

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

917

JULIO | SEPTIEMBRE 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

Mandatos en los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por *Sebastián Justo Cosola* | **10**

Análisis de cláusulas contractuales vinculadas con el precio en moneda extranjera, por *Mariano Esper* | **50**

Apuntes críticos del Código de Ética Notarial, por *Pablo Julián González Mantelli* | **69**

Discursus sobre el régimen de vivienda y su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación, por *Mario Gabriel Szmuch* | **74**

Jurisprudencia comentada

Inconstitucionalidad de la Ley 14.432 de provincia de Buenos Aires, reglamentada por Decreto 547/2013, por *Nelly Alicia Taiana de Brandi* | **105**

Vicios redhibitorios. Defensa del consumidor, por *Mariano Verzera* e *Ignacio Vignoni* | **125**

Dictámenes

Compra en comisión. Momento para hacer la denuncia de comitente, por *Alfonso Gutiérrez Zaldívar* | **149**

Historia

Historia del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, por *Álvaro Gutiérrez Zaldívar* (capítulos 1 y 2) | **158**

Balance del año para la *Revista del Notariado*

Queremos hacer un balance de la actividad de la *Revista* durante 2014 y comentar algunas cosas buenas que este año nos trajo.

El Colegio de Escribanos decidió reducir las limitaciones y los altos costos que generaba la impresión en papel e iniciar un proceso de modernización profunda de la *Revista del Notariado*, sosteniendo su tradición como publicación jurídica, pero actualizándola y haciendo de ella una herramienta de consulta y estudio –gratuita– que se integre a las nuevas tecnologías de la información.

La digitalización de la *Revista* no sólo ha permitido divulgar la producción intelectual del notariado en un universo más amplio, sino que también les ofrece a sus lectores un aprovechamiento más rico de sus contenidos. Se ha buscado darle a la *Revista* la interactividad que ofrece el mundo digital –especialmente, Internet–, lo que a su vez significa una nueva forma de leer, una nueva forma de investigar: consulta directa de las notas, etiquetas temáticas que interrelacionan artículos afines, links directos a páginas web útiles, normativa, instituciones, bibliografías digitales, entre otras posibilidades.

Este proceso se complementó con la creación de un sitio web exclusivo para la *Revista*, cuyos contenidos se adaptan a los distintos dispositivos que actualmente utilizamos para el acceso rápido a Internet. Las estadísticas proporcionadas por la página de la *Revista* muestran que, a enero de 2015, ha recibido más de 11.400 visitas. Aproximadamente 1.700 provienen del extranjero.

Algunas situaciones que vivió el notariado

El contexto general del país le deparó a la actividad notarial un año con muchas dificultades. La cantidad de escrituras de compraventa e hipotecas ha ido en descenso y, simultáneamente, nuestro trabajo se ha complejizado ante la necesidad de dar respuesta a los nuevos requisitos establecidos por las autoridades nacionales y locales. El Colegio, si bien se ha visto afectado por esta situación, ha logrado atravesar el 2014 con plena confianza en un futuro mejor.

Es importante notar, sin embargo, qué importante ha sido este año para la función en relación con la formación profesional. La mayor disponibilidad de tiempo por la disminución del trabajo, sumada a la trascendencia del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación –finalmente sancionado en octubre–, generó un escenario propicio para la investigación y la capacitación, que obedece no sólo a una obligación legal sino a la vocación de estudio. Si uno va al Colegio a eso de las siete de la tarde, cualquier día de la semana, siempre encuentra colegas que están participando de un curso, trabajando en alguna comisión interna o participando de las reuniones de algún instituto de investigación.

Tenemos la sensación de que durante este año se han hasta incrementado los cursos, talleres y conferencias que se dieron en el Colegio. Esto nos permitió profundizar nuestros conocimientos; además, nos facilitó cumplir con la obligación de la capacitación obligatoria, que no todas las profesiones tienen y nos da una base sólida para la confiabilidad en nuestro trabajo.

En el mes de diciembre se realizaron cuatro paneles sobre el Código Civil y Comercial, que analizaron las principales modificaciones introducidas al régimen vigente. Cabe destacar asimismo la presencia en el Colegio del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Luis Lorenzetti, quien ofreció una conferencia exclusiva para los escribanos de esta ciudad para analizar los aspectos fundamentales del nuevo Código.

Durante 2014 se dictaron más de setenta y cinco cursos, con un total de ciento cuarenta y siete docentes.

Otras novedades positivas

Cancelación de CUIT

A fines de 2013 la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) dispuso aplicar, por resolución general y como medida sancionatoria, la cancelación de la clave única de identificación tributaria (CUIT) de contribuyentes. Ante tal situación, el Colegio informó su posición institucional al respecto y sugirió pautas a seguir en el caso de que en una escritura se presentara un contribuyente afectado por esa situación. En 2014 la posición sostenida por el Colegio encontró respaldo en un fallo de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal que, en autos “FDM Management SRL”, declaró la inconstitucionalidad de aquella resolución de la AFIP, al considerar que la ley de procedimiento tributario no le otorga facultades para ello (la Corte Suprema rechazó el recurso extraordinario presentado por la AFIP).

Registro de Mediadores

El Colegio realizó gestiones ante la Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos a fin de que se les reconociera a los escribanos la antigüedad en la matrícula que tienen en el Colegio para la inscripción en el Registro de Mediadores. El resultado de las gestiones fue positivo y, por ello, a los escribanos que acrediten tres años de matriculación en el Colegio se les dará por cumplido el requisito de antigüedad exigido por la normativa.

Esto no hace más que reconocer el carácter esencialmente conciliador del notario, cuya función primordial es lograr un acercamiento entre las partes a fin de salvaguardar los intereses de los contratantes de una forma efectiva. En un momento en el

que las condiciones económicas traen conflictos tanto en el ámbito familiar como en el laboral y empresarial, es bueno recurrir a métodos alternativos que permitan arribar a una solución rápida.

Abogados certificadores

El 14 de noviembre de 2014 el Juzgado Contencioso Administrativo Federal n° 7 resolvió hacer lugar a la demanda presentada por el Colegio de Escribanos y ordenó dejar sin efecto el reglamento por medio del cual el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal pretendía habilitar a los abogados a certificar firmas.¹

Este número

Tenemos muy buenos trabajos de doctrina. Las materias abordadas son: mandatos en la jurisprudencia de la Corte Suprema; precio en moneda extranjera; ética notarial; régimen de vivienda y su subrogación real en el nuevo Código. Este número incluye asimismo dos comentarios a fallo y un dictamen jurídico notarial.

La historia de nuestro Colegio

En este número, además, comenzamos a publicar “La historia del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires” (en esta entrega, los dos primeros capítulos).

Diríamos que en general, con excepción de José A. Negri, no encontramos autores que se refieran en forma concreta a la historia de nuestro Colegio.² Hay una gran cantidad de buenos autores que analizan el notariado de una forma amplia y se remontan a sus orígenes en distintas partes del mundo, configurando verdaderos tratados, y otros que se concentran en un hecho o una situación especial, analizando temas más circunscriptos. De cualquier forma, el trabajo de Negri se detiene en 1947, ya que el Colegio había presentado en 1934 un anteproyecto de Ley Orgánica del Notariado que fue el antecedente de la Ley 12.990/47. Su trámite de aprobación llevó doce años y produjo un cambio sustancial en nuestro Colegio y en nuestro notariado; fue una ley de avanzada y rigió nuestras funciones y las del Colegio hasta el año 2000.

Para esa época (1947), Negri se concentra en la creación de la Unión Internacional del Notariado, cuyo primer congreso se realiza al año siguiente en Buenos Aires.

1. Hemos comentado los aspectos más relevantes de esta situación en los editoriales de los números 915 y 916.

2. Su trabajo está en Obras de José A. Negri, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1966, t. III (disponible en la biblioteca del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires).

Esta asociación no ha parado de crecer e incorporar nuevos países a partir de ese Congreso. Hoy reúne 86 países e instituciones.

Tiempos de cambios

Estamos asistiendo a una revolución tecnológica que está cambiando el mundo de una forma irreversible; en prácticamente ninguno de los grandes cambios podemos volver atrás. Y en diez años habrá otros que hoy ni soñamos; trabajos que se afirmarán y otros que se verán afectados, como desaparecieron las diligencias y el transporte en buques con velas, como mandamos ahora mails en lugar de escribir cartas en papel...

Recuerdo que hace unos treinta años leímos un libro que se llamaba *La tercera ola*, de Alvin Toffler, que dividía los cambios en el mundo en tres etapas. Toffler llamaba a la primera “la ola rural”, en la que el hombre normal nunca se alejaba más de veinticinco kilómetros del lugar donde vivía (más o menos la distancia entre el mercado donde vendía sus productos y su casa). Esos hombres no eran, desde un punto de vista ecológico, una carga sobre el planeta, no consumían combustibles fósiles y usaban sólo energía humana o animal. Los padres educaban a sus hijos, compartían con ellos las tareas rurales y vivían juntos.

Ese periodo duró unos mil seiscientos años. Luego vino “la ola industrial”, que sacó a los hijos de sus casas y los llevó a las fábricas. Fueron educados para hacer un tipo determinado de trabajo. Si estudiaban, lo hacían con maestros. Vivían fuera de su hogar; muchos comían y dormían en las fábricas. Esta segunda ola tomó unos cuatrocientos años.

Toffler decía que los que estábamos en el mundo al momento de aparecer su libro teníamos el privilegio de asistir a “la tercera ola”, que iba a suceder durante nuestras vidas y que traería cambios a tal velocidad que participaríamos en el final de la ola anterior y en la aparición de la nueva. Esta ola era “tecnológica”. El autor relataba que en ese momento había países que estaban pasando simultáneamente por diferentes olas y que eso dependía del lugar donde vivíamos. Había lugares que en mayor o menor medida estaban todavía en la ola agrícola, otros en la industrial y otros en un conjunto de ambas. Sostenía que la revolución tecnológica buscaría nuevas fuentes de energía y haría que nuestras vidas cambiaran radicalmente.

Así fue. Hoy hay una cantidad de inventos y tecnologías que nos están cambiando la vida a toda velocidad. No juzgo si esto es mejor o peor, todos los lectores de esta revista tienen la capacidad de sacar sus propias conclusiones.

Nos despedimos afectuosamente hasta el próximo número.

EL DIRECTOR

Mandatos en los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de La Nación*

Sebastián Justo Cosola

Con respecto a los mandatos, se observa que casi todos están llenos de superfetaciones, con expresiones clásicas inspiradas en poderes de antaño, que indicaban las facultades *ad solemnitatem* [...] criterio absurdo de “lo que abunda no daña”, que no hay razón para sostener, porque el poder vale no por la fórmula que siga al estilo, sino tan sólo por lo que expresa, es decir, por el acto jurídico a ejecutar [...] porque, en la “hora de la innovación”, ya es tiempo de que la técnica notarial moderna, creadora, deseche la estructura clásica de las fórmulas que aún se hilvanan.

Argentino NERI, *Ciencia y arte notarial***

Pienso que la clave de la función notarial se halla en saber captar el sentido del derecho, en actuar dentro del ámbito de la libertad civil y de conformidad con los usos negociales. Sin duda, el sentido del derecho, o sentido de lo justo, se funda en un sentimiento de justicia que se halla innato en el hombre [...] Los usos notariales, especialmente los revelados en las convenciones notariales, constituyen a la larga una aportación a las formaciones legales, una intervención de los prácticos del derecho en la esfera de la normación jurídica, cerrando un ciclo lógico e inevitable entre la norma reguladora y la vida palpitante de los negocios jurídicos. La ética y el respeto a los usos vividos para configurar la voluntad de los otorgantes, siguiendo los cauces que dejan libres las normas imperativas y prohibitivas, creo que deben constituir la pauta general orientadora para el notario en su función configuradora de los negocios jurídicos y un punto de orientación de las preguntas que es preciso formularles. Se trata de hallar la equidad en el sentido de buscar y procurar la solución individualizadamente más justa que pueda encontrarse.

Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Manuales de metodología jurídica****

* Esquema presentado en el LXVII Seminario Teórico y Práctico “Laureano A. Moreira”, organizado por la Academia Nacional del Notariado (Buenos Aires, 5-6 junio 2014) sobre la base de la investigación realizada para la colección “Máximos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (ARMELLA, Cristina N. [dir.] y ESPER, Mariano [coord.], *Contratos*), La Ley, Buenos Aires, 2014. El presente esquema resulta ampliado en cuestiones de expresiones académicas y limitado en las exposiciones de las sentencias escogidas originariamente. Es preparado exclusivamente para la atención del jurista-notario asistente al Seminario. Para su profundización, estudio de fuentes, relaciones constitucionales, etc., remito al estudio referido, de reciente publicación.

** NERI, Argentino I., *Ciencia y arte notarial. Crítica razonada y práctica aplicada*, Buenos Aires, Ideas, 1945, t. I, pp. 345-346.

*** VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Manuales de metodología jurídica. De la determinación del derecho*, Madrid, Consejo General del Notariado Español, 2004, t. III, pp. 257-259.

ABSTRACT

Se presenta un panorama actualizado de las doctrinas nacionales e internacionales en el intento por precisar los conceptos de mandato, poder y representación en el derecho privado actual. Asimismo, se hace referencia a los casos trascendentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que incluyen apuntes interesantes acerca de la temática en estudio. Finalmente, se hace alusión a la tarea notarial de confección, precisando los deberes éticos notariales aplicados que el notario debe anteponer a la redacción del documento.

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Esquema del mandato, la representación y el poder en la doctrina civilista. **3.** El mandato, la representación y el poder en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil. **4.** Esquema del mandato, la representación y el poder en la doctrina notarialista. **5.** El mandato, la representación y el poder en las Jornadas Notariales Argentinas y en las Jornadas Notariales Bonaerenses. **6.** Precisiones desde algunos aportes provenientes del derecho de procedimientos. **7.** Algunos apuntes coincidentes del contrato de mandato, la representación y el poder en el derecho proyectado. **8.** Algunos de los máximos precedentes escogidos. **9.** Líneas y tendencias asumidas por la Corte Suprema de Justicia a través del tiempo. **10.** Palabras finales.

1. Introducción

En razón de ser una de las instituciones más importantes del universo jurídico, la teoría general del contrato siempre ha denostado una amplia recepción académica, la que se ha presentado desde ricos, variados y novedosos enfoques de las más diversas naturalezas: históricos,¹ técnicos y formularios,² iusfilosóficos,³ etc. Dentro de la teoría mencionada, el mandato se ubica también dentro de las categorías de contratos que presentan, a nivel teórico, disquisiciones académicas motivadas por lo terminológico y lo metodológico.⁴

Sin embargo, resulta necesario argumentar o refutar ideas de ese esquema contractual en el intento por detectar la línea jurisprudencial trascendente que viene siguiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el tema que ocupa la particular atención de este ensayo. La mejor forma que encuentro de exposición me permitirá presentar un análisis de los hechos y motivos absolutamente resumido de los fallos

1. Cfr. ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 325; DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELLI, Ángel E., *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, p. 281.

2. LAMBER, Rubén A., *La escritura pública*, La Plata, FEN, 2006, t. IV; D'ALESSIO, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. II.

3. RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del derecho*, Madrid, Reus, 2008, p. 253; CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 283; RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, México DF, Porrúa, 2008, p. 312; entre otros.

4. SÁNCHEZ URITE, Ernesto A., *Mandato y representación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 341.

escogidos, que recojan las opiniones centrales y las disidencias, para luego determinar si efectivamente puede existir una línea de pensamiento que a lo largo del tiempo demuestre una interrelación o conflicto de los principios contractuales designados de la interpretación del contrato de mandato, de la teoría de la representación y del poder.

El contrato en referencia presenta un vasto tratamiento tanto en el estudio del derecho civil como en el propio campo del derecho notarial, circunstancia ésta que, analizada desde la enciclopedia jurídica,⁵ que propone unidad y división del derecho, posibilita una mejor concentración de su estudio desde dos puntos de vista absolutamente trascendentes: el que se refiere al estudio del continente y el dirigido al análisis del contenido,⁶ con apéndices del derecho de procedimientos que también merecen considerarse. Así, debe empezar por reconocerse que la doctrina mayoritaria es relativamente coincidente en aceptar con críticas la figura del mandato tal cual se encuentra receptada en el [Código Civil](#):

Artículo 1869. El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza.⁷

Suele destacarse especialmente la confusión que se genera entre el contrato y la idea emergente de representación, que originariamente no era admitida en el derecho romano.⁸ Si bien el tratamiento de ambos institutos reconoce como antecedente obras de prestigio –a las que remito en razón de la brevedad encomendada para la redacción de estas líneas– corresponde hacer un esquema introductorio que sea de fácil acceso de consulta o repaso a la hora de analizar alguno de los máximos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación estudiados con anterioridad.

2. Esquema del mandato, la representación y el poder en la doctrina civilista

El mandato es un contrato y existe cuando una persona (mandante) da un poder a otra (mandatario), que acepta para representarla y ejecutar así actos jurídicos por

5. GATTARI, Carlos N., *Manual de derecho notarial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 387.

6. Para estudiar en profundidad la cuestión del continente y del contenido, esa tan famosa referencia notarial creada por un gran maestro hispano, consultar NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Lima, Gaceta Notarial, 2013 (estudio preliminar de Sebastián Justo Cosola; Colección “Biblioteca notarial”: Rafael Pérez Gallardo, Guillermo Cam Carranza, y Miguel Ángel Arévalo directores).

7. Este artículo, además de las fuentes citadas por el Codificador, guarda referencia con los principios emergentes de las *Institutas*, que operan como una herramienta invaluable de interpretación jurídica en la actualidad. Ver correspondencia en GAIUS, *Institutas*, La Plata, Librería Jurídica, 1975, trad. de Di Pietro, § 155, p. 243.

8. Cfr. SALAS, Acdeel E., “El carácter patrimonial del mandato”, en Armella, Cristina N. (dir.), *Summa de contratos. Doctrina, legislación, jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, t. II, p. 2675.

cuenta y en nombre de la primera de ellas.⁹ Algunos autores advierten que entre los rasgos fundamentales del mandato deben considerarse tanto la función representativa como la naturaleza de la gestión encomendada.¹⁰ Otros, en cambio, únicamente le atribuyen a la representación el carácter esencial y propio del mandato.¹¹

Para Alberto Spota, por ejemplo, el mandato es un acto jurídico de apoderamiento unilateral que se halla sometido a la condición suspensiva de la aceptación por quien reviste la calidad de apoderado, y cuya actuación además se extiende a los hechos jurídicos que no son actos negociales.¹² Para este autor, el mandato, como acto de apoderamiento, no es un contrato¹³ y uno de los mayores inconvenientes que advierte al momento de analizar la figura es el error o defecto de la definición legal establecida en el Código, que incluye la función representativa, ajena al mandato.¹⁴

Ricardo Lorenzetti aclara que existe una notoria diferencia entre los contratos, que son actos jurídicos bilaterales, y la representación, que es un acto jurídico unilateral.¹⁵ Concretamente, mientras que el mandato es un contrato de colaboración, que busca la actividad de una persona diferente, permaneciendo el interés en cabeza del titular mandante,¹⁶ la representación es una declaración unilateral de voluntad que emite el representado, que es dirigida hacia los terceros –generalmente mediante un poder–, para que el representante obre por cuenta y orden de aquel, produciendo el efecto jurídico principal, que es la eficacia directa.¹⁷

Cabe recordar que la representación contiene dos elementos caracterizadores: la actuación en nombre ajeno y la producción de los efectos directamente en el dueño del negocio.¹⁸ Es que, en cierta manera, la representación también importa una sustitución que el derecho únicamente admite dentro de ciertos límites y bajo determinados presupuestos, para evitar convalidar la invasión de la esfera jurídica ajena.¹⁹

9. Cfr. LAJE, Eduardo J. y otros, *Curso de derecho civil*, Buenos Aires, Macchi, 1980, t. II, p. 384.

10. Ver SALAS, Acdeel E., “La caracterización del mandato”, en Armella, Cristina N. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 8), t. II, p. 2714. (El autor se refiere a Machado, Segovia y Spota).

11. *Ibidem*. (Se refiere a Lafaille).

12. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. VII, p. 1.

13. *Ídem*, p. 2.

14. *Ídem*, p. 9.

15. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. II, p. 153.

16. *Ídem*, p. 154.

17. *Ídem*, p. 153. El tema de la eficacia directa en materia de representación habilita el estudio, según el autor, a la teoría de la ratificación y en determinadas circunstancias, a la de la apariencia jurídica.

18. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Colección de análisis jurisprudencial. Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 449.

19. TARANTO, Hugo O., “Representación”, en Stiglitz, Rubén S. (dir.), *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. II, p. 141.

De esta manera, la representación es aplicable a toda clase de actos jurídicos, aunque especialmente –en lo que a este ensayo interesa– a los de índole patrimonial.²⁰

En otra posición, Guillermo Borda intenta convencer de que es necesario que haya representación del mandante por el mandatario.²¹ Si bien reconoce que puede existir representación sin mandato y mandato sin representación,²² persiste en su idea y afirma:

El mandato es casi siempre representativo y aun en los casos en que no lo es, la gestión que realiza el mandatario debe ser de una índole tal que pueda ser objeto de representación.²³

Es importante destacar que, a pesar de las discrepancias con Spota, ambos autores coinciden al resaltar, con verdadero esmero y entusiasmo, las bondades de la irrevocabilidad del contrato en estudio²⁴ –de la misma manera en que Rubén Lamber lo ha hecho desde el notariado²⁵–, aquella que, de manera alarmante, no es tenida en cabal consideración en el último Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del Poder Ejecutivo, redactado por la Comisión de reformas designada por [Decreto 191/2011](#),²⁶ o tan siquiera considerada su total esplendor y plenitud.²⁷

El maestro tucumano Fernando López de Zavalía le atribuye a la doctrina de la representación un carácter singular, dirigiendo su estudio a la parte general del derecho civil y emancipándola absolutamente del contrato de mandato.²⁸ Así, quien fuera uno de los grandes maestros del derecho argentino nos propone la comprensión de una representación directa activa, la representación directa pasiva y la representa-

20. Ídem, p. 143.

21. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Perrot, 1990, t. II, p. 469 (versión resumida: BORDA, Guillermo A., *Manual de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2008, act. por Alejandro Borda, p. 679).

22. *Ibidem*.

23. Ídem, p. 470.

24. BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, p. 353; SPOTA, Alberto G., *Curso sobre temas de derecho civil*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1971, p. 276.

25. LAMBER, Rubén A., *ob. cit.* (cfr. nota 2), t. III, p. 78.

26. [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, ocurrida el 1/10/2014. El lector puede consultar: a) la Ley 26.994 y sus anexos, publicada por el Centro de Documentación e Información del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas-[Infoleg](#) y por el Sistema Argentino de Información Jurídica-[Infojus](#); b) el proyecto aprobado por el Senado en [noviembre de 2013](#); c) la versión elevada al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional a través del [Mensaje 884/2012](#)].

27. ETCHEGARAY, Natalio P., “La representación irrevocable en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/7/2012, p. 1. [N. del E.: [publicado](#) asimismo en *Revista del Notariado* n° 911, enero-marzo 2013, pp. 221-227].

28. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte General*, Buenos Aires, Zavalía, 2006, t. I, p. 490.

ción indirecta.²⁹ En definitiva, sostiene que puede haber representación sin que haya mandato –casos de representación legal– e incluso, que hay representación voluntaria sin mandato.³⁰

Otro gran maestro del derecho civil, Jorge Mosset Iturraspe, afirma que la teoría de la representación debe ser estudiada con motivo de los actos o negocios jurídicos, muy a pesar de ser relevante para la disciplina de los contratos, desde donde realiza su aporte.³¹ Para el profesor santafesino, son dos los presupuestos que requiere la consolidación de la teoría de la representación: declarar en nombre ajeno y actuar por cuenta ajena o en interés ajeno. Así, afirma lo siguiente:

La teoría de la representación únicamente se refiere al estudio del vínculo directo que se forma entre el representado y el tercero de las denominadas relaciones externas.³²

Continúa enseñando que, en la teoría en estudio, la voluntad y el interés, elementos de la noción de derecho subjetivo, se encuentran disociados, pudiendo darse:

- 1) actuación en nombre y por cuenta ajena en los casos de representación necesaria y el mandato en su versión crítica del artículo 1869 del Código Civil;³³
- 2) actuación en nombre propio y en interés ajeno, como es el supuesto del mandato oculto del artículo 1929, aunque reconoce que en el supuesto no hay una verdadera representación;³⁴
- 3) actuación en nombre ajeno pero en interés propio, refiriendo al caso excluido por el artículo 1892, conocido como *procurator in rem suam*;³⁵
- 4) representación de interés de ambas partes, de interés común o de interés exclusivo de un tercero.³⁶

El profesor también precisa que no puede haber confusión entre el representante, que declara una voluntad negocial en nombre del representado, y el nuncio o

29. Ídem, p. 491.

30. Ídem, p. 498: “El caso más claro es el que se presenta cuando alguien comunica a otro que ha designado a determinada persona como apoderada de recepción. Aunque el apoderado ignore la designación, aunque proteste frente a la recepción de la declaración que se le impone, ella debe tenerse por recibida. Evidentemente aquí no hay mandato, al no haber consentimiento contractual, pero hay acción y efectos representativos. Los efectos se explican porque hay un poder. Y desde luego, tampoco cabe confundir el poder voluntario con el mandato, pues el primero es facultamiento emanado de un acto jurídico unilateral, mientras que el segundo es el contenido de un acto jurídico bilateral (específicamente: de un contrato) del que se desprende una obligación”.

31. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 209.

32. Ídem, p. 210.

33. Ibídem.

34. Ibídem.

35. Ídem, p. 211.

36. Ibídem.

mensajero, que únicamente transmite una voluntad ajena. Tampoco puede prestarse a confusión la gestión del representante con la del mero ejecutor de hechos materiales en interés ajeno, el locador de servicios o el empresario de obras.³⁷

En cuanto al origen de la representación, considera el apoderamiento como un acto jurídico unilateral, dirigido hacia los terceros –futuros contratantes–, mediante el cual se autoriza al apoderado a actuar en nombre y por cuenta del poderdante.³⁸ Advierte que la representación voluntaria puede nacer tanto del mandato como de la locación de servicios, de obras, entre otras. Sostiene que el mandato, como contrato, tiene en cuenta las reglas internas entre mandante y mandatario y se diferencia de la actuación del mandatario con los terceros, que puede o no determinar la representación del mandante, según se actúe en nombre propio o en nombre ajeno.³⁹ Y concluye que “de ahí que pueda existir representación voluntaria sin mandato y mandato sin representación”⁴⁰. Finalmente, explica que la teoría de la representación no fue receptada de manera autónoma por el Codificador.

Mosset Iturraspe tiene varios estudios relacionados con el que hoy ocupa nuestra atención;⁴¹ es de elemental lectura una de sus obras dedicadas con exclusividad al mandato y la representación. En muchos de sus postulados se orienta la visión de este exponente.

Jorge Joaquín Llambías también presenta un desarrollo de la teoría de representación dentro de la parte general del acto jurídico y considera que los representantes voluntarios son los mandatarios.⁴² Sin embargo, advierte que la teoría de la representación no ha sido receptada en el Código Civil y que, por ello, ha sido legislada con relación al contrato de mandato, cuyas reglas se han extendido a las demás representaciones legales o voluntarias.⁴³ Por tal motivo, no duda en plantear una remisión relevante: “es al contrato de mandato adonde debemos acudir para encontrar los principios básicos de la teoría de la representación”⁴⁴.

Julio César Rivera considera la temática dentro de la teoría del acto jurídico, lectura de donde se advierte que los presupuestos para que exista una representación son:

- 1) la declaración en nombre ajeno que efectúa el representante;

37. *Ibidem*.

38. *Ibidem*.

39. *Ídem*, p. 212.

40. *Ibidem*.

41. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Mandatos*, Buenos Aires, Ediar, 1979 (versión ampliada: Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005). Ver también del mismo autor “La representación”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 6, 1994, p. 9-52.

42. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1991, t. II, p. 351.

43. *Ibidem*.

44. *Ibidem*.

- 2) actuar por cuenta e interés ajeno;
- 3) existencia de una facultad apropiada y suficiente, que provendrá de la ley o de la convención.⁴⁵

En sintonía con Llambías, también niega que nuestro Código Civil recepte originariamente la teoría de la representación; concluye que, en materia de representación voluntaria, la relación e identificación deben encontrarse con las normas previstas para el contrato de mandato.⁴⁶

Santos Cifuentes estructura la temática en tratamiento dentro del elemento sujeto del acto jurídico.⁴⁷ En coincidencia con los autores precitados, advierte que la teoría de la representación plantea una sustitución, un reemplazo de parte. Reconoce los avances que esta teoría ha venido desarrollando y la diferencia del mandato por cuanto puede haber representación sin mandato –legal o administración judicial– y mandato sin representación –oculto–.⁴⁸ También distingue la representación del poder, al que considera el elemento que brinda validez a los actos del representante.

Para Cifuentes, el apoderamiento se concreta mediante un negocio jurídico unilateral del poderdante; lo diferencia del mandato, que reconoce como acto jurídico bilateral.⁴⁹ (Otras apreciaciones interesantes del autor pueden extraerse de sus comentarios a los artículos del mandato en el Código Civil).⁵⁰

En orientaciones similares, el reconocido profesor platense Rubén Compagnucci enseña que cuando un sujeto puede actuar en nombre de otro, sustituyéndolo, aparece el fenómeno de la representación,⁵¹ la que puede presentarse en su faz activa o pasiva.⁵² Considera que la caracterización de la representación se encuentra en la actuación por cuenta ajena, aunque también reconoce la existencia de la representación oculta.⁵³

Explica que el poder es una autorización que el representante le otorga al representado para que éste realice en su nombre uno o varios negocios jurídicos,⁵⁴ no sin

45. RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, t. II, p. 331.

46. Ídem, p. 332.

47. CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 167.

48. Ídem, p. 170

49. Ibídem.

50. CIFUENTES, Santos (dir.) y SAGARNA, Fernando A. (coord.), *Código Civil. Comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. IV p. 1.

51. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 389.

52. Ibídem: hay representación activa “cuando el representante por su propia voluntad realiza el negocio y es el emite de esa voluntad”; hay representación pasiva “cuando el representante es el destinatario de una declaración para otro”.

53. Ibídem.

54. Ídem, p. 395.

antes advertir que la palabra *poder* –también conocida como autorización, poder de representación, facultad de representar o apoderamiento⁵⁵– tiene varios significados, que la asocian al documento, al acto jurídico donde se otorga la representación o a la situación jurídica por la cual el representante influye con sus actos en la esfera del representado.⁵⁶ Diferencia el poder del mandato: el último, considerado como contrato, es siempre un acto jurídico bilateral, mientras que el poder es siempre un acto jurídico unilateral.⁵⁷

En lo que a este estudio respecta, opina, como la mayoría de los autores citados, que el poder es un negocio abstracto, al que considera, además, como un verdadero negocio, abstraído del convenio causal antecedente, pues el mismo se encuentra desinteresado de la causa que carece de incidencia en la suerte del acto.⁵⁸ El profesor platense presenta notables interpretaciones de estas figuras⁵⁹ y a esos estudios dirijo al lector en razón de la economía de palabras encomendada.⁶⁰

Tampoco se debe dejar de destacar en este punto los notables aportes del profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata Ernesto Sánchez Urite, quien presenta una obra especialísima y de vanguardia hartamente referida en este ensayo, de cuyas conclusiones me he nutrido para comprender los alcances y los significados del contrato en estudio.⁶¹ Así, considera que la definición establecida en el artículo 1869 es insuficiente, por cuanto únicamente contiene al mandato en su versión representativa.⁶²

Los autores Roque Garrido y Jorge Zago precisan que hay diferencias notables entre el mandato civil y el mandato comercial.⁶³ Advierten que, para el mandato civil, no sólo debe existir el encargo realizado por una parte a la otra, sino que debe darse la aceptación de ésta para que se configure el contrato.⁶⁴ Del mandato civil destacan además que su finalidad concreta es en realidad la realización de actos jurídicos, y esto diferencia al mandato de otros actos y, en lo específico, de otros

55. Ídem, p. 396.

56. Ídem.

57. Ídem, p. 397.

58. Ídem, p. 400.

59. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Representación, mandato y negocio de apoderamiento”, en Alterini, Jorge H. (dir.) y Alterini, Ignacio E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II, p.321.

60. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Mandato”, en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 2007, t. IX, p. 176.

61. SÁNCHEZ URITE, Ernesto A., ob. cit. (cfr. nota 4).

62. Ídem, p. 279.

63. GARRIDO, Roque F. y ZAGO, Jorge A., *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Universidad, 1993, t. II, p. 469.

64. Ídem, pp. 469-470.

contratos, como la locación de servicios, en donde se encargan actos materiales.⁶⁵ En el mandato comercial, el mandato es asimilado genéricamente a las comisiones o consignaciones, según emerge del Título Segundo del Libro Segundo del [Código de Comercio](#).⁶⁶

Los autores enseñan que este último se diferencia del primero por la naturaleza de los actos encomendados al mandatario: así, será comercial o civil por la naturaleza de los actos encomendados.⁶⁷ Además, el mandato comercial se divide en mandato propiamente dicho, en donde el mandatario obra en nombre del mandante, y comisión o consignación, en donde el comisionista actúa en nombre propio.⁶⁸ El mandato comercial puede comprender todos los negocios del mandante; en la comisión o consignación, se suele referir únicamente a negocios individualmente determinados⁶⁹. Finalmente, destacan que mientras en el mandato comercial las relaciones que se crean consideran al mandante y al mandatario, en la comisión se crean dos relaciones diferentes: comisionista y comitente, y comisionista y tercero contratante.⁷⁰

Por su parte, Carlos Ghersi ha considerado el mandato como un contrato perfeccionado mediante acuerdo de voluntades; el poder, como el instrumento que formaliza el contrato;⁷¹ y la representación, como la investidura que el mandante le otorga al mandatario, referida al contrato por ellos celebrado e instrumentado en el poder.⁷²

3. El mandato, la representación y el poder en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, máximo bastión de discusión y reflexión sobre temas de trascendencia para el derecho privado, se nutren de los aportes de notables académicos del derecho civil y legan algunas conclusiones interesantes sobre los temas motivo de análisis en el presente ensayo.

En efecto, las [II Jornadas](#) (Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 1965) proponen una reforma del Código Civil en lo relativo a la representación y el man-

65. *Ibidem*.

66. *Ídem*, p. 471.

67. *Ídem*, p. 472.

68. *Ídem*, p. 473.

69. *Ibidem*.

70. *Ibidem*.

71. GHERSI, Carlos A. (dir.) y WEINGARTEN, Celia (coord.), *Manual de contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 403.

72. *Ídem*, p. 403.

dato.⁷³ De las propuestas que hacen alusión al ensayo que se me ha encomendado redactar se infiere lo siguiente:

- 1) La representación requiere una legislación autónoma ubicada dentro del acto jurídico (voluntad).
- 2) El poder es un acto unilateral que tiene que regularse dentro del capítulo de la representación, la misma que reconoce tres tipos: legal, judicial y voluntaria.
- 3) En relación con los estados subjetivos y vicios de la voluntad, debe atenderse a los del representante. El representado de mala fe no puede beneficiarse con la ignorancia o buena fe del representante.
- 4) En la representación voluntaria, en los casos en que exista autorización o ratificación del dueño del negocio y en todo aquel supuesto que no reconozca conflicto de intereses, debe admitirse el autocontrato.⁷⁴
- 5) En relación con la validez del poder y la capacidad negocial del representado, la protección de la confianza exige una obligación de garantía del representante hacia el tercero de buena fe.⁷⁵

Por su parte, las **III Jornadas** (Universidad Nacional de Tucumán, San Miguel de Tucumán, 1967), si bien encaminadas a establecer las bondades del mandato irrevocable, sus fundamentos y alcances, dejan como resultado estas importantes conclusiones en la parte que nos interesa:

- 1) No debe confundirse el contrato de mandato con el poder.
- 2) Existen reglas propias para la cesación del contrato de mandato y para la cesación del poder.
- 3) La revocación del poder es un tema que interesa a la teoría general del acto jurídico y la extinción del mandato por la voluntad del mandante es un tema que corresponde a la doctrina general del contrato, sujeto a principios que regulan las convenciones sobre prestación de actividad.⁷⁶

De las deliberaciones de las **XII Jornadas** (Universidad Nacional del Comahue, Bariloche, 1989) surge la propuesta de una registración de la revocación de los mandatos en los registros personales.⁷⁷

Finalmente, las **XV Jornadas** (Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata 1995), bajo el título “La representación en los actos jurídicos”, dejan como resultado las siguientes cuestiones relevantes:⁷⁸

73. AA. VV., *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 31.

74. *Ibidem*.

75. *Ídem*, p. 32.

76. *Ídem*, p. 35.

77. *Ídem*, p. 99.

78. *Ídem*, p. 141.

- 1) Tanto la representación voluntaria como la legal, más allá de las diferencias que existen entre ellas, pueden englobarse en una teoría general de la representación.
- 2) Para ejercer la representación voluntaria, es suficiente poseer discernimiento para celebrar actos lícitos. La incapacidad del representado acarrea la invalidez del acto. Por excepción, esta deficiencia no perjudica a los terceros de buena fe.
- 3) El representante debe actuar en nombre de otro, haciendo conocer que actúa por el representado y clarificando la identidad de éste.
- 4) Los efectos del acto deben producirse en cabeza del representado sin afectar la esfera jurídica del representante.
- 5) El interés jurídico es siempre del representado, mientras que el interés económico puede ser aprovechado por el representante, el representado, un tercero, o común a ellos.
- 6) El poder de representación es un acto unilateral y recepticio. La sola voluntad del poderdante establece el contenido del acto. Es necesaria la aceptación del apoderado, por cuanto conforma un requisito de eficacia.
- 7) El poder de representación es necesario para la configuración de la representación voluntaria.
- 8) La representación no es un rasgo distintivo del mandato en el derecho vigente.
- 9) Revisten cierta trascendencia los vicios de la voluntad del representante. También resulta trascendente la mala fe del representado.⁷⁹
- 10) El autocontrato es en principio válido, no así cuando existan discrepancias o conflictos de intereses insalvables que no puedan ser objeto de aprobación posterior por el representado.⁸⁰

4. Esquema del mandato, la representación y el poder en la doctrina notarialista

Las teorías apuntadas con anterioridad encuentran también recepción y un profundo tratamiento entre los cultores de la ciencia, arte y técnica del derecho notarial, en su doble vertiente, tanto formal como sustantiva.

Debe tenerse en cuenta, como bien puede deducirse de las enseñanzas del maestro Carlos Pelosi, que la teoría de la representación somete al escribano a un análisis previo a los anteriormente expuestos. El escribano, antes que reflexionar acerca del alcance de la teoría en estudio, de su relación estrecha o de alejamiento con el mandato y con el poder y todos los bemoles al respecto, debe preguntarse quién representa el pensamiento en el documento, por cuanto tanto el notario como las partes se expresan en lo que posteriormente será considerado como un instrumento de valor

79. Ídem, p. 142.

80. Ibídem.

probatorio más que trascendente.⁸¹ Es así que existe un autor del documento y un autor de las declaraciones vertidas en él, y, por cuanto en definitiva el documento es creado por el notario, también incluye el pensamiento del notario sobre el pensamiento de los otorgantes.⁸²

Existe entonces una primera teoría de la representación en relación directa con el documento notarial⁸³ que, analizada de antemano, puede evitar consecuencias que son propias del cumplimiento o incumplimiento del mandato, de la buena o mala fe del representante o de las facultades insuficientes del instrumento y que sirve de prueba para acreditar la manda, evitando así cuantos conflictos se deriven de las diferentes interpretaciones, a través del adecuado encuadre del instituto de la responsabilidad. De aquí que, entre otras cosas, las conclusiones de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991) revistan tanta importancia, y a sus conclusiones remito, en razón de la brevedad.⁸⁴

Teniendo en cuenta entonces ese trascendente punto de partida, corresponde ahora considerar aspectos relevantes de las figuras en tratamiento, que son argumentados por la doctrina mayoritaria.

El punto de partida dentro de los clásicos autores de nuestra amada disciplina lo constituye sin dudas el genial Argentino Neri.⁸⁵ Importa destacar aquí que este autor considera que la definición de mandato es defectuosa y errónea:

... pues no se ajusta al principio civil que rige en punto a mandato, por lo mismo que no pone de relieve su rasgo típico, esto es, la representación; por lo demás, sólo alude a la administración de “un” negocio, lo cual es criticable, ya que lo exacto es que también puede comprender uno o más actos jurídicos.⁸⁶

Sin embargo, qué importante resulta atender la crítica que realiza el maestro de la confección de los poderes. En efecto, al tratar las diferencias entre el mandato comercial y la comisión –similar tratamiento al que han realizado Garrido y Zago–, argumenta una crítica formularia muy interesante a las alocuciones “y dijo: que confiere poder”,⁸⁷ “que, teniendo necesidad por ausentarse por algún tiempo, confiere poder a”,⁸⁸ entre otras. Y afirma categóricamente:

81. PELOSI, Carlos A, *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 80.

82. Ídem, p. 81.

83. Ídem, p. 80.

84. AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 73), p. 107.

85. NERI, Argentino I., *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1972, t. 5, pp. 384-440.

86. Ídem, p. 434.

87. Ídem, p. 439.

88. Ídem, p. 440.

Ante la relativa pobreza de la técnica usada y de la redacción empleada, que, dicho sea de paso, parecería ofrecer una resistencia a la innovación, nosotros, con evidente espíritu científico, preconizamos modelos más jurídicos.⁸⁹

Lógicamente, Neri sabía a qué se refería. Una de sus primeras grandes obras, *Ciencia y arte notarial. Crítica razonada y práctica aplicada* –de lectura obligada para los notarios, porque en definitiva son estos aportes los que abrieron el camino a la jerarquización del notariado en nuestro país– expone con esmero las diferencias entre ciencia y arte y, más precisamente, entre formalismo y formulismo, dedicando un tomo a las críticas académicas y otros tres tomos a la confección de formularios para su utilización cotidiana. Allí, se ocupa del mandato como crítica y como desarrollo formulario.⁹⁰

Sin duda, hablamos de uno de los más grandes notarialistas argentinos, a quienes nosotros debemos mucho más que respeto y admiración. En el final de este ensayo, motivado quizás por mi inmadura juventud, llevaré al escribano a considerar una nueva perspectiva, que pienso hace caso a los tiempos en los que nos toca ejercer.

En el presente, la era del formulario, tan defendida en las primeras épocas cuando se consideraba el documento notarial como el elemento esencial de la función que realizaba el escribano –¡y mucho antes también!: piénsese en los trabajos de *summa artis* de los postglosadores y en *Aurora* de Rolandino, etc.–, debe dar lugar a una nueva argumentación notarial de la función: la potenciación de los deberes éticos notariales de información, asesoramiento y consejo, de la imparcialidad y la independencia, y de la adecuación del principio de legalidad integrado (leyes + principios + constitución).⁹¹ Sobre esta nueva categorización de la función, sí se construyen firmes e indubitables los modernos y nuevos documentos notariales.

Natalio Etchegaray opta por clarificar los conceptos.⁹² Enseña que el mandato es un contrato que requiere de un acuerdo de voluntades expreso o tácito, que rige y regula las relaciones internas entre mandante y mandatario.⁹³ El escribano de Gobierno también se refiere al poder de representación y habla de una declaración unilateral y recepticia, o dirigida a otra parte, por la cual se autoriza un acto ajeno, asumiendo para sí las consecuencias que se deriven de ello.⁹⁴ Sin embargo, no deja de destacar que en la práctica notarial cotidiana se suele referir al poder para designar

89. *Ibidem*.

90. NERI, Argentino I., *Ciencia y arte notarial. Crítica razonada y práctica aplicada*, Buenos Aires, Ideas, 1945, p. 345.

91. COSOLA, Sebastián J., *Fundamentos del derecho notarial. La concreción del método*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013. En Perú: *La prudencia notarial*, Lima, Gaceta Notarial, 2014.

92. ETCHEGARAY, Natalio P., *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 138.

93. *Ibidem*.

94. *Ibidem*.

al instrumento que acredita la subsistencia de esa voluntad recepticia.⁹⁵ Por ello, se refiere a la necesidad de exhibir el poder, respetando las formas adecuadas, en el acto de la firma del boleto de compraventa o de la escritura pública según corresponda, etc.⁹⁶

En sintonía con el último autor citado, Rubén Lamber considera que el contrato de mandato regula las relaciones entre las partes intervinientes: mandante y mandatario.⁹⁷ Y además recuerda que:

- 1) El contrato puede ser oneroso o gratuito.⁹⁸
- 2) Las gestiones encargadas al mandatario deben ser las que el propio mandante podría llegar a ejecutar, teniendo en cuenta aquellas que expresamente no le están permitidas –otorgar testamento o contraer matrimonio–.⁹⁹
- 3) Puede tener por objeto todos los negocios lícitos.¹⁰⁰
- 4) El mandato, como contrato, debe ser aceptado, pero su actuación debe circunscribirse a los límites del poder, no haciendo menos de lo que se le ha encargado.¹⁰¹
- 5) Es un contrato de gestión, que reconoce un encargo del mandante y que, hasta que no se haya cumplido, el negocio continuará en trance de ejecución.¹⁰²

Lamber también traza la diferencia entre mandato, representación y poder. Ya descrito el contrato de mandato, interesa aquí destacar que para el autor en estudio la representación es

... una abstracción jurídica que produce el traslado de los efectos del acto de quien naturalmente los debería recibir en una actuación normal a otro vinculado con éste por medio de poderes que tienen la fuerza de traslado cuando está autorizado para invocarlo y ejercerlo.¹⁰³

En cuanto al poder, en cambio, si bien coincide con Etchegaray en que en una primera instancia se identifica con el instrumento,¹⁰⁴ no duda en recordar que al fin de cuentas un poder es mucho más que ello:

95. ETCHEGARAY, Natalio P., *Boleto de compraventa. Examen exegético de un boleto tipo*, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 97.

96. Ídem, p. 98.

97. LAMBER, Rubén A., *Derecho civil aplicado*, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 773.

98. Ibídem.

99. Ibídem.

100. Ídem, p. 774.

101. Ibídem.

102. Ibídem.

103. Ídem, p. 775.

104. Ídem, p. 776.

- 1) Facilita el desvío del acto celebrado con el tercero al poderdante por mérito de su invocación y contenido.¹⁰⁵
- 2) Es un disparador de una voluntad distinta de la habitual.¹⁰⁶
- 3) Es una especie de potencia que no produce efecto alguno hasta que el representante lo invoca y celebra el negocio.¹⁰⁷
- 4) Es independiente de su causa –no reconoce instancia negocial–.¹⁰⁸
- 5) Es instrumental.¹⁰⁹
- 6) Reconoce una forma abstracta –similar a la abstracción jurídica de la representación–, porque proyecta sobre las facultades que contiene un efecto de traslado hacia el poderdante de la actuación del apoderado.¹¹⁰
- 7) Puede ser expreso o tácito.¹¹¹
- 8) Puede ser general o especial.¹¹²

Otro gran autor notarialista, Mario Zinny, opina que el mandato es el contrato del cual surgen derechos y obligaciones entre el mandante y el mandatario,¹¹³ mediante el cual una parte, mandante, encomienda a otra, mandatario, la celebración de uno o más actos por cuenta de ella –sin invocar su nombre–, con lo que el mandatario corre con sus propios colores.¹¹⁴ Se crea entre las partes una relación interna.¹¹⁵ Sin embargo, con notoria audacia, introduce una figura, casi como si fuera una acción: el apoderamiento, al que se refiere como el negocio unilateral y abstracto¹¹⁶ del que surge el poder de representación.¹¹⁷ A través del apoderamiento, el poderdante logra conferirle al apoderado el poder de representación, que es una relación externa, para que se celebre en su nombre uno o más actos jurídicos.¹¹⁸

105. *Ibidem*.

106. *Ídem*, p. 777.

107. *Ibidem*.

108. *Ibidem*.

109. *Ibidem*.

110. *Ibidem*.

111. *Ibidem*.

112. *Ídem*, p. 778.

113. ZINNY, Mario A., *Nulidades, instrumentos públicos, mandato, apoderamiento y poder de representación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 62.

114. *Ídem*, p. 67.

115. *Ídem*, p. 71. El autor aclara que generalmente esta relación interna es el mandato, pero que bien puede ser otra figura: locación de obra, fideicomiso, etc.

116. *Ibidem*. Es abstracto porque es independizado de la relación interna entre mandante y mandatario. Por ello, el autor explica que, como consecuencia de esa abstracción, “la invalidez del negocio causal y la consiguiente inexistencia o extinción de la relación interna no afectan al apoderamiento y viceversa”.

117. *Ídem*, p. 62.

118. *Ídem*, p. 71.

