

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

919

ENERO | MARZO 2015

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

**Director:** Álvaro Gutiérrez Zaldívar

**Comité editorial:** Maritel Mariela Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Diego Maximiliano Martí, Mariana Claudia Massone, Pilar María Rodríguez Acquarone.

**Coordinación editorial:** Departamento de Comunicaciones

**Secretario de redacción:** Agustín Rodríguez

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

Buenos Aires - República Argentina

+ 54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

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

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

Nº de Registro DNDA: 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  
Acuerdo entre AAEF y el CECBA  
Análisis y Control Previsional  
Asesora de Arancel  
Asesora de Informática  
Asesora de Inspección de Protocolos  
Automotores  
Congresos, Jornadas y Convenciones  
Consejo Consultivo AFIP  
Consultas Jurídicas  
Criterios Uniformes IGJ  
Cultura  
Defensa del Escribano  
Disciplina y Protección Jurisdiccional  
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, Marta Esther Goldfarb, Carlos Alberto Ortega, Adriana Patricia Freire.

## **Revista del Notariado**

**Director:** Álvaro Gutiérrez Zaldívar

**Comité editorial:** Maritel Mariela Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Diego Maximiliano Martí, Mariana Claudia Massone, Pilar María Rodríguez Acquarone.

**Coordinación editorial:** Departamento de Comunicaciones

**Secretario de redacción:** Agustín Rodríguez

### Editorial | 6

#### Doctrina

Inhibiciones, por la *Academia Nacional del Notariado* | 10

Prohibiciones del artículo 291 del Código Civil y Comercial con relación a las personas jurídicas, por *Norberto Rafael Benseñor* | 14

Nuevamente acerca del artículo 985 del Código Civil. A propósito de las conclusiones de la XXXI Jornada Notarial Argentina, por *José Carlos Carminio Castagno* | 43

Estudio de títulos de donaciones hechas a herederos forzosos en el Código Civil de Vélez y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, por *Pablo Luis Manganaro* | 63

Impacto del Código unificado en la Ley General de Sociedades. Asambleas unánimes, por *Alberto María Miguens* | 92

*Pot pourri* de régimen de vivienda con toques de DTR 4/2015 y OS 45/2015 y adición de constitución, legitimación y frutos, por *Mario Gabriel Szmuch* | 121

Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación, por *Mario Gabriel Szmuch* | 143

#### Dictámenes

Donación a herederos legitimarios. Acción de reducción. Plazo. Aplicación del Código Civil y Comercial, por *Diego Maximiliano Martí* | 216

#### Historia

Historia del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, por *Álvaro Gutiérrez Zaldívar* (capítulos VI, VII, VIII, IX y X) | 227

## **El notario es el primer intérprete de la ley**

Es sabido que el notario es el primer jurista que debe aplicar las normas nuevas en el área del derecho privado. Él tiene que aconsejar a las partes sobre sus obligaciones y derechos, sin tener jurisprudencia o doctrina en que apoyarse cuando las nuevas normas comienzan a regir. En muchas ocasiones, como ante el caso del pago de impuestos, la bondad de los títulos, la capacidad de las partes, entre muchas otras, el escribano 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 a las partes: les damos una opinión profesional y luego la firmamos. Quedamos involucrados en responsabilidades en un negocio ajeno. Al día siguiente de la sanción de la reforma del Código Civil del año 1968, tuvimos que decidir qué casos llevaban asentimiento conyugal y cuáles no, con todas las variantes que fueron planteándose: si era necesario 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. Y esto no es algo local, sucede lo mismo en los notariados de los otros países.

Todos sabemos que en un gran cambio legislativo algunos artículos son imprecisos, con lo que aparecen distintas interpretaciones. Tenemos que usar mucha cautela y acertar con la interpretación judicial que esperamos coincida con nuestra opinión. Nuestro Colegio lo sabe y –como veremos más adelante– ha tratado de darnos las mayores posibilidades con respecto al conocimiento de la nueva ley.

A veces, también se da el caso de que lo establecido en la ley no se puede cumplir, porque todavía no existen los organismos que responden al nuevo sistema o no tienen un sistema de funcionamiento implementado. Nos podemos encontrar con que un organismo receptor o emisor no exista o todavía no tenga las posibilidades de cumplir con las nuevas disposiciones. El Colegio, las distintas comisiones de estudio y los demás estamentos vinculados a los Colegios Notariales, como la Academia Nacional del Notariado, tienen en claro esta situación y tratan de informar y –si es necesario– establecer mecanismos que permitan cumplir con nuestra función de conservar y aumentar la seguridad jurídica.

## **El Colegio, el Consejo y la reforma del Código. La divulgación y el estudio de la nueva legislación**

Desde mucho antes de que se decidiera adelantar la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, ya el Consejo Directivo había incrementado la cantidad de cursos

de capacitación sobre este nuevo cuerpo legal. Incluso, nos pidieron que la *Revista* se concentrara en la publicación de trabajos sobre la nueva legislación. Asimismo, además de estos cursos, que podríamos llamar “presenciales”, se implementaron en los últimos meses cursos virtuales.

El Colegio decidió abocarse desde antes que el proyecto de reforma fuera ley a crear e implementar un sistema de estudio intensivo de la nueva legislación. Se empezaron a dictar cursos de capacitación y luego se sumaron los cursos virtuales mencionados. Por otra parte, se creó el *Programa de actualización intensivo sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, dirigido por el doctor Lorenzetti, que se desarrolla, desde el mes de marzo, en dos turnos diarios para que todos tengan la posibilidad de concurrir. Con esto se profundiza la tarea que ha sido particularmente intensa en los últimos dos años.

Se han abordado cursos ya sobre casi la totalidad del Código nuevo: derecho de superficie, sucesiones, personas jurídicas, régimen patrimonial del matrimonio, régimen de capacidad, derechos reales, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, sociedades, asociaciones y fundaciones.

Con la colaboración de los Institutos de Derecho Comercial, Derecho Registral, Derecho Civil, Derecho Notarial, Derecho Procesal y Derecho Tributario, y las Comisiones de Arancel y de Consultas Jurídicas se han dictado otros cursos y talleres de capacitación obligatoria, tomando temas de derecho notarial y registral.

También en el 2015 se ha continuado con la capacitación de los escribanos en relación con el Poder Judicial. Se realizaron encuentros a los que asistieron miembros del fuero criminal y correccional y civil, con la participación de jueces, secretarios y oficiales.

En números año 2014 (proyección igual o mayor para 2015):

- 400 alumnos estables de enero a diciembre que realizan cursos anuales.
- 10.000 escribanos asisten a los cursos (cada escribano de la matrícula concurre de 4 a 6 veces).
- 174 docentes.
- 1262 horas de clase dictadas.

Por otra parte, cabe destacar que el Colegio creó una comisión especial que responda consultas específicas sobre el Código Civil y Comercial *on line*. También ha enviado a los escribanos pautas elaboradas por los asesores del Colegio y ha desarrollado un sitio dedicado especialmente a difundir material sobre el Código.

El adelanto de la fecha de entrada en vigencia generó otras situaciones que son inevitables –ni malas ni buenas, simplemente se presentan– y hay que tomar decisiones, aunque tenemos en claro que se ha hecho lo que hay que hacer. Por ejemplo, el 30 de abril de este año se tomaron los exámenes de aspirantes a ejercer la función notarial como adscriptos o titulares: se inscribieron 388 postulantes, se presentaron 330 y dieron el examen escrito de acuerdo con lo legislado en el Código de Vélez. Los

que hayan aprobado deberán dar el examen oral en el mes de octubre de acuerdo con la legislación vigente a la época del oral.

### Este número

La puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación y las transformaciones que introduce en nuestra normativa de base son –como se podrá apreciar en los sucesivos números de la *Revista*– nuestra principal preocupación. En el n° 919 abordaremos un tema sobre el que no hay una posición uniforme y, por ello, daremos cabida a las distintas posturas que por el momento se han presentado a la *Revista*.

Presentamos en la sección “Doctrina” dos artículos sobre las prohibiciones del artículo 985 del Código Civil de Vélez Sársfield y el artículo 291 del nuevo Código Civil y Comercial. Uno de esos trabajos es de autoría del escribano de la provincia de Entre Ríos y miembro de número de la Academia Nacional del Notariado Carlos Carminio Castagno. El otro, de autoría del escribano de la Ciudad de Buenos Aires y actual presidente de la Academia Nacional del Notariado, Norberto Benseñor, representa la otra posición sobre el tema en cuestión, vinculada con la supresión que el artículo 291 vigente hace de la salvedad dispuesta en la última parte del 985 del Código derogado.

Es importante destacar que esta última postura –la desarrollada en la tesis del escribano Benseñor– expresa la interpretación institucional del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, al considerar que, a los efectos de la circulación del título y la seguridad jurídica, solo resultará observable el acto si de la documentación que se agrega resulta el interés directo y relevante.

En este número publicamos también un artículo sobre estudio de títulos de donaciones hechas a herederos forzosos en el Código de Vélez y en el Código Civil y Comercial, específico para nuestra actual situación; el autor es el escribano Pablo Manganaro.

La Academia Nacional del Notariado nos ha enviado un trabajo sobre inhibiciones, sobre el cual se ha debatido intensamente, casi palabra por palabra, con el fin de que no haya dudas sobre la interpretación de sus conclusiones.

Publicamos también un trabajo sobre derecho comercial: “El impacto del Código unificado en la Ley General de Sociedades. Asambleas unánimes”. El autor es Alberto Miguens, quien ya ha escrito varios artículos en nuestra *Revista*.

Los últimos dos artículos, del escribano Mario Szmuch, abarcan aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda, los pactos de convivencia y las recientes normativas registrales de la ciudad y la provincia de Buenos Aires al respecto. Analizan casos complejos y plantean propuestas de implementación. Recomendamos una atenta lectura.

En lo que respecta a la sección “Dictámenes”, en este número publicamos uno sobre donación a herederos legitimarios y la aplicación del nuevo Código (acción de reducción y plazo), del escribano Diego Martí.

Como venimos haciéndolo en los anteriores números, destinamos un apartado de la *Revista* para presentar nuevos capítulos de la historia del Colegio.

Agradeciendo los comentarios recibidos sobre nuestro número anterior, nos despedimos afectuosamente.

EL DIRECTOR

# Inhibiciones\*

## Academia Nacional del Notariado

**Sumario:** **1.** Introducción. Palabras del presidente de la Academia. **2.** Conclusiones finales del Consejo Académico.

### **1. Introducción. Palabras del presidente de la Academia**

El abordaje conceptual de ciertos institutos jurídicos puede resultar insuficiente al tiempo de resolver su aplicación inmediata en situaciones concretas y específicas. Prueba de lo expuesto acontece con la inhibición general de bienes, merecedora de diversos enfoques que, en definitiva, ocasionaron crecientes dificultades al momento de apreciar su extensión y delimitación. Esta circunstancia, que en modo alguno resultó inadvertida para la Academia Nacional del Notariado, permitió apreciar que, en el ejercicio cotidiano de la función, precisamente, son los notarios quienes son convocados para administrar una correcta calificación de su alcance y la eventual incidencia sobre el sujeto disponente ante la celebración de actos y negocios jurídicos. Fueron necesarias intensas sesiones plenarias de estudio para arribar finalmente a conclusiones que pudieran superar la imprecisión que rodea la temática.

En términos generales, se obtuvo consenso doctrinario en sostener que la inhibición general de bienes es una medida cautelar regulada en los códigos procesales, cuya finalidad es impedir que el afectado pueda disponer o gravar bienes, la cual tendrá eficacia solo cuando la orden judicial sea anotada con relación a los que sean registrables, de titularidad del inhibido y, por lo tanto, se encuentren inscriptos en el registro público pertinente, de acuerdo con su especialidad y jurisdicción. Una de las dificultades de esta cuestión resulta expuesta cuando se comprueba el caso de alguna reglamentación administrativa que, al requerir la constancia de que el disponente no esté inhibido en la jurisdicción donde está domiciliado, además de las que emita el registro del lugar donde contrata, pareciera insinuar que la medida acompaña al sujeto afectado, incluso fuera de la demarcación territorial donde se anotara la misma, como si se tratara de una incapacidad.

\* Presentado a publicación en abril de 2015.

## 2. Conclusiones finales del Consejo Académico

Recibidas las opiniones de los miembros y, también, trabajos doctrinarios al respecto, todo lo cual fue sometido a discusión, se aprobaron las siguientes conclusiones.

1. La inhibición general de bienes es una medida típicamente procesal. Su regulación le corresponde a las jurisdicciones locales, en el marco de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 12, de la [Constitución Nacional](#).
2. En el proceso común, la inhibición general de bienes es sucedánea o supletoria del embargo y tiende a asegurar la ejecución forzada de una eventual condena.
3. Son requisitos de la inhibición judicial los comunes a todas las cautelares genéricas: a) verosimilitud en el derecho; b) peligro en la demora; c) contracautela; d) desconocimiento de la existencia de bienes embargables o su insuficiencia.
4. La medida afecta exclusivamente el patrimonio de las personas inhibidas y no incide en su capacidad –materia que se encuentra reservada a la legislación sustantiva nacional–, ubicándose en el ámbito de las registraciones personales.
5. Por tal motivo, y como consecuencia de haberse conocido algunos decisorios que han desnaturalizado el concepto de esta cautelar, cabe destacar que aquellas disposiciones que regulan el ejercicio de profesiones y actividades y condicionan la matriculación del interesado a la circunstancia de que no esté inhibido constituyen solo requisitos de admisión que hacen a la calidad de la persona, sin que de dicha exigencia pueda inferirse que se trata de una consecuencia derivada de la incapacidad que generaría la inhibición. En tal sentido, son desacertadas las decisiones jurisprudenciales que, partiendo del supuesto indicado, deducen que esta cautelar produce cierto grado de incapacidad.
6. Por ser de carácter procesal, la medida solo afecta los bienes registrables y no los demás, por cuanto su traba en nada modifica la capacidad de la persona inhibida ni tampoco le impide celebrar actos jurídicos sobre bienes no registrables. Por lo tanto, la efectividad de la medida depende de su anotación en los respectivos registros y de la obligatoriedad de requerir certificados en operaciones de tal naturaleza. Por otra parte, la inhibición nunca podría impedir la libre disposición de los demás bienes, sometiendo al inhibido a una suerte de muerte civil, expresamente excluida de nuestra legislación (art. 103 [CCIV](#)<sup>1</sup>). Tampoco es razonable sostener que, por la sola circunstancia de que el acto se instrumente ante notario, este debe pedir siempre el certificado de inhibición, aunque el bien no sea registrable.
7. Los registros públicos están dispuestos acorde al principio de especialidad –constituido por la materia u objeto de la registración– y a un ámbito derivado de su competencia territorial.
8. La inhibición general de bienes anotada en un determinado registro no impide la transmisión o gravamen de otros bienes de distinta naturaleza del inhibido.

1. [N. del E.: cfr. art. 93 [CCCN](#)].

9. Ninguna norma del ordenamiento jurídico le atribuye a la inscripción de esta medida en el Registro de la Propiedad Inmueble carácter generalizado. El único precepto de la Ley Registral Inmobiliaria 17801 que podría alentar una interpretación favorable a una oponibilidad genérica es el artículo 30, que dispone: “El registro tendrá secciones donde se anotarán: a) la declaración de la inhibición de las personas para disponer libremente de sus bienes; b) toda otra registración de carácter personal que dispongan las leyes nacionales o provinciales y que incida sobre el estado o la disponibilidad jurídica de los inmuebles”. Sin embargo, esta referencia a los bienes –aunque omita el aditamento de “inmuebles” en el inciso a)– no es suficiente, por sí misma, para fundamentar una interpretación contraria:
- 1º) por cuanto, inmediatamente después, el inciso b) se refiere concretamente a la disponibilidad jurídica de los inmuebles;
  - 2º) porque el artículo 23 establece: “Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas”;
  - 3º) en virtud de que el artículo 31 prescribe: “Cuando fuere procedente, las anotaciones mencionadas en el artículo anterior deberán ser relacionadas con el folio del inmueble que corresponda. En cuanto sea compatible, les serán aplicables las disposiciones establecidas en esta ley para la matriculación de inmuebles e inscripción del documento que a ello se refiera”;
  - 4º) dado que el artículo 1 nombra estos registros como “de la Propiedad Inmueble” y el artículo 2, inciso a), menciona los diversos actos jurídicos que recaen sobre inmuebles, siendo el inciso b) una lógica consecuencia de aquel;
  - 5º) en razón de que una interpretación contraria dejaría sin fundamento y contenido la anotación de las inhibiciones en los Registros de la Propiedad Automotor y de Buques.
10. La inhibición general de bienes anotada en el registro inmobiliario del domicilio del afectado no impide la transmisión o gravamen de otros bienes registrables ubicados en distintas demarcaciones. No hay interpretación válida que permita arribar a una conclusión diversa. En efecto, tratándose de una medida procesal que afecta el patrimonio registrable del inhibido sin afectar su capacidad, carece de eficacia *erga omnes* y –menos aún– fuera del ámbito territorial donde fue anotada. Pretender asignarle una extensión extraterritorial a esta medida violenta las disposiciones que regulan el trámite uniforme de exhortos, rogatorias y oficios interjurisdiccionales (Ley 22172).
11. Las restricciones producidas por esta cautelar se limitan al sujeto inhibido, sin transmitirse en ningún caso a otras personas.

12. La disposición de un bien registrable por parte del inhibido resulta inoponible al inhibiente, quien –enterado del acto– dispone de medidas concretas de acción. Sin embargo, es importante destacar lo siguiente:
- a) El acto celebrado no es nulo.
  - b) El inhibiente se encuentra habilitado para interponer acciones –incluso contra el tercer adquirente– si en el certificado que se utilizó en la operación consta la cautelar vigente.
  - c) En caso de fuga registral, hay responsabilidad estatal.
  - d) El inhibido conserva la titularidad del derecho a disponer. Prueba de ello es que el acto celebrado, pese a la inhibición, es intrínsecamente válido, motivo por el cual la remoción o levantamiento de la medida –aun tardíamente– permite la eficacia inmediata del acto jurídico y su registración, sin necesidad de confirmación o ratificación documental.

# Prohibiciones del artículo 291 del Código Civil y Comercial con relación a las personas jurídicas\*

Norberto Rafael Benseñor\*\*

## RESUMEN

La participación de cualesquiera de los indicados en el artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación como accionistas, socios, asociados o integrantes de los órganos de personas jurídicas no ocasiona la invalidez de los actos que estas instrumenten. Excepcionalmente, en aquellas sociedades en que los socios respondan en forma personal por las obligaciones sociales, habrá que considerar en cada caso concreto si el asunto instrumentado compromete los intereses personales de aquellos a los efectos del artículo 291 del Código Civil y Comercial –conf. artículo 56 Ley 19550 y artículo 160 Ley 24522–.

**Sumario:** **1.** La normativa. **2.** La ratio legis y sentido de la prohibición. La imparcialidad. **3.** El interés personal. **4.** Participación en sociedades y otras personas jurídicas. **5.** La personalidad diferenciada. **6.** La cuestión en las sociedades de interés. **7.** El consorcio de propiedad horizontal. **8.** Los contratos asociativos. **9.** Otras cuestiones. **10.** Conclusiones.

## 1. La normativa

La validez del instrumento público requiere el cumplimiento de ciertos condicionamientos, tales como la calidad del funcionario u oficial público que interviene en su autorización, la competencia material, la territorial y la relacionada con las personas que participan. En el [Código Civil](#), el artículo 985 dispone que

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

\* Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, n° 121, año LXXIX, 1/7/2015, pp. 1-7 (t. 2015-C; cita online AR/DOC/2102/2015).

\*\* Presidente de la Academia Nacional del Notariado.

Por su parte, el artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación ([Ley 26994](#)), sustituye la citada disposición, a partir del 1 de agosto de 2015, por otra que establece que

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

Existen diferencias y semejanzas en la formulación de ambas normas. Se destaca, en primer término, que el artículo 291 incluye al cónyuge, respecto del que, aun cuando no estaba mencionado en el artículo 985, toda la doctrina coincidía en sostener que, implícitamente, estaba comprendido en la prohibición. Seguidamente, se incorpora al conviviente del funcionario, lo que consiste en una novedad frente a otros proyectos, tal vez justificable por la circunstancia de que este código legisla sobre las uniones convivenciales. Se mantiene la prohibición hasta el cuarto grado de consanguinidad, pero, en cuanto al vínculo por afinidad, se reduce la incompetencia al segundo grado, quedando fuera de todo impedimento los colaterales del tercer y cuarto grado de afinidad, lo que nos parece acertado. Ambas normas mantienen la exigencia principal de que para que se produzca la invalidez, los señalados deben estar personalmente interesados. Finalmente, la norma del artículo 291 suprime la salvedad dispuesta en la última frase del artículo 985, referida a los que tuvieron parte en sociedades anónimas, fueren directores o gerentes.

Precisamente, el objetivo de este trabajo es abordar este último aspecto, despejando cierto desconcierto generado frente a tal situación, que podría conducir a la errónea interpretación de que, con tal eliminación, se ha prohibido, a partir de su vigencia, la actuación del funcionario público en asuntos en que intervenga una persona jurídica en la que alguno de los sujetos indicados tuviera parte. No abordaremos *in extenso* toda la problemática vinculada con las prohibiciones impuestas, sino tan solo aquello que fuere conducente para aclarar el aparente conflicto que se ocasionaría en la actividad notarial, donde el supuesto es de frecuente aplicación. Necesariamente, para desenvolver la correcta hermenéutica de esta norma, es imprescindible relacionar la evolución doctrinaria que acompañara al artículo 985 del Código Civil sobre el particular.

## 2. La *ratio legis* y sentido de la prohibición. La imparcialidad

**2.1.** La actuación notarial, generadora de las especies más difundidas de instrumentos públicos –como son las escrituras públicas, las actas y demás documentos que emite–, se desarrolla mediante una actividad reglada, provista de preceptos y dispositivos ordenados, con la finalidad de que la prestación del servicio alcance, finalmente, el grado de efectividad aspirado por las partes. A diferencia de otros operadores

del derecho que, en su desempeño, deben abogar por la parte a la cual representan, el notario debe mantener, estrictamente y durante todo el tiempo de la relación, una austera imparcialidad frente a todos y cada uno de los interesados en los actos o documentos en los que intervenga o participe. La imparcialidad consiste en una cualidad mediante la cual el agente mantiene una distancia equidistante entre todos los participantes del acto y, consecuentemente, puede aplicar una relación de ecuanimidad o equidad respecto de ellos.

En la relación notarial, cualquiera de los requirentes, sin importar la posición que ocupa, debe recibir por parte del escribano, además de la prestación del servicio, una labor asesora respecto del acto a documentar, sin que se antepongan intereses personales o de sus allegados que puedan enturbiar o interferir el resultado procurado. El valor *imparcialidad* requiere, por supuesto, excluir toda situación donde la prestación del servicio no pueda desenvolverse en condiciones de equilibrio y libertad de conciencia. Indudablemente, si el agente advirtiera cierta violencia moral durante su actuación, podrá excusar su intervención sin incurrir en falta a sus deberes.<sup>1</sup> Sin embargo, podría comprobarse, en cualquier otra prestación, la eventual preexistencia o coexistencia de algún interés particular, compromisos de familia e implicancias afectivas o íntimas que, tal vez, alienten la sensación de que el desempeño ha sido enturbiado. Precisamente por esta circunstancia, casi todas las legislaciones de origen continental han estimado conveniente sancionar la actuación únicamente cuando existan relaciones específicamente influyentes sobre la tan mentada imparcialidad.

Sin duda, evaluar en cada caso concreto si estuvo afectado el juicio de ecuanimidad o equidad del oficial público podría instalar una tremenda inseguridad general, frente al peligro de que pudiera decretarse la nulidad de instrumentos públicos por considerar que habría estado comprometida la imparcialidad notarial. Era imprescindible, entonces, que la prohibición hacia el funcionario tuviera un tratamiento expreso, debidamente legislado y graduado, cuando, frente a la comprobación de supuestos objetivos, predeterminados y taxativos, se considere, sin requerir otro aserto, que se vulneraron las condiciones de viabilidad del otorgamiento y se origine la nulidad de los actos así instrumentados. A tal resultado se arriba por una concreta aplicación normativa, sin que sea necesario ponderar el resultado del servicio notarial ni exigirse prueba alguna del quebrantamiento de la ecuanimidad. En tanto en cuanto la legislación debió optar por categorizar objetivamente qué situaciones quedaban afectadas por imparcialidad, ha quedado descartada, entonces, la posibilidad de utilizar calificaciones subjetivas basadas en razones afectivas o íntimas.

**2.2.** El artículo 985 del Código Civil, según su nota puesta al pie, remite a una fuente expresa, Bonnier (§357), que a su vez reenvía a la ley francesa del 25 Ventoso (año

1. Ver [Ley 404](#) Orgánica del Notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Título II, Sección Primera, Capítulo V “Deberes”, art. 29, especialmente el inc. d).

XI). Según esta última disposición, les estaba prohibido a los notarios autorizar escrituras donde participaran parientes suyos en todo grado en línea recta y hasta tío y sobrino en colateral, a salvo, por supuesto, aquellos actos que el notario otorgaba para una sociedad comercial en la que él poseía acciones. Sin embargo, la doctrina nacional reconoce que, más bien, la fuente inmediata se encuentra en el artículo 693 del *Esboço* de Freitas, que declara la nulidad de los instrumentos públicos por sus vicios internos:

... 5) Cuando versaren sobre actos jurídicos en que el propio funcionario sea parte interesada, por sí o como representante voluntario o necesario de otro, o en que sean interesados, por sí mismos, parientes de aquel en la línea recta y en la línea colateral hasta el tercer grado, aunque el parentesco sea por afinidad o ilegítimo.

Se advierten coincidencias y diferencias entre esta disposición y el artículo 985 del *Código Civil*. Es similar la sanción impuesta por los actos instrumentados en tales condiciones, o sea, la privación de sus efectos. Media diferencia, incluso, con la Ley de Ventoso, por cuanto, tanto para esta como para Freitas, la prohibición rige en toda la línea recta, en cualquier grado;<sup>2</sup> en cambio, en la línea colateral, las fuentes alcanzan solo hasta el tercer grado.

Resulta interesante advertir una sutil distinción con el *Esboço*, por cuanto priva de efectos, expresamente, a los actos en que el propio funcionario sea interesado, tanto por sí o como representante voluntario o necesario de otro, sin reproducir esta consideración para los parientes, los que, *a contrario sensu*, podrían ser representantes (voluntarios o necesarios) de terceros, aclarando, por demás y en refuerzo de esa postura, que los intereses parentales deben ser por sí mismos. A nuestro juicio, Vélez Sársfield advirtió la disimilitud de condicionamientos y procedió a eliminar del texto del artículo 985 la expresión “tanto por sí, o como representantes voluntarios o necesarios de otros”, exigiendo en todos los casos que tanto el escribano como sus parientes estén “personalmente interesados”. Con ello, ha dejado fuera de sanción y, por lo tanto, ha considerado válidos los actos ejecutados por quienes, aun siendo de grados incompatibles, solo intervengan en representación de intereses de terceros, no comprendidos entre los grados parentales mencionados en dicha norma legal.

Finalmente, la redacción impuesta por Vélez Sársfield no califica las calidades consanguíneas o afines de los parientes, como lo hace Freitas, lo que ya fue puesto de manifiesto precedentemente y nos permite, a esta altura, sostener que esta redacción, si bien es simplificada, no permite excluir ningún tipo de parentesco.

2. La prohibición en toda la línea recta aparece mencionada en el art. 3653 *CCIV*, en materia de testamentos por acto público, indicando que el escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea no puede concurrir a la redacción del testamento.

### 3. El interés personal

Tanto el artículo 985 como el 291 utilizan la expresión “personalmente interesados”, evidenciando la firme decisión de negar valor a todo instrumento que se otorgue en tales condiciones y, de tal modo, evitar un eventual conflicto de intereses. Esta disyuntiva puede inferirse cuando media un interés antagónico del funcionario con su deber objetivo, el que, generalmente, presupone un sustrato económico, aunque no debería descartarse que la normativa pudiera aplicarse frente a la existencia de otro tipo de interés, siempre y cuando gravite en la relación y sea relevante para el caso, lo que, indudablemente, habrá que ameritar en cada situación concretamente.

Para sancionar de invalidez el acto cuestionado, como relación de causa a efecto, debe cumplirse con la condición, inexcusable, de que el interés en juego debe ser directo. Legón,<sup>3</sup> comentando el artículo 985 del Código Civil, destaca que, en su composición, el concepto de parte está desterrado, siendo relevante solo el interés. Admite la posibilidad que, además de los materiales, confluyan intereses de otra índole, pero acentúa que en ambos casos deben ser, por sí mismos, suficientes para que, aunque sea potencialmente, puedan desviar al funcionario de su deber de imparcialidad.<sup>4</sup>

También merece reiterarse que siempre debe efectuarse una apreciación estricta de la existencia del interés, eliminando como determinativos de su presencia los posibles afectos o estimas. Esta conclusión se fundamenta, ciertamente, por cuanto la interpretación de una norma de esta naturaleza tiene que reposar en criterios objetivos, sin recurrir a consideraciones subjetivas que, finalmente, afectarían con eventuales vicios la mayoría de los actos jurídicos instrumentados, lo que en modo alguno contribuye a la estabilidad de las relaciones negociales, la paz y la seguridad jurídica.

En el mismo sentido, la doctrina precedentemente citada considera que el interés debe ser directo, utilizando para comprobar esta circunstancia los principios de responsabilidad no delictual pertinentes para la reparación del daño, siendo de aplicación los lineamientos que fluyen de los artículos 520, 901 y 903 del *Código de Vélez Sársfield*, que en lo principal corresponden a los artículos 1725, 1726, 1727 y 1728 del *Código Civil y Comercial de la Nación*, tales como:

- a) Ser consecuencia inmediata y necesaria.
- b) Derivar de un hecho que acostumbra a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas.
- c) Que sea imputable al autor de tales consecuencias.

3. LEGÓN, Fernando, “La inhabilitación del actuario para el otorgamiento de actos públicos que interesen a él o a sus parientes”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 54, abril-junio 1936, p. 376-383. [N. del E.: ver también en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 442, mayo 1938, pp. 239-253].

4. Ver ORELLE, José M. R., [comentario al art. 985, “Interés”], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. 4, pp. 512-513.

La presunción legal priva de validez al acto en que sean personalmente interesados el escribano, su cónyuge, su conviviente y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Por tal motivo la comprobación fehaciente de que alguno de ellos ha participado como interesado del acto o negocio documentado provoca la nulidad. Sin embargo, ofrece cierta dificultad acreditar el interés personal del notario con relación al instrumento que autoriza, por cuanto es improbable que aparezca manifiesto, en tanto nuestra legislación no admite que el notario pueda comparecer ante sí mismo. Esto, que puede parecer una conclusión muy obvia, no debe generar sorpresa, en tanto el ordenamiento notarial español, en el artículo 139, en su texto anterior establecía

“Los notarios no podrán autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor, pero sí en las que sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos, con la antefirma ‘por mí’ y ‘ante mí’. En tal sentido, los notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su esposa o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias”.<sup>5</sup>

Situaciones como las expuestas no pueden producirse dentro del sistema legal argentino, en el que –no cabe duda– un notario no podría comparecer en su propio registro, ni siquiera ante otro actuante de ese mismo registro notarial. Esta afirmación, tal vez, no encuentra norma expresa que así lo diga, pero arribamos a semejante conclusión por la propia inferencia de la función notarial. La relación jurídica notarial requiere para su consagración, como mínimo, un requirente y un autor del documento. Dentro de su registro notarial, el oficial público está autorizado a desempeñar su función solo en esa calidad, por lo que permitirle, además, asumir la posición de requirente comprometería la configuración de su tarea documental. Ello, por supuesto, no le impide al escribano ser requirente en cualquier otro registro notarial.

5. “Escribano. Incompatibilidad”, en *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 715, enero-febrero 1971, pp. 198-203 (dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas basado en proyectos de Ana María Colo y Jaime Giralt Font, aprobado por el Consejo Directivo el 9/12/1970). La versión actual del art. 139 establece: “Los notarios no podrán autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor, pero sí las en que sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos, con la antefirma «por mí y ante mí». En tal sentido, los Notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias. No podrán, en cambio, autorizar actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor o de su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes de los grados mencionados, aun cuando tales parientes o el propio Notario intervengan en el concepto de representantes legales o voluntarios de un tercero. Exceptuase el caso de autorización de testamentos en que se les nombre albaceas o contadores-partidores y los poderes para pleitos a favor de los mencionados parientes. El notario no podrá autorizar o intervenir instrumentos públicos respecto de personas físicas o jurídicas con las que mantenga una relación de servicios profesionales”. [N. del E.: el lector podrá consultar aquí el texto completo y actualizado del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de España, [Decreto del 2/6/1944](#)].

Estando excluida la participación directa del escribano dentro de su propio registro, ya que ninguna norma reproduce en nuestro medio la autorización conferida en el reglamento notarial español, podemos adelantar que no resulta tarea sencilla determinar el interés personal del notario autorizante en un acto, en cuanto tal situación no será manifiesta ni devendrá ostensible. Por otra parte, quedan descartados como inductores los intereses que deriven del propio ejercicio profesional, incluyendo la percepción de los honorarios, la restitución de los gastos incurridos y los que puedan derivar por el posible éxito a obtener en el cumplimiento de la encomienda. En la especie, la valoración debe acreditar, amén del interés directo, que sea gravitante y preeminente.

En un resonado fallo judicial que concluyó decretando la nulidad de una escritura autorizada por el escribano a favor de su concubina,<sup>6</sup> la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires entendió que no se requiere que el escribano sea el beneficiario de las prestaciones, siendo suficiente que esté personalmente interesado. En tal sentido, se interpretó que el interés existe cuando la concubina<sup>7</sup> es la beneficiaria del acto, resultando evidenciado no solo por el eventual derecho sucesorio, que podría esgrimir a su tiempo, frente a la sociedad de hecho provocada por la unión en concubinato, sino por cuanto, en la realidad de la vida, entre los concubinos se procrea un goce promiscuo de los bienes, debidamente acreditado en esos autos, por cuanto se daban socialmente el trato de esposos. De todos modos, si bien, el disfrute conjunto de los bienes comunes ha configurado en este precedente, en principio, una causa para determinar el personal interés, no hay que descartar que otros elementos probatorios (entre los que figuraban el precio vil, la no presencia física de los testigos del acto, la edad del actor que vendió el inmueble, la creencia de que no ha sido efectiva la entrega del precio) contribuyeron a formar el decisorio del tribunal que declarara la nulidad de la escritura, dando por acreditado que el escribano público ha tenido interés propio en la venta otorgada a favor de su concubina (art. 985), ordenándose la restitución del inmueble.

#### 4. Participación en sociedades y otras personas jurídicas

4.1. Frecuentemente, un gran número de actos y negocios son celebrados no solamente entre sujetos individuales, sino con (o entre) corporaciones, sociedades u otras personas jurídicas. Se plantea, entonces, la disyuntiva de considerar o no comprometido el vínculo cuando cualesquiera de los indicados en la nómina de allegados, sin intervenir por sí mismos, participen o integren esas colectividades. Debe quedar definida si la condición de socio, accionista o asociado o la circunstancia de

6. SCBA, 3/8/1954, "S., P. J. c/ E., S. J. y otra" (*La Ley*, t. 76, p. 640).

7. Vocablo textual del fallo.

pertenecer al elenco de alguno de los órganos de funcionamiento originan igual incompetencia que la sancionada cuando se actúa a nivel propio.

Partiendo de la premisa de que, como dato definitorio de la invalidez documental, el interés personal requiere determinada calidad e intensidad, advertimos desde el inicio que no debería emplearse idéntica lógica frente a este tratamiento.

4.2. Tras declarar que son de ningún valor los actos en que el escribano o sus parientes dentro del cuarto grado “fuesen personalmente interesados”, el artículo 985 agrega que “si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido”. Recordemos que Bonnier –fuente reconocida por el Codificador– sostenía que el notario, sin embargo, podía otorgar documentos para una sociedad comercial en la que él poseyera acciones.<sup>8</sup> Sin embargo, el artículo 291 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) suprime esta salvedad, concluyendo con la renombrada expresión “personalmente interesados”.

Una interpretación simplista podría alentar el entendimiento de que, tras la eliminación de la frase y al no reproducir el articulado ninguna limitación, la participación de cualquiera de los nombrados en la persona jurídica otorgante del acto notarial ocasionaría la nulidad de este. Cerrar la cuestión con el argumento esgrimido condenaría *sine qua non* de nulidad gran cantidad de operaciones, contradiciendo una proficua labor doctrinaria especializada que, incluso, llegó a extender la salvedad del artículo 985 a otros supuestos no mencionados expresamente, pero que, naturalmente, son totalmente compatibles con la misma *ratio legis* que motivara al legislador a considerar excluida a la sociedad anónima. Es inquietante que, tras haber obtenido esa laboriosa evolución, se retroceda al punto de sostener que la mención a la sociedad anónima que hacía el artículo 985 era, en definitiva, una mera excepción dentro de la regla y, por lo tanto, con su eliminación, *a contrario sensu*, se confirma la prohibición. Nos cuestionamos si no sería más correcto, antes de proclamar el impedimento, recurrir a la integración normativa, mediante la cual no se desplacen, sin análisis, otras disposiciones del propio Código, las que sin duda, contribuirán a interpretar el sentido adoptado por el artículo 291. En este orden de ideas, destacamos, como de primordial influencia:

- a) La atribución de personalidad diferenciada a todas las personas jurídicas sin distinción (art. 143).
- b) La observancia de las finalidades perseguidas por cada clase de persona jurídica (art. 141).
- c) La expresa referencia, inserta en el articulado, que exige, siempre y en todo caso, que el involucrado en el impedimento esté personalmente interesado.

En realidad, para el artículo 291,<sup>9</sup> el núcleo de la prohibición se define por la comprobación del interés personal, directo y excluyente con la operación, el actuar

8. Citado por SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, p. 217.

9. También para el art. 985, como se fundamenta en el texto.

por sí mismo, sin estar revestido con otra personalidad e imputando otro patrimonio. Esta última circunstancia obliga a profundizar la observación e intentar comprobar –tal cual sospechamos– que, cuando el Codificador del siglo XIX hizo referencia a la sociedad anónima, a sus directores y gerentes como supuesto excluyente, no construyó una aseveración medular o definitiva dentro del texto, atribuyendo a la expresión un sentido cooperador con la finalidad de la norma.

Por demás, la doctrina civil ha sido conteste con la salvedad puesta a tal artículo, derivada de la propia personalidad jurídica de la sociedad anónima. Salvat<sup>10</sup> razona que esta excepción encuentra su fundamento en el régimen especial de las sociedades anónimas, las que, por su carácter de personas jurídicas, están dotadas de una personalidad propia, independiente y distinta de la persona de los socios y de los gerentes, directores o administradores. Borda,<sup>11</sup> por su parte, reconoce que la excepción es válida en cuanto son entidades que constituyen una persona distinta de sus socios, por lo que no contemplar esa situación habría sido extremar el rigor legal. Sin embargo, agrega que, aunque la ley se refiere solo a sociedades anónimas, idéntica solución ha de aplicarse al supuesto de toda otra persona jurídica. Agudamente, Llambías<sup>12</sup> destaca que cuando la participación del pariente en el acto resulta solo de pertenecer al elenco social, el interés no es directo sino indirecto, a través de entidades que constituyen una persona distinta de sus socios, por lo que habría sido excesivo mantener la incapacidad.

Estas referencias han colaborado, decididamente, a no limitar la interpretación y no apegarse, exclusivamente, al sentido gramatical, tomando únicamente la dispensa efectuada a las sociedades anónimas cuando parecía más adecuado a las actuales realidades extender la misma a la calidad per se de personas jurídicas,<sup>13</sup> tal como prestigiosa doctrina lo viene sosteniendo.

**4.3.** Trabajando, inclusive, con la literalidad del artículo 985, en una primera aprehensión que el intérprete debe efectuar de ella, pueden extraerse dos conclusiones principales:

- 1) Que la invalidez del acto se provoca solo cuando el escribano, su cónyuge o los parientes allí mencionados estén personalmente interesados (interés directo, como la doctrina lo ha exigido).
- 2) Que cuando el escribano, su cónyuge o los parientes integran una sociedad anónima como accionistas, son directores o gerentes de ella, si bien es posible in-

10. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, TEA, t. II, §1931, p. 349 (ed. actualizada por José M. López Olaciregui).

11. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, p. 198.

12. LLAMBIÁS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, p.432.

13. Cfr. ARMELLA, Cristina N., [comentario al art. 985], en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2C, p. 31. Ver SALVAT, Raymundo M., ob. cit. (cfr. nota 10): el autor acepta la posibilidad de extender la excepción a otras personas jurídicas.

ferir la existencia de algún interés, indudablemente, este resulta ser indirecto o más difuso, en tanto se limita a mantener una participación accionaria dentro de elenco societario, no siendo contundente y directo con el acto instrumentado, como lo exige la norma comentada, en tanto involucra el patrimonio de la persona jurídica y no el de sus integrantes.<sup>14</sup>

Esta última premisa permite razonar que la validez del acto celebrado por la sociedad anónima en la cual participan el oficial o sus parientes encuentra apoyo no solo en la excepción final, sino en todo el texto del artículo 985, en cuanto exige, para privar de valor a los actos, la existencia de un “personal interés” de aquellos, que nunca ha de estar presente en la intensidad requerida, frente a los actos que versen sobre el patrimonio y la voluntad de una sociedad anónima. En esta inteligencia, bien puede declararse que la validez del acto celebrado por la sociedad anónima de la cual fueren partícipes el notario o alguno de sus parientes en grado referido ya se encontraba cubierta por la propia estructura del artículo 985, resultando que la salvedad final era –como dijimos– una confirmación más o un recurso aclaratorio del sentido proclamado desde inicio. La expresa referencia a la forma societaria ha procurado brindar una comprensión más sencilla del texto, pautando su aplicación ante situaciones directas, sin pretender que se amplíe la ineficacia de los actos ante condiciones no acordes con la naturaleza propia de la prohibición, que, en todo caso, siempre debe ser estrictamente aplicada.

El Codificador advirtió que como las sociedades comerciales se constituyen con la finalidad de obtener ganancias, para ser distribuidas oportunamente, sus integrantes acreditan algún interés hacia los negocios de esta, aunque su inferencia fuere indirecta. Dado que, al tiempo de la sanción del *Código Civil*, las sociedades anónimas eran las únicas que requerían autorización estatal para funcionar, eran consideradas, por ello, personas jurídicas, comprendidas en el texto originario del artículo 33 de ese Código, diferenciándose de los miembros que la integran, lo que explica que la excepción fuera plasmada en forma expresa.

Más aún, en la salvedad quedó debidamente mencionada la calidad de directores, lo que es destacable y no ha sido debidamente advertido por la doctrina. Vélez Sársfield quiso ser absolutamente claro y certero en el sentido de que aunque el accionista fuere también director (integrante del órgano que administra la sociedad o gerente), igualmente el acto sería válido, sobre todo teniendo en cuenta que, en la época en que se dictó el *Código Civil*, para ser director de la sociedad anónima era requisito necesario ser accionista de la sociedad (ver art. 336 *CCOM*, hoy derogado por la *Ley 19550*), y la dirección y representación de las sociedades se regía por las reglas del mandato.

14. El eventual beneficio que ese acto ocasione en el patrimonio de cualquiera de los mencionados depende de diversas circunstancias; entre ellas, que produzca beneficios que, después de ser aprobado el balance respectivo, eventualmente originen utilidades líquidas y realizadas. En más de alguna oportunidad, los actos instrumentados por sociedades resultan ser neutros para el patrimonio de los socios o accionistas.

La simple lectura del artículo 985 permite concluir, sin esfuerzo, que no es inválido el acto cuando el escribano (su cónyuge) y los parientes dentro del cuarto grado fueren accionistas, directores o gerentes de sociedades anónimas, y, según nuestro criterio, también si fueran miembros de los órganos de fiscalización, dado que su rol es más difuso aun que el de los administradores sociales y nada influye sobre la personalidad social.

**4.4.** Los párrafos precedentes ilustran la interpretación finalista de la norma, acentuándose su relevancia y actualidad cuando la mayoría de los emprendimientos tienen hoy como protagonistas a personas colectivas, entidades con o sin fines de lucro y demás modalidades asociativas no mencionadas directamente por el artículo 985 antes citado. Un esquema interpretativo reducido a la mera aplicación gramatical, ya de por sí severamente discutida como método excluyente de la hermenéutica, no contemplaría situaciones similares y compatibles con la teleología del texto.<sup>15</sup> Bien se ha sostenido<sup>16</sup> que todos los métodos interpretativos, por igual, deben ser admitidos al tiempo de entender los textos legales, sin discriminarlos, ya que todos son coadyuvantes para encontrar el sentido de la norma. La tarea interpretativa solo culmina cuando se arriba al mejor juicio de valor conclusivo sobre ella. Las modernas escuelas que agilizaron y aseguraron vitalidad a códigos centenarios admiten elementos no previstos en la ley escrita pero contenidos en ellas como presupuestos implícitos o susceptibles de incorporarse en el proceso de interpretación para lograr el buen resultado.

**4.5.** Una interpretación funcional del precepto no debería menoscabar la influencia que la Ley 17711 ejerció en materia de personas jurídicas. Merece recordarse que el texto originario del artículo 33 del Código Civil decía:

Las personas jurídicas sobre las cuales este Código legisla son las que, de una existencia necesaria o de una existencia posible, son creadas con un objeto conveniente al pueblo, y son las siguientes: [...] 5) Los establecimientos de utilidad pública, religiosos o piadosos, científicos o literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio

15. Años atrás la remembranza de un artículo publicado en el diario *La Nación* nos hizo recordar lo obsoleto de insistir en las interpretaciones literales. Contaba el columnista, a propósito del tenor gramatical, que el aula magna de la Universidad de Cambridge exhibía un cartel que prohibía ingresar al recinto con perros. Pues bien, aplicando la literalidad de la prohibición Lord Byron intentó ingresar con un oso.

16. Ver: MARTÍNEZ RUIZ, R., "La reforma del Código Civil y la seguridad jurídica", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 702, noviembre-diciembre 1968, pp. 1390-1405; y MIRANDA, Marcelo W., "El artículo 985 del Código Civil. Análisis de su sanción", en *Gaceta del Notariado*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe Segunda Circunscripción, n° 57, mayo-agosto 1972.

propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes y no subsistan de asignaciones del Estado.

Ese artículo venía precedido por el artículo 32, el cual no fue alterado por la reforma, que sobre el punto agregaba que todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal o personas jurídicas. Si bien en doctrina se lo ha cuestionado por inútil y el poco rigorismo técnico de utilizar una fórmula por eliminación,<sup>17</sup> la inclusión de la conjunción “o” en el artículo antes mencionado (personas de existencia ideal o personas jurídicas) dio lugar al conocido debate acerca de si existían dos entidades diferenciadas o categorías de entes colectivos o solamente se trataba del empleo de sinónimos.

Salvat<sup>18</sup> les asignaba a tales términos una perfecta equivalencia, tesis que le permitió opinar que las sociedades civiles y comerciales eran casos de personalidad limitada, solo habilitadas a ejercer su capacidad en el campo de sus negocios, no pudiendo adquirir bienes a título gratuito ni poseer derechos de familia. Sin embargo, la doctrina civil fuertemente predominante distinguió como categorías diferentes la calidad de personas jurídicas y la de personas de existencia ideal, que, sin llegar a constituir sinónimos, se entendían vinculadas entre sí por una relación de género a especie. De tal forma, las personas jurídicas enumeradas en los artículos 33 y 34 originarios del Código Civil (establecimientos de utilidad pública, sociedades anónimas, universidades, etc.) no eran sino una especie del género personas de existencia ideal, género que comprendía las sociedades civiles y comerciales que no eran personas jurídicas pero cuya personalidad no cabía poner en tela de juicio<sup>19</sup> porque eran personas de existencia ideal. Esta postura no solo se apoyaba en la conjunción “o” y en la fuente de Freitas, sino también en las distintas disposiciones donde el ordenamiento diferencia las entidades que dispongan de patrimonio propio de las personas que las componen –tales como fueron las disposiciones de la sociedad civil y las pertinentes, en su momento, del Código de Comercio–.

No cabe duda de que los grupos que constituyen el sustrato de la personalidad colectiva carecen de conducta propia, de lo que puede deducirse que la personalidad colectiva no tiene conducta genética propia. Lo que se atribuye como conducta de la personalidad colectiva no es sino producto de hechos o actos de hombres, expresados individual o colectivamente mediante el sistema de suma de expresiones que constituye precisamente el organicismo. En este punto es de indudable importancia el razonamiento de Kelsen<sup>20</sup>, quien estableció que, en materia de personalidad co-

17. COLMO, Alfredo, *Técnica legislativa del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1917, pp. 203-204 (citado por MORELLO, A. M. y otros [coords.], *Examen y crítica de la reforma del Código Civil. Parte general*, p. 129).

18. SALVAT, Raymundo M., ob. cit. (cfr. nota 10), §1175.

19. MORELLO, A. M. y otros (coords.), ob. cit. (cfr. nota 17), p. 131.

20. Ver KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba.

lectiva, la cuestión se reduce a un problema de imputación. En la actuación grupal reconocida por el derecho existen dos fenómenos. Uno de ellos es la unificación, o sea, que un grupo de personas son reconocidos jurídicamente como una unidad. Y el otro es la imputación diferenciada, o sea, los efectos de la expresión de voluntad que realice determinada persona física no tienen por virtualidad obligarla a quien la expresa, sino que tales efectos recaen sobre la colectividad a la cual ella representa. Esta referencia histórica es de indudable utilidad a los efectos de entender el contexto dentro del cual Vélez Sársfield estructuró la norma del artículo 985 del Código Civil.

De todas las sociedades civiles y comerciales que la legislación civil y el Código de Comercio regulaban, la única que cumplía con los requisitos genuinos de la personalidad jurídica (objeto no contrario al interés público y autorización estatal para funcionar) era la sociedad anónima, por lo que se comprende su inclusión entre las menciones de la norma sin mayor esfuerzo. Reformado el Código Civil, en el año 1968 por medio de la Ley 17711, el régimen de las personas jurídicas evoluciona sobremanera, al punto tal que queda abolida la distinción entre personas de existencia necesaria y de existencia posible, la que es sustituida por personas jurídicas de carácter público y de carácter privado. Esta nueva clasificación permite comprender, incluso, la situación de las entidades autárquicas creadas por ley, que, sin llegar a ser de existencia necesaria, indudablemente son de carácter público y no se adaptaban a la terminología originaria del Código originario. También perdía virtualidad la distinción entre personas de existencia ideal y personas jurídicas, por cuanto a partir de esta reforma todas las personas colectivas de carácter privado debían reputarse, lisa y llanamente, personas jurídicas. De igual modo, suprimía la enunciación de corporaciones y establecimientos que contenía el artículo originario.

A partir de la Ley 17711, persona jurídica constituye la categoría genérica y exclusiva, omnicomprensiva, primeramente, de todas las corporaciones de bien común que ostenten aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, posean patrimonio propio e independiente de los miembros individuales que las componen y no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado para funcionar; y, seguidamente, tanto de las sociedades civiles y comerciales como de las demás entidades que tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar. Uno de los efectos más trascendentales de la reforma fue que la personalidad jurídica abarcaba, también, todos los entes que no necesitaban de un acto integrativo de autorización estatal. Más aún, con la sanción de la Ley 19550, la sociedad anónima también dejó de requerir autorización estatal para funcionar (art. 167). Precisamente, el reconocimiento legal de la aptitud de una entidad de adquirir derechos y contraer obligaciones permite atribuirle personalidad y la convierte, consecuentemente, en centro común de imputación. El organicismo, por otra parte, es el vehículo de que dispone la persona jurídica para expresar su voluntad, vinculándose con los terceros, sean personas humanas o jurídicas.

4.6. El **Código Civil**, después de la reforma de la Ley 17711, reconoce la personalidad jurídica tanto de las que requieran autorización estatal para funcionar como de las que dispongan del reconocimiento genérico previsto. De allí que hayan coexistido normas como las de los artículos 45 al 50, aplicables para las personas jurídicas del inciso 1 del artículo 33 (que requieren autorización gubernativa), mientras que las de los artículos 35 a 44 resultan ser normas genéricas aplicables a todos los casos. Tampoco concluye allí la cuestión, ya que las asociaciones indicadas en el artículo 46 son consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto, y es reconocida su calidad de sujetos de derecho. Por lo tanto, también son personas jurídicas, puesto que personas jurídicas y sujetos de derecho son enunciados asimilados.

Sus fundadores y administradores no asumen responsabilidad solidaria por los actos de esta, salvo si la constitución y designación de autoridades no se acreditare por escritura pública o instrumento privado de autenticidad certificada por escribano público. Supletoriamente, se regirán por las normas de la sociedad civil. Esta remisión legal lleva a Bouzat<sup>21</sup> a considerar que las simples asociaciones no constituidas por escritura pública o documento privado certificado también son personas jurídicas, en cuanto gozan de la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de sus miembros y administradores.

Teniendo presente la mencionada evolución a partir de la reforma introducida por la Ley 17711, es posible indicar que su influencia impacta y opera sobre la totalidad del cuerpo codificado, incluso sobre aquellas normas que no fueron reformadas. Interpretar lo contrario implicaría desvirtuar la finalidad y el efecto de producir reformas parciales. La incorporación de las normas modificadas repercute necesariamente en el resto del contenido normativo y el intérprete no debe prescindir de su asociación e integración conceptual, so pena de negar la propia reforma. Precisamente, en este sentido, el artículo 39 del Código Civil adquiere, después de la reforma introducida por la Ley 17711, una interpretación extensiva de inusitada importancia y a la cual la doctrina especializada no le asignó la importancia del caso. En efecto, esta disposición sostiene que

Las corporaciones, asociaciones, etcétera, serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores o mancomunado con ella.

Originariamente, cuando la norma mencionaba las corporaciones, asociaciones, etc., se refería indubitablemente a las personas jurídicas que requerían autorización del Estado para funcionar, concepción dominante en la exégesis del Codificador hasta

21. MORELLO, A. M. y otros (coords.), ob. cit. (cfr. nota 17).

que la doctrina se animó a considerar una subcategoría de sujetos de derecho, como eran las personas de existencia ideal. Pero, a partir de la reforma de la Ley 17711, todas las entidades indicadas en el artículo 33 fueron consideradas sujetos de derecho o personas jurídicas, aunque no requirieran autorización del Estado para funcionar, con lo cual las notas distintivas y la separación patrimonial descripta en el artículo 39 comprenden a todas y también a las sociedades –precisamente, el “etcétera” contenido después de la enumeración facilita esta aplicación–.

El artículo 39 consagra la denominada personalidad diferenciada contemplada en el artículo 143 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) –al que nos referiremos más adelante–. Tal conclusión permite actualizar la solitaria excepción societaria dispuesta en el artículo 985 del Código Civil sobre la base de una hermenéutica razonable, integradora de ulteriores incorporaciones de modalidades asociativas inexistentes al tiempo de la sanción del Código Civil.

4.7. De singular importancia para la aplicación de las prohibiciones es considerar la participación en asociaciones civiles, fundaciones, cooperativas y entidades mutuales. Todas estas entidades siempre fueron consideradas personas jurídicas, incluso antes de la reforma de la Ley 17711 (art. 33, inc. 1).

A nuestro juicio, estas entidades no fueron expresamente mencionadas en la excepción introducida por el Codificador dentro del texto del artículo 985 por cuanto no era necesario, ya que jamás podía presuponerse que ser miembros de las mismas o desempeñar un cargo en sus órganos implicaba disponer un interés personal en sus actos. Estas entidades tienen una finalidad de bien común, poseen patrimonio propio, pero no distribuyen dividendos o ganancias entre sus miembros. En las fundaciones ni siquiera existen miembros, solo hay fundadores e integrantes de los órganos de administración y, eventualmente, de fiscalización.

El artículo 50 del Código Civil dispone que disuelta o acabada una asociación con el carácter de persona jurídica, los bienes y acciones que a ella pertenecían tendrán el destino previsto en sus estatutos, y, si nada se hubiese dispuesto en ellos, los bienes y acciones serán considerados como vacantes y aplicados a los objetos que disponga el cuerpo legislativo, salvo todo perjuicio a tercero y a los miembros existentes de la corporación, y es suficientemente imperativo para impedir que el patrimonio remanente de estas entidades pueda distribuirse entre sus miembros. El Código Civil y Comercial de la Nación considera estas categorías como personas jurídicas (art. 148), manteniendo también el criterio del artículo 50 del Código Civil que veda a los asociados apropiarse del patrimonio remanente tras la liquidación, cuando en el párrafo final del artículo 168 dispone que las asociaciones civiles no pueden perseguir el lucro como fin principal, ni tener por fin el lucro para sus miembros o terceros, agregando que cualquiera que sea la causa de disolución, el patrimonio resultante de la liquidación no se distribuye entre los asociados (art. 185). En forma coincidente, la [Ley 19836 de Fundaciones](#) establece en el artículo 30 que, en caso de disolución, el remanente de los bienes deberá destinarse a una entidad de carácter

público o a una persona jurídica de carácter privado de bien común, sin fines de lucro y domiciliada en la República, indicación que se reproduce en el artículo 217 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#).

Por supuesto, para el Codificador, estos principios, propios de las entidades de bien común, no resultaron inadvertidos. Muy por el contrario, introdujo la excepción de la sociedad anónima, porque, como persona jurídica propia del derecho mercantil, distribuía dividendos a sus accionistas y, en consecuencia, estos disponían de algún interés en los actos que la misma realizara; pero, como el interés no era directo sino indirecto, consideró, al igual que sus fuentes, que introducir la expresa salvedad ayudaba a la correcta interpretación de la prohibición. De tal forma, la omisión de mencionar las entidades de bien público (asociaciones, fundaciones y demás) resultaba indiferente a los efectos del artículo 985 del Código Civil, ya que el escribano o sus parientes dentro del cuarto grado, aunque fueren miembros o integrantes de sus órganos, nunca dispondrían de interés personal directo frente a sus actos, situación que no se modifica frente al artículo 291 del Código Civil y Comercial, atento a que no se ha modificado la caracterología propia de estas entidades.

En conclusión, la circunstancia de que el escribano (el cónyuge y, ahora, el conviviente) o sus parientes, en los grados establecidos, sean miembros o integrantes de los órganos de una asociación civil, fundación o entidad mutual no determina que sea aplicable al respecto el artículo 985 del Código Civil, como así tampoco el artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación. Y, en consecuencia, los actos de estas entidades que se instrumentaran ante dicho escribano son válidos. Sobre este particular, la doctrina de los colegios notariales se ha orientado hacia la misma conclusión.<sup>22</sup> En cuanto a las simples asociaciones, ellas se rigen por las disposiciones de las asociaciones civiles y las establecidas en el capítulo específico (art. 188 CCCN), lo que es compatible con todo lo expuesto.

**4.8.** La [Ley 20337](#) regula la existencia y actividad de las cooperativas, cuyo régimen ha quedado escindido del cuerpo orgánico de la [Ley de Sociedades](#), eludiendo de este modo la polémica sobre su calidad societaria o asociativa y, a su tiempo, la condición civil o comercial de estas. Por todo ello, menciona su legislación específica como “cooperativa”, en forma neutra.<sup>23</sup> Tiene como características notables las siguientes:

22. Ver “Escribano. Compatibilidad. Entidad sin fines de lucro. Compraventa autorizada por escribano cuyo padre es socio vitalicio de la entidad compradora”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 785, septiembre-octubre 1982, pp. 1403-1404 (dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto de José María Fernández Ferrari, aprobado por el Consejo Directivo el 15/9/1982). Allí puede leerse la siguiente doctrina: “La norma del art. 985 del Cód. Civil, que sanciona con nulidad el acto jurídico celebrado por un escribano cuando él o sus parientes dentro del cuarto grado estuvieren personalmente interesados, se aplica cuando la voluntad de ellos interviene en la formación del negocio. El interés personal no está involucrado cuando fuere el de una persona jurídica que los mismos integraran”. “No es observable la escritura de compraventa autorizada por el escribano cuyo padre es socio vitalicio de la compradora, asociación civil sin fines de lucro...”.

23. ESCUTI, Ignacio A. y otros, *Manual de derecho societario*, p. 357.

- a) No tiene límite estatutario al número de socios (art. 8, incs. 2 y 3; art. 17 inc. 2).
- b) Requiere autorización para funcionar.
- c) Tiene capital variable (art. 2, inc. 1).
- d) Cada socio tiene un voto, independiente del capital que haya suscrito (art. 8, incs. 5 y 11).
- e) La distribución de excedentes es en proporción al uso, no habiendo reparto de utilidades sino retorno del mayor valor del servicio (art. 2, inc. 6; art. 42).
- f) El reembolso de las cuotas sociales se hace al valor nominal, en caso de liquidación (art. 94, §3).
- g) Reservas irrepartibles y destino desinteresado del remanente de la liquidación (art. 2, inc. 12).
- h) El sobrante patrimonial se le adjudica al organismo nacional o provincial de control, según el caso (arts. 95 y 101).
- i) Tiene como órgano administrativo un consejo de administración, elegido por la asamblea en forma periódica; la duración del cargo de consejero no puede exceder tres años (art. 63).
- j) Se le aplican supletoriamente las disposiciones de la sociedad anónima en cuanto se concilien con las de la Ley 20337 y la naturaleza de aquella (art. 118).

Surge claramente de las disposiciones comentadas que estas agrupaciones están formadas *intuitu rei* y no *intuitu personæ*, de igual modo que las sociedades anónimas, y que, en todo caso, en ellas, el interés del notario como el de los allegados relevantes nunca podría ser directo sino eventualmente indirecto.

Por ello, con motivo de un **dictamen** de nuestra autoría, requerido por la Comisión de Consultas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, hemos interpretado que la excepción del artículo 985 del Código Civil comprende también los actos otorgados por cooperativas en las cuales el notario, su cónyuge o sus parientes sean miembros o integrantes de sus órganos.<sup>24</sup> Esa opinión mereció la aprobación expresa del Consejo Directivo del Colegio, habiendo hecho lo propio con un caso similar la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.<sup>25</sup>

Rigen, según nuestra opinión, las mismas conclusiones a las que arribamos anteriormente con relación a las entidades autorizadas por el Estado a funcionar, interpretando que el interés personal no está comprometido.

24. "Función notarial. Carencia de incompatibilidad", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 851, enero-marzo 1998, pp. 87-91 (**dictamen** de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un dictamen de nuestra autoría, aprobado por el Consejo Directivo el 24/9/1997).

25. Ver "Competencia en razón de las personas. Padre del notario secretario de una cooperativa de seguros", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 906, enero-junio 1990, pp. 189-192.

**4.9.** La situación de las sociedades de responsabilidad limitada en cuanto al artículo 985 originó un arduo debate frente a la circunstancia de que este tipo social no existía al tiempo de la sanción del Código Civil. La sociedad de responsabilidad limitada fue incorporada a la legislación nacional a partir de la sanción de la Ley 11645 (año 1932), concibiéndola en dichos tiempos como un tipo intermedio o mixto entre las sociedades de capital y las de personas. Posteriormente, la Ley 19550 la reguló como uno más de los tipos previstos y, por último, la Ley 22903 introduce sustanciales reformas en la figura. Si bien puede discutirse su naturaleza, muchos de los argumentos esgrimidos por quienes sostenían la calidad personalista de esta sociedad<sup>26</sup> se encuentran superados a partir de la reforma de la Ley 22903.

En punto a la responsabilidad, la jurisprudencia ha dicho que esta sociedad debe considerarse parte del sistema de sociedades de capital, por cuanto la responsabilidad limitada que se establece para los socios<sup>27</sup> no se subvierte ni altera frente a la modificación o no de la denominación o del elenco de socios, la cual permanece inalterada pese a tales variables.<sup>28</sup> Igual criterio, por otra parte, ya había sido sostenido por Malagarriga,<sup>29</sup> quien incluso proclamaba que la inclusión del nombre de uno de los socios en la denominación nunca ampliaría su responsabilidad ni lo haría personal y solidariamente responsable por las deudas sociales.<sup>30</sup>

A todo evento, la doctrina que no encuentra una calificación exclusiva se inclina por considerarla un tipo intermedio,<sup>31</sup> circunstancia que algún fallo se ha ocupado de indicar,<sup>32</sup> aunque cabe destacar que la orientación general de la jurisprudencia siempre ha destacado las distintas personalidades entre el ente y sus componentes.<sup>33</sup> En la actualidad, la doctrina especializada considera que no se trata de una sociedad de personas sino por cuotas, que en realidad tiene más cercanía con las sociedades por acciones que con las de interés.

26. Yadarola, Ferreira y Farina, citados por MARTORELL, Ernesto E., *Sociedades de responsabilidad limitada*.

27. La responsabilidad limitada sufre dos excepciones claramente establecidas en la ley por el art. 150, ya que frente a terceros los socios responden ilimitada y solidariamente, por la integración de los aportes y por la sobrevaluación de los efectuados en especie, al tiempo de la constitución o del aumento de capital. De todas formas, esa responsabilidad no es ilimitada, como en las sociedades colectivas, sino limitada al monto del capital social.

28. CNCom., Sala A, 20/12/1977, "Rivadulla, Eduardo c/ Ribagliati, Luis".

29. MALAGARRIGA, Carlos C., *Derecho comercial*, t. 1, p. 351.

30. Crítica de este modo a Castillo, quien sostuvo lo contrario (*Derecho comercial*, 1935, t. III, p. 135). La CNCom., Sala A, en "Rossi c/ Fazio" (17/10/1958) declaró la inaplicabilidad del art. 305 a la sociedad de responsabilidad limitada respecto de la responsabilidad del socio cuyo nombre figura en la razón social.

31. MARTORELL, Ernesto E., ob. cit. (cfr. nota 26); MASCHERONI, Fernando H., *Manual de sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985 p. 11.

32. CNCom., Sala B, 9/6/1974 (*El Derecho*, t. 58, p. 322): "En la sociedad de responsabilidad limitada los factores 'persona' o 'capital' se encuentran taxativamente limitados, no siéndole aplicables, por consiguiente y en general, las mismas disposiciones que a los tipos clásicos de sociedad".

33. CNPaz, Sala I, 9/3/1964 (*El Derecho*, t. 10, p. 84): "La ejecución fundada en un pagaré otorgado por la sociedad de responsabilidad limitada no puede dirigirse contra los socios, habida cuenta de la distinta personalidad entre el ente social y sus componentes".

No puede prescindirse de la circunstancia –relevante para este tema– de que este tipo social, como consecuencia de la reforma introducida a la [Ley de Sociedades](#) por la Ley 22903, haya sufrido importantes alteraciones en su estructura, que la aproximan a la de la sociedad anónima, mediante la incorporación de rasgos otrora exclusivos de esta, atendiendo la expresa intención del legislador de procurar el mayor empleo de esta figura. No obstante, puede indicarse que se distingue de la sociedad anónima en cuanto no requiere previa conformación administrativa para su constitución o reforma, no está sometida a control de funcionamiento, el capital no está representado en acciones sino en cuotas, la responsabilidad de los socios se limita a la totalidad del capital social fijado (con el alcance del art. 150) y no solo a la integración del capital suscrito por cada uno de ellos y en que se permite la exclusión de los socios mediante acción especial (art. 91).

Se asemeja con la sociedad anónima en que: desde el inicio, la responsabilidad está limitada o acotada a una expresión nominal (en este caso, al capital social total), donde los cónyuges siempre pudieron integrarla entre sí (art. 27 Ley 19550, texto originario); las aportaciones dinerarias solo requieren la integración del 25%; el capital está representado por participaciones denominadas “cuotas”, que, de igual modo que las acciones, deben ser de igual valor (art. 148); son patrimonialmente transmisibles, sucesibles, parte constitutiva de la prenda común de los acreedores de los socios; pueden ser objeto de derechos reales y medidas cautelares; son ejecutables y subastables (arts. 57, último párr., 152, 153 último párr., 155 y 156); posee un organicismo diferenciado, denominando gerencia a quien se le encomienda la administración y representación de sociedad, manteniendo esta calidad aunque fuere unipersonal; sus integrantes pueden renovarse periódicamente; puede actuar en colegio; no se requiere calidad de socio para integrarla (art. 157), así como toda designación y revocatoria de gerentes no significa necesariamente reforma del contrato (art. 160, último párr.). En todos los casos, los derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades de los gerentes se rigen por las normas de los directores de las sociedades anónimas (art. 157, §3). Celebran reuniones periódicas y las decisiones se adoptan por mayorías, no siendo posible que un socio solo con su voto mayoritario adopte una resolución, para lo cual necesita siempre del concurso favorable de otro, aunque fuere para integrar su asistencia.

A partir de la reforma provocada por la Ley 22903, las cuotas son libremente cesibles, salvo pacto expreso que imponga restricciones (art. 152). En todo caso, estas restricciones contractuales son inoponibles a los herederos del socio durante los tres primeros meses de su incorporación (art. 155) y no obstan la subasta de las cuotas y la adjudicación a un tercer adquirente (art. 153, último párr.). Las restricciones nunca pueden ser absolutas, ya que no pueden prohibir la transmisión (art. 153, 1ª parte), existiendo medios institucionales para suplir la oposición sin causa de los demás socios. En este punto, es advertible la similitud existente con el artículo 214, que admite que en las sociedades anónimas se restrinja la transmisibilidad de las acciones, aunque no puede prohibirse su transferencia.

Todas estas disposiciones nos convencen de que cualquier característica personalista que podría habersele atribuido a la sociedad ha quedado profundamente transformada dentro del nuevo régimen legal. En este último aspecto, resulta importante destacar que el artículo 57 de la Ley 19550 dispone que en las sociedades de responsabilidad limitada se puedan hacer vender las cuotas o acciones de propiedad del deudor, con sujeción a las modalidades estipuladas.

Tampoco puede omitirse relacionar algunas opiniones controvertidas en la doctrina, provenientes de los dictámenes formulados por los colegios notariales. Así, un [dictamen](#) del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, de 1948, ha ponderado que en la sociedad anónima predomina el elemento capital sobre el personal, mientras que lo contrario sucede en las sociedades de responsabilidad limitada, por la cesibilidad restringida de las cuotas del capital.<sup>34</sup>

En la actualidad, este fundamento, lejos de definir una postura dirimente, deviene en un elemento sustancialmente impropio. A todo evento, es imposible sostener que aquellas entidades cuyos contratos o estatutos estipulen restricciones a la transmisibilidad de las participaciones sociales –lo que puede efectuarse en la propia sociedad anónima, conforme lo establece el artículo 214– constituyen a aquellas sociedades en personalistas. Tampoco es acorde definir el carácter personalista por la circunstancia de que los actos transmisivos de las cuotas deban inscribirse en el Registro Público de Comercio, por cuanto en las sociedades por acciones también se anotan las transmisiones en el libro de registro de acciones (art. 213) y, además, por cuanto el procedimiento regulado en el artículo 152 (texto según Ley 22903) bien permite suponer que la registración se produce más de una vez, sin necesidad de modificar el contrato.

En efecto, esta disposición establece que la cesión tiene efecto contra la sociedad cuando el cedente o adquirente entregue a la gerencia un ejemplar de ella o copia del título de cesión (efecto interno). Para hacerla oponible a terceros, la cesión debe ser inscripta en el Registro, en cuyo caso dicha norma solo requiere la presentación ante el organismo, con exhibición del título de la transferencia y constancia fehaciente de su comunicación a la gerencia, lo cual faculta sostener que, en tal caso, ni siquiera hay que cumplimentar la publicación de avisos. Más aún, si el articulado contractual requiriera su modificación, como consecuencia de la transmisión de la cuota (por aludir, p. ej., algún artículo a la persona del cedente), el Registro Público debería inscribir igualmente la transferencia, hacerla oponible a terceros y, posteriormente, indicarle a la sociedad que deberá adecuar el texto del articulado a la nueva situación imperante.

Toda vez que es función de la Inspección General de Justicia (a cargo del Registro Público de Comercio) inscribir los contratos de sociedad comercial, sus modifi-

34. “Actos prohibidos a los escribanos (art. 985 Cód. Civil). Excepciones. Aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 560, marzo 1948, pp. 196-199.

caciones y la transmisión por cualquier título de cuotas de sociedad de responsabilidad limitada (art. 4, incs. b y c, [Ley 22315](#)), se ha sostenido que quien alega tener perfeccionada una cesión de cuotas entre los socios, oponible frente a la sociedad, debe instar la solicitud de inscripción frente a la autoridad indicada (art. 152 LSC) en lugar de perseguir un pronunciamiento jurisdiccional en sede comercial.<sup>35</sup>

Estas razones contribuyeron en buena medida a mantener nuestro criterio, que sostenía la diferenciación del patrimonio de esta sociedad con el de sus socios, sumado ello a que, en la actualidad, tanto la reforma civil de la Ley 17711 como el artículo 148 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (inc. a) consagran como personas jurídicas a todas las sociedades, sin distinción de tipos ni clasificación alguna (art. citado y art. 2 [Ley 19550](#)).

Por otra parte, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires ha considerado en un dictamen presentado a su Comisión de Consultas que la prohibición del artículo 985 del Código Civil no resulta aplicable al caso de una escritura otorgada por un cuñado del notario, quien la suscribe en carácter de socio de una sociedad de responsabilidad limitada que se transforma en sociedad anónima. Se fundamenta en la circunstancia de que el acuerdo social que resuelve la transformación está formado por una suma de voluntades individuales convertidas en voluntad social, por lo que no es la voluntad personal de cada socio la que se exhibe en dicho acto, ya que, en definitiva, demuestra el ejercicio de la personalidad jurídica propia de esa sociedad comercial.<sup>36</sup>

Esa diferenciación de personalidad ha sido reconocida de igual manera por la jurisprudencia, al sostener que si un grupo u organización humana es reconocido como persona jurídica, nace un nuevo ser para el derecho, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. La persona jurídica posee una personalidad diferente e independiente de las personas humanas que le han dado nacimiento, con las cuales no se confunde ni aunque fueren el conjunto de todas ellas y menos que menos su “dueño”. En el caso, media distinta personalidad entre la sociedad y los socios, distinto patrimonio y distinta responsabilidad.<sup>37</sup>

También se sostuvo que a las sociedades comerciales se les atribuye expresamente la calidad de sujetos de derecho, ratificando lo dispuesto por los artículos 33 y 39 del Código Civil, por lo que no debe confundirse su personalidad jurídica, autónoma, con la de sus miembros, contando con una propia y diferenciada capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.<sup>38</sup> Finalmente, queda bien aclarado que donde no hay personalidad jurídica o donde no hay actos legítimos derivados de

35. CNCom., Sala E, 13/9/1996, “Creatore, Reinaldo c/ Creatore, Víctor s/ sumario”.

36. “Competencia notarial en razón de las personas. Cuñado del notario”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 856, mayo-junio 1981, pp. 735-736.

37. CNCiv., Sala F, 3/8/1966, “Kohnke, Otto c/ Kanapp, Eugenia”.

38. CNCom., Sala A, 27/6/2000, “Frutos de Dupuy, Graciela c/ Carosi, Augusto Matías s/ sumario”.

ella se estará ante los actos de seres humanos sin otra personalidad que la derivada de su condición de tales.<sup>39</sup>

Por todo lo expuesto, siempre nos inclinamos por predicar que la sociedad de responsabilidad limitada se encontraba incluida en la excepción prevista en el artículo 985 del Código Civil, y más aún actualmente. En todos los casos, la participación del escribano, su cónyuge, su conviviente o sus parientes en los grados previstos, como integrantes de la sociedad o en su calidad de miembros de sus órganos, no devela un interés personal directo. El interés indirecto que puedan llegar a mantener resulta indiferente a los efectos de negar validez a los actos así instrumentados.

**4.10.** La sociedad en comandita por acciones se rige por las reglas de la sociedad anónima (art. 316 [Ley 19550](#)). En la actualidad, constituye juntamente con esta el conjunto denominado “sociedades por acciones”. Por ello, son de aplicación las reflexiones oportunamente desarrolladas, a las cuales nos remitimos.

Solamente dejamos a salvo la situación de los socios comanditados, donde su responsabilidad personal e ilimitada se halla en juego, que aun cuando sea subsidiaria, merece una consideración especial, que trataremos más adelante junto con las sociedades de interés y aquellas que, a partir del 1 de agosto de 2015, se registrarán por la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades.

## 5. La personalidad diferenciada

En los párrafos precedentes destacamos que la evolución doctrinaria posibilitó superar la solitaria salvedad de la sociedad anónima contenida en el artículo 985 del Código Civil, para comprender a casi todas las personas jurídicas, demostrando que la participación de cualquiera de los sindicados como socios, asociados, miembros o integrantes no era, por sí, suficiente para considerarlos personalmente interesados con el acto instrumentado. Con la sanción del [Código Civil y Comercial de la Nación](#), a nuestro juicio, la cuestión queda solucionada definitivamente, tal como se verá seguidamente. La eliminación, lisa y llana, de la excepción contenida en el artículo 985 no supone que, *a contrario sensu*, pueda sostenerse que a partir de la vigencia del nuevo ordenamiento serán inválidos los asuntos otorgados por una persona jurídica en que cualquiera de los designados sea parte o tuviere participación.<sup>40</sup>

39. CNCrim. y Correc., Sala IV, 26/10/1993, “Dirección General Impositiva - Macri, Francisco y otro” (*Doctrina Judicial*, 1994-2, p. 297).

40. El art. 81 originario de la Ley 19550 disponía que a la transformación no se le aplicaban las disposiciones de la Ley 11867 sobre Transferencia de Fondos de Comercio. Esta indicación fue suprimida por la Ley 22903, que reemplazó la redacción incluyendo la caducidad del acuerdo de transformación. Tanto la exposición de motivos como la totalidad de la doctrina coincidieron en que la supresión se produjo por cuanto la previsión era innecesaria, aunque hubiere cumplido una finalidad docente al tiempo de sancionarse la ley.

El Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, de notable influencia en la redacción del Código Civil y Comercial, disponía que eran recaudos de validez del instrumento público, entre otros, que no fuera parte<sup>41</sup> por sí o en representación de un tercero el oficial público, su cónyuge o un pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 268, inc. c). Tampoco se incluía excusa alguna respecto de la eventual participación de los mencionados en sociedades u otras personas jurídicas. Indudablemente, no cabe presumir que tal omisión fuera producto del olvido de sus redactores o de la intención de impedir esos otorgamientos, considerando inválidos los instrumentos públicos otorgados por entidades compuestas por cualquiera de los citados. El precepto no propicia esa orientación, por cuanto exige que en el instrumento no sea parte por sí o en representación de un tercero el oficial público o los demás allegados. Con ello, resulta determinante de la invalidez que la intervención se concrete en el carácter indicado, sea en ejercicio de su propio derecho como en representación de un tercero, persona humana o jurídica. De tal forma, la participación de la persona jurídica por sí sola no provocaba incompetencia alguna, salvo que el oficial público o cualquiera de los demás ejercieran la representación de ella. Por lo demás, este proyecto también consideraba que las personas jurídicas tenían una personalidad distinta de la de sus miembros (art. 140).

El artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación difiere del antecedente de 1998 al no mencionar a la parte, sino que retorna al concepto del interés, cuya preponderancia en el caso ha sido destacada por la doctrina civil, exigiendo lisa y llanamente ser personalmente interesado en el asunto que el funcionario público autoriza. Es irrelevante para el caso, y por lo tanto no genera incompetencia, que la intervención resulte del ejercicio de una representación mientras no exista un personal interés en el asunto instrumentado. El interés, además de ser personal, debe ser directo, categórico, decisivo e influyente, porque de lo contrario resultaría sancionado cualquier instrumento público donde se presuma algún agrado o atractivo, lo que no es la finalidad de una norma en este sentido.<sup>42</sup> El interés personal exigido por la norma, para restar eficacia al acto instrumentado, es más categórico que el que puede resultar de la participación en la persona jurídica. No se desprende de la norma analizada que esa consecuencia haya estado prevista o derive de la apreciación lógica de los presupuestos planteados, sobre todo cuando se le asigna a la personalidad jurídica una destacada importancia dentro de la estructura del Código.

En este último sentido, es absolutamente definitorio el artículo 141 cuando define a las personas jurídicas como todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumpli-

41. El art. 591 inc. 3) del proyecto elaborado por la comisión designada por Decreto 468/1992 introduce el concepto de *parte* que utiliza el Proyecto de 1998.

42. Hemos indicado anteriormente que se excluyen en estos supuestos las estimas y afectos, ya que en las relaciones humanas pueden generarse vínculos de los cuales se desprenda satisfacción o aprobación por la operación concertada, sin comprometer el interés personal.

miento de su objeto y los fines de su creación, las cuales son prolijamente enunciadas en el artículo 148. Además, el artículo 143 se rotula “Personalidad diferenciada” y consagra el principio de que la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial. Por lo demás, el artículo 154 exige que la persona jurídica tenga un patrimonio, que, por supuesto, no es de los integrantes ni aun cuando ellos hayan aportado los bienes que lo componen.

Reciente doctrina coincide con este concepto al sostener que el principio contenido en el artículo 143 establece con claridad que las personas jurídicas tienen una personalidad distinta a la de sus miembros, lo que permite interpretar que la supresión efectuada implica habilitar la actuación del funcionario en los casos en que sus parientes actúan en representación o aun como socios de personas jurídicas, dado que el interés nunca será personal sino de la persona jurídica.<sup>43</sup> Disponer de una personalidad diferenciada significa exhibir un centro de imputación propio y distinto de quienes la integran o componen. Los integrantes, a su vez, respecto de los derechos y obligaciones de los cuales fueren titulares, disponen de un centro de imputación personal y diferente. Ambas normas, el artículo 143, que consagra una personalidad distinta, y el artículo 291, que exige *sine qua non* que estén personalmente interesados, deben ser integrados a fin de elaborar la hermenéutica de aplicación en la prohibición consagrada. Una interpretación contraria colisiona dos principios compatibles y deja sin explicación las disposiciones del artículo 144 del Código Civil y Comercial y del artículo 54 de la Ley 19550, que permiten declarar la inoponibilidad de la persona jurídica cuando la actuación cuestionada esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica. No puede desconocerse que existe un interés social, protegido en más de una oportunidad, exteriorizado a través de intereses comunes que, en un momento determinado, permiten encauzar la finalidad obtenida con la creación de la persona jurídica y que, ciertamente, sobrepasa el meramente individual.

No dudamos en sostener que, en la especie, la redacción impresa al artículo 291 supera definitivamente la cuestión y permite considerar que no existe incompetencia o prohibición cuando los actos instrumentados versaren sobre asuntos de sociedades u otras personas jurídicas donde quienes son mencionados en el texto integran el elenco de socios, asociados o de miembros de sus órganos, sin que tal grado de participación pueda presuponer la condición de estar personalmente interesados, como requisito de invalidez. Como toda norma que resta de valor a un acto, corresponde una interpretación restrictiva, acreditando el vicio documental solamente si se cumplen los supuestos contemplados y no otros similares, análogos o inferidos.

43. Ver LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, t. II, p. 134: se reconoce que parte de la doctrina había sostenido que la excepción regía respecto de todas las personas jurídicas.

Como presupuesto funcional, la prohibición ha sido establecida con la finalidad de no perturbar la certeza jurídica, evitando posibles invalidaciones por apreciaciones puramente subjetivas. De esta manera, *a contrario sensu*, todos aquellos actos que superen las reglas objetivas establecidas en la normativa son válidos, careciendo de sustento exegético cualquier pretensión invalidante en tal sentido.

En idéntico sentido al expuesto se expresa que, dada la gravedad de la sanción que implica la violación de este precepto, es preciso fijar límites objetivos, ya que no sería posible valorar siempre los intereses subjetivos del funcionario. El artículo 291 suprime las excepciones del artículo 985 relativas a si los interesados lo fueren solo por tener parte en sociedades anónimas o ser gerentes o directores de ellas, dado que no hay razón de que exista limitación alguna para que el notario intervenga en el ejercicio de la función pública, por tratarse de personas jurídicas.<sup>44</sup>

Finalmente, agregamos que todo lo expuesto no queda afectado por la circunstancia de que alguna de las sociedades que participen en el acto sea unipersonal, por cuanto esta condición no limita la personalidad diferenciada respecto de su componente (art. 1 Ley 19550).

## 6. La cuestión en las sociedades de interés

Se consideran sociedades de interés la sociedad colectiva, la comandita simple y la de capital e industria. No cabe duda alguna de que son personas jurídicas (art. 148 inc. a, CCCN y art. 2 Ley 19550) y, como tales, disponen de personalidad diferenciada y separación patrimonial de los socios que la componen. Conservan rasgos personalistas en ciertos aspectos destacados por la ley, tales como:

- Que los acreedores del socio no pueden hacer vender la parte de interés, pudiendo cobrar su crédito sobre las utilidades y la cuota de liquidación; que no puede prorrogarse el término de duración si no se satisface al acreedor particular embargante (art. 57 Ley 19550).
- Que la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato (art. 90 Ley 19550).
- Que cualquiera de los socios puede ser excluido mediando justa causa.<sup>45</sup>
- Que pueden actuar bajo una razón social que se modificará si el socio mencionado en ella pierde su calidad de tal (arts. 126, 134 *in fine* y 142).
- Que la transferencia de las partes de interés, incluso a otro socio, requiere el consentimiento de los demás (art. 131).

Comprometen su responsabilidad personal los socios de la sociedad colectiva, los comanditados en la sociedad en comandita simple, el socio capitalista y el indus-

44. CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, La Plata, Astrea-FEN, t. 1, p. 734.

45. Por extensión, la exclusión se aplica también a la sociedad de responsabilidad limitada y a los comanditados de la sociedad en comandita por acciones.

trial hasta el monto de las ganancias no percibidas. También adquieren esta responsabilidad los socios comanditados de la sociedad en comandita por acciones (art. 315 Ley 19550) y las sociedades que no se constituyan conforme a los tipos previstos en la ley y estén sometidas al régimen establecido en el Capítulo 1, Sección IV, de la Ley 19550, en la medida dispuesta en los artículos pertinentes.

Frente al compromiso patrimonial que podría resultar de las operaciones sociales hacia esta categoría de socios, aun subsidiariamente, se plantean dos hipótesis de solución:

- a) Aplicar el principio de la personalidad diferenciada, sin hacer distinción alguna en tal sentido, con lo que, siendo cada una de estas sociedades una persona jurídica distinta de los miembros que la componen, entender que la eventual responsabilidad emergente del tipo no convierte a los socios en personalmente interesados, por cuyo motivo, a los efectos del artículo 291, los actos celebrados serían válidos.
- b) Propiciar un distingo y analizar si, con motivo del acto a instrumentar, puede comprometerse la responsabilidad personal (solidaria o mancomunada) de los socios, en cuyo caso, si el acto no tuviera la virtualidad de proyectar efectos sobre el patrimonio o la persona del socio, la instrumentación del acto no merecería observación, mientras que en el caso contrario regiría la prohibición del artículo 291.

A fin de recurrir a reglas que mantengan una rigurosa lógica jurídica, se aconseja utilizar como parámetro interpretativo la norma del artículo 56 de la Ley 19550 que dispone que la sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios con relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate. En el mismo sentido, el artículo 160 de la Ley 24522 de Concursos y Quiebras determina que la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada.<sup>46</sup> Estas disposiciones orientarán sobre aquellos casos en que podría verse comprometido el interés personal del socio producto del sistema de responsabilidad derivado del tipo. Por supuesto, cuando nos referimos a la responsabilidad de los socios como circunstancia definitoria de aplicación, entendemos que se trata de la responsabilidad natural que surge del tipo social elegido y no la que pueda resultar del incumplimiento de disposiciones legales o por motivos sancionatorios o extensivos.

De todas maneras, reiteramos que ninguna de estas conclusiones permite suponer que esas sociedades pierdan la personalidad diferenciada que la ley les ha otorgado ni las consecuencias que se derivan de su aplicación, ni tampoco que se altere la separación patrimonial entre sociedad y socios.

46. El art. 160 finaliza diciendo que cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en el artículo.

## 7. El consorcio de propiedad horizontal

El artículo 148, inciso h), del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) reconoce al consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica; asimismo, la primera parte del artículo 2044 agrega que el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio. El Código no menciona expresamente cuál es el acto constitutivo del mismo; sin embargo, atento a que este artículo indica que el domicilio se establece en el inmueble, que sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador, y que se extingue la personalidad con la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal (sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial inscripta en el Registro Inmobiliario), de ello se desprende que su nacimiento se produce con el otorgamiento del reglamento de propiedad horizontal (art. 142 y arts. 2056 y cc.).

Sobre este particular, en términos generales y en principio, podemos señalar:

- a) Rige plenamente la incompetencia del artículo 291, en el acto constitutivo del consorcio, por cuanto el otorgamiento del reglamento proviene de un acto de quien fuere titular de dominio. La prohibición se extiende a la desafectación, si ella proviene del acuerdo unánime de los propietarios y alguno de ellos está comprendido en la enumeración de dicho artículo, puesto que la titularidad de dominio se transforma en una porción indivisa del inmueble.
- b) No resulta aplicable la prohibición del art. 291 en aquellos otorgamientos en que participe el administrador en representación de la persona jurídica del consorcio, mientras no resulten afectados, beneficiados o comprometidos los derechos dominiales o particulares de alguno de los propietarios comprendidos en el vínculo.

## 8. Los contratos asociativos

Ninguno de estos contratos ni la organización común que se configura como consecuencia de su instrumentación constituyen sujetos de derecho, ni sociedades (arts. 1442 y ss. CCCN), por lo que no disponen de personalidad diferenciada. En consecuencia, si alguno de los partícipes ostentare el grado de vinculación indicado por el art. 291, el acto en cuestión sería inválido.

## 9. Otras cuestiones

La personalidad diferenciada (art. 143) nace a partir de la constitución de las personas jurídicas. Por tal motivo, todas las interpretaciones consignadas precedente-

mente no son aplicables a los instrumentos que constituyan sociedades donde el oficial público, su cónyuge, su conviviente o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad adquiriesen el rol de socios o accionistas. Se arriba sin ninguna dificultad a este aserto porque en la constitución la expresión de voluntad se vierte en el instrumento en forma individual y le corresponde a cada uno de los fundadores de la sociedad, la que recién adquiere la personalidad tras la constitución, después de la firma de los otorgantes y del escribano (art. 305, inc. f CCCN).

Una cuestión conflictiva se produce al tiempo de resolver si media interés personal cuando los intervinientes documentan la constitución o dictan el estatuto de una asociación civil o fundación donde participen como los mencionados en el artículo 291. Hemos señalado en este trabajo que estas entidades no pueden tener como finalidad principal el lucro para sí ni para sus miembros (art. 168 *in fine*). Sin embargo, habrá que analizar cada caso concreto, ya que no necesariamente el interés exigido debe ser patrimonial, pudiendo ser relevante otros roles puntuales, aun cuando tengan carácter extra-patrimonial.

El artículo 291 exige que el interés de los partícipes sea personal en el acto a instrumentar, por lo que si alguno de los mencionados en el texto, con excepción del oficial público, interviene en representación de un tercero el acto es válido. Por supuesto, tal conclusión también es aplicable al caso en que la representación que se invoque sea de carácter orgánico, aunque la sociedad fuere de las consideradas de interés y, en este último caso, el compareciente no sea socio de la misma y por lo tanto no involucre su responsabilidad personal.

Si todos los actos no comprendidos en el artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación son válidos, no resulta sostenible que ante la proximidad de un vínculo no computable se proclame que su instrumentación constituya por sí misma falta de ética, por presumirse la parcialidad. La comisión de hechos reñidos por la ética constituye una falta disciplinaria que solo debe tenerse por acreditada mediante adecuada actividad probatoria, demostradora tanto de la irregularidad cometida (no meramente inferida) como de la violación al principio de imparcialidad. Es muy frecuente que frente a cuestiones fronterizas se hayan conocido opiniones y dictámenes en que, de modo abstracto, se califica el acto de reñido con la ética, cuando en realidad adoptar esta conclusión importa cercenar por inferencia y oblicuamente la competencia material y funcional del oficial público en aspectos en los cuales su intervención está admitida por la legislación civil.<sup>47</sup>

Lo mismo sería aplicable cuando se pretende extender las prohibiciones del artículo 291 establecidas para el notario autorizante al registro del cual es actuante, proclamando que este último es una unidad. Sobre este aspecto, si bien hubo algún pronunciamiento judicial aislado, puede afirmarse que los actos no son inválidos, porque la invalidez afecta solo al escribano y no al registro en que actúa, cuya men-

47. MEDINA, Graciela y RIVERA, Julio C. (dirs.), ESPER, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2014, t. I, p. 672.

ción no ha sido efectuada por el artículo 985 del Código Civil ni tampoco por el artículo 291 del Código Civil y Comercial. Eventualmente, podría constituir una falta de ética o disciplinaria, según los respectivos ordenamientos locales. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la [Ley 404](#) dispone que los interinos y subrogantes que actúen como tales en un registro notarial tendrán, respecto de los actos que autoricen en él, las incompatibilidades previstas en el artículo 985 del Código Civil con relación también al titular del registro de que se trate, sus adscriptos y los parientes de todos ellos (art. 51). Sobre este particular, dejamos bien en claro que la infracción a lo dispuesto solamente acarrea responsabilidad disciplinaria y no originaría la nulidad de los actos así instrumentados, ya que ninguna ley local podría disponer nulidades ni extender las contenidas en la legislación civil a otros supuestos.

## 10. Conclusiones

- Todas las personas jurídicas son personas distintas de los miembros que las componen (art. 143 CCCN). Poseen patrimonio propio, diferente del que disponga cada uno de sus integrantes.
- La circunstancia de que en algunos supuestos expresamente previstos en el Código Civil y Comercial y en la legislación especial los miembros de la persona jurídica respondan por las obligaciones de esta no implica desvirtuar la personalidad diferenciada reconocida ni la separación patrimonial atribuida.
- La participación de cualquiera de los indicados en el artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación como accionistas, socios, asociados o integrantes de los órganos de personas jurídicas no ocasiona la invalidez de los actos que instrumenten estas.
- El interés de que cualquiera de los integrantes de la persona jurídica disponga sobre los actos de esta nunca es directo, categórico y decisivo como para revestir la condición de estar “personalmente interesados”, exigida por el artículo 291.
- Excepcionalmente, en aquellas sociedades en que los socios respondan en forma personal por las obligaciones sociales, habrá que considerar en cada caso concreto si el asunto instrumentado compromete los intereses personales de aquellos a los efectos del artículo 291 del Código Civil y Comercial (cfr. art. 56 Ley 19550 y art. 160 Ley 24522).

# Nuevamente acerca del artículo 985 del Código Civil

## A propósito de las conclusiones de la XXXI Jornada Notarial Argentina\*

José Carlos Carminio Castagno\*\*

### RESUMEN

---

Se efectúa un análisis crítico de los documentos que se detallan en el trabajo, todos ellos referidos a la consideración que se efectuó en la última Jornada Notarial Argentina de la variada temática implicada en el artículo 985 del hoy derogado Código Civil.

---

He leído detenidamente el informe inicial de la señora coordinadora nacional y las conclusiones del Tema III<sup>1</sup> de la referida Jornada: “Las prohibiciones del art. 985 del C. C. Interés contrario. Interpretación de la norma frente a la actuación con personas jurídicas y la celebración o ejecución de contratos de fideicomisos. Otros supuestos. Carácter de la nulidad consagrada”.

Comenzando por [el citado informe](#) de la señora coordinadora nacional, me sorprende que afirme que “a poco de indagar en su tratamiento resulta llamativo que el mismo no haya sido motivo de análisis en jornadas y convenciones notariales anteriores”. Y así lo digo ya que al menos asistí a dos en las que fue tratado expresamente: en el Congreso de Derecho Notarial (Córdoba, julio de 1971) y en la V Reunión Jurídico-Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (Rosario, julio de 1972). También se dice allí –a pesar de que al final se cita un buen número de obras y trabajos en los que se trata el tema– que “no existe tampoco demasiada bibliografía al respecto”, insistiéndose luego en la propuesta de “analizar esta temática inédita”.

\* El autor disertó sobre el mismo tema en la sede del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires el 13/11/2014, durante el LXVIII Seminario “Laureano Moreira” de la Academia Nacional del Notariado. Sobre la base de esa disertación ha elaborado el presente trabajo. En la aludida Jornada (Córdoba, 7-8/8/2014), el análisis del artículo citado constituyó el Tema III.

\*\* Miembro de número de la Academia Nacional del Notariado.

1. No así los trabajos que se presentaron.

A continuación, se reitera la postura dominante –repetida hasta el hartazgo desde el primer congreso de la entonces recién fundada Unión Internacional del Notariado Latino<sup>2</sup>– así: “La doctrina en forma mayoritaria ha expresado que el notario es un profesional del derecho a cargo de una función pública”. Pregunto: ¿existe, en los sistemas republicanos, algún funcionario público “por derecho de sangre”? ¿No están todos –aunque mal les parezca– “a cargo” de una función pública? ¿O es que hay aquí un príncipe de Asturias, de Nápoles, de Gales o un delfín, herederos de tronos desde su nacimiento? He dicho más de una vez que esta posición es aprovechada por el notariado para enarbolar la bandera “profesionalista” (si la amenaza es su absorción como un cuerpo estatal) y la “funcionarista” (si el peligro consiste en la supresión del número limitado de registros), actitudes veletas que –por su mutabilidad e inconstancia, como también lo he dicho– lo desprestigian. Un ejemplo de ello lo dio un renombrado catedrático de derecho notarial que –ante lo prescripto en el artículo 1768 del proyecto de la comisión redactora del nuevo Código (en armonía con el 774)<sup>3</sup>– propuso que se sostuviera que los notarios están encuadrados en la norma porque ejercen como “profesionales liberales” y, por ende, asumen una obligación “de medio” (postura que concitó la adhesión de otros distinguidos notarialistas). Por mi parte, precisé cómo entiendo la obligación “de resultado” del notario autorizante al exponer sobre el tema “Estudio títulos y responsabilidad notarial”<sup>4</sup>.

Creo ser uno de los pocos que proclaman decididamente el carácter de funcionario público del escribano al ejercer la función fedante –que denomino desde hace varios años “factidiccional”–, luego de hacerme cargo detalladamente de cada uno de los argumentos de la tesis profesionalista y de las “intermedias”, lo que mereció de esa inolvidable figura que fue el ya nombrado doctor Pelosi elogiosos conceptos, al prologar mi *Teoría general del acto notarial*.<sup>5</sup> Además, debo señalar que en el mis-

2. Buenos Aires, 2/10/1948.

3. Art. 1768 (en lo pertinente): “Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto”. Art. 774 (en lo pertinente): “Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso...”.

4. En el XIX Seminario sobre Técnica Notarial (Buenos Aires, 11/1989) del Instituto Argentino de Cultura Notarial (Academia Nacional del Notariado) y en la sesión del Consejo Académico de la Academia Nacional del Notariado (13/5/1996), cuya síntesis fue publicada en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 852, abril-junio 1998, pp. 27-33 [N. del E.: ver también *Reseña*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, n° 4, noviembre 1997, pp. 3-9].

5. “... quiero subrayar la calidad de su aporte en lo que atañe a la evaluación de la figura del escribano [...] ya que es tal vez el tema que más polémicas ha originado entre los estudiosos de la disciplina notarial [...] Sobre estas fatigas doctrinarias, Carminio Castagno se enrola decididamente en la tesis funcionarista. Se podrá compartir o no su posición, pero es imperioso reconocer que –en nuestro medio, al menos– nunca antes se ha hecho un análisis tan profundo, circunstanciado y brillante de los argumentos a favor del carácter de funcionario público del escribano, con señalada crítica de los contrarios”. Este trabajo –distinguido con los primeros

mo informe se repiten conceptos que me pertenecen –los que a veces ocupan largos párrafos– con olvido, quizá involuntario, del entrecomillado, la letra cursiva y la nota con la cita correspondiente, omisiones que hacen que esos pasajes –y los argumentos que contienen– se puedan adjudicar al autor del escrito.<sup>6</sup> Amén de ello, se mencionan solo dos de mis trabajos,<sup>7</sup> omitiendo toda referencia a varios otros en los que me explayo sobre el tema.<sup>8</sup>

Me parece prudente –previo a dar inicio al análisis de la mayoría de las **conclusiones** del despacho– transcribir el texto del artículo 985:

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

- Punto 1) «*La prohibición establecida en el artículo 985 del Código Civil es aplicable a todo funcionario público, ya que la ley no realiza distinción alguna. La invalidez prevista puede afectar actos de origen notarial, judicial o administrativo*».

Si bien es cierto que la ley no distingue, no hay que olvidar que la norma está inserta en el Título III “De los instrumentos públicos” y –también– que no todos los funcionarios producen instrumentos públicos en sentido estricto, sino únicamente

---

premios de los Concursos “José María Moreno” (bienio 1971-1972) y “Lauro Notarial” (1974)– fue publicado por primera vez en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 727, enero-febrero 1973, pp. 17-102; y luego, con el mencionado prólogo, en mi obra *Teoría general del acto notarial y otros estudios*, Paraná, [ed. del autor], 2006, en la que están incluidos todos los aportes aquí citados (excepto los que menciono en las notas 38 y 41).

6. Ello me trae a la memoria una curiosa frase del escritor, filósofo y poeta norteamericano Ralph Waldo Emerson: “A mí me gustan mis versos, porque no los hago yo”.

7. a) “El artículo 985 del Código Civil argentino” –escrito para el Primer Congreso de Derecho Notarial (Córdoba, 1971); publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 720, noviembre-diciembre 1971, pp. 1979-1988– y b) “El artículo 269 del Proyecto de nuevo Código Civil y una disvaliosa innovación” –publicado en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, n° 107, 5/6/2000 [N. del E.: ver *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 859, enero-marzo 2000, pp. 35-42]–.

8. Tales como: a) la ya mencionada “Teoría general...” (cfr. nota 5); b) “La forma de los actos jurídicos en el proyecto de Código Civil de 1998” (conferencia dictada el 7/9/1999 en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires); c) “El artículo 985 del Código Civil y un fallo que lo vacía de contenido”, en *La Ley Buenos Aires*, La Ley, n° 7, agosto 2004, y en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, n° 36, 8/9/2004; d) “Invalidez de los instrumentos notariales” (XLII Seminario “Laureano Moreira”, Academia Nacional del Notariado [Buenos Aires, noviembre 2001]); y –en cuanto al proyecto y al nuevo Código Civil y Comercial–: e) “Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial. Un análisis crítico de sus artículos 284 a 312”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 910, octubre-diciembre 2012, pp. 37-72; amén de numerosas contribuciones en el seno de la Academia –en la cual propuse a fines de 2009 que se procediera a su estudio, designándose una comisión que integré con los consejeros Horacio Luis Pelosi y Jaime Giralt Font–, la más reciente de las cuales fue f) mi exposición del 23/6/2014, “Inhibiciones”.

aqueellos investidos de potestad factidiccional (que corresponden solo a los mencionados en los incs. 1, 2, 4 y 10 del art. 979).<sup>9</sup>

- Punto 2)<sup>10</sup> «*La imparcialidad es de la esencia de la función notarial como exigencia legal y ética*». (Declaración esta que recordaré *infra* más de una vez).
- Punto 3) «*La prohibición regulada en el artículo 985 del Código Civil genera una nulidad instrumental de carácter absoluto, sea el acto nulo o anulable*».

Anticipo que –por las razones que más adelante expresaré– disiento en esta primera parte de la conclusión, en tanto limita la invalidez al instrumento (como se infiere de la omisión del acto jurídico contenido).

- «*Esta norma resulta un supuesto de incompetencia en razón de las personas...*».

Dejando de lado “resulta” –que podría sustituirse, verbigracia, por “consagra”–, advierto que dicha aseveración es formulada como verdad indubitable que es innecesario fundamentar –ya que no aparece cual una mera opinión (“creemos” o “consideramos”)–.<sup>11</sup> En efecto: el despacho continúa en este punto:

- «*... sin perjuicio de otras posturas expuestas, que la consideran como una incapacidad de derecho o un caso de ilegitimación*».

Confieso que no entiendo el “sin perjuicio”, ya que en este caso –en lugar de significar “dejando a salvo”– parece ser más “con perjuicio” y hasta en desdén de las otras posturas. ¿Qué más da –podría preguntarse– que sea incompetencia o ilegitimación? Respondo que –como no se trata de un simple problema denominativo, sino de una gravitante cuestión conceptual– importa y mucho (ya que no todas las opiniones pueden ser a un tiempo correctas<sup>12</sup>). De allí que lo más sensato es describir sin afirmar.

Y bien: desde mi primer trabajo sobre el tema (1971) impugné su caracterización como “incompetencia personal”, buceando en la obra de Eduard Bonnier, que el codificador consultó: el *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y*

9. Al respecto, remito a: a) “Teoría general...” (cfr. nota 5) y –más específicamente– b) “Reflexiones en torno al concepto de instrumento público”, conferencia que dicté el 18/5/1995 en la Academia Matritense del Notariado (publicada en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 35, 1996, pp. 511-526).

10. Luego de repetir la ya analizada caracterización del notario, se proclama lo que transcribo en el texto.

11. Vemos, pues, cómo el despacho se despacha panchamente (en el sentido de la conocida frase “como Panchito por su casa”) –a despecho de la prudencia y con indisimulada osadía– por una posición que mereció la pública rectificación de quien la introdujo entre nosotros, como luego se verá.

12. Fácilmente se comprende que verde y blanco son colores distintos, y siguen siéndolo a pesar de que en el muy divulgado sumario policial n° 3 de 1909 de la “Comisería de Las Flores”, la denunciante afirma vivir “en una casa blanquiada de verde que ay al otro lao de la estación”.

*en derecho penal*.<sup>13</sup> Tal como anticipé, Carlos A. Pelosi, hidalgamente –en el trabajo que, con idéntico título que el mío, dedicó a este tema en 1972– dijo acerca de lo que yo había sostenido un año antes:

Sin ánimo de adjudicarme la paternidad de ideas que muchas veces se extraen de pensamientos que están en el dominio público, creo ser el responsable de la difusión, en nuestro medio, de la concepción que califica de competencia o, más precisamente, de incompetencia por razón de las personas la prohibición antes mencionada. La solidez de los argumentos esgrimidos en el trabajo de referencia me obliga, por razones obvias, más que a defender mi punto de vista a justificarme y explicar los motivos por los cuales he sostenido un criterio que merece aceptables reparos.<sup>14</sup>

Es que la cuestión estriba en mantener precisamente establecidas y diferenciadas seis nociones –tarea que juzgo imprescindible para evitar los errores que engendra la pluralidad terminológica y me he impuesto en todos mis aportes– y que aquí repasaré muy brevemente, comenzando por tres de ellas: “persona”, “órgano” y “agente”.

La primera equivale –entre nosotros– a sujeto de derecho: el *quidam* en el mundo jurídico. Para Kelsen, es el destinatario de las normas; su término de imputación unitario; la duplicación del derecho subjetivo y del deber jurídico concebido de modo substancializado.<sup>15</sup> Por su parte, el órgano es todo puesto o cargo existente en la estructura interna de una persona jurídica colectiva. Por ende, ellos constituyen unidades abstractas e impersonales. El tercer concepto, el agente –vocablo con el cual, por las razones dadas, reemplazo la expresión “órgano individuo”, empleado por los administrativistas franceses– refiere al ser humano que ocupa el puesto o cargo –o sea: el órgano– para ejercer la específica función que éste tiene atribuida.

Por lo que hace a las restantes tres nociones –capacidad, competencia y habilidad–, basta decir que ellas implican ámbitos asignados, en ese orden, a la persona, al órgano y al agente (y, asimismo, determinadas aptitudes psicofísicas y jurídicas requeridas a las personas y a los agentes).<sup>16</sup>

13. BONNIER, Eduard, *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, (5ª ed. francesa), y Madrid, Hijos de Reus Editores, 1902 (3ª ed. española, traducción y adiciones por José Vicente y Caravantes), t. I y II. Comprobé, además, que el párrafo en el cual se analiza el art. 8 de la Ley del 25 de Ventoso del Año XI es el 474 y no el 357, como está citado en la nota respectiva.

14. PELOSI, Carlos A., “El artículo 985 del Código Civil argentino”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 723, mayo-junio 1972, pp. 665-684.

15. Destaco la exactitud de la noción que Vélez Sársfield plasmó en el art. 30 (a pesar de que, siguiendo a Freitas, consigna en la nota del 495 que “las definiciones son impropias de un código de leyes”).

16. No está de más clarificar esto último con un ejemplo –práctico y que se vincula al notariado– que demuestra la diferencia que existe entre los conceptos de *capacidad* y *habilidad*: mientras el ciego no es incapaz en nuestro derecho vigente, es inhábil para el desempeño de la función factidicial, consistente en declarar hechos sensorialmente percibidos.

Del anterior repaso, queda establecido que la competencia –y su reverso negativo– se predica del órgano, correspondiendo ahora determinar si existe algún caso de incompetencia en razón de las personas. Respondo afirmativamente, pero me apresuro a agregar que ello se da en materia judicial, según dispone el artículo 117 de la [Constitución Nacional](#), “en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte”, los que están reservados originaria y exclusivamente a la Corte Suprema. Y uno de tales casos servirá de ejemplo para que se comprenda lo que es una clara hipótesis de una distinta patología.

Supongamos que en una causa que le concierne a un embajador extranjero todos los magistrados del Máximo Tribunal tienen interés en el pleito (art. 17, inc. 2, del [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#)), por lo cual –obviamente– se excusan. ¿Se tratará de un caso de incompetencia por razón de las personas? Analicemos: La Corte –el órgano–, ¿dejará de entender en el caso? De ningún modo, ya que dicho tribunal seguirá siendo el único competente y por y ante él –constituido por conjuces– proseguirá tramitándose el proceso. Desechada la incompetencia, ¿cómo hallar el vicio que afectó el caso? No cabe duda de que se trata del interés de los jueces (o sea: algo referido a los agentes y no al órgano).

Vuelvo ahora al análisis del artículo 985. Visto que en él también se menciona el interés, cabe preguntar: ¿el órgano tiene interés? ¿El órgano tiene parientes? Coincidirán conmigo en responder “no” en ambos casos. Entonces: ¿quién es el que tiene –o puede tener– interés o parientes? El agente. Queda así descartado su encuadre como un supuesto de incompetencia, ya que no tiene relación con el órgano.

Abro un paréntesis para efectuar una necesaria referencia –en cuanto aquí interesa– al concepto de legitimación, del que me he ocupado en varias ocasiones, con la mira principalmente puesta en marcar su distinción de la capacidad como presupuestos de validez del negocio jurídico. Me limitaré a transcribir lo que –como conclusión– expresé en la antes citada exposición del mes de junio de 2014:<sup>17</sup>

En síntesis, remarco: la nota distintiva entre ambas figuras radica en el carácter de la previsión normativa: la capacidad es genérica, por categorías de actos –adquirir, enajenar, donar, comprar– sin interesar qué, a quién, ni de quién; la legitimación versa sobre concretas relaciones funcionales, entre sujetos determinados o de ellos con un preciso objeto negocial (no poder vender tal cosa o no poder venderla a tal persona). Queda en evidencia, así, que caracterizar la prohibición contenida en el artículo 1358 (“El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos.”) como “incapacidad de derecho” entraña el mismo yerro conceptual, ya que se trata un caso de “ilegitimación”.<sup>18</sup>

17. Cfr. nota 8f).

18. Escribí en 1972, en “Teoría general...” (cfr. nota 5): “El carácter general que por definición poseen las normas se origina [...] en la imposibilidad de realizar previsiones pormenorizadas que agoten la infinita

Retorno a la prohibición de nuestro artículo. Descartado que su contenido refiera a la competencia del órgano y ubicada la patología en referencia al agente, la inmediata conclusión suele ser que se trataría de un supuesto de inhabilidad. Sin embargo –y paralelamente a lo que sucede con la capacidad– la habilidad comprende categorías de actos notariales (no interesando quiénes son los que los otorgan ni sobre qué intereses versan). Así entendida la noción, no cabe duda de que un notario daltónico es inhábil para autorizar actas de comprobación de los colores que confunde o no percibe. Pero si se trata de una escritura de venta y el comprador es el padre del notario, dicho parentesco lo ilegítima para intervenir (aunque posea habilidad). De allí que la correcta calificación de las prohibiciones dispuestas por el artículo 985 es la de supuestos de ilegitimación del agente.

- Punto 4) *«Debe interpretarse que la norma incluye a los parientes consanguíneos, afines y adoptivos, en línea ascendente, descendente y colateral, hasta el cuarto grado. El cónyuge debe entenderse comprendido en la prohibición».*

Intentaré salvar la palmaria ausencia de los imprescindibles fundamentos –lo que convierte frecuentemente al despacho en una sucesión de afirmaciones que pretenden ser incondicionalmente ciertas– diciendo que la validez de la primera estriba en que la norma no distingue entre las diversas clases de parentesco que, de existir, hace que el caso quede alcanzado por la prohibición. Pero precisamente por ello es necesario –en materia de adopción– establecer una diferencia: si bien incluye la plena en todos los casos, en la simple se limita solo a los padres, hijos y hermanos

---

gama de relaciones que puede establecer un elenco de protagonistas en constante mutación. De allí que jamás se prescriba en atención a un sujeto considerado en su individualidad, sobre determinado objeto y respecto de otros entes aprehendidos en sus peculiaridades propias. Por ejemplo: ocurre excepcionalmente que una norma autorice a Fulano a vender a Mengano tal bien. Por ende, la enunciación genérica y categorial debe ser complementada necesariamente en cada caso concreto con múltiples operaciones de encuadre de diversos aspectos conformantes de la especie en la disposición normativa. Con otras palabras, y ejemplificando: no basta la invocación de los principios generales ‘la capacidad es la regla’ (argumento de los arts. 35, 52 y 53 del Código) y ‘las cosas cuya enajenación no sea prohibida pueden venderse’ (art. 1327 del mismo código), para concluir sin más en que el ente A puede celebrar como vendedor un contrato de compraventa con B sobre el objeto lícito C. Para arribar a tal conclusión, por el contrario, se requiere establecer: 1) El carácter de persona de A y B, que –de tratarse de entes ideales– debe acreditarse fehacientemente (ya que si interviene una persona física, se da por sentado que lo es si exhibe ‘signos característicos de humanidad’, frase empleada en el art. 51). 2) La calidad de dueño de C o de su apoderado o representante legal en el vendedor (sin considerar la posible y permitida venta de cosa ajena). 3) La inexistencia de impedimento respecto a la disposición de C (por ejemplo: por integrar la masa de bienes del concurso o quiebra). 4) Que no existe obstáculo para la venta de la cosa a B (verbigracia: por ser cónyuge de A). Adviértase que las operaciones señaladas pueden y deben ser referidas asimismo a B: que no sea dueño, que no exista impedimento para comprar C y que no haya obstáculo para comprar de A”. Cinco años después –en la introducción a la ponencia de la delegación argentina al XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala, 1977), Tema II (“La validez de los actos y contratos otorgados por las sociedades mercantiles antes de su inscripción en el Registro Mercantil”)- agregué acerca del mismo concepto: “La legitimación es así la aptitud de un ente determinado para asumir cierto rol en una situación jurídica específica, con sujetos y sobre objetos precisamente individualizados. Su carácter concreto marca, en síntesis, su diferencia con la capacidad, que implica un ámbito abstracto, como lo demuestra el hecho de que personas plenamente capaces difieran, en situaciones determinadas, en punto a legitimación”.

adoptivos.<sup>19</sup> En cuanto al cónyuge, si bien no es pariente<sup>20</sup>, la causa por la cual está también ilegitimado surge de la siguiente deducción, según los principios de la lógica formal: si los “afines” están comprendidos, más aún debe estarlo la persona a través del cual se establece ese tipo de parentesco.

- Punto 5) «*La norma exige un interés personal, que deberá ser relevante e inmediato, para que opere la invalidez*».

Ante la falta de precisiones en cuanto a lo que debe entenderse por “relevante e inmediato”, recurro nuevamente a un caso hipotético: una persona formula una oferta de venta de un inmueble por escritura pública –con todos los detalles del negocio jurídico–, dirigida a alguien con quien no desea verse, haciendo constar en el documento que ruega al escribano que se entreviste con el destinatario dentro de los diez días, le notifique la oferta y le solicite que –dentro de otro plazo similar– exprese, en idéntica forma, si la acepta o la rechaza. ¿Existe un interés de la clase exigida en el despacho? Mucho me temo que se pueda responder que no, dudando de su relevancia y –por existir un lapso temporal de hasta veinte días– negando la requerida inmediatez. Sin embargo, no tengo duda alguna de que el destinatario de la oferta exhibe un interés personal, relevante e inmediato. ¿O es que, acaso, lo que se pretende es exigir que el interesado ya sea, en el acto notarial, parte de un negocio jurídico perfecto? Dicha pretensión –amén de no respetar el texto del artículo<sup>21</sup>– se transforma en un repudiable artilingio en fraude de la ley, como se evidencia claramente si el destinatario es el cónyuge del notario.<sup>22</sup>

- Punto 6)<sup>23</sup> «*Frente a la violación de la prohibición legal, es posible aplicar el instituto de la conversión formal regulado en el artículo 987 del Código Civil si se cumplen los requisitos contemplados en el mismo*».

En esta primera parte, se incurre otra vez en una afirmación apodíctica, cuyo desacierto trataré de poner en evidencia. Comienzo con los argumentos que vertí en mi primer trabajo sobre el tema,<sup>24</sup> cotejando los textos del artículo 8 de la ya citada Ley del 25 de Ventoso del año XI y el artículo 1318 del Código Napoleón –indicados por Vélez Sársfield como fuente (el primero, a través de Bonnier)– con el que se menciona en el despacho.

19. Cfr. arts. 323 y 329 del Código, reformados por la Ley 24779 de Adopción.

20. En la nota del art. 363 se lee: “En el parentesco por afinidad, no hay grados porque no hay generaciones. La computación se hace por analogía, suponiéndose que los dos cónyuges forman una sola persona”.

21. Dice –y basta– “fuesen *personalmente interesados*” (y no: “fuesen *ya parte negocial*”).

22. Y además, aunque no incida, ex cónyuge del ofertante.

23. Comienzo con la transcripción y el análisis de su primera parte.

24. Cfr. nota 7a).

Recordando que en la doctrina francesa de la época lo atinente al notario (agente) se denomina *capacité e incapacité*, hago notar que el *Código* Velezano—en sus artículos 982 y 983— contiene disposiciones que carecen de equivalentes en las normas citadas. Del cotejo entre el artículo 1318 del *Código* Napoleón y el 987 del nuestro, surge una muy significativa diferencia: mientras aquel establece tres supuestos de conversión (“*l’incompétence ou l’incapacité de l’officier, ou par un défaut de forme*”), el de Vélez indica solo dos (“aunque sea incompetente, o que no tuviera las formas debidas”). Resumen y repito: incompetencia, incapacidad o defecto de forma en el 1318 (francés); únicamente incompetencia o defecto de forma en el 987 (argentino), lo que equivale a excluir la “incapacidad” de la conversión formal.

Además de ello, cabe preguntar: ¿cuál es la razón de las prohibiciones del artículo 985? Al respecto, escribí en el mismo artículo lo siguiente:

La aprehensión de la *ratio legis* de la norma que nos ocupa reviste —en nuestro concepto— capital importancia, dado que entendemos llegar, de tal modo, a una comprensión más clara del propio precepto legal. Siendo la “imparcialidad” uno de los valores que deben presidir la actuación de todo “oficial público”<sup>25</sup>, lógico es que la ley sustraiga de la capacidad del “sujeto titular” de un “órgano competente” todo asunto en que sea dable sospechar que aquel principio pueda no ser observado con estrictez. Tal presunción legal reviste, en el presente caso, el carácter de *iuris et de iure*, interesando indagar en qué consideraciones ha sido fundada [...] El fundamento de la presunción de parcialidad se encuentra —a nuestro entender— en el “afecto” que la ley presume existente entre el “funcionario público” y la “persona interesada”. Ello es de toda evidencia cuando se trata del mismo “agente” quien tiene “interés” en el asunto —el amor asimismo es propio de la naturaleza humana—, lo que nos exime de mayores comentarios. Algo distinto ocurre con relación a los otros supuestos aprehendidos por la norma, en los cuales el “oficial público” carece de “interés” personal. La cuestión plantea, en efecto, este interrogante: ¿por qué no se excepciona a los “parientes desavenidos” y no se incluye a los amigos íntimos? La respuesta nos lleva a considerar la enorme trascendencia jurídica y socio-económica del instrumento público. Reparando en ella, se impone que el derecho opte, sin hesitar, por la certeza, fulminándolo de nulidad solamente en situaciones susceptibles de determinación objetiva (como ocurre en la figura del homicidio “preterintencional”). De allí que contemple tan sólo la zona del “parentesco”, tome como índice lo que sucede de ordinario y disponga la consiguiente “presunción”, cuyo carácter no puede ser otro —por lo que se señalara— que *iuris et de iure*. En resumen: la ley establece la “parcialidad” del funcionario público sobre la base del “afecto” objetivamente presumido. Apuntando a la “seguridad jurídica”, no exige su prueba ni la admite en contra.

Indaguemos ahora dónde se concreta la parcialidad en el acto notarial (descartando los casos de falsedad ideológica,<sup>26</sup> lo que significa que el notario narra con verdad lo

25. Lo que en el despacho se comparte y se destaca expresamente, como señalé *supra*.

26. V.g.: antedatándolo, alterando el precio o el lugar de celebración, o las cantidades de cosas en un inventario.

que percibe). En tal sentido, es evidente que el campo más amplio se da en las escrituras públicas de contenido negocial (y no en las que Carlos Alberto Pelosi denominó “escrituras-actas”). En efecto: las cláusulas contractuales constituyen la materia más propicia para que se concrete la preferencia, inclinación o favoritismo del notario por una de las partes o por sí mismo, que es precisamente lo que el artículo 985 consagra –como ya vimos– con la jerarquía de una presunción invulnerable.

Al respecto, repito lo que expresé en el mismo trabajo:

Un nuevo argumento intentamos sumar [...] sobre la base de lo preceptuado por el artículo 1185 del mismo Código, que dispone: “Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública fuesen hechos por instrumento particular, firmados por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo<sup>27</sup> a escritura pública, no quedan concluidos como tales mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública”. La idea fluye espontáneamente: si se acepta la posibilidad de “conversión”, el “negocio” contenido en tal “instrumento particular” debería ser obligatoriamente repetido en otra escritura pública, con lo que uno de los fines esenciales que persigue el artículo 985 quedaría burlado por imperio de otra norma del mismo cuerpo legal. La ley, en efecto, no queda satisfecha con la sola nulidad del acto del funcionario público; es menester que caigan asimismo –e *in totum*– el “negocio” distorsionadamente configurado en su virtud y el “instrumento” que los contiene. De así no ser, de perdurar éste cual soporte de conductas obligatorias, se obtendría un resultado no querido por el derecho, consumándose un inaceptable “fraude legal”. El precepto en que hemos centrado nuestro estudio no apunta a la nulidad “aparente” de “negocios” que –por mantener aptitud jurígena bastante cuanto para que a su respecto opere la “conversión formal”– habrán de recobrar plena y necesaria validez. Si el juego de las normas llevara a semejante consecuencia, se frustraría el propio “interés público” que la inspira, lo que es inadmisibile.

Y es tan así que hasta el propio Carlos A. Pelosi –que en su ya citado estudio se pronuncia a favor de la viabilidad de la conversión formal– admite en el párrafo final de su conclusión: “Doctrinariamente debe sostenerse la tesis que no es admisible la conversión cuando la nulidad se funde en el interés del notario autorizante o de su cónyuge”, postura que –como escribí en el mismo ensayo– también adoptó la jurisprudencia francesa al “sentar una doctrina interpretativa tendiente a” evitar el señalado fraude “en la especie más irritante: aquella en la que el propio notario es parte interesada. En tal supuesto, se ha decidido que el acto no vale –respecto del autorizante– ni siquiera como instrumento privado”.<sup>28</sup>

27. No cabe duda de que este vocablo está aquí muy mal empleado (*Reducir*: “1. Volver algo al lugar donde antes estaba o al estado que tenía. | 2. Disminuir o aminorar”), ya que considero que se impone atribuirles a los instrumentos públicos, al menos, el mismo valor que el de los instrumentos privados (¿o es que estoy exagerando?).

28. *Code Civile*, París, Dalloz, 1951, p. 469, art. 1318, 2.

Pese a considerar sumamente plausibles tales interpretaciones –que no aparecen acogidas ni mencionadas en el despacho–, señalo:

- 1) La *ratio legis* del artículo 985 es única para todos los casos.
- 2) El legislador ha establecido expresamente cuáles son las personas alcanzadas por la prohibición.
- 3) Ergo: igual razón existe para extender las repasadas posiciones de la doctrina y la jurisprudencia a todos los supuestos aprehendidos por la norma.

Agrego ahora otro argumento –extraído de lo normado por el artículo 3664 del hoy ya derogado *Código Civil* y de lo que el Codificador explica en la nota respectiva– y que expuse en la conferencia “Invalidez de los instrumentos notariales”.<sup>29</sup> Dije al disertar entonces:

Dicha norma preceptúa: “El escribano y los testigos de un testamento por acto público, sus esposas y parientes o afines dentro del cuarto grado no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor”, lo que es así glosado por Vélez Sarsfield: “Por el Código francés [...] no sólo no tienen efecto las disposiciones del testador en provecho del escribano, de los testigos y de los parientes dentro del cuarto grado, sino que es nulo todo el testamento [...] Nosotros decimos con Goyena que un testamento es una cosa muy grave para declararlo absolutamente nulo por sólo la sospecha de un interés personal que puede recaer en alguna de las mandas sin afectar en nada por lo demás la veracidad o idoneidad del escribano o testigos”. De todo ello surge claramente que, acorde al Código Napoleón, la invalidez abarca –amén del acto notarial– el acto testamentario *in totum*, solución de la que el autor de nuestro código se aparta por considerarla “muy grave” en las disposiciones de última voluntad. ¿Dónde radica dicha “gravedad”? Sin duda, en la imposibilidad de un nuevo otorgamiento una vez declarada su nulidad (por la obvia razón de que el testador ya ha fallecido). Por ende, debe deducirse que, en materia de actos *inter vivos*, la invalidez comprende la totalidad del negocio jurídico formalizado, el cual –también así lo pienso– podrá ser reformulado (en términos idénticos o distintos) ante otro notario, si ambas partes lo deciden. Con respecto a esto último, me adelanto a alguna observación y señalo que no es contradictoria en modo alguno con la tesis que sostengo, por cuanto mi postura se opone a que (por vía del íter: “conversión formal” - “conversión substancial”) el notario o su pariente –con interés personal en el negocio– puedan demandar a la contraparte, obligándola a otorgar una escritura pública con idéntico contenido negocial que la que infringió lo dispuesto en el artículo 985.

Para concluir el punto, recuerdo el corolario de mi nota:<sup>30</sup>

Consideramos que en el fallo analizado puede comprobarse con claridad que la determinación normativa del legislador ha sido substituida por una libre apreciación del tribunal, basándose en una singular interpretación que –no obstante la invocación que de

29. Cfr. nota 8d).

30. Ob. cit. (cfr. nota 8c).

ella se hace– contradice la finalidad de la norma, frustrando el propósito altamente moralizador que la inspira.<sup>31</sup>

- «*En el marco de la autonomía de la voluntad las partes podrán optar por la reproducción del acto*».

Me parece que hablar aquí de autonomía privada y, en especial, de reproducción del acto –lo que genéricamente implica un nuevo consentimiento de las partes, sea con las mismas o diferentes cláusulas negociales– tiene sentido si se comparte mi tesis de que no existe conversión formal. Por tal razón, pude escribir en mi primer trabajo:

El elemento “nulificante”, en consecuencia, no es “intrínseco” al negocio en sí, lo que hace posible su reformulación fuera del ámbito funcional del agente “incapaz”. Para ello, serán menester nuevas e idénticas manifestaciones [...] por parte de todos los sujetos negociales, las que no producirán –*ministerio legis*– efectos retroactivos a la fecha del anterior. Tales notas lo apartan de la figura de la “confirmación” [...] y robustecen la tesis que hemos desarrollado.

Pero si se piensa que se produce dicha conversión –como surge del despacho, propiciando una equivocada exégesis que inexorablemente conduce a que cada parte puede obligar a la otra a otorgar nuevamente una escritura pública que contenga el mismo negocio–, pierde sentido referirse a ese asunto.

- Punto 7) «*La salvedad comprendida en la última parte del art. 985 CC debe extenderse a todas las personas jurídicas, en razón de su personalidad diferenciada*».

No obstante una observación crítica en el aspecto formal,<sup>32</sup> me complazco en elogiar que allí, por fin, aparece un fundamento de lo que se afirma: que las personas jurídicas son sujetos distintos de los seres humanos que las integran.

Lo primero que me permito señalar es que de personalidad diferenciada mucho sabía Vélez Sársfield, quien, además de saberlo, lo volcó en el mismo código, el texto de cuyo artículo 39 –que no aparece aludido– es el siguiente:

Las corporaciones, asociaciones, etc. serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros ni todos ellos están obligados a satisfacer las deudas de la corporación si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores o mancomunado con ella.

31. Procedo seguidamente a comentar la segunda parte del mismo punto 6).

32. Opino que no lucen compatibles con el despacho de una jornada de tal jerarquía las dos “C” mayúsculas seguidas, colocadas seguramente con el significado de “Código Civil”.

Esto significa que el autor de ambos artículos –en uno de los cuales consagra el fundamento de la conclusión y en el otro menciona solo una especie de persona jurídica (la sociedad anónima) y únicamente determinadas cargos (gerentes o directores)– no coincide con lo que se sostiene en el punto que analizo.<sup>33</sup>

En cuanto a la invocación de la personalidad diferenciada entre los socios y el ente societario, considero que el argumento no resulta convincente, ya que –de aplicarse con coherencia a los parientes del oficial público, que también son “personas diferentes” entre sí– el precepto carecería totalmente de aplicabilidad.<sup>34</sup>

- Punto 9) «*La intervención del concubino del notario no supone por sí la violación a la prohibición establecida, ya que no existe entre convivientes vínculo legal de parentesco. Cuando el interés personal del autorizante se vea afectado deberá ser determinado judicialmente*».

Nada tengo qué decir de la primera parte, pero sí con respecto a la segunda. *Afectado* significa: “2. Aquejado, molestado”. Y *aquejar*: “1. Acongojar, afligir, fatigar. | 2. Afectar a alguien o algo, causarles daño”. Por ello, la hipótesis de que “el interés personal del autorizante se vea afectado” me parece de improbable ocurrencia,<sup>35</sup> ya que –al ser requerido y enterarse del acto– supongo que el notario manifestará –y, con seguridad, sin emplear los más correctos y dulces términos– que no habrá de intervenir. En síntesis: infiero que el párrafo –tal como está redactado– expresa exactamente lo contrario de lo que se ha querido decir: que el acto notarial está afectado por la existencia del interés del notario (o de un pariente en el grado que la norma indica).

- Punto 10) «*Los afines de los parientes afines (como los conuñados) no están comprendidos en la norma. No obstante, podrían quedar abarcados cuando se trate de bienes gananciales*».

Tal como ocurrió con el punto anterior, nada hay que objetar a su primera parte –que, no obstante, podría mejorarse diciendo “comprendidos en la prohibición de la norma”–, pero sí a la segunda. En efecto: solo partiendo de la creencia de que los bienes gananciales<sup>36</sup> son de ambos cónyuges puede llegarse a tal afirmación –que, una vez más, no aparece fundamentada–, lo que me obliga a repasar brevemente la cuestión (recurriendo, una vez más, a lo que ya he escrito).

33. Pensar distinto es suponer que el Codificador se habría olvidado –al redactar el 985– de lo que había escrito 946 artículos antes, lo que llevaría a concluir que al llegar al último (4051) se encontraría en un estado de amnesia casi total respecto de su obra (en la que, por cierto, no se encuentra ningún indicio de que así haya ocurrido).

34. Retornaré a este tema al tratar la parte final del punto 15), donde vuelve a aparecer.

35. Confieso desconocer si existen notarios que redacten escrituras cuya autorización manifiestamente los perjudiquen.

36. O “perdidales”, según como se vean.

En un anterior trabajo<sup>37</sup> expresé esquemáticamente al respecto:

Algunas aclaraciones acerca de los “gananciales”, en general: no son bienes: de la “sociedad conyugal” (que no es “persona”) ni de los dos cónyuges (ya que no son “condominiales”). Son bienes del respectivo cónyuge titular del dominio. Por ello: durante la vigencia de la sociedad conyugal existen: bienes propios del marido y bienes propios de la mujer; y bienes gananciales del marido y bienes gananciales de la mujer. Dicho de otra forma: son de propiedad del marido: los bienes suyos (propios y gananciales); son de propiedad de la mujer: los bienes suyos (propios y gananciales). En cuanto a su administración y disposición: los principios son: Principio de “titularidad”: dispone el titular (o “dueño”); principio de “gestión libre” (artículo 1276 del Código Civil): el titular puede ejecutar todos los actos –onerosos o gratuitos– sin interferencia del otro. Por lo que hace al derecho de cada cónyuge respecto de los gananciales del otro cónyuge: se trata de una mera expectativa potencial sobre la mitad del valor de cada uno de ellos para el caso que se den las siguientes condiciones: 1) que el bien continúe existiendo en su patrimonio al momento de la disolución (joyas, dinero); 2) que ésta no se produzca por fallecimiento del “expectante”. Finalmente, acerca de los efectos de la disolución: se concreta la “potencial expectativa”, trocándose en un derecho actual, y se modifica el sistema patrimonial propio de la sociedad conyugal en punto a la administración y disposición de los bienes gananciales.

Obviamente, prescindo de referirme al artículo 1277 –al que dediqué un estudio específico<sup>38</sup>– por no establecer un régimen de “codisposición”.

En virtud de lo expresado, no comparto lo que se afirma en el despacho, que –a mi modo de ver– entraña otro yerro conceptual.

- Punto 11) «*En el acto unilateral de apoderamiento, no rige la prohibición para los casos en los que el pariente del notario sea designado apoderado, cuando no estuviera personalmente interesado*».

Afirmación que también carece de fundamento y con la que, ya antes de ahora, he expresado mi disidencia. En efecto: de mi ya mencionada nota de 2004 –en la que critico un fallo que resuelve un caso similar y en el mismo sentido en que la Jornada se pronuncia– extraigo los siguientes párrafos, en los que analizo los argumentos que el tribunal expresa:

- a) «La intervención de la escribana “tiene lugar como pedido del Banco de Balcarce S. A.”». Hemos sostenido con anterioridad que la prestación de la función fedante en sede notarial se efectúa invariablemente a requerimiento (y no “de oficio”), requisito que

37. “Administración y disposición de bienes durante la vigencia de la sociedad conyugal y en el estado de división postcomunitaria producida por su disolución” (trabajo presentado en la VI Jornada Notarial de Entre Ríos [Concordia, 15-18/5/1980]).

38. “El negocio jurídico sin asentimiento, a la luz de una interpretación integral del artículo 1277 del Código Civil”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, n° 37, 13/9/2006, pp. 77-82).

–precisamente– constituye uno de los presupuestos de validez del acto: el de “legitimación del órgano”. Si ello es así, mal puede invocarse dicha circunstancia para desechar la impugnación formulada por los incidentistas. Más aún: el criterio sostenido por la Cámara implica descartar de plano que las escrituras (incluso aquellas en las que el propio oficial público está personalmente interesado, *v.g.*: por recibir un inmueble a título de donación) puedan ser declaradas “de ningún valor” –como reza el artículo 985– por infracción a lo en él dispuesto. [Porque el donante lo requirió].

Además, en todos los actos escriturarios las declaraciones negociales aparecen formuladas por los comparecientes (y no por el escribano). ¿O es que alguien ha visto alguna vez, acaso, una escritura en la que –en el lugar pertinente– el fedatario exprese: “Habiendo manifestado el compareciente que es su intención conferir un poder, le sugiero la conveniencia de designar a mi cónyuge como apoderada, hecho lo cual el señor Fulano dice: Que confiere poder especial a la doctora Mengana –abogada del foro local, casada en primeras nupcias y domiciliada con el suscripto–, etc.”?

b) «La “ventaja económica” que puede reportar “el ejercicio de tal cometido” al mandatario “es aleatoria”, ya que “depende del despliegue profesional del abogado y es fruto exclusivo del accionar de aquel”». Consideramos que ninguna de estas afirmaciones –que excepcionarían de la aplicación del artículo 985 a todos los contratos aleatorios, hasta en los casos más irritantes (como, por ejemplo, la cesión gratuita –hecha por escritura pública, antes del sorteo, a favor del propio notario autorizante– de una apuesta del Quini 6, formalizada en una boleta en la que consta el número de matrícula individual del cedente)– posee entidad suficiente para enervar la aplicación de la invalidez prevista en el referido precepto. Y así lo hacemos habida cuenta de que no se trata de indagar “cuánto” es el eventual beneficio sino la “existencia” –siquiera potencial– de interés por parte de las personas a que el artículo refiere. Y en este aspecto, la mera posibilidad de una ventaja económica denota palmariamente que se está personalmente interesado. (No está de más recordar, al respecto, lo que se afirma es una anécdota de un prestigioso procesalista, quien se despidió de sus alumnos al concluir el curso con esta frase: “Recuerden, señores, que los juicios se ganan o se pierden; pero siempre se cobra”).

c) «El Banco de Balcarce S. A. es el “real titular del interés y tercero ajeno tanto respecto de la autorizante cuanto de su esposo”...».

Alterando el orden comienzo así:

... descontamos que los apelantes no han tan siquiera insinuado que la entidad bancaria sea pariente dentro del cuarto grado de la escribana o de su consorte. Es obvio que –en todo contrato de mandato– el poderdante está personalmente interesado. Pero tampoco cabe duda ninguna de que el mandatario también lo está (inclusive en caso de que se trate del acto de simple otorgamiento de un poder aún no aceptado). Creemos que aquella engañosa idea –que es reiterada en la misma sentencia del siguiente modo: “El hecho de que el ejercicio de tal cometido –concretado, reitero, por cuenta y en interés de un tercero ajeno”– se sustenta en la suposición de que el apoderado –por actuar, al ejercer el cargo, “en nombre y representación” del mandante– no puede tener interés personal alguno, lo que no compartimos. En efecto: el hecho de que el mandatario no sea “parte” en los

actos que cumpla como tal no impide que esté personalmente interesado en el ejercicio del apoderamiento (máxime si corresponde a la profesión que es su medio de vida).

d) «En el instrumento público, “la intervención del apoderado” se limita “a la expresión de conformidad con el mandato conferido”». A pesar de que el giro empleado tiende a minimizar la participación del mandatario –quien parece estar relegado a una intervención secundaria y pasiva, cual la de simplemente “conformarse” con lo dispuesto por el verdadero protagonista (el mandante)–, la situación dista de ser así, ya que –en verdad– se trata de una genuina expresión de “consentimiento”. (No resultaría extraño que –acorde a la misma línea de pensamiento que hemos impugnado en el punto precedente– se sostuviese que el mandatario sólo “asiente” (a negocio ajeno). Sin embargo, un análisis más profundo permite distinguir adecuadamente que ejecuta dos tipos de actos: a) los que cumple en ejercicio del mandato: “ajenos” a él, en tanto son atribuidos –mediante el mecanismo de la “imputación diferenciada”– al mandante (en cuyo nombre y representación actúa, se trate de “consentir” o de “asentir”); b) los que integran la aceptación del mandato (“expresa” o “tácita”): absolutamente “propios” del apoderado –dado que los ejecuta en su nombre y a él se imputan–, que consisten invariablemente en “consentir”). Bueno es recordar, a propósito, que –como surge del artículo 1144– el consentir “debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra” y que –atento a su ubicación (Título I de la Sección Tercera del Libro Segundo del Código Civil: “De los contratos en general”)– el precepto resulta aplicable a la totalidad del género contractual. Significa esto que la tesis del tribunal conduciría, ahora, a considerar que lo dispuesto en el artículo 985 no rige para ningún contrato, siempre que una de las partes (la cónyuge del escribano, por ejemplo) se limite a expresar simplemente que está “conforme” con la oferta de donación de la estancia que le hizo una persona que no tiene parentesco alguno con ella ni con el autorizante.

- Punto 12) «*La prohibición alcanza tanto al titular del registro notarial como al adscripto en igual medida y a ambos recíprocamente*».

No obstante reconocer la recta intención que la inspira, considero que esta conclusión –cuyos fundamentos lucen por su ausencia– es contraria al derecho vigente. Así surge del análisis de lo establecido en forma expresa en el artículo 985 –cuyo texto ya he transcripto *supra*–, en el que se determina que los sujetos ilegítimos son: a) el funcionario autorizante; b) los indicados parientes del funcionario autorizante.

Teniendo en cuenta, asimismo, lo dispuesto por el artículo 1037,<sup>39</sup> la necesaria inferencia es que los demás impedimentos que –por vía reglamentaria– suelen establecer los colegios notariales deben considerarse pautas éticas que en modo alguno pueden extender la ilegitimación a otros sujetos, con la tremenda consecuencia de que los actos serían “de ningún valor”.<sup>40</sup>

39. Art. 1037: “Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen”.

40. Tuve ocasión de tratar esta cuestión –aunque en distinto tema– en la ya mencionada conferencia del 23/6/2014 (cfr. nota 8f), de la que extraigo lo siguiente: “Como se advierte, aquel precepto consagra la máxima

Finalmente, y con el objeto de despejar cualquier duda en materia de las facultades concedidas a los colegios en fórmulas semejantes a “dictar resoluciones de carácter general tendientes a unificar procedimientos notariales”, extraigo lo pertinente de mi dictamen en la Consulta N° 323/10 de la Academia:

Por ende, opino que una cosa es unificar procedimientos en cuestiones previstas por normas legales –de indiscutible jerarquía superior– y otra, muy distinta por cierto, instituir nuevas actuaciones notariales que no se encuentran así autorizadas. Y de allí que considere que esa atribución debe estar conferida explícitamente por ley, en armonía con otro asunto que conceptúo de gran importancia y paso a tratar. Los actos notariales extraprotocolares –v.g.: certificaciones de firmas– encuentran su fundamento normativo en el inciso 2° del artículo 979 del Código Civil, al quedar comprendidos en la genérica mención de “cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos”. Pero ello no es todo, ya que –para que constituyan instrumentos públicos *stricto sensu* (según los he denominado)– es necesario que se observe “la forma que las leyes hubieren determinado” (frase con la que concluye el inciso). Quiere esto decir que –excepto aquellos actos notariales extraprotocolares previstos en la legislación sustantiva nacional (como el acta del artículo 3666 del Código Civil)– deben inexorablemente existir en alguna ley local disposiciones que determinen cómo ellos deben formalizarse. Es precisamente por tal razón que se suscitaron dudas acerca de la naturaleza de instrumento público de tales intervenciones notariales, habiéndose llegado a desconocerles tal carácter si no se cumplía con aquel requisito. Y, asimismo, que las leyes orgánicas locales procedieran a incorporar dichos recaudos o –ante la ausencia de tales disposiciones– que se dictasen leyes especiales (como, en 1974, la n° 5578 de la provincia de Entre Ríos). La forzosa y grave consecuencia de las precedentes consideraciones es que –en cuanto a las “certificaciones de firmas”– sólo una ley (y no una mera resolución del colegio notarial, salvo expresa delegación legal) puede determinar su forma, confiriéndoles así la calidad de instrumentos públicos. Allí radica la diferencia con las “copias de escrituras públicas”, cuya incuestionable naturaleza de tales deviene de estar mencionadas en el inciso 1° del mismo artículo 979 y otros preceptos.

- Punto 14) «*El acta de depósito en la que el notario reviste el carácter de depositario no está comprendida en la prohibición, por encontrarse en el ámbito de su competencia material*».

Si bien coincido con la tesis que se expresa, no comparto su fundamento. En efecto: si los actos notariales que versan sobre negocios que se hallan contenidos en

---

‘Pas de nullité sans texte’, entendido como texto expreso de derecho sustantivo de la misma jerarquía del Código Civil (o sea: los que menciona el ya recordado art. 31 de la Constitución Nacional). Significa ello que –salvo expresa consagración por la ley sustantiva– los actos en infracción a disposiciones [...] [de menor jerarquía] no son inválidos [...] Considero que aquella distinción que acabo de señalar no puede ser desatendida, porque creo que de ella depende la magnitud del avance que pueda lograrse en la indagación que nos convoca. Pienso que es fundamental advertir que preceptos de diferente rango en las relaciones de subordinación que se dan en la estructura del derecho vigente deben generar también distintas consecuencias (máxime cuando una norma como el invocado art. 1037 así lo dispone expresamente)».

el ámbito de su competencia material debiesen –por esa sola circunstancia– considerarse excluidos de los alcances del artículo 985, las prohibiciones que este consagra carecerían totalmente de vigencia efectiva (v. g.: ante una escritura en la que el compareciente dice que “le regala” una estancia al notario autorizante, podría argüirse que no hay vicio alguno por encontrarse en el ámbito de su competencia material la donación inmobiliaria).

Creo haber demostrado que los casos aprehendidos por el artículo no son de incompetencia *ratione personae*; pero admitiendo –como mera hipótesis– que lo fuesen, aun así el basamento vuelve a fallar, por tratarse de una distinta especie de competencia: la material. El verdadero fundamento, para mí, estriba en que en el contrato de depósito –gratuito– el autorizante solo asume obligaciones. Por la misma razón, en mis observaciones al Proyecto de Código de 1998 y al recientemente sancionado propuse –sin éxito– que se aprovechara para incluir otros supuestos ya consagrados en el derecho comparado, a saber:

Se exceptúan asimismo los actos unilaterales en que aquéllos [los notarios] sólo contraigan obligaciones, extingan o pospongan sus derechos o sean designados apoderados para juicios o albaceas o partidores en testamentos. [Tomado del art. 139 del Reglamento Español<sup>41</sup>].

También cuando se trata del testamento del propio notario, él expresa “Formalizo mi testamento ante los testigos XXX, por mí y ante mí” (es decir, “firmo por mí y firmo ante mí”).

- Punto 15) «*Es positiva la modificación propuesta por el proyecto de Código Civil y Comercial 2012 (artículo 291) en tanto: a) sustituye el término “acto” por “instrumento”, reafirmando la calificación de la nulidad como instrumental...*». <sup>42</sup>

Aserción que –amén de carecer de fundamento– no me parece correcta. A lo antes dicho acerca de que en el negocio contenido en la escritura es donde se manifiesta con mayor entidad y frecuencia la presumida “parcialidad” del autorizante –o sea: lo contrario a la “imparcialidad” proclamada en el punto 2 del despacho como “de la esencia de la función notarial como exigencia legal y ética”–, agrego otros párrafos de mi primer trabajo: <sup>43</sup>

En lo que hace al “negocio”, el análisis de las normas que regulan el instituto de la “confirmación” –figura que juega tratándose de nulidades “relativas”– nos reafirma en tal pensamiento, dado que no percibimos configuradas en la especie sus notas típicas. No

41. [N. del E.: el lector podrá acceder desde aquí al texto completo del [Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de España](#)].

42. Consideraré, de su primera parte, solo el inc. a).

43. Cfr. nota 7a).

existe una parte con señorío exclusivo de la acción de nulidad, cuya renuncia a ella implica “favor” hacia la otra. El “interés” comprometido es “público” y envuelve a la situación toda. Lo “privado” se minimiza, perdiendo relevancia jurídica. De allí que la nulidad “absoluta” sea la consecuencia general de la infracción y que el “negocio” caiga también por ella fulminado. Conviene advertir que el fenómeno acaece con prescindencia del carácter *ad solemnitatem o ad probationem*<sup>44</sup> en que haya sido impuesto el instrumento público y se da aun en tratándose de negocios sin forma legalmente tasada, por cuanto su nulidad no proviene de la “instrumental”, sino que es reflejo de la inválida intervención “configuradora” del funcionario.

Dada su vinculación con el tema tratado, no puedo omitir una referencia al artículo 3653 del Código Civil<sup>45</sup> para reafirmar que los impedimentos que consagra configuran –asimismo– casos de ilegitimación (y no de incompetencia).

- «*Ante la falta de mención de las personas jurídicas en el artículo citado, debe interpretarse que las mismas quedan fuera de la prohibición*».

Teniendo en cuenta que la referencia a la sociedad anónima en el artículo 985 se hace con el fin de excluirla de los casos prohibidos, su desaparición no produce la consecuencia que se pretende –legitimar la actuación de todo el género de las personas jurídicas en que participe el autorizante o sus indicados parientes–, sino que, por el contrario, la deja sin efecto (con el obvio resultado de que no hay más excepciones).

El severo error lógico y de comprensión del texto en que se incurre se manifiesta más palmariamente aún con el siguiente ejemplo: en el portón de entrada de una dependencia militar existe un cartel que dice “Se prohíbe el ingreso a toda persona ajena a esta unidad, excepto las expresamente autorizadas por el señor Comandante”. Tiempo después, se deroga la excepción y el aviso se modifica, quedando así: “Se prohíbe el ingreso a toda persona ajena a esta unidad.” Sin embargo, de seguirse el criterio de la Jornada, el cartel debería ser retirado, permitiendo el acceso libre –y gratuito– de cualquier extraño.<sup>46</sup>

De allí que me parezca sumamente razonable la parte final de este punto del despacho: “A los efectos de clarificar criterios interpretativos, proponemos su expresa regulación”.

Concluyo señalando que las prohibiciones que han sido analizadas son aplicables únicamente al quehacer funcionarista del notario –el del ejercicio de la función factidiccional– y no a su incumbencia profesionalista –como jurisperito–, rol en el

44. Remito a mi trabajo “[Algunas disquisiciones sobre la forma jurídica](#)”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 850, noviembre 1997, pp. 23-47; en *Escriva*, México, n° 3, 1998; y (en una nueva versión) en *Dikaion*, Bogotá, Universidad de La Sabana, n° 10, diciembre 2001.

45. Art. 3653: “El escribano pariente del testador en línea recta, en cualquier grado que sea, y en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive no puede concurrir a la redacción del testamento”.

46. Aunque con elegancia luzcan antifaces, caretas venecianas, pasamontañas o burkas.

que puede, por ejemplo, asesorar a sus parientes.<sup>47</sup> Al respecto, en el editorial de *La Nación* del día 6 de noviembre de 2014 se lee:

Como ha señalado el presidente del Consejo Federal del Notariado Argentino, Omar Fenoglio, en una carta a este diario, la intervención de los escribanos confiere a los actos seguridad jurídica, que es la base de la paz social. Los notarios no sólo cumplen una función certificante, sino que ejercen un control de legalidad y brindan asesoramiento desde una posición objetiva y ecuaníme, tendiente a la prevención de conflictos.<sup>48</sup>

Agrego que no solo asesorando sino también –y con muchísima mayor razón– en el ejercicio de su quehacer funcionarista debe todo oficial público obrar con ecuanimidad (que no otra cosa es que “imparcialidad de juicio”<sup>49</sup>).

47. Sobre esa distinción –y sus diversos aspectos– remito a mi trabajo “Quehacer notarial: aspectos funcionaristas y profesionalistas”, publicado en ob. cit. (cfr. nota 5).

48. [N. del E.: el lector podrá acceder aquí al editorial completo, titulado “La indispensable labor de los escribanos”].

49. Segunda acepción.

# Estudio de títulos de donaciones hechas a herederos forzosos en el Código Civil de Vélez y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Pablo Luis Manganaro\*

## RESUMEN

Se analiza cómo se pueden llegar a considerar en un estudio de títulos aquellos provenientes de donaciones hechas a herederos forzosos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Para lograr esto, nos serviremos de posturas doctrinarias ya ensayadas con la vigencia del Código Civil de Vélez y, en caso de optar por la observabilidad, hablaremos sobre las posibles subsanaciones.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Consideraciones previas. 2.1. Estudio de títulos. 2.2. Clasificación de los títulos. 2.3. Rescisión y revocación. 3. Estudio de títulos en el Código Civil de Vélez. ¿Por qué y para qué? Análisis histórico-nomológico. 4. Estudio de títulos en el Código Civil y Comercial de la Nación. 5. Donaciones inoficiosas en el Código Civil de Vélez. 5.1. Donaciones hechas a herederos forzosos. 6. Donaciones inoficiosas en el Código Civil y Comercial de la Nación. 6.1. Las porciones legítima de los herederos forzosos en el Código Civil y Comercial. 6.2. Ventas simuladas a herederos forzosos. ¿Acción de colación, acción de reducción o ambas? 7. Prescripción de la acción de reducción en el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial. 7.1. Código Civil Velezano. 7.2. Código Civil y Comercial. 8. Posibles subsanaciones de títulos provenientes de donaciones hechas a terceros en el Código Civil de Vélez. 8.1. El distracto. 8.2. El artículo 1837 del Código Civil de Vélez. 8.3. Reconocimiento de simulación y revocación por inejecución de cargos omitidos en la escritura. 8.4. La prescripción adquisitiva. 9. Posibles subsanaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación. 9.1. La rescisión bilateral. 9.2. La revocación de la donación. 9.3. Reintegro voluntario del inmueble al donante para librar al donatario de la obligación alimentaria. 9.4. Declaración de onerosidad mediando un reconocimiento de simulación. 9.5. Prescripción. 10. Conclusión.

## 1. Introducción

En la última década hemos tenido una transformación de nuestro sistema jurídico; la mayoría de las transformaciones responden en su mayor parte a intereses políti-

\* Abogado (USAL). Escribano público. Docente universitario (USAL). Miembro de la Comisión de Integración Profesional del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

cos y en menor medida, quizás, a necesidades jurídico-sociales. Parecería que de este cambio sistémico se ha salvado nuestra Constitución Nacional, aunque las interpretaciones llevadas a cabo a lo largo de este período no han dejado de ser un verdadero cambio en el modo de ver nuestro derecho. En este contexto de cambios, observamos cómo nuestro Código Civil, pilar fundamental para las relaciones entre las personas, no ha sido la excepción. Hemos visto cómo se ha implementado un nuevo criterio normativo, incluyendo en un nuevo Código Civil y Comercial derechos que ya estaban consagrados en nuestra Constitución, como así también otras reformas y derogaciones que no eran necesarios. No podemos soslayar que también hubo aciertos, pero la ecuación parece dar un resultado negativo.

En el presente trabajo intentaremos abordar la influencia del cambio de legislación en los estudios de títulos, sobre todo aquellos donde existe una donación a favor de herederos forzosos. Como es nuestra costumbre, primero daremos unas definiciones generales sobre aquellos conceptos que trataremos de abordar, para luego entender cómo funcionaba en la práctica notarial el estudio de títulos en el *Código Civil de Vélez*<sup>1</sup> (en adelante, CCIV) comparándolo con el nuevo *Código Civil y Comercial de la Nación*<sup>2</sup> (CCCN). También analizaremos los distintos supuestos relacionados con esta temática, es decir: donación inoficiosa, porciones legítimas, acción de reducción, etc., intentando descubrir si las donaciones a favor de herederos legitimarios serán observables con el nuevo plexo normativo. Asimismo, todo esto conlleva a analizar, para el caso de observabilidad, las posibles subsanaciones de estos títulos en el CCCN, teniendo en cuenta antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales al respecto.

## 2. Consideraciones previas

### 2.1. Estudio de títulos

El estudio de títulos, definido por Etchegaray,<sup>3</sup> es:

... la relación de los actos y negocios jurídicos que legitimen al titular de un bien para disponer de éste y así asegurar la eficacia del nuevo negocio que el titular va a realizar.

Esa relación de antecedentes –agrega–

... debe contener la afirmación de que han sido verificados en sus originales y de que se lo ha hecho durante el lapso de la prescripción máxima, respecto del bien objeto del nuevo negocio.

1. Código Civil de la Nación - Ley 340 del 25/9/1869, [texto actualizado](#).

2. Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26994 del 1/10/2014, [texto actualizado](#).

3. ETCHEGARAY, Natalio P., *Escrituras y actas notariales. Examen exegético de una escritura tipo*, Buenos Aires, Astrea, 1998 (2ª ed.), p. 124.

Sierz,<sup>4</sup> por su parte, considera que

... consiste en el examen documental efectuado sobre los antecedentes, matrices, expedientes y títulos que acreditan derechos y legitiman el dominio durante el plazo de prescripción. El estudio tiende a analizar la legitimación completa, es decir, quién y frente a quién puede concluir válidamente el negocio y el instrumento, para que éste pueda tener consecuencias jurídicas conforme la intención de las partes.

Suele hacerse una diferenciación entre la recopilación de antecedentes y el estudio de títulos. En efecto, la primera es una agrupación sistemática de aquellos instrumentos que han servido de antecedentes, pero sin producir una opinión jurídica acerca de ellos. El estudio de títulos le suma a la recopilación de antecedentes la elaboración de una opinión crítica y un examen consensuado de los instrumentos, siendo responsable el profesional que lo dictamina. El estudio de títulos implica un trabajo específico para obtener cierta seguridad jurídica en la etapa inicial del negocio, configura una necesidad y genera en el escribano interviniente una convicción certera acerca de la perfección del título que posee el disponente. Si el notario sigue la buena práctica profesional, transmitirá la perfección del título antecedente al nuevo título que circulará en el llamado tráfico negocial.

Cuando hablamos de perfección del título o título perfecto, nos referimos al origen y extensión del dominio. Tal coronación, aplicada a un título, logra una certeza sobre la imposibilidad de iniciar una acción de reivindicación o la posibilidad de rechazarla. Buscaremos supuestas nulidades, anulabilidades o ineficacias que puedan tener el instrumento o el negocio jurídico antecedentes.<sup>5</sup>

Cabe recordar que el estudio de títulos no es el estudio de su publicidad. Los informes o certificados que emanan del Registro de la Propiedad no gozan de plena fe, con lo que en la práctica notarial se requiere investigar a fondo los antecedentes del título. Cuando el profesional referencista vislumbra una imperfección en el título antecedente, realiza una observación. La observación implica una opinión jurídica no vinculante para el notario designado para efectuar el negocio, pero servirá como pauta para tener en cuenta si acarrea la imposibilidad de realizar el negocio o, por el contrario, la posibilidad de subsanar el vicio y proseguir con la escrituración.

## 2.2. Clasificación de los títulos

En base a lo señalado, podemos realizar una clasificación de los títulos:

- *Título perfecto*: Es aquel que reúne todos los requisitos de fondo y de forma y que, además, no está sujeto a acción alguna que pueda menoscabar su dominio.

4. SIERZ, Susana V., *Derecho notarial concordado*, Buenos Aires, Di Lalla, 2008, p. 321.

5. Decimos “nulidad”, “anulabilidad” e “ineficacia” pensando en el sistema de nulidades jurídicas que ha establecido el CCIV, según la doctrina y cierta jurisprudencia. En el CCCN esta distinción se circunscribe a la nulidad e ineficacia, eliminándose la distinción entre acto jurídico nulo y anulable.

Permite inferir que a su titular no se le opondrán ni presentarán observaciones jurídicas, ni será molestado por ningún tipo de acciones reales de terceros.

- *Justo título*: Es aquel que tiene por objeto transmitir un derecho real de dominio y que reviste todas las solemnidades necesarias para su validez, sin consideración de la persona de la cual emana. Esta categoría resulta en ocasiones eficaz para la transmisión de dominio solo cuando se conjuga con la buena fe y la posesión en carácter de dueño, pacífica, pública, continua e ininterrumpida durante diez años.
- *Título putativo*: Es un título hipotético, pero para su dueño equivale a uno real y existente. No es verdadero aunque su propietario así lo crea.
- *Título suficiente*: Es aquel que reúne todos los requisitos de fondo (legitimación y capacidad) y de forma (escritura pública para los inmuebles). Es el acto jurídico que sirve de antecedente a la tradición del dominio. Escapan de este concepto aquellos que no generan la transmisión de la propiedad, aunque como consecuencia de ellos se deba efectuar la tradición (p. ej.: locación).

### 2.3. Rescisión y revocación

Los conceptos que daremos de rescisión y revocación tendrán relevancia cuando veamos las posibles subsanaciones, tanto en el CCIV como en el CCCN.

*Rescisión* es la anulación, invalidación o privación de su eficacia ulterior o con efectos retroactivos de una obligación o contrato. Comprende generalmente un acto jurídico bilateral.<sup>6</sup> En cambio, *revocación* –proviene del latín *revocatio*, nuevo llamamiento– implica dejar sin efecto una decisión. Es una retractación eficaz generalmente comprendida por un acto jurídico unilateral.<sup>7</sup>

## 3. Estudio de títulos en el Código Civil de Vélez. ¿Por qué y para qué? Análisis histórico-nomológico

El artículo 3270 del CCIV consagra uno de los principios básicos del derecho: “*nemo dat quod non habet*” (“nadie puede dar más de lo que tiene”), más conocido con el aforismo latino “*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*” (“nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él mismo tiene”), ideado por el jurista romano Ulpiano.<sup>8</sup> El artículo en cuestión establece lo siguiente: “Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que go-

6. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 1997 (ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas).

7. *Ibidem*.

8. NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario del latín jurídico*, Buenos Aires, Julio César Faira, 2004, p. 206.

zaba...”. Aplicado a los inmuebles, el artículo 1051 originario (anterior a la reforma introducida por la [Ley 17711](#)) establecía:

Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual.

El principio se aplicaba taxativamente, tal como lo decía la letra escrita del CCIV. Cuando por algún motivo se declaraba la nulidad del acto, sus efectos se retrotraían a la situación anterior. En el caso de una compraventa, surgía para el comprador la obligación de restituir la cosa, aunque fuera de buena fe y aunque hubiera pagado un precio por ella. El comprador recuperaba entonces el dinero de parte del vendedor, que lo restituía como garantía de evicción y como consecuencia de la reivindicación, aunque se corría el riesgo de que el transmitente fuera insolvente, con lo cual el comprador perdía el dinero invertido en la adquisición. Es por ello que fue necesario establecer una modificación que protegiera de alguna manera al adquirente de buena fe y a título oneroso. Así, en 1968, con la sanción de la Ley 17711, se introdujo una importante excepción al final del artículo 1051: “... salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”.

A continuación se analizará por partes este agregado al artículo 1051.

**A.** *«salvo los derechos de los terceros adquirentes»*

Aquí se establece una suposición acerca de la existencia de dos actos jurídicos:

- 1) una primera enajenación viciada de nulidad
- 2) una posterior transmisión de inmuebles válida

El comprador de la transmisión válida es tercero con respecto al acto anterior viciado de nulidad, protegiéndolo atento a los vicios que pueda presentar el título del enajenante. Obviamente, para que pueda suscitarse esta protección legal, el tercer adquirente debió adquirir el derecho real o personal sobre el inmueble, cumpliendo aquellos requisitos establecidos por ley.

A título ejemplificativo mencionaremos los más trascendentes:

- Escritura pública
- Tradición
- Inscripción registral (no como requisito de transmisión sino de oposición)

**B.** *«de buena fe»*

La buena fe estará dada cuando exista una firme convicción de actuar conforme a la ley. En efecto, para que el artículo 1051 tenga eficacia y proteja al tercer adquirente, es necesario que, desde el momento mismo de la adquisición, este se encuentre persuadido de que es el titular de un derecho real constituido de conformidad con las disposiciones de las normas.

Si bien la buena fe se presume, se admite prueba en contrario. La conducta llevada a cabo por el tercer adquirente debe ser diligente, siguiendo las reglas de un buen hombre de negocios. Estimamos que se habla de una buena fe-diligencia y no de buena fe-creencia, tal como ha quedado establecido en la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia.<sup>9</sup>

Si previamente a la adquisición que efectuará el tercer adquirente un análisis exhaustivo del título del enajenante advirtiera defectos insalvables, no podrá invocarse buena fe para la protección del artículo 1051. Es por este motivo principalmente que se realiza el estudio de títulos: permite atribuirles la buena fe diligencia necesaria para poder evitar cualquier acción reivindicatoria sobre el inmueble adquirido.

#### C. «a título oneroso»

Debe existir una contraprestación equivalente al inmueble entregado para que la operación sea considerada onerosa. Se protege a quien que ha abonado un precio, no así a quien se ha beneficiado de una liberalidad del transmitente.

#### D. «sea el acto nulo o anulable».

La nulidad es la sanción que priva al acto de los efectos que le son propios, en virtud de una causa existente al momento de su celebración. No se entrará en el análisis de los tipos, pero cabe destacar que el CCIV entiende que existen dos tipos de nulidades: absolutas y relativas.

Se ha interpretado en doctrina que si el vicio afecta el orden público, no queda comprendido en la protección del artículo 1051, ya que de ese modo se lo estaría confirmando al no tener efecto real en la situación.<sup>10</sup> Por consiguiente, solo protege a las nulidades o anulabilidades de carácter relativo.

## 4. Estudio de títulos en el Código Civil y Comercial de la Nación

En cuanto al principio latino “*nemo plus iuris...*”, encontramos el artículo 399, que no establece grandes cambios a lo propuesto anteriormente: “Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas”. Creemos que ha sido importante la inclusión del texto que se ubica en la última parte del artículo, atento a que existen supuestos que parecen conformar una excepción al principio del *nemo plus iuris*; por ejemplo: la transmisión de dominio que puede hacer el fiduciario a favor de un tercero.

9. Ver ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 14/9/2006 (t. 2006-E, p. 1126); y CASABÉ, Eleonora R., “Inexactitudes registrales. Algunos supuestos conflictivos” (trabajo presentado en el Foro Internacional de Derecho Registral [Santa Fe, 2009]).

10. ALTERINI, Jorge H., ob. cit. (cfr. nota 9).

Por su parte, el artículo 392 CCCN dispone:

Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso.

Vemos entonces cómo el artículo 392 CCCN reitera el principio establecido por el artículo 1051 CCIV, que protege a los subadquirentes de buena fe y a título oneroso. El artículo se refiere a inmuebles y agrega los muebles registrables. Evita hacer mención de “tercer adquirente”, reemplazando su locución por “subadquirente”, lo que nos parece más acertado. Otra diferencia que podemos encontrar es la supresión de los actos anulables, atento a que el nuevo sistema jurídico de nulidades no contempla esta categoría de actos.

Para Clariá,<sup>11</sup> luego de la reforma de la Ley 17711 se había planteado el interrogante de si la protección del tercero tenía lugar en el caso de falta de autoría del titular del derecho transmitido al primer adquirente. La doctrina mayoritaria se había pronunciado por la negativa. El CCCN recoge esa opinión y expresa que los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.

Otro aspecto a tener en cuenta es que el CCCN reconoce expresamente el estudio de títulos como necesario para que exista buena fe en el adquirente. Sobre este punto, el artículo 1902 manifiesta:

La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.

Este artículo resalta la importancia de lo que hemos visto anteriormente: el trabajo del profesional que realiza el estudio de los antecedentes no es meramente copiatorio y no se circunscribe únicamente a examinar las constancias registrales, sino que requiere un examen exhaustivo y una verificación de todos los actos relevantes del negocio en cuestión. Se ha tenido en cuenta para esta modificación la doctrina notarial y jurisprudencia aplicable al estudio de títulos, lo que hasta este momento no se encontraba regulado en ningún artículo. Creemos que esta inclusión es muy acertada y da por terminada la discusión acerca de si es o no una obligación para el

11. CLARIÁ, José O., “Hechos y actos jurídicos”, en AA. VV., Lafferrière, J. N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* [on line], Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 191-196.

notario autorizante realizarla, atento a que hace a la perfección del título y constituye la buena fe que va a poseer el adquirente.

## 5. Donaciones inoficiosas en el Código Civil de Vélez

La define el artículo 1830 CCIV en su primera parte: “Repútase donación inoficiosa aquella cuyo valor excede en la parte de que el donante podía disponer...”. Nos referimos aquí a la porción disponible, respetando la legítima hereditaria de los herederos forzosos (reglamentada en los arts. 3591-3605 CCIV).

Se la denomina inoficiosa<sup>12</sup> porque, en la medida en que exceda la porción disponible, sufrirá una reducción, restituyendo el donatario el excedente. Estamos ante una restricción del principio de autonomía de la voluntad; en efecto, los bienes que dispone el donante tienen un límite legal. Aquello que se ha donado excediendo la porción disponible implica un gravamen para sus herederos forzosos: “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas” (art. 3598 CCIV). Esto conlleva la posibilidad que tiene un heredero de iniciar una acción de reducción (art. 1831 CCIV):

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

Cuando hablamos de legítima nos referimos a una porción determinada de bienes del causante sobre la cual tienen derechos sus herederos forzosos. Por consiguiente, la libertad que tiene una persona para desprenderse de sus bienes de manera gratuita no puede afectar esta porción (art. 3591 CCIV):

La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.

La reducción procede en las donaciones simples gratuitas (art. 1832 inc. 2 CCIV). Las donaciones remuneratorias o con cargos no son reducibles por la parte onerosa que contienen, pero sí por el resto. Los legitimados activos a promover la acción de reducción están estipulados en el artículo 1832, inciso 1, CCIV:

La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada: 1º) por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero, si existieren descendientes que

12. *Enciclopedia jurídica Omeba*, México DF, Bibliográfica Omeba, 2012, edición electrónica.

tuvieren derecho a ejercer la acción, también competirá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación...

Para que proceda una acción de reducción, debería acreditarse la calidad de heredero forzoso, atento a que ellos son los únicos que poseen una porción legítima, y que, mediante una liberalidad hecha por el causante, se la haya afectado.

Los hijos poseen una porción legítima de cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del causante y de los que este hubiera donado (art. 3593 CCIV). La de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados (art. 3594 CCIV). La legítima de los cónyuges cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto es la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge difunto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales (art. 3595 CCIV).

Según Lorenzetti<sup>13</sup> –siguiendo el criterio del artículo 3576 bis CCIV–, la legítima de la viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubiesen correspondido al esposo en dichas sucesiones. Este autor opina que:

El segundo elemento es que se reúna la calidad de heredero forzoso a la época de la donación. Este requisito es un obstáculo para el progreso de la acción del cónyuge que se ha casado después de la donación y para el hijo adoptado luego del acto gratuito. La reducción puede deducirse como acción a fin de atacar una donación inoficiosa, o bien puede oponerse como excepción cuando el heredero enfrenta una donación aún no perfeccionada y cuyo cumplimiento es demandado por el donatario.

Coincidimos con la interpretación de Lorenzetti en el sentido de que el artículo 3576 bis CCIV conforma un obstáculo para el cónyuge que se ha casado después de la donación, pero no compartimos el mismo criterio respecto del hijo adoptado. Creemos que un hijo adoptado, sea que el proceso de adopción se haya iniciado antes o después de la donación, no obsta que pueda obtener una reducción de su legítima, puesto que se encontraría en una paridad jurídica con respecto a un hijo natural. No considerarlo así importaría un acto discriminatorio sin sustento legal alguno.

### 5.1. Donaciones hechas a herederos forzosos

Al interpretar la normativa en cuestión, Cerávolo<sup>14</sup> afirma que es unánime la doctrina en cuanto a la procedencia de la acción persecutoria del inmueble adquiri-

13. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. III, p. 625.

14. CERÁVOLO, Francisco, “Los títulos provenientes de donaciones a herederos forzosos no son observables”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/10/2010 (t. 2010-F, p. 689) y en *Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, noviembre 2010, p. 171. [N. del E.: publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 902, octubre-diciembre 2010, pp. 17-29].

do por terceros cuando el título proviene de donación a persona que no revista la calidad de heredero legitimario del donante, sin importar la onerosidad o gratuidad de la adquisición ni tampoco la buena fe del adquirente, quedando a salvo la prescripción decenal desde el fallecimiento del donante. Cita el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal, de fecha 11/6/1912, en autos “Escary c/ Pietranera”, que se encuentra vigente.<sup>15</sup> Si bien la cuestión que había dado origen al mismo ha sido la imperfección de un título proveniente de la donación hecha a un tercero extraño, ha servido de interpretación para doctrina y jurisprudencia posterior. En este fallo, el juez Emilio Giménez Zapiola dijo –refiriéndose a la acción de colación–:

No es para mí dudoso que, tratándose de colación entre coherederos, tal acción reivindicatoria no existe y no puede, por lo tanto, ser ejercitada contra terceros adquirentes de los bienes donados [...] Pero la acción de reducción, acordada contra el donatario que no es heredero forzoso por inoficiosidad de la donación, está regida por principios distintos a los que informan la colación entre coherederos. La colación tiene por objeto mantener la igualdad de las porciones legítimas entre coherederos forzosos; la reducción por inoficiosidad ha sido creada para resguardar la institución misma de las legítimas y defender a los hijos de las liberalidades excesivas a favor de extraños a la familia o de parientes de un grado más remoto.

Asimismo, el juez José M. Zapiola expresó:

... un heredero no tiene sino una acción personal contra su coheredero obligado a colacionar el valor de los bienes dados en vida por el causante. Pero otra cosa sucede y debe suceder cuando se trata de una donación hecha por el causante no a uno de sus herederos, sino a un extraño.

Por el contrario, Zannoni<sup>16</sup> opina que aquel heredero que ha sido afectado en su legítima por el acto de donación a un coheredero tiene la potestad de dirigir la acción de reducción contra este o directamente contra el tercer adquirente, sin tener especial consideración acerca de la onerosidad o gratuidad de tal adquisición o de su buena fe, aplicando lo dispuesto por el artículo 3955 CCIV –veremos en el próximo apartado que esta postura será la tomada por la comisión creadora del CCCN–.

Si bien para la doctrina del fallo plenario la acción de reducción conforma una acción personal con efectos reipersecutorios, para otros conforma una acción meramente personal, lo que implicaría considerar que no posee efectos persecutorios, no afectando título alguno.

15. CNCiv., en pleno, 11/5/1912, “Escary c/ Pietranera” (*elDial.com*, AN1). [N. del E.: publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata “Donaciones a herederos forzosos”, diciembre 2010, pp. 65-71].

16. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, t. 2, §983.

Lorenzetti, siguiendo a Armella,<sup>17</sup> opina al respecto:

En fallo plenario [refiriéndose al plenario antes citado] se afirmó que la acción de reducción es real (art. 3955 Cód. Civ.), lo que permite afirmar que el bien donado es reivindicable y, por ello, la donación a terceros, en tanto no se modifique la legislación vigente, está sujeta a la acción de reducción si afecta la legítima de herederos forzosos y el título es observable. En cambio, la mayoría de la doctrina actual, preservando la seguridad jurídica y los efectos publicitarios registrales, entiende que toda donación de un bien inmueble otorgado a favor de un heredero forzoso o de un tercero es un título perfecto que no merece, notarialmente hablando, ninguna observación legal. Siendo una acción personal, prescribe a los diez años (art. 4023 Cód. Civ.).

Podemos observar que la opinión del presidente de la comisión designada para la elaboración del CCCN no coincide con lo que establece el mismo –como veremos posteriormente–, máxime cuando se refiere a la inobservabilidad como un requisito ineludible para que exista seguridad jurídica y tráfico negocial de los títulos provenientes de donaciones hechas a herederos forzosos. A favor de esta postura, Prayones<sup>18</sup> sostuvo en 1915:

... un sistema jurídico que produce como consecuencia la inenajenabilidad de los inmuebles no responde al principio económico necesario en toda buena legislación. La tendencia moderna es facilitar el movimiento económico: que las cosas se vendan y se compren y que todo aquel que adquiere un bien tenga la seguridad de que cuando lo ha pagado nadie podrá molestarlo. No obstante todas estas consideraciones, como se ha dicho, la última jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que hay acción real cuando la donación es hecha a un extraño. Mientras no cambie, a ella hay que atenerse en la Capital Federal.

Un **dictamen** de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos (aprobado por el Consejo Directivo) expresa en forma contundente que son inobservables los títulos provenientes de donaciones hechas a herederos forzosos. Establece que el saneamiento de un título que proviene de una donación a tercero puede darse por medio del distracto de la donación (si el donante aún se encuentra con vida) o, por el contrario, si el donante ha fallecido, mediante la renuncia de la acción de reducción o si se prueba que la donación no ha excedido la legítima.<sup>19</sup>

17. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 13), t. 3, p. 626.

18. PRAYONES, Eduardo R., *Nociones de derecho civil. Derecho de sucesión*, Buenos Aires, Centro Estudiantes de Derecho, 1915, p. 236.

19. “Donación a favor del heredero forzoso. Inobservabilidad del título. El artículo 3955 del Código Civil. Saneamiento de títulos provenientes de donación a terceros”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 840, enero-marzo 1995, pp. 131-134 (dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto de Ernesto H. A. Martí, aprobado por el Consejo Directivo el 18/1/1995, expediente 2357-L-1994): “En lo referente a los medios tendientes a sanear el título,

Por el contrario, [Armella](#)<sup>20</sup> no coincide con la solución del distracto como forma de saneamiento de los títulos que contienen donaciones hechas a terceros en caso de que el donante se encuentre con vida. En resumidas cuentas, opina que no pueden extinguirse las obligaciones creadas por los contratos si ya se encuentran extinguidas. El distracto no posee fuerza suficiente para retirar los derechos reales que se hubiesen transferido, al ser un acto jurídico simulado.

## 6. Donaciones inoficiosas en el Código Civil y Comercial de la Nación

La temática referida a la inoficiosidad de las donaciones se encuentra en: a) Libro Tercero, Título IV, Capítulo 22 “Donación”, y b) Libro Quinto, Título VIII, Capítulo 3 “Colación de donaciones”. El artículo 1565 [CCCN](#) ofrece un concepto de donación inoficiosa:

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

El artículo 2386 [CCCN](#) regula respecto de las donaciones inoficiosas hechas a un descendiente o al cónyuge:

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

Se critica la redacción de este artículo atento a que no cumple con lo mencionado en sus [fundamentos](#).<sup>21</sup> En efecto, se menciona que el texto propuesto está redactado sobre la base del [Proyecto de 1998](#), pero sin seguir sus lineamientos en absoluto. Lo único que parece coincidir con el Proyecto de 1998 son solamente sus fundamentos: si comparamos los de la comisión redactora de 1998 con los de la comisión de 2012,

---

éstos difieren según se trate de la donante viva o del donante que ha fallecido. En el primer supuesto, podría recurrirse al distracto de la donación, retrotrayendo la situación al estado anterior y procediendo la heredera declarada a efectuar la venta, o bien mediante sentencia firme que decida la perfección del título. En el segundo supuesto, tramitando el respectivo proceso sucesorio del donante fallecido y probando en el mismo que la donación no excede la legítima de los herederos forzosos, o renunciando los legitimarios a la acción de reivindicación”.

20. ARMELLA, Cristina N., “*Contrarius consensus. A propósito de la pretendida bonificación de los títulos de donación*”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 837, abril-junio 1994, pp. 193-218.

21. ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, “*Modificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Memorial presentado ante la Comisión Bicameral*”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 909, julio-septiembre -2012, pp. 21-59.

vemos que son idénticos, pero sus artículos no siguen la misma suerte. Los **fundamentos** del Proyecto de 1998 expresan:

Se proyecta solucionar un problema oscuro en la doctrina nacional: el de si las donaciones que exceden la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario están sujetas a reducción o si solo se debe el valor del excedente a modo de colación. Se ha estimado preferible mantener el principio de que las donaciones a herederos forzosos se colacionan. En este supuesto, el beneficiado deberá aportar el valor en exceso.<sup>22</sup>

Asimismo, siguiendo dicho criterio, el artículo 2340 del Proyecto de 1998 establece:

Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a **colación, debiendo compensar la diferencia en dinero.**

De la comparación entre el texto del Proyecto de 1998 y el del CCCN surge que este último sustituye la última parte del artículo –que hemos destacado– con la expresión “a reducción por el valor en exceso”. De esta manera, consagra así una acción de tipo reipersecutoria entre legitimarios, según los lineamientos de los artículos 2453 a 2461 CCCN, produciendo un título observable.

El CCCN es claro al respecto en su artículo 2458, atento a que el legitimario podrá perseguir los bienes registrables contra terceros adquirentes. Si bien no se especifica si es a título oneroso o gratuito, consideramos que se trata de ambos supuestos. –Otra discusión surge si el adquirente es de buena o mala fe, tal como lo veremos cuando analicemos el artículo 2459 referido a la prescripción de la acción–. Como efecto del carácter reipersecutorio, también se extinguirán aquellos derechos reales constituidos por el donante o sus sucesores (art. 2457).

En cuanto al procedimiento a cumplirse para la acción de reducción en las donaciones, deberá tenerse en cuenta lo siguiente: en caso de que existan disposiciones testamentarias concurrentemente con donaciones hechas por el causante, primero deberán reducirse aquellas (art. 2453 CCCN). El heredero legítimo se encontrará habilitado para solicitar la reducción de donaciones en orden cronológico inverso (en primer lugar, la última donación); el mismo supuesto se aplica en caso de insolvencia del donatario (art. 2456). Si existen donaciones de igual fecha, se realizarán a prorrata.

El artículo 2454 CCCN establece el mecanismo al respecto. La reducción puede ser total o parcial; en caso de que sea total, la misma quedará resuelta; si es parcial

... por afectar sólo en parte la legítima, y el bien donado es divisible, se lo divide entre el legítimo y el donatario. Si es indivisible, la cosa debe quedar para quien le corresponde una porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho.

22. Proyecto Código Civil Unificado de 1998. **Fundamentos** (Título VII, §310).

Acertadamente, tanto en el artículo 2454 como en el artículo 2458, el CCCN le permite al donatario o tercer adquirente quedarse con el bien, abonando el equivalente a la porción legítima perjudicada. De esta manera, permite eludir la pérdida del bien por la compensación.

Si la disposición gratuita entre vivos o el legado realizados por el causante no han sido con el objeto de transmitir la propiedad del bien sino simplemente constituir un usufructo, uso, habitación o renta vitalicia, el legitimario podrá optar entre cumplirlo o entregarle al beneficiario la porción disponible (art. 2460 CCCN). Es por ello que consideramos que también serán observables estos títulos, atento a que podrá turbarse el derecho real del usufructuario, usuario o beneficiario en pos de una decisión unilateral del sucesor.

### 6.1. *Las porciones legítimas de los herederos forzosos en el Código Civil y Comercial*

Las porciones legítimas fueron reducidas con la sanción del CCCN (art. 2445, concordante con los arts. 3593-3595): “La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio”. En cuanto al cómputo de la porción de cada descendiente, se toman en cuenta aquellas donaciones colacionables o reducibles realizadas a partir de los trescientos días anteriores al nacimiento o, en caso de derecho de representación, al nacimiento del ascendiente a quien representa. Para el cónyuge, en cambio, solamente se considerarán las donaciones hechas después del matrimonio. Esta previsión salda la discusión acerca del cónyuge que se suscitaba con el CCIV. En cuanto a los hijos adoptados, creemos que la situación es más clara aún, puesto que deberá contarse el plazo de los trescientos días anteriores a la fecha de adopción (siguiendo el procedimiento de los arts. 607 y ss. CCCN). Esto es así puesto que el adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones que todo hijo (art. 620, 1° § *in fine*).

Se ha optado por eliminar a la figura de la nuera viuda sin hijos por considerarla violatoria de los principios del derecho sucesorio y el matrimonio igualitario:

Se suprime el derecho hereditario de la nuera viuda porque, además de los ataques a su constitucionalidad al distinguir según sea hombre o mujer, altera los principios del derecho sucesorio y ocasiona un sinnúmero de dificultades interpretativas, especialmente después de la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo.<sup>23</sup>

Sin entrar al tema sucesorio que no nos compete en el presente trabajo, no queremos dejar de resaltar que entre las acciones protectoras que se dejan establecidas en el CCCN se encuentran la de la entrega de la legítima (arts. 2450 y 2488), la de complemento (art. 2451) y la de reducción (arts. 2452 y ss.).

23. [Fundamentos](#) del Anteproyecto de CCCN (Decreto PEN 191/2011).

Según la opinión de Lo Prete<sup>24</sup>:

...el Anteproyecto pareciera tomar partido por la legítima como *pars bonorum*, vale decir, que puede escindirse la legítima de la vocación hereditaria. La opción es polémica ya que en definitiva, por ejemplo, se estaría avalando que una persona, a fuer de preterir a un legitimario de su testamento –instituyendo a un tercero– logre despojarlo de la calidad de heredero (con todas los caracteres que ello comporta, por ejemplo vocación al todo de la herencia), siendo que dicha condición se goza por imposición de la ley.

## 6.2. *Ventas simuladas a herederos forzosos.*

*¿Acción de colación, acción de reducción o ambas?*

Si bien, por las razones antes expuestas, estos artículos también se aplican a las transmisiones de dominio realizadas a herederos forzosos, resulta importante aludir al artículo 2461 CCCN, que procura mejorar la redacción del artículo 3604 CCIV. Aquí se establece una presunción *iure et de iure* como sanción de un acto que se reputa simulado en perjuicio de los legitimarios que no se encuentran en el negocio jurídico. En efecto, si por medio de un acto entre vivos a título oneroso el causante ha transmitido a alguno de sus legitimarios la propiedad de un bien con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume, sin admitir prueba en contrario, que fue realizada en perjuicio de los restantes legitimarios, mejorando la posición de uno de ellos, y se considera tal acto jurídico como gratuito.

Creemos que su interpretación debe ser estricta; por lo tanto, si no existen las reservas antes aludidas, no se configurará la presunción establecida, debiendo el legitimario afectado probar que ha sido un acto simulado. Sin perjuicio de ello, en caso de que el legitimario efectivamente haya probado entregar una suma determinada, podrá deducir el valor entregado.

Quizás la dificultad interpretativa se centra más en los últimos dos párrafos del artículo:

El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas.

Si la presunción rige un acto oneroso simulado, considerándolo como celebrado a título gratuito, creemos que se aplica por analogía el artículo 2385 antes visto, con la salvedad de que **en este supuesto no hay acción de reducción por el valor en exceso**

24. LO PRETE, Octavio, "La legítima hereditaria", en AA. VV., Lafferrière, J. N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* [on line], Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 629-634.

consagrado por el 2386. El artículo permite que los legitimarios afectados consientan el acto simulado. Esto impide que aquellos que aceptaron el negocio jurídico demanden la colación.

Creemos que nada obsta que los legitimarios puedan consentir también una donación hecha a favor de herederos forzosos, produciendo los mismos efectos del último párrafo del artículo 2461, atento a que el mismo habla de consentir enajenación “onerosa o gratuita”. Por lo tanto, en este caso es factible que el legitimario acepte tal liberalidad sin incurrir en las acciones de los artículos 2385 y 2386 CCCN, y no podrán solicitar tampoco la acción de reducción (arts. 2453-2460 CCCN).

Interpretamos que la frase “algunas de las modalidades indicadas” no es limitativa en cuanto al efecto que ocasiona consentir el acto por parte del legitimario en una donación hecha a un heredero forzoso. Esto debido a que un acto realizado a título gratuito hecho a favor de un legitimario, y consintiendo los restantes, no puede tener otra solución. No parece lógico que se compela a los otorgantes del acto jurídico, para que tenga cierta circulabilidad en el tráfico negocial, a consentir y realizar un acto simulado, oneroso, transmitiendo la propiedad de bienes con reserva de usufructo, o con la contraprestación de una renta vitalicia. Este artículo conformaría, a nuestro entender, una excepción al artículo 2449 CCCN.

El consentimiento tiene que ser en el mismo acto, el artículo 2461 es claro al respecto: “los legitimarios que consintieron en la enajenación”.

## **7. Prescripción de la acción de reducción en el Código Civil de Vélez y en el Código Civil y Comercial de la Nación**

### *7.1. Código Civil Velezano*

La prescripción de la acción de reducción, para la mayor parte de la doctrina, que la considera una acción de tipo personal con efectos reipersecutorios, es de diez años (art. 4023 CCIV). A favor de esta postura se encuentran Azpiri, Borda, Ferrer, Pérez Lazala y Solari, entre otros.<sup>25</sup> Si, en cambio, el ascendiente ha realizado una partición, afectando la legítima de otros herederos forzosos, el plazo de prescripción es de cuatro años (art. 4028 CCIV). En cuanto al cómputo del plazo, se aplica el artículo 3955 CCIV:

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

25. MÉNDEZ COSTA, LLEGO YAGÜE, DE GOYTISOLO, *Nociones de derecho civil: derecho de sucesión*, Buenos Aires: Centro Estudiantes de Derecho, 1915.

El artículo 3953 CCIV hace mención a la apertura de la sucesión como momento en el cual pueden reclamarse los derechos en calidad de heredero. La jurisprudencia ha entendido que el artículo se refiere a la muerte del *de cuius* y no a la aceptación procesal que implica la apertura de un proceso sucesorio.<sup>26</sup>

## 7.2. Código Civil y Comercial

No ha estado exenta de críticas La solución adoptada por el CCCN respecto de la prescripción de la acción de reducción de donaciones no ha estado exenta de críticas. El plazo decenal se mantiene, pero con algunas diferencias sustanciales.

El artículo 2459 CCCN expresa:

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

Se modifica el cómputo del plazo, de manera acertada a nuestro criterio: el plazo comienza desde la posesión que tenga el donatario o subadquirente del bien donado. Esto significa un alivio para aquellos títulos anteriores a la reforma, ya que no serán observables los que cumplan con estos términos.

Sin embargo, esto podría ser así si no fuera por el último agregado de la norma. En efecto, el artículo 1901 permite la unión de posesiones:

El heredero continúa la posesión de su causante. El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico.

Para algunos, este artículo indica que se requiere buena fe para que opere la prescripción de la acción de reducción, máxime cuando el último párrafo del artículo 1902 exige un estudio de títulos previo para que la misma opere:

...la remisión al artículo 1901, que permite la unión de las posesiones, podría dificultar la interpretación, sin dudas no querida, de que tal prescripción debe fundarse en la buena fe, ya que el párrafo final de este último artículo dice que en la prescripción breve las posesiones deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico. Sumado a ello, el artículo 1902 del proyecto exige el estudio de los títulos antecedentes...<sup>27</sup>

26. CNCiv., Sala G, 7/9/1983, "López de Rojo, María de las Mercedes c/ Garrido, Daniel" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1984-IV, p. 216)

27. ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, ob. cit. (cfr. nota 21).

Nosotros, en cambio, consideramos que la remisión al artículo 1901 no incluye la última parte. La buena fe y el vínculo jurídico conforman requisitos para la prescripción adquisitiva breve, la que –creemos– debe escindirse de la prescripción de la acción de reducción. Si consideramos la prescripción adquisitiva de los derechos reales (arts. 1897-1899 y 2565 CCCN) como un instituto separado de las demás prescripciones, podemos aplicar el artículo 2459. En caso de no escindirlos, el artículo 2459 sería estéril y sin aplicación práctica, lo que configura un grave error. Es por ello que no compartimos la postura que ve un obstáculo a la libre circulación de títulos provenientes de donaciones, tanto a legitimarios como a terceros y posibles subadquirientes, una vez cumplido el plazo anteriormente indicado.

A pesar de que en los fundamentos se hable de la prescripción adquisitiva breve, queriendo referirse a la prescripción de la acción de reducción, debe considerarse que el *leitmotiv* central del artículo es intentar solucionar el problema jurídico que genera el tráfico de este tipo de títulos:

Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve. De este modo se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico.<sup>28</sup>

## **8. Posibles subsanaciones de títulos provenientes de donaciones hechas a terceros en el Código Civil de Vélez**

Muchas soluciones se han mentado en la doctrina notarial con el fin de bonificar los títulos provenientes de donaciones hechas a terceros. Ninguna de ellas ha estado exenta de críticas, pero consideramos importante enunciarlas sucintamente para evaluar la factibilidad de cada una en el CCCN.

Si bien –como en el título se indica– aquí intentamos analizar los diferentes tipos de soluciones ofrecidos por la doctrina para las donaciones hechas a terceros, sin incluir a los herederos forzosos, debemos recordar que con la vigencia del CCIV prácticamente no se discutía el hecho de que los títulos provenientes de donaciones hechas a herederos forzosos no eran observables. Es por ello que, a la luz de la sanción del CCCN y en base a los fundamentos antes expuestos por cierta doctrina moderna, hemos considerado prudente mencionar los caminos que se han ensayado para las donaciones observables, que servirán para analizar las posibles soluciones en nuestra nueva normativa.

Podemos resumir las diferentes posturas, realizando la presente enumeración:<sup>29</sup>

28. Cfr. nota 23.

29. ETCHEGARAY, Natalio P., “Subsanación de títulos provenientes de donaciones efectuadas a terceros: personas que no son herederos forzosos del donante”, en AA. VV., *XL Seminario teórico práctico “Laureano Arturo*

- Distracto
- Declaración de onerosidad
- Escritura de revocación de la donación por reconocimiento voluntario de incumplimiento de cargos omitidos en la escritura.
- Reintegro voluntario del inmueble al donante, para librar al donatario de la obligación alimentaria –con idéntica intención al inciso anterior– (art. 1837 CCIV).
- Reembolso del dinero obtenido en la venta del bien donado al donante (art. 1837 CCIV).
- Prescripción adquisitiva.

Etchegaray,<sup>30</sup> haciendo referencia a cómo debe ser la bonificación de estos títulos, expresa:

Pienso entonces que la bonificación debe darse en el mismo campo, destruyendo la realidad virtual que motiva el rechazo. Si la donación es atacada por ser tal, por sí misma, sin necesidad de ninguna referencia a la realidad familiar o patrimonial de los sujetos negociales, nuestros esfuerzos subsanatorios deben desarrollarse en el mismo plano; en otras palabras debe desaparecer la donación [...] es razonable tener como suficiente la declaración que cambia la causa gratuita en onerosa, resultando excesivo tener que demostrar documentadamente la realidad de la onerosidad declarada (arts. 957 y 1197 Código Civil).

### 8.1. *El distracto*

El artículo 1200 CCIV consagra la figura del distracto como forma de extinguir obligaciones contractuales. Para un mejor razonamiento, lo desglosaremos en dos partes:

[1ª parte] Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido...

[2ª parte] ... y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza.

La primera parte habla del distracto, “*contrarius actus, mutuus dissensus*” o rescisión propiamente dichos. Este configura un acuerdo jurídico bilateral en el cual se deja sin efecto el contrato. Se extinguen las obligaciones pendientes y retornan a su anterior titular aquellos derechos reales que se han transmitido. Sus efectos no son retroactivos; por lo tanto, no puede argumentarse que el negocio no ha existido. Así

---

*Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2000, pp. 77-99. [N. del E.: publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 874, octubre-diciembre 2003, pp. 65-78].

30. Ídem.

parece confirmarlo el –anterior– Codificador cuando expresa en su nota al artículo 1200:

Revocar un contrato significaría, en términos jurídicos, aniquilarlo retroactivamente de modo que se juzgase que nunca había sido hecho; y ciertamente que el consentimiento de las partes no puede producir este resultado.

La segunda parte del artículo, en cambio, habla de la revocación siempre por las causas que la ley autorice.

Sin profundizar los conceptos de rescisión, revocación y nulidad, nos parece oportuno hacer referencia a otra parte de la citada nota:

Pero las partes, decimos, pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento en los casos que la ley autorice; es decir, si el contrato es hecho por un incapaz, por violencia, dolo, etc., y en tal caso el contrato se juzga no haber tenido lugar.

En los hechos ejemplificativos de situaciones que frustran los efectos de los contratos, según Armella,<sup>31</sup> se está hablando de invalidez. Para esta autora, el efecto retroactivo no se produce por el mutuo consentimiento de las partes, sino por la sanción legal que se le impone a estos supuestos. Afirma que la retroactividad tiene íntima relación con el acto nulo (art. 1050 CCIV) y no con los anulables, que son los casos enunciados ejemplificativamente en la nota. Por consiguiente, el término revocación estaría mal consagrado allí.

Para quienes opinan que el distracto no puede aplicarse a los contratos de donación de inmuebles a terceros:<sup>32</sup>

- Si el artículo 1200 exige en su primera parte que las obligaciones creadas por los contratos se encuentren pendientes, no pueden extinguirse las obligaciones creadas por un contrato de donación a terceros, porque ya se encuentran extinguidas.
- La donación es un contrato consensual y no real y, por lo tanto, genera la obligación de entregar la cosa donada, la que se extingue una vez transmitida la propiedad.
- La donación es, aparte, un contrato unilateral, por consiguiente solo genera obligaciones a favor de una de las partes (sin perjuicio de las obligaciones secundarias que tendrá el donatario a raíz de la donación por el aceptada).
- Los contratos unilaterales –como lo establece Vélez– pueden generar alguna obligación accidental, tal como la obligación de alimentos del donatario hacia el donante en los supuestos previstos por ley:

Los contratos unilaterales, no conteniendo sino una obligación, no exigen sino sólo una acción; sin embargo, puede suceder que el deudor, cumpliendo la prestación a la cual

31. ARMELLA, Cristina N., ob. cit. (cfr. nota 20).

32. Ídem.

está obligado, haya sufrido pérdidas o hecho gastos que deba pagarle el acreedor, y la ley en tal caso le concede al efecto una acción, pero esta acción no es sino una consecuencia accidental de actos extrínsecos y no una consecuencia directa de la obligación primitiva. [Nota al art. 1138 CCIV].

Sin embargo, lo antedicho no implica que sea una consecuencia directa del contrato de donación la obligación alimentaria; por consiguiente, no podría considerarse como una obligación futura pendiente de cumplimiento.

En palabras de Armella:<sup>33</sup>

Todo induce a sostener que el distracto del artículo 1200 del Cód. Civil es aplicable a los contratos de ejecución sucesiva y no a los de ejecución instantánea, posibilitando la extinción de sus efectos para el futuro y dejando firmes las prestaciones cumplidas.

La autora opina, en cuanto a la segunda parte del artículo 1200 CCIV, que el distracto no puede retirar los derechos reales transferidos, atento a que nuestro sistema de derechos reales es rígido, predominando el orden público por encima de la autonomía de la voluntad. La extinción de los derechos reales no puede producirse por un acuerdo de voluntades transmisivo, sino que requiere título y modo. El distracto, según esta postura, no extingue retroactivamente el contrato primitivo y conforma otro contrato; por lo tanto, configuraría una donación autónoma e independiente a la donación base que se pretende distractar.

Según la Cámara de Apelaciones en lo Civil, el criterio por el cual se sostiene que el distracto de la donación inmobiliaria es viable por cuanto conforma un supuesto autorizado por ley al tratarse de un título objetable (art. 1200 CCIV, 2ª parte) es improcedente, ya que la declaración de invalidez solo puede surgir de una decisión jurisdiccional.<sup>34</sup> Quienes opinan en contra de este fallo afirman que es posible realizar un distracto de una donación realizada a favor de un tercero:

... si las partes están de acuerdo [...] y la causa es la existencia de una invalidez reconocida por la ley [...] se está tipificando el enunciado de la segunda parte del artículo 1200 del Código Civil, cuando autoriza a aniquilar retroactivamente por mutuo consentimiento un contrato que se juzga no haber tenido lugar.<sup>35</sup>

En otras palabras, hay quienes consideran que es posible realizar una revocación, en base al artículo 1200, si media un reconocimiento voluntario de nulidad de los contrayentes. Este argumento se basa en la misma nota del artículo antes citado, que les

33. Ídem.

34. CNCiv., Sala A, 23/11/1998, "K., A. y K., M.V. y otro s/ homologación de acuerdo" (*elDial.com*, DC56L1). [N. del E.: publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 859, enero-marzo 2000, pp. 271-274, con comentarios de Pedro Di Lella y Rubén Augusto Lamber].

35. ETCHEGARAY, Natalio P., ob. cit. (cfr. nota 29).

permitiría a las partes arribar a la conclusión de la inviabilidad del contrato, atento a que existen razones legales de envergadura que lo tornan ineficaz.

En síntesis, sería posible para esta doctrina revocar voluntariamente una donación por imposibilidad de ejercer el derecho de propiedad, restituyendo el inmueble adquirido.

### 8.2. *El artículo 1837 del Código Civil de Vélez*

El artículo en cuestión establece:

Cuando la donación es sin cargo, el donatario está obligado a prestar alimentos al donante que no tuviese medios de subsistencia; pero puede librarse de esta obligación devolviendo los bienes donados o el valor de ellos si los hubiese enajenado.

La posibilidad de revocar voluntariamente la donación para que el donatario se libere de la obligación de suministrar alimentos tiene, para algunos, los efectos de una ingratitud; es decir, se remontan al día de la donación (art. 1867). Nosotros, en cambio, creemos que no tienen efectos retroactivos, más aun siendo una revocación voluntaria. Pensarlo de otra manera configuraría una incertidumbre jurídica, transformando todas las donaciones que sirven de título de dominio en revocables, lo que conlleva decir, coloquialmente, que es peor el remedio que la enfermedad.

Una restitución del valor de los inmuebles enajenados implicaría una posible solución para que pueda circular en el tráfico jurídico un título con antecedentes de una donación a favor de tercero. No obstante, en la práctica sería de difícil aplicación, puesto que para que el donatario haya posteriormente vendido el inmueble a un tercero tendría que haberse observado su título antecedente. Entendemos que este último supuesto serviría en los contados casos en los cuales la operación se realice a pesar de las observaciones formuladas y posteriormente se aplique este artículo para que al tercer adquirente a título oneroso se lo considere de buena fe.

### 8.3. *Reconocimiento de simulación y revocación por inejecución de cargos omitidos en la escritura*

Otra solución ensayada por la doctrina especializada es el reconocimiento de la simulación del acto, otorgándole su verdadera calificación legal. Se aplicaría aquí el artículo 957 CCIV, por entender que no perjudica a nadie y tampoco tiene un fin ilícito, concordantemente con el principio de autonomía de la voluntad consagrado por el artículo 1197.

Lo cierto es que reconocer un acto simulado que conforma título implica tener en mira no solamente el derecho privado sino también la parte del derecho público que rige para esta clase de negocios. En efecto, si reconocemos una donación como

simulada, declarando que en realidad se ha tratado, por ejemplo, de una compraventa, debemos tener especial cuidado al analizar los aspectos tributarios de una u otra operación.

Ciertos tributos no se aplican cuando la transmisión de inmuebles se realiza por medio de una donación: así tenemos el ejemplo del impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas (*Ley 23905*), el impuesto a las ganancias (*Ley 20628*<sup>36</sup>) y el impuesto de sellos, entre otros. En algunas jurisdicciones locales tendremos impuestos que gravan las transmisiones de dominio gratuitas, pero suelen ser de menor alícuota que las onerosas.

Esto significa que si bien para el derecho privado puede ser una solución recurrir a la simulación no perjudicando a terceros, a la hora de prestar un asesoramiento profesional hay que tener en cuenta las obligaciones hacia el fisco. Llegado el caso de realizar una declaración de simulación, debemos tener en cuenta los impuestos omitidos más sus intereses, con el fin de eludir una posible acción de los organismos recaudadores.

La revocación por inejecución de cargos omitidos en la escritura (arts. 1850, 1854 y 1855) es otra vía ensayada por la doctrina con el fin de bonificar este tipo de títulos. Si bien, a nuestro criterio, esta revocación configuraría una simulación lícita con los alcances antes denunciados, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros, podría ser aplicable.

Quedaría para analizar si la imposición a la que se refiere el artículo 1850 hace alusión a una condición exigida por el donante de manera escrita, o bien si puede ser hecha verbal o tácitamente. Nosotros creemos viable imponer condiciones de manera no escrita (art. 1802 y su nota).

#### 8.4. *La prescripción adquisitiva*

Otra vía de subsanación es el paso del tiempo veinteñal, contenido en los artículos 4015 y 4016 del CCIV. Hay quienes opinan que estos artículos no son aplicables, atento a que debe regir el ciclo prescriptivo de la acción de reducción antes vista, es decir, el plazo decenal previsto para la acción de reducción, iniciándose desde la muerte del donante (arts. 3955 y 4023).

Etchegaray,<sup>37</sup> en cambio, adopta otra tesis –que compartimos–:

Pienso que quienes niegan la aplicación de estos artículos [refiriéndose a los artículos 4015 y 4016 CCV] en realidad están creando un privilegio especial para quien ha donado sus inmuebles, frente a los otros propietarios que pueden perder su dominio (por el transcurso del tiempo) por cualquier título o circunstancia, inclusive por usurpación.

36. [N. del E.: ver [Decreto PEN 649/1997](#)].

37. ETCHEGARAY, Natalio P., ob. cit. (cfr. nota 29).

El propietario que ha perdido la posesión por cualquier título, incluso vicioso o aun sin causa, pierde su dominio a los veinte años de desposeído; no encuentro cuál es la razón para que este tiempo no corra contra el donante.

## 9. Posibles subsanaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación

Al momento de realizar un contrato de donación a favor de un legitimario según el CCCN, y estimando que pueda ser observado debido a las discrepancias interpretativas, debemos considerar siempre el asesoramiento previo que se debe guardar como profesional del derecho. Parece de buena práctica dejar asentado este supuesto en el texto que conformará el título de propiedad, atento a que ello implicaría haber obrado con la diligencia y la pericia suficientes que requiere la profesión. Sin perjuicio de ello, también estimamos que es posible realizar la escritura con el consentimiento de los restantes legitimarios, tal como hemos comentado anteriormente, evitando su observabilidad, según nuestra postura.

Sin embargo, el tema de este título se centra en aquellos antecedentes donde veamos donaciones hechas a un legitimario. Siguiendo la misma línea de estudio, analizaremos:

- La rescisión bilateral (art. 1076 CCCN).
- La revocación por reconocimiento voluntario de incumplimiento de cargos omitidos en la escritura (art. 1563 CCCN).
- Reintegro voluntario del inmueble al donante para librar al donatario de la obligación alimentaria (art. 1559).
- Declaración de onerosidad mediando un reconocimiento de simulación.
- Prescripción.

### 9.1. *La rescisión bilateral*

El artículo 1076 CCCN establece:

El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros.

El CCCN mejora así la redacción del artículo 1200 del CCIV. Y, más aún, le dedica todo un capítulo a la extinción, modificación y adecuación del contrato. Con gran acierto se habla de rescisión en lugar de revocación y se elimina la segunda parte del viejo artículo 1200, que ha generado gran confusión a nivel doctrinario y jurisprudencial. La comisión redactora simplemente expresa que estos artículos tienen su fuente en el Proyecto de 1998.

Los efectos de la rescisión bilateral son siempre *ex nunc*, es decir, hacia adelante, salvo estipulación en contrario, la que –claro está– no puede afectar derecho de

terceros. Sujeto el contrato a un acuerdo rescisorio, las partes deberán restituirse lo que han recibido en razón del contrato o su valor (art. 1080 CCCN). Asimismo, para estimar el valor de las restituciones, deberán tomarse en cuenta las ventajas no percibidas, las utilidades frustradas u otros daños (art. 1081 CCCN).

El artículo 1076 omite, acertadamente a nuestro juicio, el retiro de los derechos reales que se hubiesen transferido. Por ello, sumado al hecho por el cual las prestaciones cumplidas quedan firmes según el artículo 1081, es que estimamos que no es posible aplicarlo como una supuesta subsanación a las donaciones a terceros o herederos forzosos.

El artículo 1081 CCCN habla sobre los efectos de extinciones de un contrato bilateral, pero entendemos que si para un contrato de prestaciones recíprocas, aquellas que han sido cumplidas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten equivalentes, deberá considerarse de igual manera un contrato unilateral con obligaciones cumplidas e indivisibles como es la donación de inmuebles. El razonamiento es más claro aun cuando, al hablar de restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes, el artículo 1080 remite al artículo 1081 CCCN.

## 9.2. *La revocación de la donación*

Remitimos al concepto dado en el apartado 2.3 de este trabajo. Entendemos que, no obstante, si bien la revocación implicaría un acto jurídico de tipo unilateral, nada obsta que –según el principio de libertad de contratación consagrado por el artículo 958 CCCN– pueda dejarse sin efecto la donación por acuerdo de voluntades, expresando los motivos que solo la ley prevé para este supuesto.

La revocación de la donación está consagrada en el artículo 1569 CCCN:

La donación aceptada sólo puede ser revocada por inejecución de los cargos, por ingratitud del donatario y, en caso de habérselo estipulado expresamente, por supernacencia de hijos del donante. Si la donación es onerosa, el donante debe reembolsar el valor de los cargos satisfechos o de los servicios prestados por el donatario.

Para el caso que estamos estudiando, descartaremos los supuestos de ingratitud y supernacencia. El primero, por entender que la redacción que ofrece el artículo 1571 CCCN *in fine* habla de la necesidad de un proceso judicial que dictamine acerca de la ingratitud, mediando la prueba a la que hace alusión la norma. El segundo supuesto, en cambio, de haberse establecido en el contrato expresamente el caso de supernacencia de hijos, estaremos frente a un dominio de tipo revocable que debería tener reflejo registral o, al menos, observarse en un estudio de títulos. En cuanto a la inejecución de cargos, el artículo 1563 CCCN establece:

El donatario sólo responde por el cumplimiento de los cargos con la cosa donada, y hasta su valor si la ha enajenado o ha perecido por hecho suyo [...] Puede también sustraerse a esa responsabilidad restituyendo la cosa donada o su valor si ello es imposible.

Este artículo conforma una vía similar a la contenida en los artículos 1850, 1854 y 1855 CCIV. Entendemos –con igual criterio al establecido para las normas citadas– que parece no requerirse que los cargos se encuentren establecidos de manera expresa en el contrato de donación, siendo fácticamente posible realizar una revocación voluntaria en los términos de incumplimiento de cargos omitidos en la escritura. En los fundamentos del anteproyecto se transcribe el artículo para explicar el artículo, lo que parece tautológico e innecesario para volcar en el presente trabajo.

### 9.3. *Reintegro voluntario del inmueble al donante para librar al donatario de la obligación alimentaria*

Sobre este punto habla el artículo 1559 CCCN:

Excepto que la donación sea onerosa, el donatario debe prestar alimentos al donante que no tenga medios de subsistencia. Puede liberarse de esa obligación restituyendo las cosas donadas o su valor si las ha enajenado.

La obligación de alimentos solo rige para las donaciones no onerosas, eludiendo referirse a donaciones sin cargo, lo que nos parece acertado a nuestro juicio, debido a que no todos los cargos supondrán siempre onerosidad. Pueden existir donaciones que se consideren gratuitas y que posean cargos. La onerosidad estará dada en la medida en que se limiten a una equitativa retribución de los servicios recibidos o en que exista equivalencia de valores entre la cosa donada y los cargos impuestos (art. 1564 CCC).

Hecha esta salvedad, la redacción del artículo 1559 es similar a la del artículo 1837 CCIV, por lo cual remitimos a los comentarios desarrollados arriba, para evitar reiteraciones innecesarias.

### 9.4. *Declaración de onerosidad mediante un reconocimiento de simulación*

La simulación está consagrada en los artículos 333-337 CCCN. El artículo 334 establece la distinción entre simulación lícita y simulación ilícita:

La simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero. Las mismas disposiciones rigen en el caso de cláusulas simuladas.

Atento a la nueva redacción que ha adoptado el CCCN con respecto al artículo 957 CCIV, podemos afirmar que la solución antes encumbrada por los doctrinarios como una solución viable a los títulos provenientes de donaciones hechas a terceros resul-

taría ahora manifiestamente improcedente. Esto es así porque el nuevo artículo expresa que el acto simulado es lícito cuando no perjudica a un tercero y encubre otro real. Este debe contener los requisitos propios de su categoría, motivo por el cual parece imposible, por ejemplo, tomar un título proveniente de una donación y subsanarlo afirmando que se trata de un acto simulado en el que se ha querido realizar una compraventa u otro contrato con similares características.

Sobre este punto, la comisión redactora del CCCN dice en los fundamentos:

El texto sobre simulación lícita e ilícita, con algunos cambios, reitera las propuestas del Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 640) y del Proyecto de 1998 (artículo 329), precisando además que el acto real, además de no ser ilícito ni perjudicar a un tercero, debe reunir los requisitos propios de la categoría a que pertenece (forma, capacidad, objeto, causa, etc.).<sup>38</sup>

Encontramos también que el artículo 958 del CCC restringe la libertad de contratación a aquellos límites impuestos por la ley, con lo cual a nuestro criterio la posibilidad de recurrir a este mecanismo, queda aniquilada.

### 9.5. Prescripción

A pesar de que hemos hablado más arriba de la prescripción decenal como un medio de subsanación de las donaciones –tanto a favor de terceros como de herederos legítimos–, aplicando el artículo 2459 CCCN, consideramos necesario comentar otro tipo de prescripción aplicable para el caso de no coincidir con nuestra postura. Es por ello que, haciendo esta salvedad, intentaremos abarcar la otra posible solución al tema, sin incurrir en una contradicción con lo manifestado.

La prescripción adquisitiva larga, contenida en el artículo 1899 CCCN, sería el plazo aplicable:

Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión.

Entendemos que, en un estudio de títulos, la prescripción adquisitiva breve no puede argumentarse como modo de subsanación por darse los requisitos de justo título y buena fe consagrados en el artículo 1898 CCCN. Esto se debe a que la buena fe del donatario que desconoce la existencia de herederos legítimos con derechos sobre el bien donado solo podría acreditarse judicialmente, atento a la imposibilidad de que surjan de un simple examen previo de los antecedentes. En otras palabras, por más que la buena fe se presuma a favor del donatario, no podemos dejar de lado

38. Cfr. nota 23.

que se requiere en el profesional que realice el estudio de títulos un convencimiento certero de que no hubo conocimiento ni posibilidad de conocer la causa que podría ocasionar la posible pérdida de su derecho sobre el bien adquirido. Todo esto dado por el simple examen que surja de la documentación a analizar, lo que es inviable.

Por tales motivos, consideramos que el plazo veintañal es el adecuado para considerar la prescripción adquisitiva en casos de donaciones hechas a favor de herederos legitimarios que excedan la porción disponible o a favor de terceros. El plazo empezará a correr desde la posesión, que podrá coincidir con la fecha del título, salvo prueba en contrario (arts. 1899 y 1903 CCCN).

Reiteramos que este planteo será el que deberá regir en caso de no coincidir con nuestra postura, que afirmaba la viabilidad de la prescripción decenal a la luz de lo expuesto en el artículo 2459 y sus fundamentos.

## 10. Conclusiones

En el presente trabajo comenzamos recordando algunas definiciones previas necesarias para establecer el alcance de los conceptos vertidos. Más adelante, dejamos asentada la importancia del estudio de títulos en el Código Civil de Vélez y celebramos su inclusión expresa en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Del análisis efectuado del flamante Código y a modo de resumen, podemos concluir que:

- Los títulos provenientes de donaciones de bienes inmuebles realizados a favor de herederos forzosos se tornarían observables, debido a las prescripciones de los artículos 2453-2461 y concordantes del CCCN.
- Esta observabilidad surge de la acción de tipo reipersecutoria de los legitimarios aun contra terceros adquirentes, sean a título oneroso o gratuito.
- Asimismo, pudimos observar las modificaciones referentes a las porciones legítimas y cómo podríamos concebir el consentimiento de los legitimarios “afectados” al momento de la enajenación en el supuesto de ventas simuladas a herederos forzosos (art. 2461 CCCN).
- Este consentimiento conformaría una excepción al artículo 2449 CCCN.
- En cuanto a las posibles subsanaciones, resumimos primeramente todas las posturas ensayadas por la doctrina para el caso de donaciones hechas a terceros y las utilizamos, por medio de la analogía, como base para tratar el tema de las donaciones hechas a favor de herederos forzosos en el CCCN, viendo la posibilidad o no de su implementación.
- Teniendo en cuenta esto, analizamos la figura del distracto, llamado en el CCCN “rescisión bilateral” (art. 1076) y dimos nuestra opinión en el sentido de que no sería posible aplicarlo como modo de subsanación. En el mismo sentido nos referimos a la declaración de onerosidad mediando reconocimiento de simulación.

- Otros modos vistos que podrían funcionar como medios de subsanación en el nuevo plexo normativo, teniendo en cuenta las salvedades anunciadas, son: la revocación de la donación, el reintegro voluntario para librar al donatario de la obligación alimentaria y la prescripción.
- A pesar de lo expuesto y las posibilidades de subsanación, es una necesidad imperiosa que el Congreso sancione las modificaciones propuestas por académicos altamente capacitados en el aspecto jurídico-notarial, con el fin de llegar a una solución concreta y evitar la observabilidad de estos títulos.
- Teniendo en cuenta lo antedicho, hacemos propia una reflexión del I Foro Internacional de Derecho Registral:<sup>39</sup> “la seguridad jurídica incorpora siempre seguridad económica”. Por lo tanto, creemos que no puede verse como un obstáculo la celebración de un contrato de donación de inmueble, ya sea a un tercero o a un heredero legitimario, por una posible observabilidad del título, porque en este caso se estaría aniquilando una especie contractual muy usada y altamente demandada por la sociedad.

39. I Foro Internacional de Derecho Registral (Villa Carlos Paz, Córdoba, 2006): “Declaración de Carlos Paz” (22/9/2006).

# Impacto del Código unificado en la Ley General de Sociedades

## Asambleas unánimes\*

Alberto María Miguens\*\*

### RESUMEN

El nuevo Código unificado ha modificado la Ley General de Sociedades no solo de manera expresa, sino también por vía indirecta, al modificar el Título "Personas jurídicas", entre las cuales se cuentan las sociedades de dicha ley. Entonces, cabe determinar el conflicto de leyes que se plantea sobre la aplicabilidad de la parte general del Código a los diversos tipos previstos por la ley especial.

**Sumario:** **1.** Introducción. **2.** Quid de la aplicación de la parte general del Código unificado. **3.** Las personas jurídicas en el Código. **3.1.** Asambleas unánimes y asambleas autoconvocadas. **3.2.** Personas jurídicas públicas y privadas. **4.** Asambleas. **4.1.** Convocatoria. **4.2.** Asamblea unánime. **4.3.** Soluciones del nuevo Código. **4.4.** El orden del día. **5.** Soberanía de la asamblea. **5.1.** Evolución histórica. **6.** Abandono del régimen normativo único. **6.1.** Persona jurídica según el interés. Público o privado. **6.2.** Aplicabilidad de la reforma.

## 1. Introducción

El Código Civil y Comercial ha modificado el articulado de la Ley General de Sociedades en forma expresa, pero, además, ha aclarado en forma implícita desde la parte general, Título "Persona jurídica", temas hasta ahora controvertidos en el derecho societario. Las normas previstas en el capítulo relativo a las personas jurídicas privadas son de aplicación a las diversas sociedades en todo aquello que no vulnere la esencia del tipo al cual se lo pretende aplicar. La ley específicamente aclara temas que hasta ahora generaban incertidumbre y eran esenciales, como la convocatoria por los mis-

\* Este trabajo fue presentado a edición antes de la publicación de la [Resolución general 7/2015](#) (31/7/2015), que constituye el nuevo cuerpo de normas de la Inspección General de Justicia, y sustituye las disposiciones de la Resolución general 7/2005.

\*\* Abogado. Escribano público.

mos socios (autoconvocatoria), y modifica el criterio para la toma de decisiones en las asambleas unánimes.

El artículo 2 del Anexo II de la *Ley 26994*, que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, Código Civil y Comercial, nuevo Código o CCCN, indistintamente), ha modificado expresamente la Ley 19550 de Sociedades Comerciales. Sustituye la denominación del título por la de *Ley General de Sociedades 19550 t. o. 1984*<sup>1</sup> (en adelante, Ley General de Sociedades o LGS) y reemplaza, asimismo, la denominación de dos secciones; modifica o sustituye los artículos 1, 5, 6, 11, 16, 17, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 93, 94, 100, 164, 186, 187, 285 y 299, e incorpora el artículo 94 bis: veinticinco artículos sobre un total de trescientos noventa –menos del 7% de su articulado–, casi nada. Por su parte, el Código Civil y Comercial ha impulsado además una serie de reformas en lo que refiere a las personas jurídicas (Libro Primero, Título II, Capítulo 1 “Parte general”, arts. 141 y ss.).

Planteado este contexto, se intentará analizar en qué casos y con qué alcance se pueden aplicar las normas generales a los diversos tipos de la ley especial. Elegimos desarrollar este tema, al menos someramente, por su atingencia en la labor cotidiana del notario.

## 2. Quid de la aplicación de la parte general del Código unificado

Se plantea una cuestión de jerarquía normativa. La pirámide de Kelsen se ve sacudida con el Código Civil y Comercial, pues en el caso tenemos dos principios generales en crisis y el operador debe asignar preferencia a uno sobre el otro: por un lado –como dice Paulo en el *Digesto*<sup>2</sup>– “la ley posterior complementa a la ley anterior, a no ser que se opongan”<sup>3</sup>, en cuyo caso “la ley posterior deroga a la ley anterior”<sup>4</sup>; por otro, la “ley general posterior no deroga una ley especial anterior”<sup>5</sup>.

La aplicación de estos sencillos principios al caso que estamos tratando nos introduce en un alambicado laberinto, toda vez que la Ley General de Sociedades, en virtud de su artículo 384, integra el Código de Comercio, y, a pesar de que el artículo 4 de la Ley 26994 lo deroga, el artículo 5 señala que las leyes que complemen-

1. El artículo 2.1. del Anexo II de la *Ley 26994* establece: “Sustitúyese la denominación de la Ley N° 19.550. t. o. 1984, por la siguiente: ‘Ley General de Sociedades N° 19.550, t. o. 1984’”.

2. HALPERIN, Gregorio, *Manual de latín para juristas. Repertorio de adagios jurídicos*, Buenos Aires, TEA, 1946.

3. “*Leges posteriores ad priores pertinent, nisi contrarias sint*” (PAULO, *Digesto*, 1, 3, 28).

4. “*Lex posterior derogat priori*” (PAULO, *Digesto*, 1, 1, 4).

5. “*Lex posterior generalis non derogat priori speciali*” (HALPERIN, Gregorio, ob. cit. [cfr. nota 2], sin referencia autoral).

tan los –viejos– Códigos Civil y Comercial mantienen su vigencia como complementarias del nuevo Código unificado.

La cuestión es parcialmente resuelta por el artículo 150 CCCN:

Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos [...]; c) por las normas supletorias de leyes especiales o, en su defecto, por las de este Título...

La dificultad está, no obstante, en definir qué normas son las imperativas de la ley especial a las que refiere el inciso a). Entendemos por tales aquellas que hacen a la naturaleza y esencia del instituto tratado; aquellas irrenunciables e indisponibles por las partes, que hacen al tipo elegido. Más adelante nos explayaremos al respecto, señalando qué institutos hacen a la esencia de la sociedad anónima.

### 3. Las personas jurídicas en el Código

Como se mencionó en la introducción, el *Código Civil y Comercial* exhibe un título en el Libro Primero, dedicado a las personas jurídicas, cuyo primer capítulo refiere a la parte general. Allí, se clasifican las personas jurídicas en públicas y privadas, y continúa con una sección dedicada íntegramente a las personas jurídicas privadas (Sección 3ª, arts. 151-167), entre las cuales numera en primer término a las sociedades, que establece los atributos y efectos de la persona jurídica privada, su funcionamiento, disolución y liquidación.

El Código Civil y Comercial, como ley posterior, desplazaría a la Ley 19550, como ley anterior. Sin embargo, debemos analizar si la nueva parte general referida a las personas jurídicas privadas, como ley general, complementa y/o desplaza a la Ley de Sociedades, que supuestamente es ley especial. Ello a pesar de que ha cambiado su denominación por la de *Ley General* de Sociedades y podría interpretarse entonces que dejó de ser “especial”.<sup>6</sup> El planteo no parece estéril, ya que la parte general sobre personas jurídicas privadas –extensiva a todas ellas– viene a aclarar y dar respuesta a muchos reclamos realizados por la doctrina, incorporando criterios jurisprudenciales, algunos de los cuales incluso desautorizan reglamentaciones del organismo de aplicación (Inspección General de Justicia).

6. Esto no parece ser un argumento de peso, aunque tampoco se entiende muy bien a qué obedece el cambio de nombre. Tal vez apunte a la desaparición de la clasificación de las sociedades en civiles y comerciales.

### 3.1. *Asambleas unánimes y asambleas autoconvocadas*

Si bien el tema es muy amplio, enfocaremos puntualmente la aplicabilidad de la parte general de las personas jurídicas a las sociedades, en particular la modificación que atañe a las asambleas o reuniones unánimes de socios y la viabilidad de su autoconvocatoria.

### 3.2. *Personas jurídicas públicas y privadas*

El Título “Persona Jurídica” inicia en el artículo 141 con una definición:

Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.

La Sección 2ª clasifica las personas jurídicas en públicas y privadas. El artículo 146 CCCN enumera entre las personas jurídicas públicas al Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás entidades a las que el ordenamiento jurídico les confiera dicho carácter. Seguidamente, les reconoce personería jurídica pública a los Estados extranjeros, las organizaciones de derecho internacional público y, finalmente, a la Iglesia Católica. El artículo 148 refiere a las personas jurídicas privadas, entre las cuales enumera, en forma no taxativa: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) los consorcios de propiedad horizontal. El artículo finaliza con un inciso residual, que engloba toda otra persona contemplada por la ley cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

La Sección 3ª trata específicamente sobre la persona jurídica privada; así, el Párrafo 1º refiere al nombre, el domicilio, la sede social, el patrimonio, la duración y el objeto.

#### 3.2.1. *Objeto único*

Cabe detenerse, al menos someramente, en el objeto: el artículo 156 CCCN replica la vieja fórmula del artículo 11 inciso 3 de la Ley de Sociedades Comerciales<sup>7</sup>, al establecer que el objeto de la persona jurídica “debe ser preciso y determinado”. Puntualizamos el detalle porque la interpretación que hace el organismo de contralor (la

7. Art. 11: “Contenido del instrumento constitutivo. El instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad: [...] 3) la designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado”. [N. del E.: el lector podrá acceder aquí al [texto ordenado de 1984](#)].

Inspección General de Justicia –IGJ–), en lo que para nosotros constituye un inaceptable exceso interpretativo, le hace decir a la ley que el objeto debe ser, además de preciso y determinado, único.<sup>8</sup> Más razonable parecía la interpretación de la vieja Resolución general IGJ 6/1980<sup>9</sup>, que en su artículo 18 establecía:

El objeto social podrá comprender actividades plurales y diversas sin necesaria conexidad o complementación, siempre que las mismas se describan en forma precisa y determinada, circunscribiéndose a las que la entidad se propone realizar, y guarden razonable relación con el capital social. No se considerará preciso y determinado el objeto social cuando, a pesar de estar determinadas las diversas actividades, por su cantidad, variedad o inconexidad, quepa presumir razonablemente que la sociedad desarrollará efectivamente sólo alguna de ellas.

Basta señalar que alcanzaba con aplicar la resolución sin modificar la ley por vía administrativa –vía absolutamente nula–.

#### 4. Asambleas

Interesa específicamente para los objetivos de este trabajo analizar el Parágrafo 2º de la Sección 3ª mencionada, relativo al funcionamiento de la persona jurídica privada, y, más específicamente, el artículo 158 CCCN. Este, bajo el título “Gobierno, administración y fiscalización”, dice:

El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica. En ausencia de previsiones especiales<sup>10</sup>, rigen las siguientes reglas: [...] b) los miembros que deban participar en una asamblea, o los integrantes del consejo, **pueden autoconvocarse para deliberar, sin necesidad de citación previa**. Las decisiones que se tomen son válidas si **concurren todos y el temario a tratar es aprobado por unanimidad**.

El Código Civil y Comercial estaría, por una parte, aclarando o complementando aspectos históricamente discutidos, y, por otra, modificando tácita e implícitamente previsiones de la Ley de Sociedades. Nos referimos a las asambleas unánimes y a la viabilidad legal de su autoconvocatoria.

8. Resolución general IGJ 7/2005, art. 66: “El objeto social debe ser único y su mención efectuarse en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su efectiva consecución. Es admisible la inclusión de otras actividades, también descritas en forma precisa y determinada, únicamente si las mismas son conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social. El conjunto de actividades descriptas debe guardar razonable relación con el capital social”.

9. [N. del E.: el lector podrá acceder desde aquí a la [vieja Resolución general IGJ 6/1980](#)].

10. Interpretamos que se refiere a la ausencia de previsiones especiales del estatuto, no de la ley especial.

La palabra “unánime” tiene en el lenguaje vulgar cotidiano una significación distinta al de su significado jurídico. En el vocabulario coloquial, profano, significa “sin discrepancia, en concordancia, en coincidencia”<sup>11</sup> o “dicho de un conjunto de personas: que convienen en un mismo parecer, dictamen, voluntad o sentimiento”<sup>12</sup>. Así, la unanimidad parece referirse a la voluntad coincidente de los presentes, independientemente del quórum o porcentaje de asistencia. Sin embargo, en sentido técnico-jurídico refiere a aquellas asambleas o reuniones que cuentan con la participación de socios que representan la totalidad del capital social, quórum del 100%. De manera análoga, en la propiedad horizontal se entiende que la asamblea es unánime cuando la decisión ha sido adoptada con la presencia de la totalidad de los propietarios.

No obstante, la redacción que la Ley General de Sociedades establece en el último párrafo del artículo 237 –no ha sido modificado expresamente– dispone que

La asamblea podrá celebrarse **sin publicación de la convocatoria** cuando se reúnan accionistas que representen la totalidad del capital social y las decisiones se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto.

La norma fue criticada desde sus orígenes.

La ley garantiza con un sistema de convocatorias –detallada y minuciosamente reglamentado– la posibilidad de asistencia de todos los accionistas. Dicha garantía es esencial a efectos de que los socios puedan ejercer sus derechos a participar en la toma de decisiones y a cuidar y defender su patrimonio, y de que tengan la posibilidad de concurrir a las asambleas con voz y voto y debidamente informados.

La circunstancia de que deban votar todos en un mismo sentido –negándoseles la posibilidad de votar en disidencia o incluso de abstenerse– para que la resolución sea válida no es de la esencia de la unanimidad y constituye un requisito desproporcionado e inconducente al fin perseguido, que en ciertas circunstancias puede trocarse en perjudicial para la sociedad y para sus miembros. Basta imaginar por hipótesis que sea conveniente remover al administrador, hijo o muy amigo de un socio, por su falta de afición al trabajo, de capacidad o de idoneidad para administrar: resultaría razonable que el socio involucrado asista a la asamblea para dar quórum, pero no lo sería que no se le reconociera la posibilidad de abstenerse de votar.

El Código Civil y Comercial levanta el guante sobre esa crítica y brinda una solución equilibrada y armoniosa, que hacía mucho reclamaba la doctrina. Como claramente resulta del texto transcrito, hoy alcanza que concurra la totalidad de los accionistas y que el temario a tratarse (orden del día) sea aprobado por unanimidad. Logrado el acuerdo unánime sobre el temario, el ordenamiento ahora permite el di-

11. *Océano conciso. Diccionario de sinónimos y antónimos*, Océano.

12. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario esencial de la lengua española*, Madrid, Espasa Calpe, 2006, para las voces “unánime” y “unanimidad”.

senso en la votación. Esto hace a la celeridad en la toma de decisiones y a remover obstáculos que en ciertas y determinadas circunstancias impedirían adoptarlas. Si están todos presentes y acuerdan tratar uno o más temas, ¿a qué efectos forzar inconducentes convocatorias solemnes y avisos sobreabundantes, superfluos y costosos?

El nuevo sistema implementado permite que lo resuelto por la asamblea unánime sea válido aun no habiéndose adoptado la resolución por unanimidad. Basta simplemente con las mayorías del estatuto y/o la ley. Es lógico y en la medida que a nadie perjudique, no hay razón para vedarlo.

#### 4.1. *Convocatoria*

Directamente con la unanimidad se enlaza la convocatoria. El artículo 237 LGS *in fine*, en lugar de establecer que la asamblea unánime podría celebrarse sin convocatoria, cometió el –a criterio nuestro– error de señalar que podría celebrarse sin la publicación de la convocatoria.

Históricamente se confundió la convocatoria en sí misma con la forma de realizarla –citando a McLuhan<sup>13</sup>, Raúl Navas diría que confundieron el “medio con el mensaje”–. Ello generó una extensa discusión acerca de si la asamblea podría autoconvocarse (convocarse a sí misma por sus propios socios), prescindiendo de la convocatoria realizada por otros órganos. Sasot y Sasot Betes<sup>14</sup> señalan que la convocatoria por los socios es viable de manera excepcional (para asambleas no unánimes) en caso de ausencia o impedimento de los órganos y a efectos de evitar que la sociedad sea disuelta:

Se estaría así en un punto muerto que impediría el funcionamiento de la sociedad por carencia de órganos de administración y fiscalización, contrariándose con ello el **principio de la continuidad de la sociedad**, que, como hemos dicho, domina todo el régimen de la Ley de Sociedades Comerciales. Dentro del **pragmatismo que impera en todos los actos de comercio, por ser ello de la esencia misma de la actividad mercantil**, habría que valorar la alternativa de mantener el dogmatismo de la norma legal, sacrificando con ello el funcionamiento de la sociedad y su continuidad, o flexibilizar aquella norma como forma de hacer posible la convocatoria de la asamblea. Consideramos que esta última alternativa es la procedente...

13. Herbert Marshall McLuhan (1911-1980): filósofo, erudito y educador canadiense. [N. del E.: [biografía](#) en español en [Wikipedia](#)].

14. SASOT, Miguel P. y SASOT BETES, Miguel A., *Sociedades anónimas. Las asambleas*, Buenos Aires, Ábaco, 1978, pp. 101 y ss.

#### 4.2. *Asamblea unánime*

El caso de la asamblea unánime del artículo 237 LGS, que nos ocupa, es mucho más sencillo.<sup>15</sup>

La Ley General de Sociedades establece formalidades para la convocatoria, destinadas a garantizarles a los socios la posibilidad de conocer, con antelación suficiente: 1º) que se va a realizar la reunión, anunciando fecha, hora y lugar, y 2º) el temario a tratar (orden del día). Estas formalidades tienden a garantizarles a todos los socios la posibilidad de concurrir a la toma de decisiones y de hacerlo debidamente informados y preparados.

Monsegur,<sup>16</sup> refiriéndose a los requisitos de convocatoria, analiza una vieja resolución de la Inspección General de Personas Jurídicas (Resolución general IG PJ 1/1976), de cuyos considerandos surge que

... exigir éstos no solo resulta innecesario, sino también inútil por cuanto la finalidad para la cual fueron pensados (garantizar la posibilidad de concurrencia de todos) se cumple cuando la asamblea reviste el carácter de unánime.

Quedó así planteada la discusión acerca de quién puede convocar válidamente a la asamblea. El artículo 236 LGS establece claramente que las asambleas deben ser convocadas por el directorio o el síndico, y que, en su defecto, si fuere requerida por accionistas que representen el 5% del capital social y los citados órganos no lo hicieren, la convocatoria podrá ser hecha por la autoridad de contralor o judicialmente. Sobre dicha base, una mitad de las opiniones entiende que la autoconvocatoria deviene nula, ya que la ley permitía prescindir de la publicación, mas no de la convocatoria en sí misma. Liminarmente –para despejar alternativas– apuntamos que la ley explícitamente señala quiénes pueden o deben convocar a la asamblea, y si bien la convocatoria por los mismos socios no está contemplada como opción válida, tampoco está expresamente prohibida. Potencia la crisis exegética que el artículo 240 LGS establece que tanto directores como síndicos tienen “derecho y obligación” de asistir a las asambleas con voz, aun cuando no voten.

En su Resolución 1461/2003 (en el expte. “Don Crescencio SA”), la Inspección General de Justicia rechaza la inscripción de autoridades debido a que la asamblea unánime fue convocada por los socios. Sostiene que los propios accionistas no pueden convocar a la asamblea, con fundamento en:

15. En cuanto al alcance e historia de las discusiones originadas por la redacción de la Ley 19550 de 1972, el tema ha sido acabadamente analizado, desgranado y expuesto minuciosamente por Rafael C. MONSEGUER –quien nos honra con su amistad– en un artículo cuya lectura aconsejamos especialmente, por su claridad conceptual: “La regularidad de las asambleas unánimes autoconvocadas”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, n° 46, 6/3/2006, t. 2006-B.

16. Ídem.

... que la **división y funcionalidad orgánica en este tipo de sociedades guardan estrecha relación con los rasgos tipificantes** de las mismas y constituyen institutos orientados al mantenimiento de la seguridad jurídica [...] que habiendo consagrado el legislador [...] diversos ámbitos de competencia para cada uno de los diferentes órganos [...], la intromisión de uno de ellos [...] en la esfera de actuación de otro [...] implica un vicio de competencia tal que la doctrina y la jurisprudencia han calificado como de nulidad absoluta, inconfirmable e imprescriptible...<sup>17</sup>

La otra parcialidad de opiniones entiende que impedirles a los socios reunirse voluntariamente es convertirlos en rehenes de los administradores y síndicos –en definitiva, de sus empleados y/o mandatarios–, cualquiera sea la concepción que se tenga de la relación de estos con la sociedad y con los socios. Considera que los socios en su conjunto, actuando unánimemente, son el gobierno y ejercen sobre el patrimonio social una verdadera relación de señorío y dominio, directamente vinculada con el ejercicio del derecho constitucional de propiedad.

Roitman<sup>18</sup> señala que

La solución de la Ley de Sociedades está inspirada en un modelo de sociedad en la que más que una relación “inversión-gestión profesional”, entre asamblea y directorio existe una de “propietario-administrador”.

En fin, que la asamblea o reunión de socios es soberana y reconoce como únicos límites al estatuto y a la ley; que el ejercicio de sus facultades no podría ser restringido en la medida en que no sea en fraude a terceros o ilegal.

Decantan –al menos– dos temas a dilucidar: 1) si la convocatoria por el órgano es realmente un elemento tipificante de la sociedad anónima; 2) si del hecho de haber saltado el procedimiento formal debe derivarse imperiosamente una nulidad de lo resuelto.

#### 4.2.1. *La convocatoria como elemento esencial*

Sobre si la convocatoria es un elemento esencial y tipificante, coincidimos con Roitman<sup>19</sup> respecto de que

Los principios fundamentales de la sociedad anónima son: (i) la responsabilidad limitada y (ii) la división del capital en acciones [...] Además se destacan en la sociedades anónimas las siguientes notas: (i) exigencia de un capital mínimo (art. 186 LS); (ii) po-

17. [N. del E.: el lector podrá acceder a la resolución [completa](#) en el sitio de la Cámara de Sociedades Anónimas {fuente no oficial}].

18. ROITMAN, HORACIO, *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2011 (2ª ed., act. y ampl.), t. V, comentario al art. 255.

19. Ídem, t. IV, comentario al art. 163.

sibilidad de ingreso de minorías a los órganos de administración y fiscalización [...] (iii) fiscalización estatal permanente en ciertos casos; (iv) posibilidad de financiamiento externo...

Roitman señala que en la dirección y administración de la sociedad anónima sus decisiones deben tomarse siempre por intermedio del directorio, que representa la voluntad de los socios. Asimismo, refiriendo a la designación de los administradores en el acto constitutivo, define que “el órgano es un elemento esencial tipificante”<sup>20</sup>. Le asiste razón al comentarista, toda vez que no podría constituirse una sociedad anónima que careciera del órgano directorio sin violentar la esencia del tipo.

No obstante, debemos ser precisos en la utilización terminológica. No es lo mismo decir que la existencia del órgano es un elemento esencial tipificante que decir que la convocatoria por el órgano cuenta con dicha naturaleza. De hecho, la ley prevé otras formas de convocatoria alternativas, tales como la convocatoria por la sindicatura (cuando la hubiere) y la realizada en forma administrativa o judicial. Admitimos que la existencia de una convocatoria eficaz es un elemento esencial, pero su eficacia se acredita con la asistencia unánime de los socios. No es necesaria resolución de órgano alguno que convoque.

Comprendiendo esta sutil diferencia, damos respuesta al primer interrogante, señalando que a pesar de que la existencia del órgano pueda ser un elemento esencial tipificante de la sociedad por acciones, no lo es que la convocatoria deba ser realizada por el órgano. El órgano expresa y representa la voluntad de los socios, mas no la suplanta –más adelante trataremos la teoría de la representación–.

Debemos aquí adelantar otra disquisición: no es lo mismo la situación de las sociedades cerradas con fiscalización estatal limitada que las sociedades con fiscalización estatal amplia (las del art. 299 LGS).

Respecto de las primeras parece contradictoria la opinión de que la convocatoria por los socios está prohibida, sosteniendo a la par que la Inspección General de Justicia puede convocar a la asamblea de oficio. El artículo 236 LGS prevé claramente que el organismo solo podrá inmiscuirse cuando el socio pida la convocatoria a los órganos y estos omitieren hacerlo. Tratándose de una sociedad privada de fiscalización estatal limitada, el organismo en principio no tiene porqué andar metiendo sus narices si ningún socio lo requiere. Solo podría ejercer funciones de vigilancia excepcionalmente, cuando lo considere necesario por resolución fundada en resguardo del interés público (art. 301 inc. 2 LGS) y cuando esté en juego el interés general o la comisión de un delito que no puedan pasar inadvertidos. Con respecto a las sociedades de fiscalización estatal limitada, el artículo 149 de la [Resolución general IGJ 7/2005](#),<sup>21</sup>

20. Ídem, t. IV, comentario al art. 166.

21. [N. del E.: Este trabajo fue presentado a edición antes de la publicación de la [Resolución general 7/2015 \(31/7/2015\)](#), que constituye el nuevo cuerpo de normas de la Inspección General de Justicia, y sustituye las disposiciones de la Resolución general 7/2005].

en tanto en cuanto establece que el organismo puede disponer de oficio la concurrencia de inspectores de justicia a las asambleas de accionistas y reuniones de directorio sin una causa que lo justifique y por resolución firme y debidamente fundada, está en franca violación a la ley.

La solución varía en las sociedades con fiscalización estatal amplia. Sasot y Sasot Betes<sup>22</sup> señalan que Fargosi y Halperin niegan la eficacia a la autoconvocatoria, y están a favor de su validez Arecha, García Cuerva, Mascheroni, Vergara del Carril y Zaldívar. Vergara del Carril levanta un punto importante en cuanto a la eventual protección de terceros, pues, a su criterio (cita de Sasot Betes y Sasot) para los terceros “nada se logra con una convocatoria que no es necesario publicitar”. Por su parte, Sasot Betes y Sasot, luego de exponer las diversas posturas doctrinarias, toman partido por la falta de necesidad de la convocatoria, declarándose

... partidarios de suprimir todos aquellos recaudos que no llenan ninguna finalidad práctica en el desenvolvimiento de la sociedad anónima en cuanto institución.

Y en nota al pie retoman la línea de Vergara del Carril, señalando que las formalidades

... se conciben como garantía de los accionistas, ya que los terceros, en los casos en que los acuerdos los afecten, tienen procedimientos especiales de defensa.

Citando a Vivante, aclaran que

Para negar la validez de la asamblea, no se puede invocar el interés de terceros en conocer la convocatoria y su orden del día, porque **la asamblea es un órgano interno de la sociedad que delibera en interés de los socios.**

#### 4.2.1.1. *Derecho de los administradores y síndicos*

Contestando al planteo del artículo 240 LGS sobre el derecho y la obligación de los directores y síndicos de comparecer a la asamblea, Sasot y Sasot Betes señalan que esta persigue dos finalidades: 1) que informen y rindan cuentas de sus gestiones; 2) asegurarles el derecho de defensa frente a imputaciones y cargos infundados. Sobre la primera finalidad, señalan que los accionistas pueden juzgar innecesaria o inoportuna la información a brindar o la rendición de cuentas. Con relación a la eventual imputación de cargos, contestan que a los directores y síndicos quedarán siempre expeditas las pertinentes vías legales, sin perder de vista que la revocación de su nombramiento es de la esencia de la función.

Refieren los prestigiosos autores a la Resolución general IGPJ 1/1976, en la que se señala que

22. SASOT, Miguel P. y SASOT BETES, Miguel A., ob. cit. (cfr. nota 14), pp. 549 y ss.

... no es condición esencial para la validez de la asamblea unánime que su celebración cuente con el beneplácito del directorio o de la sindicatura, basándose en que no se ve **cuál es el interés legítimo que se quiere proteger** en el caso [...] Si el consentimiento de los directores y síndicos no es necesario en tales casos, sería una flagrante contradicción sistemática la exigencia de esa autorización en el supuesto de asamblea unánime.

Los autores concluyen doblando la apuesta, al señalar que nada se opone a que la asamblea, en lugar de ser convocada por los socios, sea convocada por terceros no accionistas cuando el motivo de la asamblea esté vinculado con el objeto social y el funcionamiento de la sociedad. Sin dejar de puntualizar que una convocatoria de ese tenor no sería más que una invitación a una reunión de accionistas, divagan sobre el hipotético supuesto de una sociedad que desee fusionarse con otra y que no encuentra en el directorio receptividad para formalizar la fusión, deseando pulsar (la otra sociedad) hasta qué punto la negativa responde a los propios accionistas y no a particulares intereses de un directorio renuente.<sup>23</sup> Concluyen, pues, que todas las disposiciones contenidas en la ley para rodear de seguridad y regularidad a los actos asamblearios descansan en la protección debida a los accionistas de buena fe contra eventuales maquinaciones de quienes conducen la sociedad. Y aclaran que cuando el apartamiento de dichas disposiciones no entraña una desprotección del accionista de buena fe ni le perjudica directa o indirectamente, no puede caer la validez del acto.

#### 4.2.2. *Nulidad derivada de la omisión de la convocatoria*

A la segunda cuestión, relativa a si del hecho de haber saltado el procedimiento formalmente establecido debe derivarse imperiosamente la nulidad de la resolución adoptada, adelantamos una respuesta negativa. No podría derivarse la nulidad toda vez que dicha sanción no está expresamente prevista por la ley y el acto ha cumplido con su cometido.

Nadie mejor que Vélez Sársfield para explicarlo. El artículo 1037 del [Código Veleziano](#) es claro en cuanto a que los jueces no pueden declarar otras nulidades que las establecidas por la ley. Por su parte, el artículo 386 [CCCN](#) señala como criterio de distinción entre una nulidad absoluta y la relativa que la primera refiere a los actos que contravienen el orden público, la moral y las buenas costumbres, mientras que son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley les impone esa sanción solo en protección del interés de ciertas personas.

23. Sabido es que en toda fusión se superponen los cargos y normalmente sobran candidatos para ocupar el mismo puesto.

#### 4.2.2.1. *Nulidades según Vélez Sársfield*

Sabemos que el viejo Vélez Sársfield está demodé en estos tiempos de cambio de código. No obstante, nadie en su sano juicio osaría cuestionar su autoridad y por ello lo citamos. En una causa sobre nulidades absolutas y relativas de los actos jurídicos en la que interviene, el Codificador<sup>24</sup> señala que “la materia de las nulidades es la más ardua de la jurisprudencia”. En cuanto a las formas, se exclama diciendo que

Los intérpretes [...] **dividen las formalidades esenciales o sustanciales de las que son accidentales o secundarias**, cuya omisión no puede destruir la sustancia del acto [...] “[...] todas estas formalidades son infinitamente útiles y algunas **moralmente necesarias** para impedir los fraudes; sin embargo **su omisión no causa una nulidad** de los actos [...]” [...] cuando una formalidad no es por ella misma absolutamente necesaria para observar la Justicia, los jueces no deben irritar el acto, ni suplir la pena de nulidad [...] las formas sustanciales son solo aquellas sin las cuales el acto no puede existir; aquellas que son indispensables para llenar el fin para el cual el acto ha sido instituído; aquéllas que no pueden suplirse [...] **Todas las otras formalidades son manifiestamente accesorias** [...] El silencio del legislador anuncia que él ha querido reposar sobre la prudencia de los jueces, a quienes no liga y deja en libertad de pronunciar la nulidad de un acto cuando encuentre que por el defecto de observación de la formalidad prescripta el acto es imperfecto, no llena el fin de la ley y, sobre todo, ataca los derechos de un tercero; **pero jamás puede pronunciarla cuando por otra parte el acto ha llenado el objeto de su institución**; cuando sin fraude puede ser ratificado y adquirir lo que le faltaba y, sobre todo, cuando o la omisión o la ratificación de él **no causa perjuicio a nadie**, porque entonces nadie tiene el derecho de atacarlo; por último, el juez en un caso dudoso debe abstenerse de pronunciar la nulidad, el acto debe subsistir...

Más adelante, Vélez señala que existen ciertas nulidades, incluso absolutas, que son establecidas en el solo interés de los particulares:

... sin embargo, a solo el interesado es dado valerse de la nulidad y deducirla en juicio, sin que los tribunales puedan resolver de oficio [...] Estos actos cuya nulidad no es sino respectiva **producen una obligación natural** que es lícito a cualquiera el cumplirla, y **no son nulos de pleno derecho sino respecto de la parte interesada**.

24. VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, “Actos jurídicos. Nulidades absolutas y relativas”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Buenos Aires, 1872, t. VII, pp. 206-226. El texto se ha reproducido bajo el título “Causa de D. Miguel Azcuénaga con Da. Vicenta Costa. [Sobre nulidades absolutas y relativas en los actos jurídicos. 1840]” en INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENNE (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Universidad de Buenos Aires), *Colección de textos y documentos para la historia del derecho argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, t. XI, “Dalmacio Vélez Sársfield. Escritos jurídicos”, pp. 79-90.

#### 4.2.2.2. *Convidados de piedra*

Como adelantáramos, el tema de la convocatoria de la asamblea por los mismos socios está enlazado con la citación y comparecencia de directores y síndicos, ya que el artículo 240 LGS establece que

Los directores, los síndicos y los gerentes generales tienen derecho y obligación de asistir con voz a todas las asambleas. Sólo tendrán voto en la medida que les corresponda como accionistas, con las limitaciones establecidas en esta sección. Es nula cualquier cláusula en contrario.<sup>25</sup>

En el mismo sentido se expresa el artículo 294 en relación con los síndicos.<sup>26</sup>

Liminarmente corresponde señalar que si al acto concurren directores y síndicos, aun en el caso de que no hubiera convocatoria formal, la validez de las decisiones asamblearias no estaría en tela de juicio.

Ante la expresa normativa que asignaba el derecho a concurrir de administradores y síndicos, se discutió acaloradamente si las resoluciones adoptadas por las asambleas unánimes –en las que los directores y síndicos no hubieran sido debidamente citados– serían válidas. Quienes proclaman la invalidez, a más de la teoría organicista, buscan sustento en el artículo 240. Quienes las consideran válidas interpretan que la resolución adoptada en violación a dichos preceptos podría dar lugar a responsabilidad personal de los socios y/o de la sociedad por los daños y perjuicios que pudieran derivarse a los directores, síndicos y gerentes generales, pero que en principio no podría llegar a invalidar la decisión adoptada por el soberano.

Es fácil imaginar, en apoyo de esta última opinión, el hipotético supuesto de encontrarnos frente a un administrador infiel. Por hipótesis imaginemos que luego de sospechar la existencia de irregularidades, los socios confirman sus peores temores. ¿Por ventura se podrá sostener que los socios, conociendo la existencia de manejos turbios o fraudulentos, tuvieron que acudir inexorablemente al propio director a suplicarle que convoque una asamblea para tratar la destitución de sí mismo? ¿Acaso tienen los socios obligación legal de darle la oportunidad de borrar toda la evidencia, de esconder los libros sociales y demás documentación comercial, o de terminar de vaciar las cuentas de la sociedad? ¿Tiene el socio –“diligente buen hombre de negocios”– la obligación de comportarse en forma tan ingenua o estúpida? El más llano sentido común reclama que primero lo desapoderen, al menos preventivamente, y luego discuta. Ello sin perjuicio de que posteriormente proceda indemnizarle los perjuicios ocasionados injustamente o no probados.

25. Podría discutirse si es nula la cláusula que contraría el derecho de asistir con voz a la asambleas, o bien que la nulidad se predica solo con relación al derecho de voto a pesar de no ser socios. Interpretamos que se refiere al segundo supuesto.

26. Art. 294 LGS. “Son atribuciones y deberes del síndico [...]: [...] 3º) asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones del directorio, del comité ejecutivo y de la asamblea, a todas las cuales debe ser citado...”

El ejemplo no es del todo desacertado o poco frecuente, teniendo en cuenta que la mayor hipótesis de conflicto que puede tener una asamblea unánime se produce con los integrantes de los órganos de administración y fiscalización. La práctica forense muestra mil casos de disputas entre socios y administradores, lo que se ha traducido en disputas por el control de los libros societarios, apoderamientos y demás documentación comercial, contable y jurídica, canalizada bajo sofisticadas chicanas procesales, destinadas a impedir u obstaculizar la toma de decisiones, a poner piedras en el camino y palos en la rueda.

No es un detalle carente de significación que la exposición de motivos de la Ley 19550,<sup>27</sup> refiriéndose a los directores, establezca que “La revocabilidad es de la esencia de la designación, que el estatuto no puede restringir ni suprimir”. Asimismo, ello no se agota en la mera exposición, sino que tiene su reflejo positivo en el artículo 256 LGS<sup>28</sup>: “El estatuto no puede suprimir ni restringir la revocabilidad en el cargo”.

Esta sí es una norma de la esencia del tipo, con fundamento en la teoría de la representación.

#### 4.2.2.3. *Teoría organicista*

Es sabido que en la época de Vélez Sársfield los directores eran mandatarios de la sociedad. Así lo establecía la ley expresamente. Con el tiempo, se acuñó lo que hoy conocemos como teoría organicista, mediante la cual se interpreta que la administración, al igual que el gobierno, la representación y la fiscalización, constituyen órganos de la persona jurídica, que la integran y sin la cual esta no sería viable; no son terceros ajenos a la sociedad sino que forman parte de ella.

Así las cosas, la teoría del órgano no ha terminado de cerrar círculos y se encuentra mutando sin haber completado su ciclo evolutivo. La Ley 19550 ha intentado introducir el nuevo motor organicista a un viejo chasis contractual, y aún hoy requiere importantes correcciones y ajustes. Sobre el particular, Roitman<sup>29</sup> señala en su comentario al artículo 59 de la ley que

El gran interrogante surge respecto de la naturaleza de la relación entre el administrador y la sociedad [...] Sin perjuicio de ello, hacemos la reflexión de que se trata éste de otro tema en el cual **nuestra ley y la práctica jurídica han quedado a mitad de camino entre la teoría del mandato y la del órgano** para explicar la naturaleza de la relación entre la sociedad y sus representantes. La doctrina extranjera tampoco se pone de acuerdo [...] Se sostiene que es funcional, que el acto de designación es unilateral y que la aceptación es para cumplir con el cargo en forma orgánica, cumpliendo con la ley, el estatuto

27. Sección V, Título IX, punto 4. [N. del E.: el lector podrá acceder a la “Exposición de motivos” [completa](#) en el sitio web de la *Revista Electrónica de Derecho Comercial* {texto no oficial}].

28. Art. 256 LGS. “El director es reelegible y su designación revocable exclusivamente por la asamblea [...] El estatuto no puede suprimir ni restringir la revocabilidad en el cargo”.

29. ROITMAN, Horacio, ob. cit. (cfr. nota 18), t. II.

y el reglamento que lo rige, sin que en ello haya base contractual. Es un camino que será ambiente de discusión en el próximo tiempo.

Más allá de lo que pregona la teoría del órgano, el director es una persona física que contrata con la sociedad. Integra el órgano y, por hacerlo, percibe un sueldo, salario, remuneración, comisión o pago, etc.; cualquiera sea la denominación que le asignemos, la sociedad le abona el servicio. Cuando el director no está en relación de dependencia laboral, percibe su emolumento en virtud de un contrato de mandato oneroso o de una locación de servicios u otra forma de contrato profesional inominado. En muchos casos la relación se integra en una relación de índole laboral mezclada, incluso, con el ejercicio de funciones técnico-administrativas. Así vemos como indiscutible dato objetivo de la realidad que cuando hay desavenencias y se interrumpe la relación laboral, más allá de dejar de integrar el órgano, la persona humana ocurre a los tribunales y reclama su indemnización.

Sea que nos inclinemos por la teoría organicista o por la contractualista, lo cierto es que la labor de los directores es remunerada, como claramente establece el artículo 261 LGS. Sea la remuneración de naturaleza salarial, en los términos de la *Ley de Contrato de Trabajo*, o se la interprete como remuneración por el cumplimiento de un contrato de mandato o de locación de servicios –profesionales o no–, el pago se le realiza a la persona física, por su labor, no al órgano. Pretender lo contrario implicaría sostener que la sociedad le paga a su órgano, lo que equivaldría a decir que se paga a sí misma (que la cabeza le paga a la mano). Disparate inexplicable.

Sin entrar a analizar la naturaleza jurídica de la aceptación del cargo, si es contractual o no, surge la duda de quién es el cocontratante. Cuando la sociedad carece de director o síndico, ¿quién contrata al nuevo director, quién lo integra al órgano? Se yuxtaponen dos categorías de derechos que se funden en un gris difícil de conceptualizar. Los comercialistas ven una función donde los laboristas descubren un contrato de trabajo.

Mil acciones vemos en los tribunales de personas físicas –personas humanas, como le gusta decir al Código Civil y Comercial– que reclaman que la sociedad les indemnice su labor, muchas de las cuales terminan sustanciándose en el fuero laboral, pero todas se entablan contra la sociedad. Y no es precisamente el órgano quien las entabla sino la persona física contratada para integrarlo. El representante, el director, el síndico, por el mero hecho de integrar un órgano de la sociedad, no dejan de ser personas físicas (humanas), no dejan de ser empleados, mandatarios o proveedores de servicios personales. La sociedad es la empleadora, sea bajo la Ley de Contrato de Trabajo, sea bajo otro contrato nominado o innominado.

Navegamos entre dos orillas: la vieja teoría del mandato y la nueva teoría del órgano; y, si bien se está imponiendo la última, quedan vacíos por llenar y normas contrapuestas. Muchas de las normas que nos rigen son reiteración de otras y usos y costumbres del viejo sistema contractualista, que no han sido –o no han podido ser– debidamente adecuadas a la teoría del órgano.

La disfunción se percibe claramente en el tema de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad y en la posibilidad de que existan intereses contrapuestos. Así, vemos en el artículo 302 LGS que cuando se apliquen sanciones a los directores y síndicos por violación a la ley, al estatuto o al reglamento, la sociedad no podrá hacerse cargo de ellas. Algo similar sucede con la garantía a brindar por los directores y gerentes, cuyo costo deberá ser soportado exclusivamente por cada uno de ellos y no puede ser trasladado a la sociedad. Ello no sería viable en un sistema organicista puro.

#### 4.2.2.4. *Teoría de la representación*

Cabe señalar que en la época de Vélez Sársfield existían dos clases de representación: la legal y la voluntaria. Además, se confundían y utilizaban en forma promiscua los términos “mandato”, “poder” y “representación”.

La representación legal estaba destinada a los incapaces absolutos del artículo 54 del Código Civil (menores, dementes, sordomudos que no saben darse a entender por escrito), y los incapaces relativos del artículo 55 (menores adultos y la mujer casada). Por su parte, la representación voluntaria estaba constituida básicamente por los mandatarios y apoderados.

Los administradores de las sociedades las representaban en calidad de mandatarios, lo que se puede apreciar claramente tanto en el Código Civil-Ley 340 como en el Código de Comercio-Ley 15 (ambos de autoría de Dalmacio Vélez Sársfield y, el segundo, en coautoría con Eduardo Acevedo). Así, el artículo 1870 del Código Civil establecía que las disposiciones del Título IX “Del mandato” eran aplicables a: las representaciones necesarias, las representaciones de los que por su oficio público deben representar determinadas clases de personas, las representaciones de las corporaciones y establecimientos de utilidad pública, las administraciones de sociedades y las representaciones de los dependientes.

Ciertamente esto ha evolucionado y con el tiempo surgió y se desarrolló la teoría del órgano, donde los sujetos que integran el órgano tienen un carácter distinto al del mandatario y al del representante legal. Al decir de Roitman, los directores son funcionarios (parte constitutiva del órgano) y no mandatarios ni representantes.<sup>30</sup>

Ha dicho la Cámara de Comercio, Sala B:

La diferencia entre mandato y órgano radica esencialmente en que según el mandato, el directorio es un simple ejecutor de un conjunto de actos encomendados por la sociedad en cuanto mandante, en tanto que como órgano, se considera al directorio como un elemento integrativo de la sociedad misma, cuya autoridad deriva de la ley, y configura un elemento tipificante de la sociedad anónima; consecuentemente no es necesario acredi-

30. Ídem, t. V, comentario al art. 255.

tar representación (mandato), bastando con probar el nombramiento para integrar el órgano.<sup>31</sup>

El Código Civil y Comercial pone en blanco y negro la nueva caracterización representativa a partir del artículo 358, donde define que

La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica.

Cabe señalar que la representación legal –como su nombre lo indica– es la que deriva de la ley. Poco importa la voluntad del representado. El niño no elige quiénes serán sus padres o tutores, y tendrá que soportar a los que le toquen en suerte. La mujer casada supuestamente podía elegir su cónyuge –a veces–, pero no tenía libertad de cambiar de representante legal cuando perdiera la confianza o le viniera en gana. Si había elegido mal, tenía que aguantarse.

Por el contrario, la representación voluntaria –como su nombre lo indica– parte de la idea del interés del representado. Como el apoderado o mandatario va a obligar al representado y a afectar sus intereses, este último tiene la facultad de elegirlo. Nombra una persona de su confianza y en todo momento puede desapoderarlo por el simple hecho subjetivo de haber perdido la confianza, sin necesidad de causar sus decisiones.<sup>32</sup> Puede, asimismo, intervenir directamente en los actos encomendados al mandatario.<sup>33</sup>

La representación orgánica implica un sistema mixto de ambas teorías.

Ciertamente la sociedad no puede expresar su voluntad sino a través de personas físicas que la integran, que son sus órganos de administración, de representación y de fiscalización. Por eso se dice que son sus representantes legales, ya que la ley les confiere facultades mínimas que ni el estatuto ni los socios pueden limitar. Así, vemos que el artículo 58 LGS, establece que “el administrador o el representante [...] obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social”. Le guste o no a los socios, no pueden impedirlo, y por ello se habla de representación legal. Pero la representación orgánica conlleva también una alta dosis de voluntarismo, en cuanto a que el administrador, el representante de la sociedad, es elegido por los socios y representa los intereses de la sociedad.

Ello emparenta la representación orgánica directamente con la representación voluntaria, y por ello se señala que la revocabilidad es de la esencia del instituto y el

31. *Ibidem* (CNCCom., Sala B, 12/4/2000, “Summun SA s/ concurso preventivo. Incidente de revisión por Cerfam SRL” [*Revista de las Sociedades y Concursos*, n° 5, julio-agosto 2000, p. 266]).

32. Art. 1970 CCIV. “El mandante puede revocar el mandato siempre que quiera...”.

33. Art. 1972 CCIV. “Interviniendo el mandante directamente en el negocio encomendado al mandatario [...] queda revocado el mandato...”.

artículo 256 LGS señala que el estatuto no puede restringir la revocabilidad en el cargo. Lo mismo pasa con el artículo 157 respecto de los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada, salvo cuando su designación hubiere sido condición de la constitución. Ello es de absoluta razonabilidad y coherencia toda vez que directores y gerentes representan intereses ajenos –sin perjuicio e independientemente de que, además, pueden ser socios–.

Por ello, la ley les impone el deber de obrar con lealtad y diligencia (art. 59 LGS) y señala que el ejercicio del cargo es personal e indelegable (art. 266 LGS). Además, también por ello, deberán indicar cuando tuvieren algún interés contrario al de la sociedad y abstenerse de intervenir en la deliberación (art. 272 LGS); no podrán firmar contratos con la sociedad que no sean de la actividad y en las condiciones del mercado (art. 271 LGS). En fin, es por estas razones que cuando los socios pierden la confianza, pueden removerlos sin necesidad de causa alguna. Sobre todo, la *Ley General de Sociedades* (art. 233<sup>34</sup>) establece que las resoluciones de la asamblea conformes con la ley y el estatuto deben ser cumplidas por el directorio, y va más allá, al estipular que le corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver sobre “toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad” (art. 234).

Por tales motivos, consideramos aplicable a la representación orgánica determinadas reglas previstas por el Código para la representación voluntaria –en la medida en que no sean incompatibles–. Sobre dicha base, Roitman<sup>35</sup> señala que

... en nuestro derecho se acerca al directorio a la figura de la representación y toma sentido la afirmación de que la asamblea tiene toda competencia que no haya sido asignada a otro órgano y preside toda la vida de la sociedad, incluso dirigiendo la administración.

Así, el artículo 372 CCCN establece:

Obligaciones y deberes del representante. El representante tiene las siguientes obligaciones y deberes: a) de fidelidad, lealtad y reserva; b) de realización de la gestión encomendada, que exige la legalidad de su prestación, el cumplimiento de las instrucciones del representado y el desarrollo de una conducta según los usos y prácticas del tráfico; c) de comunicación, que incluye los de información y de consulta; d) de conservación y de custodia...

#### 4.3. Soluciones del nuevo Código

El Código Civil y Comercial aclara algunas cuestiones y trae una solución adecuada, proporcional y razonable, compatibilizando los artículos 240 y 256 de la LGS. Expres-

34. Art. 233 LGS. “Las asambleas tienen competencia exclusiva para tratar los asuntos incluidos en los artículos 234 y 235 [...] Sus resoluciones conformes con la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas [...] y deben ser cumplidas por el directorio”.

35. ROITMAN, Horacio, ob. cit. (cfr. nota 18), t. V, comentario al art. 255.

samente señala que la asamblea se puede convocar a sí misma sin necesidad de ser citada por otro órgano.

Las previsiones generales del Código Civil y Comercial interpretan, complementan y aclaran la ley especial, construyen su marco y se aplican directamente a ella, siempre y cuando –claro está– no esté comprometido el orden público y los elementos esenciales del tipo adoptado.

#### 4.4. *El orden del día*

El artículo 246 LGS establece que

Es nula toda decisión sobre materias extrañas a las incluidas en el orden del día, salvo: 1º) si estuviere presente la totalidad del capital y la decisión se adoptare por unanimidad de las acciones con derecho a voto...

Este artículo dirimía la cuestión de la convocatoria por los propios accionistas antes de la aparición del Código Civil y Comercial. La función de la convocatoria era primeramente la de convocar y luego la de fijar el orden del día. La ley claramente señala que, estando todos los socios presentes –que representan el 100% del capital social–, estos pueden válidamente tratar cualquier cuestión extraña al orden del día. Vale decir que tienen libertad para fijar el temario que quieran y no están atados al temario que hubiere fijado el directorio o la sindicatura. Ergo, si pueden apartarse, ninguna circunstancia da razón a que no puedan fijarlo de cero y per se.

El tema que otrora generara gran disenso quedó finalmente aclarado por el artículo 161 CCCN:

Obstáculos que impiden adoptar decisiones. Si como consecuencia de la **oposición u omisión sistemáticas** en el desempeño de las funciones del administrador, o de los administradores si los hubiera, la persona jurídica **no puede adoptar decisiones válidas**, se debe proceder de la siguiente forma: [...] c) la asamblea puede conferir **facultades extraordinarias** al presidente o a la minoría, para realizar actos urgentes o necesarios; también puede **remover al administrador**.

Más allá de la enmarañada fórmula legal arbitrada por el legislador, la ley toma partido y no solo avala la validez de las resoluciones adoptadas en asambleas convocadas por los propios socios, sino que declara válidas sus resoluciones, aun en el caso de que no asistan directores y síndicos por no haber sido formalmente convocados, e incluso las valida para removerlos.

Cabe señalar que la citada norma es de excepción, para casos en que se den las circunstancias previstas –que existieren obstáculos que impidieren la toma de decisiones; similar al hipotético ejemplo referido por Sasot y Sasot Betes–, mientras que la del artículo 246 LGS es una norma común, no de excepción.

#### 4.4.1. *Extraña fórmula legal adoptada*

Turba la fórmula redactada por el legislador, por rebuscada y retorcida, y no encontramos explicación para semejante desatino: “la asamblea puede conferir facultades extraordinarias al *presidente* o a la *minoría*, para realizar actos urgentes o necesarios; también puede remover al administrador”. Agravia el más llano sentido común que se contraponga el presidente a la minoría. Ciertamente no se entiende bien qué significa autorizar “a la minoría”, que puede ser un socio o cuarenta. ¿Es que acaso la minoría deberá celebrar asambleas de clase minoritaria? Preferimos interpretar que han querido significar *a algún director designado por la minoría*. Así lo refiere en forma más prolija y adecuada el artículo 311 (2ª párr.) de la LGS, al referirse a “la designación por la minoría de uno o más directores”, en el marco de las sociedades con participación estatal mayoritaria.

Sin duda, el artículo ha sido víctima de una paupérrima redacción. No obstante, más allá de la crítica filológica, cabe destacar de esta ensortijada receta que la ley prioriza tener un administrador que adopte resoluciones –incluso extraído de o designado por la minoría– por sobre tener alguno –designado mayoritariamente y con todas las formalidades– que obstaculice el funcionamiento societario. Entre la informalidad y la parálisis la ley opta –sin hesitar– por la primera. Es, pues, innegable que si la ley permite arbitrar facultades extraordinarias frente a un administrador que obstaculice el normal funcionamiento –por oposición e incluso por omisión–, tanto más se justificaría arbitrar dichas medidas extraordinarias frente a un supuesto timador.

## 5. Soberanía de la asamblea

Para la parcialidad que sostiene que las asambleas pueden ser válidamente convocada por los socios, uno de los principales argumentos pivota sobre una supuesta soberanía de la asamblea. Es entonces oportuno analizar si la asamblea es efectivamente soberana –como se empeña en decir parte de la doctrina– o si esa supuesta soberanía es solo una utópica expresión de deseo; si podría existir condicionada bajo ciertas y determinadas circunstancias o si solo existe una soberanía acotada.

La soberanía se define como “poder político supremo”<sup>36</sup>. Toda soberanía societaria se predica dentro del marco de la ley y del orden público que fija el Estado, única persona jurídica soberana –al menos técnicamente–. Dicho esto hay que desenrañar qué es una sociedad, y si todas se rigen por los mismos principios.

36. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, ob. cit. (cfr. nota 12); *soberanía*: “poder político supremo que corresponde a un Estado independiente”.

### 5.1. *Evolución histórica*

Federico Carlos von Savigny sostuvo –con su escuela histórica– a comienzos del siglo XIX que un estudio histórico de la ley positiva constituye un precedente de condición al entendimiento de derecho. Es imprescindible comprender cómo fueron evolucionando las diversas estructuras asociativas para entender –entre otras cosas– si la asamblea es o no soberana; si puede o no autoconvocarse, en qué casos y bajo cuáles circunstancias. La evolución jurídica ha hecho que la sociedad sea hoy un sujeto de derecho (persona jurídica), inserto en una estructura jurídica típica y organizada por la ley, que establece un marco regulatorio. Cumpliendo con los recaudos impuestos, la ley le reconoce a la sociedad una personalidad diferenciada de la de los miembros que la componen. Pero no siempre fue así.

#### 5.1.1. *Sociedad contrato*

El artículo 1 de la Ley de Sociedades Comerciales 19550 **originario** disponía que

Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas, **en forma organizada** [...] **se obliguen** a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios...

Se funden en esta definición ambas teorías: la del órgano y la contractual. La sociedad reconoce naturaleza contractual: dos o más personas se obligan contratando. De la exposición de motivos surge que la ley asume en este artículo una definida postura en cuanto a la naturaleza jurídica dual, contractual y orgánica a la vez, que sintetiza la naturaleza normativa en relación a su interpretación como contrato. Dice textualmente:

Esto último, no porque se pretenda un apartamiento de las normas de interpretación de los contratos en general, sino para facilitar la aplicación para esta categoría contractual de los criterios singulares que [...] le corresponden.

Refiere simultáneamente al concepto de organización como una noción ínsita en las especificidades del contrato de sociedad y el complejo de intereses comunes que se unen en el organismo económico patrimonial.

Vale decir que su naturaleza jurídica pasa por la idea de un contrato que se desenvuelve en un marco normativo típico y de organización.

Hemos señalado en anteriores oportunidades<sup>37</sup> que las sociedades nacieron como contratos y que durante muchos siglos funcionaron bajo ese esquema. Tal es

37. Ver “La sociedad del 985” [on line], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 916, noviembre 2014 (trabajo presentado en la XXXI Jornada Notarial Argentina, Córdoba, 2014).

así que cuando nace la fiebre de codificación del siglo XIX, las sociedades –todas ellas, incluyendo anómalamente a las sociedades por acciones– son legisladas en el marco de los contratos.

Históricamente –desde sus orígenes– las sociedades funcionaron como contratos de dos o más personas que se asociaban poniendo en común sus bienes o industria para compartir los riesgos empresarios y partir el lucro. Tal vez, el reflejo más perfecto de cómo funcionaron históricamente las sociedades, aunque parezca paradójico, puede encontrarse en la reglamentación de la sociedad civil de Vélez Sársfield. También lo vemos claramente en la regulación de la sociedad colectiva del Código de Comercio de 1859,<sup>38</sup> al que referiremos.

La responsabilidad ilimitada de los socios era característica esencial de toda sociedad.<sup>39</sup> Ello era acorde con la falta de autorización para funcionar; bastando a efectos publicitarios la mera registración. Como todo contrato *res inter alios acta*, frente a terceros solo importaba saber quiénes integraban la sociedad (el contrato), desde cuándo comerciaban asociados y quiénes la representaban y obligaban válidamente. De la esencia obligacional de la sociedad se desprendía el interés personal de los socios y, con él, la famosa *affectio societatis*.<sup>40</sup>

Sobre el particular, el Codex señala que “En la comunión o sociedad nadie es compelido a permanecer contra su voluntad”<sup>41</sup>. Integraban el ente solo los contratantes;<sup>42</sup> en caso de fallecimiento o incapacidad de alguno cuando la sociedad no fuera disuelta, los herederos recibían su parte, pero no tenían derecho a incorporarse al contrato.<sup>43</sup>

Para transmitir la participación de uno de ellos y que un tercero ajeno se incorporara al contrato, se requería la aprobación del resto de los cocontratantes, a quienes no se podía obligar a tener como socio cocontratante a alguien que no fuera de

38. Ley del Estado de Buenos Aires, adoptada por la Nación como Ley 15 de 1862 una vez incorporada la provincia.

39. Art. 1713 CCIV. “Los acreedores de la sociedad son acreedores al mismo tiempo de los socios...”. Art. 454 Ley 15. “Todos los que forman la sociedad de comercio colectiva, sean o no administradores del caudal social, contraen obligación solidaria activa y pasivamente a las resultas de las operaciones...”. Art. 455 Ley 15. “La razón social equivale plenamente a la firma de cada uno de los socios. Los obliga a todos, como si todos hubieran efectivamente firmado”.

40. Art. 1739 CCIV. “La sociedad por tiempo indeterminado puede renunciarse por cualquiera de los socios, con tal que la renuncia no sea de mala fe o intempestiva”.

41. Codex, 3, 37, 5: “*In communiōne vel societate nemo compellitur invitatus detineri*” (HALPERIN, Gregorio, ob. cit. [cfr. nota 2]).

42. Art. 1667 CCIV. “Tienen calidad de socios las personas que, como tales, fueron parte en el primitivo contrato de sociedad y las que después entraren en la sociedad, o por alguna cláusula del contrato, o por contrato posterior con todos los socios, o por admisión de los administradores autorizados al efecto”.

43. Art. 1670 CCIV. “No tienen calidad de socios los herederos o legatarios de los derechos sociales si todos los socios no consintiesen en la sustitución, o si esta no fuese convenida con el socio que hubiese fallecido, y aceptada por el heredero”.

su agrado.<sup>44</sup> El contrato establecía quién tendría el uso de la firma social; ante su silencio, todos los socios la obligaban.<sup>45</sup> El administrador lo hacía como mandatario.<sup>46</sup> El poder para administrar era revocable cuando el administrador no fuese socio. El contrato podía modificarse en cualquier momento o incluso dejarse sin efecto por voluntad de todos los contratantes,<sup>47</sup> en cuyo caso la sociedad habría de disolverse y liquidarse. Como dice Paulo:<sup>48</sup> “Ordinariamente por los mismos modos con que nos obligamos, con los mismos actos en contrario nos desobligamos”. Asimismo, podían disolverse las sociedades contratadas por tiempo indeterminado cuando lo exigiera cualquiera de los socios y los demás no quisieran continuar la sociedad.<sup>49</sup>

Así funcionaron las sociedades de derecho privado durante siglos. Así funcionan actualmente algunas de ellas, debiendo realizar sobre éste aserto mayores precisiones.

### 5.1.2. Clasificación de las sociedades

Directamente vinculado con el tema de la sociedad contrato aparece un esclarecedor ensayo del maestro Jaime Anaya<sup>50</sup> –al que nos condujera nuestro amigo Alejandro

44. Art. 1671 CCIV. “Tampoco tienen calidad de socios las personas a quienes estos cediesen en parte o en todo sus derechos sociales si igualmente todos los otros socios no consintiesen la sustitución, o si la facultad de hacerlo no fuese reservada en el contrato social”. Art. 480 Ley 15. “Ningún socio puede transmitir a otra persona que no sea socio el interés que tenga en la sociedad, ni sustituirla en su lugar para que desempeñe funciones que le toquen en la administración social sin expreso consentimiento de todos los socios...”.

45. Art. 1676 CCIV. “El poder de administrar la sociedad corresponde a todos los socios y se reputa ejercido por cada uno de ellos si no constare que, para ejercerlo, los socios hubiesen nombrado uno o más mandatarios, socios o no socios”. Art. 395 Ley 15. “La escritura debe contener: [...] 3º) Los socios que han de tener a su cargo la compañía y usar de su firma. En defecto de esta aclaración, se entiende que todos los socios pueden usar de la firma social y obrar a nombre de la sociedad...”.

46. Art. 1681 CCIV. “El mandato para administrar la sociedad puede ser hecho en el contrato primitivo o después de constituida la sociedad. Si el manato ha sido dado por una cláusula del contrato, no puede ser revocado sin causa legítima...”. Art. 1694. “La administración de la sociedad se reputa un mandato general, que comprende los negocios ordinarios de ella, con todas sus consecuencias...”. Art. 405 Ley 15. “Son administradas por mandatarios revocables, socios o extraños...”.

47. Art. 1672 CCIV. “La mayoría de los socios no puede alterar el contrato respecto al objeto y modo de la existencia de la sociedad, ni facultar actos opuestos al fin de la sociedad o que puedan destruirla. Innovaciones de ese género solo pueden hacerse por deliberación unánime de los socios”. Art. 474 Ley 15. “La mayoría de los socios, si no hay estipulación en contrario, no tiene facultad de variar ni modificar las convenciones sociales ni puede entrar en operaciones diversas de las determinadas en el contrato sin el consentimiento unánime de todos los socios...”.

48. PAULO, *Digesto*, 50, 17, 153: “*Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur*” (HALPERIN, Gregorio, ob. cit. [cfr. nota 2]).

49. Art. 484 Ley 15. “Las sociedades se disuelven totalmente: [...] 7º) Por la simple voluntad de uno de los socios, cuando la sociedad no tenga un plazo o un objeto determinado...”.

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

M. Linares Luque-. El autor sostiene que la inclusión de las sociedades anónimas en el ámbito del derecho privado fue un “giro audaz del Código Napoleón” –creemos que, para Anaya, “giro audaz” constituye en este contexto un sinónimo de desacierto-. Señala:

- Que entre las diversas clasificaciones societarias que existen, una de ellas las distingue en sociedades-contrato, por oposición a la sociedad persona, en alusión a la personería jurídica.
- Que históricamente las sociedades comerciales y civiles en general se regían por un régimen contractual (sociedad-contrato), carente de personería jurídica, mientras que las sociedades anónimas u otras sociedades por acciones (corporaciones) requerían expresa y específica autorización del soberano, que les confería personería jurídica (sociedad-persona).
- Que la sociedad anónima fue concebida en sus orígenes como una excepción a las reglas generales del derecho, como excepción a la sociedad-contrato de toda la vida. Se delegaba a estas sociedades el ejercicio de actividades propias del Estado, concesiones o servicios públicos, cobro de impuestos, fábricas de armamentos, astilleros, patentes de corso, utilizando para ello estructuras monopólicas que contaban con importantes beneficios fiscales y privilegios de toda índole.

Como norma de excepción, privilegio anómalo a la regulación general, debía ser sancionada y/o promulgada por disposición real o parlamentaria, normalmente justificada bajo los hipotéticos y supuestos beneficios que aportaba la corporación al reino o a la corona misma. En tal virtud, se liberaba a los socios de responder con su patrimonio por las pérdidas –recordamos que en esa época existían el instituto de la prisión por deudas, entre otros hoy desaparecidos, y la presunción de que el fallido era un delincuente-.

Al decir de Roitman, las sociedades por acciones:

... tenían un origen de derecho público, ya que sólo existían por voluntad del Estado, se caracterizaban por ejercer derechos de soberanía en el plano político y militar, estaban dotadas de un estatuto conferido por el derecho de creación y, además, de una fuerte intervención del Estado en su administración, al tener el rey distintas facultades, por ejemplo, la de convocar y presidir las asambleas, distribuir los dividendos, nombrar directores, etc. El monarca disponía la constitución y otorgaba la personalidad [...] también establecía los derechos y obligaciones y privilegios del ente y de sus miembros.

Señala Roitman en su comentario al artículo 299 de la Ley de Sociedades Comerciales:<sup>51</sup>

La categoría es histórica, pues las sociedades por acciones nacieron como una concepción del poder, y la limitación de responsabilidad de los socios al capital aportado cons-

51. ROITMAN, Horacio, ob. cit. (cfr. nota 18), t. V, pp. 482 y ss.

tituía una excepción al principio de la ilimitación de responsabilidad vigente en la Edad Media.

A los socios no solo los eximía de responder por las deudas sociales, sino que además les permitía transferir sus acciones de manera ágil, mediante títulos al portador o simplemente endosables.

Como señala Ulpiano en el Digesto:<sup>52</sup> “En las corporaciones nada importa si todos continúan los mismos o continúe una parte o todos hayan cambiado”. De dicha característica esencial deriva la denominación del tipo, anónima, que debía designarse por su objeto, estándole prohibido el uso de razón social. Como dice el Código de Comercio de Vélez Sársfield, sobre las sociedades anónimas:

Artículo 403. La sociedad anónima es la simple asociación de capitales, para una empresa o trabajo cualquiera.

Artículo 404. Las sociedades anónimas no tienen razón social, ni se designan por el nombre de uno o más de sus socios, sino por el objeto para que se hubiesen formado.

Es por ello que en el esquema organizado por el Código Mercantil francés de 1807 –adoptado por Vélez Sársfield–, las sociedades se constituían por contrato, pero solo la anónima requería autorización previa legislativa o gubernamental y se le reconocía el status de persona jurídica. Así, el artículo 405 establecía:

Son administradas por mandatarios revocables, socios o extraños, y sólo pueden establecerse por tiempo determinado y con la autorización del Poder Ejecutivo, dependiendo de la aprobación de la asamblea general cuando hayan de gozar de algún privilegio.

Es por ello que las acciones de las sociedades autorizadas figuraban en el artículo 979 inciso 8 del Código Civil, caracterizadas como instrumentos públicos, pues eran emitidas con autorización estatal y, en ciertos casos, impresas por la misma casa de la moneda u organismo similar.<sup>53</sup>

En opinión de Anaya, la anónima fue una ingeniosa invención, destinada a la captación de recursos, que aunaba el estímulo del lucro expedicionario con la limitación de la responsabilidad y la facilidad de la negociación bursátil. Destaca el maestro que en el derecho anglosajón, en el alemán y en el holandés la sociedad anónima nunca fue considerada como contrato sino únicamente como persona jurídica.<sup>54</sup>

52. ULPIANO, *Digesto*, 3, 4, 7, 2: “*In universitatibus nihil refert, ultrum omnes iidem meneant, an pars meneant, vel omnes immutati sint*” (HALPERIN, Gregorio, ob. cit. [cfr. nota 2]).

53. Art. 412 Ley 15. “Las acciones de los socios en las compañías anónimas pueden representarse para la circulación en el comercio por cédulas de crédito reconocidas, revestidas de las formalidades que los reglamentos establezcan...”.

54. ANAYA, Jaime L., ob. cit. (cfr. nota 50).

## 6. Abandono del régimen normativo único

Al decir de Anaya, las sociedades en general reconocen una naturaleza jurídica contractual y gran libertad de desenvolvimiento, mientras que las sociedades anónimas –que cotizan en bolsa– y las del artículo 299 de la Ley General de Sociedades, para ser admitidas como tales, deben adecuar su estructura organizativa a la normativa específica.<sup>55</sup> Fundado en dichas diferenciaciones, Anaya propugna que **debería abandonarse el régimen normativo único** para las sociedades anónimas cerradas o de familia con el que regula a las sociedades cotizantes y/o de interés público, toda vez que su naturaleza es absolutamente distinta.

Para Anaya, las sociedades comerciales en general, incluidas las anónimas cerradas o de familia, son sociedades de interés, que se rigen por la normativa propia de un esquema contractual. En ellas, los socios pueden tener injerencia directa en la administración según así lo resuelvan. Por ello, el control limitado del Estado se reduce al contrato constitutivo, sus reformas y las variaciones de capital, en términos de los artículos 300 y 301 LGS. Por el contrario, las sociedades del artículo 299 –a excepción del artículo 2– tienen una gravitación especial para la comunidad y se rigen por una normativa distinta.

El interés público comprometido justifica la necesidad de autorización para funcionar y exige una fiscalización o control estatal de funcionamiento mucho más estricto. Integran este grupo aquellas sociedades que: a) hagan oferta pública de sus acciones; b) sean de economía mixta o de participación estatal mayoritaria; c) realicen operaciones de capitalización, ahorro o requieran dinero al público; d) exploten concesiones o servicios públicos.

Concluye Anaya que las sociedades-contrato o de interés se desenvuelven en un marco normativo de escasa movilidad, que consiente un amplio margen a la autonomía privada para su organización. Por el contrario, la sociedad de capital –donde está involucrado el interés público–, al decir del maestro, “navega en una legislación inestable, tendiente a la hiper reglamentación”, acompañada de la volatilidad propia de la actividad que constituye su objeto (bancario, asegurador, etc.) o por las impuestas para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones o que exploten concesiones y servicios públicos.

Su normativa no da mucho espacio a la autonomía privada y los socios no participan directamente en la administración, sino en forma indirecta, eligiendo a las autoridades. En estas sociedades, al decir de Anaya, “**debe primar la institucionalidad sobre la contractualidad**”, más allá e independientemente de que la evolución del derecho les atribuya hoy personería jurídica a todas, de la que carecían en el Código velezano. Sobre el particular, Roitman refiere:

Ambas especies de sociedades son valiosas para el tejido económico empresarial y merecen ser reguladas en forma adecuada. Nuevamente se hace manifiesta la necesidad de

55. Ídem.

una reforma al régimen único que nos rige, distinguiendo las sociedades “cerradas” de las “abiertas”.

### 6.1. *Persona jurídica según el interés. Público o privado*

Toda esta introducción estuvo destinada a preparar el andamiaje para mover al siguiente casillero. La Ley General de Sociedades 19550, transcurridos más de 40 años, requiere una redefinición integral. Muchas instituciones no acompañaron la evolución. La mera circunstancia de modificar varios artículos, aprovechando la unificación de los Códigos Civil y Comercial, no alcanza para obtener un sistema armónico, razonable y equilibrado.

El maestro Anaya señala el incongruente infortunio de manejar las sociedades cuyo objeto se relaciona con el bien público bajo la misma normativa general que rige a las de interés exclusivamente privado. Le asiste razón. Una sociedad anónima familiar, con un objeto corriente que solo afecte el interés de sus miembros, no puede estar regulada por la misma normativa que un banco, que una compañía aseguradora, que un plan de ahorros y, menos aún, que las sociedades que explotan concesiones y servicios públicos. No pueden estar regidas por las mismas normas y controles que se establecen para las líneas aéreas, los ferrocarriles, los sanatorios, las empresas de energía eléctrica, las de telecomunicaciones o las que explotan recursos naturales o el suministro de servicios públicos en general.

En las primeras impera un claro predominio del interés privado, mientras que las últimas deberían desenvolverse en la órbita del derecho administrativo (público), con un claro componente institucional. Esta es la piedra filosofal –el punto de toque– de las disidencias en cuanto a la capacidad de convocarse que tienen los socios en uno u otro caso; la divisoria de aguas de la supuesta soberanía de la asamblea.

Sasot y Sasot Betes, sin entrar a tratar el fin del objeto social, refieren que la aplicación de la doctrina de la convocatoria unánime solo tiene utilidad práctica en las sociedades cerradas o de familia, y que carece de ella en las cotizantes, toda vez que sería sumamente extraño que se logre unanimidad en estas. Por una cuestión terminológica, siempre refiriéndonos a personas jurídicas privadas de las definidas por el artículo 148 CCCN, creemos que, más allá del tipo social, las sociedades deberían dividirse en sociedades con objeto en interés privado y sociedades con objeto en interés del bien público (distinto de las personas jurídicas públicas).

Entendemos que en las primeras, en las de fiscalización estatal restringida, la asamblea unánime es soberana, cosa que no ocurre en las últimas. Como señala Ulpiano en el Digesto:<sup>56</sup> “En todos los asuntos que no afecten al interés público, sino al patrimonio privado, puede pactarse”.

56. ULPIANO, *Digesto*, 2, 14, 7, 14: “*In omnibus qua non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet*” (HALPERIN, Gregorio, ob. cit. [cfr. nota 2]).

En las sociedades constituidas en exclusivo interés de los particulares, los administradores son meros empleados o mandatarios de la sociedad, sin perjuicio –o a pesar– de ser la representación legal, orgánica y necesaria. Consecuentemente pueden ser desplazados en todo momento por el órgano de gobierno. La sociedad se constituye en interés exclusivo de los socios, y son ellos quienes pueden interpretar cuál es su interés e, incluso, modificarlo de común acuerdo. La circunstancia de que el poderdante confiera un mandato –incluso legal y necesario– no priva al mandante de actuar *per se*.<sup>57</sup> Al igual que sucede en la relación entre empleador y empleado, la asamblea unánime determina un interés único y propio de la sociedad y maneja la relación con los integrantes del órgano.

Por el contrario, ello no sucede de la misma forma en las sociedades constituidas con un objeto en interés del bien público, de fiscalización estatal amplia, donde, aun en el caso de que se pudiera aunar el interés de todos los socios, se requiere el respeto de formalidades especiales estatuidas, no ya en su exclusivo interés, sino además en interés del bien público, de la comunidad toda.

Las normas establecidas por la Ley General de Sociedades constituyen para estas sociedades normas de orden público, que no pueden ser dejadas de lado por los particulares. Es aquí entonces donde adquiere mayor trascendencia determinar si la LGS o las formalidades de convocatoria son o no de orden público.

Es nuestra opinión que las formalidades establecidas por la Ley General de Sociedades para la convocatoria pueden ser dejadas de lado en las sociedades de interés privado. Pero, por el contrario, no podrían soslayarse en sociedades constituidas en interés público, toda vez que para ellas dichas formalidades han sido establecidas no solo en interés y resguardo de los socios, sino también en aras del bien común y en resguardo de la comunidad.

## 6.2. *Aplicabilidad de la reforma*

Por último resta imaginar cómo el organismo de contralor interpretará las reformas del nuevo Código: sabido es que a la administración pública le cuesta adecuar sus reglamentaciones a las modificaciones legales.

Hacemos votos para que rápidamente admitan la modificación y no se conviertan en una traba más a los estatutos que se adecuen a la nueva normativa de fondo, ya que la ley no solo aclara temas, como la convocatoria por los socios, sino que incorpora temas sensibles, como la utilización de medios de comunicación para la toma de decisiones orgánicas a distancia y otras normas relativas al funcionamiento, disolución y liquidación de las personas jurídicas privadas.

57. El hecho de que el cadete lleve la correspondencia o de que la telefonista atienda el teléfono no impide que el empleador pueda realizar por sí cualquiera de dichos actos cuando lo considere necesario o cuando le viniere en ganas hacerlo.

# Pot pourri de régimen de vivienda con toques de DTR 4/2015 y OS 45/2015 y adición de constitución, legitimación y frutos

Mario Gabriel Szmuch\*

*El cocinero no es una persona aislada, que vive y trabaja sólo para dar de comer a sus huéspedes. Un cocinero se convierte en artista cuando tiene cosas que decir a través de sus platos, como un pintor en un cuadro.*

Joan MIRÓ

## RESUMEN

Se abordan cuestiones relacionadas con el régimen de vivienda a la luz de las normas dictadas por los Registros de la Propiedad Inmueble de la ciudad y la provincia de Buenos Aires, sus aciertos, errores y vacíos; entre ellas: a) la adición de un régimen a otro anterior constituido sobre el mismo inmueble; b) la ampliación de la afectación a los frutos que produzca la suma de dinero o moneda sobre la que recae el régimen; c) el reconocimiento de la legitimación para constituir el régimen a favor de los titulares de otros derechos reales (usufructuario, etc.); y d) una dinámica de subrogación que permita trasladar el régimen de un derecho real a otro que recaiga sobre el mismo inmueble.

**Sumario:** **1.** La publicación de las leyes. Una cuestión de actitud. **2.** La Disposición Técnico Registral 4/2015. **3.** La Orden de Servicio 45/2015. **4.** Colofón.

## 1. La publicación de las leyes. Una cuestión de actitud

Con fecha 29 de junio de 2015 el director provincial del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires dictó la [Orden de Servicio 45/2015](#) (OS) sobre los aspectos registrales del nuevo [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (CCCN). El día 29 del mes siguiente, ya sobre el filo de la entrada en vigencia del CCCN, el director

\* Abogado. Escribano público.

general del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal dictó la [Disposición Técnico Registral 4/2015](#) (DTR). En ambos cuerpos se establecieron los criterios de dichos organismos para la aplicación del instituto del régimen de vivienda, previsto en los artículos 244 y siguientes del CCCN, y con criterios similares; pero mientras que la normativa provincial es una orden de servicio, la porteña luce como una disposición. La diferencia no es simplemente de *nomen iuris* sino de alcance, de ámbito subjetivo de vigencia.

Las leyes rigen después del octavo día de su publicación (oficial) o desde el día que ellas determinen (art. 5 CCCN). La publicación no es un requisito procedimental carente de sentido; justamente son los registros los que, por la función que cumplen, deben tenerlo muy presente. Dado que las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República (art. 4 CCCN), es preciso que estos puedan conocerlas. El Estado no puede exigirles a los individuos que observen una norma cuya existencia y contenido no están en condiciones de conocer.

Precisamente, a los efectos de poder conocer la norma, analizarla, asimilarla, adaptarse a ella y cumplirla, la ley normalmente prevé un plazo desde la publicación hasta su entrada en vigencia. De allí que no nos conforme la actitud del Registro porteño de dictar una norma cuya vigencia rija prácticamente de un día para otro. La facultad de fijar un día de entrada en vigencia que difiera del octavo día de su publicación debe emplearse para prolongar dicho plazo, a efectos de que sus destinatarios puedan estar más preparados para operar con la nueva norma, y no para acortarlo a fin de compensar una eventual demora administrativa en su elaboración y dictado. Y menos aún nos conforma el proceder del organismo provincial, que le ordena a sus funcionarios aplicar a los administrados (los otorgantes y autorizantes de los documentos a inscribir) criterios que resultan de una norma interna, no publicada, no destinada a estos.

A diferencia de la DTR, con alcances *erga omnes*, la OS se dirige a los dependientes del organismo; obviamente el director provincial no puede impartirles órdenes a quienes no son sus subordinados en el contexto de la estructura jerárquica que encabeza. A confesión de parte relevo de prueba: la norma es dirigida a los registradores del Registro de la Propiedad bonaerense (art. 1 OS), siendo necesaria la modificación de las disposiciones técnico-registrales que correspondan (art. 2 OS). Lamentablemente, el Registro provincial obrará de facto, mediante la aplicación de criterios a los administrados que estos no están en condiciones “legales” de conocer y que, por lo tanto, pueden desconocer, pues en nuestro país nadie puede ser obligado a hacer lo que “la ley” no manda.

Este proceder genera, en nuestro criterio, un lamentable distanciamiento entre el organismo y los usuarios del sistema. Se trata de “una cuestión de actitud”, de calidad institucional, de respeto a los administrados; en definitiva, de cumplimiento de la ley.

## 2. La Disposición Técnico Registral 4/2015

A continuación analizamos los artículos 1 a 6 de la [DTR](#).

«**Artículo 1.** *La afectación de inmuebles al régimen de protección de la vivienda, establecido en el CCyC, conforme lo previsto en su artículo 244, 2º párrafo, se hará mediante petición constitutiva ante este Registro o por escritura pública».*

Del cotejo de este artículo con el artículo 4 de la DTR, se desprende que este regula la constitución del régimen, es decir, la afectación originaria, el nacimiento del régimen en cabeza del titular del bien que afecta (constituyente). Acertadamente la DTR permite que el documento de constitución se otorgue directamente ante el Registro o ante escribano público. Pero mientras que la autoridad administrativa debe prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar el trámite de constitución (art. 253 CCCN), la labor del escribano es remunerada (art. 254 CCCN).

«**Artículo 2.** *En la calificación de los documentos de afectación al régimen de protección de la vivienda, sean estos originados por petición administrativa o por escritura pública, se deberán verificar los siguientes requisitos:*

*a) Ser otorgados por el titular de dominio o por todos los condóminos en forma conjunta.*

*b) Cuando el afectante establezca beneficiarios, deberá acreditar el vínculo correspondiente, indicando además, la edad y el estado civil de estos. En el caso del conviviente deberá tratarse de una unión convivencial, conforme los artículos 509 y 510 del CCyC.*

*c) Manifestación de:*

- cumplimiento del artículo 247 del CCyC (habitación efectiva de la vivienda);*
- convivencia en el supuesto del artículo 246 inc. b) del CCyC;*
- no tener en trámite de inscripción otra solicitud similar ni resultar ser propietario único de dos o más inmuebles afectados a este régimen».*

Según el artículo 245 CCCN (1º párr.), la legitimación para solicitar la afectación corresponde al “titular registral”. La exigencia de que la constitución sea otorgada por el titular “registral” no condice con un sistema de inscripción declarativa. Alcanza pues, a nuestro criterio, con que el constituyente sea el titular del derecho a incorporar al régimen de vivienda. Acertadamente la [DTR](#) no exige que se trate del titular “registral”, es decir, permite solicitar la inscripción de la constitución por la modalidad abreviada del tracto sucesivo. En este caso el documento de afectación y el asiento respectivo deben expresar la relación de los antecedentes que legitimen al constituyente a partir del que figure inscripto en el Registro (art. 16 *in fine* [Ley 17801](#)).

Por otra parte, señalamos que a diferencia del régimen de bien de familia, que le exigía al solicitante justificar “su dominio” sobre el inmueble (art. 43 [Ley 14394](#)),

el CCCN no hace referencia a cuál es el derecho real inmobiliario susceptible de ser incorporado al régimen. Refiere al “titular” (arts. 245, 247, 249 inc. d), es decir, al elemento subjetivo del derecho real, y al elemento objetivo (inmueble habitable), pero no al derecho mismo. Si bien es cierto que el CCCN alude al “propietario”, no menos cierto es que no menciona al “dueño”, tampoco al usufructuario ni al usuario, ni al habitador, etc., y que

El término propiedad [...] comprende [...] todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad.<sup>1</sup>

Opinamos –desde una confesada visión “proteccionista”, que pone en el podio de la defensa de los derechos a la vivienda por encima de la propiedad, y a esta en función de aquella– que la locución “propietario” empleada por el CCCN debe interpretarse en sentido amplio, como abarcadora de todo titular de un derecho real que recaiga sobre un inmueble habitable<sup>2</sup> y se ejerza por la posesión. Bajo esta óptica, consideramos que puede incorporarse al régimen el inmueble cuya titularidad se sustente en un derecho real de dominio, propiedad horizontal, propiedad superficiaria, usufructo, uso, habitación y anticresis, y la comunión de los mismos (condominio, etc.). La referencia al condominio hecha en el primer párrafo del artículo 245 es simplemente ejemplificativa e indicativa de que, en caso de comunión del derecho, la afectación debe ser solicitada por todos los cotitulares.

Puede pensarse que carece de sentido la incorporación al régimen de vivienda del derecho real de habitación, pues este contiene en su estructura algunas de las ventajas propias de aquel: intransmisibilidad (por acto entre vivos y mortis causa) e inejecutabilidad por los acreedores (art. 2160 CCCN). Sin embargo, cabe admitir la posibilidad de su incorporación con fundamento en la mayor protección que de ello deriva a favor del cónyuge o conviviente y los beneficiarios, pues:

1. CSJN, 14/12/1925, “Don Pedro Emilio Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital s/ devolución de sumas de dinero” (*Fallos*, t. 145, p. 307). [N. del E.: el lector podrá consultar el fallo [aquí](#)].

2. Ver de nuestra autoría “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” (on line, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 917, febrero 2015); particularmente el §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.”

1. la acción de nulidad por omisión del asentimiento para desafectar el bien del régimen de vivienda no está sujeta al plazo de caducidad de seis meses, que sí rige en los casos previstos en los artículos 456, 470 y 522 CCCN; el plazo de prescripción de la acción aplicable es a nuestro juicio el previsto en el artículo 2562 (inc. a): 2 años;
2. la designación del conviviente como beneficiario del régimen no prevé como requisito la inscripción de la unión convivencial,<sup>3</sup> que sí es exigido a los efectos de poder invocar la protección que resulta del artículo 522 frente a los terceros interesados de buena fe; y
3. la publicidad de la afectación al régimen de vivienda se cumple naturalmente a través de la inscripción registral (art. 244 2ª párr.), la que no está prevista en la ley de fondo para las hipótesis reguladas en los artículos 456 y 522.

La protección que el CCCN le dispensa a la vivienda familiar es amplísima: se le prohíbe al titular disponer de los derechos sobre la vivienda familiar (sean reales o personales: dominio, propiedad horizontal, locación, comodato, etc.) sin el asen-

3. Ver de nuestra autoría “Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación” (on line, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 919, noviembre 2015); particularmente los ptos. 10.15. y 11.2.1.: “... la UC puede, en algunos casos, acceder al RPI aunque no esté inscrita en el RPLUC; por ejemplo, cuando se inscribe un documento en el cual se designa beneficiario del régimen de vivienda al conviviente no inscripto. La admisión registral de esa designación se basa exclusivamente en una manifestación del constituyente, cuya naturaleza es la de una restricción del poder dispositivo que el constituyente se autoimpone en beneficio del interés familiar. Admitida tal designación, debe exigirse el asentimiento del conviviente no inscripto pese a que los arts. 250 y 255, inc. a), se refieren al ‘conviviente inscripto’. Cabe aclarar que cuando el RPI admite que un conviviente no inscripto o sus ascendientes o descendientes sean beneficiarios del régimen de vivienda, la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda resulta del régimen jurídico de la UC (art. 522) en parte y también del régimen de vivienda [...] el propietario puede designar beneficiario del régimen de vivienda a su conviviente no inscripto. El art. 246, inc. a), no exige expresamente que se trate del ‘conviviente inscripto’. Además, el Código nuevo no exige, como lo hacía la Ley 14394 en su art. 43, que el propietario justifique el vínculo con los beneficiarios [...] \*el progenitor afín tiene respecto del hijo afín una obligación alimentaria (art. 676), con independencia del tiempo de convivencia del progenitor del menor y el progenitor afín; \*es admisible que dicha obligación puede satisfacerse de mejor manera, en lo que a techo respecta, incorporando al hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda; \*la existencia de dicha obligación, aunque sea subsidiaria, permite interpretar que el adjetivo posesivo “sus” contenido en el inc. a) del art. 246 habilita al constituyente del régimen de vivienda a designar beneficiario al hijo afín; \*sería inconstitucional exigir como requisito el transcurso del plazo de dos años de convivencia a efectos de que el progenitor afín pueda designar beneficiario del régimen de vivienda al hijo afín, dado que el ISN excluye de plano esa interpretación. Y concluimos: si el progenitor afín puede designar beneficiario a su hijo afín sin necesidad de que para ello transcurran los dos años de convivencia, cabe interpretar que también puede designar beneficiario a su conviviente, es decir, al progenitor del menor. Agregamos aquí: podría argumentarse en base al ISN que la única hipótesis en que el conviviente no inscripto puede ser designado beneficiario es cuando hay hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad que sean designados beneficiarios. Contestamos: no permitir la designación del conviviente como beneficiario por no tener un hijo menor o con discapacidad nos parece discriminatorio. Por otra parte, las normas tutelares de la familia deben interpretarse con amplitud. El reconocimiento legal de la UC como familia y la manda constitucional de protegerla integralmente deben inclinar al intérprete por admitir la designación del conviviente no inscripto como beneficiario. La designación del conviviente no inscripto como beneficiario del régimen de vivienda no afecta a los acreedores del propietario de causa posterior salvo llegado el caso en que el único beneficiario que habita el inmueble sea el conviviente no inscripto. En este caso a nuestro juicio debe prevalecer en principio el derecho a la vivienda digna...”

timiento del cónyuge o del conviviente (arts. 456 y 522), y la vivienda no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o inscripción de la unión convivencial, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges o convivientes conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro. Sobre esta base, consideramos que si no se le permitiera, por ejemplo, al usufructuario afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda, se estaría violando la garantía constitucional de igualdad: el usufructuario que carece de familia no podría impedir que su derecho de usufructo bajo el cual estructura su vivienda sea ejecutado, de manera que no contaría a su favor con ningún régimen de protección de la vivienda. Es preciso, a efectos de no lesionar derechos y garantías constitucionales, interpretar el ordenamiento de manera que el usufructuario y demás titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión puedan contar con una adecuada protección.

A los efectos de la protección de la vivienda no encontramos razones atendibles para distinguir entre dueño y usufructuario, pues, entre otras razones: a) el usufructo es susceptible de ser enajenado, por lo que cabe aplicarle el régimen de subrogación (art. 248 CCCN) y de control del cónyuge o conviviente (art. 250); y b) el usufructo puede ser embargado y subastado, por lo que le cabe el régimen de inejecutabilidad (art. 249). Que el usufructo no sea transmisible hereditariamente, circunstancia que torna inaplicable lo previsto en los artículos 254 (2º párr.) y 255 (inc. b), no nos parece argumento suficiente para negar esta fundamental tutela y lesionar el principio de igualdad.

Desde la óptica de la vivienda, merece la misma protección quien vive bajo un techo dominial que quien lo hace bajo uno estructurado jurídicamente vía un usufructo u otro derecho real que se ejerza por la posesión. Dado que el bien jurídico tutelado es la vivienda, no hay razón para distinguir a los efectos de conceder o no la protección entre las distintas especies de derechos reales que permitan darle sustento.

Respecto de la anticresis, si bien suena extraña su incorporación al régimen de vivienda, es viable, pues el acreedor puede habitar el inmueble, imputando como fruto el alquiler que otro pagaría (art. 2216 CCCN), en cuyo caso entendemos que a la disposición del crédito garantizado (cesión, renuncia, etc.) debe aplicársele el régimen previsto en el artículo 250.

La DTR incurre en un error al referirse a “cuando el afectante establezca beneficiarios”; pues en todos los casos el afectante debe designar beneficiarios. Evidentemente, la DTR pretende aludir al caso en que el afectante designe beneficiario a otra persona que no sea él mismo, con o sin designación a favor de sí mismo. El régimen no puede existir ni subsistir sin beneficiarios (art. 255 inc. d CCCN).

Acertadamente, la DTR no exige que la unión convivencial esté inscrita en el Registro Local de Uniones Convivenciales para que el conviviente pueda ser designado beneficiario del régimen, pues de lo contrario se lesionaría la protección integral de la familia convivencial. La norma exige que se trate de una unión convivencial en los términos de los artículos 509 y 510 CCCN; no alude al artículo 511, que es el que

contempla la inscripción de la unión en el Registro Local de Uniones Convivenciales “sólo a los fines probatorios”. ¿Qué mejor prueba de la existencia de la unión que la confesión del propietario conviviente afectante?

El requisito de que la unión sea pública (art. 509) no se refiere a la publicidad registral, aunque esta coadyuve a su cumplimiento. Quien pretenda contratar con el conviviente propietario está en condiciones de conocer, en base a la publicidad del Registro de la Propiedad, que el inmueble está afectado al régimen de vivienda y que el conviviente es su beneficiario. Ese tercero no podrá invocar la falta de inscripción de la unión convivencial en el Registro Local de Uniones Convivenciales, pues puede conocer la existencia de la unión convivencial a través de las constancias del Registro de la Propiedad. Sin embargo, de manera contradictoria, el Registro de la Propiedad desorienta a los usuarios al brindar en su [página web](#) “ejemplos de algunas acreditaciones”: “Conviviente: unión convivencial inscrita conforme a los artículos 509 y 510 CCyC” –aclaramos que estos artículos no aluden a la inscripción de la unión en el Registro Local de Uniones Convivenciales–.

No compartimos la postura según la cual, para que proceda la garantía de la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas durante la unión convivencial, es necesaria en todos los casos la inscripción de esta. La literalidad del artículo 522 CCCN (“deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial”) se contraponen con la del artículo 511 (1º párr.), de igual rango: la existencia de la unión convivencial se inscribe en el registro que corresponda a la jurisdicción local solo a los fines probatorios. Básicamente no admitimos objetivar el sistema de manera tal que puedan invocar la falta de inscripción de la unión convivencial a efectos de ejecutar la vivienda convivencial quienes conozcan su existencia (p. ej.: amigos, familiares) al configurarse la causa de la deuda, pues –como nos enseñó Vélez– sería un deshonor que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que esta triunfara. Bajo esta óptica, entendemos que la frase “deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial” significa tanto como “deudas contraídas durante la unión convivencial”. Huelga aclarar que la inscripción de una unión convivencial que carezca de un correlato en la realidad por haber cesado y no haberse cancelado dicha inscripción no activa la inejecutabilidad prevista en el artículo 522 CCCN, lo que evidencia que lo realmente relevante es la existencia de la unión convivencial y el conocimiento de su existencia.

Al aceptar la designación del conviviente no inscripto como beneficiario del régimen de vivienda, la ley permite dotar a la unión convivencial de cierta publicidad a través de las constancias del Registro de la Propiedad Inmueble. La nueva tendencia bajo el CCCN –sustentada, entre otras razones, en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la [Constitución Nacional](#), que se refiere de manera general a la “protección integral de la familia”, sin limitar esta noción a la familia matrimonial– es brindar protección al conviviente, a la familia convivencial. La exigencia de inscribir la unión convivencial en el Registro Local de Uniones Convivenciales como condición para designarlo beneficiario va a contrapelo de los nuevos paradigmas. El Es-

tado debe facilitar que se publicite la existencia de la unión convivencial; si alguno o ambos convivientes no quisieran inscribir su unión convivencial o desconocieran la posibilidad de hacerlo, la designación del conviviente como beneficiario del régimen de vivienda los coloca de cierta manera en el camino de la exteriorización formal. La registración del conviviente como beneficiario del régimen dota de mayor publicidad a la unión convivencial, siendo esta una de las maneras en que los convivientes pueden cumplir con el requisito de publicidad exigido por la ley para la configuración de su unión (art. 509 CCCN).

*«Artículo 3. Podrá ser afectado un inmueble independientemente de su valor, pero si se lo afectare solo por una parte de él (art. 244 del CCyC.), se expresará la porción en términos fraccionarios».*

El artículo 244 CCCN (1º párr.) dispone que puede afectarse un inmueble destinado a vivienda por su totalidad o hasta una parte de su valor. Seguramente la constitución del régimen, es decir, la primera afectación, se hará, salvo escasas excepciones, por la totalidad del valor del inmueble. Pensamos que la constitución por una parte del valor sucederá cuando el sector material afectado a la habitación de los beneficiarios es una parte de un inmueble de mayor extensión susceptible de división, es decir, cuando el inmueble afectado exceda de la unidad habitacional, por ejemplo, si se compone de varios departamentos en uno de los cuales habita el propietario con los beneficiarios y los demás son destinados a generar renta.

Es más probable que la afectación se haga por una parte del valor del inmueble en el contexto de la subrogación (art. 248). Lo demostramos con un ejemplo. Un señor afecta un inmueble de su propiedad al régimen de vivienda con fecha 1/8/2015 por la totalidad de su valor; el 10/9/2016 lo vende por el precio de un millón de pesos, desafectándolo del régimen de vivienda y afectando por subrogación la totalidad de dicha suma. El 30/10/2016 compra su nueva vivienda por el precio de un millón quinientos mil pesos, de los cuales un millón es el importe subrogado a la vivienda originaria y el resto son ahorros que invierte en esta compra. Para la autorización de la escritura el escribano obtuvo reserva de prioridad con fecha 20/10/2016. En el mismo acto afecta por subrogación el inmueble comprado al régimen de vivienda. Para ello, “arrastra” el millón de pesos que tenía afectado al régimen desde el 1/8/2015. Si no amplía en ese acto la afectación por los restantes quinientos mil pesos, la misma alcanza solo dos tercios del valor del inmueble. Para que la afectación cubra la totalidad del valor, es decir, el tercio restante, debe ampliarse por los restantes quinientos mil pesos, ampliación que resulta inoponible a los acreedores por deudas cuyas causas generadoras sean anteriores a la misma. Si otorgara la antedicha ampliación, dos tercios del valor del inmueble estarán cubiertos desde el 1/8/2015 y el tercio restante, desde el 20/10/2016 (fecha de la reserva de prioridad).

La discrecionalidad del propietario para decidir si la afectación es total o parcial, es decir, por una parte del valor del bien, reconoce como límite la razonabilidad, que puede ser revisada judicialmente a pedido de los acreedores perjudicados. La protección de la vivienda, que necesariamente conlleva un perjuicio a los acreedores de causa posterior a la afectación, debe ser proporcional a las necesidades medias del o de los beneficiarios. El juez debe, si entiende que la afectación excede los límites impuestos por la buena fe, ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y procurar la reposición al estado de equilibrio, determinando la parte del valor del inmueble que debe quedar bajo el régimen de vivienda a resguardo del ataque de los acreedores.

El afectante debe ser asesorado sobre estas posibilidades por quien reciba su declaración de voluntad en el trámite de afectación, sea la autoridad de aplicación (art. 253 CCCN) o los escribanos (art. 60 inc. a [Ley Orgánica Notarial 404](#)).

La DTR establece que puede afectarse un inmueble **independientemente de su valor**. Si bien obtendrá la inscripción de la afectación sin objeciones por parte del organismo de aplicación, el propietario debe tener presente que los alcances de la afectación son susceptibles de ser revisados judicialmente a pedido de sus acreedores perjudicados, quienes pueden cuestionar la afectación por excesiva (abusiva, desproporcionada) y solicitar que se reduzca a una parte del valor del bien.

La DTR omite reglamentar el supuesto en el que la afectación por la totalidad del valor se hace escalonadamente. En el ejemplo que dimos anteriormente, si la afectación se amplía por el tercio restante, el inmueble queda afectado por la totalidad de su valor. Consideramos que la cuantificación del valor incorporado al régimen debe hacerse desde la óptica de los acreedores, pasibles de ser perjudicados por el régimen: a) para los acreedores por causa anterior a la constitución del régimen la afectación “no existe”, no los perjudica; b) para los acreedores por causa posterior a la constitución, la afectación del inmueble subrogante es por dos tercios de su valor; y c) para los acreedores por causa posterior a la ampliación la afectación es oponible por la totalidad del valor del inmueble. En este caso, a efectos de una adecuada publicidad, será necesario expresar **cada porción afectada en términos fraccionarios con indicación de la fecha a partir de la cual es oponible a terceros**.

*«Artículo 4. En los supuestos previstos en el artículo 248 del CCyC, del documento de afectación por subrogación deberán surgir los datos de la constitución originaria.*

*Cuando la desafectación y la afectación por subrogación no sean simultáneas, deberá hacerse expresa “reserva” de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente».*

Este artículo regula el supuesto de afectación por subrogación. Recordamos que toda vez que se otorga una desafectación sin extinción del régimen, es decir, sin que el propietario renuncie, se produce la correlativa afectación por subrogación; por ejem-

plo, se desafecta el inmueble que se vende y a la vez se afecta (“la afectación se transmite”) –a nuestro juicio, de pleno derecho y sin solución de continuidad– la totalidad del importe del precio de venta. Al afectarse por subrogación la nueva vivienda, es decir, al emplearse dicho importe en la adquisición, no solo deberían surgir del instrumento los datos de la “constitución originaria” sino los de las sucesivas subrogaciones (desafectaciones y afectaciones) y eventuales ampliaciones o reducciones de la parte del valor incorporada al régimen.

La frase “constitución originaria” que emplea la **DTR** en principio nos parece redundante, pues la **constitución** implica el **origen** del régimen. Oportunamente, en un primer aporte que intentamos hacer sobre esta figura, distinguimos la constitución de la afectación y de su inscripción, y la desafectación de la extinción y de la cancelación<sup>4</sup>. La constitución implica necesariamente la **afectación originaria**. A toda constitución le corresponde una afectación, pero no a la inversa; la constitución implica el arranque del régimen, y para que esto ocurra es preciso, entre otros requisitos, afectar un bien. Si bien el **CCCN** alude las más de las veces a la afectación, la constitución está prevista en los artículos 252, 253, 254 y 255 (inc. b) y la figura del constituyente en los artículos 246, 250 y 255 (incs. a y d). Mientras que el constituyente es quien le da origen al régimen, es decir, quien afecta por primera vez un bien al mismo, el afectante no siempre es el constituyente.

Entendemos que el constituyente es el “primer afectante” pero no el único afectante, pues el beneficiario no constituyente que devino propietario también puede ser afectante-ampliador respecto del régimen constituido por su antecesor. Por ejemplo: un señor soltero llamado Juan constituye el régimen de vivienda y designa beneficiario a su único hijo, Pedro, ambos habitan el inmueble; luego fallece el constituyente, es decir, Juan, y lo hereda su hijo beneficiario, Pedro, quien deviene en propietario del inmueble afectado por su padre; el régimen subsiste, pues murió el constituyente pero vive uno de los beneficiarios (art. 255 inc. d). El beneficiario no constituyente devenido propietario, es decir, Pedro, puede subrogar el beneficio, pues ninguna norma impone que el otorgante de la subrogación debe ser el constituyente del régimen. El único requisito que se exige para operar la subrogación es ser “propietario” del bien subrogante y del bien subrogado. Advertimos que el anteúltimo párrafo del artículo 249 prevé que el remanente de la subasta del inmueble afectado “se entrega al propietario del inmueble”, no al “constituyente”. Que el remanente se entregue al propietario en rigor significa que no puede ser embargado por “los acreedores sin derecho a requerir la ejecución” (antepenúltimo párrafo del art. 249). Es decir que el remanente se le entrega al propietario, sea el constituyente o sea el beneficiario, quien puede reinvertirlo en una nueva vivienda protegida por el mismo régimen que fuera constituido (pero con un objeto y un propietario distintos de los originarios).

4. Cfr. nota 2.

La figura del propietario constituyente está contemplada en el artículo 246 CCCN. También está prevista en el artículo 250, que se refiere a la transmisión del inmueble por el constituyente que está casado o vive en unión convivencial inscripta. Esta distinción entre propietario y constituyente nos conduce a lo siguiente: el beneficiario que devino propietario no puede en tal carácter ampliar el régimen, sino que debe constituir uno nuevo que complemente el anterior. Nos explicamos: solo pueden ser beneficiarios del régimen los sujetos mencionados en el artículo 246, quienes deben tener vínculo familiar con el propietario constituyente. Es decir que el beneficiario no constituyente devenido propietario no puede a su vez designar beneficiarios, a menos que se erija en constituyente. Ejemplificamos siguiendo con el caso anterior: Pedro –quien heredó el inmueble que su padre, Juan, afectó por constitución al régimen de vivienda, designándolo beneficiario– tiene un hijo menor de edad, Ulises, con su conviviente,<sup>5</sup> María; todos cohabitan en el inmueble. El único beneficiario del régimen constituido por Juan es Pedro; para que Ulises pueda ser designado beneficiario, Pedro debe constituir un nuevo régimen sobre el mismo inmueble y designarlo beneficiario (podría designarse también a sí mismo, aunque tal designación se superponga con la que oportunamente hizo Juan), el que se añadiría al “**constituido originariamente**” por Juan. Si Pedro no constituyera un nuevo régimen que se adicione al anterior, él podría solicitar la desafectación y cancelación del régimen constituido por Juan con prescindencia de la conformidad de María, su conviviente, pues Pedro no es el constituyente (art. 255 inc. a). Pero al constituir un nuevo régimen sobre el mismo inmueble y designar beneficiario a Ulises, la desafectación sí requeriría el asentimiento de María.

Ventajas de admitir la constitución añadida del régimen:

- 1) erige a Pedro en “propietario constituyente” y, por lo tanto, le posibilita designar beneficiarios (art. 246);
- 2) al no extinguirse la constitución anterior, otorgada por Juan, las deudas de causa posterior a dicha constitución no son oponibles a Pedro, con los alcances previstos en el artículo 249;
- 3) se habilita el control del cónyuge o conviviente del “propietario constituyente” (art. 250) o del “constituyente”<sup>6</sup> (art. 255 inc. a).

Si no se permitiera la constitución añadida, Pedro debería renunciar al régimen constituido por su padre y constituir uno nuevo para incorporar a Ulises como beneficiario. Ello eliminaría la ventaja referida anteriormente (2). La ley prohíbe afectar al régimen dos o más inmuebles (art. 244 3º párr.), pero no prohíbe que sobre un mismo inmueble recaigan dos constituciones. Si no se le permitiera a Pedro añadir otra constitución a la originaria, se discriminaría a Ulises por causa de ser

5. En los términos de los arts. 509 y 510 CCCN.

6. Quien si bien debe ser propietario al nacer el régimen, puede durante su vigencia transmitir la propiedad del bien afectado al beneficiario y, de esta manera, continuar siendo constituyente pero no propietario.

su padre, beneficiario devenido propietario, y además se colocaría a Pedro en la incómoda situación de tener que optar por renunciar a la protección constituida por Juan o brindar protección *ex tunc* a su hijo Ulises. Si Pedro renunciara al régimen constituido por Juan, el inmueble podría ser ejecutado por todas las deudas de causa anterior a la desafectación y Ulises quedaría sin vivienda. Si Pedro dejara vigente el régimen constituido por Juan, al fallecer Pedro dicho régimen se extinguiría (art. 255 inc. d *in fine*), y también en este caso Ulises quedaría sin protección. La doble constitución o la adición de la constitución otorgada por el beneficiario devenido propietario permiten proteger a Ulises de una manera integral. Así el Estado argentino cumple una medida apropiada para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a darle efectividad al derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, particularmente con respecto a la vivienda (art. 27 de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#)).

El desdoblamiento del carácter de constituyente y propietario permite arribar a la siguiente conclusión: si el propietario constituyente transmite el inmueble afectado al beneficiario, para que este pueda enajenarlo es necesario el asentimiento del cónyuge o conviviente del “constituyente” (art. 250 CCCN) originario, y no el del cónyuge o conviviente del “propietario”. A su vez, como el beneficiario devino propietario, puede erigirse también en constituyente, es decir, otorgar una nueva constitución sobre el mismo inmueble, a efectos de hacer él su propia designación de beneficiarios. En ese caso la enajenación o gravamen del inmueble requiere del asentimiento del cónyuge o conviviente del primer constituyente y también el del cónyuge o conviviente del constituyente “añadido”.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 4 de la DTR nos merece algunos comentarios reprobatorios. Ponemos de relieve algunos de los que a nuestro juicio son defectos de la norma, con el fin de impulsar su corrección.

Carece de claridad y precisión la frase “cuando la desafectación y la afectación por subrogación no sean simultáneas”, dado que toda desafectación y afectación por subrogación son “simultáneas”: al venderse el inmueble afectado, este es subrogado sin solución de continuidad por el importe del precio de su venta, que ingresa al régimen de vivienda en lugar de aquel; este importe, a su vez, al emplearse para pagar el precio de compra de la nueva vivienda, es subrogado por esta, es decir, se desafecta, y así hasta la extinción total del régimen. En la subrogación **a toda desafectación objetiva corresponde la correlativa afectación ambas son siempre simultáneas**, las dos caras de una misma moneda; el régimen continúa vigente y cambia sin solución de continuidad el objeto sobre el que recae.

Pocas veces sucede en la praxis que la afectación “se transmite” (art. 248) de una vivienda a la otra directamente, de un inmueble a otro sin solución de continuidad. Ello sucede cuando a cambio de la vivienda transmitida (que se desafecta) se recibe como contraprestación la nueva vivienda (que se afecta), por ejemplo, a través de un contrato de permuta de la “vivienda anterior” por la “vivienda nueva”. En los ca-

sos en que la contraprestación a favor de quien enajena su vivienda no consiste en la nueva vivienda, la afectación “se transmite” al “importe” y luego pasa de este a la nueva vivienda que se adquiera por reinversión.

Podría ocurrir también que la afectación “se transmita” (art. 248) de una vivienda a la otra “directamente” pero no de manera “simultánea” (inmediata). Por ejemplo: el propietario enajena su vivienda y el adquirente se obliga a demolerla, construir en el terreno un edificio y entregarle a cambio un departamento que el propietario subrogará en lugar de la vivienda anterior. En este caso el traspaso no es “directo” de vivienda vieja a vivienda nueva, pues el beneficio pasa de la vivienda desahogada al crédito que al enajenante le queda contra el adquirente. Si este incumpliera su obligación y el enajenante resolviera el contrato, el beneficio pasaría del crédito a la indemnización sustitutiva, una vez cobrada la misma. Del crédito contra el adquirente del terreno pasará, en caso de cumplirse el contrato, al dominio del departamento que el enajenante del terreno adquiera por permuta.

No descartamos que entre la percepción del precio de venta y la compra de la nueva vivienda medie alguna otra operación –siempre que esta sea compatible con el régimen–; por ejemplo: depósito bancario, sea a la vista o a plazo, para resguardar “la vivienda”. Puede ocurrir que la percepción del importe no sea en el mismo acto de enajenación de la vivienda, o sea, que se difiera el pago, que el enajenante-subrogante-acrededor del saldo de precio descuenta el crédito para hacerse de dinero líquido para reinvertir en la adquisición de la nueva vivienda, etc. El bien afectado puede consistir, pues, en un inmueble con destino vivienda, el importe cobrado en concepto de precio de venta del mismo, el crédito por saldo de precio, el crédito contra el banco depositario del importe, el crédito contra el permutante-constructor, etc.

En la mayoría de los casos, entre las dos viviendas, el régimen recaerá sobre el “importe” de la enajenación de la primera vivienda. Para la continuidad del régimen es condición que este recaiga sin solución de continuidad sobre un objeto idóneo. De allí que en un primer análisis que hicieramos de la subrogación en el régimen de vivienda hayamos resaltado la necesidad de que el organismo de aplicación implemente los medios necesarios a efectos de establecer la trazabilidad, al menos, de los aspectos objetivos del régimen (bien afectado y parte del valor cubierta), a fin de resguardar equilibradamente los diversos intereses en juego (constituyente, beneficiarios, acreedores).<sup>7</sup>

La afectación abarca también los frutos indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios, según resulta del artículo 251. Este artículo evidencia que **los frutos que produce el bien incorporado al régimen, sea este un inmueble (como reza la norma) o una suma que lo sustituya en concepto de indemnización o precio, amplían objetivamente la afectación ipso iure**. Es decir, los intereses que produzca el importe subrogado, por ejemplo, por su depósito bancario a plazo fijo,

7. Cfr. nota 2.

quedan comprendidos automáticamente en la afectación, sin necesidad de una manifestación de voluntad del propietario en ese sentido. La incorporación de los intereses al régimen se produce –y a nuestro juicio es oponible– con su devengamiento.

El uso de la palabra “simultáneas” en el segundo párrafo del artículo 4 de la DTR para calificar la enajenación de la vivienda y la correlativa adquisición de la sustituta no es adecuado. Preferimos reservar dicha expresión para aludir al supuesto de “tracto abreviado” contemplado en el artículo 16, inciso d), de la [Ley 17801](#). Nos parece que la DTR pretende referirse a la hipótesis en que no media lapso entre la enajenación de la vivienda afectada<sup>8</sup> y la adquisición de la sustituta, es decir, entre la enajenación-desafectación por subrogación y la adquisición-afectación por subrogación. Nos preguntamos si el Registro medirá esa “ausencia de lapso” con el mismo criterio de simultaneidad que rige para los supuestos comprendidos en la Ley 17801 (art. 16 inc. d): ¿la enajenación y la adquisición deben otorgarse en un “mismo escritorio y momento” o alcanza con que los dos actos se otorguen el mismo día?

Recordemos que la simultaneidad, en el contexto del citado artículo 16, refiere a un supuesto de legitimación para disponer: el autorizante de la segunda escritura legitima al disponente en base a la primera escritura. En tal hipótesis (la del art. 16), en la segunda escritura debe expresarse “la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el Registro”. Es decir, el “segundo escribano” debe controlar el primer acto a efectos de evaluar la legitimación de quien dispone en la escritura que él autoriza y hacer en esta escritura la relación de los antecedentes correspondientes; y el “primer escribano” no tiene nada que hacer respecto de la segunda escritura, aunque presencia su otorgamiento. En la hipótesis del artículo 16 (inc. d) ambos escribanos “terminan” el acto al mismo tiempo y en un mismo escritorio, según el criterio de simultaneidad que maneja el Registro porteño.

Sin embargo, la denominada simultaneidad por el segundo párrafo del artículo 4 plantea una dinámica de hechos distinta, pues, a diferencia de la hipótesis del inciso d) del artículo 16, no se refiere al mismo objeto –precisamente la subrogación implica cambio de objeto afectado al régimen–<sup>9</sup> ni a un supuesto de legitimación para disponer: el “primer escribano” autoriza la escritura de desafectación por subrogación (es decir, sin cancelación) de la vivienda y de enajenación de la misma, y el “segundo escribano” autoriza la de adquisición de la nueva vivienda y su afectación por subrogación (sin constitución) al régimen de vivienda. En la segunda escritura, calificada de “simultánea” por el referido artículo 4, el autorizante deja constancia de

8. Empleamos a lo largo del presente trabajo la frase “vivienda afectada” por razones de comodidad en el uso del lenguaje, pues se torna demasiado engorroso expresar que la vivienda es el objeto sobre el que recae el derecho real que se incorpora al régimen, como más adelante exponemos.

9. Aunque, como más adelante exponemos, entendemos que la subrogación puede ser un cambio de derecho real que recaiga sobre el mismo objeto.

“los datos de la constitución originaria”, siendo innecesario, según la DTR, que en ese caso (enajenación y adquisición “simultáneas”) el autorizante de la “primera escritura” haga constar la **expresa “reserva”** del desafectante de subrogar el beneficio. Sin embargo, por no tratarse de un supuesto de legitimación para disponer, el “primer escribano” normalmente no presencia el segundo acto (ni el “segundo escribano” el primer acto), es decir, el de adquisición de la nueva vivienda, que no necesariamente se hace en el “mismo escritorio” y “mismo momento”, por lo que mal podría legitimar en “su escritura” la falta de expresa “reserva” del desafectante, como *a contrario sensu* se desprende de la DTR. Si el segundo acto no se otorgara por cualquier razón en la oportunidad prevista (coetáneamente con el primer acto), el “primer escribano” que ya hubiera autorizado su escritura no estaría en condiciones de hacer constar en la misma la “reserva” expresa. ¿Acaso el desafectante debería otorgar una escritura complementaria de “reserva” expresa? ¿La “reserva” expresa hecha en un acto posterior es idónea para conservar el beneficio? Entonces concluimos que si la aludida “reserva” fuera necesaria a los efectos de conservar el beneficio (cuestión que descartamos de plano), debería efectuarse siempre, en todos los casos, aun en las hipótesis de presunta “simultaneidad” en los términos del artículo 4, por si se frustrara el segundo acto.

Nos preguntamos ¿qué sucede si no se hace la “reserva”? ¿Acaso se pierde el beneficio? Entendemos que la respuesta es negativa, dado que: 1) los derechos no se reservan sino que se ejercen; 2) no cabe presumir actos abdicativos, y, por lo tanto, la extinción voluntaria del régimen debe interpretarse restrictivamente; 3) la subrogación opera de pleno derecho, pues la afectación “se transmite”, según resulta del artículo 248 CCCN, sin necesidad de ninguna manifestación en tal sentido por parte del desafectante (del inmueble)-afectante (del importe). Entendemos que la frase “se transmite” del artículo 248 opera como norma supletoria: si nada se expresa en el acto de desafectación, la subrogación opera automáticamente; siempre habrá tiempo para abdicar del régimen. En este sentido, la ley es sabia pues pone al desafectante al abrigo de su omisión de subrogar la afectación o de un asesoramiento incorrecto.

No advertimos razón atendible por la que el Registro exige que en la escritura de enajenación y desafectación el enajenante haga “reserva” expresa. El Registro no toma razón de la “reserva” en el folio correspondiente al inmueble desafectado y enajenado, pues el desafectante deja de ser su titular; además, dicho folio no sería el lugar adecuado para asentarla.

Por otra parte, el Registro omite exigir que en la escritura de afectación por subrogación se deje constancia de la trazabilidad objetiva del régimen de vivienda; solo exige que se asienten “los datos de la constitución originaria” pero no los de las sucesivas subrogaciones que se hayan producido. Esto, sumado a que el Registro no toma razón de la “reserva”, nos suena a que se pretende trasladar la trazabilidad a los escribanos y sus protocolos, desentendiéndose el organismo de aplicación del control de legalidad que le cabe hacer al respecto. Como el Registro, en el estado actual de avance de su técnica, no toma razón de la subrogación que no tenga por objeto un

inmueble, pretende que esta se haga únicamente en las escrituras, a través de la expresa “reserva”, y que sean los escribanos los “únicos” que controlen y, por lo tanto, los únicos responsables. Que el Registro no exija que en las escrituras de afectación por subrogación se deje constancia de los datos de las subrogaciones que le sigan a la “constitución originaria” lo coloca en condiciones de no poder controlar la trazabilidad del objeto a los efectos de acceder o no a la petición registral. Recordemos que el Registro únicamente puede controlar ateniéndose a lo que resultare de los documentos presentados a registro y de los asientos respectivos. Exhortamos a los colegas a que no se limiten en los casos de afectación por subrogación a dejar constancia únicamente de los datos correspondientes a la “constitución originaria”, sino que expongan de manera circunstanciada todos los datos, a efectos de alcanzar la completa trazabilidad del régimen.

Concluimos en este punto que la “reserva” expresa de subrogar el beneficio es inexigible, por inoperante. La subrogación de la vivienda desafectada por el importe del precio de su venta es automática. La falta de “reserva” no obsta la subrogación, a menos que del contenido del acto de desafectación se colija con certidumbre la intención del desafectante de provocar la extinción del régimen. La exigencia de que la “reserva” se exprese apunta únicamente a la facilitación del control de legalidad en la subrogación, que debe ser efectuado por el autorizante del documento de afectación por subrogación, sea el escribano o sea el Registro.

La omisión de asentar la trazabilidad objetiva del régimen en el Registro de la Propiedad Inmueble es *contra legem*, pues “la afectación se inscribe en el registro de la Propiedad Inmueble” (art. 244, 2º párr., CCCN) y “se transmite [...] a los importes que la sustituyen –se entiende a la vivienda– en concepto de indemnización o precio” (art. 248 CCCN). Del juego de ambos artículos resulta que la afectación que recae sobre el importe también debe inscribirse en el Registro. Este deber no es antojadizo, sino que se establece para proteger a los beneficiarios del régimen de los ataques de los acreedores excluidos,<sup>10</sup> además de, entre otras bondades, para evitar conflictos o simplificar la prueba para la resolución judicial de los que se plantearan.

No se alegue que la “reserva” expresa que, según la DTR, debe hacerse en las escrituras públicas hace las veces de la registración de la afectación que recae sobre el importe, pues el acceso a los protocolos notariales es mucho más restringido que al Registro. Los escribanos deben guardar estricta reserva del protocolo y exhibirlo solo en los casos legalmente previstos (arts. 29, inc. j, y 73, Ley 404): a) por orden de juez competente; o b) a requerimiento de quienes tuvieren interés legítimo en relación con los respectivos documentos, entre quienes no se menciona a los acreedores del propietario del inmueble afectado al régimen de vivienda. En cambio, el Registro es público para quien tenga interés legítimo en averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones o interdicciones inscriptas (art. 21 Ley 17801).

10. Ver ob. cit. (cfr. nota 2), §10.

La actitud evasiva del Registro resulta perjudicial para el sistema, pues deja “escondida” información que es relevante para el ejercicio adecuado de los derechos por parte de los acreedores del propietario. Entendemos las dificultades del organismo registral de idear un sistema adecuado y de llevarlo a la práctica y aceptamos que, mientras trabaje en esa dirección, acuda a la colaboración de, por ejemplo, los escribanos, tal como en su oportunidad sucedió con el régimen de prehorizontalidad (arts. 34 y 35 Ley 19724<sup>11</sup>, derogada por la Ley 26994).

Lamentablemente no es esta, a nuestro juicio, la única omisión que cabe reprocharle al Registro en orden a la publicidad del régimen de vivienda, pues entendemos que debería exteriorizar en los folios reales los datos de individualización de los beneficiarios, a fin de posibilitarles a los acreedores contar con la información que les permita ejercitar más fácilmente, de manera extrajudicial, el control de la vigencia o no del régimen.

Según el artículo 14 de la Ley 17801, todo asiento registral debe practicarse con la especificación de las circunstancias particulares –se entiende de trascendencia real (art. 12)– que resulten de los respectivos documentos, especialmente en relación con el derecho que se inscriba. Siendo la existencia de beneficiarios condición de constitución y de subsistencia del régimen, que impacta en el derecho real modificando su contenido ordinario, no encontramos justificación para no exteriorizar en el asiento registral los datos de todos los beneficiarios, dado que aquellos permitirán indagar o facilitarán la indagación por parte de los acreedores del propietario acerca de la subsistencia o no del régimen.

Por otra parte, el artículo 248 CCCN establece que la afectación “se transmite” a los importes que sustituyan la vivienda en concepto de precio. La subrogación o “transmisión de la afectación” en la terminología legal es automática, no dependiente de ninguna expresión de voluntad del propietario en tal sentido. La ley no condiciona la subrogación a que el constituyente manifieste su voluntad de prevalerse de la

11. “Disposiciones de aplicación transitoria”: Art. 34. “Hasta tanto los Registros de la Propiedad Inmueble correspondientes a la jurisdicción de los inmuebles que quedan sometidos al régimen de la presente ley estén en condiciones de efectuar la registración a que se refiere el artículo 12, lo que no podrá exceder del 1 de febrero de 1973, los contratos de adquisición que se celebren serán puestos en conocimiento del escribano a cargo del Registro Notarial donde se haya otorgado la escritura de afectación. En el supuesto del artículo 18, la rescisión o resolución debe ser registrada en el Registro Notarial interviniente. En el caso del artículo 19, inc. b), debe suministrarse nómina de los adquirentes cuyos contratos se encuentren registrados en el protocolo. En el caso del artículo 24, el privilegio que se confiere lo será respecto de los adquirentes cuyos contratos estuvieren registrados en el protocolo. Si el propietario revoca la designación de escribano efectuada para el otorgamiento de la escritura de afectación, debe hacer constar la nueva designación juntamente con la originaria, en todos los elementos y actos detallados en el presente artículo y notificarla fehacientemente a los adquirentes cuyos boletos hayan sido registrados.” “Obligaciones del Escribano” Art. 35. “En los casos de aplicación del artículo 34, el escribano está obligado a: a) dejar constancia en su protocolo de los contratos de adquisición. La misma surtirá los efectos que por esta ley se atribuyen a la registración de los contratos en los Registros de la Propiedad Inmueble; b) en el caso del artículo 6, último párrafo, el escribano interviniente dejará constancia fehaciente de la inexistencia de contratos registrados o de que su número no alcanza al mínimo previsto; c) en el caso del artículo 10, inciso b), expedir detalle certificado de las unidades que se hubiesen enajenado y de su inscripción en el protocolo”.

misma al enajenar la vivienda afectada. En este sentido, la ley suple su voluntad, la presume, como medida tuitiva de preservación de la protección. Mientras el constituyente no solicite la desafectación y la cancelación de la inscripción (art. 250 inc. a), es decir, mientras no renuncie a la aplicación del estatuto del régimen de vivienda, este se le aplica.

Sabido es que los derechos no se reservan sino que se ejercen y que la renuncia a ellos no se presume. El Registro, con la interpretación que resulta del artículo 4 de la DTR, deja sin efecto la protección legal, la invierte ilegítimamente en perjuicio del propietario, pues pone a cargo de este al enajenar el inmueble afectado la carga de efectuar la reserva de subrogar el beneficio.

Otro supuesto en el que la afectación “se transmite” de una vivienda a la otra sin solución de continuidad tiene lugar cuando el propietario de dos inmuebles “traslada” la afectación de uno al otro, hipótesis que la DTR no prevé. Si bien el CCCN exige para la subrogación que “la vivienda se adquiera en sustitución de la afectada”, ello no obsta que la “segunda vivienda” se adquiera antes de enajenarse la “primera”. Por ejemplo: el constituyente otorga boleto de compraventa de la vivienda afectada por el precio de un millón de pesos, de los cuales cobra cuatrocientos mil contra la firma del boleto; con esta suma el constituyente adquiere por escritura pública de compra la “segunda vivienda” antes de otorgar la de venta de la “primera”. En este caso la sustitución sucede antes de la enajenación de la “primera vivienda”.

*«Artículo 5. A los efectos del artículo 244, 2º párrafo, la solicitud de afectación mediante petición constitutiva ante este Registro, la escritura notarial o la decisión judicial que disponga la afectación deberá tener ingreso en el ordenamiento diario previsto por los artículos 19 y 40 de la Ley Nº 17801».*

El párrafo citado por la DTR establece que la afectación se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y que la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la Ley Nacional del Registro Inmobiliario.

Nos parece que al artículo 5 de la DTR le falta contundencia, que su redacción no responde a una determinación firme de defensa de la vivienda. El artículo nos parece inocuo, cándido. Sin dudas, a lo que el artículo 244, 2º párrafo, CCCN apunta es a poner en funcionamiento, con relación al régimen de vivienda, el sistema de retro-prioridad basado en la posibilidad de reservar la prioridad vía el pedido de la certificación dominial referida en los artículos 22 y siguientes de la Ley 17801. La remisión que hace el CCCN es a “las normas contenidas en la Ley Nacional del Registro Inmobiliario”, a todas, sin especificar ninguna en particular, de manera que cabe entender que juegan también las que resultan de los artículos 5, 25 y concordantes, que articulan la retro-prioridad protectoria. La referencia a los artículos 19 y 40 hecha en la DTR nos hace sospechar de la intención del organismo de eludir el sistema de retro-

prioridad al que apunta el CCCN para la figura en análisis, sospecha que esperamos no tenga correlato en la praxis registral.

*«Artículo 6. Las normas de esta disposición se aplicarán en la calificación e inscripción de los documentos notariales y administrativos autorizados a partir del 1º de agosto de 2015, fecha en la que entrará en vigencia la presente disposición técnico registral».*

Cabe formular una precisión en orden a lo preceptuado en este artículo: como criterio general aceptamos el establecido en este artículo; sin embargo, también cabe aplicar las normas de la DTR y del CCCN a los documentos autorizados con anterioridad al 1 de agosto de 2015 que prevean el diferimiento de sus efectos a tal fecha.

### 3. La Orden de Servicio 45/2015

La OS carece de articulado en su Anexo I, en el que se establecen los criterios de aplicación. Estos criterios se presentan a texto “corrido”, de manera que la invocación e individualización de las normas aplicables se tornan dificultosas. La técnica legislativa dista de ser la adecuada.

En las páginas 11 y 12 de la OS se prevén algunos criterios aplicables al régimen de vivienda:

*«El efecto de la registración de la afectación a vivienda continúa siendo constitutivo».*

Esta afirmación nos resulta dogmática, pues no cita norma alguna en la que basarse; y no encontramos en el CCCN ninguna norma que permita darle sustento. Más allá de lo verdadero o falso de tal afirmación, el mecanismo de retro-prioridad no se contrapone con un sistema de inscripción constitutivo, tal como lo evidencia el sistema registral automotor (arts. 1 y 16 [Decreto-ley 6582/1958 TO 1997](#)).

Al derogarse la [Ley 14394](#), las diferentes interpretaciones que se suscitaron en orden a los alcances de su artículo 35 quedaron prácticamente sin efecto. La cuestión del carácter de la inscripción pierde relevancia al establecer el artículo 244 CCCN que “la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la Ley Nacional del Registro Inmobiliario”: cualquiera sea el carácter de la inscripción, no cabe duda ante la contundencia de su texto de que el efecto de ella se retrotrae a la fecha del asiento de reserva de prioridad o, en su defecto, a la de presentación del documento de constitución.

Formulamos una aclaración al texto de la OS: el carácter supuestamente constitutivo de la registración no debe referirse a toda afectación sino a la afectación por constitución, ya que en el caso de la subrogación la afectación “se transmite” ora a la

nueva vivienda, ora al importe del precio o indemnización, pero en todo caso de pleno derecho, según los términos del artículo 248, sin necesidad de registración alguna.

*«Por no haberse modificado el artículo 23 de la Ley 17801, no se requiere ni se expedirá certificado de dominio para su afectación».*

Esta afirmación va a contrapelo de que “la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario”. La remisión que efectúa el CCCN es –reiteramos– a todas las normas regulatorias de la prioridad temporal. La expedición del certificado pone en funcionamiento el sistema de retro-prioridad, por lo que la denegatoria registral a emitirlo constituye a nuestro juicio un desacato a lo establecido en el artículo 244 CCCN (2º párr.) en cuanto dispone la aplicación de (todas) las normas regulatorias de la prioridad temporal previstas en la Ley 17801, entre las cuales están los artículos 5 y 22. Remitimos a los comentarios que al respecto efectuamos al referirnos al artículo 4 de la DTR porteña.

*«[La afectación] puede ser solicitada por el titular registral».*

Desarrollamos este punto al comentar el artículo 2 de la DTR porteña. La exigencia de que el titular esté inscripto obstaría la afectación por la modalidad de tracto sucesivo abreviado.

*«Los beneficiarios no se publicitarán en los asientos, quedando individualizados sólo en la minuta rogatoria».*

El Registro debe poner la información a mano del público usuario, ya que de lo contrario se aleja de las razones que dan sustento a su propia existencia. La ocultación de información constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos de los acreedores del propietario. Nos remitimos a los comentarios que hicimos al respecto al glosar el artículo 4 de la DTR.

*«Si el constituyente se encuentra casado o en unión convivencial inscripta [...] el inmueble no puede ser transmitido, gravado ni desafectado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente».*

En su momento expusimos nuestra opinión de que el Registro no puede desconocer la existencia de la unión convivencial no inscripta en el Registro Local de Uniones Convivenciales si previamente tomó razón del documento de afectación al régimen en el que el conviviente no inscripto fue designado beneficiario.<sup>12</sup> Tal actitud del Registro sería contraria a la buena fe y a sus propios fines.

12. Cfr. nota 3.

Si del documento de transmisión, gravamen o desafectación presentado a Registro resultara que el disponente manifestó no tener vigente ninguna unión convivencial en los términos de los artículos 509 y 510 CCCN, pero el conviviente no inscripto figurara como beneficiario, la falta de publicidad de esta circunstancia en el folio real y la consecuente falta de control dejarían abierta la puerta para que el disponente pueda perjudicar los derechos de su conviviente o exconviviente y demás integrantes del grupo familiar. Además, para desafectar del régimen no hay deber a cargo del funcionario autorizante de tener a la vista el documento de afectación y las eventuales ampliaciones o supresiones subjetivas que el constituyente haya otorgado para incorporar a otros beneficiarios al régimen o eliminarlos. La manera más sencilla y económica de posibilitarle al funcionario autorizante un adecuado control de legalidad es haciendo constar en la matrícula la identificación de todos los beneficiarios del régimen. No nos satisface el castigo penal al autor de la falsedad, sino que preferimos evitar la comisión del delito, y ello se logra poniendo a mano la información necesaria para advertir la posible mentira.

*«Se admite la sustitución de la vivienda afectada por otra, la cual puede ser adquirida simultáneamente con la venta del inmueble afectado o con posterioridad».*

En el primer caso, junto a la “compraventa” se deberá rogar la sustitución. Del documento debe surgir la identificación de la primitiva afectación, la que debe trasladarse con sus mismos datos al inmueble que se adquiere.

En el segundo caso se calificará lo siguiente:

- En la escritura de “compraventa” por la cual se desafectó a vivienda deberá surgir la “reserva” de sustituir/subrogar la vivienda en los términos del artículo 248 CCCN.
- En la escritura de adquisición el notario deberá referenciar la reserva anteriormente indicada, consignando todos los datos de la primitiva afectación.

En ambos casos el inscriptor controlará los datos del “bien de familia” sustituido en la inscripción antecedente previo a su traslado.

Caben aquí muchas de las observaciones que formulamos al comentar el artículo 4 de la DTR. Advertimos que por tratarse de una OS, es decir, una norma interna del organismo que, por definición, no está dirigida a los administrados sino a los subordinados del director, mal puede este a través de ella impartir órdenes a los notarios (“el notario deberá referenciar la reserva”). Huelga aclarar que la subrogación opera pese a que la escritura de enajenación/desafectación no sea de compraventa (única a la que alude la OS); puede tratarse de una de permuta u otro título que lógicamente no excluya la subrogación.

Si se admite –como nosotros lo hacemos– que la afectación supone la incorporación al régimen no de un objeto sino estrictamente de un derecho real que recae sobre un objeto, cabe concluir que dicha afectación podría transmitirse de un dere-

cho real a otro derecho real que recaiga sobre el mismo objeto. Por ejemplo: el dueño de un inmueble afectado al régimen de vivienda dona el dominio directo, se reserva su usufructo vitalicio y “traslada” la afectación del dominio al dominio útil (usufructo). El donatario adquiere un dominio desnudo, no afectado al régimen, pues este recae únicamente sobre el usufructo por subrogación (del derecho real, no del objeto). El donatario puede disponer libremente de la nuda propiedad, dado que no está comprendida en el régimen de vivienda. Este criterio es acorde con el principio de transmisibilidad de los derechos reales (art. 1906 CCCN) y con el principio de libertad de cargas o gravámenes reales que prima en la materia (art. 1888 CCCN). De esta manera, quien necesita honrar sus deudas puede vender la nuda propiedad y hacerse de líquido para ello; podría agregarse a la venta de la nuda propiedad, por ejemplo, un pacto de retroventa a efectos de poder recuperarla en caso de mejorar su fortuna. Nuestra propuesta permite, pues, una mayor dinámica en el tráfico y no restringe innecesariamente el contenido de ningún derecho.

#### 4. Colofón

La aplicación del régimen de vivienda plantea una serie de dificultades de difícil resolución. Para arribar a ella será necesario atravesar un proceso de constitucionalización judicial, legislativo y académico del nuevo ordenamiento. Hacia allí intentamos dirigirnos: establecer a través de una interpretación sistemática y finalista una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado; reconstruir la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado. Los casos que el Código Civil y Comercial 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.

# Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia

## Propuestas de implementación

Mario Gabriel Szmuch\*

*Disentir no es solo negar un acuerdo, sino que es, sobre todo, pretender otro sentido.*

### RESUMEN

---

Se analiza la estructura de la unión convivencial y los requisitos para configurarla a la luz del interés superior del niño, admitiendo incluso –por el principio de primacía de la realidad– que una persona casada separada de hecho sin voluntad de unirse constituya unión convivencial. Se circunscribe el efecto de la inscripción de la unión a su justa medida, para evitar que una interpretación literal de las normas en juego perjudique la protección integral de la familia. En esta línea, se entiende que el conviviente no inscripto puede ser designado beneficiario del régimen de vivienda y que, en ciertos casos, la inscripción de la unión no es esencial a los efectos de poder invocar el régimen de protección de la vivienda que prevé el artículo 522 del Código nuevo. Abordamos también el análisis de la oponibilidad de los pactos de convivencia aun en caso de falta de registración de la unión o del pacto en el Registro de Uniones Convivenciales o el que corresponda por la naturaleza de los bienes, ajustándose la exigencia de la inscripción registral a los dictados del principio de la buena fe.

---

**Sumario:** Abreviaturas. **1.** Introducción. **2.** Definición. **3.** Denominación. **4.** Situación anterior. **5.** Las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial. **6.** Eficacia jurígena de la unión convivencial. **7.** Estructura jurídica de la unión convivencial. Principales diferencias y puntos de contacto con el matrimonio. **7.1.** Sustrato subjetivo. **7.2.** Manifestación de la voluntad para su configuración. **7.3.** Rol que juega la posesión de estado. **7.4.** Naturaleza del compromiso que se asume. **7.5.** Causa y naturaleza de los deberes. **7.6.** Naturaleza jurídica. **7.7.** Diferencias estructurales. **7.8.** Régimen de oposición y nulidad. **7.9.** Incidencia en el estado civil. Su impacto en las escrituras. **7.10.** Incidencia en el nombre. **7.11.** Incidencia sobre el parentesco. Progenitor afín. Designación del hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda. **7.12.** Revocación del testamento. **7.13.** Forma y prueba. **7.14.** Régimen patrimonial. **7.15.** Determinación de la fecha de inicio y fin de la unión. **7.16.** Efectos del

\* Abogado. Escribano público.

inicio de una unión convivencial con respecto al matrimonio y la unión convivencial anterior. **7.17.** Curso del plazo de prescripción. **8.** Inicio de la unión convivencial. Cómputo del plazo de convivencia, incidencia de los impedimentos. Ajuste constitucional de los requisitos. Convivencia en dos viviendas. **9.** Principio rector en materia de inicio y subsistencia de la unión convivencial. **10.** Reconocimiento oficial e inscripción de la unión convivencial. **10.1.** Carácter optativo de la inscripción. Reconocimiento previo. **10.2.** Justificación del acto de reconocimiento. **10.3.** Funcionarios competentes para efectuarlo. **10.4.** Atribuciones de los funcionarios del Registro Público Local de Uniones Convivenciales. **10.5.** Conveniencia de atribuir la competencia a los escribanos. **10.6.** Participación personal de los convivientes. **10.7.** Contenido del requerimiento y del acto de reconocimiento. **10.8.** Distintos tipos de reconocimientos. **10.9.** Creación de un registro especial para las uniones convivenciales. **10.10.** Efectos de la registración. **10.11.** Carácter de la inscripción. **10.12.** Irrelevancia de la inscripción. **10.13.** Terceros excluidos. **10.14.** Impugnabilidad de la inscripción. **10.15.** Admisión por el Registro de la Propiedad de la unión convivencial no inscrita. **10.16.** Documentación que debe expedir el Registro Público Local de Uniones Convivenciales. **10.17.** Propuesta de implementación de un índice de uniones convivenciales a cargo del Registro de la Propiedad Inmueble. **11.** Protección de la vivienda. **11.1.** Protección automática de la vivienda. **11.2.** Régimen de vivienda. **11.3.** Protección post mortem. **12.** Régimen económico. Pactos de convivencia. **12.1.** Autonomía de la voluntad. **12.2.** Forma. **12.3.** Oponibilidad a terceros. **12.4.** Sistema de registración. Necesidad de incorporar el contenido del pacto a un registro público. Conveniencia de su otorgamiento en escritura pública. Creación de los registros de pactos convivenciales a cargo de los Colegios de Escribanos. **12.5.** No todos los contratos que celebren los convivientes son pactos de convivencia. **12.6.** Posibilidad de restringir convencionalmente el poder dispositivo de los convivientes. **12.7.** Oportunidad. Pluralidad de pactos. **12.8.** Omisión de exteriorizar el pacto. **12.9.** Cuestiones acerca del contenido de los pactos. **12.10.** Compromiso arbitral. **12.11.** Pacto de convivencia y fideicomiso. **12.12.** Incidencia del interés superior del niño. **12.13.** Sanciones en caso de incumplimiento. **12.14.** Rescisión del pacto. **12.15.** Subsistencia del pacto luego del cese de la convivencia y de la unión convivencial. **13.** Cese de la cancelación de la unión convivencial. **13.1.** Introducción. **13.2.** Clasificación de las causas de cese de la unión convivencial. **13.3.** Fecha de cese de la unión convivencial. **13.4.** Instrumentación del cese. **13.5.** Comunicación del cese de la unión convivencial. **13.6.** Cancelación de los pactos de convivencia. **13.7.** División de bienes. **14.** Otros aspectos en los que incide la unión convivencial.

## Abreviaturas

- *ISN*: interés superior del niño.
- *RPI*: Registro de la Propiedad Inmueble.
- *RPLUC*: Registro Público Local de Uniones Convivenciales.
- *UC*: unión convivencial.

## 1. Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial regula las denominadas uniones convivenciales (en adelante UC, en singular y en plural indistintamente) en el Título III del Libro

Segundo (“Relaciones de familia”), en los artículos 509 al 528. La UC puede definirse como la unión, desprovista de solemnidades legales, de dos personas libres de impedimentos<sup>1</sup> que adoptan libremente una manera de vivir coincidente con la que los esposos desarrollan luego de contraer matrimonio. Se trata de un modo de convivencia alternativo al matrimonio.

Nuestro país, bajo la presión de la realidad social y su reconocimiento por parte de los poderes públicos, adhiere con el nuevo Código a un sistema más acorde con el concepto vigente de familia, y le da a las UC un tratamiento legal amplio. –Quedan fuera de admisión otros modelos, cuya estructura no se ajusta a los paradigmas dominantes vigentes o a los postulados mínimos que impone la moral pública de nuestra sociedad, tales como la poliginia, la poliandria, el matrimonio trial o grupal<sup>2</sup>, etc.–. El mayor de los méritos de la nueva normativa es el reconocimiento de este tipo de unión como una verdadera familia, merecedora por lo tanto de la protección constitucional que corresponde a este instituto.

El propósito de los párrafos siguientes es discurrir, con un cierto grado de análisis en cada caso, pero sin ninguna aspiración científica, sobre algunos aspectos de la normativa nueva relativa a las UC, la protección de la vivienda alrededor de esta figura, los pactos que los convivientes pueden celebrar y algunas cuestiones que pueden presentarse cuando la UC cesa. Lo haremos con una visión pragmática, a efectos de proponer algunas soluciones que estimamos adecuadas para contribuir a armar los nuevos modelos de aplicación. Solo abordamos algunos temas que nos resultaron atractivos o relevantes desde la óptica notarial, sin la pretensión de agotarlos.

Aclaremos que la mayor parte de las aseveraciones que hacemos en este trabajo son simplemente propuestas de implementación de los nuevos institutos y los argumentos para fundarlas, a la luz de lo que creemos es una interpretación aceptable de las disposiciones del Código nuevo, en armonía con los principios de orden constitucional, que inspiran e iluminan dicha interpretación.

1. Ver art. 510, incs. b), c) y d).

2. Ver “[Un trío de amantes consigue que se le reconozca como unión civil en Brasil](#)”, artículo publicado en el portal de noticias *20minutos*, sección Internacional (fecha y hora de publicación: 27/8/2012, 15:24 h): “La unión civil (escritura pública de unión estable) de dos mujeres y un hombre sin hijos que convivían desde hace tres años se llevó a cabo hace ya tres meses en la ciudad de Tupá, perteneciente al estado de Sao Paulo, según informan medios locales como Globo.com o Correio do Estado, aunque ha sido recientemente cuando ha salido a la luz. Esta unión ha sido calificada como ‘poliafectiva estable’, un término no oficial dentro del mundo jurídico. No garantiza sin embargo los mismos derechos que tiene el matrimonio o una familia reconocida como tal. El notario que la llevó a cabo no apreció inconstitucionalidad por lo que entendió que «no existía ningún impedimento legal» y decidió aceptar la declaración de unión civil para garantizar los derechos de estas tres personas: «La declaración es una forma de garantizar los derechos de la familia entre ellos. Puesto que no están casados pero viven juntos». El abogado Nathaniel Santos Batista Júnior ha sido el encargado de redactar el documento del trío. El jurista explica que el documento «establece como la división de los bienes si uno de los cónyuges muere o en caso separación». También sostiene también que es el primero que se hace en el país con el objetivo de «garantizar su derecho como una familia» y añade que una vez aceptada esta unión, que es un «primer paso» pueden solicitarse «otros derechos, como los beneficios del seguro social»”.

## 2. Definición

Como afirma un autor español,<sup>3</sup> estamos ante una realidad proteica, multiforme y plurifacética que difícilmente se presta a una definición exacta. No es una nimiedad encontrar un concepto que recoja la esencia de las UC, máxime si se trata de diferenciarlas de otro tipo de relaciones, con otros componentes, no sexuales; por ejemplo, de ayuda, colaboración, amistad o familia.

En este sentido, podemos citar la [Ley 19/1998](#) de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua, de la Comunidad Autónoma Catalana, en cuyo preámbulo se lee:

Al margen del matrimonio y las uniones estables de pareja, la sociedad catalana de hoy presenta otras formas de convivencia de ayuda mutua, especialmente en lo que se refiere a las personas mayores que intentan poner remedio a sus dificultades [...] es procedente establecer una regulación de las situaciones de convivencia de personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma vivienda, unidas por vínculos de parentesco sin límite de grado en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y que ponen en común elementos patrimoniales y trabajo doméstico, con voluntad de ayuda mutua y permanencia.

Dicha ley fue derogada por la [Ley 25/2010](#), aprobatoria del Libro Segundo del Código Civil, relativo a la persona y la familia, en el que las relaciones convivenciales de ayuda mutua son reguladas a partir del artículo 240-1.

El artículo 509 del [Código nuevo](#) conceptúa la UC como la unión de dos personas de igual o diferente sexo, basada en relaciones afectivas, que conviven y comparten un proyecto de vida común. Dicha unión debe presentar los caracteres de singularidad, publicidad, notoriedad, estabilidad y permanencia.

Pensamos que la definición legal sería más precisa si expresara que la manera de convivir es coincidente con la que los esposos desarrollan luego de contraer matrimonio. De tal manera, se daría a entender que bajo la UC se realizan las mismas funciones que en el matrimonio, es decir: la pareja asume el propósito de integrar una familia a través de la cohabitación doméstica y sexual, el afecto, el respeto y la protección recíprocos, y, eventualmente, la perpetuación de la especie. Los integrantes de la UC hacen vida en común, comparten techo y también lecho, intiman y se asisten mutuamente, es decir, se comportan como si fueran cónyuges.

## 3. Denominación

Esta especie de unión también es llamada matrimonio de hecho, matrimonio aparente, estado aparente conyugal, convivencia *more uxorio*, situación de hecho asimilable

3. CERDÁ Gimeno, J., *Estudios sobre derecho de familia*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 1993.

al matrimonio, unión de hecho, unión libre, concubinato, etc. –Esta última denominación, utilizada en el *Código de Vélez*, tiene un sesgo peyorativo, pues etimológicamente no significa vivir juntos o compartir la vida como esposos, sino acostarse juntos, es decir, denota únicamente el componente sexual y no la convivencia de sus integrantes–.

#### 4. Situación anterior

El Código anterior ignoró este tipo de uniones. No obstante, si bien el legislador fue reacio a regularlas, aventuramos que fue él quien de cierta manera contribuyó a que se formaran y tuvieran un mayor arraigo y justificación en la sociedad.

Antes de sancionarse el divorcio vincular, ante la imposibilidad de disolver el vínculo matrimonial los cónyuges rehacían su vida de pareja; al no recuperar legalmente su aptitud nupcial lo hacían mediante una unión de hecho o concubinato. En algunos casos, para intentar legalizar la unión se casaban en otro país, generando para la ley argentina una unión de hecho desprovista de protección jurídica civil. La ley argentina les daba la espalda y por ello acudían, pero con resultado nulo, a la ley extranjera.

#### 5. Las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial

El Código nuevo admite estas uniones como una realidad y las regula, dejando atrás el criterio antisecular de ignorarlas. La comunidad de vida que implica la UC genera situaciones que exigen consideración y solución por parte de los poderes del Estado. El legislador no puede permitir, por ejemplo, que la persona que durante años atiende el hogar y la familia de su conviviente quede desahuciada al romperse la pareja y sin recibir participación alguna en los bienes adquiridos con el esfuerzo común; o que se burlen los derechos de los acreedores so pretexto de que las obligaciones contraídas por uno de los integrantes de la pareja para reparar el hogar no son responsabilidad del otro dado que quien contrajo la deuda no es el legítimo esposo. Un código moderno no podía avalar semejantes situaciones.

Con el Código nuevo queda atrás la actitud reticente del legislador –inspirada en dogmas religiosos que no todos los habitantes de la República comparten, ni cabe imponer desde los poderes del Estado–, y la UC queda jurídicamente equiparada en ciertos aspectos al matrimonio.

Consideramos, dogmas de moral privada y religiosos al margen, que es sensata cierta equivalencia jurídica entre matrimonio y UC, dado que el substrato subjetivo de ambas figuras es el mismo: dos personas unidas por el afecto, que conviven y llevan adelante una vida en común, y constituyen una familia.

## 6. Eficacia jurígena de la unión convivencial

En el régimen anterior el concubinato constituía una situación con eficacia jurígena civil nula, salvo al único efecto de legitimar el matrimonio *in extremis* (art. 3573 CCIV derogado). Paulatinamente, aunque de manera dispersa, el legislador le fue dando un mayor reconocimiento; así, por ejemplo:

- La Ley 23091 de Locaciones Urbanas, cuyo artículo 9 prevé que en caso de abandono de la locación o fallecimiento del locatario, el arrendamiento puede ser continuado en las condiciones pactadas y hasta el vencimiento del plazo contractual por quien acredite **haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar**.
- La Ley 24193 de Trasplantes de Órganos y Tejidos (modificada por Ley 26066), cuyo artículo 15 permite la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su cónyuge

... o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos (2) años si de dicha relación hubieren nacido hijos.

A diferencia del régimen anterior, en el que tiene lógica calificar “de hecho” a este tipo de unión, el Código nuevo le atribuye a la UC gran cantidad de efectos, ya no simplemente materiales o fácticos, sino jurídicos. Por tal motivo, entendemos que resulta impropio llamarla unión de hecho, pues la calificación ínsita en tal denominación parece denotar que la unión se desenvuelve únicamente en el plano fáctico, sin eficacia jurídica, y ello implica –desde el lenguaje– desconocerla como familia merecedora de protección. Lo único que en la UC es “de hecho” es el contenido de los supuestos jurídicos (*factum, tatbestand*) que dan lugar a su constitución, vigencia o cese, pero no sus efectos. Que la unión sea de hecho significa, ni más ni menos, que, a diferencia del matrimonio, la UC no se constituye ni se disuelve voluntariamente a través de un acto jurídico. Desde el punto de vista terminológico, seguir llamándola así es quedarse atrás en el tiempo, estancado en un paradigma anterior.

## 7. Estructura jurídica de la unión convivencial.

### Principales diferencias y puntos de contacto con el matrimonio

Compararemos entre sí algunos aspectos del matrimonio y la UC, con el propósito de comprender mejor la estructura jurídica de esta última, cuya esencia en el mundo material es fácil de asir pero no así en el plano jurídico. Mencionaremos algunas diferencias y puntos de contacto que encontramos entre ambas figuras, para delinear

mejor la UC en sus contornos jurídicos, pero sin adentrarnos en el contenido de la relación.<sup>4</sup>

### 7.1. *Sustrato subjetivo*

El elemento subjetivo de la UC es similar al del matrimonio: dos personas libres de impedimentos, de igual o diferente sexo. Pero el Código nuevo marca las siguientes diferencias:

- a) En la UC los integrantes de la pareja deben ser mayores de edad indispensablemente (art. 510 inc. a); en el matrimonio la falta de edad nupcial es dispensable (art. 404).
- b) Los integrantes de la UC deben mantener la convivencia durante un período no inferior a dos años.

Consideramos que esta convivencia previa es un requisito razonable, que la ley exige para tener por acreditados **frente a terceros** los caracteres de estabilidad y permanencia de la pareja, al efecto de su reconocimiento oficial<sup>5</sup> e inscripción en el registro que corresponda a la jurisdicción local (art. 511), al que llamaremos Registro Público Local de Uniones Convivenciales (en adelante, RPLUC). Sin embargo, no aceptamos que la convivencia previa sea la única manera –como parece surgir del artículo 510– de acreditar la estabilidad y permanencia de la unión para obtener su reconocimiento oficial y registración.

A nuestro juicio, el requisito aquí comentado opera únicamente en la esfera externa, es decir, en las relaciones con los terceros, pero internamente –nos referimos a los integrantes de la pareja y el o los hijos menores o discapacitados de uno o de ambos– no es exigible. Por ello es que, por ejemplo, la obligación alimentaria del progenitor afín<sup>6</sup>, de carácter subsidiario, rige con independencia del tiempo de convivencia que tengan el progenitor del menor y el progenitor afín. En consecuencia, por ejemplo: los convivientes se deben asistencia entre sí desde el inicio de la convivencia (art. 519); el conviviente propietario puede –según nuestra interpretación– designar beneficiario del régimen de vivienda al conviviente no inscripto; los conflictos que se suscitan entre ellos deben resolverse con intervención del juez de familia, etc.

Si bien el artículo 510 prevé que el reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por el Título III del Libro Segundo a las UC requiere que se cumplan los requi-

4. Salvo aclaración expresa en contrario, todos los artículos que se mencionan en lo sucesivo a lo largo de este trabajo corresponden al Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por [Ley 26994](#) (BO 8/10/2014).

5. Por “reconocimiento oficial” entendemos el acto por el cual un oficial público (funcionario del RPLUC, juez, etc.) tiene por acreditada la existencia de la UC y el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 509 y 510, a los efectos de solicitar su inscripción en el RPLUC.

6. Ver punto 7.11.

sitos mencionados allí mencionados, interpretamos que ello es así únicamente “de puertas para afuera”. La realidad es que la familia convivencial existe con prescindencia del cumplimiento del plazo legal; la ficción del plazo creada por la ley deberá ser utilizada únicamente para no perjudicar a los terceros, pero no para convalidar eventuales abusos o incumplimientos que sucedan de “de puertas para adentro”, donde la familia merece protección integral. Por estas razones, consideramos que el requisito debe tomarse únicamente como presupuesto para el reconocimiento oficial y la inscripción de la UC, pero no como presupuesto para el cumplimiento de los deberes de los convivientes entre sí y frente a los hijos menores o discapacitados de uno o ambos.

Nuestra interpretación le da mayor coherencia al sistema, pues si no hubiera familia convivencial desde el inicio mismo de la convivencia, ¿por qué llamar progenitor afín a quien convive con un menor y el progenitor de este?, ¿por qué la ley carga al progenitor afín con una obligación alimentaria a favor del hijo afín? Aceptamos la ficción legal del plazo, pero en sus justos límites.

Asimismo, adelantamos nuestra opinión de que, en determinados casos, la exigencia de los antedichos requisitos (convivencia previa y mayoría de edad) lesiona derechos y garantías fundamentales, según expondremos más adelante.

### *7.2. Manifestación de la voluntad para su configuración*

Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes, expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo (art. 406). La voluntad debe manifestarse expresa y formalmente, en el acto público de su celebración, ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En cambio, en la UC no es necesario que la voluntad de los convivientes se exprese ante un oficial público, sino que se manifiesta libremente, es decir, sin forma impuesta, de manera tácita y continuada a través del ejercicio de la posesión de estado civil matrimonial.

### *7.3. Rol que juega la posesión de estado*

Hay posesión de estado cuando una persona disfruta de determinado estado de familia con independencia del título sobre dicho estado. Es la apariencia de ser titular de un estado civil determinado y consiste en gozar de sus ventajas inherentes, así como en soportar las cargas que de él deriven. Resulta de una serie de hechos que genera dicha apariencia. Por lo general, como ocurre también con las cosas, quien ejerce la posesión de estado tiene título a ese estado.

Son elementos de la posesión de estado aquellos hechos que crean la apariencia de que una persona tiene un estado civil determinado. Originariamente eran tres los

elementos integrantes de la posesión de estado: *nomen, tractatus y fama*. Modernamente se asimila la posesión de estado a un reconocimiento de hecho del vínculo de que se trate, lo que se conocerá por el trato que se hayan dado los sujetos de la relación. Para que dicho trato pueda conocerse, es preciso que presente los caracteres de continuidad y publicidad, que menciona el referido artículo 509.

La posesión de estado matrimonial no depende del *nomen iuris* (esposos, novios, compañeros, convivientes, pareja, etc.) que utilicen los convivientes sino del contenido de la relación que desarrolla la pareja. En la UC la posesión de estado es un elemento constitutivo que si bien no está mencionado expresamente en el artículo 509, está ínsito en la definición.

En el matrimonio la posesión de estado debe –y suele– ser la situación inmediata posterior a su celebración, pero no es constitutiva del acto matrimonial, sino el ejercicio del contenido de la relación matrimonial nacida de ese acto. En el matrimonio la posesión es el cumplimiento y ejercicio de los deberes matrimoniales.

Puede suceder que en el matrimonio no haya posesión de estado civil de casado (ver art. 423 *in fine*); piénsese en la persona casada separada de hecho sin voluntad de unirse que, en su ámbito de relación, se presenta, se desenvuelve y es tratada como soltera, divorciada o viuda. La falta de posesión de estado civil matrimonial no disuelve el vínculo matrimonial. En cambio, en la UC si falta la posesión de estado civil matrimonial, no hay UC. Con otras palabras, **en la UC el ejercicio de la posesión recíproca de estado matrimonial es necesariamente un *prius***, mientras que en el matrimonio suele ser un *posterius*.

#### 7.4. Naturaleza del compromiso que se asume

En el matrimonio los contrayentes asumen ante la ley –por intermedio de ella–, entre sí y también ante la sociedad toda, en el contexto de un acto jurídico, el compromiso de **desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad** (art. 431). Los contrayentes se someten a la ley y lo hacen en un momento determinado: al dar su consentimiento en el acto de su celebración; y es la propia ley la que, a través del oficial público, pronuncia que quedan unidos en matrimonio (art. 418). El matrimonio es un acto jurídico que produce efectos desde su otorgamiento, aunque no haya convivencia o –como antes vimos– ejercicio de la posesión de estado. La situación que sigue a la celebración del matrimonio constituye el cumplimiento de los deberes jurídicos nacidos del compromiso que el mismo implica. La cooperación y la convivencia entre los cónyuges son deberes jurídicos recíprocos que asumen al casarse.

En la UC los integrantes de la pareja contraen un compromiso, pero lo hacen entre sí y ante sí, no ante la ley ni en el contexto de un acto jurídico. Se trata de un compromiso ético, que es fuente generadora de deberes jurídicos únicamente si se traduce en el ejercicio continuado de la convivencia (posesión). La convivencia es

una realidad en la UC, es un hecho constitutivo de ella, no un deber jurídico ni su cumplimiento.

### 7.5. *Causa y naturaleza de los deberes*

Pese a que el compromiso asumido por los convivientes no es de naturaleza jurídica, los deberes que con el Código nuevo resultan de la UC sí son jurídicos. No se trata de deberes únicamente éticos o morales, sino que su cumplimiento puede exigirse a través de la cooperación de los órganos del Estado. Dichos deberes no resultan de un acto jurídico, sino que surgen del ejercicio continuado de la posesión de estado civil matrimonial. Además, la UC puede tener como causa generadora de deberes jurídicos los pactos de convivencia que los convivientes otorguen (arts. 513 y ss.).

En el matrimonio la causa-fuente generadora de los deberes es el acto jurídico matrimonial; los cónyuges no pueden modificar convencionalmente el contenido de la relación.

### 7.6. *Naturaleza jurídica*

Lo expuesto hasta aquí evidencia que la UC es un hecho jurídico familiar; más específicamente, en razón del elemento volitivo ínsito, un simple acto lícito (art. 258). Se trata de un acto que no es puntual y efímero, sino que se desarrolla de manera continuada y extendida en el tiempo, lo que da lugar a un estado o situación. Por ello, preferimos definir la UC como una **situación jurídica voluntaria familiar** –la consideración de la unión como situación surge del artículo 3573 del [Código de Vélez](#) (según Ley 17711)–.

Como ya anticipamos, el hecho constitutivo de la UC es a nuestro juicio la posesión recíproca de estado civil matrimonial que ejercen los convivientes. En estricto rigor, creemos que **la naturaleza jurídica de la UC es la de un simple acto lícito constituido por el ejercicio sin título de la posesión recíproca de estado matrimonial**.

El matrimonio, en cambio, es más que un simple acto lícito, es un acto jurídico que los contrayentes otorgan mediante la expresión de su voluntad ante el oficial público, cumpliendo con el rito, las solemnidades y las demás exigencias legales.

### 7.7. *Diferencias estructurales*

La primera diferencia estructural que encontramos entre el matrimonio y la UC radica en la naturaleza de la causa-fuente de la relación: en el matrimonio se trata de un acto jurídico, mientras que la UC es un hecho jurídico (simple acto lícito).

Difiere también, en el otro extremo, la manera de ponerle fin voluntariamente al vínculo (sea en forma unilateral o bilateral): en el matrimonio debe acudir al ór-

gano judicial para que decrete el divorcio; en la UC alcanza la decisión unilateral de cualquiera de sus integrantes, quien, por ejemplo, puede hacer abandono definitivo de la convivencia y así ponerle fin a la UC. El *factum* para que se configure el inicio y el fin voluntario<sup>7</sup> de la UC es “de hecho”, mientras que en el matrimonio la relación jurídica se origina y termina voluntariamente<sup>8</sup> a través de actos jurídicos formales que pasan ante los poderes del Estado (oficial público, juez).

Las diferencias substanciales no son simplemente de forma, sino que se basan en la distinta naturaleza de la causa-fuente de la relación; las diferencias restantes son de contenido (vocación hereditaria, régimen patrimonial, etc.), no de estructura.

### 7.8. Régimen de oposición y nulidad

La ley establece un régimen de oposición a la celebración del matrimonio. Solo pueden alegarse como motivos de oposición los impedimentos establecidos por ley (art. 410). El matrimonio celebrado con alguno de esos impedimentos es nulo (arts. 424 y 425).

Dicho régimen no se aplica a la UC, que, en sí, no es válida o nula, dado que no es un acto jurídico. Pero sí puede ser nulo el acto de inscripción de la UC que no cumpla los requisitos establecidos (arts. 509 y 510).

### 7.9. Incidencia en el estado civil. Su impacto en las escrituras

**7.9.1.** Tanto el matrimonio como la UC modifican el estado de familia de los integrantes de la pareja. Sin embargo, a diferencia del matrimonio, la UC no modifica el estado civil, sino que lo complementa: se puede ser soltero, divorciado o viudo y, a la vez, tener una UC.

Más compleja es la situación en caso de tratarse de una persona casada. En este sentido, interpretamos que puede constituir UC si está separada de hecho sin voluntad de unirse. El impedimento de ligamen obsta la inscripción de la UC en el RP-LUC, pero no su constitución o inicio. Si no se admitiera la constitución de la UC por una persona casada separada de hecho sin voluntad de unirse, se negaría una parte de la realidad y se convalidaría de hecho de que esta persona, a través de la postergación de su juicio de divorcio, burle todas las normas establecidas en protección del conviviente y de los acreedores de ambos por obligaciones contraídas para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos (art. 521). Además, se desconocería el origen de hecho de la UC.

Apoyan nuestra postura el artículo 1 de la [Ley 23570](#) (modificaciones al régimen de jubilaciones y pensiones) y el artículo 53 de la [Ley 24241](#) de Creación del Sis-

7. Nos referimos al cese de la unión por decisión voluntaria de uno solo de los integrantes de la pareja.

8. Nos referimos al divorcio, que debe ser instado voluntariamente por al menos uno de los cónyuges.

tema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, que prevén expresamente la situación a la que nos referimos. Por su parte, el artículo 38 de la [Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires](#) establece que “La Ciudad [...] fomenta [...] la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil...”, por lo que no sería admisible en su ámbito dejar al margen de la protección legal a quien vive en pareja con una persona casada pero separada de hecho sin voluntad de unirse. Finalmente, el texto del artículo 246 del [Código nuevo](#) refuerza nuestra posición por cuanto no supedita la designación del conviviente como beneficiario del régimen de vivienda a la inexistencia de cónyuge –como sí lo hace en el inciso siguiente para los colaterales– ni establece una disyunción entre cónyuge y conviviente.

Por lo expuesto, entendemos que el estado civil matrimonial no es un obstáculo para la constitución de la UC, pero sí a su inscripción en el RPLUC, ya que, de lo contrario, un registro público daría a publicidad una situación reñida con los deberes nacidos de la institución matrimonial que la ley fomenta y protege. Pero la ley no debe permitir que dicha protección sea usada como escudo para burlar los derechos y deberes que resultan de la UC. Si al solicitarse la registración de la UC se hubiera removido el impedimento, el tiempo transcurrido desde el inicio de la UC hasta el cese del impedimento debe tenerse en cuenta para cubrir los dos años de convivencia que la ley exige para su inscripción.

No es que en estas líneas se legitime el adulterio, sino que se contempla el caso de la persona que tiene dos familias “sucesivas”: una matrimonial “anterior”, sin sentencia de divorcio, y una convivencial actual.

**7.9.2.** La circunstancia de que la UC no modifique el estado civil tiene a nuestro juicio el siguiente impacto en el contenido de las escrituras: como el inciso b) del artículo 305 exige que se haga constar el estado de familia de los otorgantes, y dado que el mismo incluye el estado civil, entendemos que ambos datos, es decir, el estado civil y el de familia convivencial, deben hacerse constar en la escritura.

Las leyes orgánicas notariales de cada demarcación deberán aclarar este punto.

#### 7.10. *Incidencia en el nombre*

A diferencia de lo que ocurre en el matrimonio, los convivientes no pueden optar por usar el apellido del otro. La UC impacta en el nombre de manera negativa, pues el cónyuge viudo que siga usando el apellido del otro debe dejar de usarlo si constituye una UC (art. 67).

Por otra parte, todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos (art. 64). No encontramos ninguna previsión respecto de los hijos de una misma UC.

### 7.11. *Incidencia sobre el parentesco. Progenitor afín.*

#### *Designación del hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda*

**7.11.1.** A diferencia del matrimonio, la UC no genera parentesco por afinidad. Sin embargo, al igual que el matrimonio, sí da lugar al vínculo denominado progenitor afín: el cónyuge o el conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente (art. 672).

**7.11.2.** El progenitor afín tiene respecto del hijo afín una obligación alimentaria de carácter subsidiario (art. 676), que **rige con independencia del tiempo de convivencia del progenitor del menor y el progenitor afín.**

Pensamos que la existencia de esta obligación puede ser cumplida, en lo que al “techo” respecta, a través de la incorporación del hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda (arts. 244 y ss.). Esta interpretación se basa en el interés superior del niño<sup>9</sup> (en adelante, ISN), cuyos derechos y garantías –reconocidos en la [Convención sobre los Derechos del Niño](#), de jerarquía constitucional y aplicación obligatoria (art. 2 [Ley 26061](#))– están asegurados por su **máxima exigibilidad** (art. 1 [Ley 26061](#)).

9. Respecto del concepto del interés superior del niño, ver SOLARI, Néstor E., “Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema”, en *Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, septiembre 2010, p. 24: “Los instrumentos internacionales y las leyes internas no brindan –como no podía ser de otra manera– una definición del interés superior del niño [...] dicha pretensión sería equivocada porque sería imposible comprender taxativamente en una definición las múltiples y variadas situaciones que refiere el interés superior del niño. Por lo demás, como principio rector, se vería limitado a las situaciones casuísticas contenidas en una definición. Es decir, se desvirtuaría el sentido y alcance que se ha dado a este principio en el marco legislativo. Sin embargo, la falta de definición legal no significa que estemos en presencia de un principio indeterminado, abierto y vacío de contenido, sino que se evita conceptualizarlo para no dejar fuera de su alcance las innumerables situaciones que se presentan en cada caso particular. Ahora bien, la no contemplación de una definición legal no impide visualizar el contenido del interés superior del niño. La Corte ha dicho que la ley 26061, cuando refiere al interés superior del niño, señala que este debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea, de derechos y garantías reconocidos en la ley. En efecto, la ley 26061, en su artículo 1º, establece que los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. De modo que esa sería la pauta que debe observar el juzgador, en cada caso, valorando los derechos y garantías que se hallan en juego específicamente y decidiendo cuál de ellos deberá prevalecer para integrar el principio bajo análisis. La diferencia con el concepto tutelar imperante en la lógica de las leyes internas, dictadas con anterioridad a la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, consiste en que el «interés del menor» era aquél que subjetivamente entendían sus representantes legales y el juez. A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, tenemos dicho que el interés superior del niño debe interpretarse como un principio garantista, en virtud de la cual el juez valorará en cada caso, de acuerdo a las circunstancias particulares –inevitables, por cierto–, pero teniendo en cuenta y como eje fundamental, los derechos y garantías en juego, de tal forma que el interés superior del niño será la máxima satisfacción de los derechos posibles –en el caso concreto–, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y no la expresión deliberada y libre del intérprete. En otros términos, la voluntad y el querer subjetivo de un «buen padre de familia» –loable por cierto– debe ser reemplazado por los derechos y garantías consagrados en las leyes. Puede advertirse, con ello, que el principio así concebido tiene alcance y contenido precisos porque no hay una interpretación libre y abierta, sino cumplimiento y efectivización de los derechos consagrados en el instrumento internacional. ¿Cuáles derechos?: los enumerados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta es la interpretación que debe propiciarse en el reconocimiento de la calidad de sujeto del niño y como titular de derechos, no obstante su condición de incapaz”.

Interpretar que el hijo afín no puede ser designado beneficiario antes de que su progenitor cumpla el plazo de convivencia de dos años implica, a nuestro juicio, discriminar al niño, niña o adolescente por esa condición de su progenitor, y ello constituye una violación a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 26061. El ISN excluye de plano esa exégesis. El carácter subsidiario de la obligación no obsta la interpretación propuesta, dado que no es más que una defensa que puede hacer valer el obligado.

En línea con lo que Bossert enseña respecto del bien de familia (antecesor del régimen de vivienda del CCCN), entendemos que el adjetivo posesivo “sus” contenido en el artículo 246 (inc. a) le permite al constituyente del régimen de vivienda designar beneficiario al hijo afín, es decir, al hijo de “su” conviviente.

**7.11.3.** Si avanzamos en esta línea argumental, si el progenitor afín puede designar beneficiario del régimen de vivienda a su hijo afín sin necesidad de que para ello transcurran los dos años de convivencia que exige el artículo 510, cabe interpretar que también puede designar beneficiario a su conviviente, es decir, al progenitor de su hijo afín. –Continuamos este tema en 11.2.1.–.

**7.11.4.** Por otra parte, teniendo en cuenta que la Ley 27044 le otorgó jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) a la [Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad](#), entendemos que el concepto de hijo afín no puede restringirse al niño o adolescente (art. 672), sino que debe extenderse imperativamente a cualquier hijo que padezca incapacidad o capacidad restringida, conforme el criterio de igualdad que establece el artículo 5 de la referida Convención.

**7.11.5.** Además de la referida extensión, creemos que el concepto de hijo afín también debe aplicarse, en lo tocante a educación (art. 673), hasta que el hijo que habita con ellos alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Adviértase que mientras que el artículo 672 se refiere expresamente al “niño o adolescente”, el artículo siguiente –al regular el deber del progenitor afín de cooperar en la educación– se refiere más ampliamente a “los hijos del otro”, sin agregar los calificativos “menor”, “incapaz” o “con capacidad restringida”. Por tales motivos, la interpretación integral de la ley, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 663, nos conduce a proponer esa ampliación. En ningún caso la obligación del progenitor afín pierde el carácter subsidiario, a menos, claro está, que renuncie a dicha defensa.

## 7.12. *Revocación del testamento*

El matrimonio contraído por el testador revoca el testamento anteriormente otorgado, excepto que en este se instituya heredero al cónyuge o que de sus disposiciones

resulte la voluntad de mantenerlas después del matrimonio (art. 2514). La UC no produce dicho efecto automático.

### 7.13. *Forma y prueba*

El matrimonio, como todo acto jurídico, tiene forma. El acta que se firma inmediatamente luego de que el oficial público pronuncia en nombre de la ley que los contrayentes quedan unidos en matrimonio (art. 418) es la prueba por excelencia de haberse otorgado el acto en la forma prescripta por la ley (art. 423). Dado que el matrimonio es un acto solemne, su prueba escrita (el acta en la cual consta asentada su celebración) nace concomitantemente con el cumplimiento de la forma que la ley impone para su otorgamiento, es decir, nace al observarse las solemnidades legalmente prescriptas para su celebración.

En cuanto a la prueba del matrimonio, la posesión de estado por sí sola no es suficiente para acreditar el acto o reclamar los efectos civiles del matrimonio, pues para ello es necesario probar la **celebración** del acto (art. 423) y no la situación que normalmente sigue a su celebración. Es que la posesión de estado en sí misma es equívoca, en el sentido de que no permite por sí sola conocer si se trata de la mera realización de un hecho (simple acto lícito) –constitutivo de una UC– o si es el cumplimiento de los deberes que resultan del acto jurídico matrimonial. Tal es la razón por la que no basta para probar el matrimonio. En cambio, la acreditación de la posesión de estado matrimonial sí alcanza para probar la UC.

Al contrario de lo que sucede en el matrimonio, en la UC no hay forma ni hay otorgamiento, pues no es un acto jurídico sino un hecho, que, como tal, puede probarse por cualquier medio (art. 512). Al no ser acto jurídico, tampoco se le aplica la teoría de las nulidades, pero sí podrían ser nulos el acto de su reconocimiento y el acto de su inscripción en el RPLUC, nulidades que no obstan la existencia de la UC, a menos que –claro está– sean declaradas por inexistencia de la UC.

El reconocimiento oficial de la UC y el acto de inscripción en el RPLUC constituyen actos jurídicos substancialmente diversos del acto matrimonial, pues carecen de efectos constitutivos y generan menos consecuencias jurídicas. Por ello, es comprensible que estén menos cargados de solemnidades. Una vez inscrita la UC en el RPLUC, se simplifica la prueba de su existencia, pues bastará para ello la sola presentación de la constancia de su inscripción y no será necesario acreditar su existencia por otro medio, a menos que se impugne en juicio el reconocimiento oficial de la UC.

La constancia de reconocimiento oficial e inscripción de la UC son simplemente declarativas; prueban *iuris tantum* la existencia de la UC. Mientras que el acta de matrimonio se suscribe en el acto de su celebración, la UC existe con prescindencia de la suscripción de instrumento alguno.

La inscripción de la UC requiere que sea previamente reconocida por los poderes del Estado (funcionario del RPLUC, juez, etc.).<sup>10</sup> En cambio, el matrimonio no requiere ni admite reconocimiento alguno para su otorgamiento e inscripción, pues nace en el acto mismo de su celebración –obviamente, no hay matrimonio antes de su celebración–. La firma del acta de matrimonio es parte del rito constitutivo del acto jurídico matrimonial, y el acta firmada es la prueba del cumplimiento del rito. Mientras que en el matrimonio la firma del acta es una parte del otorgamiento del acto jurídico, en la UC la firma únicamente acredita que los convivientes están de acuerdo en solicitar la inscripción (art. 511) de la UC, que preexiste a dicha solicitud.

#### 7.14. Régimen patrimonial

Desde el punto de vista económico, la UC **es un régimen abierto**, pues los convivientes pueden mediante el otorgamiento de uno o más **pactos de convivencia** acordar libremente sus derechos y deberes, siempre que no perforen el piso mínimo, inderogable, conformado por el orden público, el principio de igualdad de los convivientes, los derechos fundamentales de los integrantes (art. 515) y lo dispuesto en los artículos 519, 520, 521 y 522 (art. 513). En el matrimonio, los cónyuges, si bien pueden elegir entre dos regímenes patrimoniales, el de comunidad y el de separación de bienes, no pueden modificar el contenido de ninguno. Por ello, calificamos el régimen patrimonial del matrimonio como cerrado.

Los futuros cónyuges pueden otorgar convenciones matrimoniales antes de celebrar el matrimonio; deben instrumentarse por escritura pública y únicamente pueden tener los objetos referidos en el artículo 446. Toda convención sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es nula (art. 447). En cambio, los pactos de convivencia se otorgan –por definición– una vez iniciada la UC, su contenido solo reconoce como límite el mínimo inderogable antes referido y deben otorgarse “por escrito”.

Las convenciones matrimoniales solo pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública (art. 448). El régimen patrimonial convencional o legal puede modificarse después de un año de aplicación, por convención de los cónyuges, también mediante escritura pública (art. 449). Los pactos convivenciales pueden modificarse en cualquier oportunidad, la modificación debe otorgarse “por escrito” y el contenido del acto no está limitado, salvo por el mínimo inderogable antes referido.

En el matrimonio, en caso de silencio, el régimen es el de comunidad, de mayor “densidad patrimonial” que el de separación de bienes; en este último los cónyuges se manejan más libremente. En la UC, en caso de silencio, el régimen es libre, al contrario de lo que sucede para igual hipótesis en el matrimonio.

10. Ver el desarrollo que al respecto hacemos en 10.5.

Tanto la opción por uno de los regímenes patrimoniales del matrimonio como el contenido de los pactos de convivencia son oponibles a terceros desde su inscripción/registración en el o los registros públicos que correspondan. Es decir, en ambos casos la convención no solo tiene efecto entre las partes sino que trasciende a terceros (art. 1021).

#### 7.15. *Determinación de la fecha de inicio y fin de la unión*

Definir cuáles son los hechos, conductas, requisitos, etc., que dan inicio o cese a la unión es necesario a efectos de determinar el momento a partir del cual nacen, son exigibles o se extinguen los derechos y deberes correspondientes. Mientras que las fechas de inicio y final de la unión matrimonial quedan fijadas con certeza en un instrumento público (acta de matrimonio, sentencia de divorcio, etc.), en la UC esas fechas pueden no presentar el mismo grado de certeza, pues las conductas que dan lugar a su inicio o cese pueden no ser expresas, concluyentes o categóricas, como sí lo son en el matrimonio.

La fecha de inicio y la de cese de la UC deben ser fijadas con la mayor precisión posible y no pueden depender exclusivamente de las manifestaciones de los convivientes. Deben responder al principio de primacía de la realidad, pues determinan la existencia de derechos y deberes no sólo entre los convivientes sino también respecto de terceros (ver, p. ej., arts. 521, 676, etc.).

#### 7.16. *Efectos del inicio de una unión convivencial con respecto al matrimonio y la unión convivencial anterior*

El inicio de una nueva UC hace cesar la UC anterior que estuviera vigente, pero no puede inscribirse mientras no se cancele la inscripción de la anterior. La celebración del matrimonio disuelve la UC vigente, sea que se celebre entre los convivientes o con otra persona (art. 523 incs. c y d). En cambio, el inicio de una nueva UC no disuelve el vínculo matrimonial, ya que para ello es necesario que un juez decrete el divorcio.

#### 7.17. *Curso del plazo de la prescripción*

El artículo 2543 establece que el curso de la prescripción se suspende entre cónyuges durante el matrimonio y entre convivientes durante la UC. Opinamos que el curso del plazo de prescripción se suspende desde la fecha de inicio de la UC, sin la necesidad de esperar que transcurran los dos años de convivencia previa que exige el artículo 510. (Ver 8.1.).

## **8. Inicio de la unión convivencial. Cómputo del plazo de convivencia, incidencia de los impedimentos. Ajuste constitucional de los requisitos. Convivencia en dos viviendas**

**8.1.** Ya anticipamos nuestra opinión de que el requisito de la convivencia previa de dos años, que prevé el artículo 510 en su último inciso, opera únicamente en la esfera externa, es decir, en las relaciones de los integrantes de la UC con los terceros, pero no es exigible internamente.

El plazo de convivencia no es un elemento constitutivo de la UC, como sí lo es la posesión recíproca de estado civil matrimonial. A nuestro juicio, la UC se constituye “internamente” con prescindencia de que el plazo de la convivencia alcance los dos años. Arribamos a esta conclusión por interpretación del artículo 527, que prevé que el derecho real de habitación gratuito del conviviente supérstite se extingue, entre otras causas, si este constituye “una nueva unión convivencial”. Dado que el plazo máximo de duración del derecho real es de dos años,<sup>11</sup> si interpretáramos que la constitución de la nueva UC se produce al cumplirse los dos años de convivencia previa, no habría aplicación posible alguna de dicha norma, pues la nueva UC se configuraría en todos los casos luego de extinguido el derecho real por el transcurso del referido plazo máximo. Por lo tanto, no cabe otra solución que concluir que, al menos para este caso, la UC se constituye –en la esfera interna– con el inicio de la posesión recíproca del estado civil matrimonial, sin necesidad de que hayan transcurrido los dos años de convivencia.

El acierto del criterio propuesto queda corroborado si se lo aplica para interpretar otras normas, tales como el artículo 433: “Durante la vida en común y la separación de hecho [...] El derecho alimentario cesa si [...] el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial...”. No es razonable interpretar que la ley obligue a continuar alimentando al cónyuge si este vive en pareja (UC) con otra persona, aunque no hayan transcurrido los dos años de convivencia previa; es decir, la obligación alimentaria cesa ni bien el alimentado comience una nueva convivencia.

Lo mismo sucede con lo previsto en el artículo 523: “La unión convivencial cesa [...] c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros...”. Obviamente, no será necesario esperar que transcurran dos años de la “nueva unión convivencial” para que finalice la anterior.

**8.2.** Consideramos que el requisito del plazo bianual de convivencia no es exigible en todos los casos para inscribir la UC, es decir, frente a terceros, aunque la ley no contemple ninguna excepción expresa.

El artículo 510, que establece los requisitos de la UC a los efectos de la admisión de su inscripción, debe interpretarse teniendo en cuenta el ISN. El requisito del

11. Dado que la ley nada expresa al respecto, entendemos que el plazo se cuenta a partir del fallecimiento del conviviente.

plazo no atiende la existencia o no de hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad, que cohabiten con los integrantes de la pareja, por lo que contraría lo establecido en el artículo 1 de la [Ley 26061](#), el artículo 3 de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#) y los artículos 31 y 75 inciso 22 de la [Constitución Nacional](#). Para respetar el ISN, deben dejarse de lado o morigerarse algunos de los requisitos que menciona el artículo 510, ya que de lo contrario el niño, niña o adolescente quedarán emplazados en una posición de menor cobertura jurídica. Por ejemplo, si uno de los progenitores convivientes fuera menor de edad, el hijo menor quedaría expuesto a la ejecución de la casa en la que cohabitan –si no está afectada al régimen de vivienda–, dado que no regiría el régimen de inejecutabilidad previsto en el artículo 522.

Nos da la razón el artículo 1 de la [Ley 1004](#) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Regulatoria de la Unión Civil, que establece la diferencia en función de si hay o no hijos comunes:

A los efectos de esta ley, se entiende por unión civil: a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. b) Que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común...

En igual sentido, la [Ordenanza 279/2009](#) de la ciudad cordobesa de Río Cuarto. La morigeración de los requisitos también resulta del artículo 15 de la citada [Ley 24193](#) de Trasplantes de Órganos y Tejidos. Sin embargo, contrariamente a lo que resulta de la referida legislación, entendemos que no corresponde distinguir si el hijo es de ambos o de uno solo de los convivientes, pues el menor es menor –discúlpese la perogrullada–, con prescindencia de si es hijo de uno o de ambos. La distinción no tiene razón de ser y resulta discriminatoria y lesiva de lo prescripto en el artículo 2.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Estos defectos de redacción de la nueva ley deben subsanarse por vía de una interpretación integradora.

**8.3.** Si contrariamente a lo que pensamos se adoptara el criterio de que el requisito de la convivencia previa es constitutivo de la UC y que mientras este no se cumpla no hay UC, entonces, por ejemplo, la persona que haya convivido menos de dos años no podría exigirle asistencia a su conviviente (art. 519), ni que contribuya a los gastos domésticos (art. 520), ni ser designada beneficiaria del régimen de vivienda, ni invocar a su muerte el derecho real de habitación gratuito (art. 527<sup>12</sup>), ni se suspendería entre ellos el curso de la prescripción (art. 2543), etc. Aunque el criterio fuera ese, no nos cabe duda de que si la pareja convive con un hijo menor de edad o con capacidad

12. Adviértase, sin embargo, que a los efectos de invocar este derecho la ley no pide expresamente que la UC esté inscrita. En función de ello, cabría interpretar que la ley no pide que la UC esté registrada, por no ser necesario que el plazo de la convivencia previa alcance los dos años.

restringida o incapacidad, la UC debe ser reconocida por los poderes del Estado con prescindencia del plazo de convivencia, dado que no puede discriminarse a los niños, niñas o adolescentes con fundamento en el tiempo de convivencia de sus progenitores (art. 28 Ley 26061) (incluimos aquí el progenitor afín, arts. 672 y ss.). El ISN y el principio de igualdad ante la ley así lo exigen.

Otro tanto ocurre con el requisito de la mayoría de edad: debe dejarse de lado si alguno de los convivientes es menor de edad y habita con ellos un hijo menor (niño, niña o adolescente) o con capacidad restringida o incapacidad.

**8.4.** Por lo tanto, cuando estén involucrados intereses de hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad, debe favorecerse la inscripción de la UC, pues ello permite una mejor satisfacción del ISN y de los derechos de las personas con discapacidad y brindar una protección familiar más integral y con mejor calidad institucional. Los baches que hubiera en la nueva ley deben ser cubiertos por los otros poderes estatales.

**8.5.** Por otra parte, consideramos que deben tenerse en cuenta los casos en que –normalmente al inicio de la relación, cuando sus integrantes no son tan jóvenes o no hay hijos menores involucrados– la pareja cohabita pero desarrolla la vida en común en dos viviendas distintas, alternando entre la de uno y otro, quizás en búsqueda de una mayor comodidad para ambos. Son más que novios, pues hacen vida en común, no se acompañan solamente en las actividades recreativas y sociales, sino que comparten dos techos. El concepto de convivencia o cohabitación no escapa al problema de la textura abierta del lenguaje.

A veces la convivencia se inicia puntualmente y otras, de manera progresiva, compartiendo cada vez más tiempo y actividades juntos; por lo tanto, no hay en los hechos una fecha precisa de comienzo. Además, la ley no exige que la convivencia se desarrolle en una única vivienda. “Convivir”, según el diccionario de la Real Academia Española, significa vivir en compañía de otro u otros. La definición no excluye que la vida se desarrolle en dos hogares. El carácter singular de la UC se refiere a su elemento subjetivo y no al lugar donde se desarrolla la convivencia.

Consideramos que el tiempo de convivencia en las dos viviendas o de intercambio de viviendas entre la de uno y otro integrante de la pareja deben tomarse en cuenta para alcanzar el plazo de dos años que exige el artículo 510 (inc. e). Sin embargo, al peticionarse el reconocimiento oficial y la inscripción de la UC, el domicilio que se denuncie como su asiento debe ser uno.

**8.6.** Al igual que en las demás relaciones en las que hay cohabitación, puede haber breves rupturas en la convivencia, momentáneas separaciones seguidas de una pronta reconciliación, sin que ello afecte la permanencia que la relación requiere a los

efectos de su reconocimiento oficial. Estos ligeros distanciamientos no deben incidir en el curso del plazo, conforme a la doctrina que resulta del artículo 523 (inc. g). Consecuencia de ello es que durante esos alejamientos no se reanuda el curso del plazo de la prescripción entre los convivientes.

**8.7.** Por último, nos preguntamos respecto del período de convivencia previa si su curso corre con prescindencia del cumplimiento de los requisitos de los incisos a) y d) del artículo 510, es decir, si el plazo corre aunque en el ínterin alguno de los convivientes sea menor de edad o tenga impedimento de ligamen o registrada otra UC. Opinamos que la existencia de alguno de esos obstáculos (minoridad, impedimento de ligamen, inscripción de otra UC) no obsta el curso del plazo de convivencia pero sí la inscripción de la UC en el RPLUC. Avala nuestra posición lo establecido en el artículo 523, inciso c), que prevé que la UC finaliza por la nueva UC de uno de sus integrantes. Es decir, la nueva UC nace aunque continúe inscripta la UC anterior. Así, la existencia de una UC registrada no obsta la constitución de una nueva UC sino su inscripción.

Es por una cuestión de tracto registral que si se pretendiera inscribir la nueva UC, deberá antes o simultáneamente cancelarse registralmente la anterior. Pero el tiempo que transcurra desde el inicio de la nueva UC mientras no se haya cancelado la inscripción de la anterior debe tenerse en cuenta para alcanzar los dos años de convivencia exigidos para la inscripción.

## **9. Principio rector en materia de inicio y subsistencia de la unión convivencial**

En función de lo expuesto anteriormente, opinamos que el principio es que en caso de duda debe resolverse a favor de la constitución y subsistencia de la UC. Esta regla deriva del principio constitucional de protección integral de la familia, del ISN y de los derechos de las personas con discapacidad, ya que la existencia de la UC favorece la situación del menor o de la persona con capacidad restringida o incapacidad, pues les brinda una mejor cobertura jurídica, por ejemplo, a través del establecimiento de la obligación alimentaria (art. 672), de admitirse su designación como beneficiario del régimen de vivienda, etc.

Sin embargo, en razón de la naturaleza del compromiso asumido por los integrantes de la UC y de la mayor libertad y autonomía de las que gozan, la interpretación no puede coartar la posibilidad de que cualquiera de ellos ponga fin a la UC unilateralmente. Pero a falta de una conducta concluyente y categórica, deberá estar-se por la subsistencia de la unión.

No se trata de que los poderes del Estado fomenten estas uniones, sino que favorezcan su reconocimiento y registración, para brindar mayor protección y segu-

ridad a la familia, que merece protección integral, muy especialmente cuando hay niños y personas con discapacidad.

## 10. Reconocimiento oficial e inscripción de la unión convivencial

A continuación, expondremos algunos aspectos relacionados con la exteriorización de la UC, a los efectos de poder oponer sus efectos a los terceros interesados. También haremos algunas propuestas en orden a la participación que en este tema pueden tener los escribanos públicos y los RPI.

### 10.1. *Carácter optativo de la inscripción. Reconocimiento previo*

Conforme resulta del artículo 511, la existencia de la UC puede inscribirse en el RPLUC. Dicha inscripción procede únicamente a pedido de ambos convivientes, luego de que un oficial público (funcionario del RPLUC, juez, etc.) reconozca la existencia de la UC. A tal efecto, los convivientes deberán acreditar verosímelmente el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 509 y 510.

Llamamos “reconocimiento oficial” al que hace el oficial público a requerimiento de ambos convivientes, a efectos de solicitar la inscripción de la UC en el RPLUC (cfr. nota al pie 5). Se trata de un acto jurídico que emana del oficial público y que presupone la existencia de la UC, es decir, no es constitutivo de ella. El reconocimiento es previo al acto de inscripción de la UC en el RPLUC. Por lo tanto, la secuencia temporal es: 1) existencia de la UC, 2) acto de reconocimiento oficial de ella, y 3) acto de inscripción en el RPLUC. Los dos últimos son actos jurídicos, y la primera es un hecho.

### 10.2. *Justificación del acto de reconocimiento*

La necesidad de que se haga un reconocimiento oficial de la UC obedece a que el RPLUC no debe funcionar como un simple buzón receptor registrador de UC, dado que la inscripción produce efectos frente a terceros. Es por ello que el oficial público que intervenga en el acto de reconocimiento debe cerciorarse, en resguardo de los derechos de esos terceros y también de los propios convivientes, de la existencia y legitimidad de la UC mediante la evaluación de los elementos probatorios que se le arrimen. Debe ponderar estrictamente dichos elementos, mediante un ejercicio adecuado del control de legalidad, a fin de establecer cuál es la fecha de inicio de la UC.

### 10.3. *Funcionarios competentes para efectuarlo*

El reconocimiento oficial de la UC puede ser hecho por el funcionario competente del RPLUC<sup>13</sup> y también por el juez. Proponemos que también puedan hacerlo los escribanos de registro de la misma demarcación en la que esté radicado el hogar convivencial.

### 10.4. *Atribuciones de los funcionarios del Registro Público Local de Uniones Convivenciales*

Aceptamos que la ley local tarife los medios de prueba que debe exigir el funcionario del RPLUC para proceder al reconocimiento de la UC, siempre que no clausure la posibilidad de probarla en sede administrativa, por otros medios (art. 512). Si los funcionarios del RPLUC fueran legos, sus facultades deben ser regladas, a fin de evitar arbitrariedades; solo excepcionalmente pueden ser discrecionales en caso de que por causas atendibles, debidamente justificadas, los solicitantes no puedan arrimar la prueba tarifada, caso en el cual debe exigirse una mayor capacitación del funcionario interviniente. Si no fuera intención del legislador local conceder facultades amplias a los funcionarios del RPLUC, se incrementa la conveniencia de admitir a los escribanos de registro –de la misma demarcación– para que puedan hacerlo. Si el funcionario del RPLUC denegara el reconocimiento oficial o la inscripción de la UC, los convivientes podrán acudir a la vía judicial para obtenerlo.<sup>14</sup>

### 10.5. *Conveniencia de atribuir la competencia a los escribanos*

La función de los oficiales del RPLUC se descomprimiría en tiempo y responsabilidades si el acto de reconocimiento oficial pudiera hacerse por acta notarial de notoriedad.<sup>15</sup> Dicha acta recogerá las manifestaciones de los convivientes (fecha de inicio de la UC, domicilio de convivencia, inexistencia de impedimentos, etc.), la solicitud de ambos para que se inscriba la UC en el RPLUC, las declaraciones testimoniales que avalen la existencia y legitimidad de la unión, los demás elementos probatorios tenidos en cuenta para formar convicción, etc.

13. El artículo 1 del [Decreto GCABA 754/1998](#) establece: “Los oficiales públicos de la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas dependiente de la Secretaría de Gobierno intervendrán en las informaciones sumarias iniciadas con el objeto de acreditar extremos de hecho requeridos en la tramitación de beneficios de carácter asistencial, previsional, laboral o administrativo, debiendo conservar copias de las actuaciones”.

14. Doctrina del *leading case* “Fernández Arias c/ Poggio” (*Fallos*, 247:646).

15. Para ello, en la CABA será necesario que la ley local lo admita expresamente (art. 88 de la [Ley Orgánica Notarial 404](#)).

Cabe tener presente, en resguardo de los derechos de terceros, que el protocolo notarial es un medio adecuado para conservar y custodiar la documentación tenida en consideración para el reconocimiento de la UC.

El escribano, profesional del derecho a cargo de una función pública, no actuará como un simple receptor de manifestaciones y documentos, sino que, en resguardo del interés general –y también de su propia responsabilidad– y en cuanto esté razonablemente a su alcance, controlará la existencia y legalidad de la UC y la procedencia de su reconocimiento e inscripción. Fijará con la máxima precisión posible la fecha de inicio de la UC. Los escribanos públicos podrán emplear todos los medios que estimen necesarios a efectos de arribar a la plena convicción racional de la existencia y legitimidad de la UC y proceder a su reconocimiento oficial. Consideramos que no deben ser materia de calificación registral las motivaciones del reconocimiento notarial de la UC, dado que solo al notario le compete evaluar las pruebas presentadas por los solicitantes para acreditar la convivencia y demás requisitos legales. Si el reconocimiento no fuera una derivación razonada de los elementos probatorios, el escribano pone en juego su responsabilidad civil, penal y disciplinaria.

Sugerimos que el escribano, en su rol de asesor, deje constancia en el acta de reconocimiento de que informó a los convivientes de las diferencias de efectos más importantes que existen entre el matrimonio y la UC; por ejemplo: la falta de vocación hereditaria legítima entre los convivientes, la limitación temporal del derecho real de habitación gratuito a favor del conviviente supérstite, el cese de la UC en forma unilateral sin necesidad de un pronunciamiento judicial, la posibilidad de otorgar, modificar y rescindir pactos convivenciales, etc.

Nuestra propuesta contribuye a descomprimir y reducir la burocracia estatal y le facilita a la pareja la realización de los trámites inherentes al reconocimiento e inscripción de la UC. –En 12.4. proponemos que también se les asigne a los escribanos la función de registrar el contenido de los pactos convivenciales, sus modificaciones y rescisiones, como requisito previo para que el RPLUC proceda a su inscripción–.

#### 10.6. *Participación personal de los convivientes*

Debido a la informalidad propia de estas uniones, que existen con prescindencia del acto de su reconocimiento oficial e inscripción en el RPLUC, debería ser innecesario que ambos convivientes formulen el pedido de inscripción ante el RPLUC en forma personal –como ocurre en el matrimonio– y permitirse la delegación del trámite en el escribano interviniente o en un tercero. Entendemos que los convivientes sí deben intervenir personalmente en las diligencias previas relacionadas con el acto de reconocimiento oficial, ya que es importante que el oficial público pueda “mirar a los convivientes a los ojos” para formar convicción.

### 10.7. *Contenido del requerimiento y del acto de reconocimiento*

Proponemos que la solicitud de reconocimiento oficial de la UC contenga la información y elementos siguientes:

1. Nombres, apellidos, nacionalidad, documentos de identidad, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, profesión y domicilio real de los solicitantes.
2. Nombres, apellidos, nacionalidad, documentos de identidad, profesión y domicilio real de sus padres si los conocen.
3. Declaración de los solicitantes sobre si contrajeron matrimonio o UC con anterioridad. En caso afirmativo: nombre y apellido del anterior cónyuge o conviviente, lugar de celebración del matrimonio o de inscripción de la UC y causa de su disolución o cese, acompañando, según el caso, certificado de defunción o testimonio de la sentencia ejecutoriada que hubiera anulado o disuelto el matrimonio anterior o declarado la muerte presunta del cónyuge o conviviente anterior, o constancia de cancelación de la inscripción de la UC.
4. Reconocimiento expreso de los solicitantes de que están conviviendo desde hace por lo menos dos años de manera pública, notoria, estable y permanente.
5. Declaración de los convivientes sobre la fecha de inicio de la UC.
6. Declaración de los solicitantes de no tener vida en común con otra persona.
7. Declaración de los solicitantes de no estar unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado, ni de estar unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta.
8. La solicitud de ambos de que se registre su UC en el RPLUC.
9. Las firmas de todos los participantes en el acto de reconocimiento.
10. La prueba que deberá agregarse o en su caso surgir del acto de reconocimiento:
  - a) Documento de identidad de los convivientes. El domicilio que resulte del mismo debe coincidir –en principio– con el expresado como sede de la UC; si no coincidiera, deberá extremarse el rigor al apreciar los demás elementos probatorios. El artículo 5 del [Decreto GCABA 556/2003](#), reglamentario de la citada [Ley 1004](#), prevé que basta con que solo uno de los solicitantes acredite con documento nacional de identidad el requisito previsto en el artículo 1, inciso c), de la ley, de tener domicilio legal en la CABA, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción. Puede complementarse con un acta notarial de constatación del domicilio actual de los convivientes.
  - b) Partida de nacimiento de los convivientes.
  - c) Certificado negativo de UC expedido por el RPLUC.
  - d) Certificado negativo expedido por el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.
  - e) Partidas de nacimiento de los hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad que convivan con ellos; en su caso, testimonio de la sentencia que restrinja la capacidad o declare la incapacidad.

- f) Declaración de dos testigos (con nombre y apellido, edad, número de documento de identidad, estado civil, profesión y domicilio de cada uno), indicando que los solicitantes conviven hace por lo menos dos años continuos y que no les consta la existencia de impedimento entre los convivientes. El artículo 7 del [Decreto GCABA 556/2003](#) establece que no podrán ser testigos los consanguíneos o afines en línea directa de los solicitantes.
- g) Otros documentos que acrediten que la UC tiene por los menos dos años continuos; pueden consistir en recibos de servicios de agua, luz eléctrica o teléfono, título de propiedad o contrato de alquiler a nombre ambos, existencia de cuentas bancarias comunes, tarjetas de crédito comunes, seguros de vida recíprocos, domicilio común en el pasaporte, etc.

El artículo 1 del [Decreto PEN 1290/1994](#), que reglamenta el artículo 53 de la citada [Ley 24241](#), establece las siguientes pautas útiles:

- 2. La prueba testimonial deberá ser corroborada por otras de carácter documental, salvo que las excepcionales condiciones socioculturales y ambientales de los interesados justificaran apartarse de la limitación precedente.

#### 10.8. *Distintos tipos de reconocimientos*

No debe confundirse el acto de reconocimiento oficial de la UC con el acta notarial de constatación requerida por los convivientes a efectos de preconstituir prueba para el futuro reconocimiento.

Por otra parte, nada obsta que el conviviente reconozca en su testamento la existencia de la UC no inscripta. Si bien luego del fallecimiento no procede la inscripción de la UC en el RPLUC, esa manifestación constituye un medio de prueba a favor del conviviente supérstite, por ejemplo, para que pueda invocar el derecho real de habitación gratuito que le otorga el artículo 527. Adviértase que este artículo no exige expresamente que la UC esté registrada a los fines de invocar el derecho real de habitación.

Avala la eficacia probatoria de la manifestación hecha en testamento por acto público el artículo 1 del citado [Decreto 1290/1994](#):

- 3. Se presume la convivencia pública en aparente matrimonio, salvo prueba en contrario, si existe reconocimiento expreso de ese hecho, formulado por el causante en instrumento público.

#### 10.9. *Creación de un registro especial para las uniones convivenciales*

El Código Civil y Comercial acierta en instituir el RPLUC, dado que la función a cargo de este no entra en la competencia definida por la ley nacional para los Registros

del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Estos deben inscribir “todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil<sup>16</sup> y la capacidad de las personas” (art. 1 Ley 26413). No obstante, ello no impide que la ley local le atribuya la competencia y las funciones del RPLUC al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, y entendemos que así debe ser dado que dicho organismo tiene capacidad operativa y experiencia suficientes para efectuar registraciones de carácter personal; ello sin perjuicio de nuestra propuesta de que se les asignen funciones determinadas a los escribanos de registro y de publicidad-noticia (además de la publicidad-ponibilidad ya asignada por ley nacional) a los RPI.

#### 10.10. Efectos de la registración

La registración de la UC es solo a los fines probatorios (art. 511). Sin embargo, por otro lado, la ley exige que la UC se inscriba en el RPLUC para oponer efectos a terceros; por ejemplo:

- a) la indisponibilidad de los derechos sobre la vivienda familiar sin el asentimiento del conviviente (art. 522);
- b) la inejecutabilidad de la vivienda por las deudas contraídas después de la inscripción por uno de los convivientes sin el asentimiento del otro;
- c) los que resulten de los pactos de convivencia, su modificación y rescisión (art. 517).

La inscripción de la UC en el RPLUC prueba *erga omnes* que la UC ha sido reconocida oficialmente, y genera una presunción *iuris tantum* de su existencia y legitimidad.

Por los motivos expuestos, la exigencia de registrar la UC se establece:

- para simplificar la prueba posterior de su existencia (art. 512), en provecho de los convivientes y de los terceros;
- para darle a la unión mayor publicidad y notoriedad (art. 509);
- para colocar a los terceros (ámbito externo), de antemano, en la posición de poder conocer la situación que los perjudicará en sus derechos (cognoscibilidad, oponibilidad).

Sin embargo, la inscripción de la UC en el RPLUC es, además, habilitante de otras instancias registrales, pues una vez inscripta allí la UC, y en su caso el pacto convivencial, los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes podrán tomar razón de las restricciones que resultan del régimen convencional de la UC. Es decir, la ley establece una suerte de tracto inter-registral.

En resumen, a través de la registración de la UC el Estado facilita la prueba de la unión, coadyuva a darle publicidad y notoriedad a la unión y sus efectos, y genera

16. Más arriba expresamos que la UC no modifica el estado civil.

mayor oponibilidad a los terceros interesados de buena fe; en definitiva, la inscripción brinda seguridad jurídica.

#### 10.11. *Carácter de la inscripción*

Los integrantes de la UC adquieren los derechos y deberes nacidos de la unión por su propia condición de convivientes. El reconocimiento oficial de la UC y su inscripción en el RPLUC no son requisitos para el nacimiento de esos derechos y deberes. En consecuencia, la falta de inscripción únicamente obsta su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe. Así, no puede sostenerse que los derechos y deberes de los convivientes entre sí nazcan a partir de la inscripción de la UC, dado que ella está ordenada “sólo a los fines probatorios” (art. 511 *in fine*). Por lo tanto, la inscripción es simplemente declarativa y está dirigida exclusivamente a los terceros interesados de buena fe.

En base a ello, el tercero que –al tiempo de nacer su prerrogativa jurídica– conoce o debe conocer la realidad extra-registral no puede prevalerse de la inoponibilidad de lo no inscripto. La falta de inscripción únicamente puede ser invocada por el tercero de buena fe; esta consiste en el desconocimiento inimputable de la realidad extra-registral.

#### 10.12. *Irrelevancia de la inscripción*

Por otra parte, consideramos –por entender que así se logra una protección más integral de la familia– que toda vez que la ley alude al conviviente resulta irrelevante si la UC está o no inscripta en el RPLUC, salvo que expresamente exija la inscripción; y son pocos los artículos del Código nuevo que exigen que la UC esté inscripta: 250, 255, inciso a), y 522. Y si bien dichos artículos exigen la inscripción, como ella se establece únicamente con carácter declarativo, aun cuando la ley la pida, resulta irrelevante para los terceros (entre los cuales contamos al RPI) que conocen o deben conocer la realidad extra-registral. La inscripción debe interpretarse, pues, como conocimiento o posibilidad de conocer –según los medios que razonablemente sean exigibles– la existencia de la UC.

#### 10.13. *Terceros excluidos*

Entre los terceros a quienes está dirigida la publicidad registral de la UC no están comprendidos los familiares allegados y futuros herederos legítimos de los convivientes, pues es razonablemente presumible que conocen la existencia de la unión. Extraemos esta conclusión del artículo 527, que no exige que la UC esté inscripta para que el conviviente supérstite pueda invocar frente a ellos el derecho real de ha-

bitación gratuito. Tampoco es exigible la inscripción respecto de los integrantes del círculo más íntimo de amigos y conocidos de los convivientes.

#### 10.14. *Impugnabilidad de la inscripción*

Tanto el acto de reconocimiento oficial de la UC como su inscripción en el RPLUC pueden ser impugnados judicialmente por quien tenga interés legítimo en hacerlo, en caso de que estén viciados o su contenido sea falso o no subsistan los requisitos de existencia de la UC. Si se hace lugar a la impugnación, se cancelará la inscripción de la UC.

#### 10.15. *Admisión por el Registro de la Propiedad de la unión convivencial no inscripta*

En 7.11. insinuamos la idea de que la UC puede, en algunos casos, acceder al RPI aunque no esté inscripta en el RPLUC; por ejemplo, cuando se inscribe un documento en el cual se designa beneficiario del régimen de vivienda al “conviviente no inscripto”.<sup>17</sup> La admisión registral de esa designación se basa exclusivamente en una manifestación del constituyente, cuya naturaleza es la de una restricción del poder dispositivo que el constituyente se autoimpone en beneficio del interés familiar. Admitida tal designación, debe exigirse el asentimiento del conviviente no inscripto, pese a que los artículos 250 y 255, inciso a), se refieren al “conviviente inscripto”.

Cabe aclarar que cuando el RPI admite que un conviviente no inscripto o sus ascendientes o descendientes sean beneficiarios del régimen de vivienda, la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda resulta del régimen jurídico de la UC (art. 522) en parte y también del régimen de vivienda.

#### 10.16. *Documentación que debe expedir el Registro Público Local de Uniones Convivenciales*

Pese a que nada expresa la ley, consideramos que el RPLUC debe expedir a favor de los convivientes un testimonio del acta de inscripción de la UC, que servirá para probar la inscripción de manera similar a lo que ocurre en el matrimonio (art. 420 *in fine*). También debería entregarles una libreta de familia, ya que no hay razón para diferenciar en este punto entre familias matrimoniales o convivenciales.

A requerimiento de parte interesada, el RPLUC debería expedir otros testimonios del acta de inscripción e informes de inscripción. Sería conveniente que tam-

17. El art. 246 inc. a) no exige que el conviviente beneficiario esté inscripto en el RPLUC.

bién expida informes negativos de UC, es decir, que certifique si por alguna persona tiene o tuvo registrada alguna UC.

El RPLUC deberá anotar marginalmente en el acta de inscripción el cese de la unión (con indicación de la fecha y la causa del cese), la inscripción, modificación y rescisión de los pactos convivenciales y las medidas precautorias que ordenasen los jueces.

Estas funciones deberán ser asignadas al RPLUC por la ley local.

#### 10.17. *Propuesta de implementación de un índice de uniones convivenciales a cargo del Registro de la Propiedad Inmueble*

Juzgamos conveniente que el RPI lleve uno o más índices que comprendan las UC, los pactos convivenciales y los inmuebles alcanzados por los regímenes de indisponibilidad e inejecutabilidad (arts. 456 y 522), esto último si se instituyera un sistema de publicidad noticia, y que brinde un servicio de consultas disponible al público. El índice no guardaría relación ni conexión con el RPLUC y, a diferencia de este, informaría todas las UC y todos los pactos convivenciales (su otorgamiento, modificación, rescisión o extinción por cualquier otra causa) que accedan a él a través de los documentos que inscriba. Es decir, la actuación del RPI no se limitaría a las UC registradas en su mismo ámbito territorial de actuación. Tales registraciones podrían ser anotaciones preventivas de carácter personal, a las cuales convendría asignar un plazo de caducidad superior a los cinco años que prevé el artículo 37 de la Ley 17801. Las UC deberían registrarse mediante dos asientos correlacionados, uno a nombre de cada conviviente.

Si bien el RPI está estructurado principalmente para dar a publicidad situaciones jurídico-reales inmobiliarias, cuenta también con un Registro de Anotaciones Personales (arts. 30-32 Ley 17801), que le permitiría llevar adelante tales registraciones. La implementación de esta propuesta generaría una simple publicidad-noticia, es decir, el RPI funcionaría como **registro de información administrativo y no como registro jurídico o registro de seguridad jurídica** que produzca publicidad-efecto: no generaría oponibilidad, pero sí impactaría en la fe de los terceros.

## 11. Protección de la vivienda

Consideramos que el tema de la protección de la vivienda es uno de los aspectos de las UC que tendrá mayor impacto en la actividad diaria de los escribanos. Comenzaremos por encarar la protección que denominados “automática” y luego la que procede del régimen de vivienda (arts. 244 y ss.). Por último, analizaremos dos cuestiones relacionadas con la muerte de uno de los convivientes y la protección de la vivienda a favor del supérstite.

Antes de iniciar la exposición, queremos reproducir las conclusiones a las que arriba Plovánich en “[Enfoque constitucional de los derechos de la personalidad](#)”<sup>18</sup>, ya que responden al sistema de valores que funda muchas de las propuestas que haremos a continuación:

1. Es necesario realizar una relectura del orden jurídico desde una perspectiva integradora, sin puntualizar la discusión acerca de si el derecho privado se ha constitucionalizado o si el derecho público se ha privatizado.
2. La categoría de los derechos de la personalidad forma un círculo concéntrico dentro del más general de los derechos fundamentales, que se caracteriza por un específico mecanismo de tutela que se superpone al sistema de protección establecido en la Constitución y sus normas de desarrollo, de modo que potenciar su autonomía sería inútil e induciría a confusión.
3. Como consecuencia de ser considerados derechos fundamentales, los derechos de la personalidad: a) son exigibles frente a los poderes públicos, b) obligan también en las relaciones entre particulares, ya que han recibido por la Constitución su positivación, c) gozan de la protección del Derecho Civil y de la Constitución, reforzada material y procesalmente ante los tribunales por medio del recurso de amparo y demás medidas tutelares, garantía jurisdiccional en procesos ordinarios, civil (medidas preventivas, reparatorias: indemnización de daños), penal, contencioso-administrativo.
4. El Estado no debe limitarse a enunciar la posibilidad de su ejercicio, sino que debe asumir la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos. En esta tarea el legislador se encuentra especialmente obligado y es esencial que las regulaciones legales se formulen sobre la base de los preceptos constitucionales, con el mayor consenso posible, con participación amplia de la ciudadanía, sin imposición de morales particulares, sino bajo los criterios de una ética laica.
5. La ausencia de desarrollo legislativo puede dificultar el ejercicio de los derechos, pero no impedirlo, pues éstos se imponen directamente; si no hay norma expresa o las que hay son ineficientes, corresponde a los jueces (en cumplimiento del deber de protección estatal) garantizar la protección de esos derechos.

### 11.1. *Protección automática de la vivienda*

#### 11.1.1. *Contenido de la protección. Indisponibilidad e inejecutabilidad*

El artículo 522 dispone que si la UC ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede sin el asentimiento del otro disponer de los derechos sobre la vivienda familiar. También prevé que la vivienda no puede ser ejecutada por deudas contraídas

18. PLOVANICH, Ma. Cristina, “[Enfoque constitucional de los derechos de la personalidad](#)” [on line], publicado en el portal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [s/f]. La autora es profesora de Derecho Privado I y Privado VII, y co-directora del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

después de la inscripción de la UC, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

#### 11.1.2. *Indisponibilidad. Concepto de acto de disposición*

Dado que el artículo 522 exige el asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda, se torna necesario analizar cuál es el significado de acto de disposición en este contexto. Según la teoría general del acto jurídico, por acto de disposición (patrimonial) se entiende el que provoca una disminución o modificación substancial de alguno de los elementos que forman el capital del patrimonio o que compromete su porvenir por largo tiempo. Y por acto de administración, el que tiene por objeto hacerles producir a los bienes los beneficios o rentas que normalmente pueden obtenerse de ellos respetando su naturaleza y destino.

Sin embargo, a nuestro juicio, el acto de disposición al que se refiere el artículo 522 no es el que resulta de la definición antes referida, sino que su concepto debe construirse dentro del micro-sistema de protección de la vivienda, es decir, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido: la vivienda. Siguiendo esta premisa por acto de disposición, en el contexto del artículo 522, entendemos todo aquel con virtualidad suficiente para afectar o poner en riesgo la función del bien de servir de techo a la familia convivencial, sea que para la teoría general resulte de administración o de disposición. Llamaremos a esta especie, para evitar confusiones terminológicas, **acto dispositivo de la vivienda**.

Tomando en cuenta nuestra definición, un contrato de alquiler o uno de comodato, o cualquier otro por el que el conviviente propietario se obligue a transferir la tenencia del inmueble asiento de la vivienda, constituyen actos dispositivos de la vivienda, pues afectan el bien en su función de servir de techo a la familia convivencial. Si el alquiler, comodato, etc., recaen solo sobre una parte material del inmueble y en el espacio restante la familia puede desarrollar normalmente su vida, el acto no sería dispositivo de la vivienda.

Desde esta perspectiva, la constitución de una servidumbre de paso o de acueducto, que para la teoría general es un acto de disposición, en el contexto del artículo 522 no es un acto dispositivo de la vivienda si el ejercicio de la servidumbre no perjudica la función del bien de servir de techo a la familia. Es decir, no todo acto de disposición según la teoría general es un acto dispositivo de la vivienda, y los actos de administración según la teoría general pueden ser actos dispositivos de la vivienda.

#### 11.1.3. *Carácter de la inscripción*

El artículo 522 prevé que es necesario que la UC esté inscripta para que opere la protección de la vivienda. No obstante, siguiendo la regla de que en nuestro sistema las

inscripciones en los registros públicos en general son de carácter declarativo, entendemos que la inscripción mencionada no es una exigencia constitutiva de la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda sino que se impone únicamente para su oponibilidad a terceros de buena fe. Es por ello que entre los convivientes la indisponibilidad de los derechos sobre la vivienda no requiere ningún tipo de registración; rige entre ellos desde el inicio mismo de la UC.

#### 11.1.4. *Registro que debe intervenir. Alcances de la publicidad posesoria*

**11.1.4.1.** El artículo 522 no aclara en qué registro debe inscribirse la UC para que la vivienda convivencial sea inejecutable. Podría pensarse que se trata del RPI (si el derecho sobre la vivienda entra en su competencia<sup>19</sup>), ya que este es el organismo que expide las constancias de las que resultan la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscritos y la libertad de disposición, que permiten conocer el estado jurídico de los bienes y de las personas (arts. 22 y 23 [Ley 17801](#)). Y cabe interpretar que la indisponibilidad y la inejecutabilidad implican una restricción del derecho que afectan la libertad de disposición del titular. Además, estas restricciones solo pueden acreditarse en relación con terceros por medio de esas constancias, según lo establece expresamente el citado artículo 22. Es decir, la sola registración de la UC en el RPLUC no sería, a la luz de la normativa registral citada, publicidad suficiente para contrarrestar la buena fe del tercero.

Podría también pensarse que la ley exige la inscripción de la UC únicamente en el RPLUC y que reemplaza la inscripción en el RPI por la publicidad posesoria que resulta del funcionamiento de la vivienda en el inmueble. Pero ello, a nuestro juicio, es inadmisibles, por implicar una generalización simplificadora de la conducta a observar por el tercero interesado, la que, por imperativo legal, debe ajustarse a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (art. 1724). El deber de constatar si la vivienda funciona en el inmueble no es exigible a todos los terceros por igual; es exigible, por ejemplo, a quien pretenda suscribir un boleto de compraventa, pero no a quien haya sufrido daños por un accidente ocurrido en la calle por culpa de uno de los convivientes y pretende cobrar un resarcimiento. Como se evidencia, los terceros interesados no están ubicados todos en una misma posición, y por ello la publicidad que deriva de la posesión no debería afectar a todos por igual. En algunos supuestos la publicidad posesoria resultará suficiente, pero en otros no.

Para oponerles a los terceros interesados la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda convivencial debería ser necesario que ellos mismos puedan conocer, por la vía que les resulte aplicable según la diligencia exigible en cada caso, el funcionamiento de la vivienda en el inmueble.

19. Ver art. 2 inc. a) [Ley 17801](#).

Prueba la insuficiencia de la publicidad que deriva de la inscripción de la UC en el RPLUC que no alcance con registrar allí los pactos convivenciales a efectos de oponer a los terceros las restricciones acordadas a las facultades de administración y disposición, sino que deben inscribirse **también**, para lograr calar en la buena fe de los terceros, en el registro que corresponda por la naturaleza de los bienes (art. 522).

**11.1.4.2.** Sin embargo, la ley consagra la inejecutabilidad y la indisponibilidad de la vivienda convivencial, sin exigir que este destino se inscriba en el RPI. Respecto de terceros interesados de buena fe, para que la protección opere basta la inscripción de la UC en el RPLUC. Esta inscripción no funciona realmente como publicidad (pues de lo contrario se exigiría su inscripción en la matrícula) sino como indicador legal de la existencia de la UC **respecto de esos terceros**.

Las restricciones acordadas a las facultades de administración y disposición deben inscribirse en el RPI para ser oponibles a terceros, dado que las mismas resultan de la voluntad de los convivientes, a diferencia de lo que sucede con la inejecutabilidad y la indisponibilidad de la vivienda convivencial, que **emanan de la ley** y cuya oponibilidad los terceros interesados de buena fe logran neutralizar. Mientras que los convivientes pueden o no haber otorgado pacto de convivencia y haber incluido o no en el mismo restricciones a las facultades de administración y disposición, la inejecutabilidad y la indisponibilidad de la vivienda convivencial son una constante que tiene origen en la ley y no en la voluntad de los convivientes.

#### 11.1.5. *Publicidad registral “tácita” de la inejecutabilidad*

**11.1.5.1.** Si del asiento que practique el RPI resulta que el titular vive en UC y tiene su domicilio real (residencia habitual) en el inmueble,<sup>20</sup> los acreedores no podrán alegar que desconocen que la vivienda convivencial está allí radicada, aunque la UC no esté inscripta en el RPLUC, por lo que la inejecutabilidad les será igualmente oponible.

**11.1.5.2.** Opinamos que el RPI debe observar el documento portante de un acto dispositivo si del mismo surge que el propietario tiene su residencia en el inmueble objeto del mismo y vive en UC, inscripta o no, y falta el asentimiento del conviviente, pues en tal caso el RPI no puede desconocer la existencia de la UC y que el inmueble es su sede.

20. Las escrituras deben contener el domicilio real de los otorgantes, según el art. 305 inc. b). El artículo 73 define el domicilio real de la persona humana como el lugar de su residencia habitual, y si ejerce actividad profesional o económica, es el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad. Proponemos que las leyes notariales locales y las disposiciones técnico-registrales de los RPI exijan que en las escrituras públicas se consigne si el domicilio real expresado es la residencia habitual o si es donde el otorgante ejerce la actividad profesional o económica.

#### 11.1.6. *Derechos sobre los cuales puede recaer la protección de la vivienda*

La protección del derecho a la vivienda no se limita exclusivamente al derecho real de dominio, sino que rige también para cualquier otro derecho que se ejerza por la posesión: usufructo, uso, habitación, propiedad superficiaria, boleto de compraventa con entrega de posesión (art. 1170 inc. d), etc. La protección rige también para los derechos personales que permitan usar la vivienda (locación, comodato, etc.).

#### 11.1.7. *Solo puede recaer sobre un único inmueble*

No obstante que aceptemos que una pareja pueda convivir en dos viviendas a la vez (ver 8.5.), entendemos que no pueden invocar la inejecutabilidad respecto de ambas, ya que ello constituiría un ejercicio abusivo del derecho: la ejecución de una de las viviendas le restaría comodidad a los convivientes pero no los dejaría sin vivienda.

#### 11.1.8. *Obligaciones no afectadas por la protección*

El artículo 522 no aclara cuáles son las obligaciones que hacen excepción a la inejecutabilidad de la vivienda familiar. Pensamos que corresponde aplicar por analogía lo previsto para el régimen de vivienda en el artículo 249.

Respecto de lo previsto en el inciso d) de dicho artículo, que establece la inejecutabilidad por obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida, nos preguntamos ¿qué sucede si en el inmueble comprendido en el artículo 522 también vivieran hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida? ¿Cómo compatibilizar los intereses de todos los niños involucrados que pertenecen a distintas familias del conviviente propietario?

#### 11.1.9. *Asentimiento para contraer deudas*

La inejecutabilidad rige respecto de las deudas contraídas por uno solo de los convivientes sin el asentimiento del otro, y que no cuadren en ninguna de las referidas excepciones. Debe considerarse que son deudas contraídas por ambos aquellas adquiridas por uno de los convivientes con la conformidad del otro presumida por la ley (ver art. 641, incs. a y b).

No descartamos la posibilidad de que el asentimiento se otorgue tácitamente, por ejemplo, si el conviviente que contrae la deuda comparece a la audiencia de otorgamiento del acto en compañía de su conviviente, quien presencia todo el acto y no manifiesta oposición. Si el asentimiento para contraer la deuda se otorga expresamente, debe ajustarse a lo prescripto en el artículo 457.

#### 11.1.10. *Crítica al sistema de protección automática por defecto de universalidad*

Entendemos que el Código nuevo deja algunos baches en materia de protección de la vivienda, que deben cubrir los demás poderes del Estado. Nadie debe ser discriminado a la hora de recibir la protección del derecho “a” o “sobre” la vivienda. Este debe tutelarse con prescindencia del estado de familia del propietario. Vivienda digna (de protección jurídica, entre otros aspectos) debe ser tanto la familiar como la de quien vive solo, sea por elección o porque carece de familia. Vivienda y familia (matrimonial, convivencial, etc.) son bienes jurídicos que merecen cada uno su propia consideración y tutela.

No nos parece justo ni razonable que la ley proteja de pleno derecho y *ab initio* a quien vive en pareja (matrimonial o convivencial) y deje rezagados a quienes no, aunque ponga a disposición de estos el régimen de vivienda (arts. 244 y ss.). ¿Cuál sería la razón por la que la ley protege *ipso iure* y *ab initio* a los integrantes de una unión matrimonial o convivencial, y a quien no vive en esas condiciones le exige que despliegue una conducta (otorgar el acto de constitución del régimen de vivienda) para recibir amparo? Podría pensarse que la ley establece la protección a quienes viven unidos con el propósito de evitar que el derecho sobre la vivienda de uno peligre por los actos del otro, y que quien vive solo no quede expuesto a los actos de otro. Pero quien vive solo sí está expuesto a deudas, que puede contraer aun involuntariamente (p. ej.: en un accidente automovilístico). En definitiva se trata de tutelar la vivienda, y en este sentido todos deben recibir de la ley la misma protección, tengan o no pareja, vivan o no en pareja.

Además, no se consulta el ISN, ya que el progenitor que no está casado ni vive en UC pero sí con un hijo menor, incapaz o con capacidad restringida no cuenta con una protección contra deudas similar a la que resulta de los artículos 456 y 522. Y tampoco puede dejarse sin protección a quien no viva con un niño, niña o adolescente. El Código nuevo peca por defecto. Como ya expresamos, si bien puede acudir al régimen de vivienda, este no otorga una protección de pleno derecho y *ab initio*. La protección automática y *ab initio* de la vivienda es un derecho de todos.

Si bien es cierto que la protección *ab initio* puede lograrse mediante la afectación al régimen de vivienda en el acto mismo de adquirirse el derecho sobre la vivienda, no menos cierto es que, al no ser “automática”, el adquirente está expuesto a su olvido, ignorancia, engaño o mal asesoramiento. Además, si adquiere el inmueble en subasta, dado que desde la adquisición hasta su emplazamiento registral necesariamente transcurre un tiempo, la protección no será *ab initio* y puede contraer deudas en el ínterin.

### 11.1.11. *Postergación del acreedor en aras de la protección de la vivienda, pese a la mala fe del propietario*

El Código nuevo protege tan enérgicamente la vivienda familiar que logra postergar al acreedor ante la maniobra fraudulenta del conviviente propietario. Supongamos el caso de un conviviente propietario cuya UC se inscribió en el RPLUC, quien aprovecha que su compañera se ausentó por razones de trabajo para otorgar un boleto de compraventa respecto del inmueble que constituye la vivienda familiar. Se trata del único bien de su titularidad y su situación económica es muy ajustada. Antes de firmarse el boleto el comprador visita el inmueble en dos ocasiones para verificar su estado, tomar medidas para comprar muebles, etc. Del título de propiedad del vendedor surge que es soltero y que no vive en UC; además, afirma en el boleto que el inmueble no es vivienda familiar en los términos de los artículos 456 y 522. Una semana antes de la fecha pactada para escriturar, su compañera anticipa el regreso a casa y se encuentra en esta con él, el comprador y su arquitecto. Se entera de la venta en ese momento. La preterida inmediatamente acciona por nulidad del boleto, pretensión que es acogida por la Justicia. Se le ordena al vendedor la restitución de la porción del precio que cobró contra el boleto y se lo condena a pagarle los daños y perjuicios al comprador, pero carece de medios para cumplir con ello. Ante la pretensión del comprador de hacer efectivo el crédito contra el inmueble, en el que la pareja continúa conviviendo, la actora se opone con fundamento en la inejecutabilidad de la vivienda familiar. De esta manera el comprador no podrá hacer efectivo su crédito contra el inmueble mientras este sea la vivienda familiar. El acreedor –mal que nos pese– no puede ser calificado de buena fe, dado que la UC se inscribió en el RPLUC antes del otorgamiento del boleto de compraventa.

## 11.2. *Régimen de vivienda*

### 11.2.1. *Designación del conviviente no inscripto como beneficiario*

En 10.15. mencionamos que el propietario puede designar beneficiario del régimen de vivienda a su conviviente no inscripto. El artículo 246, inciso a), no exige expresamente que se trate del “conviviente inscripto”. Además, el Código nuevo no exige, como lo hacía la [Ley 14394](#) en su artículo 43, que el propietario justifique el vínculo con los beneficiarios. En 7.11. expusimos que

- El progenitor afín tiene respecto del hijo afín una obligación alimentaria (art. 676), con independencia del tiempo de convivencia del progenitor del menor y el progenitor afín.
- Es admisible que dicha obligación puede satisfacerse de mejor manera, en lo que a techo respecta, incorporando al hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda.

- La existencia de dicha obligación, aunque sea subsidiaria, permite interpretar que el adjetivo posesivo “sus” contenido en el inciso a) del artículo 246 habilita al constituyente del régimen de vivienda a designar beneficiario al hijo afín.
- Sería inconstitucional exigir como requisito el transcurso del plazo de dos años de convivencia a efectos de que el progenitor afín pueda designar beneficiario del régimen de vivienda al hijo afín, dado que el ISN excluye de plano esa interpretación.
- Y concluimos: si el progenitor afín puede designar beneficiario a su hijo afín sin necesidad de que para ello transcurran los dos años de convivencia, cabe interpretar que también puede designar beneficiario a su conviviente, es decir, al progenitor del menor.

Agregamos aquí: podría argumentarse en base al ISN que la única hipótesis en que el conviviente no inscripto puede ser designado beneficiario es cuando hay hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad que sean designados beneficiarios. Contestamos: no permitir la designación del conviviente como beneficiario por no tener un hijo menor o con discapacidad nos parece discriminatorio. Por otra parte, las normas tutelares de la familia deben interpretarse con amplitud. El reconocimiento legal de la UC como familia y la manda constitucional de protegerla integralmente deben inclinar al intérprete por admitir la designación del “conviviente no inscripto” como beneficiario.

La designación del conviviente no inscripto como beneficiario del régimen de vivienda no afecta a los acreedores del propietario de causa posterior, salvo que el único beneficiario que habita el inmueble sea el conviviente no inscripto. En este caso, a nuestro juicio, debe prevalecer en principio el derecho a la vivienda digna. –Continuamos este tema, para el caso de deceso del propietario, en 11.3.2.–.

#### 11.2.2. *Designación simultánea del cónyuge y el conviviente no inscripto como beneficiarios*

Pensamos que en situaciones particulares el propietario puede designar beneficiarios de un mismo régimen de vivienda a su cónyuge y también al conviviente no inscripto. Imaginamos el siguiente caso: una persona casada separada de hecho sin voluntad de unirse, con un niño nacido de esa unión, arma una nueva pareja; es propietaria de un inmueble no afectado al régimen de propiedad horizontal, compuesto de dos departamentos, en uno de los cuales vive él con su nueva pareja y en el otro su exesposa con el hijo menor de ambos. En este caso tiene sentido que todos ellos sean designados beneficiarios.

### 11.2.3. *Consecuencias para el Registro de la Propiedad Inmueble de la admisión del conviviente no inscripto*

**11.2.3.1.** La admisión del “conviviente no inscripto”, sus descendientes o ascendientes como beneficiarios del régimen de vivienda no implica que el RPI deba luego acceder al pedido de inscripción de un pacto de convivencia, dado que para ello la UC y el pacto deben estar registrados en el RPLUC.

**11.2.3.2.** Sin embargo, como expusimos en 10.15., si el RPI toma razón del documento en el cual el conviviente propietario designa beneficiario del régimen de vivienda a su conviviente no inscripto o los ascendientes o descendientes de éste, no puede luego desconocer la existencia de la UC; por lo tanto, debe exigir el asentimiento del conviviente en los casos previstos en los artículos 250 y 255, inciso a), aunque estos aludan a la UC inscripta.

### 11.2.4. *Diferencias entre el régimen del artículo 522 y el de vivienda*

Ambos regímenes presentan las siguientes diferencias, puntos de contacto y superposiciones, sin pretender agotarlos.

**11.2.4.1.** La causa generadora del régimen de vivienda es el acto jurídico de su constitución, otorgado por el titular del derecho.<sup>21</sup> La constitución también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que se resuelven las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia (art. 245).

El régimen del artículo 522 nace de pleno derecho, a partir del hecho jurídico de la instalación y funcionamiento de la vivienda en el inmueble, sin necesidad de ninguna expresión formal de voluntad. La afectación al régimen del artículo 522 es decidida por voluntad de ambos integrantes de la UC, en vida de ambos, por el simple acto lícito de convivir en el inmueble, y no a través del otorgamiento de un acto jurídico.

21. En nuestro trabajo “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” (on line, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 917, febrero 2015) expusimos: “La especialidad del nuevo régimen –nos referimos al régimen de vivienda, arts. 244 y ss.– 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 –régimen de vivienda– [...] 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”.

**11.2.4.2.** Respecto de terceros de buena fe, el régimen del artículo 522 rige únicamente para UC inscritas en el RPLUC. En cambio, puede designarse beneficiario del régimen de vivienda al conviviente no inscripto.

**11.2.4.3.** La inejecutabilidad rige, respecto de terceros de buena fe, por deudas posteriores a la fecha de registración de la UC en el RPLUC. La protección del régimen de vivienda corre desde la fecha de inscripción de su constitución (que por subrogación se proyecta a las afectaciones posteriores), en su caso, retroactivamente a la fecha del asiento de reserva de prioridad obtenido para la constitución (art. 244, 2º párrafo).

**11.2.4.4.** Para la vigencia del régimen de vivienda es necesario que en el inmueble afectado habite al menos uno de los beneficiarios. Bajo el régimen del artículo 522, es preciso que ambos convivientes habiten en el inmueble (habrá que tener presente que la interrupción de la convivencia no implica el cese de la UC si obedece a un motivo transitorio), sin perjuicio de que en caso de crisis de pareja se mantiene la protección ultra-activamente hasta la resolución que eventualmente atribuye la vivienda en el juicio que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia.

**11.2.4.5.** Opinamos que se accede al régimen del artículo 522 aunque el conviviente propietario tenga solo una cuota-parte indivisa del derecho sobre el inmueble o de la universalidad a la que este pertenezca; ello sin perjuicio de los derechos de los restantes comuneros (condóminos, coherederos, etc.), siempre que no medie expresa oposición de estos. Además, los comuneros pueden convenir que uno de ellos ejercite el uso y goce sobre la totalidad del inmueble o una determinada parte material del mismo (arts. 1986-1988), con o sin contraprestación por ello.

La inejecutabilidad e indisponibilidad se da con relación a la parte indivisa, pero no respecto de la cosa (art. 1989). Además, el integrante de la UC puede pedir con carácter preferencial que en la partición se le atribuya la propiedad que le sirve de vivienda a la UC si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte (art. 2381, inc. a).

En el régimen de vivienda, si el inmueble está en condominio, deben solicitar la afectación todos los cotitulares conjuntamente (artículo 245). Más adelante exponemos nuestra opinión contraria a esta limitación legal.

**11.2.4.6.** El régimen de vivienda subsiste y es oponible a los acreedores excluidos<sup>22</sup> del propietario sin límite de tiempo<sup>23</sup> hasta el fallecimiento de todos los beneficiarios, siempre que alguno de ellos habite el inmueble.

22. Ver la definición en el §10 de nuestra ob. cit. (cfr. nota 21).

23. Si se cumplen los recaudos previstos en el Capítulo 3 del Título III del Libro Primero - Parte General.

El régimen del artículo 522 subsiste mientras el inmueble sea la vivienda familiar; si la UC cesa en vida de ambos, el marco de protección deja de ser el del artículo 522 y, eventualmente, será el previsto en los artículos 245 *in fine* y 526.

Mientras que para la atribución de la vivienda, conforme artículo 526, se prevé un plazo máximo de dos años, el artículo 245 no prevé un límite de tiempo para el régimen de vivienda. A la luz del ISN, pensamos que dicho límite temporal rige únicamente si en el inmueble no habitan hijos menores de edad, con capacidad restringida o incapacidad, pues no hay razón para cargar a estos con las consecuencias de la decisión de sus progenitores de contraer o no matrimonio.

El cese de la UC puede dar lugar, según las circunstancias, a un régimen de protección de la vivienda mediante la atribución de la misma (arts. 245 *in fine* y 526). El régimen del artículo 522 puede devenir en régimen de vivienda por decisión judicial, en el marco del juicio en el que se resuelvan las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia (art. 245 *in fine*).

En caso de extinción de la UC por muerte, la protección del artículo 522 puede transformarse en derecho real de habitación gratuito *ex lege* a favor del conviviente supérstite (artículo 527), que no es oponible a los acreedores y cuyo plazo máximo de duración es, en principio, dos años. Opinamos que la protección del artículo 527 no requiere que la UC esté inscrita.

**11.2.4.7.** La ley prevé que el derecho real de habitación gratuito se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta (art. 527). No está prevista expresamente la extinción del régimen de vivienda para ninguna de esas hipótesis en caso de que el conviviente supérstite sea beneficiario y habite en el inmueble, aunque podría implicar un ejercicio abusivo del derecho.

**11.2.4.8.** La protección del artículo 522 rige entre convivientes, mientras que en la del régimen de vivienda la nómina de sujetos beneficiarios, que incluye al conviviente, es mucho más amplia.

**11.2.4.9.** El producido de la enajenación de la vivienda afectada al régimen del artículo 522 no goza de protección, como sí ocurre con el régimen de vivienda, que prevé expresamente que la afectación “se transmite” a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio (art. 248).

**11.2.4.10.** La afectación al régimen de vivienda puede hacerse por una parte del valor del inmueble (art. 244); dicha posibilidad no está prevista expresamente respecto de la protección del artículo 522. Sin embargo, si el inmueble fuera de excesivo valor, creemos que el juez puede limitar la protección del artículo 522 a su justa medida, a fin de evitar los efectos nocivos de una situación abusiva (art. 11).

### 11.2.5. *Transformación del régimen del artículo 522 en uno de vivienda*

Dado que no se puede ser propietario exclusivo de más de un inmueble bajo el régimen de vivienda (art. 244 *in fine*), la transformación referida en el epígrafe, prevista en el artículo 245 *in fine*, en principio, no sería posible si el propietario ya tuviera otro inmueble afectado. Quien resulte ser propietario único de dos o más inmuebles afectados debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término (art. 244 *in fine*).

Imaginamos el siguiente caso, en el que el organismo de aplicación del régimen de vivienda deberá ser muy cauto al fijar el plazo para que el propietario ejerza la antedicha opción, para no incurrir en una decisión que lesione derechos fundamentales. Un matrimonio mayor dona a su hijo una suma de dinero para que compre un pequeño departamento y lo afecte al régimen de vivienda, a favor de sus padres. El hijo vive en un departamento de su propiedad, en unión convivencial con su pareja y un hijo menor de ambos. Producida la ruptura de la pareja, la conviviente no propietaria solicita judicialmente la atribución del uso de la vivienda familiar y su afectación al régimen de vivienda (arts. 245 *in fine* y 526). Según lo prescripto en el artículo 244 *in fine*, no debería proceder la afectación, pues el propietario ya tiene un inmueble afectado al régimen. Sin embargo, entendemos que el juez debe atender el pedido, pues está en juego el ISN. De tal manera se configura una situación en la que una persona resulta propietaria exclusiva de dos regímenes de vivienda.

### 11.2.6. *Posibilidad de proteger dos viviendas*

**11.2.6.1.** Opinamos que la persona que tiene dos familias (“sucesivas”, no “simultáneas”, pues este modelo no se ajusta a los paradigmas dominantes vigentes) y es propietario de dos viviendas, en cada una de las cuales habita un hijo menor de edad o con discapacidad, no está alcanzado por la prohibición de ser propietario exclusivo de dos inmuebles afectados al régimen de vivienda. No puede interpretarse la ley de modo tal de colocar al propietario en la desagradable disyuntiva de elegir entre uno u otro hijo (art. 244 *in fine*). De lo contrario se violarían los derechos de uno de los hijos por la condición de su progenitor de ser propietario de otro inmueble afectado al régimen (art. 28 Ley 26061).

El ISN torna inaplicable la antedicha prohibición, establecida por el legislador en interés de los acreedores del propietario, que es de jerarquía normativa inferior al ISN. Prohibirle al progenitor afectar los dos inmuebles implica una discriminación hacia uno de sus hijos, dado que no recibiría la misma protección que el otro. Además, se colocaría al progenitor en la imposibilidad de atender su responsabilidad prioritaria de asegurar a sus niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías (art. 7 Ley 26061). Podría pensarse para tal caso que ambos menores deberían vivir bajo un mismo techo, a efectos de no perjudicar

a los acreedores del progenitor propietario, pero ello implicaría sustraerlos de su medio familiar (art. 3, inc. c, Ley 26061) y desconocer la existencia del ISN.

Prohibir la constitución de los dos regímenes de vivienda en las condiciones antedichas resulta, además, violatorio de lo establecido en el artículo 3.1. de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, que goza de jerarquía constitucional y que –de acuerdo con lo prescripto en el artículo 2 de la Ley 26061– es de aplicación obligatoria en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Según dicho artículo de la Convención, los Estados partes deben asegurarse de que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el ISN.

La prohibición de constituir dos regímenes en las referidas condiciones implica un liso y llano desconocimiento del ISN por parte del legislador. Además, implica una flagrante violación de lo establecido en el artículo 3.2. de la Convención: los Estados Partes se comprometen a asegurarle al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Si el RPI objetara el documento en el que se constituya el segundo régimen de vivienda, se violaría también el artículo 4 de la Convención, que obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.

Enseña el maestro Bidart Campos que el ISN y la protección integral de la familia son principios constitucionales que deben prevalecer sobre la ley cuando en un caso concreto sus circunstancias conducirían a una solución “legal” pero intrínsecamente injusta. Los estándares de “interés superior del niño” y “protección integral de la familia” no son eslóganes vacíos ni expresiones decorativas, sino pautas obligatorias que tienen que tomar en cuenta los poderes del Estado.<sup>24</sup>

Pensamos que la configuración de la inconstitucionalidad de la prohibición de tener dos o más regímenes de vivienda simultáneamente surgirá en rigor de una decisión incorrecta que al respecto tome el organismo de aplicación. Es dicho organismo el que debe fijar el plazo para que el propietario de dos regímenes de vivienda opte por la subsistencia de uno solo en ese carácter. Para evitar violar normas de jerarquía constitucional, el organismo no podrá exigir que la opción se ejerza mientras en los dos inmuebles habiten hijos menores o con discapacidad.

Otro aspecto cuestionable en el caso de titularidad de dos inmuebles afectados es la desafectación *ipso iure* del constituido en segundo término (dispuesta en

24. Citado por LORA, Laura N., “Discurso jurídico sobre el interés superior del niño”, en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales. X Jornadas de Investigadores y Becarios*, Mar del Plata, Suárez, 2006, pp. 479-488 (puede consultarse [aquí](#)).

el art. 244 *in fine*), dado que puede ocurrir que en el constituido en primer término no viva ningún beneficiario que sea menor, incapaz o con capacidad restringida y sí viva alguno en el segundo. A nuestro juicio, el ISN torna inaplicable el dispositivo legal en esa hipótesis, y debe subsistir la afectación del inmueble en el que viva un beneficiario que sea menor o discapacitado, si es que en el otro no habita ningún beneficiario con esas características. Pero como los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes están asegurados por su máxima exigibilidad (art. 1 Ley 26061), interpretamos no solo que subsiste la segunda afectación si en el primer inmueble no vive un beneficiario menor o discapacitado y en el segundo sí, sino que la fecha de la protección de la primera afectación puede trasladarse a la segunda, por aplicación de la subrogación que se desprende del artículo 248.<sup>25</sup> Es decir que no se extingue la primera afectación, sino que esta se traslada al segundo inmueble, en el que vive el menor, y se extingue la segunda afectación, siempre que ello fuera lo más conveniente a los intereses del niño, niña o adolescente.

Si bien los acreedores de quien tiene dos bienes afectados al régimen de vivienda podrían considerarse agraviados por la lesión que la admisión de la segunda afectación produce a su derecho de propiedad, en la disyuntiva deben prevalecer el ISN y la protección integral de la familia. La niñez no se puede postergar, ya que indefectiblemente transcurre durante la primera etapa de la vida y marcará a la persona para toda su vida; en cambio, el cobro de una suma de dinero sí puede diferirse y el perjuicio al acreedor se reparará con los intereses correspondientes; los daños a la persona en el primer caso son inconmensurables.

**11.2.6.2.** Señalamos que la protección que resulta del régimen de vivienda no excluye la concedida por otras disposiciones legales, entre ellas la del artículo 522. Y vamos más allá: entendemos que los regímenes de los artículos 244 y 522 pueden recaer sobre distintos inmuebles; por ejemplo, uno de los integrantes de la UC puede ser propietario de un inmueble afectado al régimen de vivienda y, al mismo tiempo, de otro alcanzado por el régimen del artículo 522. De esta manera se llega a la justa solución de permitirle a la persona que tiene dos familias, brindarle amparo a ambas.

25. En nuestro trabajo (cfr. nota 25) expusimos: “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”.

### 11.2.7. *Inconstitucionalidad de la prohibición de afectar al régimen de vivienda por una parte indivisa*

**11.2.7.1.** No advertimos, salvo el texto del primer párrafo del artículo 245, cuál es el motivo por el que la ley prohíbe que la afectación al régimen de vivienda se haga por una parte indivisa. Piénsese en un edificio de departamentos que esté habitado, en condominio, sin dividirse por el régimen de propiedad horizontal. Los diversos cotitulares deberían poder afectar su cuota-parte indivisa; ¿cuál sería la razón atendible para negarles esa posibilidad? Por la cantidad de gente involucrada en esos casos, el juicio de división de condominio, es muy engorroso y demora muchos años. ¿Por qué impedirle a cada condómino, ínterin, afectar su porción indivisa al régimen de vivienda, que a la postre se materializará en el departamento en el que vive? Además de soportar el trámite judicial, ¿por qué la ley lo obliga a dejar expuesto su derecho de propiedad a embargo y ejecución mientras no se divida en especie el condominio? ¿En qué se perjudican los demás condóminos si se le permite la afectación?

**11.2.7.2.** Imagínese también el siguiente caso: un inmueble en condominio de dos personas, por partes iguales; uno de ellos se maneja con total desaprensión respecto de la cosa, no la atiende, no la usa ni la explota, es decir, la abandona de hecho; y el otro condómino no tiene ninguna otra propiedad y vive en el inmueble con su familia. Este debería poder afectar el inmueble –por su parte indivisa– al régimen de vivienda; de lo contrario, se lo incita a demandar la división de condominio, situación que lo expone a perder su casa.

Es injusto prohibirle al condómino que habita el inmueble que lo afecte al régimen de vivienda, con causa en la desidia del condómino que desatiende su propiedad; ¿por qué limitar en este caso la función social de la propiedad? ¿Por qué razón desproteger la vivienda? La solución legal repele nuestra noción de justicia: entre, por un lado, el condómino que no habita el inmueble y se maneja con desidia, y, por el otro, el condómino que vive en el inmueble con su familia, ¿la ley opta por no favorecer al segundo!?

Entre desalentar el condominio o proteger la vivienda, nosotros preferimos esto último. La afectación por una parte indivisa debería permitirse toda vez que no se lesionen los derechos del condómino no afectante. La prohibición de afectar por una parte indivisa nos parece una reglamentación irrazonable del derecho de propiedad.

**11.2.7.3.** Si hubiera un beneficiario menor de edad o incapacitado, la exigencia de que la afectación sea pedida por todos los condóminos conjuntamente es inconstitucional, por ser lesiva del ISN, que prevalece sobre el de los condóminos.

### 11.2.8. *Órbitas del asentimiento según los artículos 250 y 522*

Cuando el inmueble afectado al régimen de vivienda es el hogar convivencial, las órbitas tuteladas por los artículos 250 y 522 se acercan y prácticamente se superponen. Pero cuando el hogar de la pareja no está radicado en el inmueble afectado al régimen de vivienda, puede resultar inconducente consultarle al conviviente la procedencia o no del acto que pretende otorgar el propietario respecto del inmueble afectado al régimen de vivienda (imagínese que vive en este inmueble un hijo de una pareja anterior del propietario).

### 11.2.9. *Razonabilidad del asentimiento*

**11.2.9.1.** Los artículos 250 y 255, inciso a), exigen el asentimiento del cónyuge o del “conviviente inscripto” para enajenar, gravar o desafectar el inmueble afectado al régimen de vivienda.

**11.2.9.2.** Expusimos en 10.12. que en ciertos casos el RPI también debe exigir el asentimiento del “conviviente no inscripto”, pues interpretamos la inscripción de la UC como posibilidad de conocer su existencia.

**11.2.9.3.** En la práctica, los escribanos y el RPI no advertirán la necesidad de pedir el asentimiento si de la documentación tenida a la vista (título, asientos registrales, etc.) no surge la existencia de la UC y el propietario oculta que vive en UC, aunque la misma esté inscripta en el RPLUC. Dado que la inscripción es declarativa, entre la inscripción registral y la manifestación del propietario debería prevalecer esta última. Sin embargo, quien pretende adquirir un derecho sobre el inmueble afectado tiene la carga de inspeccionarlo previamente; si el “conviviente no inscripto” habita en el inmueble, la publicidad posesoria jugará en contra del pretendido adquirente. El conviviente preterido podrá, con fundamento en el derecho a la vivienda, continuar en el inmueble y oponerse a la entrega hasta que la cuestión se dirima judicialmente (art. 1140).

Nuestro sistema, a nuestro juicio sacrificando los derechos del adquirente de buena fe a favor de los del conviviente no propietario de buena fe (sacrificio que se compensa en alguna medida con el plazo de caducidad de seis meses que prevé el artículo 522 para ejercer el derecho de plantear la nulidad), carece de un dispositivo como el previsto en la última oración del artículo 1320 del [Código Civil español](#):

Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. **La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.**

**11.2.9.4.** Nos preguntamos si el estado de familia que debe examinarse a los efectos de exigir el asentimiento es el que estaba vigente al momento de adquirirse el inmueble, afectarse al régimen de vivienda u otorgarse el acto. Creemos que no cabe una solución única o “cerrada”, dado que podría ser injusta para el caso concreto que se plantee. Como principio descartamos el análisis basado únicamente en un parámetro temporal.

**11.2.9.5.** Al evaluar la procedencia del asentimiento, partimos de la base de considerar que la ley no lo pide “porque sí”; no se trata de que el conviviente no propietario apriete un botón para ver si se enciende la luz roja o la verde. Si la exigencia del asentimiento no obedeciera a determinados motivos, sería imposible calificar la razonabilidad o no de la negativa. El juez debe escuchar al oponente y evaluar la razonabilidad de su negativa, a efectos de dejarla sin efecto en caso de que no responda a una justa causa. El conviviente debe tener una razón atendible tanto para otorgar como para denegar el asentimiento.

Los artículos 250 y 255, inciso a), prevén que si el cónyuge o el conviviente se oponen, faltan, son incapaces o tienen capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente, pero no marcan la directiva a seguir por el juez. Aplicamos por analogía lo preceptuado en el artículo 522, primer párrafo *in fine*: el juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

El asentimiento se establece para evitar que los efectos del acto que otorgue el propietario lesionen los derechos del conviviente y los del resto de los integrantes de la familia. A través del asentimiento, el conviviente controla la razonabilidad del acto que pretende otorgar el propietario. Al instituirlo, el Poder Legislativo cumple con la política pública de fortalecer el rol de la familia en la efectivización de sus derechos, prescripta en el inciso a) del artículo 4 de la Ley 26061. Y posibilita al conviviente no propietario cumplir con su responsabilidad familiar, según lo ordenado en el artículo 7 de la misma ley. Se trata de una reglamentación del derecho constitucional de protección integral de la familia (art. 14 bis de la Constitución Nacional). El legislador delega en el conviviente una parte del control de la protección familiar.

**11.2.9.6.** Esto nos permite concluir que cuando el régimen de vivienda tutela intereses que no entran en la esfera de control del conviviente no propietario, el asentimiento resulta inaplicable. Sería impropio solicitar el asentimiento cuando el conviviente no tiene un interés legítimo en la situación que se pretende tutelar a través del mismo, ya que en tal caso su otorgamiento quedará vacío de contenido y probablemente se inspire más en motivos de condescendencia hacia la pareja que en un control efectivo de la satisfacción del interés familiar ajeno.

Aclaremos nuestro pensamiento con el siguiente ejemplo: un señor divorciado de sus primeras nupcias que actualmente vive en UC inscripta es propietario de dos inmuebles. En uno de ellos, afectado al régimen de vivienda estando ya inscripta la

UC, habita un hijo mayor de edad nacido de su primera unión; en el otro inmueble vive en UC con su segunda mujer. Ambos inmuebles están protegidos: el primero por el régimen de vivienda; y el hogar convivencial, por el régimen del artículo 522. Si este señor quisiera enajenar el inmueble afectado al régimen de vivienda, no será necesario el asentimiento de la conviviente –opinamos–, dado que esta no tiene ningún tipo de deber alimentario ni injerencia respecto del hijo mayor de edad de su pareja que vive en otro inmueble y, por lo tanto, no está bajo su esfera de custodia; este hijo de su pareja no integra su familia sino la familia “anterior” de su pareja. El asunto debe resolverse exclusivamente entre el propietario y su hijo mayor de edad que habita en el inmueble; en este caso la conviviente del propietario no tiene interés ni injerencia. Por otra parte, pensamos que si el hijo fuera menor de veinticinco años y se estuviera capacitando, puede oponerse a retirarse del inmueble en el que habita, con fundamento en el artículo 663.

Por lo expuesto, los artículos 250 y 255, inciso a), no deben interpretarse literalmente, sino en función de los intereses que están llamados a tutelar. En cada caso se debe analizar la situación y efectuar una derivación razonada del derecho, a efectos de determinar la exigibilidad o no del asentimiento. En casos como el expuesto, pese a la letra de la ley, pensamos que no debe exigirse el asentimiento del conviviente (o del cónyuge), por ser el mismo inconducente a la satisfacción del interés familiar tutelado.

### 11.3. *Protección post mórtem*

#### 11.3.1. *¿Afecta a terceros la designación del “conviviente no inscripto” como beneficiario del régimen de vivienda tras el fallecimiento del propietario?*

En 10.15. expusimos que la admisión registral de la designación del conviviente no inscripto como beneficiario se basa exclusivamente en una manifestación del constituyente no avalada por un reconocimiento oficial de la UC. La naturaleza de dicha designación es la de una restricción del poder dispositivo autoimpuesta en beneficio del interés familiar. Nos preguntamos: ¿qué sucede si el conviviente propietario fallece sin haberse inscripto la UC y no hay otro beneficiario? ¿Subsiste el régimen a favor del conviviente supérstite o se extingue?

Opinamos que subsiste y es oponible al acreedor, aunque la UC no se haya inscripto, si se cumplen las siguientes condiciones:

- 1) la inscripción de la designación del conviviente como beneficiario del régimen de vivienda es anterior al nacimiento de la causa del crédito reclamado;
- 2) al fallecer el propietario, el inmueble constituyó el último hogar familiar;
- 3) el supérstite no está en situación económica para proveerse una vivienda por sus propios medios, teniendo en cuenta su edad, estado de salud, capacitación laboral y posibilidad de acceder a un empleo.

Los argumentos para defender nuestra postura son:

- a) El conviviente ejercía su derecho a la vivienda sobre el inmueble al fallecer el deudor.
- b) La UC, si bien no estaba inscrita, estaba vigente al fallecer el deudor.
- c) El acreedor, al tiempo de adquirir su prerrogativa, sabía que el inmueble estaba excluido de la garantía común del constituyente, es decir, que no contaba con el mismo para la satisfacción de su crédito y que el “conviviente no inscripto” era beneficiario del mismo.
- d) Es intención de la ley que el derecho alimentario (incluimos “el techo”) no se extinga a la muerte del conviviente (ver arts. 527 y 744, inc. g).
- e) En las condiciones antedichas (prácticamente un estado de necesidad), el derecho a la vivienda del supérstite no puede postergarse; en cambio, el cobro de una suma dineraria sí puede diferirse (y de hecho viene sucediendo en vida del deudor, pues el acreedor no pudo hasta ahora ejecutar el inmueble afectado) y el perjuicio al acreedor se reparará con los intereses correspondientes.
- f) Las leyes de suspensión de ejecuciones, cuando se trata de la vivienda única, evidencian la jerarquía del derecho a la vivienda con relación al derecho de propiedad del acreedor.

Si el supérstite adquiriera una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta, deberá darse prioridad al acreedor del causante (aplicación analógica del art. 527), es decir, levantarse el régimen de vivienda.

### 11.3.2. *¿Es constitucional el límite de vigencia de dos años para el derecho real de habitación gratuito ex lege del conviviente supérstite?*

El derecho real de habitación gratuito *ex lege* del conviviente supérstite tiene fijado un plazo máximo de duración de dos años (art. 527). Si bien nada expresa la ley al respecto, esa limitación no rige –a nuestro juicio– si al momento del fallecimiento del conviviente habita en el inmueble un hijo del conviviente supérstite que sea menor, incapaz o con capacidad restringida, mientras viva en el inmueble y sea menor o no recupere su capacidad. Más allá de ciertos reparos, pensamos que en ese caso el derecho de habitación tampoco se extingue si el supérstite constituye una nueva unión convivencial, pues no puede castigarse al niño por esa actitud de su progenitor (art. 2.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Para morigerar la lesión al derecho de propiedad de los sucesores aceptamos que una vez transcurrido el plazo de dos años de gratuidad el juez pueda, a pedido de parte interesada, imponerle al supérstite y, en su caso, a su conviviente una renta compensatoria por el uso del inmueble. Pero si incumplieran dicha obligación, no se los podrá desalojar mientras el niño sea menor de edad y viva allí, pues por mandato constitucional prevalece el ISN respecto de la cuestión patrimonial.

No podría argumentarse la falta de vínculo entre el menor y el conviviente premuerto para impedir que el menor y su progenitor continúen en el inmueble si media un razonable estado de necesidad. El conviviente premuerto era al momento de su fallecimiento progenitor afín del menor, calificación que recibe por ley por el hecho de la convivencia con el menor y su progenitor, sin consideración alguna al tiempo de convivencia transcurrido con su pareja (art. 672). Tampoco sería argumento suficiente, a nuestro criterio, esgrimir que los herederos del premuerto también son “familia”, dado que si bien ello es cierto no menos cierto es que el premuerto volcó su afecto hacia el conviviente y el hijo de este y eligió compartir con ellos la última etapa de su vida.

La invocación de la legítima hereditaria tampoco es un argumento suficiente, pues dicho instituto no tiene consagración constitucional, sino que es un derecho establecido por ley, expresión de la solidaridad familiar pero de jerarquía inferior al ISN. Entre la legítima hereditaria y el interés del niño, niña o adolescente, debe prevalecer este último, pues los derechos y garantías reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional y aplicación obligatoria (art. 2 Ley 26061), entre los que encontramos el derecho a la vivienda, están asegurados por su máxima exigibilidad (art. 1 Ley 26061).

Por otra parte, que en el inmueble viva un menor que no sea hijo del conviviente premuerto constituye a nuestro juicio un dato que por sí mismo acredita suficientemente la convivencia –requisito para poder invocar el derecho real de habitación–, a menos que la parte contraria logre probar que ese menor está allí de manera transitoria. Por derivación del ISN debe presumirse, salvo prueba en contrario, que el menor vive allí de manera estable y que convivía con el premuerto. El conviviente premuerto, progenitor afín del menor, asumió darle vivienda al menor. Acotar el plazo de duración del uso asistencial de la vivienda (inmueble que era de propiedad del premuerto) sin atender a las condiciones de fortuna de la herencia dejada por el premuerto y de sus sucesores, ni las necesidades concretas del menor, no consulta el ISN y, por lo tanto, viola lo establecido en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Más delicado se torna el asunto cuando uno de los herederos del causante también es menor o tiene incapacidad o capacidad restringida y no vive en el inmueble. Si bien en este caso la obligación del causante respecto de su hijo afín era subsidiaria y la que tenía respecto de su hijo de sangre es principal, opinamos que si este último tiene satisfecho su derecho a la vivienda, debe prevalecer el derecho a la vivienda del hijo afín carenciado y postergarse el derecho de propiedad del hijo de sangre. Si bien el ISN juega respecto de ambos hijos, el derecho a la vivienda no admite postergación y el derecho de propiedad sí.

## 12. Régimen económico. Pactos de convivencia

### 12.1. *Autonomía de la voluntad*

En 7.14. expusimos que los convivientes gozan de un amplio margen de libertad para regular en el pacto de convivencia los diversos aspectos económicos de su relación, sin afectar el piso inderogable que resulta de los artículos 519 a 522. Si no pactaran:

- a) cada uno ejercerá libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad (art. 518), es decir, no será necesario el asentimiento del otro conviviente, salvo que se trate de los derechos sobre la vivienda o el inmueble afectado al régimen de vivienda; y
- b) los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron (art. 528).

A falta de pacto, el régimen económico de la UC es similar al de separación de bienes del matrimonio, con las siguientes diferencias –sin pretensión de agotarlas–:

- El régimen matrimonial es cerrado, es decir, los cónyuges no pueden modificar su contenido; en la UC los convivientes gozan de un amplio margen de libertad para pactar sus derechos y deberes.
- El régimen matrimonial solo puede cambiarse por escritura pública, luego de un año de aplicación del anterior; en cambio, los convivientes pueden otorgar el pacto y modificarlo “por escrito” en las oportunidades que libremente escojan.
- En el régimen de separación si no se puede demostrar la propiedad exclusiva de un bien, se presume que pertenece a ambos cónyuges por mitades (art. 506); en cambio, en la UC, a falta de pacto y de prueba en contrario, los bienes se mantienen en el patrimonio al que ingresaron (art. 528).

### 12.2. *Forma*

**12.2.1.** El artículo 513 establece que el pacto de convivencia debe hacerse por escrito, pero no aclara si debe hacerse por instrumento público o privado. El Código nuevo tampoco exige ningún requisito de autenticidad, ni siquiera que las firmas de los otorgantes estén certificadas por un oficial público. Estas cuestiones deberán ser cubiertas por la ley local, no como forma sino como requisito de admisión registral.

**12.2.2.** Pensamos que el pacto convivencial que produce efectos jurídico-reales respecto de uno o más inmuebles determinados expresamente en el mismo, ya adquiridos –o que se adquieran simultáneamente– por alguno de los convivientes, debe otorgarse por escritura pública, dado que se trata de un contrato accesorio o complementario de otro contrato otorgado en escritura pública: el título de adquisición del derecho sobre el inmueble (art. 1017 inc. c). Así ocurriría, por ejemplo, si estipularan

que tal inmueble no puede ser enajenado sin el asentimiento del conviviente no propietario; a nuestro juicio, dicho pacto restringe el poder dispositivo del conviviente titular respecto de ese bien, y, por lo tanto, un pacto de ese tenor debe otorgarse en escritura pública.

**12.2.3.** Si el pacto se otorgara por escritura pública, para su modificación y rescisión debe observarse la misma forma (art. 1017 inc. c).

### 12.3. *Oponibilidad a terceros*

El artículo 517 prevé que el pacto es oponible a terceros –nosotros agregamos “de buena fe”– desde su inscripción en el RPLUC y en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes alcanzados por el mismo. La sola inscripción de la UC y el pacto en el RPLUC no constituyen publicidad suficiente a los efectos de la oponibilidad del pacto a los terceros interesados de buena fe respecto de los actos que tengan por objeto bienes registrables alcanzados por el mismo. Para que el pacto pueda acceder a los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes, es necesario que con anterioridad se inscriban en el RPLUC la UC y el pacto, en ese orden; es decir, debe observarse esta suerte de tracto inter-registral.

Estos registros deben abstenerse de inscribir el pacto o las cláusulas del mismo si del documento respectivo no resulta que la UC y el pacto se inscribieron en el RPLUC.

Pese a que el pacto no esté inscripto en el RPLUC o en el registro que corresponda por la naturaleza del bien, será oponible a los sucesores si el contenido surge transcrito o relacionado del título de propiedad del disponente.

Aquí también opinamos que la inscripción se establece con carácter declarativo y para la oponibilidad a los terceros interesados de buena fe, la que consiste en el desconocimiento inimputable de la realidad jurídica extra-registral. El tercero que conoce la realidad extra-registral no puede alegar la falta de inscripción para desentenderse de los efectos del pacto.

### 12.4. *Sistema de registración. Necesidad de incorporar el contenido del pacto a un registro público. Conveniencia de su otorgamiento en escritura pública. Creación de los registros de pactos convivenciales a cargo de los Colegios de Escribanos*

**12.4.1.** Según resulta del artículo 517, la registración del pacto en el RPLUC debe hacerse por el sistema de inscripción, es decir, de manera extractada, y no vía la transcripción de su contenido o el archivo del documento en el RPLUC. Pero tal sistema de registración, a nuestro juicio, resulta insuficiente en relación con los terce-

ros, pues no les permite conocer el contenido del pacto ni les garantiza su inalterabilidad. Creemos que no hay otra manera de lograr esos objetivos que no sea mediante la incorporación del pacto a un registro público, sea por transcripción o archivo del pacto en el RPLUC, su otorgamiento por escritura pública, o su transcripción o anexión en un registro notarial.

**12.4.2.** Cuando el pacto se aplica a derechos reales sobre inmuebles, a efectos de poder realizar las tareas inherentes al estudio del título y sus antecedentes, es preciso que los escribanos tengan garantizado el acceso al mismo en un tiempo razonable. De lo contrario, el tráfico jurídico inmobiliario se verá lesionado.

**12.4.3.** El Código nuevo exige que los pactos se hagan por escrito, y deja librada a la ley local la elección de la clase de instrumento. Dado que el pacto puede contener cláusulas que los convivientes deseen no divulgar, por referir a aspectos vinculados con su intimidad, creemos que la mejor manera de velar por sus importantes intereses en juego es mediante el otorgamiento por escritura pública –los escribanos deben guardar estricta reserva del protocolo y exhibirlo solo en los casos legalmente previstos–. El escribano público tiene el deber legal de ajustar su actuación a los presupuestos de escuchar, indagar, asesorar, apreciar la licitud del pacto a formalizar, así como la legitimación y aptitud de las personas intervinientes, mantener la imparcialidad y cumplimentar los recaudos administrativos, fiscales y registrales pertinentes (art. 29, inc. d, [Ley Orgánica Notarial 404](#) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Ello constituye una verdadera garantía de protección a favor de los ciudadanos. El acta de incorporación al protocolo de un pacto de convivencia otorgado en instrumento privado no tiene las mismas ventajas que su otorgamiento en escritura pública, dado que en la incorporación por anexión se pierden las fases propias de la escritura pública de asesoramiento, configuración técnica y adecuación de la voluntad de los convivientes al ordenamiento jurídico.

Lo expuesto nos persuade de la conveniencia de que los pactos se otorguen por escritura pública, sea que tengan virtualidad para perjudicar a terceros o que se limiten a regular cuestiones puramente internas de los convivientes, como, por ejemplo, el aporte que cada uno debe hacer para el sostenimiento del hogar. No admitimos que los pactos con eficacia interna exclusivamente se otorguen por otra vía que no sea la aquí propuesta, dado que la única manera de saber si tal es el alcance, es decir que no trasciende a terceros, es evaluando su contenido.

Por estas razones, estamos de acuerdo con que el RPLUC inscriba únicamente luego de haber verificado que el contenido del pacto quedó incorporado a un registro público; la sola inscripción no alcanza.

El otorgamiento de los pactos por escritura pública es altamente conveniente, dado que conforme resulta de los [fundamentos](#) del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación:

(i) La intervención de agentes públicos (en general) y la de escribanos en particular ha sido impuesta por la ley para acompañar al ciudadano en la ejecución de actos legislativamente seleccionados, con la finalidad de conferirles legalidad, validez y eficacia; (ii) esta finalidad se obtiene a través del asesoramiento, la configuración técnica y, sobre todo, la adecuación de la voluntad a lo expresado y narrado luego en documentos matrices que son conservados, archivados y exhibidos a quienes detenten interés legítimo; (iii) por ello es que, como bien expresa Fiorini, los instrumentos gozan de fe pública, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas (calificaciones) y durante éste (acto público técnicamente configurado, con dirección del oficial, y garantizando la libertad de expresión y en su caso las adecuaciones de la voluntad a la verdadera intención de las partes). A ello se suma que en forma coetánea se instrumenta, con rigurosas solemnidades aplicables al tipo de papel, su autenticidad, las tintas, los procedimientos de edición, el contenido (idioma, prohibición de abreviaturas, espacios en blanco, enmiendas no salvadas, etc.). Los documentos matrices quedan en resguardo, lo cual facilita su auditoría y todos los controles que corresponda aplicar. Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; (iv) todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones.

Nuestra propuesta se ajusta a la competencia que por ley nacional se le asigna al RPLUC: inscribir los pactos, sus modificaciones y rescisiones. Y garantiza que se cumpla la siguiente secuencia: 1) otorgamiento y registración del pacto en un mismo momento –con suficientes garantías de legalidad, autenticidad, inalterabilidad y permanencia del documento y su contenido, a favor de los otorgantes y de los terceros, consecuencia de la intervención notarial–; 2) inscripción del pacto en el RPLUC; y 3) inscripción del pacto en el registro que corresponda por la naturaleza del bien alcanzado por el mismo.

**12.4.4.** Una vez autorizada la escritura de pacto convivencial, el escribano deberá remitir copia de la misma para su “inscripción” en el RPLUC; éste tomará razón del documento (registro notarial, número, fecha y folio de la escritura, escribano autorizante) y pondrá en el mismo nota que exprese la fecha, especie (pacto, modificación, rescisión, etc.) y número de orden de la registración practicada, en la forma que determine la reglamentación local.

**12.4.5.** El RPLUC deberá anotar marginalmente en el acta de inscripción de la UC la inscripción del pacto, sus modificaciones, rescisión total o parcial, etc., y devolver la

primera copia de la escritura con la nota de registraci3n y copia del acta de inscripci3n de la UC en la que conste nota de la inscripci3n practicada.

**12.4.6.** Propiciamos que en la 3rbita de cada colegio de escribanos se cree un registro de pactos convivenciales, de libre consulta por los escribanos, que tome raz3n de los pactos convivenciales, sus modificaciones y rescisiones. Esta se practicar3 mediante los procedimientos y medios t3cnicos que cada colegio establezca al efecto, sobre la base de las minutas que deber3n remitir los escribanos de la demarcaci3n, los funcionarios competentes y los interesados en general. Las registraciones se llevar3n por orden alfab3tico, seg3n el apellido de los convivientes, y expresar3n, adem3s, el lugar y la fecha del otorgamiento, el nombre del funcionario autorizante y los datos concernientes a la escritura, en su caso, registro notarial en que ha sido otorgada, n3mero y fecha de la misma y folio en el que se asent3. A los fines de su identificaci3n, se consignar3n asimismo, en cuanto sea posible, los datos personales de los convivientes: lugar y fecha de nacimiento, nombres del padre y de la madre, nombre del c3nyuge, cuando lo hubiere, domicilio de los nombrados, y otros datos que se consideraren pertinentes.

La confecci3n y la remisi3n de la minuta ser3n obligatorias para los escribanos de la demarcaci3n respecto de los pactos, modificaciones y rescisiones que autoricen o de los que, en cualquier forma, tengan intervenci3n profesional y facultativa para los de otras demarcaciones, as3 como para los particulares otorgantes. En los casos de instrumentaci3n privada, la minuta ser3 suscripta por cualquiera de los convivientes y su firma deber3 ser certificada por un escribano de registro. A las minutas as3 recibidas se les dar3 n3mero de entrada por orden correlativo, con indicaci3n de la fecha de su recibo. Al remitente de la minuta se le har3 llegar recibo con las constancias del registro efectuado. En las mismas minutas y en la hoja que le haya correspondido en el libro registro se pondr3 breve nota de toda informaci3n que se proporcione, as3 como de cualquier modificaci3n que el funcionario competente o la parte interesada comunique al colegio con relaci3n al acto registrado. Los escribanos de registro de la demarcaci3n agregar3n al protocolo la nota de acuse de recibo de su notificaci3n al registro de haber autorizado la escritura de pacto convivencial, su modificaci3n o rescisi3n.

El registro tendr3 car3cter estrictamente reservado, bajo responsabilidad de su personal. Solo podr3 expedirse informaci3n o certificaciones en los siguientes casos: a) cuando lo requieran jueces, tribunales y escribanos; b) cuando lo pidan los mismos otorgantes por s3 o por mandatario con poder especial para ello, otorgado por escritura p3blica.

Cada solicitud de informe o certificaci3n deber3 consignar el nombre y apellido del conviviente y toda otra referencia necesaria para acreditar su identidad. El registro podr3 requerir todos los datos que creyere necesarios para evitar informar acerca de un hom3nimo. Estar3 facultado para dar la informaci3n pedida cuando llegare a

la conclusión de que la solicitud corresponde al otorgante registrado, aunque la misma no concordare totalmente con los datos registrados o se hubiere omitido alguno de ellos.

#### 12.5. *No todos los contratos que celebren los convivientes son pactos de convivencia*

**12.5.1.** Los convivientes pueden otorgar entre sí contratos que no tengan causa en la UC. Si el acto que otorguen no es un pacto convivencial, no será necesario que la UC esté inscrita en el RPLUC para que pueda inscribirse en el registro que corresponda por la naturaleza del bien involucrado. Por ejemplo: si los convivientes fueran condóminos de un inmueble y acordaran la suspensión de la partición por un plazo que no exceda de diez años, el RPI debe tomar razón del acto aunque la UC y el pacto no estén inscritos en el RPLUC; el pacto de indivisión será oponible con prescindencia de su inscripción en el RPLUC.

En los pactos que los convivientes otorguen con prescindencia de su condición de tales, es aconsejable que aclaren expresamente dicha circunstancia, es decir, no otorgan en su condición de convivientes, dado que la eficacia de los pactos convivenciales depende de la vigencia de la UC, y si el pacto no es convivencial, las vicisitudes de la UC no lo afectarán. Si nada se aclara en el contrato que otorguen, no se sabrá a ciencia cierta cuál deberá ser su suerte al cese de la UC.

**12.5.2.** Si la licitud o validez del acto que se pretende inscribir en el registro que corresponda por la naturaleza del bien alcanzado proviniera del pacto de convivencia o si el acto se otorgara con causa en la UC o en el pacto de convivencia, dicho registro deberá exigir que del documento presentado a registro surja la inscripción de la UC y del pacto en el RPLUC. Por ejemplo: si en el pacto convivencial los convivientes acordaron que es necesario el asentimiento del no propietario para enajenar o gravar los bienes registrables del otro, la licitud de tal restricción procede exclusivamente del régimen de la UC (art. 518, 2º párr.) y no del régimen común.<sup>26</sup> Por lo tanto, para que los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes tomen razón de esa restricción es necesario que del documento respectivo surja que la UC y el pacto estén inscritos en el RPLUC.

Otro caso: si los convivientes pactaran que el inmueble en condominio de ambos en el que vivan los hijos menores no sea partido hasta que sean todos mayores de edad (y el plazo para que ello ocurra excede de diez años), el ISN y la UC tornan inaplicable el plazo máximo de diez años de indivisión que prevé el artículo 2000; la licitud de ese pacto procede de la existencia de la UC; por lo tanto, es aconsejable que esta y el pacto se inscriban en el RPLUC para evitar observaciones del RPI.

26. La regla prohibitiva queda confirmada por la otra excepción prevista en el art. 1688.

## 12.6. *Posibilidad de restringir convencionalmente el poder dispositivo de los convivientes*

**12.6.1.** La ley expresamente les permite a los convivientes pactar restricciones a las facultades de administración y disposición de los bienes (art. 518, 2º párr.), las que deben inscribirse en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes; caso contrario no serán oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos del conviviente omitido contra el disponente. Respecto de esto último, cobra relevancia la suspensión del curso del plazo de prescripción entre los convivientes, establecida en el artículo 2543.

**12.6.2.** Los convivientes pueden pactar, por ejemplo, que sea necesario el asentimiento del conviviente no propietario para disponer de: a) cualquier bien registrable; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824; c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; etc. En este sentido, entendemos que también requieren asentimiento las promesas de los referidos actos.

**12.6.3.** No obstante, estas restricciones no pueden pactarse “porque sí”, sino que deben fundarse en un interés legítimo, pues de lo contrario se lesionaría el derecho de propiedad del conviviente titular. El asentimiento debe establecerse para la protección de un interés digno de tutela, que conviene exteriorizar en el mismo pacto; por ejemplo, la preservación de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, a efectos de su división en caso de ruptura de la pareja. De tal manera, en caso de que el conviviente no propietario esté ausente, sea incapaz, esté transitoriamente impedido de expresar su voluntad o si su negativa fuera infundada, el juez podrá evaluar si el acto que se pretende otorgar satisface o no dicho interés.

Aunque nada se estipule en el pacto de convivencia, entendemos que el conviviente propietario puede ser autorizado judicialmente a otorgar el acto que requiera el asentimiento del otro. El acto otorgado con autorización judicial será oponible al conviviente sin cuyo asentimiento se otorgó, pero de él no puede derivar ninguna obligación personal a su cargo. Puede pactarse también que la conformidad del conviviente no propietario se otorgue por escrito (art. 284) y que verse sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (art. 457), que caduque si se dio por anticipado y el acto no se otorga en un determinado plazo, etc.

**12.6.4.** Entendemos que el asentimiento debe otorgarse en escritura pública cuando se relaciona con los siguientes actos:

- 1) contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (art. 1017);
- 2) contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles (art. 1017);

- 3) todos los actos que sean accesorios de contratos otorgados en escritura pública (art. 1017);
- 4) *leasing* de inmuebles, buques o aeronaves (art. 1234);
- 5) donaciones de inmuebles, muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552);
- 6) contrato oneroso de renta vitalicia (art. 1601);
- 7) renunciar a una herencia, salvo que sea hecha en acta judicial incorporada al expediente judicial (art. 2299).

**12.6.5.** Conforme exponemos más adelante, en caso de extinción del pacto por cese de la UC (art. 516, 2º párr.) no podrán levantarse unilateralmente las restricciones a las facultades de administración y disposición inscriptas en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes, dado que las mismas fueron establecidas por acuerdo de los convivientes (art. 959). Que la UC cese por voluntad unilateral de uno cualquiera de los convivientes no implica que deba suceder lo mismo con el pacto de convivencia, algunos de cuyos efectos es lógico que perduren *ex nunc*, en garantía de lo que hayan acordado en el pacto, especialmente en lo relativo a la distribución de los bienes adquiridos por el esfuerzo común. Si al cese de la convivencia no hubiera acuerdo entre los ex convivientes, las cuestiones suscitadas alrededor de la conclusión de la convivencia deberán ser dirimidas en juicio.

### 12.7. Oportunidad. Pluralidad de pactos

**12.7.1.** La ley no prevé nada respecto de la oportunidad para otorgar el o los pactos convivenciales. Entendemos que pueden otorgarse en cualquier momento mientras la UC esté vigente. No habría obstáculo para que otorguen un contrato con posterioridad al cese de la UC, pero por definición no se trataría de un pacto convivencial, dado que ya no son convivientes. Creemos que la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, haya o no cese de la UC, no es un pacto convivencial, pues no tiene por objeto regular la convivencia, y, por tal razón, no será necesario registrarla en el RPLUC para poder inscribirla en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes.

**12.7.2.** Opinamos que los convivientes pueden celebrar uno o más pactos convivenciales –o ninguno–, pues la ley no impone que regulen sus derechos y deberes en un único acuerdo.

**12.7.3.** Por ello, podría otorgarse un pacto convivencial respecto de cada uno de los bienes registrables que uno o ambos integrantes de la UC adquieran; por ejemplo: estipular cómo se dividirá dicho bien en caso de cese de la UC, o si será necesario o no el asentimiento del conviviente no propietario para su enajenación o gravamen –sin

violar lo establecido en el artículo 522-, etc. Dicho pacto podría otorgarse antes o después de adquirido el bien o en el mismo acto de su adquisición.

**12.7.4.** Si los convivientes otorgaran un pacto convivencial “general” (que no tenga por objeto un bien determinado) en el que acordaran, por ejemplo, que para disponer de cualquier bien registrable que adquieran durante la vigencia de la UC será necesario el asentimiento del conviviente no titular, en cada acto de adquisición deberá dejarse constancia de la existencia de dicho pacto –que debe estar inscripto en el RPLUC–, a efectos de que el registro que corresponda por la naturaleza del bien deje constancia de su existencia. Dicho pacto, al no individualizar los bienes a los que afecta –obviamente, dado que serán adquiridos en el futuro– no puede inscribirse en forma autónoma en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes. Deberá acceder a estos en forma vinculada con el acto de adquisición, en el cual deberá relacionarse su existencia y alcances.

Entendemos que el acto de adquisición que otorgue el conviviente no es un pacto convivencial sino el cumplimiento de éste, y, por lo tanto, no debe inscribirse en el RPLUC, ni es necesario que sea otorgado por ambos convivientes. Si el pacto convivencial individualizara los bienes a los que alcanza, podrá acceder a los registros correspondientes en forma autónoma, luego de haberse inscripto en el RPLUC.

## 12.8. *Omisión de exteriorizar el pacto*

**12.8.1.** Si el conviviente adquirente omitiera exteriorizar el pacto en el título de adquisición o en el registro que corresponda por la naturaleza del bien, pensamos que el otro conviviente podrá hacerlo por sí mismo.

**12.8.2.** El legislador únicamente exige el “consentimiento registral” de ambos integrantes para inscribir la UC en el RPLUC; *a contrario sensu*, para las demás registraciones de este régimen sería suficiente la solicitud de uno de los miembros.<sup>27</sup>

**12.8.3.** Si no se admitiera la legitimación del conviviente no titular, este podrá solicitarle al juez las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición del bien por el titular pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar sus derechos patrimoniales (art. 722).

**12.8.4.** Consideramos que, salvo estipulación en contrario, el conviviente adquirente o titular del bien está obligado a exteriorizar el pacto en el título de adquisición

27. HERRERA, Marisa, comentario al art. 511, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. III, p. 307, punto III.3).

y también en el registro que corresponda por la naturaleza del bien si dicho pacto incide en sus facultades de administración o disposición del bien en cuestión. Consideramos que la exteriorización del pacto en el título de adquisición debe efectuarse aunque el pacto no esté inscripto en el RPLUC. Si estas conductas no fueran obligatorias, se le abriría la puerta al conviviente propietario para que burle fácilmente los derechos acordados al otro conviviente.

**12.8.5.** La solicitud de registración es una obligación a cargo del conviviente adquirente o titular y un derecho del conviviente no propietario. El incumplimiento de dicha obligación constituye una violación a la buena fe en el ejercicio de los deberes familiares.

**12.8.6.** Si el propietario no solicitara la toma de razón, el conviviente no propietario no podría solicitar la ineficacia del acto de administración o disposición en caso de ser preterido al otorgarse el mismo, pero sí contrarrestarla. El incumplimiento del conviviente propietario habilita al no propietario a efectuar la petición registral (siempre que el pacto esté inscripto en el RPLUC); esto último constituye el ejercicio regular de un derecho propio.

**12.8.7.** Entendemos que la legitimación del conviviente no propietario para solicitar el registro surge también del principio de igualdad de los convivientes, que está consagrado en el artículo 515. La ley no expresa cuál es el contenido de ese principio. Creemos que es el mismo que la ley establece para el matrimonio: “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo” (art. 402).

**12.8.8.** Su consagración por el Legislativo obliga a los demás poderes del Estado, sea nacional, provinciales o autónomo, a proceder respecto de ambos convivientes maximizando la igualdad de sus derechos y obligaciones, y, por lo tanto, legitimando a ambos por igual para solicitar la toma de razón.

**12.8.9.** Además, si el pacto establece la restricción para proteger al conviviente no propietario, no se advierte ninguna razón para negarle a este que ejerza aquel derecho por sí mismo. Reiteramos que el acto por el que se solicita la toma de razón no implica introducir una restricción en el derecho ajeno, ya que esta se produce con anterioridad, en razón de lo acordado en el pacto convivencial. Es decir, no hay injerencia del conviviente no propietario en un derecho ajeno sino principalmente la protección de un derecho propio y uno superior (el de la familia).

**12.8.10.** Por otra parte, se entiende que el conviviente propietario prestó su conformidad por anticipado al otorgar el pacto de convivencia, por lo que no cabe objetar la solicitud sobre la base de la exigencia de que exista identidad entre el peticionante y el titular registral (art. 15 [Ley 17801](#)) según su concepto clásico.

**12.8.11.** El principio de identidad establece que el disponente debe ser el titular inscripto. Como enseña el maestro López de Zavalía, el Registro solo admite hijos de su sangre como una forma de defenderse.<sup>28</sup> La exigencia se establece a los efectos de articular en sede registral el principio material del tracto sucesivo (art. 399). Pero el conviviente no propietario que solicita la toma de razón registral no “dispone” del derecho de su conviviente, sino que “declara” que el inmueble objeto del mismo está alcanzado por una restricción acordada en el pacto de convivencia. No hay disposición del derecho sino adecuación a lo pactado. La única identidad que debe verificarse es entre el conviviente titular registral y el conviviente no propietario peticionante, por una parte, y, por la otra, los sujetos integrantes de la UC que resultan del acta de convivencia expedida por el RPLUC.

**12.8.12.** El conviviente no propietario podrá solicitar la toma de razón directamente ante el RPI, sin necesidad de habilitación judicial. Las constancias de registración del pacto en el RPLUC y de su vigencia serán prueba suficiente para justificar ante el RPI el interés en la toma de razón (art. 5 Decreto 2080/1980, TO por [Decreto 466/1999](#), Reglamento de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal).

**12.8.13.** Para completar el circuito de protección, entendemos que si el título de propiedad no estuviera registrado (p.ej.: adjudicación por partición otorgada en un expediente sucesorio, adquisición en subasta, etc.), el conviviente no propietario está legitimado para solicitar su registro.

**12.8.14.** Nuestra propuesta de aceptar la legitimación del conviviente no propietario no desarticula el correcto funcionamiento del RPI, sino que lo pone al servicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Propiciamos que sea lo más generosa posible la legitimación para peticionar la registración del pacto, sea en sede notarial, administrativa o judicial. La solicitud deberá aceptarse en caso de duda, ya que los daños que podrían derivar de la negativa son, en principio, mucho mayores que los que eventualmente resultarían de la admisión.

**12.8.15.** Si el RPI no admitiera la legitimación del conviviente no titular, igualmente debe registrar provisionalmente el documento por el plazo de ciento ochenta días,

28. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía editor, 1983, pp. 344-345.

de manera que el peticionante, mientras mantenga vigente la inscripción provisional, podrá oponer su derecho. En contra de esta posibilidad podría argumentarse que se utiliza disfuncionalmente el sistema registral, pero en rigor es al revés: el sistema es, contrariamente a lo establecido en mandas constitucionales, disfuncional a la protección de derechos fundamentales.

**12.8.16.** Pensamos que la negativa del RPI a la solicitud del conviviente no propietario podría canalizarse en sede judicial vía una medida cautelar autosatisfactiva en el marco de una acción de amparo, y también a través de una acción en el marco del artículo 458.

**12.8.17.** No admitir la petición del conviviente no propietario viola el principio de igualdad frente a la protección integral de la familia, pues lo deja en inferioridad de condiciones respecto del otro conviviente, cuyo derecho de propiedad debe subordinarse a la satisfacción de bienes jurídicos superiores y a lo acordado en el pacto de convivencia. El derecho de propiedad debe adaptarse razonablemente a los deberes familiares que pesan sobre su titular.

## 12.9. *Cuestiones acerca del contenido de los pactos*

**12.9.1.** *Condiciones que lesionan las libertades individuales.* Se tendrán por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión o decidir sobre su estado civil (art. 344). Por lo tanto, no puede cercenarse, por ejemplo, vía la imposición de multas, la libertad de cada conviviente de ponerle fin unilateralmente a la UC en cualquier momento.

**12.9.2.** *Retroactividad.* Los convivientes pueden estipular que el pacto tenga efectos retroactivos entre ellos, sin perjuicio de los derechos de terceros, por ejemplo, acordando que algunos bienes adquiridos con anterioridad al inicio de la UC queden comprendidos en la distribución que deben practicar al final de la UC.

**12.9.3.** *Autorización judicial para representar al conviviente ausente o impedido de expresar su voluntad.* También pueden pactar, tal como *ipso iure* funciona en el matrimonio (art. 460), que para el caso de que por cualquier razón no haya mandato entre los convivientes con facultades suficientes (o no se encuentre el instrumento, o no se tenga acceso al mismo, etc.), si uno de ellos está ausente o impedido transitoriamente de expresar su voluntad, el otro pueda ser judicialmente autorizado para representarlo, sea de modo general o para ciertos actos en particular, en la extensión fijada por el juez.

**12.9.4. Otros pactos.** Pueden acordarse también: i) que se le apliquen a la UC todas las reglas del régimen matrimonial, inclusive las del régimen de comunidad, siempre que no sean incompatibles con normas inderogables de la UC y que no afecten el orden público; ii) causas de cese de la UC adicionales a las previstas en la ley; iii) las reglas de administración y disposición de los bienes adquiridos con el esfuerzo común, mientras la UC esté vigente y hasta la distribución de los mismos luego del cese de la UC; iv) la liquidación de los bienes adquiridos por el esfuerzo común mediante la aplicación de las normas del régimen de comunidad o en proporción a los aportes de cada conviviente, o de cualquier otra manera, pero sin lesionar la legítima de los herederos forzosos; v) que –a diferencia de lo que sucede en el matrimonio para los cónyuges bajo régimen de comunidad– la comunidad comience antes de la inscripción de la UC en el RPLUC, o que se liquide antes del cese de la UC; etc.

Adviértase que mientras que los cónyuges bajo el régimen de comunidad de ganancias no pueden –mientras el régimen esté vigente– pactar la distribución de los bienes, los convivientes sí pueden hacerlo (art. 528). Los cónyuges bajo el régimen de comunidad de ganancias no pueden contratar entre sí (art. 1002, inc. d); los convivientes sí pueden hacerlo.

#### 12.10. *Compromiso arbitral*

Una de las consecuencias del reconocimiento de este tipo de unión como familia es el cambio de competencia: en los conflictos que se generen entre los convivientes serán competentes los jueces de familia y no los jueces patrimoniales.

No pueden los convivientes pactar que sus cuestiones de familia, en las que está comprometido el orden público, queden incluidas en un contrato de arbitraje o compromiso arbitral (arts. 1649 y 1651), es decir, indefectiblemente deberán intervenir los mencionados jueces en caso que el diferendo no se pueda componer por la vía extrajudicial.

#### 12.11. *Pacto de convivencia y fideicomiso*

Pensamos que el pacto convivencial puede canalizarse válidamente a través de un contrato de fideicomiso. En este caso también podrá celebrarse por instrumento público o privado, a salvo lo previsto en el artículo 1669. Asimismo, opinamos que aquí también deberá observarse el tracto inter-registral: antes de inscribir el fideicomiso en el registro público a que se refiere el artículo 1669 deberá registrarse en el RPLUC.

#### 12.12. *Incidencia del interés superior del niño*

Consideramos que si está en juego el ISN, los convivientes pueden pactar que el inmueble en condominio de ellos no sea partido por el plazo que sea necesario has-

ta que el hijo menor, con capacidad restringida o incapacidad alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad. El ISN torna inaplicable el dispositivo legal que limita el plazo máximo de la indivisión a diez años (art. 2000). Aplicamos por analogía lo que al respecto establece el artículo 1668. Al no consultar el artículo 2000 el ISN, se torna necesario hacerlo por la vía interpretativa.

#### 12.13. *Sanciones en caso de incumplimiento*

**12.13.1.** Si la ley no impusiera la registración del bien o acto alcanzados por el pacto de convivencia, el acto otorgado en infracción al mismo no perjudica al tercero interesado de buena fe, sin perjuicio de los derechos del conviviente preterido contra el disponente.

**12.13.2.** Los convivientes pueden convenir en el pacto sanciones pecuniarias para el caso de incumplimiento de las obligaciones acordadas, siempre que ello no cercene la posibilidad de cualquiera de ellos de ponerle fin unilateralmente a la UC. Una sanción que afecte libertades individuales, tal como elegir domicilio o decidir sobre el estado de familia, se tendrá por no escrita.

**12.13.3.** Dado que las causas de nulidad son establecidas por la ley, entendemos que la sanción que corresponde aplicar en caso de otorgarse un acto en violación a lo acordado en el pacto es la inoponibilidad al conviviente preterido, que este podrá hacer valer contra el conviviente disponente y el adquirente y subadquirente de mala fe. No se trata de una inoponibilidad en los términos de los artículos 338 y siguientes, ya que no será necesario que el acto haya causado o agravado la insolvencia del disponente.

#### 12.14. *Rescisión del pacto*

La rescisión del pacto de convivencia no implica el cese de la UC, aunque lógicamente será la vía a la que se acuda cuando la solución de las cuestiones legales vinculadas con el cese de la UC sea por acuerdo de los exconvivientes. Una vez registrada la rescisión del pacto en el RPLUC, deberá solicitarse su toma de razón a los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes.

#### 12.15. *Subsistencia del pacto luego del cese de la convivencia y de la unión convivencial*

El segundo párrafo del artículo 516 prevé que el “cese de la convivencia” extingue el pacto convivencial de pleno derecho hacia el futuro. Pensamos que los alcances de

dicha previsión no son tan amplios ni devastadores como parece surgir de su primera lectura, y que su ámbito de aplicación debe acomodarse a las demás previsiones legales y convencionales.

Por un lado, entendemos que la norma no alude al cese de la convivencia sino al cese de la UC. El cese de la convivencia es una de las causas legales de cese de la UC (art. 523, inc. g) pero no la única. Carece de sentido interpretar que la ley establezca un régimen para ese único supuesto de cese y no para otros, como el mutuo acuerdo y la voluntad unilateral de uno de los convivientes –más adelante expresamos que el cese de la UC no necesariamente implica el cese de la cohabitación–. Por otro lado, si en el pacto se hubieran regulado los efectos del cese de la UC de manera favorable al conviviente “débil”, ¿cómo admitir que se extingan por decisión unilateral del “fuerte”? No tiene lógica interpretar que en los artículos 513 y 514 (incs. b y c) se autorice a los convivientes a ejercer la autonomía de la voluntad incluso en temas que cobran relevancia luego de la ruptura de la pareja y, a renglón seguido, se le reste eficacia a lo acordado. Y refuerza la interpretación lo establecido en el artículo 528, que mantiene los efectos del pacto convivencial respecto del acuerdo de distribución de los bienes adquiridos por el esfuerzo común durante la convivencia. Al respecto, dado que las restricciones acordadas al poder dispositivo se establecen lógicamente para garantizar el cumplimiento de la distribución convenida, también deben mantenerse vigentes.

La defectuosa redacción del segundo párrafo del artículo 516 nos persuade de la necesidad de prever expresamente en el pacto cuáles son los diversos efectos que produce el cese de la UC. La posibilidad de suprimir o reducir a sus justos límites los efectos que resultan de la citada norma surge del propio régimen legal de las UC: “las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes” (art. 513); y el segundo párrafo del artículo 516 no figura como norma imperativa, es decir, es una norma meramente supletoria.

Creemos que una interpretación plausible del segundo párrafo del artículo 516 sería la siguiente: a falta de estipulación o manda judicial en contrario, el pacto de convivencia deja de aplicarse *ipso iure* en lo referente a la regulación que contiene para el período de vigencia de la convivencia. Por ejemplo: cesa entre los convivientes el deber de asistencia y de contribución a los gastos del hogar; si hubieran pactado un régimen de liquidación de los bienes adquiridos con el esfuerzo común, el pacto no rige respecto de los bienes que luego del cese de la UC se adquieran en base al esfuerzo de uno solo de los exconvivientes, o por herencia, legado o donación gratuita, etc.

### 13. Cese y cancelación de la unión convivencial

#### 13.1. Introducción

Los cónyuges no pueden disolver el matrimonio por propia autoridad, sino que deben solicitar judicialmente que se decrete el divorcio. En cambio, la UC cesa, entre

otras causas, por la voluntad unilateral de cualquiera de los integrantes de la unión (art. 523, inc. f). En ambos casos debe cancelarse la inscripción de la unión en el registro correspondiente.

En el matrimonio un cónyuge, por decisión unilateral, puede separarse de hecho sin voluntad de unirse y presentar la demanda de divorcio, pero no disolver el vínculo. En la UC el vínculo se puede extinguir por decisión unilateral. El cese de la UC implica la pérdida de la posesión de estado civil matrimonial, a menos que se extinga por matrimonio de ambos convivientes, en cuyo caso continuarán ejerciéndola. La disolución del matrimonio conlleva el cambio del estado civil de casado a divorciado o viudo; el cese de la UC modifica el estado de familia, pero no el estado civil –salvo que el cese ocurra por matrimonio, pero es este la causa de la modificación y no el cese de la UC–.

### 13.2. *Clasificación de las causas de cese de la unión convivencial*

**13.2.1.** Agrupamos las causas de finalización de la UC mencionadas en el artículo 523 en voluntarias e involuntarias. A su vez, dividimos las voluntarias en unilaterales o bilaterales. Estas últimas son siempre voluntarias (para ambos integrantes), mientras que las unilaterales funcionan de manera voluntaria para uno de los convivientes e involuntaria para el otro.

- El matrimonio de los convivientes entre sí (inc. d) es una causa bilateral, al igual que el cese por mutuo acuerdo (inc. e); en este último caso la voluntad de finalizar la UC puede ser manifestada por cada integrante en forma expresa o tácita.
- El matrimonio o nueva unión convivencial de uno solo de los miembros (inc. c) es una causa unilateral, voluntaria para quien deja a su anterior compañero e involuntaria para este.
- El cese de la UC por voluntad unilateral o por mutuo acuerdo no implica necesariamente la conclusión de la cohabitación, pues –si bien es poco frecuente– los integrantes de la expareja podrían hacer su vida uno aparte del otro pero bajo un mismo techo.

En cuanto al “cese de la convivencia” previsto en el inciso g), entendemos que consiste en el **abandono definitivo unilateral de la cohabitación**, es decir, la interrupción de la vida en común sin voluntad alguna de continuarla por parte de al menos uno de los integrantes.

- La interrupción de la convivencia no implica la finalización de la UC si obedece a un motivo transitorio.

**13.2.2.** Además de las causas de cese mencionadas en el artículo 523, también registrarán las pactadas por los convivientes en el pacto convivencial. En este sentido el inciso f) del artículo 7 de la [Ordenanza 279/2009 de Río Cuarto](#).

### 13.3. *Fecha de cese de la unión convivencial*

**13.3.1.** Cuando el cese de la UC surja de un instrumento público que dé certeza de su ocurrencia y de su fecha (en caso de muerte real o presunta de uno de los convivientes, o matrimonio de cualquiera de ellos), se tomará razón del cese.

**13.3.2.** En los casos en que el cese de la UC no surja de un instrumento público que dé certeza de su ocurrencia, la fecha de su finalización y el consentimiento de ambos exconvivientes (p. ej.: si se produce por abandono definitivo unilateral de la cohabitación), se considerará que el cese ocurrió al notificarse por medio fehaciente al otro conviviente (art. 523, inc. f). Al respecto, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 11 del [Decreto GCABA 556/2003](#), reglamentario de la [Ley 1004](#), que prevé que si la notificación fehaciente al conviviente resultara de imposible cumplimiento para el denunciante de la UC, el director general del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas podrá ordenar dicha notificación mediante la publicación de edictos en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires, por tres días, quedando a cargo del integrante de la UC que solicite su disolución el costo y diligenciamiento de los trámites respectivos.

### 13.4. *Instrumentación del cese*

Opinamos que si la UC cesa por voluntad de ambos convivientes, su conformidad para la inscripción del cese debe surgir de un instrumento público, para asegurar la autoría y el contenido de la declaración. Por tal razón, el reconocimiento del cese por acuerdo de ambos exconvivientes podría hacerse en sede notarial o presentándose ambos en el RPLUC. Dicho cese no implica que se hayan agotado los efectos de la UC y de los pactos convivenciales, sino que justamente da origen a otros efectos, regulados en los artículos 524 a 528 y, en su caso, en el pacto.

El cese de la UC debe inscribirse en el RPLUC (ver art. 511, 1º párr.).

### 13.5. *Comunicación del cese de la unión convivencial*

Si el cese de la UC se produce unilateralmente y en vida de ambos convivientes, entendemos que, por razones de buena fe en las relaciones de familia y en el ejercicio del poder por las autoridades públicas, debe comunicarse fehacientemente la inscripción del cese al otro exintegrante de la UC, a efectos de que pueda actuar en consecuencia. Supongamos que el integrante de una UC deja el hogar convivencial alegando que viajará al exterior para perfeccionarse en sus estudios. