las circunstancias que plantea cada negocio en particular.

Es posible utilizar la figura del desmembramiento de los derechos de propiedad a los efectos de garantizar obligaciones pendientes durante un lapso cierto a convenir. También pueden pactarse distintas modalidades respecto del ejercicio de los derechos patrimoniales y políticos, ya que la [LSC](#) no restringe los pactos, sino que los permite expresamente (art. 218).

Es indudable que el derecho al cobro de los dividendos está en directa relación con las decisiones que se tomen en materia de política empresarial, y el modo de convenir el ejercicio de los derechos puede desnaturalizar o no la sustancia del *status socii*.

En cuanto a la definición legal, el artículo 218 de la [LSC](#) no define el usufructo societario sino que lo regula, por lo que nos debemos remitir a la definición contenida en el artículo 2807 del [Código Civil](#): “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia”.

En el caso del usufructo de cuotas sociales y de acciones de sociedades anónimas, hay que adaptar la normativa del usufructo desarrollado en el Código Civil a las especiales características que reviste el objeto sobre el cual recae.⁷ Por lo tanto, el análisis debe consistir en cómo se concreta el *ius utendi* y el *ius fruendi* en materia societaria y cuál es la sustancia que no se puede alterar.

7. En España ocurre la misma remisión legal, ya que el art. 57 del [texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -TRSLA-](#) (modificado en el año 2010 pero en lo relativo a la adaptación a la normativa comunitaria y no afecta estas normas) declara que en la constitución de derechos reales limitados sobre acciones se procederá en conformidad a las reglas del derecho común. “Por lo tanto, el usufructo (art. 468, C. Civ.) se constituirá por ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad y por prescripción” (PELAYO MUÑOZ, Tomás, *Las acciones. Derechos del accionista, representación, transmisión, derechos reales, negocios sobre las propias acciones*, Valencia, CISS, 1999).

Tanto la cuota social en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada (SRL) como las acciones en las sociedades anónimas (SA) representan una proporción en el capital social y el status de socio.⁸ Este último carácter es el que debe tenerse en cuenta en el desmembramiento de los derechos del socio y en la regulación que organice ese desmembramiento, regulación o pactos que son expresamente autorizados por el artículo 218 de la LSC, pero que no deben desnaturalizar su sustancia.

El estado de socio implica un complejo de derechos y obligaciones, que indica una posición que tiene el sujeto con relación a la persona jurídica sociedad. Esta posición, que es absolutamente dinámica y cambiante, es lo que diferencia esta regulación del desmembramiento de los derechos de propiedad respecto de una cosa, que determina una relación estática. El desmembramiento de los derechos tiene que contemplar la dinámica del universo de la actividad empresarial para que asegure la disociación de los derechos pero, al mismo tiempo, permita el desenvolvimiento de la actividad empresarial.

A los efectos de revisar el contenido de los pactos autorizados por el artículo 218 de la LSC, se estudiará el conjunto de derechos y deberes desde el punto de vista de los derechos patrimoniales y políticos o cuasipolíticos,⁹ aun cuando no desconocemos la incidencia de estos últimos sobre los efectos patrimoniales.

2.1. *Derechos patrimoniales. Derecho a cobrar dividendos*

Este es el derecho que comprende al usufructo, sin el cual carecería de objeto; es decir, es esencial. El artículo 218 de la LSC establece expresamente que el usufructuario tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo.¹⁰ Cabe preguntarse si las ganancias obtenidas durante el usufructo son las obtenidas por la sociedad o por el socio.

El artículo 218 claramente establece que el dividendo sobre el que se puede pactar es el dividendo que la sociedad efectivamente paga al socio. El mismo artículo dispone al respecto que “el dividendo se percibirá por el tenedor del título en el momento del pago” y que “si hubiere distintos usufructuarios, se distribuirá a prorrata de la duración de sus derechos”.

8. Cfr. BRUNETTI, Antonio, *Tratado del derecho de las sociedades*, Buenos Aires, Uteha, 1960, t. II.

9. Ver SASOT, Miguel P. y SASOT BETES, Miguel Á., *Sociedades anónimas. Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables*, Buenos Aires, Ábaco, 1985, pp. 149 y ss. Si bien se ocupan separadamente de los derechos patrimoniales y políticos, también resaltan la visión del conjunto.

10. En España, el art. 67 del TRLSA declara: “el usufructuario, tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo”. “La sociedad deberá pagar los dividendos acordados al usufructuario que tenga legitimada y reconocida su situación frente a la sociedad en el momento en que estos sean acordados en la junta general de socios. Ello supone que el usufructuario, desde su legitimación como tal frente a la sociedad, resultará acreedor frente a la misma por el concepto beneficios, sin perjuicio de que las partes internamente hayan acordado un régimen distinto respecto de la distribución de beneficios, que en nada afectará a la sociedad” (PELAYO MUÑOZ, Tomás, ob. cit. [cfr. nota 7], p. 140).

Por lo expresado, nuestra interpretación de la LSC en lo que a este tema respecta es que, al abonarse, el dividendo será percibido por el que tiene en ese momento ese derecho, pero será deudor de aquellos que no le pertenezcan, por haber tenido otros usufructuarios que concurren en ese ejercicio social.

La cuestión radica en analizar si se pueden incluir en las estipulaciones pactos respecto de la percepción de los dividendos. Entendemos que sí y que ello puede ser un contenido del pacto que produzca el desmembramiento, en especial cuando éste se produce como forma de garantizar una situación determinada.

2.1.1. *Derecho a cobrar dividendo proveniente de capitalización de utilidades*

El artículo 218 de la LSC reglamenta esta situación y establece que el usufructo también comprende las ganancias correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización, de modo tal que, automáticamente, en el aumento de capital con acciones emitidas e integradas por capitalización de dividendos quedan desmembrados los derechos sobre las acciones. Si las circunstancias del negocio no resultan convenientes, podrá y deberá pactarse lo contrario.

2.1.2. *Utilidades pasadas a reservas o capitalizadas*

El artículo 218 de la LSC también establece que no incluye las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas. De esta manera, resuelve una cuestión que había sido objeto de discusión con anterioridad a su sanción. El texto del artículo en análisis resulta una norma supletoria adecuada, sin perjuicio de que las partes puedan pactar lo contrario en caso de que la circunstancia lo requiera.

2.1.3. *Cuota a la liquidación*

El derecho a la cuota de liquidación es inherente a la calidad de socio y así lo expresa el párrafo 3º del artículo 218 LSC, previendo también que se puede pactar lo contrario.¹¹ No obstante permitirlo expresamente, hay que analizar el tema desde la óptica de la desnaturalización del carácter de socio en el caso de otorgarle al usufructuario el derecho a la cuota de liquidación, de modo que el pacto podría interpretarse junto con otras cláusulas, desnaturalizando el derecho del nudo propietario, a quien no le quedaría ninguna sustancia de sus derechos.¹²

11. En España la norma del art. 67.1 del TRLSA establece que “el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario”. “Por tanto, ante una concreta falta de previsión estatutaria, la cuota de liquidación corresponderá al nudo propietario, pudiendo el usufructuario exigir a éste una parte de la cuota de la misma y extendiéndose el usufructo al resto de tal cuota, tal y como establece el artículo 68.2 del TRLSA, siempre y cuando no se dispusiese otra cosa en el título de constitución (art. 67.2, TRLSA)” (PELAYO MUÑOZ, Tomás, ob. cit. [cfr. nota 7], p. 141).

12. NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada. Ley 19.550 con las modificaciones efectuadas por las leyes 22.686, 22.903, 22.985, 23.576 y 23.697*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, t. 3,

2.2. *Derechos políticos o cuasipolíticos*

Como se dijo al comienzo, no hay derechos que se puedan desprender de lo estrictamente patrimonial, de modo que los derechos políticos más importantes en las sociedades por acciones –como el de voto– están directamente relacionados con los dividendos y con la adquisición, transferencia o pérdida de los derechos económicos. Por ello, además de interpretar la norma en este aspecto, veremos cuáles son los pactos más convenientes, como asimismo la discusión que la doctrina ha desarrollado sobre el tema, también relacionada con la desnaturalización del desmembramiento.¹³

2.2.1. *Derecho de asistencia y voto en las reuniones de socios*

En virtud de que la LSC en su artículo 218 dice que “los derechos inherentes a la calidad de socio le corresponden al nudo propietario”, pero al mismo tiempo le permite realizar pactos, la doctrina se cuestiona entonces si es posible que el nudo propietario le otorgue al usufructuario todos los derechos de voto sin desnaturalizar su calidad de socio. Aztiria¹⁴ sostiene que el voto le corresponde al titular del derecho cartular, o sea, del *status socii* incorporado al título acción, siendo consustancial con la calidad de accionista. Asimismo, Nissen¹⁵ sostiene que no es posible la cesión del ejercicio del derecho de voto al usufructuario, porque estos derechos han sido declarados intransferibles por el legislador y, además, porque no se entiende cuál sería el rol que le corresponde al nudo propietario de las cuotas o acciones cuando se ha desprendido de todos los derechos políticos y patrimoniales que confiere esa participación societaria. Este es el criterio actual de la Inspección General de Justicia, aplicado en el artículo 128 de su *Resolución General 7/2005*: “No se inscribirá la constitución del usufructo de cuotas que comprenda la transmisión de derechos de voto al usufructuario”.

p. 263: “cuando la ley se refiere al pacto en contrario que autoriza el art. 218, párr. 3º, se refiere exclusivamente a la cesión a favor del usufructuario de los resultados de la liquidación, lo cual es congruente con la naturaleza de los derechos que pueden ser cedidos al usufructuario”. Nissen se refiere a que lo que desnaturaliza la figura del usufructo es el otorgamiento de los derechos políticos al usufructuario. Parece coherente con el sistema de la ley que, como parte de los derechos de naturaleza económica, se le otorguen al usufructuario los derechos al reembolso del capital social y a la cuota liquidatoria.

13. En el derecho español, la ley 19 de 1989 introduce innovaciones en el régimen jurídico del usufructo sobre las acciones, otorgándole, los derechos de la calidad del socio al nudo propietario, como en nuestro art. 218. La doctrina admite expresamente la inclusión dentro de los pactos permitidos no sólo del derecho a votar sino de los derechos conexos a este derecho, tal como el derecho a la información, de impugnación de asambleas, de receso, etc. Ver BROSETA PONT, Manuel, *Manual de derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1994 (10ª ed.), p. 277.

14. AZTIRIA, Enrique, *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 74.

15. NISSEN, Ricardo A., “El art. 218 de la Ley 19.550 y los derechos políticos del usufructuario de acciones”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h.) y Sandler, Max M. (dirs.), *Negocios sobre partes, cuotas, acciones y otros títulos societarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, p. 205.

2.2.2. *La íntima relación entre los derechos patrimoniales y políticos*

Lo que resulta indudable es que el derecho al cobro de los dividendos está en directa relación con las decisiones que en materia de política empresarial se quieran dar a la empresa, hasta un punto que se hacen inescindibles. También hay que tener en cuenta que el pacto puede involucrar situaciones parciales; por ejemplo, ejercer por un tiempo el derecho de voto o que el usufructuario lo tenga en asambleas extraordinarias y no en las ordinarias.¹⁶

2.2.3. *Derecho de información*

Tanto el titular de la nuda propiedad como el usufructuario deben tener este derecho y es conveniente que así se exprese, ya que hace a la transparencia del negocio y al principio de buena fe que debe regir la contratación. El usufructuario debe estar legitimado para ejercer el derecho de información, con las limitaciones legales existentes en cuanto a la proporción de acciones que usufructúa.¹⁷

2.2.4. *La jurisprudencia no es unánime respecto de los derechos de impugnación de asambleas, transferibilidad de las acciones y de receso*

Para no correr riesgos, la doctrina y la práctica societaria han implementado el poder especial irrevocable¹⁸, de dudosa validez. De todas formas, también puede preverse estatutariamente que esta facultad de cesión de los derechos sociales esté permitida, temporalmente, ya que en forma indefinida o irrevocable sería desnaturalizar la sustancia del derecho del socio.

2.2.5. *Derecho a la suscripción preferente en los aumentos del capital*

Es importante tener en cuenta qué derecho tiene de suscribir nuevo capital quien sea titular del derecho de voto, ya que la falta de ejercicio de este derecho puede dar lugar a una disminución en la proporción de la participación del capital societario.

16. La versatilidad de la figura puede estudiarse especialmente en el derecho español. Ver PELAYO MUÑOZ, Tomás, ob. cit. [cfr. nota 7], p. 138; y BROSETA PONT, Manuel, ob. cit. [cfr. nota 13], p. 277.

17. Ver MATTÁ Y TREJO, Guillermo E., "Apuntes para una revisión del régimen de prenda de acciones de sociedades anónimas", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1983-A, p. 718 y 724.

18. La doctrina está dividida en cuanto a si es válido o no el poder especial irrevocable. HALPERIN, Isaac, *Sociedades anónimas*, p. 579; RIPERT, Georges, *Derecho comercial*, t. II, p. 357 y NISSEN, Ricardo A., ob. cit. [cfr. nota 3], p. 360 (comentario al art. 239) están en contra de la validez de tales poderes.

3. Donación de acciones/cuotas y reserva de usufructo para el cónyuge no titular de un bien ganancial. Análisis de una práctica usual

La donación de acciones y cuotas está incorporada a nuestra cultura como un contrato viable y posible para organizar el patrimonio familiar en vistas a un posible fallecimiento o incapacidad de los titulares del patrimonio, a favor de sus herederos.

El caso que traemos a nuestro análisis es el que se presenta cuando en la donación del bien ganancial de padres a hijos el titular dominial se reserva el usufructo para sí y para su cónyuge (no titular). El contrato en sí no resulta expresamente prohibido por normativa alguna, por ser de naturaleza especial.

Al respecto, se han expresado distintos juristas con opiniones disímiles. En posición favorable a la reserva para el cónyuge no titular, Lamber¹⁹ ha dicho:

Queda claro que se trata de un supuesto de constitución al no titular, porque no hay reserva de lo que no se tiene titularizado a su nombre. Pero que no exista tal titularidad no excluye la expectativa jurídica que por cierto tiene el no titular, en razón de la ganancialidad del bien y del serio daño que le provocará la muerte del titular, con la extinción del usufructo (art. 2920) intransmisible y sin efecto alguno a partir de ese hecho. Si partimos del principio de que rige al matrimonio un régimen de “comunidad de bienes”, con las variantes que pudieran darse entre comunidad universal o restringida, es evidente que todos los bienes, de la masa de uno o del otro, integran esa comunidad y que a la disolución del matrimonio se divide por partes iguales. El cónyuge no titular no es un extraño en esa comunidad sino parte indiscutida de ella. Y no se trata de una mera cuestión económica, sino que su alcance lo supera largamente. Como dice Vidal Taquini: “La sociedad conyugal que comienza con la celebración del matrimonio presupone la vida en comunidad integral de afectos e intereses materiales. De ahí que los bienes gananciales son obra conjunta de ambos cónyuges, aunque no se tiene en cuenta el aporte ni el esfuerzo desplegado por cada uno de los cónyuges”. [...]

¿Dónde está la intención de donar cuando el titular, sabedor del derecho de su cónyuge en la ganancialidad del bien que dona a los hijos comunes, se lo da para evitar que su propia muerte lo despoje, atento a que no haciendo la donación de la nuda propiedad el 50% del bien será del no titular por disolución de la sociedad conyugal, y no en usufructo, sino en propiedad, en comunidad hereditaria con sus hijos? ¿Dónde está la intención de aceptar una donación que la está despojando anticipadamente de un derecho que tiene en mucho mayor extensión que el mero usufructo de una parte? ¿Se cumple el deber asistencial y alimentario despojando al cónyuge no titular del derecho del uso y goce de la cosa, en virtud de un acto ingenuo de su parte que acepta la donación a los hijos sin tener garantía alguna? Todos estos argumentos son los que nos llevaron, desde hace varios años, a defender la validez de la constitución del usufructo al cónyuge no titular como parte de un negocio familiar genuino, donde las partes están acordando lo que el mismo derecho ha alentado y regulado, como es en el caso de la partición-donación de ascendientes (arts. 3514, 3526 y conchs. del Cód. Civil). [...]

19. LAMBER, Rubén A., *Donaciones*, Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 224-225 y 229-230.

Quizás, el mayor descuido del juzgador está en desconocer la admisibilidad del usufructo reversible (al titular y al no titular) en la donación-partición de ascendientes, con importante doctrina que la avala, desde las profundas investigaciones de Guastavino²⁰, hasta la más moderna doctrina de Llambías, que señala claramente que esos pactos no afectan la prohibición del art. 1218 del Cód. Civil ni representan un acto disolutorio de la sociedad conyugal al margen del régimen específico²¹, pasando por la doctrina y la legislación extranjera, en particular la reforma francesa a su derecho civil en materia de partición por donación de ascendiente, que exige, con independencia de la titularidad del bien, la afectación de usufructo a favor de ambos cónyuges²² [...]

La génesis del usufructo, por lo que se refiere a su momento histórico, va ligada a una finalidad netamente alimenticia, al objeto de proveer a la viuda durante su vida de lo necesario para que continuase viviendo según las condiciones en que había vivido su marido, gozando de sus bienes, sin que por otra parte se le instituya heredera, para así no sustraer los bienes del marido a sus herederos, en particular a sus hijos.

Por su parte, Martínez Calcerrada reafirma esta interpretación histórica, con cita de Pugliese, quien afirma que “la función más antigua y típica del usufructo es precisamente la de proveer a las exigencias o necesidades del cónyuge supérstite, en especial de la mujer, sin sustraer del patrimonio hereditario a los hijos o descendientes”. Esta garantía era prestada a partir de disposiciones testamentarias, pero “si el marido difunto no disponía el usufructo, la mujer podía sucederle en la propiedad de los bienes en cuanto fuese *in manu* –y por ello *loco filiae*– o en cuanto no existieran ni hijos ni otros parientes”²³. Ese usufructo [...] se lo asegura Justiniano a través de las *Novelas* 53,6 y 11, 5; esta última en particular disponía: “si la mujer concurría con hijos propios la correspondencia de la cuarta parte (era) en usufructo mientras la nuda propiedad se reservaba a los hijos y cuando éstos eran más de tres, le correspondía siempre en usufructo una cuota igual a la que perteneciese a cada hijo”. Esto, que a la luz de la historia parece ser un solo un antecedente sucesorio, no es tal, porque, junto con el derecho de ser viudo, “de origen legal, se pueden señalar otras formas de origen convencional o testamentario nacidas a través de la denominada ley de unidad, para la que mediante convenio se establecían los famosos pactos de hermandad de bienes (*de untate viriet uxoris*), a través de los que se mantenía la indivisión de la herencia durante la supervivencia de uno de los cónyuges”.

Según Spota²⁴

La moderna doctrina plantea el interrogante de si la clasificación dual (respecto a la onerosidad o gratuidad) se puede transformar en una división tripartita. Es decir, si al

20. GUASTAVINO, Elías P., *Pactos sobre herencia futura*, Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 339.

21. LLAMBÍAS, Jorge J. y otros, ob. cit. [cfr. nota 3], t. V-B, p. 299.

22. MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, v. IV, p. 245.

23. MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, “Directrices históricas del usufructo mortis causa”, en AA. VV., *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1969, t. VI, pp. 438-439.

24. SPOTA, Alberto G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, 2009 (ed. actualizada y ampliada), t. I, p. 309.

lado de los contratos a título gratuito y de los a título oneroso existe un *tertium genus*. Esto ha sido tratado por diversos autores²⁵, poniéndose de relieve la existencia de contratos que no pueden calificarse ni de onerosos ni de gratuitos –contratos neutros–, o bien de contratos que en ocasiones son onerosos y en otros casos gratuitos –contratos incoloros o indiferentes–. Estas últimas calificaciones son aplicables, pues, a aquellos contratos que pueden asumir la fisonomía del contrato gratuito o del oneroso, según el punto de vista en que nos coloquemos.

Zinny²⁶, en contra de la posibilidad de reservar el usufructo para sí y para el cónyuge no titular, ha dicho:

La intención de quien dona la nuda propiedad del inmueble (propio o ganancial a su nombre) pretendiendo que la nuda propiedad se transfiera al hijo y el usufructo quede de por vida a nombre del donante y su cónyuge, con o sin derecho de acrecer, ha venido siendo notarialmente satisfecha por alguno de los siguientes procedimientos. 1) Donan ambos cónyuges la nuda propiedad, codisponiendo de ella, y se reservan ambos el usufructo (con certificado registral de dominio a nombre del cónyuge titular y certificado registral de libre inhibición a nombre del cónyuge no titular). 2) Dona el cónyuge titular, con el “asentimiento” en su caso del no titular, y se reserva el usufructo para ambos (aquí sólo se solicita certificado registral de dominio a nombre del cónyuge titular). Uno y otro procedimiento, sin embargo, deben descartarse. El primero porque la codisposición, inadmisibles en el caso de bien propio, no se compadece tampoco con el régimen de titularidad y disposición que la ley ha previsto para los bienes gananciales adquiridos por uno de los cónyuges (Código Civil arts. 1276 y 1277 y Ley 11.357 arts. 5 y 6). De dicho régimen resulta que el cónyuge no titular del dominio del inmueble, que codispone de la nuda propiedad del mismo y se reserva su usufructo, está disponiendo y haciendo reserva de lo que no le pertenece, y no puede sostenerse que esta disposición y reserva de derechos ajenos se ve tácitamente ratificada por el acto de disposición y reserva del cónyuge titular, por cuanto en tal caso la ratificación pasa a encubrir una transferencia entre cónyuges, transferencia que la ley reprueba, sancionándola con la nulidad tanto si se la concreta a título oneroso (Código Civil arts. 1807-1 y 2837), bien entendiendo que la nulidad en cuestión tan sólo afecta al usufructo del cónyuge no titular del dominio y no la nuda propiedad del donatario, cuyo título sigue siendo perfecto. En lo que al segundo procedimiento respecta, debe también descartarse, por cuanto la reserva del usufructo a favor de ambos cónyuges efectuada por uno de ellos (titular del dominio que dispone de la nuda propiedad) equivale asimismo a que el usufructo se transfiera por uno de los cónyuges al otro (sólo así cabe explicar que el derecho de uno pase a ser compartido por ambos)

25. CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956, p. 187, § 61.

26. ZINNY, Mario A., *Casos notariales*, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 125 y ss.

Pondé²⁷ ha expresado:

La reserva del usufructo queda limitada al cónyuge no titular y no puede extenderse al otro cónyuge, porque el usufructo no puede constituirse para durar después del fallecimiento del usufructuario, ni a favor de otras personas para gozarlo sucesivamente (art. 2825 : “El usufructo no puede ser constituido para durar después de la vida del usufructuario ni a favor de una persona y sus herederos”; art. 2824: “El propietario no podrá constituir el usufructo a favor de muchas personas llamadas a gozarlo sucesivamente las unas después de las otras, aunque estas personas existan al tiempo de la constitución del usufructo”). Indefectiblemente, el usufructo termina con la muerte del usufructuario (art. 2920: “El usufructo se extingue por la muerte del usufructuario de cualquier manera que suceda; y el que es estableciendo a favor de una persona jurídica, por la cesación de la existencia legal de esa persona y por haber durado veinte años”).

Armella²⁸ sostiene al respecto:

Aparece como fundamento principal²⁹ el que sostiene que, cuando el cónyuge dona la nuda propiedad a un tercero y se reserva el usufructo para sí y para el cónyuge no titular (lo que equivale a constituir un usufructo gratuito y actual por el cincuenta por ciento indiviso a favor del otro cónyuge), no están realizando un contrato prohibido entre ambos esposos (art. 1807 inc. 1 CC) sino que se trata de una liberalidad permitida entre ellos, de acuerdo a lo normado en el art. 1791, inc. 8, del Código Civil: “no son donaciones todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente, pero no con el fin de transferir o adquirir el dominio de ellas”.³⁰ [...] Si pretendiéramos sostener que la reserva que realiza un cónyuge a favor del otro no es una donación y, como tal, configuraría una liberalidad permitida entre esposos (art. 1791 inc. 1 CC), creemos que dejaríamos de lado la aplicación de estrictas normas que implican la presencia del orden público que rige a los derechos reales. Si buscáramos elípticamente desplazarnos de este ámbito de los contratos nominados para sostener que el contrato de usufructo es atípico y no puede considerarse ni donación, ni compraventa propiamente dichas, por lo que tampoco se aplicarían sus incapacidades específicas, también estaríamos cayendo en un yerro, ya que no podemos afirmar que hay un contrato de

27. PONDÉ, Eduardo B., “Proyectos de escrituras de donación de nuda propiedad con reserva de usufructo”, en AA. VV., *Seminario sobre técnica notarial. Octubre 1982*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1982, pp. 60-74.

28. ARMELLA, Cristina N., LAMBER, Rubén A. y LLORENS, Luis R., *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*, Buenos Aires, Ediciones Centro Norte, 1991, pp. 63, 67.

29. La autora cita a CAPPARELLI, Julio C., “Donación de nuda propiedad de un bien ganancial a terceros con reserva de usufructo a favor del cónyuge no titular. ¿Un contrato permitido?”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 791, septiembre-octubre 1983, pp. 1347-1355 (citado también por GATTARI, Carlos N., *Práctica notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1988, t. 5, p. 132).

30. En contra, cfr. SPOTA, Alberto G., “De nuevo sobre el artículo 3604 del Código Civil”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 100, p. 387: “Y la donación del usufructo, aunque no signifique la adquisición del dominio –prescindiendo de que se verifique a favor del nudo propietario–, es en nuestro derecho positivo una donación”.

usufructo. Lo que realmente existe es un verdadero contrato de compraventa (cosa por precio, dominio útil por precio) o donación (transmisión gratuita del dominio, del dominio útil), que genera el derecho real de usufructo.

Armella³¹ agrega:

La solución esbozada en consecuencia ante tal problemática es la siguiente: el donante titular exclusivo de la propiedad, con o sin el asentimiento de su consorte según el caso, debe transferir el dominio al donatario o donatarios, y éstos a su vez constituir *per translationem* usufructo a favor de ambos cónyuges, con o sin derecho a acrecer. Esta propuesta, la cual analizamos pormenorizadamente infra, fue criticada por Mario Antonio Zinny³², afirmando que, si bien por este medio se impide al hijo nudo propietario impugnar el usufructo del cónyuge supérstite, anterior no titular del dominio, “permite que lo impugne el nieto”, accionando por colación, simulación, lesión, etc. Para evitar tal efecto, aconseja la práctica de modalizar la donación de la propiedad con la obligación accesoria de que el donatario establezca usufructo a favor de ambos cónyuges, pues “con el cargo, se logra que el hijo no constituya el usufructo porque ‘quiere’ sino porque se lo impone el donante, con lo cual automáticamente quedan excluidas las posibles pretensiones del nieto”.

También en contra de la posibilidad de reservar el usufructo para sí y para el cónyuge no titular de un bien ganancial se ha pronunciado la **jurisprudencia** en un recurso de apelación contra la denegatoria a inscribir un título, deducido por el escribano Rubén Crego contra el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.³³ Sin adentrarnos sobre la facultad calificadora del Registro de la Propiedad Inmueble, se reproduce una parte de lo dicho por el juez Rezzónico para fundar el rechazo del recurso interpuesto por Crego:

Debiéndose presumir conocida la normativa aplicable al caso (art. 20 del Código Civil), más aún ante lo dispuesto por el art. 902 del mismo Código, es oportuno recordar que nuestro Superior Tribunal Provincial ha señalado en forma reiterada que cuando el texto de las notas es claro y expreso debe aplicárselo estrictamente y en el sentido que resulta de sus propios términos [...] Y si la aplicación de la norma lleva a situaciones que pueden llegar a considerarse inequitativas, la modificación debe provenir necesariamente de una reforma legislativa [...] dado que al intérprete de la ley no puede acordársele el poder de variar el contenido del texto legal interpretado al grado de prescindir de él [...] Siendo esto así, ante la denuncia efectuada a fs. 133, segundo párrafo, respecto de la subsistencia del matrimonio de quienes comparecieran a los actos escriturarios hoy

31. ARMELLA, Cristina N., LAMBER, Rubén A. y LLORENS, Luis R., ob. cit. [cfr. nota 28], p. 73.

32. ZINNY, Mario A., ob. cit. [cfr. nota 26], p. 125.

33. Cám. 1ª, Sala Segunda, 26/5/2005, “Crego, Rubén Efraín (h) s/ recurso de apelación art. 85 Ley n° 12.008 (Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires)”. Ver GALIANO, Patricio G., “Constitución de usufructo a favor del cónyuge no titular”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 951, mayo-agosto 2005, pp. 685-692 (opinión favorable al fallo de Cámara rechazando la inscripción registral).

en revisión (escrituras n° 711 y 722), cobran operatividad las prohibiciones estatuidas por los arts. 1218, 1219, 1358, 1807 y 2831 del Código sustantivo. Esta última norma expresamente señala en lo aquí pertinente que, no siendo fungible la cosa fructuaria, no tiene capacidad para constituir usufructo por contrato gratuito quien no la tenga para donar. Y no teniéndola el cónyuge respecto de su consorte en los términos previstos por el art. 1807, inc. 1, de igual ordenamiento, no otra solución que la confirmación de las resoluciones impugnadas debe imponerse. Sólo resta señalar que la interpretación que propone el recurrente a partir de fs. 135 hasta fs. 139 (punto VI) luego de reconocer la efectiva prohibición contractual antes analizada, en cuanto resulta contraria a la norma, no puede ser atendida a tenor de la doctrina legal de nuestro Superior Tribunal Provincial, a la que corresponde dar acatamiento maguer cualquier criterio disidente (art. 279 del CPC). Finalmente, y sin dejar de poner de resalto que la calificación legal de los bienes como propios o gananciales sólo resulta relevante a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal y no durante su vigencia (arts. 1272, 1291, 1315 del CC), tiempo este en el que cada cónyuge resulta titular dominial de los bienes que adquiera (art. 1276 del CC), la constitución de usufructo que se requiere tampoco puede ser considerada como una liberalidad autorizada con el alcance establecido por el art. 1791 del Código Civil. En definitiva, teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, se concluye en el rechazo del recurso intentado.

3.1. *En cuanto al Código Unificado*

En cuanto al **Código Unificado**, el artículo 1002 inciso d) ha establecido que “No pueden contratar en interés propio: [...] d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí”.

Si nos enrolamos en la teoría del contrato como fuente causal del derecho real de usufructo, éste estaría prohibido vigente el régimen de comunidad. Si nos enrolamos en la teoría del contrato neutro –como dice Spota–, también continuamos en el ámbito contractual, con lo cual también estaría prohibido vigente el régimen de comunidad. Si entendemos que es una simple liberalidad permitida por el artículo 1791 inciso 8) del **Código Civil** y la calificamos fuera del ámbito contractual, como simples actos jurídicos unilaterales o renuncia de un derecho a favor de otro, podría entenderse fuera del ámbito del 1002 inciso d) del Código Unificado.

El Código Unificado nos trae la posibilidad de los cónyuges de cambiar de régimen patrimonial-matrimonial. Si optaran por no tener más el régimen de comunidad, podrían perfectamente contratar entre sí, ya que escaparían la prohibición del 1002 inciso d) del Código Unificado.

4. La doctrina del caso “Macchi”

Se transcribe a continuación la parte del fallo³⁴ que resulta relevante a los efectos de este trabajo:

Es claro que la lectura de los arts. 251, 265, 276, 279 y 298 LSC persuade sobre la necesidad primaria de exigir como presupuesto habilitante para el ejercicio de cada acción la condición de socio, por cuanto sólo frente a particulares contingencias se habilita de modo sucedáneo la promoción a directores, síndicos sociales o de la quiebra e incluso terceros. Ahora bien, quien se presenta no es otra que la nuda propietaria del 25% del paquete accionario de Almaco SA, quien lo recibiera por la donación efectuada por sus padres, con reserva de usufructo. Además de haber sido invocado, así consta en los registros sociales (v. fs. 69-70). Pero debe agregarse que en tal acto de disposición, expresamente se convino que el ejercicio de los derechos políticos estaría en cabeza de los donantes-usufructuarios (cuya vigencia se estableció con la muerte del último de éstos). Como se ha visto, la particularidad que denota el caso coloca nuevamente sobre el tapete aquel tema hartamente debatido sobre la posibilidad de que el usufructo de acciones contenga derechos políticos (véase al respecto la medulosa síntesis que remite a la doctrina extranjera formulada en la publicación “Usufructo de acciones de transmisibilidad limitada”, por Bisio G. De La Torre, J., en LL 1995-C-1336; Muñoz-Vanasco, “Usufructo de acciones”, *Impuestos*, 1989-B, p. 1345-53). El interrogante en el *sub examine* consistirá en discernir si la negativa absoluta a permitir al nudo propietario el ejercicio de los derechos políticos comporta –o no– una transgresión al ordenamiento jurídico. La correcta solución del entuerto exige, sin dudas, el análisis del título creador del usufructo, según sea que éste otorgue esos derechos a una parte –usufructuario o nudo propietario– o guarde silencio al respecto. Si el instrumento nada expresa sobre la atribución de los derechos políticos, la doctrina no es pacífica en este punto. Según Sassot Betes-Sassot, las opiniones podrían sintetizarse en cuatro grupos, según que la facultad sea otorgada: (i) **al nudo propietario**, asumiéndose la intransferibilidad de tales derechos no patrimoniales, propios del *status socii*, o anexos a la propiedad, o al derecho de voto –entre muchos, Halperin, Fernández, Garo, R. A. Nissen, J. B. Siburu–; (ii) **al usufructuario**, entendiendo que la votación es un acto de administración y que a través de su ejercicio se obtiene la aprobación del balance y la distribución de las utilidades –Thaller, Ripert, L. Mossa, art. 2352 Código Italiano de 1942, arts. 690 y 692 Código Suizo de las Obligaciones–; (iii) **a ninguno de los dos**, en tanto el desmembramiento de los derechos accionarios importa la suspensión de los derechos políticos que no pueden ser ejercidos –Biermann, citado por Sánchez Torres–; (iv) **a uno u otro según se trate de votar en asambleas ordinarias o extraordinarias**, dando el voto al usufructuario en las ordinarias, por tratarse en ellas esencialmente actos de administración y gestión societaria, y al nudo propietario en las extraordinarias, por ser de su incumbencia los actos no administrativos de

34. CNCom., Sala F, 2/11/2010, “Macchi, Cecilia Laura c/ Merello de Macchi, Ángela Josefina y otros”. [N. del E.: una opinión contraria en un comentario al mismo fallo puede verse [aquí](#) DI CHIAZZA, Iván G., “¿Un socio sin derechos de socio? Usufructo de acciones y planificación sucesoria de la empresa familiar”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 906, octubre-diciembre 2011, pp. 213-227].

la sociedad –Ascarelli, Pic, art. 163 Ley de Sociedades francesa de 1966– (para mayor detalle, cfr. Sassot Betes, M. A. y Sasot, M. P., *Sociedades anónimas. Acciones*, pp. 344-45, Ed. Ábaco, 1985). Ahora, si, por el contrario, en el acto jurídico mediante el cual se constituyó el usufructo se reglamenta la atribución y ejercicio de los derechos no patrimoniales, a criterio de esta sala y a partir del entendimiento que formula del art. 218 LSC, no cabrían mayores vacilaciones. Dice la norma, luego de referirse a la percepción de los dividendos por parte de los usufructuarios, que: “el ejercicio de los demás derechos derivados de la calidad de socio, inclusive la participación en los resultados de la liquidación, corresponde al nudo propietario, salvo pacto en contrario y el usufructo legal”. De manera tal, cabe postular que nuestro derecho positivo otorga preeminencia al “pacto en contrario” en la asignación de los derechos políticos al nudo propietario (conf. Vanasco, Carlos A., *Sociedades comerciales*, t. I “Parte general”, pp. 189-90, Astrea, 2006; Sassot Betes y Sasot, op. cit., p. 346; Gagliardo, M., *Sociedades anónimas*, pp. 163, 171 y ss., Abeledo Perrot, Bs. As., 1998; Verón A. V., *Sociedades comerciales*, t. 3, pp. 594 y 595, Ed. Astrea, año 1986). Por otra parte, la recepción legislativa en distintos ordenamientos foráneos de la interpretación que aquí se formula permite desdibujar los contornos del dogma que otrora postuló a los derechos políticos como intransferibles e inderogables en cabeza del nudo propietario. Tal resquebrajamiento de una de las más sólidas bases tradicionales del derecho de las sociedades anónimas fue asumido por el maestro Anaya, en su ilustrado voto *in re* “Sánchez, C. J. c/ Banco de Avellaneda y otros” (LL 1983-B, 257), al aludir a las acciones de dividendo prioritario sin derecho de voto y al afirmar luego: “la posibilidad de la constitución de usufructo de acciones (art. 218 Ley 19.550) y la validez del pacto por el que se constituye al socio del socio (art. 35, misma ley) son demostrativos de que, para la Ley 19.550, el voto no es un derecho personalísimo sino un poder para la consecución de intereses y resultados patrimoniales, abierto a su libre disposición, en la medida en que no importe otras cosas que una renuncia a su particular interés”. A esta altura de la exposición, podría afirmarse sin hesitación que la inversión del régimen legal autorizado por el propio art. 218 LSC habilita al nudo propietario a conferirle al usufructuario su derecho de voto. Con lo cual, desde tal óptica, no resulta reprochable la convención plasmada en la cláusula 7ª de fs. 20 [...]

6. El conglomerado argumental hasta aquí vertido permite concluir por la confirmatoria del decisorio en torno de la **falta de legitimación de la Sra. Macchi en su condición de accionista –sin ejercicio de los derechos políticos– para instaurar la totalidad de las pretensiones antes referenciadas.**³⁵

El fallo que traemos para comentar es un caso claro en el que el derecho a la nuda propiedad significa en la práctica que la titular de las acciones –nuda propietaria– queda sin garantía alguna en resguardo de la protección de su derecho sustancial, de la imposibilidad del usufructuario de afectar la sustancia a la que nos remite el **Código Civil** en la definición que brinda el artículo 2807: “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su substancia”.

35. Los destacados son nuestros.

Hay construcciones doctrinarias que avalan una u otra posición en torno a la posibilidad de pactos que regulen el usufructo, las que han sido referenciadas anteriormente. En este caso, sin embargo, resulta patente la desprotección jurídica del titular de la nuda propiedad de las acciones dadas en usufructo, pues si el titular de las acciones no tiene legitimación ni siquiera para presentarse a la justicia para impugnar la asamblea y reclamar el ejercicio de sus derechos, entonces ¿qué le queda? ¿No sería nulo el pacto que así lo estableciera, por desvirtuar los derechos conferidos legalmente? ¿Se le puede negar carácter de accionista al nudo propietario? ¿Qué derecho entonces puede defender?

Todos estos interrogantes quedan sin respuesta y la doctrina del caso “Macchi” establece un peligroso precedente que no sólo afecta los derechos del nudo propietario de las acciones dadas en usufructo, con la reserva de la totalidad de los derechos políticos sin ningún tipo de garantía a favor del nudo propietario, sino también a sus acreedores particulares, pues el valor patrimonial de las acciones está a merced de su usufructuario, único legitimado para concurrir a las asambleas de accionistas de la sociedad, según esta doctrina.

Si el pacto establece que el nudo propietario no puede defender su posición accionaria de manera de no alterar la sustancia del bien objeto del usufructo, entonces, es un pacto que contraría su misma naturaleza y, por lo tanto, deviene un pacto ineficaz. Nótese la injusticia del fallo en negarle la calidad de accionista; en el caso concreto, se le niega la legitimación procesal para defender la sustancia del derecho del nudo propietario.

Concluyo citando a los maestros Halperin y Otaegui:

Respecto del derecho de voto –y en general, de todos los derechos que no tienen contenido patrimonial– corresponden al nudo propietario (art. 218, 3): son derechos sociales inherentes a la calidad de socio, cuyo ejercicio es intransferible y puede afectar las bases de la sociedad...

El nudo propietario es socio por definición y, justamente, lo que promueve el artículo 218 LSC es que no se altere la sustancia del derecho de propiedad –en el sentido amplio de la palabra– consagrado en nuestra Constitución Nacional. Sostener que puede ceder todo evidentemente altera la sustancia del derecho que tiene.³⁶

36. Art. 2807 CCIV: “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia”.

Donación por sociedad anónima. Capacidad. Acto extraño al objeto

Dictamen elaborado por el escribano DIEGO M. MARTÍ y aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 13/6/2014.

1. Doctrina

- *La capacidad genérica de la sociedad es independiente del objeto concreto para el que se haya constituido, que no impone un límite a su actuación, sino que sólo hace al régimen de imputación interno. La decisión válidamente adoptada por el órgano de gobierno respecto de la aprobación de un acto notoriamente extraño al objeto social resulta suficiente para considerarlo válido, eficaz y oponible a la sociedad.*

2. Antecedentes

Viene en consulta la escribana C. (en escrito posterior –al responder a lo solicitado en cuanto a la presentación de la documentación que hace a los antecedentes del caso en consulta y a la emisión de opinión fundada, a mérito de lo establecido por el reglamento de consultas– la hace suya el escribano F., alegando que la consultante original la formuló a su pedido y en virtud de una ausencia transitoria del mismo) con relación a la bondad de un título que verifica entre sus antecedentes una **donación efectuada por una sociedad anónima**.

La donación se refiere a un inmueble ubicado en la Ciudad de Buenos Aires, data del 8 de mayo de 1990 (escritura 143) y fue formalizada por “[...] Sociedad Anónima, Apícola, Ganadera”, en favor de I. E. S. de R.

Se informa en la consulta que la reunión de la asamblea que decidió el otorgamiento del acto (de la que no se acompaña copia) **no tuvo carácter unánime**, aunque sí quorum estatutario suficiente (suponemos que también se ha cumplido con el régimen de mayorías), que la posesión ha sido pacífica y que no obra constancia alguna en la matrícula (se acompaña copia de la misma –técnica de folio real, matrícula abierta con la donación de marras–, con último asiento practicado en 2009) de anotación de medida que pueda hacer suponer pretensión alguna de terceros.

Se adjunta asimismo copia del testimonio judicial y su ampliatorio, mediante los que se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble el testamento dejado por la aludida donataria, legando en favor de su hija, E. I. R., el inmueble de marras (el tes-

timonio es parcial; el legado está contenido en una disposición que lleva el número ocho).

De la lectura de la documental surge que la legataria, hija de la donataria, fue quien representó a la sociedad donante, como presidente de la misma. Nada se dice en la consulta respecto de si la donataria era socia o directora de la sociedad.

Manifiesta la escribana C. que “no escapa a la suscripta que, respecto del pasado, la situación del actual propietario es inatacable”, y consulta “¿pero qué sucede con el título de un nuevo adquirente? ¿Está su adquisición protegida por el artículo 1051 del Código Civil? ¿Es su título perfecto?”.

Por su parte, al emitir opinión, el escribano F. expresa que “no existe en la legislación positiva prohibición alguna a las sociedades de efectuar donaciones, y la fulminación de tales actos proviene de la elaboración doctrinaria” (citando en tal sentido a la escribana Carmen S. E. Magri, en reunión del Ateneo Notarial del 28 de septiembre de 1992), pero agrega que dicha postura no resulta unánime, ya que hay quienes sostienen “la plena libertad de la sociedad, con la debida actuación de sus órganos de deliberación y administración, para efectuar actos notoriamente extraños a su objeto social” (y cita como partícipes de esta corriente a Otaegui, Suárez Anzorena, Manóvil, Favier Dubois y Benseñor).

Se posiciona (hipotéticamente, a efectos de ir al extremo en su análisis) en la primer postura (contraria a la validez del acto), lo que acarrearía, fundándose en la falta de capacidad de la sociedad, una nulidad absoluta (cita a Oscar D. Cesaretti), postura que se vería morigerada, dado que, en sus palabras, “la jurisprudencia sobre la nulidad surgida de tal incapacidad es totalmente contradictoria acerca (de) si se trata de una nulidad absoluta o relativa” (cita aquí a Borda), basándose luego en que “el principio de que en la duda debe estarse por la tipificación de menor gravedad es de rigor”.

Retoma luego el análisis en la hipótesis de que la donación estaría afectada por una nulidad absoluta, y, por lo tanto, la acción sería imprescriptible (también cita aquí a Borda), para finalmente plantear, en apoyo a la bondad del título, a modo de pregunta retórica y frente a la colisión entre la prescripción (entendemos que aquí se refiere a la adquisitiva) y la nulidad:

¿Y a cuál de ambos (institutos) se debería privilegiar? ¿El de la sanción por la sanción misma, extrayendo un bien del comercio, o aquel que permite la incorporación del mismo a la circulación negocial?

Propone luego un parangón con el derecho penal (prescripción del delito de homicidio), que no compartimos, lo que implicaría entre otras cuestiones, tomando la vida como el bien supremo, abolir la imprescriptibilidad de las nulidades absolutas, y agrega que “la prescripción es un instituto superior y, como tal, debe prevalecer”.

Concluye que la solución al caso, en favor de la bondad del título, está dada por el artículo 4016 del [Código Civil](#), que considera claro y terminante, y que transcri-

be como sigue (el destacado le pertenece): “Al que ha poseído durante veinte años sin interrupción alguna no puede oponérsele ni la falta de título, **ni su nulidad**, ni la mala fe en la posesión”.

3. Consideraciones

3.1. *Donaciones formalizadas por personas jurídicas*

Nos tocó dictaminar al respecto, aunque en el particular se trataba, en el caso de la donante, de una asociación civil, en el expediente 16-00154-06. En su oportunidad dijimos que

La donación efectuada por una persona jurídica no resulta observable, independientemente del objeto de la misma, transcurridos diez años de efectuada, por encontrarse prescripta cualquier acción para atacarla...

Lo que mereció la crítica de Carlos N. Gattari en un trabajo especial para la *Revista del Notariado* titulado “Pasados los veinte años, la donación a tercero es título perfecto”¹, quien invocó que

... la prescripción decenal, para el caso planteado en la hipótesis de aprobación por unanimidad, me parece que no es aplicable [...] si todos han aprobado, responden del acto propio: en consecuencia, no podrían negarlo ni modificarlo. **Quizá podría pensarse en la prescripción decenal del 4023 si la aprobación no fuera unánime** y algunos de los que se negaron pudieran aducir algún delito o cuasidelito, tal como indica la nota al 4023.

Nos resulta de gran utilidad la crítica del destacado colega, tanto por habernos ilustrado en su momento como en virtud de la consulta en despacho, a la que se ajusta, ahora sí conforme a su criterio, la prescripción decenal, por la ausencia de unanimidad en la decisión.

A diferencia de lo que ocurre con las conocidas como donaciones a terceros, formuladas por personas físicas y así denominadas por ser hechas a quienes no son hijos de los donantes (o a quienes no son descendientes en línea recta a los que hubiese correspondido el ejercicio del derecho de representación en caso de haberse tratado de la sucesión del donante), que no son actos prohibidos, ni nulos o anulables, sino contratos perfectamente válidos (aunque en determinadas circunstancias puedan generar, por parte de herederos legitimarios del donante, el ejercicio de una

1. En *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 889, julio-septiembre 2007, pp. 25-35.

acción reivindicatoria respecto del bien donado contra los terceros adquirentes), tratándose de donaciones formuladas por personas jurídicas, más concretamente por sociedades comerciales (una sociedad anónima en el caso), en virtud de no tener éstas herederos, no resultan aplicables en el caso en consulta las acostumbradas objeciones que se basan en el artículo 3955 del [Código Civil](#) y en la doctrina emanada del centenario fallo plenario de las Cámaras Civiles de Apelaciones de la Capital Federal en autos “Escari, José v/ Pietranera, Tancredi s/ escrituración”.

Los cuestionamientos en casos como el que aquí analizamos apuntan a la capacidad para la formalización del acto de carácter gratuito, que, con el contenido patrimonial de un nivel acorde al valor de un inmueble, queda excluido por definición del objeto propio de una sociedad comercial. Entonces, pasa a ser fundamental dilucidar qué incidencia tienen en la consideración de la capacidad de la persona jurídica los alcances de su objeto.

Al respecto, enseña Norberto R. Benseñor² que el criterio de moderna orientación –al que adhiere– independiza la capacidad genérica de la sociedad respecto de las limitaciones que le impone su objeto, subsistiendo sí las propias de su naturaleza (como el no poder testar ni contraer matrimonio), y que los fines de su institución a que alude el artículo 35 del [Código Civil](#) apuntan a los propósitos genéricos que movilizan a las personas a agruparse y actuar colectivamente, con independencia del objeto que se propongan desarrollar, de modo que las restricciones derivadas del mismo sólo afectan al mecanismo de imputación al fijar el marco de competencia de los órganos de representación. Así, un acto extraño al objeto social no es nulo por defecto de capacidad y puede ser válidamente concertado por el representante societario debido, teniendo como límite únicamente el acto notoriamente extraño, que puede ser reconocido y asumido por la sociedad, formando la voluntad social. Advierte intentos por retornar al concepto limitativo de la capacidad (postura en la que cita a Vítolo³), descartados exitosamente por la doctrina y la jurisprudencia.⁴

Como corolario, concluye que la doctrina del *ultra vires*, que implicaría la nulidad de los actos extraños al objeto aunque fuesen autorizados por todos los socios en forma unánime, no tiene acogida en nuestro derecho, sino que el sentido de la norma del artículo 58 de la [Ley 19.550](#) es el aludido régimen de imputación interno de la sociedad.

2. Con profusa cita de doctrina y jurisprudencia: “Legitimación del representante societario en actos extraordinarios o exorbitantes al objeto social”, en AA. VV., *LV Seminario teórico práctico Laureano A. Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, junio 2008 (publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 894, octubre-diciembre 2008, pp. 27-66).

3. VÍTOLO, Daniel R., “Limitaciones de la capacidad. Nuevos apuntes sobre la personalidad jurídica en las sociedades comerciales”, en AA. VV., *Temas del derecho societario vivo*, Buenos Aires, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2008, p. 10.

4. Ver SUÁREZ ANZORENA, Carlos, “Personalidad de las sociedades”, en Zaldívar, Enrique y otros, *Cuadernos de derecho societario*, t. 1.

Con relación expresamente a los actos gratuitos (caso en análisis) que resultan extraños al objeto social –y ello es a su vez ostensible y patente para los terceros–, no duda en afirmar que la actuación del representante orgánico es insuficiente, incluso contando con una deliberación previa del órgano de administración, que es incompetente en virtud de la organización interna, por lo que el mecanismo de imputación del artículo 58 no se produce, resultando menester una decisión del órgano de gobierno.

En definitiva, para Benseñor, los actos que exceden o exorbitan el objeto social no adolecen de nulidad, siendo competencia del órgano de gobierno resolver su aprobación, tratándose en consecuencia, ante la falta de dicha imputación voluntaria a la sociedad, de una nulidad relativa, y, en consecuencia, confirmable y prescriptible a los cuatro años, por imperio del artículo 847 inciso 3 del [Código de Comercio](#), excepto que el acto se catalogue como civil, en cuyo caso la prescripción sería de diez años, a tenor de lo normado por el artículo 4023 del [Código Civil](#). Las mayorías requeridas para la toma de tal decisión por la Asamblea (o reunión de socios) serían las mismas que para la reforma del objeto de la sociedad.

Agrega que en las jornadas celebradas en nuestro Colegio en homenaje a Max M. Sandler hubo consenso mayoritario en que los socios disidentes podrían ejercer derecho de receso si la actuación extraña podía suponer un cambio fundamental en el objeto, mientras que, para Manóvil⁵, la decisión requiere de unanimidad.

En cuanto a la cuestión de la prescripción societaria, por un lado nos encontramos con un doble régimen o sistema, o, si se quiere, una doble ubicación normativa en cuanto a las acciones de responsabilidad social: el artículo 848 inciso 1 del [Código de Comercio](#),⁶ de aplicación general, y la normativa de la [Ley de Sociedades Comerciales](#) (arts. 275, 276 y 277), que no derogó la antedicha norma comercial, siempre con relación al régimen del artículo 58, resultando de aplicación la prescripción trienal. Y por otro lado tenemos la norma del artículo 846 de la codificación comercial, que establece la prescripción ordinaria decenal.

Además, la [Ley 19.550](#) (Sección III, Capítulo I, arts. 16 a 20) establece un régimen genérico para las acciones de nulidad societarias (sin perjuicio de los supuestos tanto expresos como explícitos que se encuentran en el resto del articulado), aplicable, por supuesto, al caso de las nulidades relativas, siendo también aquí la regla general la de la prescripción trienal.

Por su parte, el artículo 251 de la [Ley de Sociedades](#) establece un plazo de tres meses desde el cierre de la asamblea para promover la impugnación de las decisiones adoptadas en violación de la ley, el estatuto o el reglamento por los accionistas

5. MANÓVIL, Rafael M., "Actos que exceden el objeto social en el derecho argentino", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1978, p. 1047.

6. No trataremos aquí la discusión doctrinaria respecto del alcance de la expresión "las operaciones sociales" y la daremos por superada en favor de la postura que la subsume en aquellas emergentes "del contrato social", considerando ambos conceptos como unívocos, en virtud de que no hace diferencia con relación al caso en consulta. Así, las restantes acciones derivadas de las operaciones del giro comercial de la sociedad deberán estar a la prescripción que corresponda a cada caso.

ausentes o por aquellos que no hubiesen votado favorablemente, lo que implica un régimen de mayor fortalecimiento de la estabilidad y fuerza vinculante de las decisiones societarias,⁷ dando preminencia a cuestiones hoy básicas, como el principio de conservación de la empresa, la seguridad y fluidez de las transacciones, la seguridad de terceros y la cautela con que deben juzgarse las nulidades.⁸

No obstante, conforme a Verón⁹ (quien cita en tal sentido a Halperin), la norma, que establece un plazo de caducidad no de prescripción,¹⁰ no resulta aplicable a los supuestos de ciertas y graves nulidades del régimen del derecho común, quedando excluidas para el autor las nulidades absolutas, subsistiendo la acción de nulidad del Código Civil en caso de estar involucrado el orden público o verse afectado el régimen societario. Sin embargo, acepta que la posibilidad de las nulidades absolutas en materia societaria debe restringirse al máximo.¹¹ Trata también el autor el caso del abuso de poder en que incurriera la asamblea,¹² y cita como ejemplo el caso de venta perjudicial (a bajo precio) de un inmueble a otra sociedad con la que tuviese vinculación de intereses. Califica la acción de marras como social-particular, ya que estaría dada en protección tanto de los intereses de la sociedad como del socio, independientemente de su porcentaje de participación en el capital.¹³ Y estarían también legitimados los terceros afectados, por tener alguna vinculación de carácter crediticio con la sociedad.¹⁴

Para Ricardo A. Nissen¹⁵, el objeto social fija la capacidad de la sociedad, por lo que tiene una verdadera incapacidad de derecho para realizar actos notoriamente extraños al objeto social (tal el caso, que cita como ejemplo, del otorgamiento de garantías en favor de terceros¹⁶ o, en definitiva, de cualquier actuación de sus administradores que no tenga por objeto contribuir directa o indirectamente a la obtención de ganancias¹⁷), y, en consecuencia, tales actos adolecen de nulidad absoluta y, como tal, imprescriptible e inconfirmable, por lo que considera inadmisibles el procedimiento de ratificación por parte de la asamblea.

7. VERÓN, Alberto V., *Tratado de los conflictos societarios*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 872.

8. Ídem, p. 880.

9. Ídem.

10. Ídem, p. 960.

11. Ídem, p. 883.

12. Ídem, p. 908.

13. Ídem, p. 937.

14. Ídem, p. 943.

15. NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada*, p. 646.

16. Autos "Banco Río de la Plata SA s/ incidente de revisión por Liledi SA" (citado en NISSEN, Ricardo A., ob. cit. [cfr. nota 15], p. 641).

17. Ídem.

Daniel R. Vítolo¹⁸ considera que el artículo 58 de la *Ley de Sociedades* consagra el principio del *ultra vires* y, en consecuencia, limita la responsabilidad de la sociedad a las obligaciones asumidas por sus representantes respecto de actos comprendidos en el objeto social, el que hace de marco a la capacidad de modo que la sociedad no responda por aquellos que le resulten notoriamente extraños. No obstante, considera, basando su opinión fundamentalmente en el principio de la apariencia de legalidad, que en caso de duda debe protegerse a los terceros.¹⁹

Ante la diversidad de opiniones, se impone entonces analizar si, finalmente, y aun en la consideración de quien se ponga en la postura más estricta, cabrá alguna posibilidad de reclamación de terceros.

3.2. *Título perfecto*

La perfección u observabilidad de un título puede determinarse, en la mayoría de los casos, de manera indubitada. Pero en algunos la objetividad que debe primar en nuestro análisis se ve influida legítimamente por las concepciones y la formación de cada intérprete. Es allí cuando, en definitiva, y tal como surge de jurisprudencia que se citará, determinar lo que debe entenderse en un caso concreto por título perfecto importa una cuestión circunstancial sujeta al arbitrio o criterio judicial. Parece apropiado entonces efectuar un acercamiento al concepto jurisprudencial de título perfecto.

Así, en un *trabajo* presentado a la XVIII Jornada Notarial Argentina (Salta, 3-7 noviembre 1980), coordinado por María T. Acquarone y Eduardo H. Plaetsier,²⁰ se informa que, según el concepto jurisprudencial, título perfecto es el que no permite que el adquirente del bien sea perturbado por acciones reales de terceros o el que le permite al comprador, por sus antecedentes, pensar fundadamente que no será molestado por terceros que ejerzan acciones reales, que no ofrecerá objeciones en los negocios inmobiliarios (para lo cual es suficiente que no ofrezca motivos que hagan presumir ese peligro). Y se sostiene que el título

... será perfecto en tanto y en cuanto su titular no se vea perturbado en el libre ejercicio de su derecho por la existencia de algún vicio oculto con respecto al acto jurídico del transmitente y posibles acciones reivindicatorias anteriores [...] título perfecto [es] aquel que reúne los requisitos esenciales para su validez y se encuentra libre de todo vicio.

18. VÍTOLO, Daniel R., *Sociedades comerciales. Ley 19.550 comentada. Doctrina, jurisprudencia, bibliografía*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 704.

19. Ídem, p. 705.

20. AA. VV., "Estudio de títulos. Cláusula de títulos perfectos. Buena fe y diligencia del adquirente a título oneroso. Responsabilidad" (publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 775, enero-febrero 1981, pp. 137-184).

Y se brinda jurisprudencia, de la que surge lo siguiente:

La venta de inmuebles realizada con la estipulación expresa de títulos perfectos importa para el comprador la seguridad de no ser molestado por acción real de terceros (*La Ley*, t. 59, p. 486, fallo 28.470).

Para averiguar la perfección de un título debe indagarse con criterio relativo la existencia de motivos fundados susceptibles de molestar al comprador en la posesión del inmueble, conforme a la norma del 1425, compulsando los elementos de juicio que ofrece cada expediente (*La Ley*, t. 20, p. 897, fallo 10.528).

Debe entenderse que el título es perfecto cuando por sus antecedentes el comprador no puede temer verse molestado por acciones reales de terceros (*La Ley*, t. 111, p. 251, fallo 50.618).

Por su parte, de la recopilación efectuada por Agustín O. Braschi²¹ en su trabajo denominado “[Acerca del seguro de títulos. ¿Seguro de títulos seguros?](#)” surge jurisprudencia como la siguiente:

El título es perfecto cuando el comprador no puede temer que la posesión se verá turbada por acciones reales; para que el comprador pueda resistirse a escriturar, debe mediar un peligro real e inminente, pero no fundado en meras contingencias futuras (Juzg. 1ª instancia Civil Capital n° 4, 7/5/1973, en *El Derecho*, fallo 53225).

El título perfecto es aquel en que el comprador no puede temer que su posesión se verá perturbada por acciones reales (CNCiv, Sala A, 16/3/1978, en *El Derecho*, fallo 78395).

Determinar lo que debe entenderse en un caso dado por título perfecto a los efectos de la transmisión del dominio importa una cuestión circunstancial, que debe quedar librada, en principio, al arbitrio o criterio judicial (SC Buenos Aires, 10/12/1979, “Martín de Ramognini, Blanca c/ Jiménez de Yuste, Natividad y otros”, Ac. 28396).

El título perfecto en la compraventa inmobiliaria es el que ofrece la seguridad y garantía de legitimidad, y objetivamente tiene plena eficacia para el ejercicio del dominio que se adquiere, así como la lógica y fluida confianza en el mercado inmobiliario (CNCiv, Sala D, 18/9/1980, en *El Derecho*, t. 91, p. 223).

El título perfecto en la compraventa es el que ofrece total garantía y seguridad para quien lo adquiere, tornando el mismo objetivamente eficaz para poder gozar del dominio que del mismo emanaría, así como la lógica y fluida confianza en el mercado inmobiliario (CNCiv, Sala A, 2/6/1981, en *El Derecho*, t. 96, p. 443).

La mención de un contrato de “títulos perfectos” quiere referirse a los títulos o antecedentes que aseguren una eficaz transmisión del dominio respecto del inmueble que se pretende enajenar. En efecto, el título no sólo representa el antecedente o el conjunto de requisitos constitutivos y justificativos del derecho de propiedad, sino un medio que influye sobre la mayor o menor garantía y facilidad que ofrece al dueño para realizar actos de disposición o gravamen [...]

21. BRASCHI, Agustín O., “[Acerca del seguro títulos. ¿Seguro de títulos seguros?](#)”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 876, abril-junio 2004, pp. 259-280.

Es título perfecto el que por sus antecedentes, no puede dar temores fundados al comprador respecto de acciones reales de terceros, ni ofrecer objeciones en los negocios inmobiliarios [...]

Título perfecto es el que reúne dos elementos de valor: uno jurídico y otro comercial, o sea, el aprecio que merece por su “curso público”, del cual depende la mayor o menor eficacia para el ejercicio de los derechos de propietario en las transacciones inmobiliarias o constitutivas de derechos reales. Si uno de los elementos se observa disminuido, la perfección no existe (CNCiv, Sala D, 29/5/1981, en *El Derecho*, t. 95, p. 440).

Debe entenderse por “título perfecto” a los efectos de la transmisión del dominio el que puede ofrecer al adquirente la seguridad de no ser molestado por acción real de terceros; esta noción nada tiene que ver con la clasificación del dominio en perfecto e imperfecto, ya que se puede transmitir un dominio imperfecto mediante un título perfecto o a la inversa, un dominio perfecto con título imperfecto (CNCiv, Sala D, 15/6/1982, en *El Derecho*, t. 102, p. 257).

3.3. *La prescripción adquisitiva como medio de subsanación*

Si bien, en general, los trabajos a que nos referiremos en este apartado apuntan al conflicto entre el término de prescripción de la acción del artículo 3955 del [Código Civil](#)²² y el instituto de la prescripción adquisitiva del dominio (arts. 4015²³ y 4016²⁴ [CCIV](#), y parte de sus notas ²⁵), servirán para apoyar las conclusiones y fundar la usucapión.

Con motivo de su incorporación como miembro de número de la Academia Nacional del Notariado, en [sesión pública del 3 de diciembre de 2001](#), Francisco Cerávolo²⁶ sostuvo sin fisuras a la usucapión como excepción a la acción real prevista por el artículo 3955 del [Código Civil](#). Y, frente a la crítica que se formula a su pos-

22. Art. 3955 [CCIV](#): “La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante”.

23. Art. 4015 [CCIV](#): “Prescribese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor, salvo lo dispuesto respecto a las servidumbres para cuya prescripción se necesita título”.

24. Art. 4016 [CCIV](#): “Al que ha poseído durante veinte años sin interrupción alguna, no puede oponérsele ni la falta de título ni su nulidad, ni la mala fe en la posesión”.

25. Nota al art. 4015 [CCIV](#): “Troplong dice: ‘Nada puede escapar al imperio de esta prescripción: ella excluye todo factor y todo privilegio, y se extiende sobre todos los derechos’”. Nota al art. 4016 [CCIV](#): “Resulta de lo que precede: 1) que el que tiene durante treinta años una posesión pacífica, pública y continua, y la conserva sólo en su interés propio, no tiene ya cosa alguna que probar, para usar en beneficio de la prescripción; 2) que el que quiere prescribir por treinta años no tiene que alegar título alguno, y con más razón no tiene que temer las excepciones que se alegaren contra los vicios de su título, con excepción del vicio de precario; 3) que la buena fe exigida para la prescripción de diez años, no lo es para la prescripción de treinta años”.

26. CERÁVOLO, Francisco, “La usucapión como excepción a la acción real prevista por el artículo 3955 del [Código Civil](#)”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 869, julio-septiembre 2002, pp. 103-116.

tura, nos dice que del artículo 2509²⁷ y de los términos de su nota²⁸ se desprende que la adquisición por usucapión se agrega a la hecha antes a título de donación, en el sentido de completarlo y quitar su imperfección. Es decir, no se refiere únicamente al supuesto de adquirir, por distintos y sucesivos títulos, partes proporcionales o desmembraciones del dominio, sino también, tomando la nota *a contrario sensu*, a adquirir lo que al derecho le faltare para ser pleno y perfecto.

Siendo el dominio adquirido por donación en un caso como el sub-examen, un dominio resoluble o revocable, que no puede ser ejercido en su plenitud, resulta aplicable la referida interpretación de la nota para dar cabida a su perfección (a la adquisición de lo que le falta para ser perfecto, pleno), mediante la prescripción adquisitiva.

Cita a Highton²⁹, quien expresa que el instituto de la usucapión

... facilita la prueba de la propiedad, pues de no existir la prescripción el dueño debería producir su título, el título de su antecesor, el del antecesor de su antecesor y así sucesivamente hasta llegar a la primera enajenación, a fin de demostrar su derecho; en razón de la usucapión le será suficiente producir los títulos por el tiempo necesario para adquirir la propiedad por este modo, pues toda deficiencia o falta de dominio anterior queda saneada y no puede aparecer una reclamación más antigua.

Y nos deja un ejemplo que, sin perjuicio de basarse, tal como advertimos, en un caso de donación efectuada por persona física, resulta sumamente claro y sencillo de transpolar al caso en análisis:

En el año 1930, un señor de 22 años, padre de un niño de un año, donó a su amigo, también de 22 años, el inmueble que hubo por herencia; el donatario y sus herederos habitaron ese inmueble hasta que éstos lo vendieron en marzo de este año; días después falleció aquel donante, sin patrimonio; el comprador habita el inmueble con su familia; vive el hijo del donante, quien, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 3955, podría llegar a obtener el dominio del inmueble siempre que promoviera la acción antes de cumplirse diez años contados desde el deceso del causante; ello a despecho de los ochenta años de posesión continua por el actual titular del dominio y sus antecesores...

Lo mismo daría si hubiese habido varias transmisiones de dominio a título oneroso entre aquella donación y la última venta: el hijo del donante conservaría la acción, independientemente del tiempo transcurrido, bastando con que la iniciara dentro de

27. Art. 2509 CCIV: "El que una vez ha adquirido la propiedad de una cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que faltase al título por el cual la había adquirido".

28. Nota al art. 2509 CCIV: "Siendo la propiedad la reunión de todos los derechos posibles sobre una cosa, un derecho completo, ninguna cosa nueva de adquisición puede agregársele cuando él existe en su plenitud y perfección..."

29. HIGHTON, Elena I., *Derechos reales*, t. 2, v. 2, p. 138.

los diez años de producido el fallecimiento de su padre. Además está aclarar que, al menos con el criterio actual en la materia, **de ningún estudio de antecedentes efectuado hasta superar el plazo de veinte años surgiría la observación, ya que ninguna referencia llegaría hasta la época de la donación del ejemplo.**

En 2008, en autos “Zelaschi, Raúl A. c/ Pildain, Lidia E. y ot.”³⁰, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico tuvo la oportunidad de fallar precisamente con relación a los efectos de la prescripción adquisitiva frente a los derechos de un heredero afectado en su legítima. En el particular, el actor era hijo no reconocido del causante, de lo que no tomó conocimiento sino hasta haber cumplido veintiséis años de edad, en tanto su padre biológico había fallecido cuando tenía sólo cinco años, y su madre, Palmira Hortensia Ruano, cuando tenía once. Logró el reconocimiento de su filiación (y la impugnación de la anterior, como hijo de Aníbal Coronel) y se amplió la declaratoria de herederos de su verdadero padre, reconociéndosele la calidad de heredero en su condición de hijo de Celso Salvador Zelaschi. Frente a la donación de un bien inmueble del acervo hereditario formalizado por la viuda de su padre (Amalia Pildain de Zelaschi), accionó por reivindicación contra la donataria, citando a su coheredera, la donante, como tercera.

Si bien se le reconoció al actor la posibilidad de acogerse a lo dispuesto por el artículo 3980³¹ del [Código Civil](#), que no suspende ni interrumpe la prescripción sino que sólo extiende el plazo para interponer la acción (ignoraba su filiación real, había muerto su madre, y su único representante habría sido su padre, quien evidentemente no podía representarlo en un juicio de filiación paterna por el que se buscara impugnar la suya para lograr otra, por contraposición de intereses; e incluso en su mayoría de edad, continuó ignorándola por años), el mismo no dio cumplimiento a ejercer su derecho en el plazo de tres meses que prevé la norma, por lo que, en definitiva, no se hizo lugar a su demanda. Pero lo importante aquí fue que, más allá de que siempre existirá la posibilidad de encontrarnos con alguien contra quien no haya corrido la prescripción (en el caso, un menor sin representante legal³²) y habrá que ver en cada caso si se le otorga o no la dispensa de la prescripción cumplida (art. 3980 [CCIV](#)), la Cámara hizo lugar a la defensa para repeler la acción en cuanto se fundó en la prescripción adquisitiva del dominio por parte de quienes eran una poseedora por efecto de la sucesión y la otra donataria de la primera, habiéndose reconocido, además, la posibilidad de sumar las posesiones de ambas (la acción, aunque de otra

30. En *La Ley Patagonia*, junio 2009, p. 881 (cita online: AR/JUR/26492-2008).

31. Art. 3980 [CCIV](#): “Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses...”

32. Art. 3966 [CCIV](#): “La prescripción corre contra los incapaces que tuvieren representantes legales. Si carecieren de representación, se aplicará lo dispuesto en el artículo 3980”.

índole, se hubiese dirigido contra la donante, coheredera del actor), siendo legítimas, una derivada de la otra y ambas continuas, pacíficas e ininterrumpidas.

Es que no se trata de la prescripción de la acción de reivindicación (la que es imprescriptible, en virtud de la perpetuidad del dominio en el que se basa, conf. art. 2758 CCIV³³) sino de su extinción como consecuencia de la adquisición del bien por un tercero, por posesión decenal o vicenal. Y lo mismo sucede con la acción de partición de herencia (art. 4020 CCIV³⁴), es decir, lo que pesa es el accionar positivo del poseedor, que adquiere, extinguiéndose el dominio anterior.

En definitiva, se acordó a la demandada en un juicio de reivindicación haber adquirido el dominio por prescripción veinteñal, conforme lo dispuesto por el artículo 4015 del Código Civil.

En su trabajo al que nos referimos al comienzo, Gattari se fundamenta en lo que denomina la doctrina Cerávolo (expuesta por Francisco Cerávolo en oportunidad de su incorporación como miembro de número de la Academia Nacional del Notariado, a la que también hemos aludido aquí), para afirmar lo que con total claridad se desprende del título (“Pasados los veinte años, la donación a tercero es título perfecto”). Nos brinda ejemplos prácticos y afirma, entre otras cosas, que la opción contenida en el artículo 3953 del Código Civil en cuanto a que

Los derechos [...] cuyo ejercicio está subordinado a una opción que no puede tener lugar sino después de la muerte de la persona que los ha conferido, no son prescriptibles sino desde la apertura de la sucesión sobre la cual deben ejercerse...

queda deshecha por el artículo 3961 al disponer que

La prescripción de las acciones reales a favor de un tercero, tenedor de la cosa, comienza a correr desde el día de la adquisición de la posesión [...] aunque la persona contra la cual corriese, se encontrase, por razón de una condición aún no cumplida o por un término aún no vencido, en la imposibilidad del ejercicio efectivo de sus derechos.

Distingue luego entre el justo título, que podría no serlo una donación que cede ante el 3955, y el título suficiente, que sin duda lo es “para probar el tiempo transcurrido y el de la posesión continua, pública, pacífica, con ánimo de dueño que presupone el 4003”.

Resulta concordante con ello la parte pertinente de la nota al artículo 3961 del Código Civil, que reza:

33. Art. 2758 CCIV: “La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella”.

34. Art. 4020 CCIV: “La acción para pedir la partición de la herencia contra el coheredero que ha poseído el todo o parte de ella en nombre propio se prescribe a los veinte años”.

Las disposiciones anteriores sobre la prescripción de los créditos condicionales y de las acciones de garantía no comprenden la adquisición de los derechos reales, ni la extinción de iguales derechos a beneficio de un tercer poseedor de la cosa. La prescripción de las acciones personales está fundada únicamente en la negligencia del acreedor para perseguir su derecho, pues el deudor no puede ignorar la existencia de la obligación; pero en la prescripción de los derechos reales, que está fundada sobre la posesión de la cosa, ella debe poderse cumplir, a pesar de los obstáculos temporarios que impidan a la persona en cuyo perjuicio procede de ejercer su derecho. El tercer poseedor puede ignorar la existencia de los derechos que puedan oponérsele, ignorancia que legalmente se presume. Los que tienen derechos condicionales o a plazos pueden, como medida conservatoria, entablar una demanda que interrumpa la prescripción. La prescripción de los derechos reales no alcanzaría los motivos de su creación si el curso de ella debiera ser discontinuado por efecto de una condición o de un término.

Por su parte, sostuvo Jorge Alterini, en el marco del Simposio sobre Donaciones a Herederos Forzosos³⁵, ante la pregunta de un asistente respecto de si la prescripción veintañal era aplicable también al donatario, que no había razón para sostener lo contrario, dado que

... la prescripción adquisitiva sana, aunque haya mala fe y carencia de título –porque puede no haber ni siquiera justo título–; ¿qué tiene que ver si es título gratuito u oneroso? [...] es una vía de saneamiento absolutamente extraña al título de la adquisición [...] la usucapión larga, aunque sea de mala fe, sana [...] todo [...] la prescripción, y más la adquisitiva, es la saneadora máxima.

Referiremos por último el trabajo presentado por Ángel F. Cerávolo en su disertación en oportunidad del LIV Seminario “Laureano Arturo Moreira”³⁶, reseñado en el programa como “La prescripción como figura jurídica con efectos subsanatorios de ineficacias escriturarias. La problemática de la titularidad del dominio por el donatario que no reviste la condición de heredero legitimario o forzoso del donante. Bonificación por el transcurso del tiempo. Prescripción liberatoria y adquisitiva. Supuestos de suspensión y de interrupción de los plazos”.

Allí, Cerávolo expresa que en las donaciones a quienes no son herederos legitimarios del donante se halla implícita una condición resolutoria o revocatoria de fuente legal (*ex lege*), que operará en el supuesto de que el acto a título gratuito se reputa inoficioso a la muerte del donante por afectar la porción legítima de la que sus herederos forzosos no pueden ser privados. Y entra a continuación a analizar la prescripción como freno a la acción de reducción.

Así, refiriéndose a lo obrado en el expediente 16-00154-06 del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, hace algunas reflexiones y apunta la postura en

35. Celebrado en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires el 6/9/2010.

36. Organizado por la Academia Nacional del Notariado 29-30/11/2007.

contrario sostenida por Jaime Giralt Font. Dice que el dominio del donatario y sus sucesores singulares o universales se halla sometido a condición resolutoria legal y es, por tanto, imperfecto en los términos del artículo 2507 del [Código Civil](#)³⁷, pero que obviamente tendrán la posesión en virtud de la tradición con causa en negocio traslativo de la propiedad, y, en consecuencia, posesión legítima.

Así, siendo que no puede desconocerse a quien así posee el derecho que se acuerda a todo poseedor ilegítimo, incluso al usurpador, si bien el donatario o sus sucesores no pueden promover el juicio, pues sería intentarlo contra sí mismos, pueden responder exitosamente a la acción de reducción que se dedujera, oponiendo, por vía de excepción, la usucapión producida. Agrega que la doctrina es pacífica en tanto atribuye valor de cosa juzgada a la sentencia que se dicte en el contradictorio. Y cita a Highton, quien sostiene que puede aparecer un tercero que no ha intervenido en el juicio, iniciando acción reivindicatoria; pero éste es un riesgo que potencialmente existe respecto de todo inmueble. Y concluye:

Conforme con el artículo 2509 y los términos de su nota, la adquisición por usucapión se agrega a la hecha antes a título de donación en el sentido de completarlo, obstando la posibilidad de hacer valer frente al usucapiente la condición legal a que se sujetó su título primitivo, quitando su imperfección.

Decíamos que cita Cerávolo la disidencia de Giralt Font respecto del criterio sostenido, con fundamento en las normas contenidas en los artículos 2509 y 2606³⁸ del [Código Civil](#). Resumimos brevemente lo que informa respecto de la opinión de este último, y así, en opinión de Jaime Giralt Font:

El citado artículo 2509 establece que “el que una vez ha adquirido la propiedad de una cosa por un título no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que faltase al título por el cual la había adquirido”. Ello significa que puedo adquirir, por ejemplo, la mitad indivisa de un inmueble a título de compra y luego la otra mitad por herencia; pero si ya he adquirido el dominio de un inmueble por dación en pago, no puedo, además, adquirirlo también por cesión de herencia. Al respecto, resulta clara la nota del Codificador a este artículo: “Siendo la propiedad la reunión de todos los derechos posibles sobre una cosa, un derecho completo, ninguna cosa (causa) nueva de adquisición puede agregársele cuando él existe en plenitud y perfección [...] Cabe entonces considerar que si alguien adquiere el dominio exclusivo de un inmueble por donación no puede, además, adquirirlo también por prescripción. Esta interpretación es también la que comparten: Eduardo A. Zannoni (dirección) y Aída Kemelmajer de Carlucci (coordina-

37. Art. 2507 [CCIV](#): “El dominio se llama pleno o perfecto cuando es perpetuo y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno o imperfecto cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera”.

38. Art. 2606 [CCIV](#): “El derecho de propiedad se pierde cuando la ley atribuye a una persona, a título de transformación, accesión, o prescripción, la propiedad de una cosa perteneciente a otra”.

ción) en *Código Civil y leyes complementarias*, t. 10, págs. 696 y sgts., Ed. Astrea, Bs. As., 2005: “quien adquirió el dominio por un título (p. ej., compraventa, legado, donación, etc.) luego no puede adquirir por otro título el dominio que ya tiene. Ello obedece a que el dominio comprende la totalidad de los atributos posibles sobre la cosa por ser el derecho real más completo y, en consecuencia, el propietario no puede agregar ninguna otra facultad. La norma se refiere al ‘título’ de adquisición, pero se aplica a todos los ‘modos’ de adquisición del dominio: por ejemplo, quien adquirió la cosa por la tradición que le hizo el vendedor sobre la base de un título perfecto no puede adquirirla nuevamente por usucapión [...] Dado que la exclusividad importa la pertenencia de dominio a una sola persona, no pueden coexistir dos o más dominios sobre la misma cosa, ni a favor del mismo titular, ni de distintas personas [...] La doctrina indica que el origen de la regla consagrada en el artículo es el principio romanista clásico *nemini res sua servit*, según el cual nadie puede tener una servidumbre sobre su cosa y, en general, ningún derecho real agregado al dominio sobre el mismo objeto...”. Por otra parte, el artículo 2606 del Código Civil dispone: “El derecho de propiedad se pierde cuando la ley atribuye a una persona, a título de transformación, accesión, o prescripción, la propiedad de una cosa perteneciente a otra”. De aquí resulta que para que la prescripción adquisitiva opere, es condición inexorable que la cosa sea ajena, no opinando en sentido contrario ninguno de los autores hasta aquí citados [...] Es correcta la apreciación de Cerávolo acerca de que, con la interpretación a la que adherimos, está en mejor situación un intruso, que, luego de veinte años, adquirirá el dominio de un inmueble por usucapión, que el adquirente del adquirente de un donatario, a quien después de a lo mejor cincuenta años de efectuada la donación le es reclamado el bien. Pero la ley no siempre es justa... [y cita claros ejemplos de ello].

Por último, se detiene Cerávolo en las objeciones de Giralt Font, como sigue:

La prescripción de los derechos reales se funda en la posesión de la cosa, aunque –como expresa el artículo 3961– la persona contra la cual corriese se encontrase, por razón de una condición aún no cumplida, o por un término aún no vencido, en la imposibilidad del ejercicio efectivo de sus derechos; agrega la nota: “La prescripción de los derechos reales no alcanzaría los motivos de su creación si el curso de ella debiera discontinuarse por efecto de una condición o de un término”...

Y continúa con claros argumentos, aunque apuntados más concretamente al caso de las donaciones de personas físicas, de los que rescatamos para aplicar al particular los siguientes:

En lo tocante a lo dispuesto por el art. 2509 del Código Civil y lo manifestado por Vélez en su nota, creemos firmemente que no se refiere únicamente al supuesto de adquirir por distintos y sucesivos títulos partes proporcionales o desmembraciones del dominio, sino también, tal como claramente se deduce de su nota, al de adquirir lo que al derecho de dominio le faltare para ser pleno y perfecto [...] es posible adquirir con posterioridad lo que le falta al dominio para ser pleno, y ello puede acaecer por prescripción adquisitiva [...] ese dominio, claro está, puede ser completado con posterioridad, adquiriendo tal

carácter que lo haga pleno. Por otro lado, reza parte de la nota al art. 3961 C. C., conforme el cual el curso de la prescripción comienza con la posesión, que “en la prescripción de los derechos reales, que está fundada sobre la posesión de la cosa, ella debe poderse cumplir, a pesar de los obstáculos temporarios que impidan a la persona en cuyo perjuicio procede ejercer su derecho”.

También apuntamos la disidencia al respecto de Mario G. Szmuch, exteriorizada en su dictamen en minoría formulado en el expediente de consulta 16-00248-08, quien adhiere a la postura de Giralt Font, que, a su juicio, recepta la doctrina correcta sobre la materia. Transcribimos aquí sólo la doctrina del dictamen citado, y recomendamos su lectura completa para conocer sus fundamentos.

Así, en palabras de Szmuch:

1) Quien adquirió la propiedad de un inmueble a título de donación con título y modo suficientes no puede en adelante adquirirla por otro título ni por ningún otro modo de adquisición (p. ej., usucapión), salvo en la parte que el donante no hubiera transmitido, conforme art. 2509 del Cód. Civil. 2) La usucapión larga es un modo de adquirir ciertos derechos reales, pero no una manera de purgar los defectos que pudiera tener el título de propiedad del poseedor. 3) La usucapión larga no opera sobre el título del poseedor, no produce efectos en el mismo, ni para mejorarlo ni para empeorarlo; prueba de ello es que el art. 4015 del Cód. Civil descarta totalmente el título del poseedor a los efectos de la procedencia de la usucapión. 4) El transcurso del plazo de la usucapión larga no elimina del título del donatario la condición resolutoria tácita, consistente en la inoficiosidad de la donación. Dicha condición resolutoria no se borra del título del donatario por el mero transcurso del tiempo. 5) En vida del donante sólo es posible eliminar tal condición legal vía distracto de donación. 6) El cumplimiento de la condición resolutoria no produce por sí mismo el cambio de titularidad del inmueble, ya que para ello es preciso que se verifique el modo, es decir, la tradición, o alguno de sus sucedáneos, conforme doctrina del art. 1371 inc. 2 del Cód. Civil.

Volviendo ahora a nuestra línea argumental –esto es, acogiendo la prescripción adquisitiva como modo de subsanación válido–, entendemos que podría plantearse la posibilidad de algún supuesto de suspensión o interrupción de la prescripción (conf. art. 3986 CCIV³⁹).

Surge claramente de la lectura de la norma que la voluntad del Codificador fue que bastara con la intención de ejercer el derecho, a pesar de que no se hiciera de la mejor forma; la solución parece justa. Pero ello no significa que, aunque se proteja al titular de un derecho de un error involuntario cometido al exteriorizar su voluntad de ejercerlo, se lo haga a ultranza y en desmedro de los derechos de terceros y, más aún, de la seguridad jurídica.

39. Art. 3986 CCIV: “La prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio...”.

Sostenemos que no puede exigírsele menos a quien acciona por un derecho que entiende le pertenece que el dar a publicidad su pretensión; y, a su vez, tratándose de derechos reales sobre inmuebles, dicha publicidad debe reflejarse en la matrícula correspondiente y tener un correcto emplazamiento registral. Los únicos a quienes sería oponible un derecho no publicitado son quienes conocieron o debieron conocer de él y/o de una controversia judicial al respecto. No puede pensarse que haya que hurgar expedientes judiciales para transmitir un derecho real por si acaso algún interesado no ha sido lo suficientemente diligente y no ha dado emplazamiento registral a sus pretensiones.

No caben dudas de que, en miras a la seguridad jurídica, quien pretenda ejercer un derecho evitando perderlo por el transcurso del tiempo debe valerse de la publicidad. No mediando dicha publicidad, estamos frente a una situación de apariencia jurídica que juega en favor de los terceros de buena fe.

4. Conclusiones

No resulta observable el título traído en consulta, con motivo de la donación efectuada por parte de una sociedad comercial, en virtud de tratarse de un acto que puede ser válidamente otorgado por la misma, sin perjuicio de las eventuales acciones de la propia sociedad, de sus socios, o de terceros, las que, a tenor del tiempo transcurrido, se encuentran prescriptas.

Para el caso de considerarse imprescriptible la acción, el título sería igualmente inobservable por haber transcurrido ya un plazo de más de veinte años de efectuada dicha donación.

Sobre latinos y sajones*

José A. Márquez González

Sumario: 1. Historia de dos países. 2. El derecho de los latinos. 3. Inicia la leyenda. 4. El punto de vista anglosajón. 5. La fuerza de las diferencias. 6. La fuerza de lo viejo.

1. Historia de dos países

Había una vez, en las cercanías de un río muy grande y muy largo, ya próximo a adentrarse en el mar, un pueblo que vivía en un territorio muy montañoso, cuyas alturas casi siempre estaban cubiertas de brumas y humedad. Sus habitantes practicaban la minería y tal vez ello provocaba que fuesen, en el carácter, un poco circunspectos y, en lo físico, algo pálidos de color. Además, vivían encerrados en ciudades poderosamente amuralladas, presumían de saber de magia, de cosas ocultas y misteriosas, de evocar a los dioses del Averno y ser muy buenos augures, a tal grado que infundían temor en sus vecinos. De hecho, mantenían cierta reputación de gente cruel y sombría, y, en efecto, el lugar donde vivían –en las montañas más altas y remotas– era precisamente conocido como el país de las sombras o los lugares sombríos. El poeta Virgilio les imputaba una tradición de gente cruel, soberbia y abominable, porque tenían la costumbre de amarrar los prisioneros vivos a los prisioneros muertos. La verdad es que, como decía Dionisio, no se parecían a ningún otro pueblo de la antigüedad y ellos mismos afirmaban venir de lejos, muy lejos, tal vez allende el mar, en Asia. No sabemos siquiera cómo se llamaban a sí mismos, porque su lengua se ha perdido y hace dos mil años que sus hablantes han desaparecido en las brumas de la historia.

En la margen opuesta, no muy lejos de ahí, pero en una zona de valles y planicies, vivía una raza muy distinta, de agricultores y pastores; eran gente práctica, algo dicharachera y de rostro bronceado, gente que, por cierto, estaba acostumbrada a resolver dificultades y a no complicarse mucho la vida. De hecho, eran tan prácticos que cuando se encontraban frente a un problema no lo rehuían jamás, sino que buscaban resolverlo en la mejor forma posible, para que no tuvieran necesidad –decían– de volver a ocuparse de él. Les gustaba vivir con el refinamiento que permitían las circunstancias, aunque nunca olvidaban el cumplimiento puntual de un deber

* Publicado en *Pódium Notarial*, Guadalajara, Colegio de Notarios del Estado de Jalisco, n° 40, junio 2012, pp. 41-50. La presente versión contiene correcciones del autor hechas con posterioridad.

para con la ciudad y sus dioses, y amaban especialmente a su patria y a su terruño de origen.

Puedo decir ahora el nombre del río que dividía ambos países: era el río Tíber. En cuanto a las tribus, Heródoto, el gran historiador griego de la Antigüedad, llamaba tirrenos al primer pueblo (la palabra tirano viene precisamente de este gentilicio). Los habitantes de Italia les decían *tusci* o *etruscis*. Por esta última razón, la historia les ha dado, a la postre, el nombre ficticio de etruscos. El segundo pueblo, en cambio, vivía en una región llamada Lazio (es decir, en el país de la tierra amplia y plana) y, por eso, se llamaban a sí mismos latinos, simplemente latinos, o sea, la gente que vivía en las planicies, en contraposición a la gente del país de las montañas sombrías.

Con el correr del tiempo, estos latinos alcanzaron una civilización sumamente avanzada y, por consiguiente, un derecho cada vez más evolucionado. Es claro que este derecho, sin duda, recogió una marcada influencia de la civilización etrusca, pero también de otras culturas. Tal vez, como dice Quintiliano, los latinos tuvieron la suerte de estar en el lugar adecuado y de vivir en el momento oportuno, porque recibieron esa influencia y, como gente práctica que eran, supieron aprovecharla.

2. El derecho de los latinos

Este ensayo trata precisamente de revisar algunos pasajes peculiares que, en mi opinión, caracterizaron notablemente la transmisión de esta sabiduría al derecho romanista o latino. Luego, trataré de contraponer esta cultura jurídica latina a la distinta tradición anglosajona, destacando algunas particularidades.

Mi primera cita se refiere a la influencia del modo de pensar de los griegos. He seleccionado un diálogo donde Sócrates está platicando con Critón. El filósofo espera a tomar la cicuta, encadenado en su celda y resignado a su suerte. Critón se acerca a decirle que se fugue, porque ha sobornado al guardia, que es su amigo. Le dice: “Sócrates, vámonos de aquí, no es justo dejar que te maten”; y trata de convencerlo. Todo es en vano, porque Sócrates replica: “pero dime, Critón: ¿qué cosa es lo justo; qué cosa es lo injusto?” Y el condenado se pone a platicar como si nada con Critón, hablando en forma genérica acerca de la justicia y de hacer el bien, etc. He aquí el ejemplo de que hablo:

— Además, Sócrates, cometes una acción injusta entregándote tú mismo cuando puedes salvarte.

[...]

— ¡Pero qué! ¿Es permitido hacer mal a alguno o no lo es?

— No, sin duda, Sócrates.

— ¿Pero es justo volver el mal por el mal, como lo quiere el pueblo, o es injusto?

— Muy injusto.

— ¿Es cierto que no hay diferencia entre hacer el mal y ser injusto?

— Lo confieso.

— Es preciso, por consiguiente, no hacer jamás injusticia ni volver el mal por el mal, cualquiera que haya sido el que hayamos recibido.¹

Aun, tengo otro ejemplo de esta forma griega de razonar, esta vez sobre la virtud de la santidad. Como se recordará, el padre de Eutifrón había castigado a un esclavo con tal severidad que el esclavo había muerto. Eutifrón considera un deber de santidad acudir al juzgado a denunciar a su padre por homicidio, puesto que es más importante obedecer las leyes de los dioses que el amor hacia los padres. El texto es como sigue:

— Ahora, en nombre de los dioses, dime lo que hace poco me asegurabas saber tan bien: qué es lo santo y lo impío; sobre el homicidio, por ejemplo, y sobre todos los demás objetos que pueden presentarse. La santidad, ¿no es siempre semejante a sí misma en toda clase de acciones? Y la impiedad, que es su contraria, ¿no es igualmente siempre la misma?

— Seguramente, Sócrates.²

Esta era la forma de pensar de los griegos: una forma especulativa, sin duda, cargada de una gran científicidad, que contribuyó no poco a su bien ganada fama de grandes filósofos y científicos. (Es sin duda cierto que en ambos casos la discusión se provoca por un asunto particular, pero no es esto lo que interesa a los griegos y, de hecho, es un mero pretexto para el análisis.)

¡Qué distintos eran los latinos! Es que simplemente ellos se planteaban problemas concretos, por ejemplo: ¿qué pasa si queriendo yo dar un puñetazo a mi esclavo, sobre el cual tengo derecho, te hubiera golpeado sin querer a ti, que estabas a su lado? Bueno, pues que no respondo por injurias.³

Lo que me interesa destacar aquí es la diferente naturaleza del tratamiento. El griego se perdía en especulaciones filosóficas; el romano era de lo más práctico: ¿qué es lo que pasa aquí?; ¿qué es lo justo en el caso concreto? (Aunque, sin duda, el romano no era solamente práctico, porque supo asimilar este conocimiento especulativo de los griegos).

La técnica se ilustra muy bien en una cita del *Digesto* de Justiniano: varios niños se ponen a jugar a la pelota y resulta que está un barbero por ahí, afeitando a un parroquiano, y la pelota va a dar precisamente en el codo del barbero. El barbero corta al parroquiano y los romanos se ponen a discutir: ¿quién tiene la culpa?, y, por lo tanto, ¿quién debe de pagar? Si varios jugasen a la pelota y uno, habiendo golpeado la pelota con más fuerza, la hubiese lanzado sobre la mano de un barbero de tal

1. PLATÓN, *Critón o del deber*.

2. PLATÓN, *Eutifrón o de la santidad*.

3. *Digesto*, 47, 10, 4.

modo que a un esclavo al que el barbero estaba afeitando le hubiera cortado la garganta con la navaja, queda obligado por la Ley Aquilia cualquiera de los que fueran culpables.⁴

Próculo da una opinión ligeramente distinta: dice que la culpa está en el barbero, y, ciertamente, si afeitaba allí donde era costumbre jugar o donde el tránsito era frecuente, hay motivo para imputarle la responsabilidad. También dice acertadamente que si alguien se confía a un barbero que tiene colocada la silla en un lugar peligroso, sólo él tiene la culpa.⁵

Por otra parte, el derecho romano recibió también la influencia de la tradición legal judía. Un ejemplo elocuente es, tal vez, la enumeración del *Decálogo* que podemos encontrar en el *Antiguo Testamento*⁶, aunque hay muchos otros. Cito algunos pasajes:

Los que convertís en ajeno el juicio, y la justicia la echáis por tierra [...] al que hablaba lo recto abominaron [...] sé que afligís al justo y recibís cohecho, y en los tribunales hacéis perder su causa a los pobres. Por tanto, el prudente en tal tiempo calla, porque el tiempo es malo [...] Aborreced el mal, y amad el bien, y estableced la justicia en juicio.⁷ Jueces y oficiales pondrás en todas tus ciudades que Jehová tu Dios te dará en tus tribus, los cuales juzgarán al pueblo con justo juicio. No tuerzas el derecho, no hagas acepción de personas, ni tomes soborno; porque el soborno ciega los ojos de los sabios, y pervierte las palabras de los justos. La justicia, la justicia seguirás, para que vivas y heredes la tierra que Jehová tu Dios te da.⁸

No se tomará en cuenta a un solo testigo contra ninguno en cualquier delito ni en cualquier pecado, en relación con cualquiera ofensa cometida. Sólo por el testimonio de dos o tres testigos se mantendrá la acusación.⁹

En el marco de la tradición propiamente cristiana, mi ejemplo favorito es un párrafo de Mateo. Es un pasaje donde el apóstol se refiere al juramento y dice: acuérdate, no hay que jurar el nombre de Dios en vano –y sigue– no debes de jurar ni por la tierra ni por Jerusalén; por nada, ni por tu cabeza –dice–. Cuando tú digas “sí”, es que es “sí”; si tú dices que “no” –cosa que también es legítima–, es que “no”. Cualquier violación a esta palabra –concluye– viene del demonio.¹⁰ Este breve párrafo de Mateo ha tenido una gran influencia, no solamente en el derecho matrimonial –de aquí, la indisolubilidad del matrimonio–, sino también en el derecho contractual: dijiste que

4. *Digesto*, 9, 2, 11.

5. *Ibidem*.

6. Éxodo, 20 y Deuteronomio, 5.

7. Amós, 5:7-15.

8. Deuteronomio, 16:18-20.

9. Deuteronomio, 19:15.

10. Mateo, 5:33-37.

sí, pues ahora respeta el contrato. También ha tenido influencia en el derecho internacional: debes cumplir con aquello a lo que te has obligado.

Una cita relacionada es la siguiente:

No te des prisa con tu boca, ni tu corazón se apresure a proferir palabra delante de Dios; porque Dios está en el cielo, y tu sobre la tierra; por tanto, sean pocas tus palabras. Porque de la mucha ocupación viene el sueño, y de la multitud de las palabras la voz del necio. Cuando a Dios haces promesa, no tardes en cumplirla; porque él no se complace en los insensatos. Cumple lo que prometes.¹¹

Esta doble influencia de la tradición, primero judía, luego cristiana, significó una notable evolución en la acusada formalidad inicial del derecho romano. Ayudó a que el derecho se perfeccionara y se hiciera más justo. Lo ejemplifican el siguiente pasaje, que afirma: “obedece y pórtate bien no sólo por razón del castigo, sino por razón de tu conciencia”¹². Igual puede verse en la idea natural del hombre justo en la historia de Sodoma¹³ y en una cita notable de Isaías: “ajustaré el juicio a cordel y a nivel la justicia”¹⁴.

Son todos ellos pasajes valiosos, que otorgan un valor ético a la acción jurídica. Estas ideas significaron una influencia apreciable –como la de la especulación metafísica griega– en el pensamiento jurídico romano.

3. Inicia la leyenda

Muchos siglos después, Dante Alighieri, en *La divina comedia* habría de referirse a Justiniano, el gran compilador, comparándolo con el lucero de la mañana. Dante, en efecto, hace decir a Justiniano: “César un tiempo fui, soy Justiniano y por querer del primer amor que siento –se refiere a la emperatriz Teodora– le quité a las leyes lo sobrante y lo vano”.¹⁵ La magna recopilación mandada a hacer por Justiniano, condensada en el *Digesto* o *Pandectas*, las *Instituta*, el *Codex* y las *Novellae*, ya había adoptado el nombre de *Corpus iuris civilis* y ejercería una notable influencia en la formación de las raíces mismas de la civilización europea.

La ciudad de Roma, su derecho y su idioma, adquirieron la característica de la inmortalidad y cristalizaba así la leyenda de un derecho romano imperecedero, factor esencial como elemento civilizador y humanista. Ciertamente, no deja de llamar la atención la manera en que un sistema jurídico que regía para un imperio de apenas

11. Ec., 5:2-4.

12. Romanos, 13:15.

13. Génesis, 18:23-32.

14. Isaías, 28:17.

15. El Paraíso, V-VI.

cincuenta millones de gentes (que viajaban a pie y en carretas), sea ahora, dieciocho siglos después, la base del derecho de sociedades altamente evolucionadas, de cientos de millones de personas, que se comunican casi a la velocidad del pensamiento.

Y por cierto, no hay que olvidar que el gran amor de Justiniano, la bellísima y sensual Teodora, estuvo animándolo a culminar su gran recopilación legislativa, a construir una iglesia digna y a expandir las fronteras del imperio. Se recordará que Teodora era plebeya y, por añadidura, bailarina en el circo de su papá, quien era un amaestrador de fieras. Justiniano se había enamorado de ella y, según la tradición, le había confiado a su tío, el emperador Justino, que se quería casar con Teodora. El tío contestó: “pero, ¿cómo va a ser?, ¿no sabes que no puedes? Está prohibido por la ley”. Sin más, Justiniano le responde: “tío, ¿y si derogamos la ley?”. Finalmente, Justiniano se casó con Teodora y la mujer, de bailar en los circos, se convirtió en emperatriz. Ella fue la que animó decididamente a Justiniano para hacer su recopilación legislativa y por eso habla Dante con tanto elogio acerca de ambos.

Muchos siglos después, Friedrich Karl von Savigny escribía con elogio en su *Sistema de derecho romano actual* –poco antes de su muerte, en 1861– acerca de la inmortal tradición histórica del derecho romano y de su influencia perenne en la elaboración de los tres grandes códigos modernos: Prusia (1753), Austria (1767) y Francia (1804). En contrapartida, afirmaba que en sus tiempos –es decir, en el siglo XIX– no se tenía vocación alguna para redactar codificaciones legales.

La leyenda del derecho romano culmina tal vez con la obra magistral de Rudolf von Jhering, *El espíritu del derecho romano*. Esta famosa, famosísima obra, contiene un magnífico estudio acerca de los orígenes del derecho romano, sus características generales y su técnica, con elogiosas palabras acerca del pueblo latino y de las funciones de los juristas como redactores y escribanos (*cavere y scribere*), como consejeros (*respondere*) y como árbitros (*receptum arbitri*).

En suma, el derecho romano se convirtió en una tradición perenne que se mezcló con lo mejor del derecho foral peninsular, del *droit de costumes* francés y del derecho de los espejos germánicos, entre otros, para poder desembocar en la cristalización de las codificaciones de fines del siglo XVIII y principios del XIX y aun en los modernos textos de derecho uniforme de la última década del siglo XX. Tanto que, en 1804, Jean Etienne Marie Portalis escribió en su celebrado *Discurso preliminar al Código Civil francés* que “la historia de la legislación de Roma es, más o menos, la legislación de todos los pueblos”. Y en efecto, en el mismo discurso oficial presentado al cuerpo legislativo, se estableció que las modernas compilaciones, o sea, las de hace doscientos años, “resultaban del estilo de la que dispuso Justiniano”.

4. El punto de vista anglosajón

Es sin duda una gran cosa estudiar el derecho romano, sobre todo cuando tenemos diecisiete o dieciocho años –aún con espinillas en la cara– y el primer día en la fa-

cultad de derecho nos sentamos allí muy discretamente y escuchamos anhelantes lo que el profesor va a decir. Es cierto que todavía estamos pensando en la disco, tal vez en la novia, en la canción que está de moda y en cosas por el estilo. Pero nos cautiva el derecho romano y sentimos, con el paso del tiempo, una cierta veneración hacia él. Sin embargo, no todos piensan así: en el mundo en que ahora vivimos hay varios sistemas de derecho. Fundamentalmente, hay dos que nos atañen: el nuestro, el derecho latino o romanista, y el derecho anglosajón. Tal vez, los anglosajones no opinan siempre lo mismo del derecho romano. Mencionaré solamente unos pocos ejemplos.

Mi primer ejemplo son algunos pasajes del filósofo, economista y jurista Jeremías Bentham. Referiré aquí dos citas de sus obras *The principles of morals and legislation* (1781) y *El tratado de las pruebas judiciales* (1823). Pues bien, Bentham se refería al derecho romano como “esa enorme masa de confusión e inconsistencia” que ha contribuido no poco al “estado deplorable de la ciencia de la legislación”. Al propio tiempo, enfatizaba su célebre principio de utilidad (que luchaba entre los puntos extremos del dolor y del placer) como un principio básico de su filosofía jurídica y, en realidad, de la filosofía pragmática anglosajona: “el objeto de las leyes –decía– cuando son ellas lo que deben ser, es producir, en el más alto grado posible, la felicidad de la mayor cantidad de personas”.

Mi segundo ejemplo se refiere a John Austin, abogado litigante y profesor en Londres. Es autor de un único libro –de publicación póstuma por su esposa– llamado precisamente *On the utility of the study of the jurisprudence* (1861). Es cierto que Austin marchó a Europa continental a estudiar el derecho romano, pero no se pronunciaba con mucho entusiasmo acerca de esta asignatura. Hablaba del derecho germánico, por ejemplo, y decía que era un buen ejemplo de lo que, a su parecer, “no estaba muy influenciado por el derecho romano”. También decía que el derecho inglés no desmerecía en nada con respecto al romano, suponiendo que éste tuviese muchas virtudes.

Mi tercer y último ejemplo tiene que ver con Oliver Wendell Holmes, el gran juez de los norteamericanos. Holmes escribió un librito llamado *The path of law* (1898), que tal vez ni merezca llamarse libro (ya ven cómo son los americanos: era una conferencia que el célebre juez dio alguna vez en Boston y se tomó la molestia de escribirla). En este pequeño librito, Holmes califica el derecho romano como una “reliquia fósil de la historia”. Más adelante, habla de los jóvenes, esos jóvenes que entran el primer día a la facultad, a los cuales ya me he referido, y les dice:

... el consejo que nosotros los maestros mayores podemos dar a los jóvenes corre el riesgo de estar muy apartado de la realidad de lo que piensan éstos y entre los menos realistas coloco la recomendación de estudiar derecho romano.

La cuestión, sin embargo, rebasa el ámbito puramente científico y trasciende el lenguaje coloquial, incluso como resultado de distintas actitudes de carácter moral y religioso. Como se sabe, el pueblo norteamericano conserva los valores morales de una

sociedad puritana, en virtud de los cuales la palabra empeñada y aun el simple apretón de manos para concluir un acuerdo deben ser necesariamente honrados. Expresiones típicamente anglosajonas con repercusiones jurídicas son, por ejemplo, el *fair play* o el *gentlemen's agreement*. Pero el asunto va más allá. Incluso, hay expresiones que definen lacónicamente ciertas actitudes doctrinales. Así, los norteamericanos hablan, por ejemplo, de doctrinas como las siguientes:

- *Last clear chance*, actualmente casi en desuso, para distinguir entre la negligencia no determinante de aquella otra irremediable.
- *Mailbox theory*, una vieja teoría (1818) que justifica el momento de perfección del contrato celebrado entre no presentes –o distantes–.
- *The four corner rule*, una denominación muy elocuente para interpretar un documento legal en su contexto integral y no por sus partes aisladas.
- *Knock out*, que se refiere al presunto acuerdo respecto de cláusulas estándar que resultan substancialmente comunes en ambas propuestas –oferta y eventual aceptación–.
- *Last bang*, que remite, en caso de pluralidad de ofertas y contraofertas, a la hipótesis de que el acuerdo tuvo lugar conforme al último envío o referencia (o último disparo).
- *Three day cooling off period*, para la revocación de la oferta en ventas a domicilio o *door to door*.
- *Laughing heir*, una expresión muy gráfica para designar a un pariente lejano que es llamado a recibir una herencia en un repentino golpe de fortuna. Literalmente, significa heredero sonriente.
- *Piercing the corporate veil*, que literalmente significa levantar el velo corporativo. La ley intenta hacer transparentes la administración y la rendición de cuentas de las grandes compañías comerciales.
- *White collar crime*, denominación que engloba los delitos cometidos por famosos personajes, ricos empresarios o funcionarios públicos que suelen disfrutar de privilegios en su proceso o condena penal por la complejidad o sofisticación económica o social del crimen perpetrado.
- *Yellow dog*, cláusulas de ciertos contratos laborales que prohíben al empleado unirse a un sindicato. Este tipo de contratos están prohibidos.
- Términos usuales como *reasonable person*, *reasonable alternative*, *comercial standards of fair dealing* y expresiones similares, que los norteamericanos frecuentemente emplean en la redacción de sus leyes y contratos.
- *No-knowk Law*, que permite a la autoridad, en los casos de cateo, omitir algunas formalidades para evitar la eventual pérdida de pruebas.

Renglón aparte merece la conocida tendencia de los norteamericanos para referirse a ciertas leyes por sus características más distintivas, el nombre de su autor o el de su principal protagonista. He aquí unos pocos ejemplos:

- *Enoch Arden Law*, para presumir la muerte del cónyuge ausente, en alusión al poema del mismo nombre de Alfred Lord Tennyson.

- *Miranda Law*, una ley que intenta proteger los derechos de las personas bajo arresto, nombrada así por el apellido de su protagonista latino.
- *Son of Sam Law*, que intenta evitar las ganancias por regalías de aquellos criminales famosos que gustan de divulgar masivamente sus historias, ya sea haciendo apología de ellas o como ejemplo pernicioso.
- *Lemon Laws*, que se refieren al derecho a devolver un automóvil nuevo porque no haya tenido arreglo en sucesivos intentos de reparación (o por haber estado fuera de servicio cierto tiempo).
- *Grandfather clauses*, una ley que no permitía votar a los negros, a menos que su abuelo ya lo hubiera hecho.
- *Jim Crow Laws*, leyes que restringían o excluían a los negros de ciertas instalaciones públicas como hoteles, restaurantes, trenes y autobuses. Tampoco podían prestar el servicio en jurados y su testimonio en un proceso legal no tenía el mismo valor que el de los blancos. Además, se les restringía el acceso a ciertos empleos; estaban prohibidos los matrimonios interraciales, etc.
- *Sunshine Laws*, una ley federal que exige a los departamentos o agencias gubernamentales dar a conocer las minutas de sus asambleas y sus registros corporativos, así como permitir el acceso del público a las reuniones (*Open Public Meetings Laws*).
- *Blue Sky Laws*, leyes estatales que intentan regular la venta de acciones y garantías a través de compañías de inversión, para prevenir fraudes masivos.
- *Caylee's Law*, un reciente proyecto de ley que exige dar aviso inmediato a las autoridades de la desaparición de los niños –independientemente de la responsabilidad que se tenga en el acto–. Fue nombrado así en honor a la niña extraviada de ese nombre.
- *Blue Laws*, leyes federales o locales que restringen las actividades comerciales los domingos, con base en motivos religiosos. Su nombre proviene del color azul del papel en que se imprimieron por primera vez.
- *Taking the five*, un término popular para ampararse en la quinta enmienda constitucional –que autoriza a no incriminarse a sí mismo–.

5. La fuerza de las diferencias

Todos los latinos somos *hermanitos*. Nos gusta decirnos así. Y sí, esta parte del cuento podría llamarse historias de familia, porque todos nos sentimos miembros de algo deliberadamente vago, atractivo, misterioso y rancio llamado latinidad. Una latinidad que no se acaba de entender, pero que los afanes imperialistas de Maximiliano y de la Francia del siglo XIX supieron capitalizar muy bien. También lo han hecho los españoles al decir que todos somos Hispanoamérica y los mismos estadounidenses al etiquetarnos como *los demás americanos* y afirmar que existe algo así como *las Américas*. Sí, las Américas, en plural.

Se trata, con todo, de una latinidad que nos define, nos ubica, nos hace iguales –a algunos más iguales que otros– y nos permite compartir una larga, larguísima historia. Pues bien, latinos y sajones parecemos venir de mundos distintos. Y en efecto, somos distintos, muy distintos. Véase, por ejemplo, el aspecto físico. Yo no voy a hablar mal de los anglosajones y menos aún de los norteamericanos –cariñosamente llamados *yanquis* o *gringos*–. Al contrario, yo voy a hablar bien de ellos: la tele dice que son altos, guapos, de ojos azules, pelo rubio, llenos de pecas y, como dice Cantinflas, desde chiquitos hablan inglés, “a más de ser güeritos y tener grandes los pies”, como dice Cri-Cri. Es cierto que son algo pesados –pesados de gordura y tal vez también de entendimiento–. En cambio, con excepción de los argentinos, que afirman asemejarse a los europeos, nosotros, los latinos –y especialmente los mexicanos–, somos gorditos, panzoncitos, nalgoncitos, chaparros y de pelo chinito. Pero, eso sí, muy listos para el doble sentido y los albures.

En cuanto al idioma, casi todos los latinos hablamos español y aun nos entendemos muy bien con los brasileños en *portuñol*. Es distinto con los norteamericanos, porque ellos parecen hablar al revés. Si nosotros decimos “una casa bonita”; los gringos prefieren decir, no sé por qué, “¡Qué una bonita casa!”. Y si nosotros decimos –como todo mundo dice– “compraventa”, ellos prefieren decir “venta-compra” (*sale and purchase*). Y hasta para contar ellos cuentan al revés: en vez de “uno, dos, tres, cuatro, cinco...”, ellos cuentan así: “diez, nueve, ocho, siete, seis, cinco...”, cuando es mucho más sencillo decir “¡a la una, a las dos y a las tres...!”.

Y en verdad, nosotros como latinos somos algo rebuscados para hablar y evitamos a toda costa las frases negativas rotundas o tajantes; además, siempre decimos “para servirle”, “mande usted”, y nos gusta iniciar la conversación –aunque no tenga ningún sentido– con la consabida frase “disculpe usted”. En suma, nos tomamos todos los trabajos del mundo para no herir los sentimientos de los demás. En general, nos sentimos orgullosos de esta especie de humildad latina y en ciertas ocasiones consideramos hasta de mal gusto hablar en primera persona; en cambio, otra vez, los norteamericanos, no vacilan en decir “Yo”, siempre con mayúsculas.

Es cierto que, en cuanto a la religión, todos somos –de nuevo– hermanitos. Pero con los Estados Unidos, no. Somos tal vez hermanos en la fe, pero nos cuidamos de aclarar que ellos son hermanos separados y, al final, preferimos llamarlos coloquialmente los primos del Norte, como manteniendo prudentemente las distancias en el parentesco. En este mismo aspecto de la religión, está claro que los latinos veneramos a los santos, creemos en la virgencita de Guadalupe, nuestros futbolistas se persignan al entrar a la cancha y decimos para casi todo “por Diosito Santo”, “primero Dios” y “si Dios quiere”; pero aun en ámbitos más triviales es lugar común afirmar que los latinos somos más desorganizados y, sobre todo, impuntuales, y todavía es muy frecuente la actitud del despachador de la gasolinera que se considera siempre obligado a decir “¿ceros, eh?”. Por su parte, es fama que los norteamericanos observan en su trabajo una ética protestante más o menos rigurosa, seguramente heredada

del puritanismo de los colonizadores, aprecian sin duda el valor de la franqueza y, desde luego, aborrecen las mentiras. Suelen decir “*oh, my God!*”.

La historia también nos separa. Hace cien años, los mexicanos éramos afrancesados. A principios del siglo XX, en efecto, los llamados asesores científicos del presidente Díaz veneraban lo francés y toda la clase alta de la burguesía mexicana gustaba de la música, los pasos de baile, la moda, la cocina y los libros franceses, y mandaba a sus hijos a estudiar a prestigiosas universidades en París, y cuando algo les gustaba decían que estaba muy *chic*. Ahora, en cambio, somos pro-*yanquis* y ahorramos afanosamente porque la jovencita vaya a cualquier universidad a Nueva York, Boston, Los Ángeles o ya, de perdida, a Miami (cuando digo “de perdida”, me refiero a la ciudad). Y si algo nos gusta, ahora decimos que está “muy *cool*” o “*very nice*”.

Mucha gente piensa que incluso nuestros destinos son distintos: los norteamericanos son ricos y nosotros parecemos eternamente pobres. Hasta pensamos que siempre les va mejor a ellos y que nosotros debemos sufrir todas las penalidades del mundo por una especie de castigo divino. Y, en efecto, hemos sido víctimas, especialmente de los *gringos*. Aun recientemente lo fuimos, como cuando Samuel Huntington afirmó, con toda desfachatez, que los hispanos indocumentados son un grave riesgo para la identidad nacional de los *gringos*. Y sí, en lugar de sentirnos villanos, otra vez nos sentimos ofendidos. Una especie, pues, de efecto Mateo: nosotros, perpetuando nuestros errores, mientras que ellos, como dice la radio de La Comadre, ¡puros éxitos!

Bien decía Mateo que “al que tiene le será dado, y tendrá más; y al que no tiene, aun lo que tiene le será quitado”¹⁶, lo cual recuerda muy bien la cantaleta de “los de adelante corren mucho y los de atrás se quedarán”. Pero eso sí, nos encanta aclarar que “como México, no hay dos” y alguna vez alardeamos de decir que aquí ya teníamos universidades cuando en las llanuras de los *gringos* sólo había manadas de bisontes. También dicen –y parece estar probado por encuestas científicas– que los latinos, a diferencia de los anglosajones, somos más felices y más propensos a la risa, a la burla y al lenguaje en doble sentido y que, en suma, tendemos más a expresar nuestras emociones.

Después de todo, tal vez todo esto no responda sino a una secreta envidia y, quizás, en el fondo subyace un doble lazo de amor y odio –alternativos– que ha caracterizado la relación entre latinos y anglosajones o, particularmente, entre mexicanos y estadounidenses.

6. La fuerza de lo viejo

Para terminar, deseo comentar un pasaje de una novela que parece venir muy bien al caso. Se trata de la novela inmortal de Fernández de Lizardi, *El Periquillo sarniento* (México, 1816).

16. Mateo, 25:29.

Resulta que Perico, Periquillo, que no tiene trabajo ni nada, ni es hombre de provecho, se mete en distintos lugares a trabajar: trabaja en un convento, en una funeraria, en un hospital, en una botica, en el reclusorio y en un juzgado. También se mete de militar, de marino, de sacristán y de zapatero. Y en todas partes lo hace mal. Pues bien, por azares del destino, este Perico se mete a trabajar a un despacho de abogados e incluso a una escribanía. En esta última oficina acontece algo muy gracioso que deseo narrar aquí.

De momento, sucede que se va el escribano y le dice: “Perico, ahí te encargo la oficina. Atiendes a la gente si viene alguien”. El tipo, que ya casi se siente escribano, se pone efectivamente a atender la notaría. Pues sucede que llega una persona, una señora encumbrada llamada doña Damiana Acevedo, y le dice: “señor escribano, quiero que me redacte una escritura. Tengo mucha prisa y necesito venderle al caballero aquí presente”. Perico dice: “Sí, como no, pase usted”, y se pone a redactar una escritura porque le han dicho que es muy sencillo: es solamente cuestión de tomar un modelo, de esos antiquísimos modelos que hay, y copiar casi tal cual. Se cambian los nombres, el domicilio, la edad, el precio, naturalmente, y asunto resuelto: uno se ha ganado el dinero del día de hoy.

Perico comienza a hacer la escritura y él entiende que tiene que ponerle lo que dice el formulario. Y éste contiene cosas así: “Que renuncia a la excepción de *non numerata pecunia*”; y él dice: “no tengo ni idea de qué es esto, pero igual lo pongo”. Y efectivamente lo pone, y luego dice: “Que la mujer también renuncia al *senadoconsulto veleyano*” y sigue escribiendo como si tal cosa (ya nada más le faltó el *macedoniano*).

En fin, las partes están presentes, se ha convenido el negocio y él está escribiendo cosas como ésta: “Doña Damiana Acevedo, por sí, y en nombre de sus herederos, sucesores, hijos, nietos, bisnietos, que no los tiene, pero por si algún día los tuviere, vende para siempre jamás –así, con cierto aire de nostalgia–, a don Hilario Rocha”. Perico sigue redactando:

... que el inmueble –la casa– la vendedora no la tiene vendida, ni enajenada ni empeñada; que está libre de tributo, memoria, capellanía, vínculo, patronato, fianza, censo, hipoteca y cualquier otra especie de gravamen. Que la dona con todas sus entradas, salidas, usos, costumbres y servidumbres en cuatro mil pesos en moneda corriente y sellada con el cuño mexicano.

Y hace decir Perico a la vendedora:

... desde hoy en adelante para siempre jamás, la vendedora abdica, se desprende, desampara, desiste, quita y aparta, para ella y sus sucesores, de la propiedad, dominio, título, posesión, usufructo, voz, recursos, etc. Y para que la tome, la goce, la disfrute y la haga suya –se refiere al inmueble–, con justo y legítimo título, declara que el precio son los dichos cuatro mil pesos. Que no vale más, pero si valiere más, de todas formas se la vende, porque no ha hallado quien le dé más por ella.

El Periquillo Sarniento fue escrita hace doscientos años. Todavía puede observarse en ella, sin duda, la influencia perdurable del derecho romano en la práctica cotidiana de la época. Allí también se advierte esta veneración por el antiguo derecho.

Vuelvo ahora a mi punto central: la relación entre nosotros, los latinos, y nuestros vecinos, los sajones. Que nuestros sistemas jurídicos, nuestra organización judicial y nuestra forma de entender el derecho son distintos está fuera de duda. El punto es tratar de lograr un entendimiento entre ambos.

No sé cómo va terminar este cuentito que narré al principio de la charla. Es una historia que empezó hace dos mil ochocientos años y que nos abisma en dos mundos distintos, el mundo latino y el mundo sajón, cada uno con sus virtudes y con sus defectos. Está claro que somos distintos: está claro también que debemos encontrar una forma de entendernos.