Sobre esta figura, construye al poder de representación, que define como

... un derecho subjetivo que legitima al apoderado para invocar al poderdante y lograr que los efectos del negocio celebrado en su nombre pasen a corresponderle en forma directa.¹¹⁹

El poder integra la relación externa, que vincula al poderdante y al apoderado con los terceros con quien el último actúe, invocando el mencionado poder.¹²⁰ Por ello, el autor afirma que tanto el mandato como el apoderamiento son negocios jurídicos, mientras que los derechos del mandante y del mandatario y el poder de representación del apoderado son derechos subjetivos.¹²¹

También Adriana Abella diferencia las tres figuras.¹²² La eximia profesora considera el mandato como un contrato expreso o tácito entre el mandante y el mandatario:¹²³ es un negocio de gestión por el que una persona, por cuenta de otra, celebra determinados actos previamente consentidos por el mandante, pudiendo efectuarlo en su nombre propio o en el de *dominus negotii*.¹²⁴ El poder de representación es una declaración unilateral de autorización de un acto, es un acto por el cual se inviste a una persona de la facultad de representación, que cotidianamente se asocia al instrumento.¹²⁵

También considera que existe en la actualidad una diferencia entre la representación y el contrato de mandato; considera –igual que la doctrina anteriormente repasada– que puede haber representación sin mandato (caso de los representantes legales) y mandato sin representación (caso del mandato oculto).¹²⁶

Finalmente, se preocupa por resaltar que, en materia de representación voluntaria, la capacidad de obrar con facultades suficientes debe constar en la documentación habilitante.¹²⁷ No debe dejar de tenerse en cuenta que la representación se acredita con documentos habilitantes. Se entiende por tales a aquellos que justifican el otorgamiento a nombre de otros, ya sea voluntaria, legal u orgánicamente,¹²⁸ incluso además teniendo en cuenta la representación que en sede notarial suele conocerse

119. Ídem, p. 62.

120. Ídem, p. 72.

121. Ídem, p. 62.

122. ABELLA, Adriana N., *Derecho notarial*, Buenos Aires, Zavalía, 2010, p. 495.

123. Ídem, p. 496.

124. *Ibidem*.

125. *Ibidem*.

126. Ídem, p. 495.

127. Ídem, p. 504.

128. GATTARI, Carlos N., *ob. cit.* (cfr. nota 5), p. 139.

con el nombre de representación por notoriedad.¹²⁹ Como explica Susana Violeta Sierz, si en definitiva se está en presencia de una persona que en un tiempo inmediato realizará un hecho o acto jurídico en nombre de otra, y de manera tal que tal actuación del representante implique la del representado,¹³⁰ resulta por demás importante que el notario, al examinar los documentos habilitantes, adecue el deber ético de legalidad para advertir los alcances, la suficiencia y la eficacia del instrumento o documento que se exhiba al efecto.¹³¹

Otro notable aporte proviene de Alicia Perugini de Paz y Geuse. La autora se preocupa por tratar el poder notarial, que considera abstracto, con el derecho internacional privado.¹³² Presenta una tesis novedosa, que deslinda al poder de otras categorías jurídicas,¹³³ ya que de esta manera se facilita notoriamente su circulabilidad internacional.¹³⁴

Finalmente, queda por referir que al ser el mandato un tema que en sede notarial vive a través del contenido del poder en cualquiera de sus vertientes –general, especial o irrevocable–, algunos autores se han ocupado con verdadero entusiasmo de la elaboración de fórmulas técnicas de aplicación; a ellos debe remitirse el lector si pretendiera comprender acabadamente las cuestiones emergentes de la técnica notarial.¹³⁵

5. El mandato, la representación y el poder en las Jornadas Notariales Argentinas y en las Jornadas Notariales Bonaerenses

La XII Jornada Notarial Argentina (Resistencia, 1968) advierte sobre la necesidad de mantener una buena técnica notarial en la redacción del contrato de mandato en el instrumento que lo contiene –en el caso, un mandato especial irrevocable– para evitar malas interpretaciones e inseguridad jurídica.¹³⁶

Por su parte, las Jornadas Notariales Bonaerenses han abordado la temática que hoy ocupa mi atención, desde diferentes ópticas. En efecto, la I Jornada Notarial Bonaerense (Tandil, 1957) estableció la necesidad de suprimir la inscripción de los manda-

129. Ídem, p. 141.

130. SIERZ, Susana V., *Derecho notarial concordado*, Buenos Aires, Dilalla, 2007, p. 421.

131. Cfr. COSOLA, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 478.

132. PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, Alicia M., *La validez y circulabilidad internacional del poder de representación notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 35.

133. Ídem, p. 43.

134. Ídem, pp. 44 y ss.

135. GATTARI, Carlos N., *Práctica notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. 12 p. 1; *Práctica notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1991, t. 3, p. 1; RAGGI, Ma. Elena, *Poderes y mandatos*, Buenos Aires, Di Lalla, 2011; D'ALESSIO, Carlos M. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 2), t. II.

136. AA. VV., *Jornadas Notariales Argentinas*, La Plata, FEN, 2010, p. 80.

tos que surtan efecto fuera de la jurisdicción de origen –en el caso, fuera de la provincia de Buenos Aires–.¹³⁷

Las IX Jornadas Notariales Bonaerenses (Lomas de Zamora, 1965) advirtieron que no existe impedimento alguno para que el directorio de una sociedad anónima confiera uno o varios poderes tanto a los administradores que no tengan uso de la firma como a personas extrañas o ajenas. Para ello, pueden otorgarse poderes especiales, que surtirán efecto sin más, y también poderes generales, los que, en razón de su generalidad, deberán estar acompañados por el acta de la cual resulten las facultades dadas en la decisión.¹³⁸

Las XI Jornadas Notariales Bonaerenses (La Plata, 1967) trataron en profundidad el tema del mandato irrevocable.¹³⁹

Finalmente, las XXVII Jornadas (Bahía Blanca, 1988) dirigieron sus esfuerzos hacia el tratamiento de la representación, el poder y el mandato.¹⁴⁰ De sus propuestas, debo destacar los siguientes considerandos, en razón de su importancia:

- 1) El mandato es esencialmente representativo.
- 2) Es necesario que el instituto de la representación obtenga una legislación autónoma que se ubique dentro de la teoría general del acto jurídico –voluntad–.
- 3) La existencia de la representación ocurre cuando un acto jurídico es realizado por una parte a nombre y por cuenta de otra, en condiciones tales que los efectos se produzcan directamente para el representado, como si el mismo hubiera ejecutado el acto.
- 4) El poder es la facultad de representación otorgada por acto jurídico o por la ley.¹⁴¹
- 5) El mandato es un contrato de gestión.
- 6) El mandato sin representación mantiene la independencia de la relación entre mandante y mandatario con un tercero.
- 7) Se admite la autocontratación siempre y cuando no exista abuso en la representación ni conflicto de intereses, para la cual se recomienda una regulación a través de una norma de carácter general.¹⁴²

137. AA. VV., *Jornada Notarial Bonaerense. Cincuenta años*, La Plata, FEN, 2007, p. 8.

138. Ídem, p. 56.

139. Ídem, p. 67.

140. Ídem, p. 244.

141. Ídem, p. 245.

142. Ídem, p. 246.

6. Precisiones desde algunos aportes provenientes del derecho de procedimientos

Según comprobaremos en algunos de los fallos escogidos para el análisis sucinto, el mandato debe aplicarse cuando no entra en colisión con los preceptos del derecho de procedimientos o de leyes especiales al efecto (caso de la [Ley 10.996](#)). Las mencionadas conclusiones responden claramente a un principio de coherencia jurídica, que parte de presuponer que quien otorga un mandato lo hace por imposibilidad o incomodidad o cuestiones afines o de carácter técnico –necesidad de patrocinio letrado– que no le permiten estar en persona ante una situación jurídica que así lo requiera. En segunda instancia, adelantamos que el criterio razonable y prudente judicial determina que, ante un mandato ya otorgado, hay que estarse al fondo del asunto, por cuanto no puede un defecto meramente formal desvirtuar el fin del mandato. Esto también se desprende de algunos de los fallos escogidos para el presente ensayo.

En esta línea, el artículo 47 del [Código de Procedimientos de la Nación](#), en notoria coincidencia con los respectivos códigos de las provincias argentinas, ordena lo siguiente:

Los procuradores o apoderados acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente escritura de poder. Sin embargo, cuando se invoque un poder general o especial para varios actos, se lo acreditará con la agregación de una copia íntegra firmada por el letrado patrocinante o por el apoderado. De oficio o a petición de parte, podrá intimarse la presentación del testimonio original.

Algunos autores entienden que no solamente la escritura pública de poder es habilitante para ejercer la representación, muy a pesar de que el precepto es claro –precisamente, por ser claro, no está en principio sujeto a interpretación, integración o argumentación–.¹⁴³ Así, atribuyen los mismos efectos a la certificación expedida por una entidad pública en la forma prevista por la ley acreditando el carácter de mandatario de quien se presenta a juicio, la que entienden es suficiente, no siendo necesaria la escritura de poder, lo mismo que una resolución administrativa certificada donde conste esa circunstancia, por tratarse de instrumentos públicos.

No puedo compartir ni coincidir, con el máximo de mis respetos, con tal afirmación. Aunque entiendo que el mencionado aporte se encuentra motivado seguramente por cuestiones que en lo cotidiano del ejercicio jurídico habitual suelen asemejarse a la celeridad, a la economía, etc., jamás podrá asimilarse para estos casos un poder –instrumento– otorgado y autorizado en sede notarial con otros que, aunque

143. Cfr. FALCÓN, Enrique M., *Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de La Nación y leyes complementarias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 97.

sean similares, se conocen como autorizados por otras instituciones reconocidas. El derecho notarial actual ya no fundamenta su importancia únicamente en la elaboración del documento. Si así fuera, en épocas de celeridad y mecanización de las operaciones, en algún día no muy lejano, una máquina mucho más perfecta y prolija que el hombre podrá reemplazar a la escritura pública sin más motivaciones que un buen y mejor coste. El nuevo siglo le impone nuevas tareas al jurista, que motivan, sin duda alguna, a realizar algunas reflexiones interesantes.¹⁴⁴

En épocas de esplendor del contrato con cláusulas predisuestas o también en aquellos conocidos como de adhesión, que contienen fórmulas que cambian la orientación del concepto tradicional de la autonomía de la voluntad, entre otras cosas, parece evidente que la redacción y confección del documento son tareas que no alcanzan la jerarquía que tienen otras labores notariales previas a la confección. Éstas anteceden a la elaboración del documento y, en cierta manera, de su adecuada implementación y conformación estructural dependen la jerarquía y seguridad jurídica autocompleta del documento notarial. De aquí surge el espíritu de una nueva consideración acerca de las bondades de la función notarial en la época que nos toca vivir y habitar: revalorizar lo que considero son deberes éticos notariales aplicados, es decir, la información, el asesoramiento, el consejo, la imparcialidad, la independencia y el deber integrado de legalidad.¹⁴⁵ La aplicación de cada uno de estos deberes en su adecuada concreción y todos juntos en interacción potencial obtendrán como resultado la mejor confección del documento, efectivizada por un notario predispuesto a captar los deseos para adecuarlos al derecho.

El contrato de mandato –de cuyas líneas principales surge el instrumento conocido como poder– necesaria e impostergablemente exige la concreción de los deberes éticos notariales que le sirven de antecedente y que son desarrollados en las primeras audiencias notariales, para que quien concurre a otorgar el mencionado contrato unilateral no se encuentre a las resueltas del juicio, por ejemplo, con un problema impensado por desconocimiento en las atribuciones otorgadas de percepción de dinero o valores afines, que lamentablemente, en cada vez más reiteradas circunstancias, no se condice con las reglas, normas y principios de la ética profesional.¹⁴⁶

En definitiva, los problemas se advierten, se asumen o se presienten a través del asesoramiento y no a través de la lectura de un instrumento ya elaborado, que se integra sin mayores requisitos que la autenticación de la personalidad –absolutamente asimilable al formulario– y que no requiere más formalidades que la suscripción de

144. Soy consciente de que en este punto la prudencia me impone ser lo suficientemente claro, para que de ninguna manera se llegue a considerar que en un aporte académico se puedan introducir cuestiones de política gremial, las que espero y auguro nunca alcancen a priorizarse por sobre la discusión jurídica argumentativa.

145. COSOLA, Sebastián J., ob. cit. (cfr. nota 91).

146. FALCÓN, Enrique M., ob. cit. (cfr. nota 143), p. 109. Para ampliar: ver COSOLA, Sebastián J. y otros, *Ética de las profesiones jurídicas. Abogados, jueces, notarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

conformidad. En efecto, otros autores no dudan en admitir las reglas claras establecidas para la presentación de los poderes y sólo se refieren a la ratificación posterior del mandato en caso de defectos que puedan luego subsanarse, en sintonía con lo descripto en los fallos reseñados.¹⁴⁷

7. Algunos apuntes coincidentes del contrato de mandato, la representación y el poder en el derecho proyectado

El genial Juan Berchmans Vallet de Goytisolo se refería a la representación cuando explicaba en su *Panorama de derecho civil* cómo la actuación de un sujeto podía producir efectos en la esfera de otro sujeto, presupuesta ya la capacidad y todos sus alcances.¹⁴⁸ Así lo expresaba el inolvidable maestro:

En su virtud –se refiere a la representación– una persona fuera de su esfera jurídica puede actuar en una esfera jurídica ajena y estar legitimada para realizar aquellos actos jurídicos que el título representativo le permite verificar en la esfera de la competencia de su representado.

Es uno de los pocos juristas que introducen en este tema el problema de la autocontratación. Ésta, configurada como tal, acarrea consecuencias éticas y jurídicas de una envergadura tal que su reflexión se vuelve impostergradable.¹⁴⁹

Georges Ripert y Jean Boulanger consideran el tema de la representación y lo ubican, según lo antes afirmado, dentro de la teoría del acto jurídico.¹⁵⁰ En sintonía con lo antedicho, advierten que el mencionado instituto no puede invocarse ni para contraer matrimonio ni para otorgar testamento.¹⁵¹ En lo que aquí importa, los autores afirman que el término “representar” denota la forma técnica que sirve para designar la intervención de una persona que actúa por otro sin estar afectada por los resultados del acto que realiza.¹⁵² Finalmente, explican que la sustitución de una persona por otra para realizar un acto jurídico determinado responde a dos factores: cuando no hay posibilidad de asistencia por parte del interesado al lugar en el cual debe realizarse el hecho porque se encuentra lejos o enfermo; y cuando el propio in-

147. BERIZONCE, Roberto O. y otros, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, La Plata, Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, 1997, p. 156. Para el funcionamiento de los poderes en el Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires: ver FENOCHIETTO, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 72.

148. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Panorama del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1973, p. 99.

149. Ídem, p. 100.

150. BOULANGER, Jean y RIPERT, Georges, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, 1988, t. I, p. 437.

151. Ibídem.

152. Ídem, p. 439.

teresado no está en condiciones de aprender lo que se intenta realizar porque “es un niño pequeño o un loco”¹⁵³.

Mucho más sutil resulta Emilio Betti cuando en su fantástica *Teoría general del negocio jurídico* enseña que la teoría de la representación encuentra su razón de ser cada vez que una persona cuyo interés exige ser regulado en determinada forma no presenta ni la capacidad ni la oportunidad para celebrar el negocio correspondiente.¹⁵⁴ El maestro advierte que cada persona debe ser dueña de mandar en casa propia y regir sus asuntos como mejor lo crea conveniente; por ello, dentro de ciertos límites, el derecho admite esta sustitución.¹⁵⁵ Nos pone al tanto de que una característica importante de la representación es la que del sustituto obra en nombre ajeno y no en el propio.¹⁵⁶ Finalmente, se refiere al poder de representación como uno de los presupuestos específicos de la representación,¹⁵⁷ al que le otorga, también en consonancia con lo referido líneas atrás, las cualidades de independencia y de abstracción.¹⁵⁸

Por su parte, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón nos ponen al tanto de que en la actualidad el contrato de mandato y la representación deben considerarse por separado.¹⁵⁹ De esta manera, puede considerarse el mandato como la base de sustento del poder otorgado al mandatario para la realización del encargo, por cuanto el mismo agota su actuación en las relaciones internas de mandante y mandatario. Diferente es la representación, que –en palabras de los autores– “atribuye al apoderado el poder de emitir una declaración de voluntad frente a terceros en nombre del poderdante”¹⁶⁰.

Más cerca de nuestro territorio, el profesor uruguayo Gustavo Ordoqui Castilla se refiere a la representación como una situación jurídica que encuentra su origen en diferentes causas o fuentes: “es una figura que en línea de principio comprende toda clase de actos jurídicos, incluidos los que no tienen carácter negocial”¹⁶¹. Considera que en la representación hay una sustitución de persona que opera dentro de los límites de la autonomía privada,¹⁶² y afirma que en todo caso de representación hace

153. Ídem, p. 437.

154. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comares, 2000, p. 486.

155. Ídem, p. 487.

156. Ídem, p. 496.

157. Ídem, p. 500.

158. Ídem, p. 504.

159. Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 2003, v. II, p. 421.

160. *Ibidem*.

161. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, “Contratos ‘por’ otros y ‘para’ otros (la representación)”, en AA. VV., *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Bicentenario de su nacimiento*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, t. II, p. 234.

162. Ídem, p. 235.

falta una legitimación,¹⁶³ por cuanto importa sólo un actuar, ya que su eficacia depende de otro factor, que es el poder de representación, que puede existir o no existir.¹⁶⁴ Por lo tanto –concluye el autor–, tanto la preexistencia del poder de representación como la concurrencia de una ratificación posterior son requisitos de la eficacia directa de la representación.¹⁶⁵

Por su parte, la académica cruceña María Luisa Lozada Bravo postula la fuerza del mandato. Inicia su análisis haciendo una referencia vehemente a una fuerte intervención notarial en la elaboración del contrato, de donde cobrará relevancia la teoría de la representación, que no puede sino emerger de una cuidada elaboración del poder de representación.¹⁶⁶

Finalmente, puede estudiarse de manera ordenada y precisa el instituto de la representación, sus relaciones con el contrato de mandato y las vicisitudes que se originan con el poder en una monumental obra cubana escrita por juristas de gran prestigio iberoamericano.¹⁶⁷

8. Algunos de los máximos precedentes escogidos

El contrato de mandato presenta en la práctica un desarrollo relativamente esquemático de temas que ya de por sí no ofrecen demasiadas dificultades de interpretación, razón por la cual obtener su óptima y clara comprensión desde la doctrina especializada o desde la jurisprudencia dominante no resulta ser una tarea que le dificulte al jurista apasionado o al estudiante inquieto el estudio de la figura –siempre teniendo en claro las respuestas a las discusiones terminológicas y metodológicas–. El contrato en estudio tampoco presenta debates académicos o jurisprudenciales trascendentes que merezcan ser recordados y argumentados de manera constante a la luz del prisma, por ejemplo, de cada corriente o escuela de pensamiento –como sí ocurre con otros contratos en los que siempre influyen o confluyen cuestiones políticas, económicas, sociales y culturales: compraventa, donación, locación, entre otros–. Sí, en cambio, opino que el interés de su desarrollo radica en su adecuada comprensión como contrato, a la vez de su perfecta delimitación y comparación con otras instituciones muy cercanas que le son afines y que en no pocas ocasiones le sirven de marco.

La teoría de la representación¹⁶⁸ y el concepto de poder –considerado como instrumento, documento o como acto unilateral de apoderamiento– nos ponen al

163. *Ibidem*.

164. *Ídem*, p. 236.

165. *Ibidem*.

166. LOZADA BRAVO, Ma. Luisa, *La fuerza del mandato*, Santa Cruz de la Sierra, El País, 2009.

167. VALDÉZ DIAZ, Caridad del Carmen (coord.), *Derecho civil*, La Habana, Félix Varela, 2006, p. 275.

168. Una idea general de este instituto puede verse en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, n° 6, 1994 (artículos escritos por diversos autores sobre representación).

tanto de la innegable importancia de su estudio dentro de las conclusiones a las que se arriban en el marco del contrato en referencia, y su tratamiento resulta ser indiscutible. Quizás su no delimitación adecuada o su íntima cercanía permitan que en variadas y determinadas circunstancias las instituciones se alteren o se confundan, predisponiéndose hacia el conflicto.

Los análisis que siguen a estas líneas presentarán un desarrollo sucinto de las diecisiete sentencias escogidas, en donde la resolución o postura de la Corte de Justicia Nacional precede a la exposición de los hechos. Luego de su lectura, lo que queda es entablar las doctrinas que emergen de las mencionadas afirmaciones, con algunos comentarios favorables y otros críticos, a la luz de la doctrina nacional y extranjera mayoritaria.

En todos los casos en que sea posible, las conclusiones de lo resuelto en los precedentes serán referenciadas con los principios emergentes de las *Institutas* de Gaius¹⁶⁹, por cuanto servirán para que, en estudios de mayor envergadura, puedan abordarse, analizarse, considerarse y compararse las decisiones de nuestro máximo tribunal en relación con las fuentes primarias y originarias del derecho que les sirven de sustento. Razón de ello es que en este ensayo solamente se anotarán las concordancias al pie cuando la Corte se haya expedido de acuerdo con lo establecido en el gran texto citado.

1) “Don Pedro Bidondo y otro c/ Provincia de Buenos Aires s/ nulidad de contratos de arrendamiento y pago de lo indebido” (26/2/1973)¹⁷⁰

Hechos: Pedro Bidondo y Francisco Figliolo habían suscripto un contrato de arrendamiento con la Provincia de Buenos Aires en carácter de contraparte, en donde, entre otras cuestiones, se establecía que, a cambio del pago de un canon correspondiente, podían hacer uso y explotación de ciertos locales ubicados en la rambla de Mar del Plata. Los contratos mencionados habían sido suscriptos con el administrador de la rambla marplatense, que actuaba en representación del Poder Ejecutivo Provincial en carácter de mandatario, situación jurídica que luego de efectuada y descripta, fue ratificada por el propio Estado de la Provincia de Buenos Aires. Posteriormente, el Poder Ejecutivo Bonaerense declaró por decreto la nulidad de los contratos suscriptos con los arrendatarios, invocando como fundamento que debía negarse su validez cuando los mandatarios de la Provincia excedieran los límites de su mandato. Pero no es el mencionado el tema sustancial del fallo, ya que del mismo se desprenden otras discusiones ajenas al mandato: un arrendamiento suscripto mediante apoderado, un decreto que los anula; un llamado a licitación y la presentación de los actores, que reconocen y abonan, previa protesta, el 25 % del precio del nuevo arrendamiento, entre

169. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7).

170. *Jurisprudencia Argentina*, 10-7.

otras cuestiones de interés jurídico. A través de la protesta, los damnificados se presentan a la Provincia (Ministerio de Hacienda), aduciendo que los nuevos contratos suscriptos a través de la licitación habían quedado sin efecto –sobre todo el monto del canon locativo–, de acuerdo a la puesta en vigencia de una nueva Ley de Alquileres.

Este reclamo es desestimado por el Gobierno Provincial, que aduce que, en virtud de lo ordenado en el artículo 1502 del Código Civil, los arrendamientos de bienes nacionales, provinciales y municipales, entre otros bienes de similar naturaleza, son regidos por las reglas del derecho administrativo, actuando únicamente en subsidio las normas del Código Civil. Este hecho no es reconocido por los actores, quienes incluso sostienen que los primeros contratos celebrados con el mandatario del gobierno no son nulos, pues no hay posibilidad de anulación ya que deben regularse por las reglas del Código Civil. Aducen además vicio del acto jurídico: lesión (art. 954 CCIV, en la redacción anterior a la reforma de la Ley 17.711); y, posicionados desde la vigencia de la Ley de Alquileres, también aducen pago de lo indebido.

*Resolución de la Corte:*¹⁷¹ no se hace lugar a la pretensión incoada por los actores, por cuanto, entre otros fundamentos, se reconoce la extralimitación de las facultades del mandatario suscribiente:

Las personas jurídicas, como las de existencia visible que obran por medio de mandatarios, están habilitadas, y son, en general, las que están llamadas a serlo, para negar eficacia a los actos de sus representantes cuando éstos se hubieran extralimitado al ejercitar sus poderes, en cuyo caso es de evidencia que no impugnan un acto propio (arts. 33, 36, 1870, 1931 y correlativos del Código Civil)...

2) “Sociedad Terrestre y Puerto Villa Constitución c/ Poder Ejecutivo - D. General de Rentas s/ sustitución de poder” (31/12/1932)¹⁷²

Resolución de la Corte (no hay publicación de hechos): se mantiene el principio general establecido en el artículo 1870 inciso 6 del **Código Civil**: las reglas del mandato en el Código Civil sólo son aplicables a las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan a las disposiciones del Código de Procedimientos. De aquí se desprende la no aplicación de los presupuestos del artículo 1924 del mencionado cuerpo legal –posibilidad de sustituir en otra persona la ejecución del mandato– si la mencionada acción estuviera en contradicción con las normas procesales relativas a la representación en juicio.

La sentencia diferencia el personero para pleitos de aquel que hace o realiza otras cosas fuera del juicio, argumentando que quien tiene poder para juicios no puede ubicar a otro en su lugar fuera de las circunstancias que expresa, a menos que

171. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 161, p. 246.

172. Fallos, 167:188.

le fuese otorgado tal poderío en la carta de personería. El principio que se desprende del fallo es que los mandatarios no pueden sustituir el poder si no están expresamente autorizados al efecto.

3) “Don Pedro Roth c/ Provincia de Santa Fe s/ cumplimiento de la Ley Contrato número 2036 de empréstito externo y cobro de pesos procedentes del mismo” (2/9/1935)¹⁷³

Hechos: la Legislatura y el Poder Ejecutivo de la Provincia de Santa Fe sancionan y promulgan leyes especiales referidas a los impuestos que gravan el consumo y estipendio de bebidas alcohólicas y a los tabacos, por un lado, y a la emisión de títulos por un importante valor de pesos moneda legal o su equivalente en moneda extranjera en oro, por el otro. Lo recaudado por los mencionados impuestos quedaría afectado a lo previsto en la segunda norma mencionada. Iniciada la emisión de títulos por la Provincia de Santa Fe, se realiza un contrato de compraventa entre el entonces ministro de Hacienda y el representante de los banqueros de White Weld and Co. de Nueva York, pagaderos a elección individual de los tenedores. Simultáneamente, también se celebra un contrato entre el ministro mencionado y otro representante de otros banqueros; para este caso, de Chatham Phenix National Bank and Trust Co. de Nueva York, mediante el cual la compañía mencionada era designada agente fiscal a los fines del empréstito, estipulándose las condiciones de emisión del mismo.

Como resultado de las leyes y contratos citados, se ofrecen a la suscripción del público los títulos emitidos por la Provincia de Santa Fe, del cual el actor resulta poseedor del número 1864, con cupones que oportunamente presentarían la imposibilidad de cobro por incumplimientos atribuidos a la propia Provincia.

Por la Provincia de Santa Fe, el doctor Rodolfo Moltedo, entre otras acciones fuera del análisis del presente, opone excepción dilatoria de falta de personería del actor, la que funda en el artículo sexto del convenio celebrado con la mencionada entidad Chatam Phenix National Bank and Trust Co. El agente fiscal

... podrá en cualquier momento hacer las gestiones que crea convenientes para hacer valer los derechos de los tenedores de títulos [...] y, a tal efecto, será considerado y tratado por la Provincia como el representante y el apoderado general irrevocable de los tenedores de títulos debidamente nombrados y autorizados como tal para actuar bajo el convenio suscripto mencionado, y los tenedores de los títulos, al aceptar los títulos emitidos bajo el mencionado convenio, confieren irrevocablemente tal autorización.

*Resolución de la Corte:*¹⁷⁴ en lo que aquí interesa, importa destacar que el Máximo Tribunal se ha expedido asimilando el acuerdo de voluntades suscripto oportuna-

173. Extraído del v. CLXXIII-Antonio García Impresor, Buenos Aires, 1935, pp. 331-348.

174. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 155, p. 243.

mente por la Provincia de Santa Fe a un consistente mandato, al cual incluso le reconoce la misma jerarquía y estructura jurídica. A través suyo, la Provincia de Santa Fe otorga poder a la compañía extranjera Chatam, que ésta acepta, para representarla al efecto de ejecutar a su nombre y por su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza, conforme al artículo 1869 del *Código Civil*.

Sin embargo, más relevante aún resulta la resolución que sigue a estas líneas, la que se transcribe de manera textual en razón de su importancia:

Se instituye a dicha compañía como representante general y apoderado irrevocable, y no parece dudosa la sinonimia corriente y jurídica de apoderado y mandatario, como que en el mandato éste es el que recibe poder y mandante es el que lo otorga. Pero toda duda posible desaparece cuando se advierte que los poderes otorgados a la Chatam para representar a la Provincia y a los tenedores de títulos alcanza a toda acción o demanda judicial cualquiera que sea su base, lo que está previsto en el inc. 6 del art. 1870 del *Código Civil*.

El texto finaliza con la declaración de lo que considero es un principio a tener en cuenta en el presente contrato, aunque no fuera rector desde el punto de vista funcional. Es, quizá, tan solo este principio, con las características mencionadas, el que me ha motivado a incluir el presente fallo en la selección efectuada. La Corte concluye: “por lo demás, mandato y representación son conceptos conexos y nociones irreductibles”.

4) “Cáfora Diodato s/ su sucesión” (27/9/1957)¹⁷⁵

Resolución de la Corte (sin referencia a hechos):¹⁷⁶ el Máximo Tribunal se remite al criterio mayoritario del artículo 1969 del *Código Civil*. En el caso, atento a que no existe una constancia auténtica del fallecimiento de una persona en el extranjero –denunciado por su apoderado–, debe concluirse que, aunque haya cesado el mandato, es obligación del mandatario, sus herederos o representantes de herederos incapaces continuar por sí o por otros los negocios comenzados que no admiten demora, hasta que el mandante, sus herederos o representantes dispongan sobre ellos.

5) “Fernández Dieguez, Julio c/ Fondo Librero Iberoamericano y otro” (4/9/1961)¹⁷⁷

Hechos: se efectúa el traslado de una demanda contra Mariano Medina del Río, quien se encontraba, según dichos de quien atiende la diligencia procesal, fuera de la Capi-

175. *Fallos*, 238: 578.

176. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 160, p. 245.

177. *Fallos*, 250: 642.

tal Federal. En el expediente en cuestión se presenta, el señor León Plinker, representando al señor Medina del Río, y solicita se declare la nulidad de la notificación, por cuanto no alcanzó a reunir los elementos mínimos que requiere este tipo de diligencias. La parte actora se allana a la nulidad, a la vez que solicita que el emplazamiento se realice en el domicilio de Plinker, apoderado general, quien había justificado su actuación según poder general amplio que obraba en testimonio en el expediente. La primera instancia se inclina por esta solución.

El tribunal de alzada revoca el decisorio, por cuanto considera que las facultades conferidas al representante del codemandado Medina del Río no autorizan a la contraparte a notificarle, en tal carácter, el traslado de la demanda, toda vez que se trata de un emplazamiento que debe efectuarse en la persona contra la cual se dirige la acción y no en la de su apoderado.

Resolución de la Corte: el más alto tribunal realiza una interpretación del alcance de los poderes generales. Así, se afirma en el fallo lo siguiente:

La existencia del poder general amplio cuyo testimonio obra agregado a fojas 45/49, en el que, entre otras facultades, se otorga a Plinker la de intervenir en defensa de los intereses de su mandante “en toda clase de juicios que deban sustanciarse ante los tribunales de la Nación o de las provincias, de cualquier fuero o jurisdicción, ejercitando por sí o por medio de apoderados las acciones pertinentes como actor o demandado o en cualquier otro carácter”, con todas las atribuciones usuales en esta clase de poderes, y la efectiva presentación del apoderado en estos autos, hecho este último al que el ordenamiento procesal vigente atribuye expreso efecto de aceptación del mandato, con la consiguiente vinculación personal que el mandatario contrae respecto de todos los emplazamientos, citaciones y notificaciones que se realicen en el curso del pleito.

De aquí que se afirme el principio que considera que la presentación efectiva del apoderado en un expediente produce los mismos efectos que la aceptación del mandato, con la vinculación personal que el mandatario contrae respecto de todos los emplazamientos, citaciones y notificaciones que se realicen en el curso del pleito.

6) “Argentine Land and Investment Co. Ltd. c/ Fisco Nacional (Dirección General Impositiva) s/ repetición” (3/5/1967)¹⁷⁸

Hechos: ante el conflicto suscitado entre las partes, el representante de la demandada solicita se declare la improcedencia del recurso concedido, por cuanto es interpuesto únicamente por uno solo de los dos apoderados instituidos en el mencionado poder cuyo testimonio obra en el expediente de marras.

El caso es sumamente interesante, lo que viene a plantear es nada menos que un conflicto de normas. En efecto, al tratarse de una procuración judicial, las interpo-

178. *Fallos*, 267: 393.

siciones se realizan teniendo en cuenta la *Ley 10.996* y el Código de Procedimientos como primera medida, y luego, las normas del mandato del Código Civil, que actúan en carácter supletorio. Según el artículo 11 de la *Ley 10.996*, el representante en juicio tiene la obligación de apelar y, según el artículo 17 del Código de Procedimientos, debe entenderse tal acción cualesquiera sean los términos del poder. De aquí se deduce que la intención legislativa se dirige a asegurar y preservar al máximo el derecho de los litigantes.

Esto se asemeja al Código Civil y a la argumentación e interpretación de los principios generales del contrato de mandato. De aquí se deriva que carece de sentido exigir la firma de todos los comandatarios, aun cuando se les instituya en forma conjunta un poder determinado, a no ser que se comprobara la existencia de discrepancias entre ellos que, irremediables, impongan la necesidad de aunar criterios para cumplir los fines del mandato.

Resolución de la Corte: el máximo organismo judicial de la Nación establece pautas o principios. La primera reviste carácter esencial: “es fundamental en el mandato atender a la voluntad y al interés del mandante”,¹⁷⁹ teniendo en cuenta la naturaleza del negocio, determinante de la extensión de los poderes para conseguir o alcanzar el objeto que se tuvo en cuenta. Además, se afirma que sostener que al instituir el mandato conjunto el mandante comprometería el destino de su pleito al defecto de que alguno no lo suscribiera o firmase sería sacrificar, por escrúpulos de forma, derechos sustanciales de las partes en el proceso contra el fin y la razón de ser del mandato otorgado de manera conjunta, concebido para preservar y asegurar al máximo la defensa de los derechos del mandante.

Finalmente, se sostiene que aunque haya sido uno de los apoderados quien interpuso el recurso de apelación, son ambos los que lo sostienen en el memorial obrante en el expediente, con lo que alcanzan con ello a lograr la ratificación de una actuación coincidente que se refleja en todas las partes sustanciales del juicio y que excluye toda suposición de disenso. Es por ello que, con arreglo a las leyes especiales –*Ley 10.996*, Código de Procedimientos y afines–, es obligación de los mandatarios interponer los recursos correspondientes y seguir en todas las instancias, cualesquiera sean los términos del poder.

7) “Partido Socialista c/ Sociedad Anónima La Vanguardia” (6/11/1973)¹⁸⁰

Hechos: los partidos políticos argentinos fueron disueltos durante la intervención militar a la democracia nacional conocida como la Joven Argentina, en el año 1966. En la consideración de la Cámara, esta situación causó impacto jurídico en los mandatos otorgados a los apoderados de los partidos según las disposiciones del Código Civil,

179. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 156, p. 244.

180. *Fallos*, 287: 195.

los que, a partir de su disolución, caducaron de pleno derecho. En virtud de ello, declaran mal concedida una apelación, en razón de que el mandato invocado por los presentantes habría cesado como consecuencia de lo dispuesto en el Decreto 6 del 28 de junio del año 1966, con arreglo a los artículos 1870 inciso 6 y 1963 inciso 4 del [Código Civil](#), y muy independientemente de que el Decreto-ley 19.109/1971 haya intentado colocar a los partidos políticos en situación idéntica a aquella en la que se encontraban antes de su disolución.

El tema aquí ocurre con el Partido Socialista y con unos mandatos que a través suyo se habían otorgado el primer día de julio del año 1954. La mencionada agrupación deja de existir como tal, pero no por causa del Decreto 6/1966 sino por una sentencia judicial del 20 de noviembre del año 1959, en donde se reconoce una escisión interna que conforma al Partido Socialista Argentino por un lado y al Partido Socialista Democrático por el otro, y ninguna de esas dos facciones es calificada como continuadora o sucesora del original Partido Socialista.

*Resolución de la Corte:*¹⁸¹ el mandato que otorga la mencionada agrupación en el año 1954 se extingue por aplicación analógica del artículo 1963 inciso 3 (fallecimiento del mandante o del mandatario), sólo que considerando en el caso particular la disolución de las personas jurídicas. En razón de la extinción del mandato por desaparición del Partido Socialista, no pueden otorgarse válidamente sub-mandatos con fecha posterior (1966), ya que si cesan los mandatos conferidos al sustituyente por la terminación de los poderes del mandatario que otorgó la sustitución (art. 1962 CCIV), con mayor razón no puede admitirse la validez del sub-mandato otorgado por el mandatario primitivo luego de la extinción del mandato originario.

Finalmente, se afirma que si los recurrentes no invisten la representación del Partido Socialista ni de alguna de las dos líneas en las que se ha escindido, los mismos carecen de toda personería.

8) “Francisco Eduardo Napiarkorvski s/ falso testimonio” (24/2/1977)¹⁸²

Hechos: en una causa penal se intenta aducir que no puede actuar un apoderado en carácter de representante, aun cuando se le hubiere otorgado un poder para actuar en forma conjunta, separada y/o indistintamente, sin que haya cesado en su cometido el anterior profesional actuante, en razón de constituir un supuesto de arbitrariedad por violación de la defensa en juicio y de la legislación de fondo durante el mandato.

Resolución de la Corte: fallo idéntico al comentado en el punto 6) (“Argentine Land and Investment Co. Ltd. c/ Fisco nacional (Dirección General impositiva)”. Se advierte nuevamente que, según el artículo 11 de la [Ley 10.996](#) y el artículo 17 del

181. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 158, p. 246.

182. Fallos, 297: 56.

–anterior– Código de Procedimientos Civil y Comercial, los apoderados tienen la obligación de interponer todos los recursos y seguir todas las instancias, cualesquiera sean los términos del poder, y que, dada esa obligación legal, no corresponde exigir la firma de todos cuando se los instruye en forma conjunta para que el recurso pueda concederse. En razón de ello, con mayor razón debe admitirse una apelación por un co-apoderado designado para actuar en forma conjunta, separada o indistinta.

Como principio general, se establece que es esencial atender en el contrato de mandato a la voluntad y al interés del mandante,¹⁸³ y que el otorgamiento de un poder para actuar en forma conjunta, separada o indistinta no persigue comprometer el resultado del pleito a un defecto de forma, como la falta de firma de uno de los apoderados, cuando haya que interponer recursos o agotar instancias. La Corte enseña que admitir lo contrario implicaría dificultar en sumo grado el cumplimiento cabal del mandato recibido y desvirtuar las intenciones del otorgante.

9) “Antonio Khorozian c/ Romualdo Eugenio Carnago y otro” (10/8/1995)¹⁸⁴

Hechos: se solicita la declaración de nulidad de la queja por denegación del recurso extraordinario deducido por el codemandado (Jorge Balian) en razón de que, al momento de su interposición, su apoderado carecería de mandato por haber fallecido su representado.

*Resolución de la Corte:*¹⁸⁵ si bien se reconoce que, con arreglo a lo ordenado en el artículo 1963 inciso 3 del [Código Civil](#), la muerte del mandante configura una de las causales de cesación del mandato, en el caso corresponde la aplicación del artículo 1969 del mismo cuerpo legal, que establece que no obstante la cesación del mandato es obligación del mandatario, de sus herederos, o representantes de sus herederos incapaces, continuar por sí o por otros los negocios comenzados que no admiten demora, hasta que el mandante, sus herederos o representantes dispongan sobre ellos, bajo pena de responder por el perjuicio que de su omisión resultare. En efecto, se valora esta última norma citada con el artículo 53 inciso 5 del [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#):

La representación de los apoderados cesará [...] 5) Por muerte o incapacidad del poderdante. En tales casos el apoderado continuará ejerciendo su personería hasta que los herederos o representante legal tomen la intervención que les corresponda en el proceso, o venza el plazo fijado en este mismo inciso...

183. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 156, p. 244.

184. *Fallos*, 318: 1506.

185. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 160, p. 245.

10) “Mario Nicolás Tortorelli c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios” (23/5/2006)¹⁸⁶

Hechos: un interesantísimo caso de responsabilidad civil que incluye a jueces, abogados patrocinantes y personas particulares. El señor Mario Nicolás Tortorelli pretende salir a vacacionar con su familia del país y no le es permitida su partida en razón de imponérsele, en una frontera limítrofe determinada, que tiene prohibida su salida por una quiebra decretada en su contra. Advertido de esta circunstancia, el actor inicia las averiguaciones pertinentes y descubre una cadena de responsabilidades que se originan por una confusión por homonimia con una persona llamada Mario Tortorelli, quien no tiene, según los informes de la Cámara Electoral, y entre otras cosas, el mismo domicilio que el actor. De esta cadena de responsabilidades son partícipes varios agentes y el denominador común de esta sentencia es –como sencillo es de suponerse– la responsabilidad por imprudencia.

En lo que a este ensayo respecta, de la sentencia surge la posición de una persona, Ángela Granato, quien demanda por juicio ejecutivo y luego solicita un pedido de quiebra a Mario Tortorelli –confundiéndose en la persona de Mario Nicolás Tortorelli– actuando la misma a través de su mandatario –según consta el poder en el expediente en referencia–, el abogado Roberto Orlando Carrá. De las contestaciones de los demandados –y en lo que aquí respecta e interesa, especialmente, de estos últimos mencionados– se infiere que, mientras que Ángela Granato considera que su actuación se realizó de buena fe a través de la gestión de su mandatario, el abogado representante se defiende argumentando que su responsabilidad acarrearía inclusive a la de su mandante, por cuanto su actuación se justifica en representación de aquella.

*Resolución de la Corte:*¹⁸⁷ el daño se produce en razón de que el profesional citado (abogado Roberto Orlando Carrá) no actuó, en definitiva, con la prudencia necesaria. De la misma sentencia se desprende que no es responsable quien en estas circunstancias interviene en carácter de mandante, por cuanto respecto de los actos ilícitos no puede haber o no puede existir la representación. La ligereza del abogado patrocinante contraria a la diligencia exigible como principio, según el artículo 902 del [Código Civil](#), compromete únicamente su responsabilidad frente al actor y no la de su representada, Ángela Granato.

El principio general se establece en reconocer que, en lo que concierne a daños extracontractuales, el obligado a repararlos es su actor y que si el representante no sólo se aparta de las instrucciones recibidas, sino que viola el derecho de un tercero al no tomar las precauciones para evitarlo, es el mandatario quien debe cargar con las consecuencias de los daños que provoque. El hecho de demandar a una persona que

186. Fallos, 329: 1881.

187. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 157, p. 245.

no era deudor del mandante conforma un acto que no se vincula con el mandato, un acto que es extraño a este contrato, por lo que de ninguna manera puede imputársele esa conducta al representado.

Finalmente, se establece que el apoderado no puede probar que fuera su poderdante quien le suministró los datos erróneos o equivocados y que no pueden extraerse conclusiones del poder oportunamente otorgado a poco que se advierta su carácter general.

9. Líneas y tendencias asumidas por la Corte Suprema de Justicia a través del tiempo

De las explicaciones que anteceden pueden extraerse conclusiones interesantes, que, en general, han sido imitadas por la doctrina dominante. En este sentido, podría aseverar sin temor alguno que hay dos principios en juego que pueden ser origen de todas las sentencias y que desde ellos, entonces, se desprenden todas las conclusiones que han sido imitadas a lo largo del tiempo. Los mencionados principios deben ser estudiados en su total comprensión, para evitar que una mala argumentación genere una incorrecta e inadecuada apreciación por parte del jurista o el investigador.

9.1. *Primer principio rector. La voluntad y el interés del mandante*

El primer principio que emerge naturalmente de la selección de fallos escogida para el análisis del presente capítulo es el que afirma que, para cualquier situación jurídica que se trate, como primera medida, habrá que atender a la voluntad e interés del mandante. Este principio, en su adecuada interpretación, permite atender a la voluntad real y lograr que prevalezca sobre efectos secundarios no deseados o, al menos, no previstos por quien otorga, convencido, su manda.

El lector puede encontrar la descripción del primer principio rector en las afirmaciones del Máximo Tribunal que se desprenden expresamente de “Argentine Land”, en perfecta e idéntica sintonía con “Napiarkorvski”: “es fundamental en el mandato atender a la voluntad y al interés del mandante”.

Este principio implica entonces que, ante el conflicto suscitado por una interpretación restrictiva del mandato, siempre se impondrá, sobre cualquier circunstancia, la voluntad real y el interés de quien otorga el mandato de buena fe, muy a pesar de que en diversas circunstancias deban ratificarse las gestiones excedidas o extralimitadas realizadas por el mandatario, para que tengan efecto en el proceso, a través de las diversas instituciones jurídicas mencionadas y confirmadas, como, por ejemplo, la ratificación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que atender a la voluntad real no implica de ninguna manera desconocer determinadas reglas básicas de convivencia formal con el ordenamiento jurídico. Éstas imponen, además de la forma,

un modo de comportamiento y de respeto a la justicia adecuado para quien pretende ejercer los derechos que considera corresponden con la esfera de su personalidad o cuya concreción ético-jurídica, por alguna circunstancia fáctica no deseada, le ha vulnerado el mencionado y pacífico ejercicio.

9.2. *Segundo principio no rector. Mandato y representación son conceptos conexos y nociones irreductibles*

Este principio surge claramente del fallo “Pedro Roth”. Debe recordarse en este punto que en el mencionado fallo el Máximo Tribunal se expide asimilando el acuerdo de voluntades suscripto a un mandato que se considera verdaderamente consistente, por cuanto se le reconoce la misma jerarquía y estructura jurídica que el contrato homónimo descrito en el Código Civil. De esta sentencia entonces surge la primera conclusión, que sostiene que no parece dudosa la sinonimia corriente y jurídica de apoderado y mandatario, en el sentido en que en el contrato es el mandatario quien recibe el poder y es mandante quien lo otorga. De aquí que se considere en la parte pertinente el siguiente principio no rector: “por lo demás, mandato y representación son conceptos conexos y nociones irreductibles”.

El adecuado uso del lenguaje conforma una parte importante de la responsabilidad que tiene el jurista a la hora de argumentar o interpretar las fuentes del derecho para poder arribar a una adecuada o atinada resolución. Ya el profesor Rodolfo Vigo había advertido que, en materia de principios, los fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional denotaban hasta ese entonces una técnica no cuidadosa en el uso del lenguaje. Así se expide el jurista santafesino:

Corresponde ahora intentar conclusiones o propuestas que [...] responderán a las tesis centrales expuestas a lo largo de este libro. Por supuesto que intentaremos avalarlas con fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque vale insistir en que ellos no siempre lucen técnicamente cuidadosos en el lenguaje y, así, para decir lo mismo a veces se recurre a la terminología de principios, derechos, valores, bienes, intereses, etc.¹⁸⁸

Con humildad pienso que algo similar ha ocurrido con el mandato. A lo largo del tiempo, las sentencias escogidas demuestran que se ha intentado, en beneficio de la belleza del párrafo –para evitar reiteraciones, etc.– incluir conceptos como sinónimos cuando en realidad no lo son en lo más mínimo, muy a pesar de encontrarse en notoria relación. No encuentro otra apreciación posible que me permita entender por qué deben considerarse como intercambiables los términos mandato, representación y poder, y, mucho más, por qué no debe haber confusión en la terminología cuando todo demuestra que no pueden asimilarse los estudios de las instituciones:

188. VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 186.

mientras unos se refieren al análisis de las obligaciones que cada parte asume para sí, los otros destacan con énfasis la calidad de la gestión con otras personas, el alcance de la manda otorgada, los problemas éticos que se derivan de un ilegal o inmoral ejercicio de la representación, entre tantas otras cuestiones relevantes.

Lo expresado surge claramente de la sentencia de “Pedro Roth”. Por ello, en la última parte de este ensayo, corresponde precisar esos conceptos que, ya impuestos por las sentencias citadas, merecen tener un lugar desde la doctrina especializada.

10. Palabras finales

Las líneas que se entregan con humildad y esperanza pretenden realizar un repaso de doctrina y jurisprudencia nacional acerca de los temas mandato, representación y poder, de tan importante práctica en nuestras escribanías. Sin embargo, he decidido no adjuntar modelos de técnica –ni siquiera uno solo–: considero que la creación notarial del derecho que intenta argumentar la voluntad de los requirentes o concurrentes, una vez conformados los deberes éticos notariales aplicados –según la tesis por mí sostenida¹⁸⁹–, debe ser especial, única de cada notario, mucho más en el tema que nos ocupa, en donde la mera copia puede acarrear injusticias notables e irreversibles a nivel de la confianza.

Creo que es una tarea habitual entre nosotros afirmar la importancia del documento notarial en los foros nacionales o internacionales a los que concurrimos para intercambiar ideas que son producto de nuestra permanente dedicación al estudio de soluciones. Así, suele establecerse que una de las piedras angulares de la función notarial está conformada por la tarea de la confección y la preparación del documento notarial, con todo lo que en los tiempos actuales ello significa, que, además del encuadre jurídico esencial, conlleva también la adecuación de las normas de naturaleza administrativa o tributaria, que en circunstancias cada vez más frecuentes se oponen a los principios emanados de la Constitución Nacional.

Esas ideas, lejos de ser inoportunas, vienen a jerarquizar la seguridad jurídica en su faz preventiva, palpable, visible, establecida en el único medio probatorio que a través de la fuerza de la autenticidad se presenta, tanto en el proceso de acuerdo como en el judicializado, como medio de prueba absolutamente relevante. Además, no hay duda de que esas ideas también fortalecen la historia de nuestra institución, que siempre se ha visto analizada a través de las opiniones de jerarquizados autores acerca de la conformación, redacción, inscripción y jerarquización del documento notarial.

Sin embargo, muy a pesar de esas atinadas interpretaciones, creo que el nuevo siglo le impone nuevas tareas al jurista, que motivan, sin duda alguna, a realizar

189. COSOLA, Sebastián J., ob. cit. (cfr. nota 91), p. 248.

algunas reflexiones interesantes. Me pregunto si el fundamento que ordena históricamente considerar el documento notarial como centro de atención del notario no debería enriquecerse, mutando de perspectiva. En épocas de esplendor del contrato con cláusulas predispuestas o también en aquellos conocidos como de adhesión,¹⁹⁰ parece evidente que la redacción y confección del documento son tareas que no alcanzan la jerarquía que tienen otras labores notariales previas a la confección, que siempre han estado destinadas a conformar los tratos preparatorios, esto es, anteriores a la conformación del documento.

La realidad económica de los países que tienen acceso al intercambio de bienes les ofrece a las personas la oportunidad de interactuar patrimonialmente para que alcancen con creces el confort. Ya no nos preocupamos por vivir bien sino por vivir de acuerdo a parámetros hasta exageradamente inalcanzables, y así ocurren cada vez más frecuentemente las infelicidades, las intolerancias, los desprecios, las envidias, los celos, las separaciones, los problemas sentimentales que se originan a partir de problemas patrimoniales. Los beneficios del progreso, a partir de estándares de vida inalcanzables para las oportunidades que cada uno tiene en la vida, vuelven a las personas diferentes de las que hace tiempo fueron, precisamente porque la carrera por el triunfo de la individualidad echa por tierra los principios y valores asumidos por la humanidad con el correr de los siglos, que ordenan que no hay mejor progreso que el de toda una comunidad que se esfuerza por mejorar la calidad de vida a través de los lazos de la solidaridad, la cooperación, la integración, el compañerismo y la esperanza.

En este panorama, la documentación de las operaciones no es más que un trámite formal que debe cumplirse sin mayores inconvenientes, para cumplir con las normas establecidas, para proteger el patrimonio y para legitimar la protección de la vivienda a través de una escritura pública. El fin es claro y es noble. Pero en épocas de celeridad y mecanización de las operaciones, si con todo lo antedicho estuviera yo en lo cierto, algún día no muy lejano una máquina mucho más perfecta y prolija que el hombre podrá reemplazar a la escritura pública sin más motivaciones que un buen y mejor coste. Si a eso le agregamos las nocivas circunstancias que surgen de la incidencia del poder político, que pretende en nuestros países sustituir a la escritura pública por documentos administrativos de protección de la vivienda única, otorgándoles legalmente el mismo valor, la vida útil del escribano como mero documentador se encuentra en el segundero de una corta cuenta regresiva.

Afortunadamente, no es esa la principal función que desempeña el notario como redactor de las voluntades legítimas y auténticas de las personas que recurren a su auxilio. El documento notarial no es más que el resultado de la confluencia de

190. Contratos que contienen fórmulas auténticas realizadas casi mecánicamente por el notario y que también incluyen fórmulas autenticadas establecidas a través de la opinión de las partes o comparecientes, que actúan libremente pero asintiendo a un cambio radical en el concepto tradicional de la autonomía de la voluntad.

ciertos principios legales o consuetudinarios que encuentran su origen ya sea en el imperio de contratación, ya sea en la instrumentación de los hechos jurídicos trascendentes o en aquellas declaraciones relevantes que causan estado en cuestiones jurídico-patrimoniales, entre otras acciones jurídicas de importancia. Por ello, otras funciones notariales merecen destacarse, por cuanto anteceden al documento y, en cierta manera, la jerarquía y seguridad jurídica autocompleta del documento notarial dependen de su adecuada implementación y conformación estructural.

De aquí surge el espíritu de una nueva consideración acerca de las bondades de la función notarial en la época que nos toca vivir y habitar, revalorizar lo que llamo los deberes éticos notariales aplicados: información, asesoramiento, consejo, imparcialidad, independencia y deber integrado de legalidad. La aplicación de cada uno de estos deberes en su adecuada concreción y todos juntos en interacción potencial obtendrán como resultado la mejor confección del documento, aquella que nadie más que un notario podrá efectuar, que capte los deseos y los adecue de acuerdo de derecho. De esta manera, podrá suplantarse alguna vez la creación del documento, pero nunca podrá alterarse el orden natural de la vida negocial de relación, que genera confianza y respeto en aquellos que depositan su fe –creencia– en la fe –legal– de su escribano o notario, esto es, de su consejero de confianza.

Antes del documento entonces, deben destacarse y enaltecerse otras funciones notariales que, como ya adelanté, he decidido en denominar deberes éticos notariales aplicados. Éstos, en relación directa con el documento y con la teoría de la responsabilidad, conforman, con ciertos puentes en conexión, las bases para la consolidación de la prudencia notarial.

Quizás sea esta una tesis que permita la reflexión desde un punto de partida diferente, que sirva para discutir el verdadero sentido del ejercicio de nuestra función en los tiempos que corren. Evidentemente, si nuestra función fuera únicamente la técnica, no habría más que conformar una tecnicatura notarial que sea una parte más de la burocracia que en situaciones de desprestigio institucional presentan los Estados en vías de desarrollo. Serían mejores notarios los que en menor tiempo copien un documento y no los que estén permanentemente en contacto con el estudio profundo de las materias que componen el eje del ejercicio del derecho notarial sustantivo y formal.

Nuestra función tiene que ser más que eso. En las universidades nos enseñan a estudiar la ciencia, pero no se alcanza a transmitir la inquietud por el estudio y la meditación de los fundamentos de las instituciones. Pensar y repensar los fundamentos dan respuesta a los interrogantes más importantes que intentan en circunstancias no ser respondidos por quienes, en procura de obtener poder, prefieren desconocer la institucionalidad y sus beneficios.

Las instituciones persisten en el tiempo porque reconocen fundamentos mucho más profundos que los meramente técnicos o formales. Y persisten en el tiempo también a pesar de las contingencias que sufren cada vez que un mal director o

un mal dirigente confunde sus bondades en pos de un aprovechamiento propio o personal. Sobre esto, deseo traer aquí lo que escribí en un ensayo recientemente publicado:¹⁹¹

En los tiempos que corren, muy común es oír ciertos discursos de políticos, periodistas, analistas, comentaristas y demás afines de la prosa literaria que dan por cierto que la actividad de aprobación rápida y sin reproches que realiza el Parlamento de los proyectos o envíos que a éste le realiza el Poder Ejecutivo Nacional bien se parece al funcionamiento de una escribanía. Inclusive, en ocasiones también se refiere popularmente con el mismo término cuando desde las mismas posiciones se intenta demostrar que el material probatorio con el que se cuenta para afirmar tal o cual cuestión –generalmente, denuncias– se encuentra verdaderamente burocratizado.

Nada más inexacto que las aludidas referencias. Si las personas que dirigen las instituciones tuvieran las precauciones con las que día a día un escribano enfrenta su *opus* cotidiano, se lograría hacer prevalecer el *cavere valletiano* y, con él, otro país sería posible, porque las instituciones que lo conforman funcionarían verdaderamente como una escribanía y, así:

- a) no habría que dudar de la legitimidad de ningún documento y, consecuentemente, no habría plazos extendidos para demostrar la veracidad de tal o cual instrumento, porque la legitimidad se considera cierta;
- b) se acelerarían los procesos, porque, contrariamente, disminuirían las posibilidades de derribar las verdades en ellos establecidas, afirmadas o reconocidas;
- c) existiría una elemental confianza de las personas en las instituciones, como ocurre en cada persona y familia con su escribano de confianza;
- d) no habría denuncias falsas que nadie alcanza a comprender del todo –y que siempre quedan en el camino y en el olvido–, porque los supuestos documentos que son similares a los de una escribanía tendrían el sello de autenticidad que siempre supondrá la verdad;
- e) la institucionalización general adquiriría rápidamente la virtud del orden, como es el que impera en las escribanías, y, por ello, no habría documentos perdidos, sustraídos o adulterados;
- f) seríamos contemporáneos de todo lo que ofrezca certeza y seguridad, y los documentos apócrifos, falsos, adulterados tendrían que definitivamente alcanzar la jubilación;
- g) las familias argentinas, para cada pedido, cada elevación o cada plegaria, tendrían la respuesta adecuada y justa, que otorgue o niegue derechos, pero siempre acerca de lo justo;
- h) todo estaría encaminado a trascurrir para alcanzar sanamente la prosperidad, como en las escribanías cuando las personas recurren a asegurar a quienes tengan como destino continuar con su camino;
- i) nadie dudaría de nada que se diga o se oiga, porque lo que se diga o lo que se oiga estará siempre revestido de fe pública;

191. COSOLA, Sebastián J., ob. cit. (cfr. nota 91), p. 34.

j) la comunidad entera transitaría su vida libre de temores, por cuanto sus deseos van a estar siempre protegidos por el asesoramiento o el consejo de una persona que, por histórico mandato, cumple con su misión funcional diciendo siempre la verdad.

En el caso de la institución notarial, debe afirmarse que no persiste por la perennidad de los documentos que hacen fuerte a la historia, a la antropología, al estudio de las fuentes o a la inmoción de las voluntades individuales o colectivas. La institución notarial persiste porque nunca se dudó ni de su hidalguía ni de la persona del notario o notaria que ha asesorado y resguardado el documento que se mantiene inalterable con el correr de los años. No debe olvidarse que el único denominador común que mantuvo unidos todos los antecedentes notariales desde el *tupsarru* del Código de Hammurabi es el que afirma que a todos los personajes que son parte de nuestra historia se les encomendó tener una conducta moral irreprochable.

En los tiempos actuales, entonces, nuestra misión está más que clara: dar certeza, seguridad, en momentos donde esas mismas expresiones parecen no formar parte de la agenda diaria de las personas que habitan nuestra cultura iberoamericana. Certeza en las transmisiones de dominio y también en la creación de poderes. La certeza, la seguridad, la tranquilidad surgen de los consejos de la persona de donde emergen y ese privilegio, adquirido con naturalidad por investir la profesión notarial, merece que se empiece a considerar una prudencia notarial que posicione a la función en lo que realmente es relevante: la consolidación de la confianza y el establecimiento de la paz jurídica permanente.

Espero con estas palabras despertar la inquietud del colega y, consecuentemente, aumentar sus deseos de alcanzar la excelencia en el desempeño funcional a través de la búsqueda incansable del establecimiento del orden notarial natural a través de la concreción de los deberes éticos notariales aplicados en el caso para la confección de poderes claros, indubitables y auténticos, emanados del noble oficio notarial.

Análisis de cláusulas contractuales vinculadas con el precio en moneda extranjera*

Mariano Esper

ABSTRACT

El artículo examina la problemática del precio en moneda extranjera que se suele pactar en diferentes contratos, brinda modelos de cláusulas usuales que es frecuente incorporar en ellos para asegurar el pago en la moneda extranjera acordada y estudia la validez de esas cláusulas y sus principales efectos.

Sumario: **1.** Presentación del tema. **2.** Breve introducción al dinero y a las obligaciones dinerarias. **3.** Aspectos relevantes del escenario económico-jurídico actual. **4.** Cláusulas contractuales usuales vinculadas con el precio en moneda extranjera. **5.** Aplicación de las cláusulas analizadas en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo. **6.** Epílogo.

1. Presentación del tema

Este trabajo expone la redacción de algunas cláusulas que con frecuencia se insertan en los contratos en general y en los inmobiliarios en particular, vinculadas con la moneda de pago en dinero extranjero, con la finalidad de examinar diversos aspectos de su contenido, funcionamiento y ejecución, particularmente a la luz de las medidas gubernamentales de restricción para adquirir moneda extranjera que se han dictado en nuestro país desde octubre de 2011 en adelante.

2. Breve introducción al dinero y a las obligaciones dinerarias

2.1. *El dinero*

Haré una sintética presentación de las cuestiones indicadas en el título, dado que la materia es vastísima y su estudio profundo contraría la finalidad y contenido de este trabajo.

* Este trabajo fue presentado en el LXVI Seminario Teórico-práctico “Laureano Arturo Moreira”, organizado por la Academia Nacional del Notariado (Buenos Aires, 7-8 noviembre 2013).

La doctrina económica explica en general que el dinero desempeña las siguientes funciones económicas:

- sirve como medio de intercambio de bienes y servicios que se adquieren con él, sustituyendo y simplificando el antiguo –no por ello desusado– sistema de trueque que se verificaba particularmente en las agrupaciones humanas prehistóricas e históricas;
- se emplea como unidad de cuenta para medir y comparar el valor de los bienes y servicios;
- es útil como depósito de valor o como medio de atesoramiento, es decir, como un bien que conserva su propio valor durante largos períodos sin deteriorarse.

Desde el punto de vista jurídico, el dinero encuadra dentro de la categoría de cosa, en el sentido técnico-jurídico del artículo 2311 del *Código Civil*, esto es, como objeto material susceptible de tener un valor. El valor del dinero estaría dado por la cifra indicada en su cuerpo, por su valor intrínseco o por el poder adquisitivo de ese dinero, según el caso.

El dinero es una cosa mueble, fungible, consumible y divisible:¹

- mueble en tanto puede transportarse de un lugar a otro (art. 2318 CCIV);
- fungible desde que “todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie” y pueden sustituirse unos por otros de la misma calidad y en igual cantidad (art. 2324 CCIV);
- consumible, puesto que su existencia termina para quien deja de poseerlo por no distinguirse en su individualidad (art. 2325 y nota al art. 616 CCIV);
- divisible, atento a que, sin ser destruido enteramente, puede ser dividido en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma (art. 2326 CCIV).

Desde otro punto de vista, la moneda o unidad monetaria de un país determinado se puede calificar como:

- De curso legal, cuando reviste el carácter de medio de pago obligatorio para cancelar deudas y obligaciones dinerarias, de modo que el acreedor no puede rehusarse a recibirla.
- De curso forzoso, cuando es inconvertible, esto es, que no puede ser canjeada, sustituida o convertida por su equivalente en reservas o divisas.²

Estas dos categorías en que la moneda puede ser clasificada no deben ser confundidas; responden a criterios diversos y, por ende, sus consecuencias o efectos jurídicos son diferentes. La diferenciación resulta relevante, además, porque nuestro

1. Ver CASIELLO, Juan J. y HIGHTON, Elena I., “Comentario a los arts. 616 y 617”, en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, 2ª ed., t. 2-A, pp. 419 y ss.

2. Ver BARREIRA DELFINO, Eduardo A., “Convalidación de la prohibición de indexar”, *Seminario de Jurisprudencia Argentina*, 14/7/2010, pp. 9 y ss.

Código Civil en sus textos originario y vigente alude a “moneda que no sea de curso legal en la República” (art. 617, redacción primitiva y actual, CCIV).

2.2. *La obligación dineraria*

2.2.1. *Concepto*

En nuestro derecho, las obligaciones de dar cosas se subclasifican en las siguientes especies:

- 1) Obligaciones de dar cosas ciertas (arts. 574-600 CCIV).
- 2) Obligaciones dar cosas inciertas o de género (arts. 601-605 CCIV).
- 3) Obligaciones de dar cantidades de cosas (arts. 606-615 CCIV).
- 4) Obligaciones de dar sumas de dinero (arts. 616-624 CCIV).

Sintéticamente, se puede afirmar que la obligación de dar dinero es aquella que, desde su origen, tiene por objeto la entrega de una suma de dinero³ o aquella en la que el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación.⁴ El primer caso es la hipótesis más frecuente: se pacta entregar equis cantidad de pesos, de dólares estadounidenses o de cualquier otra moneda. El segundo supuesto se verifica cuando, por ejemplo, se acuerda entregar equis cantidad de moneda de curso legal en “tal o cual país o territorio”.

2.2.2. *Las obligaciones dinerarias en el Código de Vélez*

La importancia del dinero en la economía de un país y del mundo en general, por las funciones relevantes y variadas que posee –que antes referí–, determina que exija un tratamiento jurídico particular, diferente al previsto para las restantes cosas muebles. En este sentido, Vélez Sársfield reguló las obligaciones dinerarias en los artículos 616 a 624 del Código Civil, en un capítulo separado dentro del título destinado a tratar las obligaciones de dar. Sin embargo, como es sabido, Vélez Sársfield diferenció el tratamiento jurídico de las obligaciones dinerarias según tuvieran por objeto la entrega de moneda de curso legal en el país (monedas nacionales) o que tuvieran por objeto moneda que no tuviera curso legal en la República (monedas extranjeras).

En el régimen originario del Código Civil, la obligación que tuviera por objeto la dación de moneda nacional era considerada como una obligación de dar sumas de

3. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, 6ª ed. act. por Patricio Raffo Benegas, t. II-A, p. 127.

4. Cf. art. 765 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012. [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, ocurrida el 1/10/2014. El lector puede consultar: a) la Ley 26.994 y sus anexos, publicada por el Centro de Documentación e Información del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas-Infoleg y por el Sistema Argentino de Información Jurídica-Infojus; b) el proyecto aprobado por el Senado en [noviembre de 2013](#); c) la versión elevada al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional a través del [Mensaje 884/2012](#)].

dinero propiamente dicha, a la cual se le aplicaban las disposiciones ya indicadas de los artículos 616 a 624. Esta clase de obligaciones era gobernada por el principio nominalista, reflejado en el texto originario del artículo 619 del Código Civil, según lo sostenía la doctrina y jurisprudencia.⁵

Por el contrario, si la obligación del deudor tenía por objeto entregar moneda que no tuviera curso legal en el país, la obligación debía considerarse “como de dar cantidades de cosas” (art. 617 CCIV, texto originario). Es decir, la moneda extranjera no era calificada jurídicamente como dinero o, mejor dicho, su régimen jurídico no era asimilable al del dinero nacional. Así, en los supuestos de contratación en moneda que no tenía curso legal en el país, muy frecuentes en la época de sanción del Código Civil, la obligación no era de dar dinero propiamente dicha, sino que se asemejaba jurídicamente a una obligación de dar cantidades de cosas. En verdad, Vélez Sársfield sostuvo desde siempre que “el dinero pertenece a las cantidades” (nota al art. 616, Código Civil).

2.2.3. *Las obligaciones dinerarias en el derecho vigente*

La sanción de la [Ley 23.928 de Convertibilidad del Austral](#) (B. O. 28/3/1991), auto-declarada de orden público (art. 13), alteró el régimen de las obligaciones dinerarias en general y de las obligaciones de dar moneda extranjera en particular al modificar los artículos 617, 619 y 623 del [Código Civil](#) y estatuir un sistema nominalista rígido e indiscutible (art. 7). Además, esa ley prohibió terminantemente las normas legales y reglamentarias y las cláusulas contractuales que admitieran o autorizaran cualquier tipo de actualización monetaria (arts. 7, 8 y 10).

En lo que nos interesa, la Ley 23.928 sustituyó el texto originario del artículo 617 del Código Civil, que –como señalé– establecía que las obligaciones de moneda extranjera se regían por las disposiciones de las obligaciones de dar cantidades de cosas, por la siguiente redacción:

Si por el acto por el que se ha constituido la obligación se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.

Entonces –simplificando y evitando participar del inconcluso debate respecto de si la moneda extranjera tiene o no curso legal en nuestro país o, en su caso, qué clase de moneda extranjera lo tendría–⁶, lo cierto es que, desde la vigencia de la [Ley 23.928](#) (1/4/1991), el derecho argentino equiparó el tratamiento legal de las obligaciones de

5. Art. 619 CCIV (texto originario): “Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple su obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación”.

6. Ver CASIELLO, Juan J. y HIGHTON, Elena I., ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 444 y ss.

dar sumas de dinero en moneda extranjera con el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda nacional.

Por otra parte, la modificación del artículo 619 del Código Civil implicó establecer para todas las obligaciones dinerarias, de moneda nacional o extranjera, un rígido y pétreo nominalismo en estos términos:

Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento.

El mismo sistema nominalista fue consagrado simultáneamente por el artículo 7 de la Ley 23.928. (Las modificaciones introducidas a la Ley 23.928 por la [Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario](#), incluso al art. 7, no alteraron la sustancia de ese régimen legal, en lo que aquí se analiza e interesa).

2.2.4. *Las obligaciones en moneda extranjera*

La antigua y vigente [Ley 1130 de Unidad Monetaria de la República Argentina](#), de 1881, que creó el peso-oro, unidad monetaria vigente y con curso legal en la República, establecía en su artículo 7 una prohibición genérica de circulación de toda moneda extranjera de oro y de plata. Se discute desde entonces si esa prohibición se mantiene vigente a lo largo del tiempo o no, aunque, más allá de ciertas posiciones, la doctrina y jurisprudencia entendieron que no existía prohibición legal para contratar en moneda que no tuviera curso legal en la República, y así se constató y constata perceptiblemente en la práctica negocial.

La sanción de la [Ley 23.928](#), al equiparar jurídicamente el régimen las obligaciones dinerarias cualquiera fuera su objeto –moneda nacional o moneda extranjera–, concluyó con aquellos debates.⁷

La doctrina señala regularmente que la moneda extranjera desempeña en la contratación de nuestro país diversas funciones:

- Como cosa u objeto debido, esto es, funcionando como moneda-mercancía. Ejemplos de esta modalidad son el mutuo y el depósito de dinero, y la compra-venta de moneda extranjera, entre otros supuestos.
- Como precio de los bienes o servicios contratados, esto es, empleada en la función específica de dinero. Es la modalidad más usual y extendida en la práctica contractual. Se sostiene que, en virtud de los procesos económicos que han deteriorado el valor de la moneda nacional a lo largo del tiempo y que han provocado la pérdida de credibilidad y confianza en el signo monetario nacional, esta función de dinero que asume la moneda extranjera encierra o cumple una función de verdadera cláusula de estabilización o de ajuste de la prestación dine-

7. Ver TRIGO REPRESAS, Félix A., “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, n° 2012-XI, p. 5.

ria, en virtud del valor estable que ciertas monedas foráneas mantienen en el tiempo, ajenas a las fluctuaciones del valor adquisitivo que afectan a la moneda nacional. Una uniforme corriente jurisprudencial admitía, en estos supuestos, que el deudor podía cancelar la obligación dineraria extranjera por su equivalente en moneda nacional.⁸ Ejemplos de esta función de precio de la moneda extranjera, que encierra generalmente una verdadera cláusula de estabilización monetaria, son la compraventa, la locación de cosas, de servicios o de obra, el *leasing*, contratados por un precio en moneda foránea, entre otras hipótesis.

- Finalmente, una tercera posición, diferente de las anteriores o como variante de la precedente, señalaba la hipótesis de contratos en los que la moneda extranjera debía considerarse como verdadero dinero cuando se había previsto como moneda esencial del negocio, supuestos en los cuales no se admitía el pago de la prestación dineraria por su equivalente en moneda nacional, dado que el deudor debía entregar, y el acreedor debía recibir, la cantidad exacta de la unidad monetaria especialmente fijada en el contrato.⁹

3. Aspectos relevantes del escenario económico-jurídico actual

Antes de ingresar a examinar determinadas cláusulas contractuales vinculadas con el precio en dinero extranjero que se presentan masivamente en los contratos de nuestro país, de potencial conflictividad judicial, conviene resaltar algunas notas salientes del escenario económico-jurídico de nuestros días que resultan decisivas para examinar correctamente nuestra temática:

- La presencia de una inflación prolongada y elevada, que afecta simultáneamente el valor adquisitivo de la moneda nacional, deteriorándolo, y el precio de los productos y servicios, encareciéndolos.
- La prohibición legal de indexar o de pactar en los contratos cláusulas de estabilización monetaria. La tajante veda legal surge de los artículos 7 y 10 de la [Ley 23.928 de Convertibilidad del Austral](#); si bien fueron modificados por la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, no se modificó la sustancia ni el espíritu de la interdicción legal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó recientemente la vigencia irrestricta de aquella prohibición.¹⁰
- Las medidas dictadas por el Estado Nacional que tienen por objeto restringir la adquisición de moneda extranjera en el mercado único y libre de cambios esta-

8. Ver Busso, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1958, t. IV, p. 262.

9. Ver CNCiv., Sala C, 26/11/1985, “Vignola, Nidia A. c/ Colombo Marchi, José”, en *La Ley*, t. 1986-B, p. 301.

10. CSJN, 20/4/2010, “Massolo, Alberto J. c/ Transporte del Tejar SA”, *Seminario de Jurisprudencia Argentina*, 14/7/2010, p. 3

blecido por el [Decreto 260/2002 de Régimen Cambiario, Mercado Libre y Único de Cambios](#). Aquellas medidas gubernamentales se dictaron a partir de fines de octubre de 2011 y se fueron acentuando con el paso del tiempo, en el sentido de profundizar paulatinamente las restricciones para acceder al mercado único y libre de cambios, es decir, para adquirir moneda extranjera. Las medidas en cuestión fueron establecidas por un conjunto extenso de disposiciones, compuesto principalmente, entre otras, por las Resoluciones [3210/2011](#), [3212/2011](#), [3333/2012](#) y [3356/2012](#) de la Administración Federal de Ingresos Públicos y por las Comunicaciones “A” [5239](#), [5240](#), [5241](#), [5242](#), [5245](#), [5261](#), [5264](#), [5318](#), [5330](#) y [5377](#) dictadas por el Banco Central de la República Argentina. No parece que las medidas estatales susodichas tengan por resultado indirecto y extremo llegar a calificar a la moneda extranjera como una cosa fuera del comercio en los términos de los artículos 2336 y siguientes del [Código Civil](#) –desde que su adquisición requiere de una autorización pública previa–. Tal conclusión llevaría a reputar nulo el acto, por aplicación de los artículos 953, 1167 y concordantes del Código Civil, aun cuando pueda válidamente sostenerse que el objeto del contrato en esos casos no sería la moneda extranjera con que se pretende cancelar el precio acordado sino la cosa, hecho, etc., que se debe entregar o prestar.

4. Cláusulas contractuales usuales vinculadas con el precio en moneda extranjera

Efectuada la introducción breve y necesaria sobre las obligaciones dinerarias y sobre los aspectos relevantes del escenario económico-jurídico actual, me detendré en el objeto central de este trabajo: examinar algunas cláusulas contractuales relacionadas con el precio en moneda extranjera que se advierten con frecuencia en la práctica contractual en general y en los contratos inmobiliarios en particular.

Cabe resaltar que resulta sumamente frecuente, como lo demuestra la experiencia profesional, que esas cláusulas se presenten conjuntamente en los contratos de que se trate y que, en numerosas ocasiones, su redacción resulte aglutinada en una sola y única cláusula, a veces confusa o intrincada.

Las cláusulas que concretamente examinaré en los próximos apartados son las siguientes:

- Cláusula de solvencia de la parte adquirente.
- Cláusula de moneda extranjera como condición esencial del negocio.
- Cláusula de asunción del riesgo cambiario.
- Cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y a alegar otros institutos jurídicos.
- Cláusula de pago con títulos públicos o con pesos para adquirir títulos públicos.

Finalmente, escrutaré brevemente la aplicación de esas cláusulas en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo.

4.1. *Cláusula de solvencia de la parte adquirente*

4.1.1. *Redacciones usuales*

Los textos frecuentes de esta cláusula pueden sintetizarse en los que siguen:

1. “La parte adquirente declara que realmente posee en el país la cantidad de divisas necesarias para atender el pago de las cuotas de precio convenidas en este contrato”.
2. “La parte adquirente manifiesta en forma expresa tener en su poder el dinero físico en la divisa norteamericana en cantidad suficiente para cancelar la operación que por este acto se instrumenta”.

4.1.2. *Validez de este tipo de cláusulas*

Este clase de pactos o declaraciones es absolutamente válida en el marco de la contratación libre que provee y protege nuestro ordenamiento jurídico (doct. arts. 1137, 1143 y 1197 CCIV), en tanto resulten de la expresión libre y no viciada de la voluntad contractual, y más allá de lo que se dirá respecto de su inserción en los contratos por adhesión y de consumo.

4.1.3. *Efectos jurídicos*

El impacto jurídico que provocan cláusulas como las transcriptas varía según la posición del acreedor o del deudor en la obligación de dar dinero extranjero de que se trate:

- Con relación al acreedor: esta cláusula refuerza y consolida –aún más– su derecho a obtener la prestación dineraria en la moneda foránea acordada, ahuyentando posibles defensas o argumentaciones del deudor fundadas en eventos externos, complicaciones de diversa índole, casos fortuitos, etc. para evitar el pago en la especie de dinero particularmente pactado.
- Con relación al deudor: la cláusula por la cual éste se postula solvente y en posesión real del dinero extranjero necesario para cancelar sus obligaciones dinerarias pendientes podría considerarse jurídicamente como la confesión extrajudicial de un hecho que le impediría posteriormente alegar situaciones externas que pudieran incidir en su autodeclarada posición de solvencia; si posee el dinero extranjero necesario para cancelar el saldo de precio, las cuotas debidas, etc., entonces las restricciones para adquirir moneda extranjera no podrían perjudicarlo. Así, cualquier evento externo que afectare su titularidad o tenencia de

moneda extranjera no podría ser invocado por él, en virtud del principio “*res perit et crescit domino*” (arts. 578 y ss. y cc., y nota al art. 578 CCIV).

4.2. *Cláusula de moneda extranjera como condición esencial del negocio*

4.2.1. *Redacciones usuales*

Regularmente, esta cláusula presenta textos similares a los siguientes:

1. “El pago del precio establecido en este contrato deberá efectuarse inexcusablemente en la moneda dólar estadounidense pactada, como condición del presente convenio”.
2. “El precio se fija en forma exclusiva y como condición esencial de esta operación en moneda dólar estadounidense, por haber sido libremente convenido entre las partes como condición del presente contrato, debiéndose realizar los pagos en dólares estadounidenses billete sin restricciones y de libre disponibilidad”.

4.2.2. *Validez y utilidad de este tipo de cláusulas*

Como en el supuesto de la cláusula anterior, este clase de estipulaciones son plenamente válidas en nuestro ordenamiento jurídico en el marco de la autonomía de la voluntad, en tanto constituyan el resultado de una voluntad expresada de forma libre y sin vicios (doct. arts. 1137, 1143 y 1197 CCIV).

La inserción de cláusulas de este estilo en los contratos celebrados en moneda extranjera se explica fácilmente como un medio para enfatizar la importancia que las partes han dado a la moneda foránea en el acuerdo de voluntades plasmado en el contrato y para reforzar la interpretación jurídica del acuerdo de voluntades, en el sentido de asignarle a la moneda extranjera un rol central en el contrato (doct. reglas establecidas en los arts. 217 y ss. CCOM, aplicables a los contratos civiles).¹¹

En materia de títulos de crédito, que no son contratos, la ley vigente permite claramente que el librador disponga que el pago deba efectuarse en una moneda determinada. Es la cláusula de pago efectivo en una moneda extranjera (art. 44, 3º párr., respecto de la letra de cambio, y art. 103, respecto del pagaré, [Decreto-ley 5965/1963 de Letra de Cambio y Pagaré](#)), lo que elimina cualquier incertidumbre sobre la validez de esas estipulaciones en aquel tipo de actos.

4.2.3. *Efectos jurídicos*

Primeramente, corresponde aclarar una cuestión terminológica importante: la expresión “condición” que se utiliza en este tipo de cláusulas no alude ni se refiere en

11. Ver LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, La Ley - Ediar, 2009, 2ª ed., act. por Alberto J. Bueres y Jorge A. Mayo, t. II, p. 77, comentario de los actualizadores.

modo alguno a la condición jurídica de que tratan los artículos 527 y siguientes del [Código Civil](#), sea en su variante suspensiva o resolutoria, por la cual se subordina la adquisición de un derecho (suspensiva: arts. 545 y ss. CCIV) o la extinción de un derecho adquirido (resolutoria: arts. 553 y ss. CCIV) al acaecimiento de un suceso futuro e incierto.

Nada de ello acontece en el supuesto bajo análisis, desde que el derecho a percibir el precio en moneda extranjera ya se ha adquirido con la celebración del acuerdo de voluntades y su existencia no se encuentra supeditada a ningún hecho incierto y futuro, como acontece con la condición. En verdad, la expresión “condición” utilizada en los contratos en este tipo de cláusulas sólo alude a que la moneda extranjera se erige como elemento esencial del acuerdo de voluntades. Las partes así lo han presupuesto y han configurado el negocio asignándole a la moneda extranjera un rol central y determinante en el contrato. Nada de ello se vincula con la condición jurídica a que alude el Código Civil, puesto que no reúne su naturaleza, requisitos ni efectos.

En segundo término, el análisis de la cláusula en cuestión requiere diferenciar si se trata de contratos celebrados antes o después de las medidas estatales que restringen la adquisición de moneda extranjera. En el primer caso, podría debilitarse la fuerza jurídica de la expresión contractual de “condición esencial” si la parte afectada solicitara la aplicación de los remedios legales que permiten resolver o readecuar el contrato (doct. del art. 1198, 2ª parte, CCIV).¹² Mientras, en el segundo supuesto, esto es, en los contratos celebrados con posterioridad a la aparición de las normas gubernamentales en cuestión, la base o presupuesto del negocio expresa o tácitamente acordado le impediría al deudor desconocer la situación fáctica y jurídica que influía y afectaba toda la operación. Es decir, en esta última hipótesis, las circunstancias externas en que el negocio se celebró y acordó resultaron determinantes para que los contratantes estipularan la cláusula de “condición esencial” de la moneda del contrato, todo lo cual será sumamente relevante al tiempo de interpretar el convenio celebrado.

Finalmente, la situación variaría sustancialmente si los contratantes hubieran indicado en el contrato cuál era el fundamento de que la moneda extranjera fuera una condición (*rectius*: elemento) esencial del acuerdo de voluntades: por ejemplo, indicando que lo era porque el acreedor –el vendedor, por ejemplo– requería indispensablemente esa moneda y no otra para pagar el precio de una operación simultánea que había celebrado o que se disponía celebrar, o para cancelar un préstamo dinerario solicitado, etc. En estos supuestos, resulta claro que la voluntad contractual se fundaba en un hecho concreto y real que coadyuvará a exigir el pago de la deuda en la moneda extranjera especialmente acordada.

12. Ver STRATTA, Alicia J., “Aplicaciones de la ‘teoría de la imprevisión’”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 1980-A, p. 959.

4.3. *Cláusula de asunción del riesgo cambiario*

4.3.1. *Redacciones usuales*

Estas cláusulas suelen adoptar fórmulas semejantes a las siguientes:

1. “La parte adquirente declara conocer cabalmente la situación existente con relación a la moneda dólar estadounidense y las restricciones para su adquisición en el mercado cambiario y asume íntegramente el riesgo cambiario de esta operación”.
2. “La parte adquirente toma expresamente a su cargo el eventual riesgo cambiario que esta operación implica”.

Como lo he resaltado con anterioridad, pero lo enfatizo especialmente en esta cláusula, resulta muy frecuente que esta previsión contractual se encuentre unida o redactada globalmente con la cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y otros institutos jurídicos, que analizaré en los próximos apartados.

4.3.2. *Concepto de riesgo cambiario*

Puede definirse el riesgo cambiario como la eventualidad de que sucedan hechos externos al contrato –propios del mercado, por ejemplo– u originados en ciertas decisiones gubernamentales en virtud de los cuales se modifique mínima o notoriamente la paridad entre la moneda nacional y la moneda extranjera pactada en el contrato, afectándose en definitiva el sacrificio patrimonial a cargo del deudor de la obligación dineraria.

4.3.3. *Fundamentos, finalidad y validez de este tipo de cláusulas*

La historia económica argentina, desde mediados del siglo XX aproximadamente, se encuentra infestada de acontecimientos extremos, medidas estatales intervencionistas, rupturas abruptas de variables macroeconómicas, devaluaciones extremas o sorpresivas, etc.; el último fue la gran crisis y la devaluación monetaria ocurridas en los años 2001-2002, que afectaron el normal desenvolvimiento de las variables y relaciones económicas. Esta situación de inestabilidad económica crónica determinó que, desde hace tiempo, los contratantes inserten estipulaciones previendo el posible cambio de determinadas condiciones macroeconómicas vinculadas con el valor de la moneda nacional y su paridad con monedas extranjeras, particularmente con el dólar estadounidense.

La finalidad, entonces, de cláusulas del estilo que se analiza reside en regular la conducta debida por las partes ante el acaecimiento o aparición de eventos externos o medidas gubernamentales que influyan o alteren el acuerdo de voluntades, particularmente en lo que atañe al precio en moneda extranjera acordado en el contrato.

La validez de este tipo de cláusulas se encuentra fuera de discusión, en tanto constituyan el resultado de un auténtico intercambio de voluntades libres y no viciadas, como lo vengo señalando en esta presentación (doct. arts. 1137, 1143 y 1197, CCIV), más allá de lo que se dirá respecto de su inserción en los contratos por adhesión y de consumo.

Sin embargo, debe resaltarse un aspecto evidente: en tanto los contratantes o uno de ellos asuma expresamente el denominado riesgo cambiario, esa asunción contractual deja de ser en verdad un hecho imprevisible y, menos, un hecho imprevisto. Todo lo contrario: se trata de un suceso futuro expresa y especialmente previsto por las partes en el contrato, y la cláusula que examino es una prueba concluyente de ello. Cabría preguntarse, por otra parte, a tenor de nuestra triste experiencia y tradición en esta materia, si existen en la Argentina decisiones económicas gubernamentales que puedan calificarse jurídicamente como realmente imprevisibles.

4.3.4. *Efectos jurídicos*

La inserción de cláusulas contractuales similares a las que se examinan conlleva trasladar a una de las partes (usualmente, el deudor de moneda extranjera), en su perjuicio, el riesgo de que, por circunstancias del mercado o debido a decisiones gubernamentales, se modifique la paridad entre la moneda nacional y la extranjera que debía entregarse por el contrato o se impida adquirir la moneda extranjera de que se trate –entre tantos eventos posibles– cuando ese riesgo recae normalmente en ambos contratantes si ninguna previsión se hubiera pactado al respecto.

4.4. *Cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y a alegar otros institutos jurídicos*

4.4.1. *Redacciones usuales*

Esta cláusula presenta fórmulas muy variadas en la práctica negocial. Un texto bastante usual es el siguiente:

- “La parte adquirente renuncia en forma expresa e irrevocable a invocar la teoría de la imprevisión, la teoría del abuso del derecho o cualquier otro instituto previsto o no por la ley o por la jurisprudencia y que esté vigente en la actualidad o se establezca en el futuro para pretender la revisión de lo pactado, una disminución o reajuste del precio fijado en forma definitiva en este contrato”.

4.4.2. *Validez de este tipo de cláusulas*

El análisis de la cuestión indicada en el subtítulo requiere diferenciar previamente cuál es la figura jurídica concreta que una de las partes renuncia invocar. No se pue-

de realizar un análisis genérico sobre la materia, sino que deben discriminarse las distintas renunciaciones insertas en una misma cláusula según cuál sea la figura jurídica afectada. Así, cabe diferenciar los siguientes institutos jurídicos:

1. Teoría de la imprevisión: esta doctrina fue incorporada expresamente en el artículo 1198 del *Código Civil* por la Ley 17.711 de Reforma del Código Civil de 1968. Se encuentra controvertido si resulta válida la renuncia a invocar esta teoría, puesto que no existe uniformidad de pensamiento respecto de si la denominada teoría de la imprevisión constituye una institución de orden público, que invalidará su renuncia (doct. arts. 19, 21, 530, 872, 953 y cc. CCIV), o si no lo es y, por ello, su resignación resulta eficaz. Quienes argumentan la viabilidad de esta cláusula razonan que nuestro derecho admite la renuncia a invocar el caso fortuito (arts. 513 y 889 CCIV) y que, por ello y con mayor razón, debe validarse la renuncia a esgrimir la doctrina de la imprevisión.¹³

Por otra parte, se suele sostener que la imprevisión no es una vinculación contractual sino el modo de reajustar o resolver un contrato; entonces, lo que interesa es el carácter de orden público de un contrato dado y no el carácter de orden público de la imprevisión y que, por ello, para determinar la validez de la renuncia anticipada a la imprevisión, es necesario analizar el contrato de que se trata conforme a las circunstancias de lugar, tiempo y etapa.

2. Abuso del derecho, reajuste o revisión del contrato con fundamento en la equidad y enriquecimiento sin causa: estas figuras jurídicas de diverso contenido, fundamento y aplicación, suelen incluirse en cláusulas de contenido similar al de la que se analiza, prohibiéndole a la parte adquirente invocarlas como un medio para pretender la revisión del precio acordado en moneda extranjera. El reconocimiento de estas figuras se encuentra en diversas normas del Código Civil (arts. 515, 656, 907, 1071, entre otras), por lo que no puede discutirse su consagración en nuestro ordenamiento jurídico. La inquietud versa sobre la validez o no de las renunciaciones a estos institutos.

Entiendo que estas tres figuras, esto es, la prohibición del abuso del derecho, la equidad y la prohibición del enriquecimiento sin causa constituyen figuras jurídicas que se encuentran en la base de la celebración de los contratos o, mejor, de

13. Rechaza la validez de la renuncia: MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pp. 379-380; la admite: LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit. (cfr. nota 3), t. I, pp. 210-211. Se ha resuelto que "al menos cuando es formulada por la 'parte fuerte' del contrato -en el caso, la empresa de construcciones vendedora de departamentos a construir-, la renuncia a invocar la teoría de la imprevisión no es pasible de objeciones en cuanto a su validez" (CNCiv., Sala A, 11/8/1978, *El Derecho*, t. 81, p. 405); y que "ante todo, nunca podrá esgrimirse contra el deudor una renuncia 'virtual' a la teoría mencionada, ya que el art. 874 del Código Civil desecha su presunción e impone un carácter restrictivo a la misma" (CNCiv., Sala C, 4/9/1980, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1981-III, p. 238). También se ha señalado que "no es dudoso que el párr. 2º del art. 1198 del Código Civil otorga un derecho a quien se ve perjudicado por el hecho extraordinario e imprevisible, derecho que, desde luego, puede ser renunciado si se tiene la capacidad prevista por el art. 868, pero esta renuncia, o la intención de realizarlo, no puede presumirse, debiendo ser interpretados restrictivamente los actos que tiendan a probarla, según lo dispone el art. 874" (C.Civ.yCom. Rosario, Sala IV, 24/9/1981, "Izquierdo, Juan M. N. c/ Miotto, Antonio L.", *Jurisprudencia Argentina*, t. 1982-IV, p. 108).

los actos jurídicos en general, y constituyen simultáneamente pilares de nuestro derecho privado y, aun, del ordenamiento jurídico en general, por lo que su renuncia se encuentra vedada a tenor de lo prescripto en los artículos 19, 21 y 872 del Código Civil, entre otros.

3. Institutos jurídicos previstos en leyes de emergencia económica: las normas de emergencia económica que se puedan dictar para alterar el contenido de los contratos libremente acordados, modificando la moneda pactada o su valor o incidiendo en otros aspectos del vínculo jurídico –como ocurría, hace décadas, con las famosas leyes de emergencia en materia locativa, que alteraban el precio o el plazo de los arriendos–, podrían ellas mismas prever el modo en que se debe recomponer el equilibrio contractual afectado por la emergencia económica y por la propia normativa dictada para paliar ese estado de crisis. Así lo establecieron, por ejemplo, el artículo 11 de la [Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario](#) y el artículo 8 del [Decreto 214/2002 de Reordenamiento del Sistema Financiero](#), que recurrían a la equidad o al denominado principio del esfuerzo compartido para solucionar los conflictos jurídicos derivados de la emergencia y de las normas dictadas consecuentemente.

La cuestión sobre la validez o no de las renunciaciones a esgrimir los institutos que pueda instaurar la normativa de emergencia económica se vincula directamente, como en el caso anterior, con la calificación de ley de orden público o no que merezca la legislación de que se trate. Las normas anteriores, por caso, se autotitularon de tal forma (art. 19, Ley 25.561) y, aunque es cierto que ello no es de por sí definitorio para postular que una norma reviste la condición de orden público, la intención expresa del legislador debe tenerse especial y primordialmente en cuenta al tiempo de interpretar una norma jurídica, como se encuentra hartamente establecido.

Entiendo que ninguna duda cabe de que las normas de emergencia económica son de orden público, en tanto la emergencia económica resulte constatada en la realidad y no se trate de una mera fórmula legal que carezca de respaldo en los hechos y en las situaciones existentes en un momento y lugar determinados.

4. Figuras jurídicas que puedan existir o crearse en el futuro: finalmente, la renuncia que también suele realizarse en los contratos respecto de todas las figuras o institutos jurídicos creados o que puedan crearse en el futuro constituye una renuncia carente de validez, desde que, además del notorio abuso que denota una estipulación de estas características, el objeto de la renuncia recaería sobre algo incierto o desconocido que descalificará al acto como pacto jurídico válido y eficaz.

4.4.3. *Efectos jurídicos*

Las consecuencias jurídicas de la inserción de cláusulas semejantes a las analizadas en los contratos variarán según se admita o se rechace la validez de la renuncia a esas

figuras. En el primer caso, le impedirá al afectado fundar su reclamo o pretensión con base en la doctrina o teoría renunciada, mientras que, en el segundo supuesto, la renuncia será considerada no escrita, inexistente o inválida, lo que le permitirá al afectado ampararse en la figura resignada y esgrimir su derecho dentro de la protección que provea el instituto inválidamente declinado.

4.5. *Cláusula de pago con títulos públicos o con pesos para adquirir títulos públicos*

4.5.1. *Redacciones usuales*

Las cláusulas anteriores de riesgo cambiario y de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y otros institutos jurídicos generalmente se complementan con otras cláusulas, que prevén posibles situaciones de fuerza mayor que impidan cumplir en la moneda extranjera pactada, para las cuales la propia estipulación provee una solución, en el marco de la vigencia del contrato. Usualmente, esas cláusulas poseen un contenido similar al siguiente:

- “Para el caso de que disposiciones legales o causas de fuerza mayor hicieran imposible el pago del precio en la especie de moneda pactada, la parte adquirente deberá cumplir su obligación entregando a la otra parte la cantidad de títulos públicos de la República Argentina de la serie que esta última elija, cuya venta en el mercado de Nueva York, Zürich o Montevideo le permita adquirir en ese mismo mercado la cantidad de la moneda extranjera pactada en este contrato, necesaria para cancelar, libre de todo gasto, impuesto y/o comisión, el saldo de precio adeudado o que deba abonarse”.
- “Para el caso de que, por decisión de política económica, se tornare imposible la adquisición de dólares estadounidenses billete...”, y continúa con una redacción similar a la anterior.
- “Si, por causas ajenas a la voluntad de las partes, no fuera posible la entrega de dólares estadounidenses billete, la parte adquirente deberá entregar a la contraparte la cantidad suficiente de pesos que fuera necesaria para adquirir en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires o en el Mercado Electrónico Abierto la cantidad necesaria de títulos públicos de la República Argentina, en cualquiera de sus clases y series, para que, vendidos en el mercado de Nueva York, permita adquirir, libre de todo gasto, impuesto y/o comisión, los dólares estadounidenses billete necesarios para cancelar la obligación debida. Se considerarán válidas las cotizaciones publicadas en XX periódicos especializados”.

4.5.2. *Validez de este tipo de cláusulas*

Estas cláusulas son válidas en tanto sean consecuencia de un contrato libremente concertado y sin vicios que lo afecten (doct. arts. 1137, 1143 y 1197 [CCIV](#)), y no

afecten el orden público, no configuren un abuso del derecho ni tipifiquen ninguna situación jurídica reñida con la moral o las buenas costumbres (art. 21, *a contrario sensu*).

Recientemente, la jurisprudencia ha resuelto un supuesto donde se había pactado una cláusula de contenido similar a las expuestas anteriormente, inclinándose por su validez y plena aplicación a las partes contratantes.¹⁴

4.5.3. Efectos jurídicos

La existencia de una cláusula como la analizada resulta determinante para guiar la conducta debida de los contratantes (especialmente, los pagos a cargo del deudor) en caso de que se verifiquen los supuestos de hecho establecidos en la estipulación como condición para autorizar el pago mediante la entrega de títulos públicos o con pesos suficientes para adquirir títulos públicos, según se hubiera acordado.

El funcionamiento y la operatividad de la cláusula requieren la mutua cooperación de las partes contratantes, dado que existen aspectos (fecha de cotización a tomar en cuenta, entidad que intervendrá en la operatoria, etc.) que las estipulaciones de este tipo no precisan concretamente y que necesitan una adecuada implementación, con base en la buena fe que las partes deben demostrar al tiempo de ejecutar e interpretar el contrato (doct. art. 1198, 1ª parte, CCIV).

Una rápida lectura de las cláusulas en cuestión podría conducir a creer que nos encontramos frente a una obligación alternativa, regulada por los artículos 635 y siguientes del Código Civil y cuyas diferencias con la obligación facultativa Vélez explica en la nota al artículo 651. Entiendo que ello no es así: la cláusula en cuestión no refleja una obligación alternativa, desde que no existe en la hipótesis que examino una obligación cuyo objeto sea diversas prestaciones independientes y distintas unas de otras, cuya elección corresponda ser realizada por el deudor (doct. art. 635 y 637 CCIV). Por el contrario, en nuestro caso, se trata de una obligación cuya prestación resulta cierta y determinada desde su propia constitución: el deudor debe entregar la cantidad de dinero extranjero pactada en el contrato. Ahora bien, si por las circunstancias externas previstas en el negocio el pago en ese tipo de moneda resultara imposible, entonces el propio contrato predetermina cuál es el procedimiento a cumplirse, esto es, la entrega de títulos públicos o de pesos para adquirir títulos públicos, en las condiciones que en cada caso se estipulen.

La estructura de la obligación que se analiza no se compadece con el perfil de la obligación alternativa prevista en los artículos 635 y siguientes del Código Civil. Se trata en verdad de una estipulación contractual que prevé una condición, cumplida la cual se procederá forzosamente –no electivamente– como se hubiera pactado; en caso de no cumplirse esa condición, no existirá otra alternativa para el deudor que

14. CNCiv., Sala E, 12/4/2013, “Torrado, Norberto Leandro c/ Popow, Alexis”, *La Ley*, t. 2013-D, p. 215.

pagar el precio debido con la entrega de la moneda extranjera particularmente estipulada en el acuerdo.

5. Aplicación de las cláusulas analizadas en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo

5.1. *Contratos por adhesión*

5.1.1. *Nociones generales*

El contrato por adhesión o contrato celebrado por adhesión –como es su correcto nombre– puede ser definido como aquel en el cual la formación del consentimiento se produce por la aceptación integral de una de las partes (adherente) al contenido contractual predispuesto unilateralmente por la otra (predisponente), sin poder modificarlo. Es una categoría de contratos que refiere al modo en que el consentimiento contractual ha sido formado: sin negociación de su contenido, por la sola conformidad de uno de los contratantes al contenido predeterminado por el otro.¹⁵

El criterio de clasificación para determinar si se trata de un contrato de este tipo o no, entonces, reside en verificar si el consentimiento se ha prestado por adhesión de una de las partes al contenido predispuesto por la otra o si ello no ha ocurrido.

El contrato por adhesión constituye una modalidad extendida desde hace décadas en la práctica negocial y está destinada a facilitar el consentimiento contractual, especialmente en la contratación en masa.

La concertación de contratos a través de esta modalidad posee ventajas y desventajas.¹⁶ Constituye una modalidad válida y lícita para celebrar contratos, pese a que usualmente se presta o se utiliza para enmascarar abusos patrimoniales y prepotencia contractual, con inclusión de cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias, o caducidades o renunciaciones de derechos de la parte más débil de la contratación.

Los contratos por adhesión no se encuentran regulados bajo esa categoría o denominación en el ordenamiento jurídico argentino, excepto principalmente lo previsto en el artículo 38 de la [Ley 24.240 de Defensa del Consumidor](#) y la aislada mención en el artículo 58 de la [Ley 19.550 de Sociedades Comerciales](#). Su régimen jurídico está dado por las normas generales de los contratos, de los actos jurídicos y de las obligaciones en general, y por los principios generales del derecho (buena fe, prohibición del abuso del derecho, etc.).

Las particularidades del contrato por adhesión, en cuanto a la génesis y formación del consentimiento contractual, determinan reglas especiales en materia

15. Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit. (cfr. nota 13), pp. 146 y ss.

16. Ver FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, Buenos Aires, Zavallia, 1993, pp. 94-95: aunque se refiere a las condiciones generales de contratación, las reflexiones son en general aplicables a los contratos por adhesión.

de interpretación. Entre otros principios y pautas desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, rige en este tipo de acuerdos la regla según la cual el contrato por adhesión se interpreta en contra del predisponente y a favor del adherente.

5.1.2. *Inclusión de las cláusulas examinadas en los contratos por adhesión*

Las características de los contratos por adhesión y su especial régimen de interpretación conllevan que la inserción de cláusulas del estilo de las analizadas en este trabajo modifique algunas de las reflexiones presentadas, puesto que:

- en tanto se acredite que el contrato fue celebrado por adhesión, su contenido predisuesto debe ser interpretado en contra del predisponente (acreedor, generalmente) y a favor del adherente (deudor, usualmente);
- resultará más accesible alegar y obtener la declaración de invalidez de ciertas estipulaciones contractuales que encierren renunciaciones o denoten abusos en la contratación, como podrían ser, en ciertos casos concretos, algunos contenidos de las cláusulas analizadas en esta presentación.

5.2. *Contratos de consumo*

5.2.1. *Nociones generales*

El cada vez más amplio derecho del consumo posee un impacto notable en la contratación jurídica moderna. Su elaboración se ha desarrollado a partir de la legislación que lo ha reconocido (art. 42 CN; [Ley 24.240 de Defensa del Consumidor](#) [modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361]; [Decreto 1798/1994](#); [Resolución 53/2003](#) de la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor; y [Resolución 9/2004](#) de la ex Secretaría de Coordinación Técnica, entre otras normas).

Esta área del derecho es particularmente relevante, entre otros motivos, porque la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor se autodefine como de orden público (art. 65), calificación que cabe extender a todo el derecho del consumo en general, por los indudables fundamentos superiores que impulsan su dictado y contenido. El impacto del derecho del consumo en la contratación inmobiliaria es también cada vez mayor, en virtud de las modificaciones que la [Ley 26.361](#) (año 2008) introdujo al articulado de la Ley 24.240, especialmente en lo que atañe a la categorización de los posibles sujetos intervinientes en la relación jurídica como consumidor y como proveedor de bienes y servicios (arts. 1 y 2), es decir, en cuanto al ámbito de aplicación material de la ley, que ha expandido notablemente su campo de actuación en materia de contratos inmobiliarios.

Las consecuencias jurídicas de calificar un contrato como un vínculo de consumo son vastísimas: inciden en su contenido, en su ejecución, en su interpretación y en su potencial reclamo administrativo o judicial. De ese extenso universo de con-

secuencias, destacaré la siguiente: la inaplicabilidad de las cláusulas contractuales “que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor” (art. 37 *Ley 24.240*) y la calificación de las cláusulas “que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes” como abusivas (art. 37 *Decreto 1798/1994*).

5.2.2. *Inclusión de las cláusulas examinadas en los contratos de consumo*

La inserción en los contratos de consumo de estipulaciones similares a las analizadas en esta presentación alterará algunas de las conclusiones elaboradas, puesto que determinará la aplicación integral del derecho del consumo, lo que seguramente redundará en beneficio del deudor y en perjuicio del acreedor. Es decir, en tanto el contrato que corresponda analizar constituya, de manera simultánea a la relación jurídica de que se trate (compraventa, cesión, etc.), un vínculo de consumo –siempre que los sujetos que lo han celebrado puedan ser calificados como consumidor y como proveedor de bienes y servicios a consumidores y usuarios en los términos de los artículos 1 y 2 de la *Ley 24.240*–, el contrato de consumo tendrá la protección legal de orden público que emana del marco normativo anteriormente referido, todo lo cual indudablemente impactará en su contenido, en su ejecución y en su interpretación judicial.

Particularmente, y sin pretender agotar las consecuencias que surgen de la calificación de un contrato como de consumo, ese rótulo tendrá un fuerte impacto en las cláusulas que estatuyan renunciaciones o restricciones de los derechos de los consumidores o usuarios, dado que tales renunciaciones se tendrán por no convenidas, siendo inválido cualquier pacto en contrario (doct. arts. 37 inc. a y 65 *Ley 24.240*).

6. Epílogo

He realizado una sintética presentación de las cláusulas contractuales vinculadas con el precio en moneda extranjera que mayor difusión tienen en la realidad negocial de nuestro país en los contratos en general y en los contratos inmobiliarios en particular. La finalidad de la presentación ha sido explicar los motivos jurídico-económicos que impulsan la inclusión de este tipo de cláusulas, examinar su validez o posible invalidez y desarrollar los efectos jurídicos que generan esa clase de estipulaciones.

La vasta materia abordada dista de haber concluido. Espero que las reflexiones que contienen estas páginas aporten claridad y elementos para un análisis adecuado de las cláusulas analizadas, de su utilidad y de su interpretación jurídica.

Apuntes críticos del Código de Ética Notarial

Pablo Julián González Mantelli

La ética no es necesario definirla, no son los diez mandamientos porque es algo que sentimos cada vez que obramos.

Jorge Luis BORGES*

La primera cualidad moral de vuestra profesión, la que dignifica vuestra competencia técnica la constituye el culto a la verdad.

Papa PABLO VI**

ABSTRACT

El planteo de este trabajo se basa en la aplicación de conceptos de metaética y positivismo jurídico a la realidad del Código de Ética Notarial que está vigente en la Ciudad de Buenos Aires y que rige para los notarios colegiados en esa jurisdicción.

Sumario: **1.** Objeto del análisis. **2.** Descripción normativa. **3.** Valoración terminológica. **4.** El porqué de un código de ética. **5.** Ética y normas. **6.** Ética y conciencia. **7.** Ética y normas II. **8.** Análisis del Código de Ética. **9.** Conclusión.

1. Objeto del análisis

Si, como enseña Bulygin, el positivismo jurídico consiste en distinguir la descripción del derecho positivo y su valoración como justo o injusto, comenzaremos por describir las normas que se relacionan con la ética de los escribanos y luego analizaremos su valor.

* En *Cultura de la Argentina Contemporánea*, n° 12, marzo-abril 1986.

** Mensaje a los notarios en el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino.

2. Descripción normativa

Esencialmente, los dos textos principales son el [Código de Ética Notarial](#)¹ y su justificación normativa, que es la [Ley 404](#) Reguladora de la Función Notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta ley haremos hincapié en el Capítulo II y, en especial, en:

- el artículo 29 inciso n), que establece como deber del escribano cumplir con las normas de ética establecidas por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires;
- el artículo 124, que establece las atribuciones del Colegio y prevé en su inciso e cuidar el cumplimiento de los principios de ética profesional.
- el artículo 134, que define la irregularidad profesional (entre otras) como incumplimiento de los principios de ética profesional, en tanto en cuanto tales transgresiones afectaren a la institución notarial, a los servicios que le son inherentes, al decoro del cuerpo o a la propia dignidad del escribano.

Además, debemos destacar que el artículo 8 inciso c) establece como requisitos para el ingreso al cuerpo notarial “acreditar, al momento de la matriculación, buena conducta, antecedentes y moralidad intachables”.

3. Valoración terminológica

Se destaca la diferencia entre principios de ética y código de ética: los primeros no se definen, ni se explicitan, ni se remiten; su interpretación queda a la libertad de aquellos agentes que deban utilizarlos (Tribunal de Ética, Consejo Directivo del Colegio y, eventualmente, los jueces que actúen de alzada frente a los pronunciamientos de los dos primeros). En el caso del Código, sí es claro su contenido (sin perjuicio de la polisemia a que puedan dar lugar sus términos y que luego analizaré).

4. El porqué de un código de ética

Entiendo que ser depositario de la fe pública es una carga fuerte, que debe ser resguardada muy celosamente por el Estado (depositante de la fe pública atributo de su soberanía), analizando subjetivamente la habilidad técnica (conocimientos) y la cualidad humana o aptitud moral de quienes sean investidos de la facultad fideifaciente. La razón principal está en la simplificación del concepto de verdad.

1. Aprobado por resolución del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en sesión del 26/9/2001 (acta n° 3296), modificado en sesiones del 3/9/2002 (acta n° 3402) y del 18/7/2012 (acta n° 3821); aclaraciones incorporadas el 8/8/2012 (acta n° 3824).

Para nuestro sistema jurídico aquello que un notario consigna en un documento goza de una fuerza probatoria extra del resto de las verdades que puedan ser probadas en un proceso. Esto conlleva a que el decir verdad como concepto de corrección moral (deber ser) ya no queda simplificado al ámbito privado de las relaciones humanas, sino que trasciende la seguridad jurídica en que la sociedad eligió vivir. Por ejemplo: la mentira en una conversación entre un padre y un hijo tendrá una consecuencia interna de esa relación al afectar la confianza, etc; pero la mentira que pueda consignar un notario en un documento –como puede ser un acta de constatación– afectará no solo al requirente sino a contrapartes y a la sociedad toda, que puede generar un fallo injusto.

Es así que el decir verdad y otras consecuencias de seguir una actitud ética, en el caso del notario, se transforman en el sustrato básico para su actuar y no sólo en una opción. Claro es que también tendrá la opción de actuar mal, y eso es lo que nos reubica en el tema, ya que no podemos tener superhombres o máquinas de verdad, sino que, al ser una actividad humana, se debe adecuar a la realidad del libre albedrío.

5. Ética y normas

Uno de los posibles enfoques del análisis ético es el que se relaciona con las normas positivas a las que debemos ajustarnos. Las posturas contradictorias serían: por un lado, aquellas que sostienen que el derecho debería estar exento de valores y ser puro (Kelsen)²; en el otro extremo, aquellas que consideran la necesidad de conectar la moral con el derecho (Kant)³.

En el tema que nos ocupa, hay un constante reenvío normativo a cuestiones de ética y lo justificamos en la responsabilidad extra del notario como agente del derecho depositario de la fe pública. La cuestión menos clara es: ¿los valores están en la norma o la norma remite a valores?

El Código de Ética existe como norma que los notarios deben cumplir, pero dentro de su articulado podemos analizar dos tipos de normas:

- *Concretas*. Por ejemplo, el inciso d) del artículo 4 del Código de Ética: no compartir la oficina con quienes no sean profesionales de derecho o ciencias económicas; será muy sencillo analizar si dentro del mismo ámbito físico de la escribanía funciona un consultorio médico (más allá de la cuestión probatoria, por supuesto).
- *Abstractas*. Por ejemplo, el artículo 2 cuando habla de actos que afecten el buen nombre de la institución notarial: un concepto mucho más espurio.

2. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México DF, 2007.

3. KANT, Imanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.

La metaética se preguntará por el significado de los términos morales utilizados, haciendo hincapié en la objetividad de la ética normativa. En este caso, las primeras normas gozan de una objetividad para el agente externo que deba analizar la cuestión, mientras que las segundas deberán ser objeto de un análisis específico, del contexto y de la postura moral del tribunal que lo juzgue.

6. Ética y conciencia

Es interesante preguntarse si los principios de ética deben articularse en la forma del código que vimos o si en realidad deben ser el sustrato de las obligaciones funcionales del notario. Es decir, si la norma debería regular los aspectos formales, técnicos y prácticos (uso de fojas, pedido de certificados, plazo de prescripción, etc.) y dejar que los principios morales de la interioridad del sujeto sean los que guíen la acción que emprenden (en este caso la actividad profesional). En otras palabras, la disyuntiva sería: moral institucional (corporativa) versus moral individual (responsabilidad por propios actos).

7. Ética y normas II

Entiendo que la función de la norma ética, incorporada a un código como el que analizo, busca confirmar valores casi de modo retórico o simbólico, ya que los principios éticos van a orientar la acción de los agentes a quienes van dirigidas.

Kant⁴ distingue los principios morales en dos subespecies: las máximas, a las que les adjudica una calidad subjetiva (interna, privativa de la individualidad que elige), y las leyes cuando gozan de una objetividad pluralizadora (de uso general o para todos). Mientras las primeras pueden ser frases, moralejas de relatos, aforismos o incluso normas de carácter religioso (los diez mandamientos), las leyes deben estar contenidas en normas positivas, conforme a los procedimientos locales en materia de derecho.

Por ejemplo, en Nicaragua, los notarios carecen de un código de ética y lo justifican diciendo que la ética no debe tener carácter obligatorio o coercitivo, ya que deberá surgir en forma interna, autónoma, de los valores del sujeto (de su conciencia).⁵

8. Análisis del Código de Ética

- En el 1º artículo se determina el ámbito de aplicación subjetivo y territorial.

4. Ídem.

5. “El derecho notarial. Análisis de la legislación de Nicaragua”, Buenos Aires, ONPI, 1982.

- En el 2º artículo se determina el objeto normado (acciones u omisiones comprendidas), remitiendo a conceptos imprecisos que dejan a la discrecionalidad de los jueces que los valoren el contenido de la norma. Así, será discrecional el concepto que se tenga del “buen nombre de la institución notarial”. También es ambiguo cuáles son “las reglas de convivencia profesional” o a qué se refiere con palabras polisémicas o conceptos tales como “dignidad”, “decoro”, “consideración”, de los que no se puede predicar verdad o falsedad y cuya correspondencia con la realidad exterior es improbable.
- El artículo 3 organiza una cuestión procedimental.
- El artículo 4 tasa con ejemplos el objeto del Código, adoptando una casuística más objetiva –y, por ende, deja menor discrecionalidad a la autoridad que deba hacerlo valer–. Es muy claro –aunque difícil de probar– lo que constituye la violación del secreto profesional o a qué se refiere al hablar de publicidad. No obstante, también se cuela en otro de los incisos una referencia al “buen nombre”, que consideramos imprecisa; y, en especial, se filtra también en el inciso p) una apertura a la discrecionalidad cuando refiere a “cuestiones no enumeradas [...] que por su índole queden comprendidas dentro del presente Código”.
En general todo, este artículo 4 tiene visos de ser una guía para la acción de los notarios, reiterando conceptos referidos a competencia funcional, a incompatibilidades (ya expresadas en la ley específica que regula la materia), referencias a posibles actitudes que lleven a engaño, particularidades sobre la libre competencia y la lealtad comercial o, en este caso, profesional.

9. Conclusión

Postulo:

1. La necesaria conexión entre trabajo notarial y ética, por su vinculación con la verdad.
2. La necesidad de regular la actividad por parte de los organismos colegiados que deben objetivar la labor y trascender lo subjetivo de las actitudes éticas y establecer una ética notarial.
3. El establecimiento de un Código de Ética sin sanciones y desprovisto de vigencia normativa independiente.
4. La incorporación de normas con relación a la ética corporativa en las leyes que regulan la actividad de modo directo.
5. Vaciar de conceptos difusos y de referencias terminológicas ambiguas que faciliten la remisión a una moral o ética basadas en conceptos irracionales o metafísicos, que en definitiva no hacen sino dar discrecionalidad a los jueces que actúen en consecuencia, quienes llenarán el vacío terminológico con lo que cada uno postule como su verdad o su adscripción a una determinada cosmovisión, impidiendo objetivar masivamente el concepto de derecho positivo y generando inseguridad jurídica.

Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación

Mario Gabriel Szmuch

A los jueces justos de la Nación.

ABSTRACT

El nuevo Código Civil y Comercial prevé la subrogación real para el instituto del régimen de vivienda, sucesor del bien de familia, pero no dota a dicho mecanismo de traspaso de la protección de una regulación orgánica completa, que tutele los diversos intereses en juego. Tal omisión puede ser suplida en parte reglamentariamente por el organismo administrativo de aplicación de cada demarcación. En este discursus se plantean ideas para el dictado de las normas reglamentarias, como la implementación de un folio especial que permita la trazabilidad del objeto sobre el que recae la afectación, sus ampliaciones o reducciones y los sujetos comprendidos en el régimen. Además, se propone lograr una protección más amplia de la vivienda, extendiéndola a quien aún no adquirió el inmueble que destinará a ese fin, permitiéndole constituir el régimen sobre una suma de dinero, y, por otra parte, a quienes sin acudir al régimen de vivienda no estén casados o no vivan en unión convivencial.

1. El artículo 244 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#)¹ que entraría en vigencia a partir del 1º de agosto de 2015 prevé que puede afectarse al **régimen de vi-**

1. Los artículos que se citan a lo largo de este trabajo pertenecen al Código Civil y Comercial de la Nación, salvo indicación en contrario. [N. del E.: los hipervínculos dirigen a la versión publicada por el Centro de Documentación e Información del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas - [Infoleg](#). El lector podrá asimismo acceder [aquí](#) a la versión editada por el Sistema Argentino de Información Jurídica -[Infojus](#)].

vienda (en adelante, RV) un “inmueble destinado a vivienda”, sea “por su totalidad” o “hasta una parte de su valor”.

2. El capítulo del nuevo Código que se inicia con dicho artículo regula un régimen especial destinado a proteger:

- 1) el **derecho “sobre” la vivienda**, es decir, el de quien ya es propietario de un inmueble con ese destino;
- 2) el **derecho “a” la vivienda**, dado que, bajo el nuevo sistema, el RV puede recaer sobre la suma de dinero que en concepto de precio o indemnización sustituya al inmueble afectado y que pasará a la nueva vivienda cuando la misma sea aplicada a pagar su precio de compra.

En el nuevo régimen la suma dineraria y la vivienda adquirida quedarán sucesivamente comprendidas en el RV, por subrogación real, desde la fecha de oponibilidad de la constitución del régimen.

3. Dado que dicho régimen prevé que, a los efectos de la inscripción de la afectación —en rigor, sería la constitución—, la prioridad temporal se rija por las normas contenidas en la [Ley Nacional del Registro Inmobiliario](#)² (art. 244 2º párr. CCIVyCOM), la inscripción de la constitución gozará de la ventaja de la retro-prioridad, siempre que se cumplan los extremos del artículo 25 de la citada ley (solicitud de certificación para el acto y autorización y solicitud de inscripción del documento en los plazos legales).

En los fundamentos del Proyecto del nuevo Código se lee: “se resuelven problemas discutidos en la doctrina, los cuales son [...] la admisión de la retro-prioridad registral”. Por lo tanto, el segundo párrafo del artículo 244 debería interpretarse en ese sentido; de otra manera, la letra de la ley carecería de sentido al leerse como una simple e inoperante redundancia.

Corolario de ello es que tanto los escribanos como los funcionarios públicos que intervengan en el trámite de constitución del RV, incluidos los del registro inmobiliario y también los jueces (cuando intervengan en o dispongan la constitución), deberían solicitar la certificación con reserva de prioridad, a los efectos de que se puedan retrotraer los efectos de la constitución o de la ampliación del régimen. La certificación registral no sería estrictamente necesaria para las afectaciones posteriores a la constitución, es decir, las afectaciones por subrogación, pero sí sería conveniente solicitarla si hubiera ampliación (objetiva o subjetiva) de la afectación.

Dado que la subrogación “arrastra” los efectos de la constitución (afectación inicial, origen del RV) a las afectaciones posteriores, la reserva de prioridad no sería

2. [N. del E.: los hipervínculos dirigen al texto de la Ley 17.801 que incluye las modificaciones introducidas por la Ley 26.994. El lector podrá acceder al texto vigente [aquí](#)].

necesaria desde el punto de vista lógico, pues la protección se goza desde la fecha en que la constitución del régimen adquiera oponibilidad.

Respecto de las ampliaciones (tanto las objetivas como las subjetivas), dado que exceden la “mera” subrogación, sí sería aconsejable obtener la reserva de prioridad, pues no están comprendidas en o abarcados por la protección de origen que de bien a bien se traspa por subrogación.

4. La ley no prevé expresamente un plazo máximo dentro del cual el propietario deba reinvertir el producido de la enajenación del inmueble afectado al RV para que opere la subrogación. No contempla un plazo de caducidad de la afectación para el supuesto de que los fondos permanezcan desinvertidos.

Dado que la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva (art. 948), el empleo de una parte de los fondos a un destino que sea incompatible con el fin tutelado no debe aparejar la pérdida de la protección legal respecto del remanente.

Se justifica el no establecimiento de un plazo legal de caducidad, dado que, de otra manera, la continuidad del régimen por vía de la subrogación podría tornarse dificultosa, penosa, opresiva y hasta indigna. Sin embargo, cuanto más tiempo transcurra hasta la reinversión de los fondos y menos trazable sea en ese período el empleo o destino de ellos, mayor será el riesgo que corra la continuidad del RV, la que es susceptible de ser cuestionada judicialmente por los acreedores.

En este sentido, cabe subrayar que la supresión de la causa grave como supuesto que habilita la desafectación judicial (art. 49 inc. e Ley 14.394), que da cierta sensación de omnipotencia legislativa, evidentemente no elimina el problema de la imprevisión ni de la intrínseca imprevisibilidad del futuro, ni obsta la admisión de su procedencia vía el argumento de la derrotabilidad de las normas.³

5. La retro-prioridad podría jugar en contra de los acreedores del propietario que hayan evaluado su solvencia (p.ej., vía el pedido de informes al Registro de la Propiedad Inmueble) con más de quince, veinticinco o treinta días (art. 24 Ley 17.801) de antelación al momento de contratar con él. Por tal razón, sería aconsejable que se le exija al propietario que manifieste en el contrato que su situación patrimonial no varió desde el comienzo de las tratativas preliminares. Una afectación solicitada ínterin, es decir, entre la evaluación de la solvencia en la etapa preliminar y el otorgamiento del contrato, debería juzgarse como una violación al deber de buena fe (arts. 990 y ss.) y un acto fraudulento. Esto acarreará la consideración del co-contratante como un acreedor incluido, por inoponibilidad de la constitución otorgada en fraude al deber de lealtad.

3. Ver GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Neoconstitucionalismo y derrotabilidad. La juridificación de la moral y la moralización del derecho”, Universidad de Castilla-La Mancha.

6. Hay un aspecto que merece especial mención y una propuesta de reforma legislativa o una interpretación judicial correctiva. La subrogación está prevista para “la vivienda adquirida en sustitución de la afectada”; es decir, para que la subrogación opere, según la letra de la ley, debería mediar “la adquisición” de otra vivienda “que sustituya” a la anterior. Los extremos entrecomillados generan ciertas dudas interpretativas como las siguientes: quien tiene dos inmuebles con características de vivienda, y no adquirió el segundo en sustitución del primero, ¿puede “pasar” la afectación de uno a otro?; la vivienda subrogante, ¿debe incorporarse al patrimonio del afectante con posterioridad a la enajenación de la vivienda subrogada? La importancia de los intereses en juego reclama una pronta solución del tema —legal o jurisprudencial—, a fin de evitar graves perjuicios a quienes habitan en suelo argentino.

A fin de subsanar esas dudas, se propone el siguiente texto —o interpretar el existente con los siguientes alcances—:

Artículo 248. Subrogación real. La protección se transmite a la vivienda afectada en sustitución de la anterior y a los importes que sustituyan a ésta en concepto de indemnización o precio.

Considero que la autoridad de aplicación debe, en todo caso de duda, tomar razón de la subrogación. Quien se sienta perjudicado por tal obrar podrá en todo caso accionar ante el órgano jurisdiccional.

7. Lo establecido en el numeral anterior conduce a formular las siguientes preguntas: la afectación al RV por subrogación, ¿debe constar en el título de adquisición de la nueva vivienda?; ¿debe constar en la promesa (boleto) que previamente se otorgue o puede ser posterior sin que ello implique una interrupción en la continuidad del RV (interrupción que implicaría que algunos acreedores excluidos pasen a ser incluidos⁴)?

Si no se admitiera que la afectación pueda realizarse *a posteriori* de adquirida la vivienda, se generarían ciertas dificultades. Por ejemplo, cuando la adquisición dominial se haga en subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa, ¿en qué documento debería hacerse constar la subrogación?⁵

También sería compleja la situación del condómino que adquiera de los demás copartícipes las restantes partes indivisas, totalizando el cien por ciento del dominio, caso en el cual se considera que hubo partición (art. 1998) y, por lo tanto, su adquisición se retrotrae al origen de la indivisión (art. 2403). Si en este caso el excondómino quisiera pasar la afectación de un inmueble al que se le adjudicó por partición, quizás se encontrará con la situación de que éste, en razón del efecto retroactivo de la divi-

4. Ver la categorización de acreedores propuesta en el numeral 10).

5. Téngase en cuenta que la adquisición queda documentada en el expediente.

sión de condominio, fue adquirido jurídicamente (pese a las fechas de las escrituras de adquisición de las restantes partes indivisas) antes que el bien subrogado.

Si en base a estos ejemplos se concluyera que la afectación puede ser posterior a la adquisición, entonces, las cuestiones evidenciadas en el numeral anterior deberían resolverse en pro de la tesis amplia de la subrogación, tal como mociono en el presente.

8. Una particularidad que se suscita a raíz de la posibilidad de transmitir la vivienda afectada a los beneficiarios es si se puede transmitir también el producido de su enajenación subrogado en el RV (p. ej., la suma de dinero, el crédito por saldo de precio, etc.). Piénsese en el caso del *pater familias* que enajena la vivienda afectada y dona la suma subrogada a sus dos hijos, beneficiarios del régimen, quienes, a su vez, con dichas sumas adquieren cada uno su propia vivienda, a las cuales pasará la protección. ¿Es esto viable? Si se admitiera que este *pater familias* divida un inmueble en dos (p. ej., por afectación al régimen de propiedad horizontal) y done en el mismo acto cada uno de ellos a sus hijos con continuidad del RV, la razonabilidad impone una respuesta afirmativa al interrogante planteado.

9. La especialidad del nuevo régimen se inserta en un sistema más amplio y general de protección de la vivienda. El nuevo Código contiene dispositivos generales de tutela de ese bien jurídico, cuya operatividad no requiere un acto especial de constitución, como sí ocurre con el RV. En líneas generales, dichos dispositivos prevén los siguientes efectos:

1. Nulidad del acto de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar otorgado por uno de los cónyuges sin el asentimiento del otro (art. 456).
2. Inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto las contraídas por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro (art. 456).
3. Igual régimen se aplica a las uniones convivenciales, que el nuevo Código trata como familia (art. 522).

Podría esgrimirse con cierto grado de razón que estas protecciones automáticas (así las denomino dado que no dependen del otorgamiento de un acto de afectación) resguardan más a la familia que a la vivienda, o a la familia con vivienda o a la vivienda familiar, y que queda fuera de esa protección la persona que vive sola. El “solitario”, salvo que acuda al régimen especial (RV), no cuenta con la protección legal automática comprendida en el régimen general. En este punto, parece que el Estado pretende imponer un modelo de vida, actitud que choca de frente con los ideales constitucionales de la República, pero que, va de suyo, no puede traspasarlos.

El solitario que, por ejemplo, a raíz de un accidente automovilístico debiera responder por los daños causados, vería comprometida su vivienda (no afectada al régimen especial), mientras que quien se ajustara al modelo legalmente favorecido sí

estaría amparado. ¿Por qué exigirle al solitario lo que no se le pide a todos los demás para gozar de la tutela legal? Es obvio que el solitario no tiene (y quizás no quiera tener o sí lo desea pero no alcanza el éxito en su búsqueda) a quién pedirle el asentimiento para disponer de los derechos sobre su vivienda o para contraer deudas por actos jurídicos, pero constitucionalmente debería gozar de la misma protección que los “familieros” para las deudas que se generasen por causa distinta (ilícito), aunque no acuda para ello a la protección especial del RV.

El nuevo RV supera el actual de bien de familia, dado que se autoriza su constitución por quien carezca de familia, con lo que se atiende a la cada vez más frecuente situación de la persona que vive sola y que necesita también proteger un lugar donde habitar. Sin embargo, a causa de la incoherencia antes apuntada, la protección de la habitación no logra alcanzar en un texto legal expreso el nivel deseado, situación que debería ser corregida por los jueces a través de la interpretación constitucional, conforme a los artículos 1 y 2 del nuevo [Código](#).

10. El RV es oponible a los acreedores del propietario cuya causa crediticia sea de fecha posterior a la fecha de oponibilidad de la inscripción de su constitución. Podemos agrupar a los acreedores del propietario en distintas categorías y subcategorías, en función de los siguientes criterios:

- Las fechas de las causas de sus créditos.
- La posibilidad o no de requerir la ejecución del bien afectado al RV con prescindencia de la fecha de la causa de sus créditos.

Propongo las siguientes denominaciones para poder individualizar las distintas categorías de acreedores más fácilmente.

- *Acreedores incluidos*. Comprende las siguientes sub-categorías.
 - ▶ *Acreedores anteriores*: son los de causa anterior a la fecha de oponibilidad de la constitución del RV. Pueden requerir la ejecución del bien afectado al RV por los créditos nacidos antes de esa fecha.
 - ▶ *Acreedores intermedios*: son en parte incluidos y en parte excluidos, en razón de ampliaciones efectuadas al RV. Pueden ser, a su vez:
 - *De primer grado*: Son los de causa posterior a la fecha de oponibilidad de la constitución pero anterior a la fecha de oponibilidad de una ampliación (ampliación 1). Pueden requerir la ejecución del bien afectado, pero sólo por los créditos cuyas causas hayan nacido ínterin, y cobrarán del producido de la subasta únicamente en proporción al incremento del valor del bien afectado que implique la ampliación 1 y no por el valor originariamente comprendido en la afectación.
 - *De segundo grado*: son los de causa posterior a la fecha de oponibilidad de la primera ampliación (ampliación 1) pero anteriores a la fecha de oponibilidad de una nueva ampliación (ampliación 2). Pueden ejecutar el bien afectado pero sólo por los créditos cuyas causas hayan nacido ínterin, y

cobrarán del producido de la subasta únicamente en proporción al incremento del valor del bien afectado que implique la ampliación 2.

- *De tercer grado, etc.*
- ▶ *Acreeedores exceptuados*: no importa la fecha de la causa de su crédito, dado que, aunque ésta sea posterior a la de oponibilidad de la constitución del RV, igualmente tienen derecho a solicitar la ejecución. Son los contemplados en los cuatro incisos que contiene el segundo párrafo del artículo 249, acreedores por:
 - 1) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble;
 - 2) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250;
 - 3) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;
 - 4) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.
- *Acreeedores excluidos*: carecen del derecho de solicitar la ejecución, es decir, aquellos a quienes la constitución del RV les resulta plenamente oponible. Es simplemente por contraposición con esta categoría que llamo a los comprendidos en la categoría anterior (acreedores con derecho a solicitar la ejecución) acreedores incluidos.

Las denominaciones aquí propuestas no surgen de la ley, pero contribuyen a simplificar el vocabulario, para comprender mejor el régimen de oponibilidades que en mi criterio resulta del RV.

11. La figura de la ampliación del RV no surge expresamente de la ley, pero sería de rigurosa lógica la admisión de su procedencia. La ampliación no implica un nuevo RV sino la complementación (objetiva o subjetiva) de uno ya constituido. A los efectos de las relaciones del afectante con los acreedores intermedios, funciona como una nueva (otra) constitución por el valor de la ampliación (cuando ésta sea objetiva). Es decir, la ampliación es inoponible a los acreedores intermedios, dado que las fechas de sus causas crediticias son anteriores a la de oponibilidad de la pseudoconstitución que para ellos implica la ampliación objetiva.

Si la afectación de un inmueble fuera por subrogación y se adiccionaran a los fondos procedentes de la enajenación del inmueble anteriormente afectado otros fondos —lógicamente, no comprendidos en la afectación anterior, ni surgidos de su enajenación—, a efectos de que el nuevo inmueble quede afectado por la totalidad de su valor, necesariamente deberá efectuarse una ampliación de la afectación, que abarque los nuevos fondos. De lo contrario, el nuevo inmueble quedará afectado sólo por una parte de su valor (la que se arrastra de la afectación anterior).

La ampliación del valor afectado le permite al propietario adquirir un inmueble de valor mayor que el anterior y cubrirlo íntegramente con la protección del RV. Responde, entre otras razones, a la dificultad práctica de reemplazar un bien por otro que sea de igual valor, a la ausencia del deber legal de hacerlo y a la posibilidad de afectar el nuevo inmueble por la totalidad de su valor y no solamente por la parte de valor cubierta por el producido de la enajenación del inmueble anteriormente afectado.

La existencia de una ampliación podría implicar que algunos acreedores deban considerarse excluidos respecto de una parte del valor del inmueble y, a la vez, incluidos por otra parte de su valor. Es decir, se desdoblaría el carácter de algunos acreedores, que serían excluidos e incluidos respecto de distintas parcelas de valor del bien afectado.

12. Si se otorgase respecto de un inmueble un documento que implicara ampliación de la afectación, parece conveniente que el oficial o funcionario interviniente pidiera la certificación registral para el acto (art. 23 [Ley 17.801](#)). Con ello, se logrará retrotraer los efectos de la inscripción a la fecha de la reserva de prioridad y, consecuentemente, dejar como acreedores excluidos a quienes se vinculen con el propietario por causa posterior a la fecha de esa reserva.⁶

13. Si, subastado el bien afectado y satisfechos los acreedores incluidos, quedara un remanente del precio de la subasta, éste se entregará a quien era propietario del bien rematado (y no al actual propietario del inmueble, como surge del anteúltimo párrafo del [art. 249](#)). Es decir, los acreedores excluidos no podrán embargar dicha suma (art. 249 antepenúltimo párrafo).

14. Si bien de la ley surge que los acreedores incluidos pueden requerir la ejecución de la vivienda afectada, también podrán, lógicamente, pedirla respecto del bien afectado que no sea una vivienda, cuya individualización debería resultar del folio especial que propongo se implemente.

15. Y, si bien no surge claramente de la ley, los acreedores que no tengan derecho a requerir la ejecución de la vivienda afectada (acreedores excluidos) tampoco podrían solicitarla respecto del bien afectado que no fuese una vivienda (suma de dinero, etc.).

16. Aquí llegamos al punto donde quizás el nuevo sistema presente ciertas complicaciones en su faz práctica, en comparación con el implementado para el régimen de bien de familia: la afectación que tenga por objeto un bien que no sea un inmueble

6. Ver lo expresado en el numeral 5).

(p. ej., dinero, crédito por saldo de precio de venta, etc.) carece en el sistema actual de un lugar o espacio para ser asentada.

17. En un intento de anticiparme a las dificultades que en la práctica podrían suscitarse por aplicación de la subrogación y la ampliación del valor de la afectación, propongo articular el funcionamiento del RV en el Registro de la Propiedad Inmueble a través de la utilización de un folio especial, que trascienda el bien afectado al RV pero que obviamente lo individualice, cuya denominación podría ser Folio especial-régimen de vivienda (en adelante, FE-RV).

18. La intervención del Registro de la Propiedad Inmueble como autoridad de aplicación del instituto viene impuesta tácitamente por el segundo párrafo del [artículo 244](#), al menos cuando el RV recae sobre un inmueble. Dicho organismo es el que lleva los folios reales (FR) en los que se asentará el RV cuando su objeto sea inmobiliario.

Podría cuestionarse su intervención cuando el bien afectado no sea inmueble. Por tal razón, cada territorio autónomo deberá dictar el correspondiente reglamento, a fin de dotar de competencia material al organismo, conforme a lo previsto en el inciso c) del artículo 2 de la [Ley 17.801](#).

En el sistema anterior, la designación del organismo administrativo de aplicación quedaba librada a cada provincia (art. 42 [Ley 14.394](#)), en armonía con el sistema federal de gobierno. Sin embargo, el avasallamiento de esa facultad local no se siente demasiado si se tiene en cuenta que prácticamente todas las provincias de la República designaron al registro inmobiliario como autoridad de aplicación del bien de familia.

19. El FE-RV debería ser de carácter personal, es decir, llevarse a través del Registro de Anotaciones Personales contemplado en los artículos 30 a 32 de la [Ley 17.801](#), ordenado por el nombre del propietario (que no necesariamente en todo momento coincidirá con el constituyente). Su implementación, que podría y debería articularse por la vía reglamentaria, responde a una necesidad práctica de brindar seguridad jurídica, al permitir individualizar cuáles son los bienes afectados a la satisfacción de las necesidades de subsistencia y habitación de los beneficiarios del RV y al cumplimiento de las obligaciones contraídas a favor de los acreedores del propietario.

20. Hasta ahora, el régimen de bien de familia recaía por ley —dejando de lado algún fallo aislado que permitió la subrogación— en los inmuebles. La articulación del sistema anterior resultaba relativamente sencilla (sin menospreciar la labor de quienes lo idearon y llevan adelante), dado que la afectación y desafectación se asentaban en los FR (amén del acta de constitución que respalda el asiento de afectación en el FR); el sistema implementado para articular el régimen de bien de familia gira alrededor del objeto de la relación jurídico-real, es decir, el inmueble, eje del sistema, y

su reflejo administrativo registral: el FR. Pero en el nuevo sistema, que prevé la subrogación real, no será posible asentar la afectación en un FR si el bien afectado no es un inmueble.

La necesidad de crear un nuevo folio resulta evidente si se advierte que la trazabilidad del bien afectado se pierde entre FR y FR, a menos que la subrogación se produzca por permuta inmobiliaria, es decir, que pase de un inmueble a otro (de FR a FR); en tal caso, podrá dejarse constancia en los FR de la trazabilidad del RV, por no mediar entre ellos un bien afectado que no sea inmueble. Pero ocurrirá en la mayoría de los casos que entre inmueble e inmueble el RV recaerá sobre sumas de dinero y créditos (sean procedentes de contratos de primer grado [boletos] o de segundo grado).

Por lo tanto, la única manera de seguirle la huella a los sucesivos bienes afectados y lograr una cobertura permanente de los beneficiarios a través de la trazabilidad del RV es mediante la implementación del FE-RV (siempre que éste contenga el encañamiento perfecto de los bienes afectados y sus causas-fuentes).

Las interrupciones de trazabilidad en el FE-RV obstan la oponibilidad de la subrogación y provocan que un acreedor excluido devenga en incluido si la fecha de la causa de su crédito es anterior a la interrupción del tracto.

21. Con la implementación del FE-RV se posibilitará que el bien que no aparezca allí (sea el precio, la indemnización, etc.) o en el FR (inmueble) sea susceptible de ejecución por los acreedores incluidos que sean de buena fe (salvo que sea inejecutable por otra causa que su inclusión en el RV). Y, correlativamente, se logrará que el bien afectado sea inejecutable por los acreedores excluidos.

El FE-RV constituirá un mecanismo de publicidad, que facilitará la prueba de cuáles son los bienes afectados, exentos de la agresión de los acreedores excluidos.

22. La ordenación de los FE-RV podría hacerse en base a un número correlativo anual. En dicho folio deben asentarse todos los objetos sobre los que sucesivamente recaiga el RV, sean o no inmuebles. Ello permitirá proteger:

1. Al propietario: evitando la ejecución de un bien afectado al RV, sea:
 - a) inmueble, cuya afectación conste asentada en el registro mediante su publicidad en el FR (sin perjuicio del correlativo asiento en el FE-RV); y
 - b) no inmueble (precio, indemnización, etc.), a través de la registración de la afectación en el FE-RV, ya que el FR no soporta un objeto que no sea inmobiliario.
2. A sus acreedores: siempre que sean de buena fe, excluidos o incluidos, mediante la inoponibilidad de la afectación respecto de un bien afectado al RV:
 - a) inmueble, si la afectación no consta en el FR.
 - b) bien no inmueble (precio, indemnización, etc.), si la afectación no consta en el FE-RV.

El asiento que se practique en el FE-RV respecto de un bien que no sea inmueble le simplificará al propietario la acreditación de la prueba para obtener el desembargo. Además, les permitirá a los acreedores incluidos conocer (por defecto o exclusión) sobre qué bienes pueden solicitar embargo y ejecución y sobre cuáles no (inejecutables, por estar afectados al RV u otra causa, conf. [art. 744](#)).

El FE-RV se abrirá con la constitución del RV, y se cerrará, cancelará o dará de baja y se archivará con la extinción del RV (por renuncia al régimen, u otra causa). La apertura se hará al inscribirse en el FR la primera afectación que se hace al constituirse el RV; sin perjuicio de lo que más adelante expongo acerca de la posibilidad de constituir el RV a partir de una suma de dinero,⁷ caso en el cual también debería abrirse el folio (pero sin correlación con un FR en el inicio del régimen).

Al abrirse el folio se debe dejar constancia de:

1. Si la constitución fue dispuesta: a) pedido del propietario (constituyente), o b) por disposición de última voluntad (situación que excluye la idea de constituyente a los efectos prácticos de la institución), o c) por decisión judicial en la resolución que atribuya la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelva las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia ([art. 245](#)).
2. La individualización circunstanciada del bien afectado.
3. Respecto del inmueble afectado: si su destino es vivienda (habitación) o unidad económica rural (explotación).
4. Si la afectación es por la totalidad o por una parte del valor del bien afectado.
5. La fecha de corte de las diversas oponibilidades, es decir, la fecha a partir de la cual las causas crediticias que nazcan serán inoponibles a los beneficiarios del RV. Las fechas de corte corresponden a la constitución del régimen y a sus posteriores ampliaciones (objetivas y subjetivas).
6. La individualización del o los constituyentes, si es o son casados o viven en unión convivencial (inscripta o no) y si su cónyuge o conviviente es incapaz o tiene capacidad restringida o si hay declaración judicial de su ausencia. Estas constancias le permitirán a la autoridad de aplicación controlar el cumplimiento de lo previsto en los [artículos 250 y 255, incisos a\), b\) y c\)](#).
7. Como luego de la afectación puede ocurrir que el propietario no sea el constituyente (p. ej., constituyente que fallece o que enajena el bien afectado a uno o más beneficiarios), en caso de que ambas calidades no coincidan en la misma persona, debe asentarse quién es el propietario del bien afectado. La ley prohíbe que alguien sea propietario único de dos o más inmuebles afectados (en rigor, dos o más afectaciones, dado que, p. ej., como constituyente podría tener un inmueble afectado al RV y luego heredar una suma dineraria afectada al RV que tenía su causante). La constancia de quién es el propietario del inmueble afectado al RV

7. Ver numeral 39).

permitirá, con un buen sistema de computación que le dé andamiaje al instituto, controlar que no se viole la prohibición antedicha.

8. La individualización del o los beneficiarios y la indicación de si son incapaces o no, o con capacidad restringida, y su vínculo con el constituyente (art. 246). Debe asentarse si su incapacidad es simplemente por minoridad o por otra causa. En el primer caso, basta con tomar razón de la fecha de nacimiento, a efectos de que pueda conocerse fácilmente el cese de la incapacidad, circunstancia que facilitará la toma de decisiones en el ámbito judicial. Pero, dado que un menor que sea mayor de trece años puede tener su capacidad restringida (art. 32), deben asentarse todas las causas de incapacidad o de restricción de la capacidad que aquejen a los beneficiarios. Si se asentara únicamente la edad, habrá un elemento relevante (p. ej., la restricción de la capacidad) que podría quedar oculto al momento de decidir.
9. El derecho real afectado al RV (dominio, propiedad superficiaria, etc.).
10. Si el bien afectado al RV está en estado de indivisión hereditaria o postcomunitaria, sea inmueble o no, y quiénes son los cotitulares de la masa que lo involucra, si es que ya fueron determinados (p. ej., con el dictado de la declaración judicial de herederos). En caso que alguno de los cotitulares ya tenga un RV, mientras no se hagan las adjudicaciones definitivas no se podrá concluir si se trata de un propietario único de dos o más inmuebles afectados; por lo tanto, deben mantenerse vigentes ambas afectaciones.
11. Demás circunstancias que sean trascendentes para las personas cuyos intereses estén en juego alrededor del RV.

23. En el FE-RV se asentarán: la constitución del RV, la fecha de su oponibilidad (que en su caso se retrotraerá a la fecha del asiento de reserva de prioridad), las sucesivas afectaciones y desafectaciones, subrogaciones y demás modificaciones, aspectos, vicisitudes y circunstancias que sean trascendentes para la protección, vigencia, control, etc. del RV y los intereses en juego (los del propietario, su cónyuge o conviviente, los beneficiarios, los acreedores del propietario, etc.). En su caso, se correlacionará el FE-RV en el FR correspondiente. Y, en caso de división del RV, se correlacionarán los nuevos FE-RV con el anterior.⁸

Muy especialmente, el FE-RV debe contener el perfecto encadenamiento de los bienes subrogados y los subrogantes, es decir, la serie ininterrumpida de afectaciones y desafectaciones, desde la constitución del RV hasta su cancelación, sea el bien afectado inmueble o de otra especie. El FE-RV debe contener, pues, el historial completo, sin solución de continuidad, de los bienes afectados, con individualización de ellos (en su entidad, magnitud, etc.), sus causas-fuentes y demás menciones que se consideren trascendentes en función de todos los intereses en juego.

8. Ver numeral 8).

El bien que no figure en el FE-RV como objeto del RV será susceptible de embargo y ejecución por los acreedores de buena fe. La ruptura del tracto jugará en contra de los beneficiarios y a favor de los acreedores, dado que la subrogación les será inoponible y los acreedores que originariamente eran excluidos se convertirán en incluidos si la fecha de la causa de su crédito es anterior a esa interrupción. Sin embargo, la interpretación de la interrupción del tracto debe ser restrictiva y la actitud de la autoridad administrativa para evitarla o excluirla debe ser proactiva y excesivamente cautelosa, ya que los intereses en juego no son sólo los del propietario y su cónyuge o conviviente, sino también los de los restantes beneficiarios, especialmente cuando entre ellos haya incapaces.

24. Debe admitirse la incorporación de beneficiarios al RV luego de su constitución (ampliación subjetiva de la afectación), al igual que la toma de razón de la posterior pérdida o restricción de la capacidad de alguno de ellos. Debe dejarse constancia de dichos extremos en el FE-RV. Sin embargo, la inscripción de esa incorporación no puede perjudicar a los acreedores cuyas causas crediticias sean de fecha anterior a la de oponibilidad de la ampliación (acreedores incluidos).

La extinción de un beneficio (por tal entiendo la prerrogativa derivada del RV para el beneficiario), sea por renuncia, fallecimiento, exclusión u otra causa, también debe ser registrada en el FE-RV.

25. La extinción del beneficio por exclusión (que no sea dispuesta judicialmente) importa una suerte de desafectación parcial subjetiva (para quien era titular del beneficio), por lo que ese acto debe contar en su caso con el asentimiento del cónyuge o conviviente.

26. La afectación por subrogación implica en principio mantener la misma nómina de beneficiarios. En caso de silencio, debe presumirse esa voluntad.

27. El conviviente no inscripto puede ser beneficiario (el [art. 246](#) no menciona expresamente el requisito de la inscripción).

Por aplicación de la doctrina de los actos propios, el reconocimiento que el constituyente hace al designar beneficiario a su conviviente no inscripto y la admisión de ello por la autoridad de aplicación neutralizan la exigencia legal de la inscripción de la convivencia a los efectos previstos en los artículos 250 y 255. Por lo tanto, las hipótesis previstas en estas normas, que exigen el asentimiento del conviviente inscripto, deben extenderse al conviviente no inscripto que integre la nómina de beneficiarios en el FE-RV.

La registración de la unión convivencial es sólo a los fines probatorios, es decir, para simplificar la prueba de su existencia ([art. 511](#)), pero la unión puede acreditarse por cualquier medio de prueba ([art. 512](#)); y, a los efectos del RV, la confesión que hace el constituyente al designarlo beneficiario es prueba suficiente de su existencia,

que torna exigible el asentimiento del conviviente no inscripto en los supuestos de los artículos 250 y 255.

Si luego el constituyente obtuviera la inscripción de una unión convivencial con una persona distinta de la que figure como conviviente (no inscripto) beneficiario en el FE-RV, se presentará cierta dificultad para los casos previstos en los artículos 250 y 255, ya que deberá acreditar el cese de la convivencia anterior no inscripta (art. 523 inc. g), para que la autoridad de aplicación no exija el asentimiento del conviviente no inscripto pero que figura como tal en el FE-RV.

La prueba del cese no puede consistir en la sola declaración del propietario, pues admitir ello quizás implique avalar la violación de la exigencia del asentimiento. Pruebas admisibles del cese en sede administrativa serían, por ejemplo, la manifestación auténtica del exconviviente no inscripto, una declaración judicial en tal sentido, etc.

Si bien la voluntad unilateral del constituyente notificada fehacientemente al conviviente causa el cese de la unión, el uso del bien afectado que fue la sede de la unión convivencial puede ser atribuido judicialmente al conviviente no inscripto si éste: a) tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad; o b) acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata (art. 526). Por tal razón, si la unión cesa por la voluntad unilateral del constituyente, ello no impide que su exconviviente no inscripto continúe viviendo en el bien afectado al RV, el cual no puede ser desafectado del RV sin su asentimiento o autorización judicial (art. 255 inc. a).

A los efectos de prevenir picardías, debe exigirse por la vía reglamentaria que el constituyente soltero, divorciado o viudo, al afectar, ampliar, etc. el RV, manifieste si en el inmueble afectado al RV vive en unión convivencial, inscripta o no, previa expresa y especial advertencia de que si falsea la realidad puede incurrir en delito del derecho criminal.

Además, debería admitirse por vía administrativa, para un mejor funcionamiento de la institución y en resguardo de la legalidad, que el conviviente no propietario que obtenga la inscripción de la unión convivencial con posterioridad a la constitución del RV, y que acredite dicha inscripción, que habita en el bien afectado al RV y los demás extremos que se juzguen razonables, pueda lograr su emplazamiento en el FE-RV como "conviviente", a efectos de que la autoridad de aplicación exija su asentimiento en los casos que por ley corresponda. Igual prerrogativa debería concedérsele al cónyuge no propietario que contrajo nupcias con el constituyente luego de la constitución del RV y acredite el matrimonio y que habita en el bien afectado. Tal emplazamiento le permitirá al conviviente obtener la protección estatal en caso de que deba dejar temporariamente la vivienda por motivos laborales u otros similares y el constituyente propietario intente aprovechar ese alejamiento para enajenar o gravar la vivienda.

28. El sistema de computación que instaure la autoridad de aplicación para administrar el instituto, hacer el seguimiento de los FE-RV y controlar la legalidad debe permitir listar cuál o cuáles son los FE-RV vinculados con una persona, en calidad de constituyente, propietario, comunero (indivisión postcomunitaria o hereditaria), cónyuge, conviviente (inscripto o no inscripto pero confesado) y beneficiario. En cada FE-RV debe surgir quiénes son los sujetos comprendidos en el RV y sus especiales circunstancias (incapacidad, ausencia declarada, etc.). Ello facilitará ejercer el control de cumplimiento de las normas que regulan la figura, tanto a través del control público, mediante un ejercicio razonable del poder de policía, como del privado, a cargo de los acreedores del propietario.

29. Si se sigue mi propuesta de organización del sistema, que permita listar de manera rápida y sencilla a los sujetos de todos los FE-RV abiertos y las fechas de corte, entonces, conforme a lo prescripto en el artículo 17 de la [Ley 17.801](#), se le podrá dar verdadera entidad y amplitud de funcionamiento al principio de prioridad, de la siguiente manera: al ingresar al Registro de la Propiedad Inmueble un oficio para la toma de razón de una inhibición general para disponer libremente de los bienes (embargo genérico) del propietario (disponente), relacionada con un reclamo patrimonial (y no con una cuestión de capacidad), el documento debería anotarse condicionadamente a la vigencia del RV si es que la fecha de corte del RV es anterior a la de la causa-fuente crediticia informada en el oficio. En tal caso, el Registro debería prevenir de ello al juzgado interviniente, con la remisión de una copia autenticada del FE-RV que permita conocer cuál es el objeto del RV y demás aspectos, vicisitudes y circunstancias que pudieran ser relevantes para el caso. De esta manera, el juez podrá citar al propietario para que se defienda, pronunciarse en orden a la oponibilidad o no del RV al acreedor peticionante y proceder en consecuencia. Si decidiera que la inhibición no afecta al RV, debería dejarse constancia de ello en el FE-RV y, en su caso, en el FR respectivo, y también podría dejarse constancia en el asiento de inhibición.

Este mecanismo le permitirá al propietario enajenar el inmueble afectado sin que la inhibición que se anote obste el legítimo ejercicio de su poder dispositivo.

30. Si la afectación de un inmueble es por constitución (afectación inicial) y no por subrogación y se solicitó certificación registral para ese acto, la retro-prioridad que resulta del asiento de reserva debe hacerse constar en el FE-RV, al abrirse. En el FR se asentará la individualización del FE-RV, para posibilitar de allí en adelante la trazabilidad del bien afectado. La constancia en el FR de que la afectación es por constitución les permitirá a los acreedores conocer si son o no incluidos (si es que no son exceptuados).

31. Si se solicita la inscripción en el FR de una adquisición dominial simultáneamente con su afectación al RV y la afectación adolece de algún defecto que obste su

inscripción en el FR, la autoridad de aplicación debe abstenerse de emplazar al adquirente como titular sin la protección del RV. Ello se debe a que si practica el asiento de titularidad dominial sin dejar constancia del RV, les permitiría a los acreedores del propietario que sean de buena fe obtener el embargo del inmueble (por falta de publicidad del RV en el FR). Por lo tanto, en ese caso, el Registro deberá proceder a inscribir provisoriamente en el FR tanto la titularidad del derecho de propiedad como el RV.

La registración de la afectación en el FE-RV no es suficiente publicidad si se omitiera asentarla en el FR, dado que la titularidad constará en el FR a nombre del responsable pero sin ninguna protección. La registración en el FE-RV permite la trazabilidad del RV y de los sucesivos bienes afectados que se vayan subrogando, pero no produce oponibilidad a los terceros interesados de buena fe que logren la anotación de una cautelar en el FR en el que no aparezca mención del RV. Pero si el sistema que la autoridad de aplicación implemente para operar el instituto permitiera, a pedido de parte interesada, listar por nombre los FE-RV en los que el responsable tenga participación como propietario, entonces los terceros interesados dejarían de ser de buena fe y el RV les será oponible aunque no conste en el FR, si es que el bien que se pretende embargar aparece como afectado en el FE-RV.

32. Esta separación de folios que propongo (FR y FE-RV) permite que ambos soportes puedan leerse y operarse de manera clara y sencilla, y sirve para dar andamiaje administrativo al RV que recaiga sobre un bien que no sea inmueble y que, por lo tanto, no pueda tener reflejo en un FR.

33. Cuando se solicite la afectación, ampliación o desafectación del RV respecto de un inmueble, el registrador deberá trabajar con ambos folios a la vista, procurando una perfecta correlación entre ellos, en lo que a objetos inmobiliarios se refiere.

34. La afectación de un inmueble al RV debe asentarse en el correspondiente FR y, seguidamente, en el FE-RV. No debe practicarse asiento de RV en el FR sin practicar a la vez el asiento correlativo en el FE-RV. Es decir, cuando se opere respecto del RV en el FR, se practicarán en ambos folios asientos correlacionados, dejándose constancia:

- en el FR, de la afectación, con individualización del FE-RV, y las fechas de corte de la constitución y sus ampliaciones; y
- en el FE-RV, del FR, el número y la fecha de entrada del documento que legitima al afectante, y el número y fecha de entrada del documento de afectación.

35. Al afectarse un inmueble al RV, el propietario deberá expresar en el documento si se trata de una afectación por constitución o de una subrogación; dicha circunstancia se asentará en el FR. Si es por constitución, deberá abrirse FE-RV. Si es por subrogación, el documento que se presente a registro deberá individualizar el FE-RV

en el cual debe practicarse el asiento correspondiente, correlacionado con el que se practique en el FR.

36. Al expedirse una certificación registral por un FR para un acto relacionado con el RV, debe adjuntarse una copia autenticada del FE-RV, aunque no medie expresa petición.

Como la prioridad temporal de la inscripción de la afectación por constitución se rige por las normas contenidas en la Ley Nacional del Registro Inmobiliario (art. 244 2º párr.), teniendo en cuenta la “modificación” que en el derecho real provoca su incorporación al RV (art. 23 Ley 17.801), debe solicitarse y expedirse certificación registral con reserva de prioridad para el acto.

La modificación del derecho real se advierte por cuanto su estatuto recibe el impacto del instituto, que lo comprime, limitando severamente la facultad de enajenación (art. 250), es decir, el *ius abutendi*. Si el derecho real luego de su afectación al RV no es el mismo que antes, pues las facultades que dimanaban del mismo a favor de su titular mermaron, entonces, evidentemente, “algo” cambió.

Las causas anteriores que les permitirían a los acreedores incluidos ejecutar los bienes afectados al RV deberían ser de fecha anterior a la del asiento de reserva de prioridad.

37. Deben distinguirse los conceptos de constitución y afectación.

- *Constitución*: es el término que debe emplearse para referirse a la primera afectación, que da origen al sistema y provoca la apertura del FE-RV. La constitución del RV requiere que el propietario afecte al régimen un objeto y un sujeto (beneficiario) que sean idóneos. Es decir, al constituirse el RV, hay una afectación (objetiva y subjetiva) inicial. Respecto de los sujetos, su nómina es la que resulta del artículo 246.

- *Afectación*: puede ser objetiva o subjetiva.

Objetiva: consiste en la incorporación de un bien al RV. Toda constitución se inicia con una afectación. La afectación puede ser también por subrogación, la que, obviamente, es posterior a la constitución. La subrogación implica la desafectación de un bien y, sin solución de continuidad, la correlativa afectación de otro, que lo reemplaza. La ampliación objetiva es una afectación objetiva que complementa una afectación anterior.

Subjetiva: al constituirse el RV el constituyente debe expresar quiénes son los sujetos beneficiados por el mismo. Puede haber afectaciones posteriores (ampliación subjetiva).⁹

9. Ver numeral 24).

38. También deben separarse los conceptos de extinción, desafectación y cancelación.

- *Extinción*: opera respecto del RV y no de los bienes o sujetos afectados al régimen. Se produce por:
 - ▶ Renuncia del constituyente o de los copropietarios, con los requisitos previstos en los incisos a), b) y c) del artículo 255; la renuncia debe asentarse en el FR como desafectación por extinción, sin subrogación.
 - ▶ No existir bienes o sujetos (beneficiarios) afectados sobre los que puedan operar los efectos del RV, por ejemplo, por el fallecimiento del propietario único beneficiario o de todos los beneficiarios, o ejecución del bien afectado al RV por un acreedor incluido sin que quede remanente alguno en la subasta; en este caso, la extinción se produce de pleno derecho, aunque por error esté incluido en la nómina de supuestos de desafectación del artículo 255.
 - ▶ Resultar alguien propietario único de dos o más inmuebles afectados si no opta por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación; en tal caso, se producirá la extinción *ipso iure* del RV no constituido en primer término y la autoridad de aplicación procederá de oficio a dar de baja el FE-RV correspondiente al RV no constituido en primer término y, en su caso, a cancelar el RV en el FR en el que conste asentado.
 - ▶ Otras causas legales.

La extinción del RV puede suceder cualquiera sea el objeto sobre el que recaiga: un inmueble (vivienda, terreno, unidad económica rural), una suma dineraria (indemnización o precio), etc. La extinción habilita la cancelación registral del RV, tanto en el FE-RV como, en su caso, en el FR. Reservo el uso de los vocablos total y parcial para la desafectación. La extinción y la cancelación son siempre totales.

- *Desafectación*: puede ser objetiva o subjetiva.
 - ▶ *Objetiva*: implica que un bien afectado al RV deja de estarlo, por su totalidad o por una parte de su valor (desafectación objetiva total o parcial, respectivamente), y puede ir acompañada o no de la extinción del RV.

Mientras que la extinción se refiere al RV en sí y la cancelación a su inscripción registral (en el FR o en el FE-RV), la desafectación, al igual que la afectación, se refiere al objeto sobre el que recae.

En caso de desafectación parcial, por ejemplo por subastarse el bien afectado y quedar un remanente que se entregue al propietario, el RV subsistirá, situación que debe reflejarse en el FE-RV. Si la desafectación de un bien es total y no opera subrogación alguna, entonces se producirá la extinción del RV y, consecuentemente, deberá cancelarse su inscripción en el FE-RV (que debe darse de baja) y, en su caso, también en el FR (si el objeto es inmobiliario).

La desafectación presupone la vigencia del RV; es decir, en términos estrictos, un RV ya extinguido no es susceptible de desafectación. La desafecta-

ción total de un inmueble no implica la extinción del RV si opera la subrogación con otro bien, pero sí su cancelación en el FR (no en el FE-RV, en el que se dejará constancia de la subrogación), en el que se asentará la cancelación de la inscripción (o desafectación) por subrogación, con remisión al respectivo FE-RV, para permitirles a los acreedores la trazabilidad.

Los acreedores pueden complementar la información que resulte del FR con la del FE-RV, cuya copia les será despachada previa acreditación de su interés legítimo.

La desafectación total de un inmueble puede ser por cancelación del RV o por subrogación del bien afectado. El asiento que se practique en el FR debe expresar dicha circunstancia.

La desafectación de un inmueble del RV debe asentarse tanto en su FR como en el FE-RV. Si la desafectación es por extinción total del RV, además del asiento de desafectación, debe darse de baja el FE-RV. En el asiento de desafectación que se practique en el FR debe dejarse constancia también, a los efectos de ilustrar a los acreedores, de si ocurrió por extinción total del régimen (cancelación del RV y baja del FE-RV) o por subrogación. En caso de desafectación de un inmueble por subrogación con una suma de dinero (precio o indemnización) o un crédito, el FE-RV continuará vigente, aunque desvinculado de todo FR.

- *Subjetiva*: ver lo que al respecto se expresa en el punto 25).
- *Cancelación*: presupone la extinción del RV y produce la baja del FE-RV; implica que ya no hay RV vigente. Si se cancela el FE-RV no puede haber ningún RV inscrito en los FR correlacionados con aquél.

No debe confundirse la cancelación del RV en el FE-RV, que supone la extinción del sistema, con la cancelación del RV en el FR, ya que ésta puede producirse por subrogación, en cuyo caso sigue vigente el régimen, o por extinción, que implica la baja del FE-RV.

39. Para una protección del derecho a la vivienda más adecuada a los tiempos que corren, teniendo en cuenta la finalidad tuitiva del instituto, debería aceptarse la posibilidad de que el RV pueda constituirse sobre una suma dineraria en lugar de iniciarse con un inmueble. No cabe duda de que la suma de dinero adquirida por subrogación con el inmueble afectado está protegida. Pero lo que aquí propongo y —entiendo— debería admitirse es que el RV se inicie con una suma que, a la postre, conformará el precio que el constituyente empleará para pagar su obligación como comprador de un inmueble (vivienda, terreno,¹⁰ etc.).

Si bien de una simple lectura del artículo 244 parece desprenderse que la afectación debe arrancar con un “inmueble destinado a vivienda”, la razonabilidad y la

10. Ver numeral 44).

protección constitucional deben enderezar la interpretación hacia una tutela amplia del derecho de acceso a una vivienda digna (art. 14 *in fine* CN). Si no se protegiera el dinero con el que eventualmente se accederá a la vivienda (presupuesto de su adquisición), bastante magra sería la tutela. Proteger la suma que permitirá acceder a la vivienda es también proteger la vivienda.

No hay razón alguna para que en tan delicada cuestión el orden de los factores altere el producto. Si el RV puede recaer sobre la suma de dinero que resulte de la venta de la vivienda que estaba afectada, ¿por qué no podría arrancar el RV con una suma de dinero? ¿Cuál es la razón por la cual la suma de dinero es objeto idóneo del RV cuando procede de una subrogación, pero no cuando se la pretende afectar de antemano para la constitución?

No puede alegarse como excusa la escueta letra de la ley o las dificultades prácticas para su implementación, ya que

Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma... [art. 1]

La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento [art. 2].

La hipótesis de subrogación, según la letra del [artículo 248](#), arranca con una vivienda, que luego es reemplazada por una suma de dinero, sea por enajenación (voluntaria o compulsiva) o destrucción (total o parcial; indemnización por siniestro, expropiación, etc.), o por otro inmueble (p. ej., por permuta). Pero carece de sentido racional interpretar que el RV no proteja a quien no adquirió aún su vivienda pero que se esfuerza por ganar y ahorrar el dinero para acceder a ella. Esta persona, por ser titular del derecho constitucional a una vivienda digna, merece la misma protección (o probablemente una mayor, por estar en situación de debilidad al contar con menos recursos económicos) que quien efectivamente ya tiene una.

No advierto argumento razonable alguno, más que la simple parca letra de la ley, para negar que el RV se pueda iniciar con una suma de dinero y no con un inmueble. Los ideales constitucionales tienen suficiente potencia para superar ese menudo escollo. La explicación de la posibilidad de fraude por una supuesta sustracción del dinero a la acción de los acreedores no es válida, pues el fraude todo lo corrompe y no es justo que los santos paguen las cuentas que dejan pendientes los pecadores.

Quien no tenga aún vivienda tiene el derecho de acceder a una; discriminarlo por no tenerla no es señal de madurez institucional.

Ponerse en una posición dura al respecto importa desconocer parte importante de la realidad argentina. En un país donde el crédito hipotecario es un espécimen

de extraña aparición, el ahorro de la gente es en la generalidad de los casos un presupuesto ineludible para el acceso a la vivienda. Otros tienen más suerte, ya que la reciben, por ejemplo, por donación. El ahorro, especialmente afectado a satisfacer la necesidad de vivienda, debe contar con la tutela legal del RV.

Es la autoridad de aplicación quien reglamentariamente deberá fijar los requisitos razonables para asegurar la seriedad de la constitución del régimen cuando ésta tenga por objeto una suma de dinero. La actitud administrativa debe ser amplia y generosa con la admisibilidad de la constitución, sin que por ello deje de atender la estricta legalidad de la situación que se presente a registro, y establecer reglamentariamente los requisitos que sean razonables para evitar, por ejemplo, la confusión de la suma afectada con otros fondos sujetos a ejecución, el fraude a los acreedores y que se perjudiquen otros intereses legítimos en juego. A modo de ejemplo, podría exigir el depósito de la suma a plazo fijo en una entidad bancaria, en cuyo caso en el FE-RV se hará constar la cantidad afectada, el nombre de la entidad bancaria, la sucursal, el número de la cuenta receptora de los fondos, etc. Si el afectante ya tuviera un terreno propio en el que estuviera en obra o con las tareas preparatorias¹¹ (p. ej., mensura, amojonamiento, estudios del suelo, aprobación de planos, etc.), puede permitirse que la suma esté depositada en cuenta corriente, ya que ello le permitirá una mayor disponibilidad acorde con esa situación.

En todo caso de duda, será el acreedor que se sienta perjudicado por esta afectación quien deba recurrir a la Justicia para que ésta diga cuál es el derecho que le asiste, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (art. 1).

Entiendo que la constitución del RV sobre una suma de dinero debería documentarse de igual manera que si se tratara de un inmueble (escritura pública o acta administrativa), dado que los artículos 253 y 254 no permiten inferir una morigeración de la forma (p. ej., admitiendo el instrumento privado con autenticación notarial de firmas).

40. La suma afectada, sea por constitución o subrogación, puede ampliarse, pero las ampliaciones no son oponibles a los acreedores intermedios.

Respecto de éstos, la afectación juega por una parte del valor. Por ejemplo: el propietario vende su vivienda afectada por el precio de dos millones de pesos (\$ 2.000.000); la afectación se traslada a dicha suma por subrogación; luego, compra una nueva vivienda por el precio de tres millones (\$ 3.000.000), a la que también se traslada el régimen. El RV se amplía, en términos monetarios, en un millón (\$ 1.000.000). Para el acreedor intermedio, la afectación será oponible por una parte del valor de la vivienda: las dos terceras partes del valor del bien afectado (parcela de valor subrogada: \$ 2.000.000 / \$ 3.000.000); los \$ 2.000.000 anteriores a la causa de

11. Ver la interpretación propiciada en el numeral 44).

la deuda, es decir, los dos tercios (2/3) del valor del inmueble están cubiertos por la constitución, por ser ésta anterior a la fecha de la causa de su crédito, pero el millón (\$ 1.000.000) que corresponde a la ampliación, es decir, un tercio (1/3) del valor del inmueble (parcela de valor ampliada) no está cubierto, por haber sido incorporado al RV luego de la fecha de la causa de su crédito.

En cambio, para el acreedor por causa posterior a la fecha de oponibilidad de la ampliación (acreedor excluido), la protección del propietario será por la totalidad del valor.

Para el acreedor anterior el RV es completamente inoponible, es decir tanto en su constitución como en su ampliación.

La interpretación de la ampliación de la afectación no debe hacerse en términos monetarios, en el sentido de que, por ejemplo, el inmueble comprado por un millón de pesos (\$ 1.000.000), que por un incremento de los valores del mercado pasa a valer el doble, quede cubierto sólo por la mitad de su valor. Si así fuera, la protección del RV se licuaría paulatinamente, al compás de la depreciación de la moneda, tal como otrora ocurrió con los derechos reales de garantía —lo que ameritó el dictado de la [Ley 21.309](#), para preservar la relación de cobertura y corregir el impacto de las enfermedades de la economía—.

La interpretación de la ampliación de la afectación debería partir, por lo tanto, del concepto de parcelas de valor (no monetizadas), tal como se expuso en el ejemplo dado.

La monetización de la afectación tiene lugar cuando el bien afectado consiste en una suma de dinero o el crédito por saldo de precio.

41. A efectos de evitar la confusión de la suma afectada al RV —por constitución o subrogación— con otros fondos de titularidad del propietario, es conveniente depositarla en una cuenta especial abierta a tal efecto por el propietario, de cuya individualización debe dejarse constancia en el FE-RV, para evitar que sea ejecutada por los acreedores.

Sería conveniente imponerle a la entidad bancaria en la que se constituya el depósito el deber de tomar razón de la afectación de los fondos, a efectos de articular al respecto el procedimiento expuesto en el numeral 29) en caso de recibir la entidad un oficio comunicando un embargo sobre dichos fondos. Esta conducta podría imponerse vía comunicación del BCRA.

42. Si el RV recae sobre los importes (o crédito por saldo) que sustituyan al inmueble en concepto de indemnización o precio, debe dejarse constancia de ello en el FE-RV, con expresión de la causa u origen, el importe de la suma afectada y demás circunstancias que sean trascendentes para las personas cuyos intereses estén en juego bajo el RV.

Si la suma afectada se deposita en una entidad bancaria, puede dejarse constancia de ello en el FE-RV, a efectos de dejar preconstituida la prueba que les permita a los beneficiarios del RV obtener el desembargo de la suma afectada.

43. Por aplicación analógica de lo previsto en el segundo párrafo del artículo 252, el depósito, la transferencia, la extracción, etc. de la suma afectada deberían estar exentos de impuestos cuando se acreditare que la operación se efectuó bajo el RV (p. ej., para pagarle al vendedor el precio de compra o parte).

44. Pese a la literalidad de la ley, que se refiere a una vivienda, no debería entenderse que está prohibido que el RV tenga por objeto o se inicie con un terreno en el que aún no se haya construido una vivienda si es que será destinado por el o los beneficiarios a ese fin. Quien —no sin esfuerzo— logra acceder a la propiedad de un terreno debe poder contar con la protección del RV, para luego, con la ventaja de su inejecutabilidad por los acreedores excluidos, construir su vivienda a medida que junte el dinero para pagar los derechos de construcción, los materiales, la mano de obra, etc.

De cierta forma, la ley parece admitir esta posibilidad al permitir que el inmueble afectado sea ejecutado por “obligaciones que tienen origen en construcciones [...] realizadas en la vivienda —futura—” (palabra esta agregada por mí) (art. 249 inc. c).

Permitir que el propietario de un terreno y de una suma de dinero que no excedan los límites (cantidades, tiempos, etc.) que fije la autoridad de aplicación los afecte al RV para la construcción de su vivienda es una solución estatal acorde con la realidad, que reconoce en justa y apropiada medida el derecho a la vivienda.

45. Si el propietario del terreno afectado pagara la construcción con dinero no afectado al RV y no ampliara en algún momento la afectación al valor de la obra que introdujo, el inmueble sólo estará protegido por la parte del valor correspondiente a la tierra. La ampliación podrá hacerse respecto de las sumas que se emplearán para pagar la obra, o luego de realizada, respecto del mayor valor que implique la mejora introducida. Lógicamente, la afectación del dinero le permite contar con una protección temprana.

46. Si bien parece que el objeto inmueble es el que se afecta al RV, en el mundo del derecho, con una mirada menos afincada en lo terrenal, que deje de lado la metonimia que nubla la mirada jurídica, podemos interpretar razonablemente que lo que se somete al RV es el derecho real de dominio (uno de cuyos elementos, el objeto, es decir, el asiento material del derecho, es el inmueble), o el de condominio, o la propiedad horizontal. Como consecuencia de la afectación, el contenido del derecho real sufre ciertas modificaciones para compatibilizarlo con las finalidades que se busca satisfacer a través de este instituto.

Es por ello que no se lesiona el orden público si se admite que, además del dueño (titular del dominio), el usufructuario de un inmueble o el titular de la propiedad superficiaria puedan también afectar su derecho al RV.

La ley se refiere al propietario constituyente (art. 246 inc. a). Si se interpreta la frase “propietario” en sentido amplio, por ejemplo, tal como ocurre en el artículo 965

(que alude al derecho de propiedad para referirse a los derechos que resultan de un contrato en sentido coincidente con la interpretación del derecho de propiedad que a menudo hace la CSJN [art. 17 CN]), no habría mayores objeciones para admitir esta propuesta, no receptada expresamente por la ley, pero extraíble por la vía interpretativa de la razonabilidad.

La propiedad superficiaria se rige por las normas del dominio revocable y, dado que éste puede afectarse, también puede afectarse aquella. La extinción del derecho real de superficie del constituyente producirá en su caso la subrogación por la indemnización (art. 2126).

Igual efecto se producirá en caso de extinción del usufructo por renuncia onerosa a cambio de una suma de dinero u otra vivienda. La renuncia gratuita al usufructo provocará la extinción total del RV. Si la extinción del usufructo se produce por vencimiento del plazo convencional o legal, el RV se extinguirá por completo, es decir, sin que opere subrogación, a menos que deba indemnizarse al usufructuario por las mejoras que éste haya introducido en el inmueble.

48. El artículo 248 establece que la afectación “se transmite”¹² a la vivienda que se adquiera en reemplazo de la afectada (p.ej., por permuta, compraventa con compensación en especie consistente en un inmueble) y a los importes que la sustituyan en concepto de indemnización o precio (obviamente, en este caso, para su posterior aplicación a la adquisición de una nueva vivienda que reemplace a la anterior).

Si bien el artículo 248 refiere que la afectación se traslada a la vivienda, no hay razón alguna para negar que también pueda trasladarse a una unidad económica rural (art. 256) o a un terreno en el que se construirá la vivienda.

La ley establece que la afectación “se transmite” de la vivienda al importe (precio o indemnización) que la sustituya, pero no prevé la hipótesis inversa: que se traslade del dinero a la nueva vivienda. Tal omisión no es grave si la obviedad prima sobre la carencia de un texto expreso. La falta de mención legal de todos los supuestos de subrogación contribuye a defender la tesis de que el RV puede constituirse *ab initio* sobre una suma de dinero.

49. Tampoco es razonable interpretar por falta de disposición legal expresa que si el precio de venta del inmueble afectado al RV no se cobra íntegramente de contado, la subrogación opere únicamente respecto de la suma cobrada y no por el crédito que quede por el saldo aún no cobrado. Es decir, la subrogación debe extenderse no sólo a los importes efectivamente cobrados, sino también, por imperio de la razón, al crédito por saldo o contraprestación debida por la enajenación o promesa de enajenación (p.ej., transferencia de terreno por unidad a construir, venta con pago del precio aplazado, etc.).

12. En realidad nadie transmite nada, por lo que más apropiado hubiese sido usar la frase “se traslada”.

Cobrado el saldo de precio, opera la subrogación, pasando la afectación automáticamente del crédito (que se extingue por pago) a la suma cobrada. Si esta suma se destina a pagar el precio de una promesa de compra (boleto) que tiene por objeto la futura vivienda, ésta, por una parte de su valor, quedará comprendida en la afectación por subrogación, desde el momento en que se abone una parte de su precio (con dinero afectado al RV).

Sin embargo, mientras el promitente comprador no acceda a la titularidad registral del inmueble respecto del cual suscribió el boleto, por razones de tracto registral, no podrá solicitar la toma de razón de la afectación en el FR (art. 245), pero sí en el FE-RV.

Esta secuencia de protección se logra si se interpreta ampliamente el término subrogación.

50. Si el crédito por saldo se documenta en títulos valores, éstos deben contener la mención que corresponde al RV; pueden endosarse “en procuración” (art. 1844), pero si se endosan o se transfieren sin aclaración alguna (a menos que se utilicen para adquirir la nueva vivienda, p. ej., cediéndolos o endosándolos a favor de su enajenante), su importe quedará desafectado del RV, dado que no podrá acreditarse el tracto de los bienes afectados al RV. Para que quede subrogado el dinero que el propietario reciba a cambio de la negociación del título valor, el negocio deberá estar documentado y expresar claramente la subrogación.

51. Si el propietario del RV promete en venta el inmueble afectado al RV y cobra parte del precio, el bien continuará afectado hasta que no se ruegue la registración de la desafectación en el FR. En tal caso, el RV tendrá por objeto:

- la porción del precio cobrado;
- el crédito por el saldo;
- la parcela de valor del inmueble no cobrada aún.

Luego pasará de la suma cobrada (precio, bien subrogado) al boleto (bien subrogante) que otorgue para adquirir su nueva vivienda.

Es decir, bajo esta interpretación, se produce una suerte de trasvasamiento del RV, secuencial o por etapas, de un bien a otro, o del valor de un bien al del otro, cuya trazabilidad y articulación pueden resultar aún más dificultosas si se prescindiera del FE-RV, el que seguramente simplificará la prueba en los pleitos que se generen alrededor del RV y la subrogación.

A continuación, ensayo una tentativa de explicación, admitiendo de antemano que mi propuesta pueda ser inadecuada o de difícil implementación o quizás contener errores conceptuales, pero con la convicción de que es necesario cubrir en todos los tramos la subrogación en el RV, sin perjudicar los intereses de ninguno de los actores en juego. Si yerro no se olvide el lector que mis intenciones, a fuer de sincero, son buenas.

Supongamos que el propietario de un bien afectado al RV (Sr. XX) suscribe con su promitente comprador (Sr. ZZ) un boleto de compraventa para enajenar su vivienda (“boleto 1”, respecto de la “vivienda 1”) y, con el dinero cobrado a cuenta de precio, firma (en calidad de comprador) otro boleto con su promitente vendedor (Sr. VV), para adquirir una nueva vivienda que reemplace a aquella (“boleto 2”, respecto de la “vivienda 2”). Entonces:

1. Otorgado el “boleto 1”, la parte de valor de la “vivienda 1” pagada a cuenta de precio (o como seña) le pertenece, por decirlo de alguna manera, al señor ZZ (como derecho creditorio, de cobro prioritario si encuadramos la hipótesis en la previsión del art. 1170).
2. La suma cobrada por el señor XX queda comprendida en el RV, del cual queda excluida la parte de valor de la “vivienda 1” proporcional a la parte del precio cobrada; es decir, cambia parcialmente el objeto de la afectación:
 - a) antes: la “vivienda 1”, por la totalidad de su valor;
 - b) ahora: la “vivienda 1”, por una parte de su valor, dado que el resto se trasvasa a la suma cobrada del precio del “boleto 1”.
3. También queda alcanzado por el RV el crédito por saldo de precio de venta de la “vivienda 1”, cuyo acreedor es el señor XX y el deudor, el señor ZZ.
Si el crédito por saldo de precio de venta no estuviera comprendido en el RV, podría ser embargado a pedido de los acreedores incluidos del señor XX.
4. La “vivienda 1” continúa afectada al RV por la parte de valor no cobrada por el señor XX bajo el rubro precio del “boleto 1”.
5. La subrogación de la “vivienda 1” por la suma cobrada a cuenta de precio y por el crédito por saldo de precio puede asentarse en el FE-RV.
6. La subrogación de la suma cobrada por el “boleto 1”, por una parte del valor de la “vivienda 1” que el señor XX destine a pagar parte del precio de compra de la “vivienda 2”, se trasvasará de esa suma a una parte del valor de la “vivienda 2”. Ello también puede asentarse en el FE-RV para evitar el embargo del crédito (derecho a la cosa) respecto de “boleto 2” o “vivienda 2” por los acreedores incluidos del señor XX.
7. Es preciso que las subrogaciones consten expresamente en los boletos y demás instrumentos que se presenten a registro, a efectos de que la autoridad de aplicación pueda tomar razón de ellas en el FE-RV y, en su caso, en los FR.
Dado que la ley exige para la afectación inicial el requisito de instrumentación pública (acta administrativa o notarial, según se desprende de los arts. 253 y 254), la subrogación (traspaso de la afectación de un bien a otro) debería documentarse bajo igual forma (art. 1017 inc. d).
Los asientos que se practiquen en el FE-RV deben hacerse en base a la presentación de documentos que cumplan los requisitos del artículo 3 de la [Ley 17.801](#).
8. Al cobrarse la totalidad del saldo de precio de venta de la “vivienda 1”, el RV se trasvasa del remanente del valor de la “vivienda 1” a la suma cobrada y luego —efectuado el respectivo pago— al valor de la “vivienda 2”.

9. Terminado de pagar el precio de compra de la “vivienda 2” con el dinero proveniente de la venta de la “vivienda 1”, es decir, sin ampliación, la afectación de la “vivienda 2” será por la totalidad de su valor y la subrogación opera aunque la “vivienda 2” no haya sido escriturada, pero el señor XX no podrá solicitar su inscripción mientras no se convierta en titular registral.
10. La afectación de la “vivienda 2” es con efecto retroactivo a la fecha de oponibilidad de la constitución del RV; en su caso, más la retro-acción proveniente de la reserva de prioridad.
11. Si el precio de compra de la “vivienda 2” es superior al de venta de la “vivienda 1”, hay no sólo subrogación sino también ampliación objetiva de la afectación, situación que habilitará a los acreedores intermedios a pedir la ejecución con los límites indicados en el [artículo 249](#) (art. 255 inc. e);
12. Si el precio de la “vivienda 1” es mayor que el de compra de la “vivienda 2”, la “vivienda 1” es subrogada por la “vivienda 2” y también por el sobrante dinerario, el que queda fuera del alcance de la acción de los acreedores incluidos del señor XX.
13. La resolución, rescisión u otra causal de ineficacia de alguno de los boletos producirá la retroacción de la subrogación.
14. Sin embargo, si la resolución del “boleto 2” opera por mora del señor XX y éste pierde la suma pagada a cuenta de precio, en concepto de indemnización por el incumplimiento, dicha suma quedará a partir de ese momento desafectada del RV, produciéndose una desafectación parcial objetiva compulsiva, por autoridad del señor VV, en provecho de éste.

52. El circuito propuesto, si bien engorroso —de necios intentar hacer simple lo complejo—, entiendo se corresponde con una auténtica protección del derecho sobre y a la vivienda y con una mejor calidad institucional, en beneficio de los ciudadanos, destino al cual deben pre-ordenarse la interpretación y los procedimientos de los órganos estadales.

53. De la redacción del artículo 248 parece resultar que la subrogación se produce *ope legis* (la norma expresa “se transmite” en lugar de “puede transmitirse”), es decir, de pleno derecho, por la parte del valor del bien afectado al RV comprendida en la afectación, que en la generalidad de los casos es por su totalidad (aunque vimos que puede desdoblarse frente a las distintas categorías de acreedores intermedios). Sin embargo, para que la autoridad de aplicación pueda tomar razón de la subrogación, ésta deberá hacerse constar expresamente en los documentos que se presenten a registro.

La subrogación automática se condice con la necesidad de contar con una protección permanente del derecho sobre y a la vivienda bajo el RV. Como la voluntad de renunciar no se presume y los actos que permitirían inducir la deben interpretarse restrictivamente ([art. 948](#)), la falta de mención expresa, si bien obsta la registración,

no impide el traspaso automático de la protección legal. Sin embargo, la falta de registración de la subrogación en el FE-RV la hará inoponible a los acreedores que sean de buena fe.

A los efectos de posibilitar la calificación, la autoridad administrativa puede y debe exigir que, en los documentos presentados a registro, las manifestaciones de subrogación se hagan expresamente, pero sin que por ello deba interpretarse que la falta de manifestación obste la subrogación, ya que el traslado se produce *ipso iure*, salvo una clara y expresa voluntad en contrario que la excluya.

Como la falta de expresión documental le impediría al registrador tomar razón de la subrogación, dado que el documento no haría fe por sí mismo en cuanto al contenido objeto de la registración, el funcionario registral debería formular observación para que el propietario realice la correspondiente aclaración, a efectos de que el documento cumpla el requisito legal de “hacer fe por sí mismo o con otros complementarios en cuanto al contenido que sea objeto de la registración” (art. 3 inc. c [Ley 17.801](#)).

54. En orden a la afectación original por “una parte del valor” (art. 244), puede pensarse que el siguiente ejemplo cuadra en la hipótesis.

Un señor es dueño de un inmueble que está constituido por varios departamentos, y tiene sus razones para no afectarlo al régimen de propiedad horizontal (p. ej., porque no cuenta con el correspondiente plano de división). Vive en uno de dichos departamentos y alquila los demás, o desea enajenarlos una vez que obtenga el referido plano. Afecta al RV la totalidad del inmueble pero por una parte de su valor: la correspondiente al departamento en el que vive. Al manifestar su intención de afectar, debe expresar que lo hace por la parte del valor que se corresponda con el departamento que habita (sin necesidad de una cuantificación monetaria).

Dado que los valores de los inmuebles fluctúan según las condiciones de mercado, para un buen funcionamiento del sistema la parte de valor afectada al RV debe expresarse en quebrados, porcentajes, etc. y no en una determinada suma de dinero sujeta a depreciación. Ello permitirá expresar con mayor precisión el alcance de las necesidades y de la afectación, y mejorará su situación ante la impugnación que hagan sus acreedores con base en un supuesto exceso de la afectación que supere las necesidades de los beneficiarios (desafectación parcial por abuso de derecho, no prevista expresamente en la nueva normativa¹³).

Si este señor luego muda su vivienda a otro departamento que forma parte del mismo inmueble general, deberá adecuar la afectación a la parte del valor del inmueble que representa su nueva vivienda. Estrictamente, esta situación no sería una subrogación y, además, podría implicar ampliación o desafectación objetiva.

13. Ver lo expuesto en el numeral 4).

55. Si al otorgarse la escritura de enajenación (por título oneroso) del bien afectado se levantara algún gravamen (hipotecario, usufructo, etc.) o medida precautoria que recaiga sobre dicho bien o que conste registrada a nombre del propietario (inhibición general de bienes), a los efectos de que la subrogación se proyecte sobre la totalidad de la suma expresada en la escritura como precio de venta, conviene —para neutralizar un eventual ataque de los acreedores del enajenante— agregar a la escritura una certificación contable que exprese un origen anterior y diverso de los fondos empleados para obtener el levantamiento. De lo contrario, probablemente operará una presunción *hominis* de que dichos fondos proceden de la venta y la totalidad de la suma expresada como precio no podría subrogarse en el RV.

El enajenante debería manifestar en el documento de enajenación, de manera circunstanciada, cuál es la procedencia de los fondos, a efectos de dejar preconstituida la prueba a favor de sus acreedores, y asumir él y, en su caso, el contador certificante las responsabilidades correspondientes para el caso de falsedad en tal declaración.

56. Si el inmueble afectado se enajenara por permuta y a cambio se recibieran dos o más inmuebles, dado que la subrogación parece operar de pleno derecho, debería el enajenante expresar a cuál de los inmuebles se traslada la afectación.

Si además hubiera compensación dineraria deberá expresarse en la escritura de permuta si la suma queda o no comprendida en la subrogación, ya que podría o no ser afectada a la construcción, reparación o mejora de la vivienda, o a un futuro cambio de vivienda. En caso de quedar afectada al RV debería obviamente reflejarse en el FE-RV, es decir que los bienes subrogantes serían tanto el inmueble recibido a cambio como la compensación dineraria.

La ley prohíbe ser propietario de dos o más “inmuebles” afectados, pero no prohíbe que la afectación se extienda a un inmueble y p. ej. una suma de dinero, que podría utilizarse p. ej. para costear las mejoras a realizar en el mismo. Por tal razón no debería impedirse la afectación al RV de un inmueble y una suma dineraria.

Una vez gastada o desafectada la suma también debe dejarse constancia de ello en el FE-RV, y la afectación recaerá únicamente en el inmueble.

El cruce de información entre organismos de fiscalización de impuestos y los registros de la propiedad inmueble puede resultar funcional a los efectos de detectar excesos, picardías y la evasión impositiva.

57. Debe evitarse que el régimen de subrogación sea utilizado por el propietario, vía una simulación relativa ilícita por sobrevaluación del precio de venta del bien afectado, para “lavar” o “colar” fondos que no provengan de esa venta, que en realidad están sujetos a ejecución pero que pasan inadvertidos a sus acreedores por estar camuflada su procedencia vía la apariencia provocada por los otorgantes del acto que “inflaron” el precio.

La “infra-valoración” del precio de compra del inmueble subrogante también es una conducta dañina para los acreedores del propietario: si el propietario vende su vivienda por el precio de dos millones (\$ 2.000.000) y luego compra otra con la suma subrogada, cuyo precio es tres millones (\$ 3.000.000) pero en complot con su vendedor declara que el precio de compra es sólo de dos millones (\$ 2.000.000), logra que la ampliación de la afectación pase desapercibida, en perjuicio de los acreedores intermedios.

Las conductas descriptas, que no pretenden agotar la nómina de artificios, astucias o maquinaciones, merecen un severo reproche legal, y es por ello que tornan solidariamente responsables a quienes concertaron la simulación con el deudor (art. 337 *in fine*).

La sobrevaloración o infra-valoración que no cuenten con una razonable justificación (p. ej. es usual que el lindero pague más que cualquier otro comprador, y que por un inmueble que está sujeto a un juicio de usucapión o reivindicación se pague menos de su valor “normal”), convierten al contratante en cómplice de la maniobra evasiva y responsable solidario del perjuicio causado al acreedor evadido.

58. La simulación absoluta ilícita merece también un severo reproche, no sólo por la maniobra de ocultar la verdadera titularidad del inmueble “subrogado”, sino porque permite “colar” el aparente dinero obtenido por la venta ficticia -sujeto a ejecución- a una nueva vivienda, exenta del ataque de los acreedores excluidos.

59. La reglamentación debe organizar también el traspaso inter-territorial del FE-RV. Si como consecuencia de la subrogación el bien afectado perteneciera a un territorio autónomo distinto del que abrió y lleva hasta entonces el FE-RV, éste pasará del registro de la propiedad perteneciente a la demarcación de origen, al registro de destino: debe darse la baja provisoria en el registro de origen, el alta provisoria en el registro de destino, y luego la baja y el alta definitivas. Para cada uno de los pasos posteriores deberá acreditarse el cumplimiento del paso inmediato anterior.

60. Hasta tanto los registros de la propiedad inmueble estén en condiciones de efectuar las registraciones en el FE-RV —lo que no podrá exceder un plazo razonable—, los actos correspondientes que se otorguen podrían ser puestos en conocimiento del escribano a cargo del registro notarial en el que se haya otorgado la escritura de constitución, para que deje debida constancia mediante nota marginal. Será conveniente que si el propietario cambia de escribano, haga asentar marginalmente la nueva designación en la escritura-acta de constitución del RV.

61. En cuanto al trámite de constitución del RV (afectación inicial), pueden intervenir tanto profesionales (escribanos, cónsules) como la autoridad administrativa. El [artículo 253](#) le impone a la autoridad administrativa el deber de prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar los trámites relaciona-

dos con la constitución, inscripción y cancelación de esta afectación; no se incluye expresamente la subrogación, pero debe considerarse incluida al referir la norma a la “inscripción” y la “cancelación”, pues la subrogación implica la cancelación de una inscripción y luego (simultánea o posteriormente), una nueva inscripción.

62. Entiendo que con los conceptos e interpretaciones propiciados en este ensayo, contruidos con una visión que pretende ser protectoria, funcionalista y práctica, no se vulneran derechos de terceros, a la vez que se logra una protección jurídica integral de la vivienda.

Son los señores jueces quienes, en última instancia, deben encontrar el lugar adecuado que corresponde al RV en el nuevo sistema diseñado, cuya aplicación se divisa no sin preocupaciones en el horizonte.

La autoridad de aplicación debe procurar reglamentariamente maximizar la protección de la vivienda.

En todo caso, serán los jueces quienes corrijan los eventuales excesos o defectos de protección en que se incurra y reconduzcan el RV y los demás dispositivos de protección de la vivienda a un lugar justo. Para ello, no deben perder de vista que la vivienda es el santuario de la vida privada de los habitantes de la República.

Inconstitucionalidad de la Ley 14.432 de la provincia de Buenos Aires, reglamentada por el Decreto 547/2013

Nelly Alicia Taiana de Brandi

ABSTRACT

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (Sala II) declaró la inconstitucionalidad de la Ley 14.432 de la provincia de Buenos Aires para el caso concreto, rechazando la aplicación del sistema de inembargabilidad e inejecutabilidad automática que esta norma prevé. Puso de manifiesto que, de conformidad con el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, la ley provincial supone una extralimitación de las competencias que corresponden al Estado provincial, por tratarse de una materia delegada a la Nación. Se trata de una norma que, supotexto de proteger a sus destinatarios, los limita en sus facultades para contratar e indirectamente para acceder a una vivienda digna.

Sumario: 1. Análisis del fallo. 2. Comentario. 3. Conclusiones.

1. Análisis del fallo

- Tribunal: **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II**
- Fecha: **24/9/2013**
- Autos: **“Rabaza, Luis Francisco c/ Cooperativa de trabajo Alfin de Mar Limitada y otro s/ cobro ejecutivo de alquileres”**

1.1. Hechos

Frente a la pretensión del acreedor de cobrar su crédito (alquileres) y ejecutar el bien que ha embargado, el deudor opone los términos de la [Ley 14.432](#) de la provincia de Buenos Aires en su artículo 2, alegando que ésta opera en forma automática, sin necesidad de previa publicidad alguna, liberado de probar que –en el caso de autos– se dan los presupuestos exigidos por la norma para gozar del beneficio.

El juez de primera instancia resuelve hacer lugar a la inejecutabilidad del inmueble embargado y rechaza el planteo de inconstitucionalidad de la ley porque entiende que no se vulnera el derecho de propiedad del actor, a quien, a su vez, reprocha no haber probado que la vivienda embargada no fuera vivienda única de ocupación permanente del demandado. El tribunal de alzada sostiene que, al invertir la carga de la prueba, hace caso omiso de las exigencias enunciadas en la ley provincial que de suyo debe acreditar quien pretende beneficiarse con ella.

La sentencia es apelada y la Cámara declara la inconstitucionalidad de la ley para el caso, con fundamentación muy seria: es principio constitutivo del derecho el reconocimiento del patrimonio como prenda común de los acreedores y que las limitaciones y afectaciones al derecho de propiedad son materias reguladas por el derecho de fondo, prerrogativa única del Congreso Nacional, en mérito a la distribución de competencias de origen constitucional (art. 75, incs. 12 y 17, CN). A su vez, prudentemente, señala la conveniencia de seguir el criterio del Máximo Tribunal Nacional y hace suyos fundamentos coincidentes de varios precedentes, en especial los desarrollados en “Banco del Suquía c/ Tomassini, Juan C” (19/3/2002), que declaró la inconstitucionalidad del artículo 58 de la [Constitución de Córdoba](#)¹ y de la Ley 8067 de esa provincia².

Además, con generosidad científica, abreva en la cita de comentarios doctrinarios enjundiosos.

1.2. *Doctrina*

En la medida que el sistema de inembargabilidad e inejecutabilidad “automática” o de inmunidad de la vivienda única que prevé la ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires difiere del “voluntario” contenido en la Ley nacional de bien de familia y que ésta, a su vez, cumple con los estándares de la Carta Magna y de los instrumentos internacionales, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma provincial.

1.3. *Fundamentos*

La Cámara reconoce la particular importancia de la cuestión

... dada la índole de los derechos en juego. Por un lado, el del acreedor de hacer efectiva la garantía que supone el patrimonio de su deudor y, por el otro, el de este último

1. Art. 58. “Todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y la tierra necesaria para su asentamiento, tiene un valor social fundamental. La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley”.

2. Art. 1. “Considérase automáticamente inscrita de pleno derecho como bien de familia a partir de la vigencia de esta Ley, a los fines previstos en el artículo 58 de la Constitución Provincial, la vivienda única que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley Nacional N° 14.394 y en la Ley Provincial N° 6074”.

a preservar su vivienda única como una herramienta de salvaguarda del núcleo familiar.

Ante la tensión entre ambos intereses, la solución difiere:

1. En la ley provincial el legislador resuelve a favor del deudor y el juez de primera instancia fuerza la letra de la ley en su beneficio, aplicándola para una locación en curso de desarrollo, exigiéndole al acreedor pruebas que debe producir el deudor.
2. La [Ley Nacional 14.394](#) también resuelve esta tensión pero dentro del ámbito de la competencia constitucional que le asiste al Congreso.
3. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, como último intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, ha resuelto la cuestión rechazando la inejecutabilidad automática del inmueble (única vivienda) y la modificación al régimen de determinación de los bienes del deudor sujetos al poder de agresión del acreedor previstos en la ley provincial (la [Constitución](#) de la provincia de Córdoba en su reforma de 1987 y la [Ley 8067](#))

[por] tratarse de una materia delegada en los términos del art. 75 inc. 12 de la ley fundamental [...] la ley provincial incursiona alterando la distribución de competencias sin reformar la ley fundamental.

Este fallo distingue con agudeza las normas de seguridad social, en cuya sanción concurren legítimamente el Estado Nacional, los Estados provinciales y locales, de las normas de derecho de fondo, materia delegada al Congreso Nacional.

4. La Corte Suprema de Justicia, el 6 de abril de 2006, en “FN (AFIP-DGI) c/ Empresa Provincial de Energía s/ ejecución fiscal-incidente de levantamiento de embargo”, dijo “las relaciones entre acreedor y deudor son de exclusiva legislación del Congreso Nacional”.
5. “... en la medida en que una Ley del Congreso Nacional no derogue o modifique la Ley 14.394, la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda familiar debe ser juzgada conforme a sus prescripciones”; “la afectación voluntaria [...] cumple con el estándar contenido en los pactos y tratados internacionales”.
6. Agrega el camarista Roberto J. Loustaunau:

... al efectuar tal tarea de confronte, no advierto que la Ley –nacional– de Bien de Familia 14.394 vulnere los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales ni en la Carta Magna. La garantía del art. 14 bis de la Constitución Nacional importa una obligación de fuente constitucional y convencional [que posibilita] el acceso a la vivienda digna, pero de ella no se puede inferir la necesidad de que su inembargabilidad o inejecutabilidad sea automática [...] no impone la conservación del derecho de propiedad del techo familiar...

Los fundamentos de la nota de elevación de la ley –14.432– son, sintéticamente, los siguientes: la solución se encuadra en la protección de los derechos llamados de segunda

generación, reconocidos en el art. 14 bis de la Constitución Nacional tras el advenimiento del constitucionalismo social –proceso [...] profundizado [...] con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos...–.

Cita a Angélica Gelli:³ la observancia del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y del bloque constitucional

... no supone, per se, garantizar el derecho de propiedad [...] la obligación asumida por el Estado se refiere al diseño de políticas públicas de desarrollo habitacional, que puede promoverse a través de viviendas sociales dadas en comodato o en alquiler por el Estado, promoción de cooperativas o subsidios para alquileres.

7. El juez también adhiere al criterio que sostiene Emilio Ibarlucía⁴: los Estados provinciales pueden dictar normas de seguridad social y

... mejorar el ‘piso’ de garantías y derechos individuales y colectivos contenidos en la Constitución Nacional”, pero ello “de manera alguna supone que puedan crear obligaciones a los ciudadanos fuera de las contempladas por las normas dictadas por el órgano federal competente [...] Impedir a un legítimo acreedor embargar y ejecutar un bien del patrimonio de su deudor implica un menoscabo de su derecho de propiedad...

Anotamos por nuestra cuenta que en igual sentido se volvió a pronunciar la misma Sala II el 31 de octubre de 2013, en “[Banco Francés SA c/ Ullua, María Celia s/ ejecución](#)”:

... si no existe una ley nacional que disponga la inembargabilidad e inejecutabilidad de todo inmueble destinado a vivienda única y de ocupación permanente de manera automática como lo hace la Ley Provincial 14.432, ésta deviene en inconstitucional por tratarse de una materia delegada en los términos del art. 75 inc. 12 de la ley fundamental.

El fallo sostiene que, a tenor de la doctrina vigente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, coincidente con la posterior postura de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, procede la declaración de oficio de inconstitucionalidad en causa concreta, pues dicho control versa sobre una cuestión de derecho, no de hecho, y es pertinente si se dan los requisitos previstos por el Alto Tribunal en ejercicio de su deber esencial y específico de mantener la supremacía de la Constitución Nacional: a) la inexistencia de otro medio para la solución del conflicto y b) que quede asegurado el principio de congruencia.

3. GELLI, Ma. Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

4. IBARLUCÍA, Emilio A., “El debate constitucional acerca de la inembargabilidad de la vivienda única”, en *La Ley Córdoba*, 2002, pp. 1391-1402 (*La Ley*, t. 2003-B, p. 244).

2. Comentario

Los fallos de Cámara recientes desarrollan los argumentos vertidos por numerosos juristas, reseñados por Medina en 1999 en su artículo “Protección constitucional de la vivienda familiar”,⁵ a los que acompaña con sus propios fundamentos.

A la luz de las modernas regulaciones provinciales que siguen avanzando en la modificación del régimen patrimonial de bienes nacional, inclinando el fiel de la balanza en perjuicio de la seguridad jurídica dinámica y del crédito y en beneficio de la supuesta protección del “débil” y del deudor en las relaciones jurídicas, me permito transcribir sus réplicas⁶ y adecuarlas a pronunciamientos judiciales posteriores:

Es indiscutible que, en lo que hace a la protección de la vivienda digna, las normas de los acuerdos internacionales son claras en su carácter programático pero requieren medidas apropiadas de carácter legislativo [...] que los Estados partes se comprometen a adoptar con arreglo a los procedimientos constitucionales...

2.1. *Infracción al artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional*

Estas previsiones de las constituciones provinciales y de leyes locales y su reconocimiento jurisprudencial por tribunales inferiores no ha respetado

... la teoría constitucional vigente ni se ha ceñido al método legalmente establecido relativo a la coordinación entre el constitucionalismo provincial y el nacional [...] por el art. 104 de la Constitución Nacional, las provincias conservan el poder no delegado a la Nación y según el art. 108, las provincias no pueden ejercer el poder delegado a la Nación.⁷

De ahí que las provincias no pueden dictar los códigos de fondo después de que el Congreso de la Nación los haya dictado. Las restricciones, el derecho de propiedad, entre ellas, la reglamentación del bien de familia, son materia de derecho de fondo y sólo la ausencia de la norma nacional puede justificar las disposiciones locales.

En ejercicio de facultades no delegadas, Salta, Córdoba y San Luis han dictado las leyes 3887 (1964), 6074 (1977) y 101 (2004), referidas al funcionamiento, trámite inscriptorio y tratamiento tributario del bien de familia.

El criterio del legislador provincial cambió en 1991, al sancionarse en Córdoba la Ley 8067 (modificada por la Ley 8998), que consagra la indemnidad automática con efectos en los procesos en curso.

5. MEDINA, Graciela, “Protección constitucional de la vivienda familiar”, en *Semanario Jurídico. Fallos y Doctrina*, Córdoba, 1999, n° 7.

6. Sentencia del Superior Tribunal de Córdoba de fecha 20/10/1999.

7. MEDINA, Graciela, ob. cit. (cfr. nota 5).

Las constituciones provinciales no pueden vulnerar lo establecido en la [Ley 14.394](#) y establecer la inembargabilidad de la vivienda única en forma automática, ni pueden alterar “el régimen patrimonial de bienes nacional [...] por una ley provincial que, además, resulta desconocida”⁸ en las otras provincias.

2.2. *La publicidad registral*

En nuestro derecho de fondo, la publicidad mediante la inscripción en el Registro, que anota las limitaciones a la libre disponibilidad del patrimonio registrable, es el disparador de la operatividad del acto jurídico nacido del libre ejercicio de la autonomía de la libertad que lo vuelve oponible a los terceros (art. 2505 [CCIV](#)). De esa inscripción depende el carácter anterior o posterior de la deuda como hecho objetivo libre de toda discrecionalidad, en orden al tiempo en que se originó el crédito del tercero, y permite convenciones celebradas con buena fe-probidad en las que los otorgantes conocen las condiciones bajo las cuales contratan (arts. 533 y 1198 [CCIV](#)).

Merced a una ley inconstitucional, para los habitantes de Argentina se establece un privilegio irritante según la ubicación física de la vivienda propia, independientemente de la buena fe contractual, y se crea una carga de aplicación automática sin sustento legal en cabeza de los acreedores de cuya acción se sustraen los bienes de sus deudores que deben satisfacer sus legítimas acreencias, a mérito de los cuales se celebró el contrato. Así lo ha dicho la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, en voto unánime de sus integrantes (Ana I. Piaggi, María L. Gomez Alonso de Díaz Cordero y Miguel F. Bargalló), el 3 de octubre de 2008, en “Círculo de Inversores S.A. de Ahorros para fines determinados c/ Ramallo Jorge Alberto y otros”, en referencia a la legislación cordobesa: “Tal decisión contradice lo dispuesto en el artículo 2505 del Código Civil, avanzando la legislatura local sobre materia que es privativa del Congreso Nacional”.

2.3. *Renuncia al derecho de inembargabilidad*

Si bien la ley de la provincia de Buenos Aires posibilita la renuncia al derecho de inembargabilidad, este mecanismo, que el acreedor tampoco puede ser obligado a conocer, “puede funcionar en los créditos de fuente contractual, pero no tiene cabida en las obligaciones de origen extracontractual”⁹.

La registración de nuestro derecho de fondo, como requisito de operatividad de la afectación al régimen de bien de familia y, sobretudo, de la desafectación, permite que la finalidad del instituto se logre acabadamente. Esta finalidad no se alcanza

8. *Ibidem*.

9. *Ibidem*.

mediante el mero trámite de la renuncia, que no sólo funciona *erga omnes*, en forma arbitraria, sino que además encarece el negocio base.

El legítimo acreedor se ve sometido a un régimen que conmueve un principio constitutivo del derecho, en virtud del cual el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores, cuya regulación corresponde al Congreso de la Nación, y se le impide el cobro de su crédito cualquiera sea la fecha de la contratación, por imposición de una ley provincial que se ve obligado a conocer cualquiera sea su domicilio.

La inmunidad automática sin publicidad atenta contra la seguridad del tráfico y beneficia la mala fe en las relaciones interindividuales. Le impone a cualquier contratante la necesidad de investigar, en el inicio y durante la vida del contrato, el número de viviendas de titularidad de su deudor.

Respecto de la renuncia, ya nos hemos pronunciado sobre su fragilidad.

2.4. *Derecho a la vivienda digna. Su diferencia con la protección del derecho de propiedad de la vivienda*

Fundamental resulta en el trabajo de Medina la distinción del derecho a la vivienda digna como derecho fundamental del hombre para desarrollar su personalidad en un espacio habitable, en un hogar, derecho del que gozan quienes, aunque no sean propietarios –titulares del derecho de propiedad sobre la vivienda–, deben ser protegidos en el acceso a ella por otro derecho real o personal. Dice Medina:

... la dignidad habitacional se puede tener en otros derechos que no sea el de propiedad [...] La tendencia actual es la protección del derecho a la vivienda, con independencia del derecho de propiedad...¹⁰

Una alternativa puede encontrarse en la celebración de contratos de *leasing* que permitan escalonar pagos en concepto de canon locativo con un pago último en concepto de precio residual.

Brandi Taiana, en “[Derecho superficiario fiduciario](#)”¹¹, Brandi Taiana, preocupada por el derecho habitacional –hoy una cuestión en estado de emergencia que exige con urgencia una solución de parte de la clase política–, propone *de lege ferenda* la regulación del derecho superficiario fiduciario, que permitiría el abaratamiento del emprendimiento constructivo por el menor valor de adquisición del terreno superficiario y, sin disminuir el patrimonio nacional, provincial o municipal, permitiría superar el déficit habitacional.¹²

10. *Ibidem*.

11. Presentado en el XIII Congreso de Derecho Registral (2013).

12. La autora cita a Alterini, quien sostuvo en 1997 que el mayor interés de aplicación de este instituto residía en el ámbito de la construcción: 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.

Así, el Estado, sin perder definitivamente su propiedad sobre predios inexplorados, evitando los riesgos empresarios, trasmite el derecho real de superficie a un tercero a un precio menor por la temporalidad de su derecho, para que éste construya a su costo y haga suyo lo construido –en el Proyecto de Código Civil y Comercial¹³ se prevé que el fiduciario puede ser beneficiario–. Podría tratarse de un complejo habitacional que enajenará a terceros en las condiciones reglamentadas por el Estado a tenor de los intereses del sector social que quiere atender. El lucro que legítimamente obtendrá la constructora podrá consistir en el producido de la venta de algunas de las unidades a la finalización del proyecto. Cumplido el plazo del derecho superficiario fiduciario y reintegradas las viviendas al Estado, éste podrá adjudicarlas en dominio pleno. Propone la autora que este plan de acción se complete con beneficios impositivos a favor de las constructoras, lo que les facilitaría encarar proyectos que de otra manera excederían sus posibilidades.

Las posibilidades descriptas sólo constituyen ejemplos que podrían inspirar políticas de Estado con miras a soluciones a largo plazo y definitivas. Requieren de nuestros legisladores inventiva, estudio, entrega, desinterés por el aplauso, satisfacción por el ejercicio digno de la función y respeto hacia las personas sujetas a su legislación, en quienes deben despertar y alimentar el interés por el propio esfuerzo, el orgullo por el respeto a uno mismo y el sentimiento de gratificación que deben depurar los logros alcanzados en el respeto de la propia persona.

Esa protección de la vivienda familiar, a la luz de las cláusulas de la Constitución Nacional, no es un monopolio conferido por ésta al Gobierno Nacional, sino que se trata de una facultad concurrente que debe traducirse en la definición y observancia efectiva de políticas de Estado adecuadas que comprometan solidariamente a nuestros mandatarios más allá de sus respectivos mandatos.

Esta protección debe ser realizada en el marco del sistema constitucional argentino sin legislar sobre facultades delegadas, sin apartarse del régimen legal vigente que constituye una garantía del Estado de derecho.

3. Conclusiones

Podemos reconocer la posible buena intención del legislador en el dictado de estas normas locales; no obstante, la realidad es que, so pretexto de proteger, sólo logran el efecto contrario, al dificultar el tráfico jurídico y obstaculizar y encarecer el acceso a la vivienda digna de quienes más necesitan de ella.

13. [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, ocurrida el 1/10/2014. El lector puede consultar: a) la Ley 26.994 y sus anexos, publicada por el Centro de Documentación e Información del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas-[Infoleg](#) y por el Sistema Argentino de Información Jurídica-[Infojus](#); b) el proyecto aprobado por el Senado en [noviembre de 2013](#); c) la versión elevada al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional a través del [Mensaje 884/2012](#)].

Por una parte, los agentes inmobiliarios rechazan inmuebles ofrecidos en garantía ubicados en la provincia de Buenos Aires y en ese sentido asesoran a los posibles locadores. Por otra, no olvidemos que los propietarios entregan a un tercero (para su uso, en el caso de la locación) una vivienda fruto de sus ahorros y aun privaciones, de la que esperan legítimamente recibir una renta, y que se enfrentan a la posibilidad de la falta de pago y a una restitución deteriorada del bien, porque su crédito ha quedado sin garantía merced a una ley que tiene derecho a no conocer en razón de su lugar de residencia, violatoria de su derecho de propiedad (art. 17 CN) o a un ardid del fiador que modificó las condiciones sobre las que se contrató.

En la provincia de Buenos Aires, es suficiente la invocación de la ley en cualquier proceso de ejecución sin ningún tipo de registración que asegure la publicidad. Dice Vélez Sársfield en la nota al artículo 577 “no es posible que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce”. Iguales argumentos pueden invocarse en la celebración de un mutuo o un comodato.

Se crea un procedimiento de protección local, cuyo conocimiento se impone a todos los terceros en forma ficta, cualquiera sea su domicilio, sin cumplir con la publicidad que exige el artículo 35 de la Ley 14.394 (de fondo) y el artículo 22 de la [Ley 17.801](#) que condiciona su eficacia.

Insistimos en volver a la lectura de: el artículo 14 bis de nuestra [Ley Suprema](#), que, al reconocer los derechos a la seguridad social, enumera “la defensa del bien de familia” y “el acceso a una vivienda digna”; el artículo 25 inciso 1 de la [Declaración Universal de los Derechos Humanos](#), que reconoce a toda persona el “derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure [...] la vivienda”; y el artículo 36 inciso 7 de la [Constitución de la Provincia de Buenos Aires](#), que establece que la provincia

... promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: [...] A la vivienda. La Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia; garantizará el acceso a la propiedad de un lote de terreno apto para erigir su vivienda familiar única y de ocupación permanente, a familias radicadas o que se radiquen en el interior de la Provincia, en municipios de hasta 50.000 habitantes, sus localidades o pueblos. Una ley especial reglamentará las condiciones de ejercicio de la garantía consagrada en esta norma.

Reconocemos que la regulación de la Ley 14.394 ha devenido insuficiente, pero también somos conscientes de que, desde su sanción, nuestros doctrinarios, jueces y registradores la han enriquecido y precisado con carácter progresista, de modo tal que, desde 1954, hemos contado como una herramienta hábil y valiosa para la solución de una multiplicidad de necesidades que tal vez no avizoraron sus autores.

Toda esa riqueza la capitaliza el Proyecto de Código Civil y Comercial, que en la exposición de sus fundamentos reconoce “el derecho a la vivienda como derecho

humano”, independientemente de que la habite una persona sola o una persona con su familia o con su conviviente. El Proyecto dedica el Capítulo Tercero de la Sección Tercera a la protección de la vivienda, a la que no adiciona calificación alguna y, como la habitación no es sinónimo de inmueble, permite la afectación de su totalidad o de parte (art. 244) y que todos los condóminos, aunque no sean familia, o una persona sola obtengan la protección.

Asimismo, extiende el beneficio a la vivienda rural, en la medida en que el inmueble no exceda una unidad económica, con lo que hay un tácito reconocimiento de la protección del lugar de trabajo del afectante (art. 256). Regula la subrogación real por la que la afectación se traslada a la vivienda adquirida en sustitución y, hasta que esta última se adquiere, la garantía se mantiene sobre el precio o el monto del seguro (art. 248). Deja librada a la autonomía de la voluntad la afectación como acto libre del propietario y no prevé una protección automática. Mantiene el requisito de la publicidad registral que consagra el artículo 2505 para la oponibilidad de todos los derechos reales y de las restricciones y gravámenes que pueden provocar una disminución del patrimonio como garantía común de los acreedores.

En opinión de Moisset de Espanés, esa publicidad registral es la que torna oponible una situación jurídica de la que “el resto de la comunidad tiene conocimiento efectivo o al menos posibilidad de conocer” actuando con diligencia.

Lamentamos que en el Proyecto no se aclare el verdadero y único efecto que produce la afectación, cual es la inejecutabilidad forzada del inmueble protegido.

La Ley vigente 14.394 prevé la inembargabilidad e inejecutabilidad en su artículo 38 y así lo predicen sus comentaristas en general. Aclara Kemelmajer de Carlucci en su libro *Protección jurídica de la vivienda familiar*:

... el registrador debe anotar en forma definitiva la cautelar ordenada pues carece de datos para determinar si el crédito en ejecución reúne o no los recaudos previstos en el artículo 38 de la Ley 14.394.

En pie de página ratifica: “insisto en que el registrador no puede calificar el documento”.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en sentencia del 31 de octubre de 2006 en “Alcoholado Graciela c/ Marcolini, Humberto s/ despido”, dijo:

... los inmuebles afectados a la estructura tuitiva de la Ley 14.394 son embargables en todos los casos, sea cual fuera la fecha de nacimiento de los créditos, aunque sólo puedan ser ejecutables por los créditos anteriores a la afectación o los enunciados por el art. 38 de la ley citada. Lo único que la Ley 14.394 veda es la ejecución forzada del inmueble a instancia de los titulares de acreencias nacidas con posterioridad a la afectación, con la salvedad de las excepciones del art. 38 mencionadas [...] el inmueble afectado es siempre y en todos los casos embargable más allá de no ser operativa la ejecutabilidad para las acreencias designadas en primer lugar.

Hemos de bregar por la paz social y la convivencia en armonía y uno de los instrumentos valiosos conducentes a ese fin es la observancia espontánea de las normas, y ello requiere que ellas se adecuen a los intereses legítimos de todos sus miembros que deben sentirse equitativamente protegidos y contenidos en un ámbito de seguridad y certeza.

Las normas tuitivas no deben avanzar más allá de lo estrictamente necesario, porque, de otro modo, olvidamos que el fin último de la norma es asegurarle al sujeto-fin, el hombre, su desarrollo en el ejercicio responsable de su libertad. La equidad y el sentimiento solidario que aseguren la justicia y el bienestar general, como funciones que legitiman la existencia del Estado, se logran mediante políticas educacionales de largo alcance.

Texto completo del fallo comentado (fuente: [Infojus](#))

Registro n° 230-S. Folio n° 1015/22.
Expediente n° 142750. Juzgado n° 6.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 24 días del mes de septiembre de 2013, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados “RABAZA LUIS FRANCISCO C/ COOPERATIVA DE TRABAJO ALFIN DE MAR LTDA. Y OTRO S/ COBRO EJECUTIVO DE ALQUILERES”, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Alfredo E. Méndez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes CUESTIONES:

1. ¿Es justa la sentencia de fs. 384-385?
2. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Loustaunau dijo:

I. A fs. 384-385 se rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la Ley 14.432, declarándose inejecutable el inmueble embargado en autos, con costas por su orden, en virtud de tratarse de una cuestión dudosa de derecho. Para así decidir, el *a quo* sostuvo que las normas que limitan razonablemente la embargabilidad y ejecutabilidad de los bienes de los deudores no son violatorias de la Constitución Nacional y, dentro de dicho marco, entendió que el derecho de propiedad no resulta afectado por la norma cuya inconstitucionalidad se solicitó.

Asimismo, decidió que su aplicación rige para los hechos que estén en curso de desarrollo al tiempo de su sanción. Por último, desestimó el planteo de inaplicabilidad de la norma, por no estar frente a una vivienda única y de ocupación permanente, toda vez que la accionante no ofreció la prueba correspondiente.

II. La sentencia fue apelada por la accionante a fs. 387, con fundamentos a fs. 389-394, que no fueron respondidos (fs. 400).

Son tres los agravios planteados ante este tribunal:

a) En primer lugar, se queja del rechazo de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Provincial 14.432.

Sostiene el apelante que el *a quo* se ha equivocado al elegir la cuestión a decidir y, por ello, resuelve desacertadamente el planteo de inconstitucionalidad, entendiendo que no se viola el art. 17 de la Constitución Nacional cuando el ataque de su parte se basó en la violación del art. 75 inc. 12 de dicho cuerpo supremo.

Alega que la embargabilidad y ejecutabilidad de los inmuebles no pueden ser dispuestas por las provincias ya que se trata de materia de competencia federal.

Cita en su apoyo antecedentes jurisprudenciales de la Corte Federal que considera aplicables a este juicio, por tratarse de situaciones idénticas.

b) En segundo lugar, se agravia de la aplicación al caso de la ley cuestionada.

Con tal objeto, afirma que en la sentencia se invirtió indebida y arbitrariamente la carga de la prueba, violando el art. 375 del CPC, por cuanto se ha relevado al accionado de demostrar que se encuentra amparado por las previsiones de la ley, pretendiendo que su parte pruebe lo contrario.

Continúa manifestando que, para que el proceder del *a quo* fuera ajustado a derecho, la ley debería haber declarado inembargables e inejecutables a todos los inmuebles, excepto a los que no constituyeran viviendas únicas, en cuyo caso sería el acreedor quien debe probar la situación de excepción.

Señala que se omitió considerar algunos de los requisitos exigidos por la ley y que se ha analizado erróneamente otros.

c) En último lugar, sostiene que, en todo caso, la aplicación de la ley afecta el principio de irretroactividad del art. 3 del Cód. Civil, porque regula la relación entre las partes de modo distinto al que tuvieron en miras de contratar. De este modo, afirma que, de haber existido la norma al momento de contratar, su parte no hubiera aceptado al Sr. Rouco Nande como garante.

A su entender, sería un contrasentido que la ley pretenda que los acreedores sepan “de antemano” que la vivienda única no integra la garantía y, al mismo tiempo, se sustrajera a quienes contrataron cuando sí la integraba.

Para el caso de confirmación del decisorio atacado, solicita se exima a su parte de las costas en virtud de tratarse de una cuestión novedosa y reitera el planteo del caso federal ya efectuado anteriormente.

III. El recurso merece prosperar, de modo que si mi voto es compartido, debe accederse al pedido efectuado, declarando al caso la inconstitucionalidad de la Ley 14.432.

1. No se escapa que la cuestión planteada posee una particular importancia, dada la índole de los derechos en juego. Por un lado, el del acreedor de hacer efectiva la garantía que supone el patrimonio de su deudor y, por el otro, el de este último, a preservar su vivienda única, como una herramienta de salvaguarda del núcleo familiar.

La Ley Provincial 14.432 cuestionada, al disponer la inembargabilidad e inejecutabilidad de todo inmueble ubicado en nuestra provincia destinado a vivienda única y de ocupación permanente salvo renuncia expresa del titular, resuelve la tensión entre estos derechos a favor del deudor.

Los fundamentos de la nota de elevación de la ley son, sintéticamente, los siguientes:

- La solución se encuadra en la protección de los derechos llamados de segunda generación, reconocidos en el art. 14 bis de la Constitución Nacional tras el advenimiento del constitucionalismo social –proceso que luego fue profundizado y expandido con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el bloque constitucional federal (art. 75 inc. 22)– y en lo dispuesto por el art. 36 inc. 7 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que garantiza el derecho a la vivienda, en el marco de la protección integral de la familia.
- El propósito de la norma trasciende la protección de la vivienda familiar, de la cual se encarga la Ley Nacional 14.394, pues se persigue asegurar el derecho a la vivienda digna del individuo social y comunitario, el cual, para cumplir con su proyecto de vida e interrelacionarse, requiere de condiciones de vida dignas que propicien tal desarrollo. Sobre este punto, se considera que la Ley de Bien de Familia ha demostrado un funcionamiento deficitario como consecuencia del desconocimiento del régimen tuitivo.

- Otras provincias han avanzado con iniciativas similares.
- Las sucesivas leyes de suspensión de las ejecuciones hipotecarias, tendientes a los mismos fines tuitivos, no fueron invalidadas judicialmente.
- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha inspirado el espíritu de la ley al reivindicar la operatividad del derecho constitucional a una vivienda digna como uno de los derechos económicos, sociales y culturales íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales.

2. Pero, aun cuando sea destacable la intención del legislador provincial, no por ello puede pasarse por alto que esta tensión entre ambos derechos fue ya resuelta por la Corte Federal en el caso “Banco de Suquía SA c. Tomassini, Juan Carlos” (causa B.737.XXXVI, *Fallos* 325:428, del 19 de marzo de 2002), en el cual declaró la inconstitucionalidad del art. 58 *in fine* de la Constitución de la Provincia de Córdoba y de su Ley Reglamentaria 8067, que abordan la temática de una manera similar que la Ley 14.432.

La norma constitucional de esa provincia, incorporada en la reforma del año 1987, dice que textualmente: “Todos los habitantes de la provincia tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y la tierra necesaria para su asentamiento, tienen un valor social fundamental. La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley”.

Por su parte, la Ley 8067, de agosto de 1991, dispone en su artículo 1: “Considérase automáticamente inscrita de pleno derecho como bien de familia a partir de la vigencia de esta Ley, a los fines previstos en el artículo 58 de la Constitución Provincial, la vivienda única que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley Nacional n° 14.394 y en la Ley Provincial n° 6074”.

El fallo de la Corte se centra en que estas normas invadieron las facultades expresamente conferidas al Congreso Nacional por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, pues no se trata de una norma de la seguridad social sino de fondo o derecho común, y que la cuestión se encuentra regulada por la Ley 14.394 de bien de familia (art. 34 y sgtes.).

3. Considero que debe seguirse tal criterio.

3.1. En primer lugar, porque sin desconocer que las decisiones de la Corte Suprema se circunscriben a los casos en concreto que se someten a su conocimiento, no cabe desentenderse de la fuerza moral de las mismas, dado el carácter de tribunal supremo.

La autoridad institucional de sus fallos, en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, provoca el deber de someterse a sus precedentes (*Fallos* 315:2386).

3.2. En segundo lugar, porque, pese a ser compartibles los fundamentos y la intención de la ley cuestionada, teniendo en miras la necesidad de establecer nuevos y más eficaces mecanismos de protección de la vivienda familiar, considero que tal tarea corresponde al legislador nacional. Conuerdo con la solución adoptada por la Corte Federal en cuanto a que es principio constitutivo del derecho que el patrimonio es prenda de los acreedores y que la cuestión está regulada en el derecho común (arts. 505 inc. 3, 546, 955, 961, 1196, 2321, 3474, 3875 a 3938 del Cód. Civil, arts. 1, 107 y 108 de la Ley 24.522, entre otros).

De tal modo que, si no existe una ley nacional que disponga la inembargabilidad e inejecutabilidad de todo inmueble destinado a vivienda única y de ocupación permanente de manera automática como la hace la Ley Provincial 14.432, ésta deviene en inconstitucional por tratarse de una materia delegada en los términos del art. 75 inc. 12 de la Ley Fundamental.

La Corte sostuvo en la causa mencionada que “Determinar qué bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor –y cuáles, en cambio, no lo están– es materia de legislación común, y, como tal, prerrogativa única del Congreso Nacional, lo cual impone concluir que no corresponde que las provincias incurrieren en ese ámbito. Ese poder ha sido delegado por ellas a la Nación al sancionarse la Constitución y esta distribución de competencias no podría alterarse sin reformar la Ley Fundamental”.

Esta doctrina sobre la inconstitucionalidad del art. 58 de la Constitución cordobesa y su reglamentación fue luego ratificada en las sentencias dictadas en las causas “Banco de la Nación Argentina c. Martín Miguel” (causa n° B. 3949. XXXVIII del 27/5/04) y “Romero, Carlos c. Andrés F. Lema” (causa R. 756. XLIII del 23/6/2009).

Incluso el Máximo Tribunal, en cuanto a la ejecución de sentencias dictadas en contra de las provincias, ha sostenido en reiteradas oportunidades que cualesquiera que sean las disposiciones que contengan las leyes locales tendientes a sustraer de la acción de los acreedores los bienes, recursos y rentas del Estado contrariando los derechos y garantías que acuerda la ley civil, no pueden ser válidamente invocadas, pues las relaciones entre acreedor y deudor son de exclusiva legislación del Congreso Nacional (*Fallos* 188:381; 311:1795; 321:3508; 322:447, consid. 11, citados por Procurador General de la Nación en el dictamen emitido en la causa “F. N. (AFIP-DGI) c. Empresa Pro-

vincia de Energía s. ejecución fiscal-incidente de levantamiento de embargo” –F. 11. XXXVIII– que fue tomado íntegramente por la Corte en la sentencia dictada el 6/4/04).

Es que en el esquema constitucional argentino, en el cual las provincias han delegado ciertas facultades al Estado Nacional, por principio es éste y no aquellas quien debe ejercerlas a través de sus órganos. La cuestión aquí planteada se encuentra alcanzada por esa delegación, de modo que, en la medida en que una ley del Congreso Nacional no derogue o modifique la Ley 14.394, la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda familiar debe ser juzgada conforme a sus prescripciones.

Muestra de esta competencia exclusiva son dos proyectos de ley sobre la cuestión. Uno, presentado en la Cámara de Diputados (fecha 22/5/12 Expte. n° 3244-D-2012), con el cual se pretende modificar la Ley 14.394, estableciendo un sistema de tutela automático. El otro, incorporado en el texto del Proyecto de Código Civil y Comercial unificado (Dec. 191/2011), que prevé la afectación voluntaria similar a la ley vigente, aunque con algunas variantes, recogiendo inquietudes de la doctrina y jurisprudencia modernas sobre afectaciones parciales, beneficiarios, sustitución, etc. –Sección 3, Capítulos 2 y 3, Libro Primero– (tal como lo explica Juan Carlos Pandiella Molina “Vivienda protegida”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2 “Proyecto de Código Civil y Comercial I”, p. 245 y sgtes., Ed. Rubinzal-Culzoni).

3.3. Por lo demás, y más allá de estar convencido sobre la necesidad de establecer un sistema automático como el que prevé la ley cuestionada, encuentro que la afectación voluntaria de la Ley Nacional de Bien de Familia 14.394 igualmente cumple con el estándar contenido en los pactos y tratados internacionales.

No se discute hoy en día que al controlar la validez constitucional de las normas, es preciso también efectuar el control de convencionalidad que, como explica Gil Domínguez, “en sede interna opera como un eficaz suavizador de eventuales casos que pue den ser juzgados en el ámbito del control de convencionalidad en sede internacional. En otras palabras, a mayor control de convencionalidad en sede interna, menor espacio para la responsabilidad internacional del Estado respecto de la plena vigencia de los derechos humanos” (“El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio: ¿una tensión difícil de superar?”, *La Ley* 16/3/2010).

La Corte Nacional, ya desde el caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (*Fallos* 315:1492 –1992–), sostuvo en cuanto al control de convencionalidad, en el sentido de que los jueces deben usar la jurisprudencia interna-

cional como guía de interpretación de la Convención Americana, y que luego fuera reiterado en la causa “Mazzeo” (M.2333.XLII-2007), sosteniendo que “los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”, y también en la sentencia dictada en la causa “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo” (V.281.XLV., 31/8/2010), en la que sostuvo que “a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia”, entre otras.

Y, tal como lo ha expuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la garantía de estas normas convencionales no sólo se aplica a los derechos reconocidos por la Convención sino también a aquellos que estén reconocidos por la Constitución y la ley (conf. reseña efectuada en los puntos 50 a 52 de la sentencia dictada al caso “Cantos vs. Argentina” del 28 de noviembre de 2002).

Al efectuar tal tarea de confronte, no advierto que la Ley de Bien de Familia 14.394 vulnere los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales ni en la Carta Magna. La garantía del art. 14 bis de la Constitución Nacional importa una obligación de fuente constitucional y convencional consistente en desarrollar políticas públicas que posibiliten el acceso a la vivienda digna, pero de ella no se puede inferir la necesidad de que su inembargabilidad o inejecutabilidad sea automática (art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 6 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 14 inc. h de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Es que la tutela de instrumentos internacionales apunta a proteger a la familia, obligando a que los Estados aseguren el acceso a la vivienda digna y adecuada, lo cual no impone la conservación del derecho de propiedad del techo familiar, aunque nada quita que puedan hacerlo.

Lo que quiero significar es que la obligación asumida por el Estado se refiere al diseño de políticas públicas de desarrollo habitacional, que

puede promoverse a través de viviendas sociales dadas en comodato o alquiler por el Estado, promoción de cooperativas o subsidios para alquileres, tal como lo explica Angélica Gelli (“Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, tº I, p. 226, 4ta. edición ampliada y actualizada, Edit. La Ley, 2011), lo cual no supone, per se, garantizar el derecho de propiedad privada.

Este el alcance que la Corte Nacional le ha dado a la garantía de la vivienda digna, analizada tanto en el plano constitucional como en el del PIDESC, en la sentencia dictada en la causa “Q. C. Y. c. Gobierno de la Ciudad s. amparo”, en la que ordenó al demandado a: 1) intervenir con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el hijo de la actora (que sufre una encefalopatía crónica no evolutiva) disponga de la atención y el cuidado que su estado requiera; y 2) garantizar a la actora –aún en forma no definitiva– un alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a la patología del niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación excepcional de necesidad planteada (causa Q.64. XLVI sentencia del 24/4/2012).

Explica Pablo Manili que, al analizar la tutela legal de la vivienda de la familia, es preciso distinguir el “acceso” a la misma y su “protección”. El primero apunta a facilitar la consecución de una vivienda, mientras que el segundo, a asegurar la ya conseguida. (“Bien de familia”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2011-1, “Bien de familia”, p. 38, Ed. Rubinzal-Culzoni).

Para este autor, se trata de un mismo derecho, aunque considerado en dos momentos diferentes, y la primera faz alude a la obligación asumida por el Estado, sujeto a la cláusula del artículo 2.1 del PIDESC, según el cual los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos.

En cambio, para el segundo de los aspectos, continúa diciendo que “es muy sencillo garantizar en los hechos, dado que se trata de crear una red de protección en torno a la vivienda ya adquirida por una familia o un miembro de ella, por lo cual alcanza con el dictado de una ley que regule los pormenores de esa protección, de acuerdo al margen de apreciación nacional que cada Estado posee en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y de acuerdo al alcance que quiera darle a esa protección: inembargabilidad, inejecutabilidad, disponibilidad, etcétera”.

La promoción de la vivienda y el derecho consagrado en los instrumentos internacionales de rango constitucional (art. 75 inc. 22 CN) admiten para su protección y concreción, entre otros, el recurso de la inembargabilidad e inejecutabilidad. Nuestro país cumple con la exigencia internacional, estableciéndolo a través de un mecanismo que se genera a través de una petición del particular regulada por una ley nacional, de acuerdo al régimen constitucional de reparto de competencia.

Idéntico criterio sostiene Emilio Ibarlucía y agrega que si bien en nuestro país los Estados Provinciales pueden mejorar el “piso” de garantías y derechos individuales y colectivos contenidos en la Constitucional Nacional, ensanchándolos frente a sí mismos, ello de manera alguna supone que puedan crear obligaciones a los ciudadanos fuera de las contempladas por las normas dictadas por el órgano federal competente (“El debate constitucional acerca de la inembargabilidad de la vivienda única”, *La Ley Córdoba*, 2002, p. 1391-1402). Dice Ibarlucía: “Con la inembargabilidad de la ‘vivienda única’ ocurre exactamente lo mismo. Los Estados provinciales pueden obligarse constitucionalmente a brindar una vivienda digna a todos sus habitantes o a asegurarles un ‘techo’, para lo cual deberán tomar las previsiones presupuestarias necesarias (recursos, ahorros de gastos en otras áreas del Estado, etc.), crear organismos al efecto (v. g. institutos de vivienda), atribuir planes sociales, otorgar líneas de crédito a largo plazo y baja tasa de interés, fomentar el cooperativismo y mutualismo de la vivienda, etc. Pero lo que no pueden hacer es pretender el logro de esos fines en desmedro de los legítimos derechos de otros ciudadanos. Impedir que un particular cobre un crédito reconocido judicialmente es imponerle una carga o una obligación [...] Impedir, entonces, a un legítimo acreedor embargar y ejecutar un bien del patrimonio de su deudor implica un menoscabo de su derecho de propiedad (surgido de un contrato, de un reconocimiento legal o de una sentencia judicial), que de ninguna manera pueden las provincias establecer” (artículo mencionado p. 1397).

De modo que, en la medida que el sistema de inembargabilidad e inejecutabilidad “automática” o de inmunidad de la vivienda única que prevé la ley impugnada difiere del “voluntario” contenido en la Ley Nacional de Bien de Familia y que ésta, a su vez, cumple con los estándares de la Carta Magna y de los instrumentos internacionales, corresponde acceder al planteo y declarar su inconstitucionalidad.

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Méndez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Loustaunau dijo:

De acuerdo al modo en que ha quedado resuelta la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, aunque no sea necesario el tratamiento de los restantes agravios. De este modo, debe revocarse la sentencia de fs. 384-385, declarando al caso la inconstitucionalidad de la Ley Provincial 14.432. Las costas deben imponerse en el orden causado, teniendo en cuenta que se trata de una cuestión novedosa de derecho (art. 68 2º párrafo del CPC).

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Méndez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente SENTENCIA:

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve:

I. Hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 387, revocando la sentencia de fs. 384-385 y declarando al caso la inconstitucionalidad de la Ley Provincial 14.432.

II. Imponer las costas en el orden causado, teniendo en cuenta que se trata de una cuestión novedosa de derecho (art. 68 2º párrafo del CPC).

III. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 Dec.-Ley 8904).

Regístrese y notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPC). Devuélvase.

Roberto J. Loustaunau. Alfredo E. Méndez. Alexis A. Ferrairone - Secretario.

Vicios redhibitorios. Defensa del consumidor

Mariano Verzero e Ignacio Vignoni

Sumario: 1. Datos del fallo. 2. Hechos. 3. Derecho aplicable. 4. Conclusiones.

1. Datos del fallo

- Tribunal: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A**
- Fecha: **20/2/2014**
- Autos: **“N. C., L. B. y otro c/ Edificio Seguí 4653 SA y otros s/ vicios redhibitorios”**

2. Hechos

Los adquirentes de un inmueble a estrenar interponen demanda por daños y perjuicios derivados de los vicios que presentó el objeto de la compraventa luego de su entrega. La acción es interpuesta contra ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA, en su carácter de vendedora, y solidariamente contra las sociedades S. S. de E. SA, Criba SA y Clarean SA, que intervinieron en la dirección, construcción y proyecto de la obra, respectivamente. El reclamo fue sustentado en lo normado por el artículo 40 de la [Ley de Defensa del Consumidor \(LDC\)](#).

3. Derecho aplicable

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción incoada, rechazando las excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción opuestas por los codemandados, condenándolos a la reparación de los daños y perjuicios mediante el pago de los conceptos de daño patrimonial, daño moral, con más los intereses y las costas del proceso.

En el régimen general establecido en el [Código Civil](#) (arts. 2164-2181), para que prospere la acción por vicios redhibitorios, el defecto de la cosa objeto del contrato de compraventa debe ser oculto, como contraposición a aquellos que podrían descu-

brirse con un simple examen minucioso de la cosa, e importante, a tal punto que el comprador, de haberlo conocido, no hubiera adquirido la cosa o hubiera dado menos por ella. Con esos dos requisitos, el comprador dispone de distintas opciones para subsanar el vicio oculto: la acción redhibitoria destinada a hacer dejar sin efecto el contrato, entregar la cosa viciada y reclamar el precio pagado por ella; o la acción *quanti minoris* para reclamar la desvalorización de la cosa.

Asimismo, cabe distinguir si el vicio era o debía ser conocido o no por el vendedor al momento de la entrega. El artículo 2176 establece:

Si el vendedor conoce o debía conocer por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador, tendrá este además de las acciones de los artículos anteriores, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos si optare por la rescisión del contrato.

El enfoque en la LDC es dispar. Distingue entre dos tipos de obligaciones a cargo de los proveedores. Un cúmulo de obligaciones llamadas principales o deberes de prestación, a cargo del proveedor, y otro grupo de obligaciones llamado de tutela o deberes de protección, que se dirigen, en cambio, al resguardo de la persona y los bienes distintos del producto o servicio que constituye el objeto del contrato de consumo. Encontramos la protección del consumidor con respecto a los primeros expresamente en el juego de los artículos 10 bis, 11 a 17 y 18 de la mencionada ley.

El artículo 10 bis faculta al consumidor a optar por exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible (a salvo quedan el caso fortuito o fuerza mayor), aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente, o rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. (Cualquiera de las opciones con más los daños y perjuicios que correspondan).

Como vemos, aquí no se imponen requisitos de ningún tipo para el reclamo de los daños y perjuicios sufridos por el comprador, ni se hace mención alguna a la importancia de la desvalorización sufrida, pero, como no es de valorar esta circunstancia en el caso de análisis, no nos detendremos en esta cuestión.

Asimismo, la LDC está regida por el principio *pro consumatore*, plasmado en el artículo 3: “en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”. Por su parte, el artículo 40 fija la responsabilidad del vendedor, cuando la cosa dañada causare algún daño a los bienes o la persona del consumidor; y en este supuesto extiende la responsabilidad por el daño causado por la cosa al productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

Cabe recordar que, durante el proceso, el actor renunció al ejercicio de la acción redhibitoria.

El voto distingue entre las diferentes opciones para llegar a resolver la cuestión planteada: la aplicación del régimen general de vicios redhibitorios o los remedios

incluidos en los artículos 10 bis y 40 de la LDC. Teniendo en cuenta las normas en juego y las circunstancias del caso, la sala resuelve admitir la excepción de falta de legitimación pasiva, opuesta por S. S. de E. SA, Criba SA y Clarean SA, revoca la sentencia condenatoria a ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA respecto del daño patrimonial, por cuestión estrictamente procesal, y confirma el pronunciamiento de primera instancia en lo demás que decide, daño moral e intereses, aplicando a la solución del caso en estudio el artículo 10 bis de la LDC. En consecuencia, responsabiliza al vendedor por la entrega de la cosa con vicios ocultos, como así también condena a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el comprador.

4. Conclusión

La *Ley de Defensa del Consumidor* viene a remediar las dificultades probatorias que enfrenta el accionante por vicios ocultos dentro del régimen general, poniendo a su disposición un menú de opciones para reparar no sólo la desvalorización de la cosa o la rescisión del contrato, sino además los daños y perjuicios sufridos en la relación de consumo, en la cual el consumidor es la parte débil del contrato. Así, pone al proveedor (definido en su art. 2) en la obligación no sólo de reparar el vicio sino además de responder por los daños y perjuicios que esa prestación, inculpable pero defectuosa causare al consumidor.

Asimismo, creemos que la interpretación lineal y literal del artículo 40 de la LDC, sin distinguir el tipo de obligaciones y al sujeto activo, llevaría a conclusiones injustas y poco equitativas. Más aún, cuando se trata de productos o prestaciones de servicios complejos, en donde transformar a todos los miembros de la cadena productiva en garantes sería algo aventurado.

Sumarios del fallo comentado (*La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 4/6/2014, t. 2014-C, p. 386)

1. — El régimen de responsabilidad establecido en el artículo 40 de la Ley 24.240 será aplicable cuando el daño haya sido causado al consumidor en su persona o en otros bienes distintos de aquellos que constituían el objeto del contrato, y no cuando el perjuicio sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones principales a cargo del proveedor, pues —más allá de algunos supuestos puntuales— el objetivo de la norma no es el de conferir a todos los miembros de la cadena de producción y comercialización de un producto o servicio el carácter de garantes del exacto cumplimiento de las obligaciones del vendedor directo, sino el de poner a su cargo un deber de inocuidad.

2. — La existencia de conexidad contractual entre la compraventa del inmueble que presentó vicios, efectuada por los accionantes, y los negocios por los cuales los codemandados se comprometieron a proyectar y realizar la obra correspondiente a la construcción del edificio debe descartarse, pues no se aprecia que la locación de obra celebrada entre la vendedora y estos últimos haya sido determinante para la adquisición del bien.

3. — El director, el constructor y el proyectista de la obra de construcción de un edificio no pueden ser responsabilizados por los vicios ocultos que presentó una unidad funcional en los términos del artículo 1113, segundo párrafo, del Código Civil, con fundamento en la teoría de la guarda provecho, pues para que dicho supuesto sea aplicable es preciso que el daño sea causado por un hecho de la cosa, lo que supone que el bien adquirido es el que produce perjuicios sobre otros bienes distintos y no el accionar de quienes lo construyeron.

4. — Pese a lo dispuesto por el artículo 2176 del Código Civil, en el ámbito del derecho del consumo el consumidor no se encuentra atado al ejercicio de la acción redhibitoria para perseguir el resarcimiento de los daños que le cause el incumplimiento del proveedor, incluso si este se traduce en la existencia de un defecto oculto, por cuanto la posibilidad de reclamar la reparación de tales perjuicios se encuentra expresamente establecida en el artículo 10 bis, *in fine*, de la Ley 24.240, que la consagra de manera autónoma y sin condicionarla al ejercicio de ninguna otra acción.

5. — En una acción de daños por vicios redhibitorios, debe declararse desierto el recurso de apelación deducido por la demandada en cuanto cuestiona la tasa de interés aplicable, pues se trata de un mero disenso con la solución a la que arribara el juez de grado, dado que en modo alguno critica los fundamentos que se esgrimieron en el decisorio en crisis.

6. — La mera fijación de rubros indemnizatorios a valores actuales es insuficiente para dejar de aplicar la tasa activa prevista en el plenario “Samudio de Martínez” desde el momento en el que se causó el perjuicio —en el caso, se aplica desde la fecha de mediación, por no haber sido dicho aspecto de la sentencia apelado por el accionante—, pues no puede afirmarse que ella supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal que configure un enriquecimiento del acreedor (del voto del Dr. Picasso).

Texto completo

2ª Instancia. Buenos Aires, febrero 20 de 2014.

- ¿Es justa la sentencia apelada?

El Dr. Picasso dijo:

I. La sentencia de fs. 1301-1306 rechazó las excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción opuestas por los codemandados y, asimismo, hizo lugar a la demanda promovida por L. B. N. C. y R. Y. contra Edificio Seguí S.A. (y su continuadora, ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA), S. S. de E. SA, Clarsans SA y Criba SA, y condenó a estos últimos a abonar a los actores el importe de \$9.349 en concepto de daño patrimonial y las sumas de \$70.000 y \$30.000 en concepto de daño moral, con más los intereses y las costas del proceso.

La sentencia fue apelada por los codemandados. En su expresión de agravios, Clarsan SA y S. S. S. de E. SA sostuvieron que es improcedente el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva, principalmente porque no fueron ellos quienes vendieron el inmueble y, por ende, no deben responder por los vicios redhibitorios que aquel presenta. Dijeron asimismo que no les resulta aplicable la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC), pues el art. 2 de dicho cuerpo legal excluye de ese régimen a los profesionales liberales. También adujeron que la pericia de ingeniería realizada en autos no brinda una explicación fundada de las causas que originaron las supuestas deficiencias en el inmueble y el experto sólo realizó afirmaciones hipotéticas. Finalmente, alegaron que los montos y los rubros admitidos en la condena son improcedentes (fs. 1348-1357).

A fs. 1359-1366 expresó agravios Criba SA, quien se quejó, en primer lugar, de que se admitió la acción contra ella pese a que no celebró ningún contrato con los actores respecto del inmueble objeto de la litis, ni tuvo relación directa con ellos. Asimismo, adujo que la sentencia omite considerar las consecuencias jurídicas derivadas del desistimiento de la acción redhibitoria formulado por la actora a fs. 1159, lo cual, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 2174, 2175 y concordantes del Código Civil, debió conducir inexorablemente al rechazo de la demanda, pues la acción de daños y perjuicios es accesoria de la redhibitoria. Cuestionó también el rechazo de la excepción de prescripción y la imposición de costas a su respecto, pues el desistimiento de la acción redhibitoria tornó abstracto el tratamiento de dicha defensa. Por otra parte, alegó que ella no tuvo a su cargo la ejecución total de la obra, sino que únicamente actuó como comitente

de Edificio Seguí SA y, en dicho carácter, realizó tareas de movimiento de suelos, hormigón armado y albañilería; por ello, sostuvo que no puede ser considerada como integrante de la relación de consumo. Añadió que la sentencia recurrida condena a pagar un daño material que no se encuentra probado y que, en su caso, no guarda un nexo de causalidad adecuado con los hechos denunciados. Por último, consideró exorbitante la suma otorgada por daño moral, y solicitó su reducción.

ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA se quejó a fs. 1368-1370 por el progreso de la demanda y subrayó que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 2176 del Código Civil, la pretensión de daños sólo puede ser iniciada en caso de que se promueva la acción estimatoria. En cuanto al fondo de la cuestión debatida, dijo que no se encuentran debidamente acreditados los vicios ocultos que los adquirentes pretenden imputar a la vendedora. Asimismo, cuestionó los rubros admitidos por el juez, la tasa de interés aplicada y la imposición de costas.

A fs. 1385-1404 la parte actora contestó el traslado de las expresiones de agravios antes mencionadas.

II. Liminarmente, memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

III. Sentado ello, y por razones de mejor exposición, analizaré en primer término los planteos formulados por Clarsan SA, S. S. de E. SA y Criba SA, referidos a su falta de legitimación pasiva para ser demandadas en este litigio.

No pierdo de vista que la última de esas emplazadas no planteó estrictamente dicha defensa. Sin embargo, en su contestación de demanda adujo –entre otros fundamentos– que no celebró con la actora ningún contrato de compraventa, por lo cual no corresponde atribuirle ninguna responsabilidad (*vid.* fs. 237). Por ende, el estudio de este planteo quedará englobado en el que a continuación se hace de la excepción de falta de legitimación pasiva, que fue deducida por el resto de las mencionadas codemandadas con similares fundamentos. La correcta resolución de esta cuestión requiere distinguir brevemente entre los medios de tutela que el régimen de defensa del consumidor establece frente al incumplimiento de las obligaciones principales

a cargo del proveedor y aquellos otros que se dirigen, en cambio, a tutelar la persona y los bienes del consumidor más allá de aquel supuesto.

En efecto, la LDC establece distintas herramientas a las cuales puede recurrir la parte débil de la relación de consumo para hacer valer sus derechos. Así, frente al incumplimiento de las obligaciones principales asumidas por el proveedor, el consumidor cuenta con las sanciones clásicamente previstas por el derecho común –aunque adaptadas al microsistema de consumo–, que se encuentran consagradas en el art. 10 bis de la LDC y que incluyen la ejecución forzada de la obligación –por el deudor o por un tercero– (inc. 1), la sustitución de la prestación por otra equivalente (inc. 2) o el ejercicio del pacto comisorio (inc. 3). Todo ello, sin perjuicio del derecho del consumidor a solicitar la reparación de los daños causados por el incumplimiento de la obligación. Asimismo, la LDC consagra otros medios de tutela adicionales que vienen a sumarse a los recién citados. Tales son la garantía destinada a lograr la reparación de las cosas muebles no consumibles (arts. 11 a 17) o la corrección del servicio deficientemente prestado (arts. 23 y 24), y el régimen de los vicios redhibitorios (art. 18), aspecto en el cual la ley introduce importantes modificaciones al sistema del derecho común a fin de favorecer al consumidor (*vid.* mi comentario al art. 10 bis en “PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. [dirs.], *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 154 y ss.).

Todas estas sanciones se relacionan con lo que la doctrina denomina actualmente el “deber de prestación” a cargo del acreedor y permiten al consumidor obtener la satisfacción de su interés de cumplimiento (mediante la ejecución forzada, la sustitución de la prestación, la reparación de la cosa o la corrección del servicio), adecuar la ecuación contractual a través de una disminución del precio que pagó (por medio de la acción *quanti minoris* o en caso de reparación no satisfactoria de la cosa), o bien “salirse” del contrato ejerciendo el pacto comisorio o, en su caso, la acción redhibitoria.

Ahora bien, es sabido que, paralelamente a los deberes de prestación a cargo del deudor contractual, se acepta hoy en día la existencia de “deberes de protección”, que no se dirigen a concretar o facilitar el cumplimiento de las obligaciones principales asumidas por el obligado, sino a tutelar la persona –o eventualmente los bienes– del otro contratante (*vid.* mi obra *La singularidad de la responsabilidad contractual*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, pp. 242 y ss.; MENGONI, Luigi, “Le obbligazioni”, en AA. VV., *I cinquant'anni del Codice Civile. Relazioni*, Giuffrè, Milán, 1993, p. 243 y ss.; CASTRONOVO, Carlo, voz

“Obblighi di protezione”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Instituto Della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, t. XXI, p. 1 y ss.; JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 145).

En el derecho del consumo esos deberes de protección adquieren una importancia fundamental, pues ya el art. 42 de la Constitución Nacional consagra el derecho a la seguridad de los consumidores y usuarios. A partir de esa norma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que nuestra Carta Magna pone a cargo del proveedor una obligación de seguridad, cuyo ámbito no es únicamente el del contrato propiamente dicho, sino que se extiende a toda la relación de consumo (CSJN *Fallos* 331:819 y 333:203, *id.*, 3/5/2012, “M., J. L. c. Transportes Metropolitanos Gral. San Martín”, *elDial*, AA7641) En el nivel infraconstitucional, esa obligación de seguridad se ve replicada en el art. 5 de la LDC, a cuyo tenor: “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”. De este modo, la ley pone en cabeza del proveedor una obligación de seguridad de resultado, cuyo incumplimiento –patentizado por la simple existencia de un daño al consumidor en el ámbito de la relación de consumo– genera responsabilidad objetiva (conf. mis trabajos “Las leyes 24.787 y 24.999. Consolidando la protección del consumidor”, en coautoría con Javier H. WAJNTRAUB, *JA* 1998-IV, 753, y “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, *LL* 2008-C, 562; *vid.* asimismo LÓPEZ CABANA, Roberto M., en Stiglitz, Gabriel [dir.], *Derecho del consumidor*, nro. 5, Juris, Buenos Aires, 1994, p. 16; MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Defensa del consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311; PREVOT, Juan M., “La protección del consumidor en la doctrina de la CSJN”, *LL* 2010-B, 531).

Ahora bien, según lo vengo explicando, el ámbito de esa obligación de seguridad es enteramente distinto del de las obligaciones principales asumidas por el proveedor. Este último se compromete, por un lado, al suministro de ciertos bienes o la prestación de determinados servicios (obligación principal), y, paralelamente, debe garantizar al consumidor que, mientras se encuentre en la esfera de la relación de consumo, no sufrirá daños como consecuencia de la lesión de bienes distintos de los que constituyen el objeto de las prestaciones principales que debe cumplir (obligación de seguridad). Es decir que el deber de indemnidad mencionado en último término opera para los daños sufridos por el consumidor fuera del *circa rem* de las obliga-

ciones principales (ver mi obra *La singularidad de la responsabilidad contractual*, cit., p. 274 y ss.; AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, ps. 161-162). Así, si el producto que es entregado al consumidor no es conforme a lo prometido o presenta fallas o defectos que disminuyen su precio o impiden su correcto funcionamiento, nos encontraremos en el terreno del incumplimiento de la obligación principal del proveedor y el consumidor podrá acudir los medios de tutela de su crédito previstos en los arts. 10 bis, 11 a 17 y 18 de la LDC. Si, en cambio, el consumidor sufre daños en su persona o en bienes distintos al producto en sí mismo como consecuencia de un defecto de éste, se configurará un incumplimiento de la obligación de seguridad que dará lugar a la reparación de los daños experimentados por la víctima en los términos de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5 de la LDC (*vid.* mi trabajo “Las leyes 24.787 y 24.999. Consolidando la protección del consumidor”, op. y loc. cit.).

Adicionalmente, la tutela de la persona o los bienes del consumidor (lo reitero: distintos de aquellos otros bienes que constituyen el objeto del contrato de consumo) se ve reforzada por el art. 40 de la LDC. Se trata de un complemento de la obligación de seguridad que faculta al consumidor, en determinados casos, a extender la legitimación pasiva más allá del simple proveedor directo (cuya responsabilidad ya encuentra suficiente sustento en los arts. 40 de la Constitución Nacional y 5 de la LDC), para abarcar a todas las personas que han intervenido en la cadena de producción o comercialización de un producto o servicio. Sin embargo, mientras que para poner en marcha la obligación de seguridad (respecto del proveedor directo) basta al consumidor con probar haber sido dañado en el ámbito de la relación de consumo, para echar mano de la responsabilidad que prevé el art. 40 de la LDC se requiere una prueba adicional: debe demostrarse que el producto o servicio era riesgoso o vicioso, y que el daño fue causado por ese defecto. Es precisamente este carácter el que justifica extender la legitimación pasiva a todos los sujetos que de un modo u otro participaron en la creación del riesgo u obtuvieron ventajas del producto o servicio (*vid.* mi trabajo “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, LL 2008-C, 562; esta sala, L 608.775, 27/12/12 “W., E. B. c. Metrovías SA s/ daños y perjuicios”; L. n° 587.865, 19/4/2012, “D. G., Patricia Adriana c. Valle de Las Leñas SA y otro s/ daños y perjuicios”; L. 593.524, 30/5/2012, “R., C. A. c. Metrovías S.A. s/ daños y perjuicios”; L. 599.423, 30/8/2012, “P. C., Luis Eduardo c. ALCLA SACIFI y A. y otro s/ daños y perjuicios”;

L. 590.706, 15/11/2012, “T., Roberto Félix c. Swiss Medical SA y otro s/ daños y perjuicios”; L. 591.873, 21/11/2012, “R., Fabio y otro c. Parque de la Costa SA y otro s/ daños y perjuicios”, entre muchos otros). Como sea, queda claro que tanto en caso del art. 5 de la LDC (incumplimiento de la obligación de seguridad) como en del art. 40 (responsabilidad por productos o servicios defectuosos) se requiere que el daño haya sido causado al consumidor en su persona o en otros bienes distintos de aquellos que constituían el objeto del contrato (HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., “Comentario al art. 40 de la LDC”, en Picasso - Vázquez Ferreyra, op. cit., t. I, p. 502 y ss.). Por consiguiente, no resultará aplicable el régimen de responsabilidad establecido en el art. 40 de la LDC cuando el daño sea consecuencia del incumplimiento de la o las obligaciones principales a cargo del proveedor, sin perjuicio de la procedencia de las herramientas que otorgan al consumidor los arts. 10 bis, 11 y ss., 18, 19 y conchs. de la LDC (CNCom, Sala E, 29/6/2012, “Clemente, Pablo Gabriel c. Daimler Chrysler Argentina S.A. y otro s/ sumarísimo”, *elDial*, AA7934; íd., íd., 30/9/2011, “Palacio, Luis Humberto c. Hyundai Motor Argentina SA y otro s/ ordinario”, *elDial*, AA717D). Es comprensible que así sea, porque –más allá de algunos supuestos puntuales, como el de la garantía de buen funcionamiento, art. 13 LDC– el objetivo de la ley no fue el de conferir a todos los miembros de la cadena de producción y comercialización de un producto o servicio el carácter de garantes del exacto cumplimiento de las obligaciones del vendedor directo de aquel –lo que supondría hacerlos cargar con riesgos extraordinarios que, de ser asumidos por ellos, determinarían sin duda un considerable aumento del costo de esos bienes, derivados de la necesidad de asegurarse frente a aquellas contingencias–, sino el de poner a su cargo un deber de inocuidad respecto de esos productos o servicios.

Por lo demás, esta distinción entre los medios de tutela en caso del incumplimiento de las obligaciones principales y los que corresponden en el supuesto en que un producto o servicio defectuoso causa daños como consecuencia de la lesión de la persona del consumidor o de bienes distintos de los que eran objeto de las prestaciones comprometidas por el proveedor reaparece en general en los regímenes de responsabilidad por productos elaborados que se encuentran en el derecho comparado (*vid.* BORGHETTI, Jean S., *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 2004, p. 485). Así, el art. 9 de la Directiva Europea n° 85/374, del 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Esta-

dos miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, establece que el sistema por ella diseñado cubre los daños causados por muerte o lesiones corporales o “los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso” (el resaltado me pertenece). De más está decir que esta disposición se ve reflejada en la normativa interna de los países miembros de la Unión Europea que transcribe la directiva. Así, *v.g.*, el art. 142 del Real Decreto Legislativo español 1/2007, del 16 de noviembre de ese año, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dispone: “Daños en el producto defectuoso. Los daños materiales en el propio producto no serán indemnizables conforme a lo dispuesto en este capítulo, tales daños darán derecho al perjudicado a ser indemnizado conforme a la legislación civil y mercantil”. Lo mismo surge del art. 1386-2 del Código Civil francés, a cuyo tenor: “Las disposiciones del presente título se aplican a la reparación del daño que resulta de una lesión a la persona. Se aplican igualmente a la reparación del daño superior a un importe determinado por decreto, que resulta de la lesión de un bien distinto del producto defectuoso mismo” (la traducción es mía).

Comentando el sistema de la directiva europea antes mencionada, dice Parra Lucán que los daños sufridos sobre el producto mismo deben quedar sujetos a la responsabilidad contractual del vendedor, porque tanto el tipo de interés que se protege como el fundamento de la responsabilidad y el sujeto al que ésta se imputa en el ámbito de los daños por productos defectuosos “son y deben permanecer ajenos a los problemas que afectan a los intereses contractuales”. Y añade que el carácter defectuoso del producto hace que no sea conforme al contrato, por lo que el consumidor dispone de los remedios contractuales para solicitar la subsanación de la falta de conformidad o, subsidiariamente, la rebaja del precio o la resolución (PARRA LUCÁN, María A., *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011, p. 207).

Desde este enfoque, fácil resulta advertir que el régimen instaurado por el art. 40 de la LDC no es aplicable en el presente caso, toda vez que la demanda se fundó en los vicios redhibitorios que presentó el inmueble adquirido por los actores a Edificio Seguí 4653 SA y lo que los demandantes pretenden es la reparación de los daños que sufrieron como consecuencia del incumplimiento de una obligación principal del proveedor (la de entregar una cosa exenta de vicios), y no la de los perjuicios que podrían haber experimentado como con-

secuencia de la lesión de su persona o de otros bienes distintos del mencionado inmueble. Ello enmarca la cuestión en los términos de los arts. 10 bis y –eventualmente– 18 de la LDC, que únicamente permiten demandar al proveedor contratante directo (art. 10 bis; *vid.* HERNÁNDEZ - FUSTAGLI, op. cit., t. I, p. 504) o, a lo sumo, en el caso de la última de las normas citadas, a todos los antecesores en la titularidad dominial de la cosa (según clásicamente se ha interpretado en materia de vicios redhibitorios; *vid.* BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, t. I, ps. 186 y ss.; CALVO COSTA, Carlos A., “Comentario al art. 2174”, en Bueres, Alberto J. (dir.) - Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t. 4D, p. 752; SPOTA, Alberto G., *Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. VII, p. 1001, actualizado por Luis F. P. Leiva Fernández; LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. I, p. 298), carácter que no tienen en el *sub lite* los codemandados no vendedores.

Ello sella la suerte de la demanda en lo que se refiere a Clarsan SA, S. E. SA y Criba SA, pues, como surge de la documental aportada por los propios actores (*vid.* fs. 1-3), el vendedor de la propiedad fue Edificio Seguí 4653 SA, mientras que los restantes codemandados actuaron únicamente como proyectistas y constructores de la obra.

IV. No se me escapa que los demandantes han aludido, confusamente, a otros fundamentos para sustentar la responsabilidad de los codemandados antes mencionados, más allá del referido al art. 40 de la LDC. Sin embargo, ninguno de ellos es de recibo.

En primer lugar y en lo que se refiere a la conexidad contractual que se invocó en la demanda, cabe recordar que hay contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos vinculados entre sí, y esta vinculación debe medirse a través de una finalidad económica supracontractual, verificada jurídicamente en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto o en las bases del negocio (“Conclusiones de la Comisión n° 3 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 186).

En consecuencia, para que exista un nexo contractual deben reunirse los siguientes requisitos: a) uno de los negocios (o todos recíprocamente) debe haber sido considerado determinante para la celebración del otro u otros; b) la finalidad concreta que determinó la contratación debe haber sido común para todas las partes, es decir,

exteriorizada y, como tal, conocida y aceptada por los co-contratantes; y c) ese móvil causalizado debe haber revestido, desde una perspectiva objetiva, el carácter de esencial (ver mi trabajo “La conexidad contractual en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, en *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, Legis, Buenos Aires, 2013, n° 1, p. 49 y ss.; DE LORENZO, Miguel F. - TOBÍAS, José W., “Apuntes sobre los contratos conexos”, *DJ* 1999-3, 153; *id.*, “Complejo de negocios unidos por un nexo [el ligamen negocial]”, *LL* 1996-D, 1407).

Si bien en el ordenamiento vigente no existe una disposición que regule la conexidad contractual, la cuestión puede canalizarse a través de los arts. 500 a 502 del Código Civil, que regulan la causa final como un elemento esencial de los negocios jurídicos. Asimismo, una importante pauta orientadora se encuentra en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado redactado por la comisión designada por el Decreto del PEN n° 191/2011, que actualmente está considerando el Poder Legislativo nacional y cuyo art. 1073 establece: “Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido”.

Lo dicho precedentemente permite apreciar que en el presente caso, y más allá del esfuerzo argumentativo desplegado por los demandantes, no existe conexidad contractual entre la compraventa del inmueble adquirido por los actores y los negocios por los cuales los demandados en cuestión se comprometieron a proyectar y realizar la obra correspondiente a la construcción del edificio. Es que no se aprecia que la locación de obra que habría celebrado la vendedora con los proyectistas y constructores haya sido un contrato determinante de la adquisición del inmueble.

Por ende, el planteo formulado al respecto carece del menor sustento. Finalmente, y solo a mayor abundamiento, agregó que, aun si hipotéticamente se concediera que se configuró en el caso un supuesto de conexidad contractual, ello no resultaría suficiente para dar razón a los actores sobre esta cuestión. Es que los efectos que usualmente se reconocen a la conexidad pasan por la necesidad de interpretar los contratos conexos en función de la finalidad supracontractual que los vincula o por la posibilidad de hacer valer en un contrato la *exceptio non adimpleti contractus* con causa en el incumplimiento de otro convenio distinto. En cambio, la doctrina es, en general, reacia a admitir que la conexidad pueda dar derecho a un contratante, frente al incumplimiento de su contraparte contractual, a deducir una acción

de daños y perjuicios contra quienes son partes en otros acuerdos distintos, pero ligados al primero por un nexo negocial (*vid.* mi trabajo en colaboración con Carlos A. HERNÁNDEZ “Régimen jurídico de los contratos conexos. Informe para la reforma del Código Civil en materia de contratos”, RCyS, mayo de 2010, p. 80, y las citas que allí se efectúan).

Tampoco es hábil para viabilizar la condena a los mencionados codeemandados la invocación de la teoría de la apariencia o el argumento que apunta a que aquellos figuraban en la publicidad de la construcción del emprendimiento. Me explico.

Intentando dar una definición de la denominada “teoría de la apariencia”, se ha dicho: “quien contribuye con su actuación a crear una determinada situación de hecho cuya apariencia resulte verosímil debe cargar con las consecuencias” (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La apariencia como fuente de obligaciones”, LL, 2011-C-739). Ahora bien, sin perjuicio de que es indudable que el derecho positivo otorga relevancia a la apariencia en un buen número de situaciones, surge el interrogante de si, más allá de esos casos, ella puede elevarse a la categoría de un principio general que justifique el nacimiento de obligaciones más allá de que la ley así lo prevea en un caso puntual. Personalmente, encuentro muy dudosa esta última posibilidad (conf. TOBÍAS, José W., “Apariencia jurídica”, LL, 1994-D-316), pero incluso si se respondiera positivamente aquel interrogante, es evidente que la aplicación de la teoría requiere de la existencia de una “apariencia suficiente”, es decir, “la existencia de una situación de hecho que, por su objetividad, sea absolutamente idónea para llevar a engaño a los terceros acerca del estado real de aquélla” (LÓPEZ MESA, *op. y loc. cit.*). Y este extremo no se encuentra configurado en autos, pues, como se verá enseguida, los codemandados no generaron ninguna apariencia que los presentara como algo distinto de lo que eran. Por el contrario, en todo momento se presentaron como los proyectistas y constructores de la obra en cuestión y no como los vendedores del inmueble.

Es tiempo de conectar esta cuestión con el art. 8 de la LDC, también invocado por los actores, y que se ha asociado con la teoría de la apariencia (*vid.* LÓPEZ MESA, *op. y loc. cit.*). Dicha norma confiere efectos vinculantes a las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios o prospectos, circulares u otros medios de difusión, de forma tal que lo allí dicho se tiene por incluido en el contrato celebrado entre proveedor y consumidor (SANTARELLI, Fulvio G., “comentario al art. 8 de la LDC”, en PICASSO - VÁZQUEZ FERREYRA, *op. cit.*, t. I, p. 99 y ss.).

Ahora bien, como ya lo adelanté, en el *sub examine* no se aprecia que la publicidad de la venta del inmueble en cuestión haya podido conducir a los actores a creer que los constructores y proyectistas eran, en apariencia, los vendedores del departamento. En efecto, el folleto que obra a fs. 23-24 da cuenta de que el Estudio S. E. y Sepra Arquitectos era el constructor del edificio y, a su vez, aclara que el proyecto había sido realizado por el mismo estudio y la construcción iba a ser llevada cabo por Criba SA. La misma información se brinda en la publicidad que luce en copia a fs. 89-90.

En consecuencia, las constancias aportadas por los actores dan cuenta de que, en todo caso, oportunamente se publicitó que los demandados excepcionantes actuaron como proyectistas y constructores de la obra pero no como vendedores, por lo que no se advierte que los actores hayan podido creer que intervenían en un carácter distinto al que, al fin y al cabo, les cupo en la construcción del edificio.

No correrá mejor suerte el intento de los actores de sustentar la responsabilidad del constructor, el director y el proyectista en la teoría de la “guarda provecho”, en tanto, según su criterio, ellos se sirvieron de la cosa, y quedarían comprendidos en el segundo supuesto del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, es decir, en la responsabilidad por los daños ocasionados por el vicio o riesgo de la cosa.

Este argumento no resiste el menor análisis, porque –como es archisabido– para que se configure la responsabilidad que contempla el citado artículo es preciso que el daño sea causado por un “hecho de la cosa” (o, como también suele decirse, por una “intervención activa” de la cosa; *vid.* PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 140), lo que supone, lógicamente, que es la cosa la que produce daños (“naturalísticamente” hablando) sobre otros bienes distintos. Por el contrario, de lo que aquí se trata es de reclamar por los defectos ocultos que presenta la cosa misma que fue proyectada y construida por los mencionados demandados y que no se deben a un hecho de la cosa sino al accionar de quienes construyeron el inmueble, razón por la cual queda descartada la aplicación del art. 1113 del Código Civil.

Todo lo cual me lleva a concluir que la responsabilidad que endilgó la sentencia a Clarsan SA, S. S. de E. SA y Criba SA carece de fundamento, por lo que propongo al acuerdo revocar este aspecto de la decisión de grado, admitir la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por aquellas demandadas y, en consecuencia, rechazar la demanda en lo que a ellas respecta.

V. Corresponde ahora examinar los agravios de ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA (en su carácter de continuadora de Edificio Seguí SA) respecto de la responsabilidad que le fue atribuida en la anterior instancia.

Aduce esta recurrente que el desistimiento de la acción por vicios redhibitorios por parte de los actores torna improcedente la demanda por daños y perjuicios, en los términos del art. 2176 del Código Civil. Sin embargo, la aplicación al caso de la LDC (extremo este que no ha merecido ninguna crítica de la apelante) echa por tierra este planteo.

En efecto, a diferencia de lo que sucede en el derecho común –donde los principios *specialia generalibus derogant* y *lex posterior derogat priori* llevan a la conclusión de que si hay una acción particular establecida para el caso (como sucede con los arts. 2164 y ss. del Código Civil), ella excluye la posibilidad de acudir a otros remedios, como los que resultan del régimen común de la responsabilidad contractual–, el derecho del consumo está inspirado por una lógica distinta. Aquí rige el principio *pro consumatore* (arts. 3 y 37, LDC) y la ley se limita a poner a disposición del consumidor, frente al incumplimiento del proveedor, un “menú” de opciones posibles (arts. 10 bis, 11 y ss. –en su caso–, 18 y 19, LDC) dentro de las cuales puede elegir libremente, pero que en modo alguno lo atan a seguir necesariamente un camino determinado en forma previa a ejercer los demás derechos que emanan del estatuto del consumidor y del ordenamiento jurídico en general (*vid.* mi comentario al art. 10 bis, en PICASSO - VÁZQUEZ FERRERA, *Ley de Defensa del Consumidor...*, cit., t. I, p. 155; PICASSO, Sebastián - WAJNTRAUB, Javier H., “Las leyes 24.787 y 24.999. Consolidando la protección del consumidor”, *JA* 1998-IV, 752; MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 121).

En particular, ante la existencia de un vicio o defecto oculto, el consumidor puede acudir directamente a las opciones que consagra el art. 10 bis de la LDC (cumplimiento forzado, sustitución de la cosa o resolución del contrato), sin necesidad de poner en marcha la garantía de buen funcionamiento de la cosa, o la de vicios redhibitorios (PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R. J., “La evicción y los vicios redhibitorios en la compraventa de automotores”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009-3-217).

Por lo demás, en el caso particular de los vicios ocultos, esa solución surge patente del texto del art. 18 de la LDC, que señala que la aplicación de las disposiciones precedentes (es decir, los arts. 10 bis –opciones frente al incumplimiento en general– y 11 a 17 –garantía de buen funcionamiento–) “no obsta a la subsistencia de la garantía legal

por vicios redhibitorios”. Dado que se trata de medios de tutela que parten del mismo presupuesto de hecho, la aclaración de que la existencia de unos “no obsta” a la de los otros deja bien a las claras que el consumidor puede, a su elección, optar por cualquiera de esas vías legales y que no está atado necesariamente a acudir a la mencionada en último término.

Por ende, sólo cabe concluir que, pese a lo dispuesto por el art. 2176 del Código Civil, en el ámbito del derecho del consumo el consumidor no se encuentra atado al ejercicio de la acción redhibitoria para perseguir el resarcimiento de los daños que le ha causado el incumplimiento del proveedor, incluso si este se traduce en la existencia de un defecto oculto. Por el contrario, la posibilidad de reclamar la reparación de tales daños se encuentra expresamente establecida en el art. 10 bis *in fine* de la LDC –por cuya aplicación el consumidor puede optar libremente–, que la consagra de manera autónoma y sin condicionarla al ejercicio de ninguna otra acción.

Así las cosas, el desistimiento de la acción redhibitoria en el *sub lite* en nada obsta la procedencia de la pretensión indemnizatoria, en los términos del art. 10 bis de la LDC.

Por último, el agravio relativo a la supuesta falta de prueba de los vicios redhibitorios –que se enuncia en seis renglones– no constituye una crítica concreta y razonada de la sentencia, pues el apelante no ha fundado, ni siquiera mínimamente, por qué afirma que no se encuentran probados los vicios, ni por qué se supone que dichos defectos no le son imputables. Por consiguiente, juzgo que corresponde declarar la deserción del recurso en este aspecto (art. 265 y cctes. del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

Por estas consideraciones, propongo al acuerdo desestimar los agravios atinentes a este medular aspecto del debate y confirmar la condena a ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA.

VI. Resta tratar las quejas de ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA dirigidas a cuestionar las partidas indemnizatorias.

a) *Daño patrimonial.* Surge de la sentencia recurrida que la Sra. juez de primera instancia fijó como resarcimiento del daño patrimonial la suma de \$9.349, en concepto de “gastos realizados para ingresar al inmueble” (*vid.* fs. 1305 vta., considerando XIII “a”).

Sin embargo, la lectura de la demanda permite advertir que los actores no reclamaron ninguna indemnización por ese concepto. En efecto, al referirse en dicha presentación al daño patrimonial mencionaron únicamente el precio de compra y las obras adicionales que debieron realizar en el inmueble, como así también la devolución de

los intereses y gastos abonados al Banco Francés hasta la cancelación de la hipoteca destinada a la adquisición del departamento, las “obras adicionales” que debieron realizar, los gastos de escrituración de una vivienda similar, los gastos de mudanza, etc.; pero en ningún momento hablaron de las erogaciones que debieron efectuar “para ingresar” en el inmueble (*vid.* fs. 137 y ss.). Y, si bien es cierto que realizaron una nueva liquidación en su alegato, donde se mencionó el rubro objeto de la condena, que según los demandantes incluía “los gastos realizados con motivo de la mudanza al inmueble” (*vid.* fs. 1288 vta. y 1289), lo cierto es que dicho reclamo, como queda dicho, no había sido formulado al interponer la demanda, por lo que su introducción en esa etapa procesal resultó palmariamente extemporánea (arg. arts. 331, 365 y ctes. del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

Es decir que la admisión del rubro en cuestión implicó vulnerar al principio de congruencia, al otorgarse una indemnización que no había sido oportunamente peticionada por los actores. Por ello, propongo al acuerdo admitir el agravio vertido al respecto y revocar este aspecto de la sentencia de grado.

b) *Daño moral.* Finalmente, se agravia el recurrente de las sumas otorgadas en concepto de daño moral.

Siguiendo a Pizarro, “El daño moral importa [...] una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial” (PIZARRO, Ramón D., *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31).

En lo que atañe a su prueba, cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación, se encuentra en cabeza de la actora la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Equitativa valuación del daño no mensurable”, *LL*, 1990-A-655).

En cuanto a su valuación, cabe recordar lo recientemente señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: “Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles,

en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado [...] El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (CSJN, 12/4/2011, “Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros”, RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós).

En otras palabras, el daño moral puede “medirse” en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (GALDÓS, Jorge M., “Breve apostilla sobre el daño moral [como ‘precio del consuelo’] y la Corte Nacional”, RCyS, noviembre de 2011, p. 259).

La misma idea se desprende del art. 1041 *in fine* del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado que actualmente se encuentra a estudio del Congreso Nacional, a cuyo tenor: “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

Es ese el criterio que tendré particularmente en cuenta para evaluar la suma que corresponde fijar en el *sub lite* en concepto de daño moral, a la luz de las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima y las demás circunstancias del caso.

Sentado lo expuesto, teniendo en cuenta el estado de salud del Sr. Y. al momento de mudarse al inmueble en cuestión (había tenido un trasplante renal, *vid.* fs. 419-479), las deficiencias existentes en el bien, los trastornos que ello generó al matrimonio demandante durante su estadía en el departamento, y su posterior mudanza, juzgo que el importe concedido en la instancia de grado resulta adecuado para resarcir este renglón y, por ello, mociono su confirmación.

VII. En lo atinente a la tasa de interés fijada en la instancia de grado –que también ha sido objeto de agravio–, debe partirse del fallo plenario dictado por esta cámara en los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios”,

del 20/4/2009, que estableció, en su parte pertinente: “2) Es conveniente establecer la tasa de interés moratorio. 3) Corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. 4) La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido”.

No soslayo que la interpretación del mencionado fallo plenario y, particularmente, de la excepción contenida en la última parte del texto transcrito ha suscitado criterios encontrados. Por mi parte, estimo que una correcta apreciación de la cuestión requiere de algunas precisiones.

Ante todo, el propio plenario menciona que lo que está fijando es “la tasa de interés moratorio”, con lo cual resulta claro que –como por otra parte también lo dice el plenario– el punto de partida para su aplicación debe ser el momento de la mora. Ahora bien, es moneda corriente la afirmación según la cual la mora (en la obligación de pagar la indemnización, se entiende) se produce desde el momento en que se sufre cada perjuicio objeto de reparación. Por lo demás, en materia de responsabilidad extracontractual –pero con un criterio que es igualmente aplicable a la obligación de reparar que resulta de una infracción obligacional–, así lo estableció esta cámara en otro fallo plenario, “Gómez, Esteban c. Empresa Nacional de Transportes”, del 6/12/1958.

Así sentado el principio general, corresponde ahora analizar si en el *sub lite* se configura la excepción mencionada en la doctrina plenaria, consistente en que la aplicación de la tasa activa “en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido”.

En ese derrotero, la primera observación que se impone es que, por tratarse de una excepción, su interpretación debe efectuarse con criterio restrictivo. En consecuencia, la prueba de que se configuran las aludidas circunstancias debe ser proporcionada por el deudor, sin que baste a ese respecto con alegaciones generales y meras especulaciones. Será necesario que el obligado acredite de qué modo, en el caso concreto, la aplicación de la tasa activa desde el momento del hecho implica una importante alteración del significado económico del capital de condena y se traduce en un enriquecimiento indebido del acreedor. En palabras de Pizarro: “La alegación y carga de la prueba

de las circunstancias del referido enriquecimiento indebido pesan sobre el deudor que las alegue” (PIZARRO, Ramón D., “Un fallo plenario sensato y realista”, en “La nueva tasa de interés judicial”, suplemento especial, *La Ley*, Buenos Aires, 2009, p. 55).

Así las cosas, no creo posible afirmar que la sola fijación en la sentencia de los importes indemnizatorios a valores actuales basta para tener por configurada esa situación. Ello por cuanto, en primer lugar, y tal como lo ha señalado un ilustre colega en esta cámara, el Dr. Zannoni, la prohibición de toda indexación por la Ley 23.928 –mantenida actualmente por el art. 4 de la Ley 25.561– impide considerar que el capital de condena sea susceptible de esos mecanismos de corrección monetaria. En palabras del mencionado colega: “La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales –como suele decirse– a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria”, pues tales mecanismos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas (ZANNONI, Eduardo A., su voto *in re* “Medina, Jorge y otro c. Terreiro Néstor Fabián y otros”, ésta cámara, Sala F, 27/10/2009, *LL Online*, entre otros).

Pero, más allá de ello, lo cierto es que aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada –a valores reales– respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño.

Finalmente, no desconozco que el art. 303 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación fue derogado por el art. 12 de la Ley 26.853, recientemente sancionada. Sin embargo, en virtud del art. 15 de aquella norma, tal disposición recién entrará en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crean, razón por la cual hasta ese momento continúa vigente la doctrina plenaria.

Por las razones expuestas, no encuentro que se configure en la especie una alteración del significado económico del capital de condena que

importe un enriquecimiento indebido de la parte actora. Por consiguiente, considero que debería aplicarse la tasa activa fijada en la jurisprudencia plenaria, desde el incumplimiento y hasta el efectivo pago de los importes adeudados.

Sin embargo, no dejo de advertir que la sentencia estipuló que los intereses correrán desde la fecha de la mediación (*vid.* fs. 1306, considerando XIV). Por ende, y toda vez que la decisión de grado sólo fue apelada por la demandada, a fin de evitar una *reformatio in pejus*, propongo al acuerdo confirmarla también en este aspecto.

VIII. Finalmente, el agravio de ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA referido a la imposición de costas no ha sido fundado, ni siquiera mínimamente, por la interesada. Por ende, considero que se impone declarar su deserción (art. 265 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

IX. En consecuencia y para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo: 1) admitir la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por Criba SA, Clarsan SA y S. S. E. SA, y, en consecuencia, revocar la condena de las mencionadas y rechazar la demanda a su respecto; con costas a los actores, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación); 2) revocar la sentencia en tanto condenó a ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA a pagar la suma de \$9.349 en concepto de daño patrimonial; 3) confirmar el pronunciamiento de grado en lo demás que decide y ha sido materia de apelación y agravios; y 4) imponer las costas de alzada en un [...] % a cargo de ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA y, en el restante [...] %, a cargo de los actores (art. 68 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

El Dr. Li Rosi dijo:

Por análogas razones, acompaño el voto propuesto por el vocal preopinante con la siguiente salvedad.

Se ha dicho que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y, en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. FENOCHIETTO-ARAZI, *Código Procesal Civil y Comercial. Anotado, co-*

mentado y concordado, t. I, p. 835/7; CNCiv. esta sala, libres n° 37.127 del 10/8/88, n° 33.911 del 21/9/88, entre muchos otros). En este orden de ideas, sin embargo, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial, sin fundamentar la oposición ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado, no constituye la crítica para la que prescribe la norma (conf. CNCiv., esta sala, 15/11/84, *LL*, 1985-B-394; íd., Sala D, 18/5/84, *LL*, 1985-A-352; íd., Sala F, 15/2/68, *LL*, 131-1022; íd., Sala G, 29/7/85, *LL*, 1986-A-228, entre otros).

Desde esta perspectiva, debería coincidir que los pasajes del escrito a través del cual la emplazada ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA pretende fundar su recurso en cuanto a la tasa de interés aplicable no cumplen, siquiera mínimamente, con los requisitos referidos, tratándose de un mero disenso con la solución a la que arribara la Sra. Juez de grado.

Es que de la simple lectura de las lacónicas alocuciones vertidas por la recurrente se advierte que en modo alguno critica los fundamentos que se esgrimieran en el decisorio en crisis. Así, la emplazada se limita a sostener que “también nos agraviamos de la tasa de interés fijada, que lleva lo fallado a sumas siderales, máxime cuando el cambio de la jurisprudencia fue en el 2009, no pudiendo ser retroactivo a la mora 2001” (cfr. fs. 1369 vta., pto. 4).

De todos modos, y sólo para preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, habré de señalar que, contrariamente a lo manifestado por la apelante, no se trata aquí de una aplicación retroactiva de un fallo plenario (“Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios” del 20/4/09) sino de la implementación inmediata a los casos que se resuelvan con posterioridad a su dictado. Si el fallo plenario no origina legislación sino que sólo constituye un instrumento de interpretación uniforme de una ley ya vigente (FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, p. 161, n° 1), la aplicación de la doctrina plenaria obliga a que desde su dictado esa norma sólo pueda ser aplicada de conformidad con la interpretación allí establecida, aunque los hechos hubieran ocurrido con anterioridad.

En consecuencia, al haber quedado en pie los argumentos esenciales del pronunciamiento de grado, debería imponerse la sanción que prescribe el artículo 266 del Código Procesal, declarándose la deserción del recurso interpuesto al respecto.

Con esta salvedad, y como se dijo, adhiero al voto preopinante.

El Dr. Molteni dijo:

Con la misma salvedad del Dr. Li Rosi, en cuanto propicia la deserción del recurso respecto de los intereses, adhiero en lo demás al fundado voto del Dr. Picasso.

Con lo que terminó el acto.

Y vistos:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve:

1) Admitir la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por Criba SA, Clarsan SA y S. S. E. SA y, en consecuencia, revocar la condena de las mencionadas y rechazar la demanda a su respecto; con costas a los actores, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

2) Revocar la sentencia en tanto condenó a ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA a pagar la suma de \$9.349, en concepto de daño patrimonial.

3) Confirmar el pronunciamiento de grado en lo demás que decide y ha sido materia de apelación y agravios.

4) Imponer las costas de alzada en un [...] % a cargo de ACZ Desarrollos Inmobiliarios SA y en el restante [...] % a cargo de los actores.

Notifíquese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN en la forma de práctica y devuélvase. *Sebastián Picasso. Ricardo Li Rosi. Hugo Molteni.*

Compra en comisión. Momento para hacer la denuncia de comitente

Dictamen elaborado por el escribano **Alfonso Gutiérrez Zaldívar** 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 22/7/2014 (expte. 16-00839-14).

1. Doctrina

- *La compra en comisión es la celebrada por el comisionista a su propio nombre, pero indicando que lo hace “en comisión”, es decir, por cuenta ajena.*
- *El comprador en comisión debe revelar antes del momento de la escrituración (o del plazo que se hubiere estipulado en el contrato) el nombre de la persona que ha de asumir la calidad de comprador; si así no lo hiciera, queda él como único responsable.*

2. Antecedentes

El escribano B. R. realiza una consulta y comenta los siguientes antecedentes: por escritura del año 2013 se instrumentó una compraventa donde el comprador manifiesta realizar la compra “en comisión” y que oportunamente procederá a designar a su comitente, quien aceptará la compra.

Agrega que el comprador en comisión lo consulta sobre la posibilidad de realizar una escritura pública donde él (comprador en comisión) designa comitente, atento a que este último se niega a aceptar la compra en comisión realizada y pretende que el vendedor y el comprador (en comisión) distraigan la transferencia para luego el vendedor otorgar una nueva escritura traslativa de dominio directamente al comitente.

El consultante manifiesta que la asesoría registral de la provincia de Buenos Aires que funciona en nuestro Colegio le indicó que una posible solución sería que las partes realicen una escritura aclaratoria indicando que el comprador adquirió como gestor de negocios del comitente.

Luego, el consultante da su opinión, manifestando que la escritura aclaratoria es posible y conveniente. Agrega, a su vez, que el comitente no podría negarse a aceptar la gestión de negocios realizada para el mismo e inscripta, y que los costos de otor-

gamiento serían menores que los de distraer la primera compraventa y otorgar una nueva.

Luego de mencionar los hechos, el escribano consulta lo siguiente:

a) Si es válida la compraventa realizada “en comisión” y, en ese caso, si es posible designar el comitente en una nueva escritura; y b) si en caso de no serlo es válida la escritura aclaratoria por la cual se reemplaza la compra “en comisión” por la compra como gestor de negocios de persona determinada en la misma.

El consultante acompaña copia de la matrícula del inmueble, de la cual surge que el inmueble se encuentra inscripto a nombre de

O[...] A[...], Carlos Ramón, arg. 04/09/1943, DNI [...], CUIL [...], cas. 1º nup. c/ Sara Elena [...], domic. Av. Santa [...], Loc. y Pdo. Tigre, Pcia. Bs. As. En su carácter de COMPRADOR EN COMISIÓN. [Siguen datos de la Escritura].

De la copia de la escritura en cuestión acompañada por el consultante surge que

... a don Carlos Ramón O. A., quien a su vez LE COMPRA manifestando estar haciéndolo “EN COMISIÓN” [...] recibe en este caso en dinero efectivo de manos EL COMPRADOR “EN COMISIÓN” [...] LA FIRMA VENDEDORA representada según se ha dicho, transmite a EL COMPRADOR “EN COMISIÓN” [...] y a su vez manifiesta que la presente compra la realiza EN COMISIÓN y que oportunamente procederá a designar a su COMITENTE, quien aceptará la presente compra, todo lo cual se procederá a inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

3. Consideraciones

Primero de todo, aclaramos que no analizaremos por qué el supuesto “comitente” no quiere ahora aceptar la compra en comisión y solicita que se haga un distracto y una nueva venta a su favor. Tampoco se analizará si una u otra solución dada en consulta conlleva un mayor o menor costo, ya que sólo emitimos opinión sobre los aspectos jurídicos consultados.

Veamos ahora la compra en comisión.

Spota¹ entiende que

... la compra en comisión se puede considerar como la compra que celebra el representante en su propio nombre aunque por cuenta ajena y sin identificar la persona del representado –“comitente”–, con la advertencia de que, no declarando en su momen-

1. SPOTA, Alberto G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2ª ed. act. y amp., t. IV “Parte especial”.

to quién es el mandante, la obligación del comisionista surge como la que se contrae a nombre propio y en interés propio o a cargo propio.

Agrega que el comprador queda por sí obligado a cumplir su prestación y puede exigir para sí la contraprestación que en ese contrato bilateral asumió el vendedor, asumiendo todo ello un carácter definitivo para el comprador, o sea, de personalmente obligado y adquirente –mediante el cumplimiento del “modo” o tradición y, en su caso, respectiva publicidad registral– si no designa el tercero dentro del plazo convencional o judicial o legal.

Continúa diciendo que la venta en comisión vincula al “comisionista” con “el tercero que vende”, pero el comisionista se reserva el derecho o la facultad de designar a la persona del comitente. Esta venta –si exceptuamos el artículo 1929 del [Código Civil](#), que regula la comisión civil estricta actuando a nombre propio el mandatario sin indicar que procede “en comisión”– no está contemplada en el Código Civil, aunque sí lo está en el [Código Procesal Civil de la Nación](#) (art. 571) a los efectos de la caducidad del derecho potestativo de indicar el comitente.

Por último, agrega que debemos entender por venta en comisión la celebrada por el comisionista a su propio nombre, aunque indicando que lo es en interés del comitente, es decir, por cuenta ajena.

Agregamos que en el [Código Civil](#) se menciona la compra en comisión en el artículo 3936, que establece:

La hipoteca garantiza, a más del principal, los intereses o rentas debidas de dos años y los que corran durante el juicio de ejecución hasta el efectivo pago. Las legislaciones locales dispondrán el régimen procesal de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria, conforme a las siguientes pautas:² a) El procedimiento será el del juicio ejecutivo [...] c) No procederá la compra en comisión...

Spota sostiene que la diferencia existente entre la compra de persona a designar establecida en el artículo 1929 del Código Civil y la compra en comisión es que: en el primer caso, quien contrata a nombre de persona a designar está indicando que se reserva el derecho de indicar o de señalar quién es el representado; en el segundo caso, quien compra en comisión es el comisionista; aquel para quien se compra es el comitente, pudiendo o no existir –en realidad– el comitente.

Luego plantea si la venta en comisión significa una compra a nombre propio, aunque en interés ajeno. La primera pregunta que surge es: ¿quién queda obligado?; ¿el comisionista o el comitente?; o bien, ¿quién debe ser demandado en el caso de que no se pague el precio, el comisionista o el comitente? Afirma que, por la modalidad propia de este negocio jurídico, en el cual se oculta el nombre del comitente, va de suyo que el único que puede ser demandado es el comisionista. Por lo tanto,

2. Párrafo incorporado por art. 75 de la [Ley 24.441](#) (B. O. 16/1/1995).

el vendedor debe demandar al comisionista. A su vez, éste tiene la facultad de que la compra, en definitiva, se haga a nombre del comitente, pero es una facultad frente al vendedor, ya que ante el mandante (de quien está actuando como comisionista) es una obligación jurídica.

Si el comisionista no ejerce ese derecho potestativo –aparente o real–, la compra la celebra a su nombre. Afirma que se refiere a un derecho potestativo “aparente” en el caso de que el adquirente actúe en cumplimiento de un mandato oculto; en ese supuesto, rige la pretensión subrogatoria frente al vendedor, sin perjuicio de la acción directa ante el comisionista.

Borda, en su *Tratado de derecho civil*,³ menciona que cuando el comprador adquiere en comisión significa que, aunque hace el negocio a nombre propio, se propone transferir a un tercero los derechos y obligaciones derivados del contrato. Esta forma de compra se emplea, a veces, para dejar oculto el nombre del verdadero comprador, que por cualquier motivo no quiere aparecer como tal, y otras, con el fin de gozar de amplia libertad para transferir los derechos y obligaciones emergentes del contrato, para lo cual se cuenta con el consentimiento anticipado del vendedor. Agrega que el comprador en comisión debe revelar, antes del momento de la escrituración (o del plazo que se hubiere estipulado en el contrato), el nombre de la persona que ha de asumir la calidad de comprador; si así no lo hiciera, queda él como único responsable.

Menciona que, cuando la compra se ha hecho por orden de un tercero que desea reservar su nombre, el caso parecería configurar exactamente un mandato oculto (art. 1929 CCIV). Pero no es así, porque, cuando el mandatario oculto contrata a nombre propio, no puede luego desligarse de sus obligaciones ni aun probando la existencia del mandato; en tanto que, en la venta en comisión, el comisionista queda desligado de toda obligación desde el momento en que revela el nombre de la persona para quien ha comprado.

Algunos autores, como Morello,⁴ entienden que en los casos de compra en comisión media un mandato oculto, regido por los artículos 1929 y 1940 del *Código Civil*.

Borda establece las siguientes condiciones para su validez:

- a) Que haya sido pactada en el contrato de venta.
- b) Que la transferencia se haya hecho antes del plazo fijado para la escrituración o del estipulado en el contrato (entendemos que se refiere a la denuncia del comitente).
- c) Que la transferencia a favor del tercero se haya hecho en las mismas condiciones que la venta.

Menciona que los efectos de la compra en comisión son:

3. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Perrot.

4. MORELLO, Augusto M., *El boleto de compraventa inmobiliaria*, La Plata, Librería Editora Platense, 4ª ed.

- a) El comprador queda autorizado a transferir los derechos y obligaciones del contrato de compraventa.
- b) Si el comprador no transfiere los derechos en término queda como obligado personal.
- c) La transferencia de la calidad de comprador a favor de un tercero no importa un nuevo contrato de venta.

La doctora Highton⁵ define la compra en comisión como el negocio a nombre propio pero con la facultad de hacer la transferencia a favor de un tercero de los derechos y obligaciones emergentes del contrato. Agrega que la manifestación de que se adquiere en comisión debe ser hecha en el acto de firmar el boleto, constando en el mismo, de modo tal que, cumplida la denuncia del comitente, nos encontramos ante el mismo contrato, el que permanece abierto a la alternativa de otro comprador, porque técnicamente la denuncia del comitente no implica transferencia.

Menciona que una de las grandes diferencias que tiene con la cesión de derechos es que, mientras en la compra en comisión el comisionista queda desligado de toda obligación desde el momento que revela el nombre de la persona para quien ha comprado y aquél acepta, en la cesión de derechos el cedente responde por evicción respecto de la existencia y legitimidad el crédito, conforme al artículo 1476 del [Código Civil](#).

Por otra parte, Etchegaray⁶ manifiesta que la cláusula “en comisión” cumple en el campo obligacional una función similar, pero no idéntica, a la que en los derechos reales permite la declaración acerca de que la adquisición se efectúa para una tercera persona, física o jurídica. La gran diferencia entre ambas reside en la posibilidad que brinda la cláusula “en comisión” de no tener que identificar a la persona para la que se está realizando la compra, lo que sí se torna indispensable en la adquisición del dominio.

Continúa diciendo que, en la compra en comisión, el adquirente deberá revelar, antes del momento de la escritura, el nombre de la persona para quien adquirió, y que, en el campo de los derechos reales, existe todo un proceso voluntario, reflejado en actos materiales –tradición–, actos documentales –escritura– para culminar con actos publicitarios –registración–, que impiden que la compra para una tercera persona pueda concretarse sin la debida identificación de esta persona. Agrega que los derechos reales deben esencialmente ser reconocidos y respetados por toda la comunidad, pero ese reconocimiento y ese respeto deben operarse cuando el que ejecuta actos propios del titular del derecho real puede demostrar que él es precisamente ese titular.

Es por ello que el artículo 2505⁷ del [Código Civil](#) establece:

5. HIGHTON, Elena I., *Juicio hipotecario*, t. 2.

6. ETCHEGARAY, Natalio P., “Compra de inmuebles para terceras personas”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 944, enero-abril 2003, pp. 151-169.

7. Sustituido por art. 1 de la [Ley 17.711](#) (B. O. 26/4/1968).

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.

Para tornar operativo este artículo, se sancionó la [Ley 17.801](#), cuyo artículo 15 establece que “no se registrará documento en que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente”.

Por último, Etchegaray agrega que el titular dominial tiene las más amplias facultades de disposición mientras no se produzca la ratificación por parte de la persona indicada como destinataria de la adquisición.

Por otra parte, encontramos fallos de Cámara que establecen que

... el comisionista que realizó una compra de un inmueble y no dio a conocer el nombre del comitente puede exigir para sí la contraprestación asumida por el vendedor, así como éste también tiene una pretensión accionable contra aquél, sin perjuicio de la facultad para el comisionista de hacerse sustituir en el negocio jurídico por el comitente, lo que puede tener lugar, salvo la existencia de plazo legal o convencional, hasta el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio, cuando el que compra en comisión notifica fehacientemente al vendedor cuál es la persona para la que compró.⁸

Otro agrega que el comitente debe ser dado a conocer con tiempo suficiente como para poder escriturar a su nombre:

El adquirente “en comisión” puede hacer saber, mediante la notificación de la demanda, quiénes son los verdaderos compradores; basta que el comitente sea conocido con tiempo suficiente para poder escriturar a su nombre.⁹

En el caso en consulta vemos que, de acuerdo con la escritura de transferencia de dominio, no se ha suscripto boleto de compraventa y que en la misma escritura el comprador manifiesta que la compra la realiza en comisión y

... que oportunamente procederá a designar a su COMITENTE, quien aceptará la presente compra, todo lo cual se procederá a inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

Vemos que en dicha escritura hay un error conceptual de la compra en comisión, ya que, hasta el momento de firmar la escritura traslativa de dominio, puede manifestar que la compra la realiza en comisión, pero debe individualizar quién es el comitente.

8. Cám.2ªC.C. La Plata, Sala I, 4/4/2006, “Azar, Matías c/ Rojas, Rumilda María y otros.”, publicado en *La Ley Buenos Aires*, 2006, p. 801 (sumario nº 1); CNCiv., Sala F, “Prieto, Julián Víctor c/ Martínez, Leonardo Gustavo s/ ordinario”.

9. CNCiv., Sala C, 11/7/1967, “Giordano, Juan V. y otro c/ Arribas Casado, Leoncio”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 21, p. 106 (sumario nº 1).

De más está decir que, para que el comitente resulte el comprador definitivo, debe aceptar la compra realizada por el comisionista. Caso contrario, hasta tanto la compra no sea aceptada por el comitente, se tendrá al comisionista como adquirente definitivo. En el caso en consulta, se supedita la designación del comitente con anterioridad a la inscripción de la escritura ante el registro respectivo (hecho que luego no ocurre), como si la inscripción fuese una inscripción constitutiva.

En realidad, el último momento para individualizar al comitente es al firmar la escritura traslativa de dominio, ya que con dicho acto se produce la adquisición del dominio a favor del comprador. Una vez firmada la escritura, el comprador es la persona que surge de la escritura. El comitente no puede continuar oculto.

Sería el caso en que en la escritura se hubiere consignado que el señor A adquiere en comisión para el señor B, quien luego aceptará. Dicha manifestación está permitida y en dicho caso el Registro de la Propiedad Inmueble anotará el dominio a nombre del comprador, dejando en claro la manifestación de que la compra es en comisión de B, quien luego aceptará. Si el señor B luego acepta la escritura, el inmueble se inscribirá a nombre de él. Distinto es el caso en consulta, ya que en la misma no se individualiza al comitente.

Es de extrañar que el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires haya anotado el inmueble como de titularidad del señor O. A., Carlos Ramón-comprador en comisión, ya que las mismas normas registrales obligan a individualizar al adquirente. La [Ley 17.801](#), que establece el régimen en que quedarán sujetos los Registros de la Capital Federal y de las provincias, establece en su artículo 12 que el asiento registral “expresará el nombre del o de los titulares de dominio, con los datos personales que se requieran para las escrituras públicas”. Luego, en el artículo 15, establece:

No se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberán resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones.

Luego en el artículo 16 establece los casos en que no es necesaria la previa inscripción o anotación, ya que se permitirá en dichos casos la inscripción mediante el sistema de tracto abreviado.

Que el Registro haya inscripto el inmueble “en comisión” no significa que dicha declaración en la escritura esté bien, ya que, como bien establece el artículo 5 de la [Ley 17.801](#), la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes.

El artículo 88 del [Decreto 466/1999](#)¹⁰ establece que en la Ciudad de Buenos Aires

10. Texto ordenado del Decreto 2080/80, reglamentario de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble.

Cuando en el documento de adquisición se manifestare que ella es para persona distinta de aquella que aparece como adquirente en el negocio, sin que exista representación legal o convencional, el asiento se confeccionará consignando como titular a este último, pero indicando la persona para la cual se adquiere con los siguientes datos: apellido y nombre; documento de identidad que legalmente corresponda; nombre o razón social; domicilio de inscripción en el registro respectivo si correspondiere, constancia de iniciación del trámite ante la Inspección General de Justicia u organismo equivalente, cuando la adquisición fuere para sociedades en formación. La omisión de los datos precedentes implicará la inexistencia registral de la voluntad de gestión o estipulatoria, no pudiendo modificarse la titularidad del asiento sino por los modos ordinarios de transmisión del dominio.

Los artículos 89 y 90 establecen lo siguiente:

Registrado el dominio o condominio con las condiciones expresadas en la primera parte del artículo anterior, la persona para quien se declaró hacer la adquisición podrá asumir la titularidad del asiento por declaración unilateral manifestada por escritura pública, en la que se cumplirán los requisitos exigidos por el artículo 23 de la Ley n° 17.801 y sus modificatorias. La asunción de titularidad del asiento se efectuará en el estado de plenitud o limitación en que ésta se encuentre a la fecha de la escritura respectiva, siendo aplicable a tales efectos lo dispuesto en los artículos 5°, 17, 23, 25 y concordantes de la ley citada, no exigiéndose certificación por inhibiciones.

Hasta que se registre la manifestación a que se refiere el artículo anterior, el titular del asiento estará legitimado registralmente para otorgar cualquier acto de transmisión o constitución del derecho, pero no podrá reemplazar la persona física o jurídica para la que originariamente expresare adquirir, salvo que el reemplazo se dispusiera judicialmente o, tratándose de sociedades, éstas se hubieren transformado, escindido o fusionado, en cuyo caso deberán relacionarse claramente las circunstancias respectivas.

Por todo lo expuesto es que la designación y exteriorización de quien es el comitente tiene como momento límite el momento en que se produce la adquisición del inmueble. No puede quedar abierta a futuro la designación del comprador. Si en la escritura pública de adquisición no se individualiza al comitente, se tendrá como adquirente al supuesto comisionista. Y, como bien establecen las normas registrales de la Ciudad de Buenos Aires ya mencionadas:

La omisión de los datos precedentes implicará la inexistencia registral de la voluntad de gestión o estipulatoria, no pudiendo modificarse la titularidad del asiento sino por los modos ordinarios de transmisión del dominio.

4. Conclusión

A la consulta de: a) si es válida la compraventa realizada “en comisión” y, en ese caso, si es posible designar el comitente en una nueva escritura, y b) si, en caso de no ser

válida la compraventa realizada “en comisión”, es válida la escritura aclaratoria por la cual se reemplaza la compra “en comisión” por la compra como gestor de negocios de persona determinada en la misma, respondemos lo siguiente. La compraventa es válida, pero, al no haberse individualizado el nombre del comitente, la compra es realizada por el comisionista en nombre propio. Luego de producida la transferencia no es posible designar el comitente en una nueva escritura a fin de que éste acepte la compra. La forma de transferir al comitente no designado en su momento es mediante una nueva escritura traslativa de dominio.

Historia del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

(Capítulos 1 y 2)

Álvaro Gutiérrez Zaldívar

***Sumario:** INTRODUCCIÓN. 1. El escribano antes de la fundación del Colegio. 2. El notario, primer intérprete de la ley. 3. El decálogo. 4. Los colegios. 5. Una opinión. CAPÍTULO 1. 1. El primer colegio de América desde la independencia. 2. La historia. CAPÍTULO 2. 1. Los fundadores. 2. Los hechos y los tiempos.*

INTRODUCCIÓN

1. El escribano antes de la fundación del Colegio

El escribano es un profesional de derecho y un funcionario público nombrado por el Estado, que ejerce su trabajo dentro de una comunidad. Debe tener su domicilio dentro de una demarcación determinada y vivir en ella o a una distancia máxima establecida por la ley. Si se ausenta de su domicilio por más de ocho días, debe comunicarlo al Colegio.

La profesión de escribano es una de las más antiguas que existen y sus funciones han ido evolucionando con el tiempo. Hace muchos años intervenían en la fundación de las ciudades. En nuestro país, hay varias actas sobre estas fundaciones; podemos mencionar la de Mendoza en 1561, la de Córdoba en 1563, la de San Miguel de Tucumán en 1565, la de San Juan en 1568, la de Santa Fe en 1573, y la de Buenos Aires –por Garay– en 1580.¹

Las actas de mayo que llevaron a nuestra independencia fueron realizadas por el escribano Justo José Núñez, escribano público y de cabildo.

Luego de la independencia, los Gobiernos Patrios continúan dictando leyes y resoluciones sobre la función notarial. Con los años, la estructura organizativa del notariado va cambiando: al principio, los colegios sólo realizan un control ético; en el siglo XX, las leyes, especialmente la Ley 12.990 de 1947, aumentan en forma notable las atribuciones y responsabilidades del Colegio de Escribanos.

1. No hay acta de la fundación de Buenos Aires como ciudad por don Pedro de Mendoza.



Esc. Núñez

Fuente: Museo Notarial Argentino

El Código Civil estableció muchos principios y regulaciones sobre el ejercicio profesional que fueron comunes para todo el país. En el momento en que entra en vigencia, nuestro Colegio ya tenía cinco años de vida.

1.1. Orígenes y función

Cuando uno estudia los libros que tratan sobre el notariado y sus orígenes, encuentra que le dan gran importancia a la antigüedad de la función notarial. La tiene –es indudable–, pero las funciones han ido variando con el tiempo y, para nosotros, son más importantes las que desempeña actualmente que las que tuvo antes. También han ido aumentando los requisitos exigidos por la ley para acceder al cargo y mantenerlo. (En la antigüedad, no eran muchos los que sabían leer y escribir. Por eso se obligaba al escribano a leer la escritura a los comparecientes).

Cuando empezamos a escribir esta historia, encontramos solo un trabajo que abordara concretamente la vida de nuestro Colegio, que llegó hasta el año 1947.² En la mayoría de los casos, los autores tratan nuestra profesión de una forma más amplia, se remontan a la función notarial en distintos lugares y épocas –así, encontramos referencias a códigos antiguos, el Fuero Real y el Código de las Siete Partidas; se mencionan también en estas obras los actos notariales entre los egipcios, los hebreos, los griegos y los romanos–. Ello sirve como antecedentes, pero consideramos que hoy hay elementos y exigencias que aumentan el valor y la jerarquía de la función, al mismo tiempo que aumentan la responsabilidad del funcionario y del Colegio.

La labor del notario arranca con el advenimiento de la forma escrita. Antes, lo más parecido a un notario era probablemente un testigo que tuviera la más alta cali-

2. NEGRI, José A., *Historia del notariado argentino*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos, 1947.

ficación. En otros lugares, aparece como un funcionario vinculado directamente con la organización judicial. Este fue el origen de los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires: la Ley de Organización de los Tribunales para la Capital Federal 1144 de 1881. Legisla respecto de los escribanos junto con los jueces, cámaras, fiscales, defensores de pobres y otros miembros de la administración de justicia. Antes de estas leyes había en nuestro país escribanos que estaban regidos por las leyes españolas y luego continuaron en sus funciones con decretos de los Gobiernos Patrios.

Lo que caracteriza al sistema notarial en nuestra ciudad es la exigencia de que el escribano sea un profesional del derecho, con título de abogado, que debe ser nombrado por el Poder Ejecutivo. Debe además aprobar exámenes e interpretar a las partes de una manera imparcial.

Su trabajo en la mayoría de los casos se desarrolla en distintas etapas; generalmente, inicia con el asesoramiento a las partes, continúa con los juicios de capacidad, legalidad y legitimación, la redacción del documento, y termina, salvo casos especiales, con la fe pública que su actuación imprime. Además, tiene obligaciones impuestas por la ley o su colegio como la registración, la custodia y la conservación de los documentos.

El notario es parte de la creación y mantenimiento del orden jurídico, y una de sus misiones más importantes es lograr que su intervención evite litigios.

En nuestra demarcación, los escribanos están controlados por el Colegio de Escribanos y por el Tribunal de Superintendencia del Notariado. En la provincia de Buenos Aires hay un juez notarial.

Quizás el autor que ha explicado mejor de dónde deriva la función del notario es Rafael Núñez Lagos. Para él, la fuente u origen de la autoridad es derivada del Estado y surge del conocimiento directo sobre los hechos en que interviene. Expresa que las funciones notariales estuvieron durante siglos: en Roma, en el magistrado *in iure*; en la Edad Media, a cargo del juez. El documento público era documento judicial y tenía valor de inspección judicial. El juez, en la sentencia, no podía negar lo que había visto, su propia evidencia, no podía rectificar lo que había dicho, dictado o narrado.

Durante muchos años, el hecho histórico y la narración estaban en manos de un juez. Cuando los notarios empezaron a actuar, continuaron juntos, pero narración y proceso se separaron en el tiempo y quedaron unidos en el juez. En la fe pública notarial, ha desaparecido esta vinculación subjetiva, porque juez y notario son distintas personas, pero la ley ha impuesto una vinculación objetiva, porque los dos pertenecen a una misma organización estatal. La unidad subjetiva (el punto de imputación) no se produce en la persona del juez sino en la unidad del Estado.³

3. NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Estudios de derecho notarial*, Madrid, 1980, t. I, p. 339.

2. El notario, primer intérprete de la ley

En materia de derecho privado, se señala que el notario es el primer jurista que debe aplicar las normas nuevas. Tiene que aconsejar a las partes sobre sus obligaciones y derechos con respecto a una ley nueva, sin tener jurisprudencia o doctrina en que apoyarse.

Muchas veces, como en el caso de pago de impuestos, bondad del título, capacidad de las partes, entre tantos otros, el notario debe hacerse responsable por su consejo u opinión en forma solidaria o directa. No puede alegar para eximirse de responsabilidad que la mitad de su biblioteca dice una cosa y la mitad otra, o que si le hubiera tocado otra sala u otro juez, el resultado habría sido diferente por haber distintos criterios de interpretación.

Los notarios damos más que un consejo, les brindamos a las partes una opinión y luego la firmamos. Quedamos involucrados en responsabilidades, muchas veces impositivas, en un negocio ajeno.

Al día siguiente de la sanción de la reforma al Código Civil de 1968, tuvimos que decidir qué casos llevaban los consentimientos conyugales y cuáles no, con todas las variantes que fueron planteándose: si era necesario el asentimiento para la cancelación de hipotecas, la división de condominios, la firma de reglamentos de propiedad horizontal, la venta de patentes y marcas, las hipotecas por saldo de precio y demás.

3. El decálogo

En el año 1965, se realiza en México el VIII Congreso Internacional del Notariado. En la sesión plenaria, la delegación de notarios del Ecuador propuso el siguiente decálogo para los notarios:

1. Honra tu ministerio.
2. Abstente, si la menor duda opaca la transparencia de tu actuación.
3. Rinde culto a la verdad.
4. Obra con prudencia.
5. Estudia con pasión.
6. Asesora con lealtad.
7. Inspírate en la equidad.
8. Cíñete a la ley.
9. Ejerce con dignidad.
10. Recuerda que tu misión es evitar contienda entre los hombres.

4. Los colegios

Otro punto que marca una gran diferencia entre lo que eran los escribanos en la antigüedad y el notario actual es la existencia de los colegios, que controlan la matrícula,

toman a su cargo la guarda del protocolo, dictan normas de ética y requisitos de actuación, efectúan un control de los protocolos y obligan a los escribanos a una permanente actualización de conocimientos.

Los colegios en general y el nuestro en particular intervienen también en situaciones puntuales, funcionando en algunos casos como primera instancia y en otros como árbitro, siempre teniendo en cuenta que el notario no debe tener una relación de dependencia de la administración pública, ni una dependencia privada en su función.

Nuestro Colegio tiene un prestigio adquirido que hoy se remonta a casi ciento cincuenta años atrás. Este prestigio viene del pasado y no es lo mismo el prestigio que la imagen: el primero es el resultado de una trayectoria en el tiempo, es duradero; la imagen puede ser algo efímero, puede ser, incluso, un transitorio producto de la publicidad. Los escribanos debemos seguir manteniendo el prestigio recibido, para las generaciones futuras, porque hoy es el pasado del mañana.

¿Cómo se hace esto? Manteniendo los niveles de rigor tradicional y moral, capacitando al máximo a los escribanos, sosteniendo los principios de nuestra profesión y a través del permanente control. Así debemos mostrarnos ante nuestros compatriotas, orgullosos de lo que hacemos y en la búsqueda de que los contratantes perciban que lo hacemos bien. Como decía un autor “hay que saber y hay que hacer, hay que saber hacer y hay que hacer saber”.

5. Una opinión

Como director de la *Revista del Notariado*, busqué dentro de ella los cambios que ha ido teniendo nuestro Colegio desde 1866 hasta la fecha, y llegué a la conclusión de que hubo tres momentos en nuestra historia que influyeron sobre el notariado en forma permanente. Esos momentos de cambio nos impulsaron a mejorar nuestro sistema y a crear un notariado más capaz, más profesional, más involucrado con la sociedad y con mayor conocimiento jurídico. Estos momentos se van a percibir mientras se avanza en la lectura de este relato.

El primero es la creación del Colegio. Sin el Colegio no estaríamos donde estamos. El segundo está ubicado en el período que va desde 1940 hasta 1950. El tercero se establece claramente desde el año 1967 –quizás, uno o dos años antes o uno o dos años después–; el impulso de este cambio todavía persiste, como si fuera una etapa que no consideramos terminada.

Todos somos protagonistas de estas transformaciones, los que están o han estado en las Comisiones Directivas, los que trabajan en la parte jurídica, los que trabajan en las campañas de divulgación del Colegio o establecen contactos con la comunidad en coros, teatro, deportes o en la convivencia diaria. También son protagonistas los escribanos que no concurren asiduamente al Colegio pero que, en su ejercicio profesional, son competentes y estudiosos.

Cada escribano es responsable de sus actos, no sólo ante sí, sino también frente a sus colegas. Pretendemos que nuestra profesión tenga el más alto nivel jurídico, ético y moral. Por ello, estamos de acuerdo con el control y las exigencias que nos ponen las leyes y el Colegio. Aceptamos tener cursos y exámenes obligatorios, que otras profesiones no tienen.

En todo el mundo las profesiones más respetadas han llegado a ese lugar, por el conocimiento y la preparación de quienes las ejercen.

CAPÍTULO 1

1. El primer colegio de América desde la independencia

El Colegio de la Ciudad de Buenos Aires, que tiene el mismo origen que el de la Provincia de Buenos Aires, es el primer colegio creado en América con posterioridad a la independencia.⁴ Años después, el Colegio de la Ciudad de Buenos Aires y el de la Provincia de Buenos Aires se separan cuando la Ciudad se convierte en la Capital de la República Argentina. Esto obliga a que la provincia cree su propio Colegio, con sede en La Plata. Los Colegios son y han sido de una importancia fundamental.

Nuestro Colegio fue cambiando su nombre: se fundó como Colegio de Escribanos, después se llamó Colegio Nacional de Escribanos, luego Colegio de Escribanos de la Capital Federal, hasta la denominación actual de Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

2. La historia

El día sábado 7 de abril de 1866 se funda en la Ciudad de Buenos Aires el Colegio de Escribanos, entidad que reúne a todos los escribanos de la provincia de Buenos Aires. Como antecedentes de la creación del Colegio, podemos mencionar la Hermandad de San Ginés, una entidad de ayuda mutua formada por un grupo de escribanos en 1798, y la creación de la Escribanía Mayor del Gobierno de la Nación en agosto de 1863.

A causa de la separación en dos colegios, el nuestro, en una asamblea de 1884, toma para sí el nombre de Colegio Nacional de Escribanos, que mantiene hasta 1934. En ese año se suprime la palabra *nacional*, porque un decreto del Poder Ejecutivo prohibía su uso para designar instituciones privadas.

Posteriormente, para diferenciarlo de los otros Colegios, se le agrega su jurisdicción y es conocido como Colegio de Escribanos de la Capital Federal. A partir

4. En junio de 1792, se funda en la ciudad de México el Real Colegio de Escribanos, primero en América, pero fue creado por el rey de España.

del año 2000, con la sanción de la [Ley 404](#), se denomina Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.⁵

2.1. *La historia anterior al Colegio*

2.1.1. *La historia de los escribanos individuales*

En los albores del siglo XIX, el notariado es un elemento firmemente establecido en la vida del país: en el año 1805 actúan en Buenos Aires seis escribanos numerarios y nueve reales, los que crean la Hermandad de San Ginés.⁶ Nosotros preferimos tomar como punto de partida del notariado argentino la Resolución del 3 de abril de la Asamblea del año XIII, en la que se dispone que todos los escribanos españoles que actúan en el territorio adopten la nueva ciudadanía en un plazo perentorio de ocho días y que, de lo contrario, perderán sus cargos.

Posteriormente, con fecha 1º de septiembre de 1813, se crea un nuevo Reglamento para la Administración de Justicia, en el que se conserva la denominación de escribanos para los de registro, que eran los que extendían escrituras públicas. Con el nombre de notarios se designa a los que intervienen en los asuntos de las curias eclesiásticas y en los contratos matrimoniales. A su vez, en razón de su competencia, los escribanos de registro se dividen en civiles y comerciales.⁷

De los decretos dictados por el director supremo se destacan, en esta materia, uno sobre uso obligatorio de papel sellado en las escrituras y otro, de octubre del año 1814, en el cual se regulan las facultades y deberes del escribano de cabildo. En 1819, a petición de los escribanos, el Congreso adopta una resolución referida a la renuncia de oficios (lo que se ha mantenido con pocas variantes hasta nuestros días). Básicamente, consiste en que el escribano tiene que trabajar en su profesión, no puede ser al mismo tiempo comerciante o realizar otros oficios ni tampoco ejercer su función en relación de dependencia.⁸

En marzo de 1830, Juan Manuel de Rosas, como gobernador de la provincia de Buenos Aires, dicta un decreto con directivas referidas al protocolo y la expedición de testimonios, en el que se establece la obligación de usar fojas selladas y numeradas reunidas en cuadernos de diez fojas para las escrituras, disposición que todavía se mantiene. También dicta un decreto muy particular el 16 de septiembre de 1840 –año 31 de la libertad, 25 de la independencia y 11 de la Confederación Argenti-

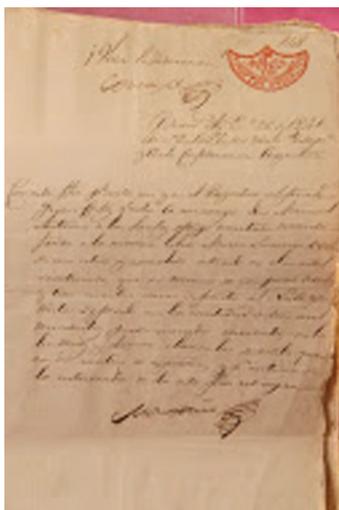
5. Los escribanos argentinos fuimos de los primeros en formar un colegio profesional cuando nuestro país ya era independiente (1866): la Asociación Médica Argentina se creó en 1891 como una asociación científica; el Colegio de Graduados en Ciencias Económicas, en 1891; el Centro de Ingenieros, en 1894; el Colegio de Abogados, en 1913. (Ver [editorial](#) de la [Revista del Notariado](#) 913).

6. Sólo algunos de ellos firmaron el acta de constitución.

7. Esta división se derogó en el año 1897.

8. Con los años se autorizaron excepciones, como, por ejemplo, el ejercicio de la docencia.

na-, en el cual hace responsables a los escribanos que tramitan derechos reales de los “traidores salvajes unitarios”: castiga a los escribanos intervinientes con la pérdida del oficio, con otro tanto del valor de los derechos que transmitieren y “con otras penas arbitrarias, según las constancias del caso”; termina disponiendo que los traspa-sos serían nulos y de ningún valor.⁹



**Documento con el característico sello
“Mueran los salvajes unitarios. ¡Vivan los federales!”**

Fuente: Museo Notarial Argentino

La antigua Audiencia que controlaba el ejercicio profesional es luego reemplazada por la Cámara de Apelaciones, y la Excelentísima Cámara de Justicia la sucede por vía de superintendencia. A través de ella, se dicta una serie de resoluciones, entre las que pueden destacarse la creación de un registro de signos y el establecimiento de requisitos para los aspirantes al ejercicio del notariado.

En cuanto a las clases de escribanos, van desapareciendo algunas clasificaciones de la época colonial, pero se agregan los de carácter eclesiástico, el Escribano Mayor de Gobierno, los de marina y el de hipotecas. Los registros se dividen en civiles o de comercio, división que no funciona en la práctica, porque se ocupan de los mismos asuntos. Esto se termina con un acuerdo de la Cámara de Justicia, en diciembre de 1835, que prohíbe a los escribanos del Tribunal de Comercio “autorizar testamentos y contratos públicos que no fueren fianzas, compromisos, protestos de letras de cambio y otros que no sean concernientes al fuero comercial”. Esta prohibición se repite en una acordada del 14 de septiembre de 1886.

9. Como muchas veces era imposible saber si era o no unitario, muchos escribanos agregaban a la escritura una frase por la cual el compareciente manifestaba ser un buen federal (fuente: escribano Fontbona).

Los escribanos de marina se ocupaban de las matrículas de los buques y contratos del negocio marítimo. Finalmente, llegan hasta nuestros días nueve registros de marina que, en el año 1956, por pedido del Colegio y con la aprobación de los titulares y adscriptos de estos registros, se suprimen. Se les da a esos nueve escribanos un registro igual al de los demás y se amplía la competencia de todos los escribanos de la Capital para instrumentar actos del comercio marítimo y fluvial, o sea, se termina con esta subdivisión –y se termina bien–. El escribano de hipotecas anotaba gravámenes sobre las propiedades, cancelaciones, embargos e inhabiliciones.

El 29 de septiembre de 1869, el Congreso Nacional sanciona a libro cerrado el Código Civil elaborado por Dalmacio Vélez Sársfield, que empieza a regir el 1º de enero de 1871. En su artículo 997, el Código establece: “Las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos o por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones”.

Bastante poco comentado pero de gran importancia es el hecho de que el artículo 998 obligaba al escribano a hacer las escrituras personalmente. El artículo establecía: “Las escrituras públicas deben ser hechas por el mismo escribano (...)”. Este texto es reformado posteriormente por la Ley 9151 del año 1913: “Las escrituras deben ser hechas en el libro de registros (...)”.

CAPÍTULO 2

1. Los fundadores

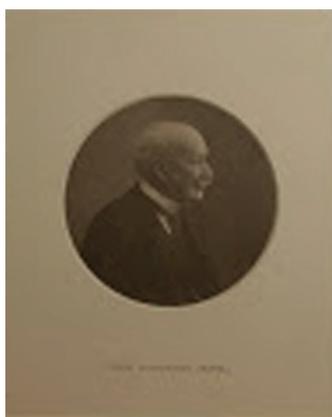
El fundador y primer presidente de nuestro Colegio fue don José Victoriano Cabral. Nace en 1822 y muere en 1915. Sus restos descansan en una bóveda en el Cementerio de la Recoleta.



Busto del Esc. Cabral ubicado en el Colegio

Fuente: Museo Notarial Argentino

Hijo y nieto de notarios, él y su familia ejercieron como escribanos por un periodo que abarca cerca de doscientos años. Él trabajó durante cincuenta años seguidos en la profesión. Su abuelo, José Luis Cabral Hernández, fue escribano de la Real Audiencia y Alcalde de Buenos Aires. Su padre, José Severo Cabral Gutiérrez de la Bárcena, fue escribano de Cabildo de Buenos Aires.

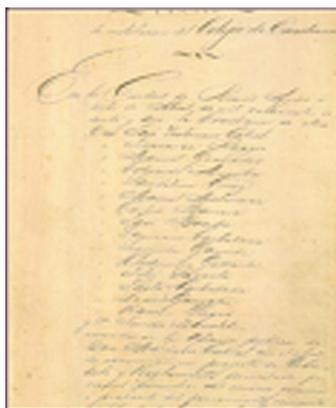


El Esc. Cabral

Fuente: Museo Notarial Argentino

José Victoriano estuvo a cargo del Registro nº 1, cuando toda la provincia era una sola jurisdicción. Ese registro fue creado por Real Cédula en el siglo XVI y en él se redactaron las actas del 25 de mayo de 1810, siendo su titular en ese momento el escribano Justo Núñez López (1805-1822).

Sin embargo, lo que queremos remarcar especialmente no son datos de nacimientos y muertes, sino la decisión de un grupo de dieciséis escribanos de crear una institución que, durante casi ciento cincuenta años, se afianzó, creció y se organizó, convirtiéndose en una parte importante de la historia de nuestro país.



El acta de fundación

Suponemos que alguno de ellos, al momento de firmar el acta de constitución, tendría dudas acerca de si el Colegio se mantendría en el tiempo o si la situación que vivían era el mejor momento para fundarlo. Tampoco sabemos si alguno imaginó la proyección que finalmente tuvo. Hay muchas cosas en la vida que el coraje y la voluntad de trascender pueden cambiar. Es una ventaja que tenemos los hombres sobre los demás seres vivientes: la facultad de crear lo que no existe.

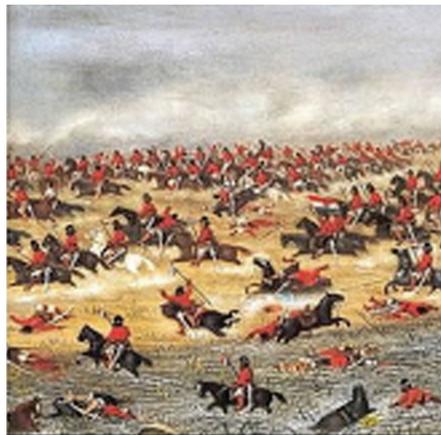
2. Los hechos y los tiempos

Cuando analizamos un hecho pasado, es bueno vincularlo con lo que sucedía en ese momento en el país y en el mundo, porque con el diario del lunes todos sabemos cómo terminaron las carreras del domingo, qué número ganó la lotería o si una decisión tomada fue buena o mala.

Ubicarse en lo que sucedía en esa época es la única forma de dimensionar la importancia de una decisión. Lo remarcamos, porque el Colegio fue fundado en uno de los peores momentos de nuestra historia. Intentaremos hacer este análisis dividiendo situaciones: por un lado, lo que sucedía en ese momento en nuestro país y, por otro, lo que sucedía en otras partes del mundo.

2.1. *Nuestro país*

En 1866, los argentinos viven una crisis política, económica y de seguridad personal, a eso tenemos que sumarle que no había una definición clara sobre el ámbito geográfico del país. Las dos terceras partes de su superficie se pueden considerar como territorio indio; concretamente, casi todo el Sur y gran parte del Norte. Como si esto fuera poco, el país llevaba un año de guerra con el Paraguay.



La batalla de Tuyuti, representada por Cándido López
(detalle)

Los araucanos tienen su campamento principal en Salinas Grandes (previamente, exterminaron a los indios que estaban en la zona). Por otro lado, hay un territorio ranquel y los malones son tan frecuentes que el Gobierno dispone defender las Estancias y poblaciones de frontera.

La guerra de la Triple Alianza con el Paraguay había comenzado en 1865. Su mayor peso recae sobre la provincia de Buenos Aires. Las peores batallas se producen durante el año en que se funda el Colegio.¹⁰ Se calcula que en Tuyuti mueren entre trece y quince mil soldados en cinco horas de combate.



El desembarco en Curupaytí, representado por Cándido López
(detalle)

Los cuatro países se desangraban. En Curupaytí mueren Dominguito Sarmiento y el hijo del vicepresidente Marcos Paz, y pierde el brazo derecho quien fuera el pintor de esa guerra, Cándido López.¹¹ En este combate, la Triple Alianza sufre diez mil bajas, la mayoría entre los argentinos. Es una batalla tan sangrienta que prácticamente detiene la guerra por dos años. Para empeorar las cosas, los soldados que vuelven del frente en 1871 traen a Buenos Aires una epidemia de fiebre amarilla que causa miles de víctimas.



La batalla de Curupaytí, por Cándido López

10. Esteros de Bellaco, Tuyuti, Boquerón y Curupaytí.

11. Luego aprendió a pintar con el brazo izquierdo. La mayoría de sus cuadros está en el Museo Histórico y hay varios en el de Bellas Artes.

A fines de diciembre de 1867, el vicepresidente en ejercicio de la presidencia, Marcos Paz, cae enfermo de cólera y muere. En abril del mismo año se libra el Combate de Pozo de Vargas. Es la primera y última gran batalla entre caudillos del interior y el recientemente creado ejército nacional.¹²

En 1868, Luis Piedrabuena continúa operando en la zona de las Malvinas con pieles de foca y grasa de pingüinos, que transportaba en buques a vela.

En 1870, matan a Urquiza en el Palacio San José (provincia de Entre Ríos).

2.2. La moneda

En los años 1864 y siguientes, hay en nuestro país una verdadera anarquía monetaria. Circulan billetes emitidos por bancos privados y públicos y otros emitidos con autorización provincial por bancos pertenecientes a particulares. Los billetes emitidos por estos bancos privados son redimibles en plata boliviana. Hay también billetes que circulan que son inconvertibles en oro o plata, los llamados pesos en moneda corriente.



**Algunos lo llaman “de animales del país”,
pero claramente se ve un canguro**

Fuente: Historia del papel moneda argentino, Banco Roberts, 1984

Estos pesos en moneda corriente aparecen cuando el Banco y Casa de Moneda de Buenos Aires se convierte en Banco de la Provincia de Buenos Aires en 1863 y los emite (se establece un valor de esta moneda en relación al peso fuerte).

En 1866 se emiten las primeras notas metálicas con denominaciones expresadas en pesos fuertes. En esos momentos hay tres monedas distintas circulando: el peso fuerte, el peso corriente y el peso en plata boliviana.

La mayoría de los billetes emitidos por los bancos privados pueden ser canjeados por monedas de plata boliviana a la vista, es decir, con la sola presentación. Esto se termina al poco tiempo –hemos visto ejemplares en los que pusieron al dorso “no a la vista” con la firma del gerente o directamente tachaban la disposición “pagaderos a la vista” en el billete mismo–.

12. Su compañero el Chacho Peñaloza había sido fusilado cuatro años antes (noviembre 1863).



**Billete con el “a la vista” tachado;
al dorso, la leyenda “no se pagará a la vista”, agregada posteriormente**

Fuente: Banco de la Nación Argentina

¿Qué bancos eran? Entre los que emiten billetes con respaldo plata se encuentra el Banco Maua & Cia., perteneciente al Barón de Maua. Termina sus operaciones en 1872. El Banco de Londres y Río de la Plata empieza a hacer lo mismo en su sucursal de Rosario en 1866: emite billetes en plata boliviana y en pesos fuertes. Otros bancos que se suman son el llamado Banco Argentino y el Banco Entrerriano, que comienza a operar en Concepción del Uruguay, emitiendo billetes. Lo mismo hace el Banco Paraná, también fundado en 1866. El Banco J. Benítez e Hijo, instalado en Gualeguaychu, lanza su primera emisión en 1867. También de esta ciudad es el Banco Oxanduburu y Garbino, que emite pesos fuertes y en plata boliviana. Hay siete u ocho bancos más en Córdoba, Tucumán, San Juan y Mendoza. Al principio y por un tiempo conservaron su valor, luego se fueron devaluando.

De 1867 a 1876 el peso moneda corriente se cambia por oro en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, pero en mayo de 1876 el banco sufre una corrida cambiaria que lo deja sin oro.



Fuente: Banco Central de la República Argentina

El Código Civil, que entra en vigencia en 1871, establece en su artículo 2343 los bienes que son susceptibles de apropiación privada, y en el inciso 5 incluye

Los tesoros abandonados, monedas, joyas y objetos preciosos que se encuentran sepultados o escondidos, sin que haya indicios o memoria de quien sea su dueño, observándose las restricciones de la parte especial de este Código, relativas a esos objetos.

El Codificador dedica desde el artículo 2550 hasta el 2566 a legislar sobre a quién pertenecen los tesoros encontrados o en qué proporción. Determina también qué se entiende por tesoro, no considerando como tal a lo que se encuentre en sepulcros. Prohíbe buscar tesoros en predios ajenos sin permiso, con algunas excepciones; por ejemplo, puede buscarlos si fuera coposeedor y no si fuera sólo tenedor.

Considera que el descubridor es aquel que primero lo hace visible; determina qué sucede si se halla otro tesoro cerca y si el que lo encuentra es un poseedor imperfecto o un usufructuario. Determina que si es encontrado por el marido o la mujer en predio de uno u otro, pero ha sido descubierto por un tercero, la parte que queda para ellos es ganancial, y que el tesoro hallado en un mueble hipotecado no está comprendido dentro de la hipoteca.

Esta minuciosa legislación fue así redactada porque se encontraban con frecuencia tesoros. La gente los escondía bajo tierra, por desconfianza a los bancos y a la situación que se vivía.¹³

2.3. *Censo nacional de 1869*

En 1869 se realiza un censo nacional. De 177.787 habitantes registrados en Buenos Aires, 89.661 son argentinos y 88.126, extranjeros, casi el cincuenta por ciento del total.

El Colegio es poco operativo durante esos años. No se nombran nuevos presidentes y en 1876 retoma el cargo formalmente José Victoriano Cabral. No es difícil deducir que esto se debió a la Guerra del Paraguay (1865-1870), más las epidemias de cólera y fiebre amarilla, que exterminaron entre el ocho y el diez por ciento de los pobladores de la ciudad. (Las enfermedades son traídas por soldados que regresan de la guerra). En pocos días abandonan la ciudad miles de habitantes; de una población cercana a 180.000 personas quedaron sólo 60.000.¹⁴ En Corrientes, donde comenzó la epidemia, muere el veinte por ciento de la población. La enfermedad empieza a ceder a partir de abril de 1871.

13. Cuando mis hermanos y yo éramos chicos, vivimos un tiempo en Uruguay y todas las noches leíamos en el diario acerca de una excavación que estaban haciendo dos hermanas norteamericanas en el Cementerio Central de Montevideo, porque tenían un plano que demostraba que ahí se había escondido el tesoro de Garibaldi.

14. MOLINARI, Ricardo L., *Buenos Aires. 4 siglos*, Buenos Aires, TEA, 1980.



*Un episodio de fiebre amarilla en Buenos Aires (1871),
óleo de Juan Manuel Blanes*

También en esos años andaba dando vueltas por nuestro país, con intermitencias, un autonombrado Rey de la Patagonia, Oreille Antoine de Tounens, un francés que, según algunos autores, era abogado.



El supuesto territorio de Antoine

Probablemente fue enviado aquí por Napoleón III, quien intentó y consiguió aumentar de una manera increíble las posesiones francesas en América, Asia y África. (Con los años, perdieron Tailandia, Vietnam y África). Francia también trató de apoderarse de México. Probablemente estuvieran interesados en la Patagonia y ayudaron a Orelle Antoine a crear el Reino de la Araucanía y la Patagonia (también denominado Nueva Francia). Era un proyecto demasiado grande y costoso para ser el producto de un individuo sin mayor trascendencia. El supuesto reino ocupa parte de la Argentina y el sur de Chile. Aunque ningún Estado lo reconoce, consigue el apoyo de tribus araucanas.

Antoine de Tounens se autoproclama rey en 1860, con el nombre de Orllie Antoine I. Establece como límites de su reino el río Bio-Bío en Chile, el océano Atlántico por el Este, abarcando desde la mitad de la provincia de La Pampa hasta el estrecho de Magallanes. Su mapa no incluye lo que es hoy Tierra del Fuego.

Promociona su aventura en Europa y algunos empresarios financian un segundo viaje, realizado a finales de 1869. Es recibido por Cafulcura, quien le arregla una reunión en Buenos Aires. Intenta nuevamente ingresar en 1874. Imprime monedas (de cobre y de plata) y las trae en cajones para ser utilizadas en su reino.¹⁵ En 1876, pide tierras en Choel y Choel, pero ya se ha decidido la Campaña del Desierto.



Fuente: Banco Central de la República Argentina

También crea una bandera y un escudo e inviste con cargos a varios jefes tribales. Evidentemente, alguien más aparte del emperador lo acompañó en esta aventura, porque las monedas son de 1874 y Napoleón III fue destituido en 1870 y murió en 1873. De cualquier modo, sin algún apoyo muy importante no podría haber constituido la sociedad llamada Nueva Francia y lanzar en circulación un empréstito por treinta millones de pesos.

Es apresado en Chile; iba a ser fusilado, pero el cónsul de Francia intercede y es dejado en libertad, porque se lo considera "insano". Muere en 1878.

15. En el Museo del Banco Central tienen algunos ejemplares. (Algún autor duda sobre su circulación local).



Antoine

2.4. *Sucesos de esa época en el exterior*

Napoleón III fue el primero y único presidente de la Segunda República Francesa en 1848. En 1852 se convierte en el segundo emperador de los franceses. Fue el último monarca que reinó en Francia. Es probable que haya tenido mucho que ver con la aparición de este Rey de la Patagonia.

En 1864, nombra al archiduque Maximiliano de Austria Emperador de México y lo envía junto con tropas a hacerse cargo de ese país. En 1867, lo convalidan en el cargo Inglaterra y España. En junio de ese año el archiduque es fusilado en Querétaro (México).



Retrato de Napoleón III (1852), por Franz Winterhalter

Napoleón III, conquista zonas en África, está vinculado a la construcción del canal de Suez y pretende construir lo que luego sería el Canal de Panamá, a través de

Nicaragua. Incursiona en Indochina, en lo que luego se convirtió en Laos, Camboya, Vietnam y Tailandia, estableciendo una colonia francesa.

En 1865, termina la Guerra de Secesión en los Estados Unidos, se declara la libertad de los esclavos y Abraham Lincoln es asesinado. Los galeses llegan a la Argentina.

En 1866, la armada española bombardea el Callao, en Perú, y el puerto chileno de Valparaíso.

En 1867, Estados Unidos le compra Alaska a Rusia, que la consideraba inhabitable. Se resuelve la compra con un solo voto de diferencia con respecto a los que se oponen a la venta. Se paga por su transferencia la suma de 7.200.000 dólares.

Concluimos que con todos estos sucesos no debió ser fácil la decisión de crear el Colegio. Era un grupo reducido de dieciséis personas, había una guerra, una epidemia de cólera, fiebre amarilla, una mala situación económica, los bancos quebraban, las monedas se enterraban, España bombardeaba puertos vecinos... Podrían haber dicho “mejor lo dejamos para más adelante”, pero lo fundaron y hoy lo tenemos. Gracias a ellos y a los que los siguieron.

Para muchos el Colegio es hoy algo incorporado, es como natural que lo tengamos; pocos se detienen a pensar cómo llegamos hasta aquí.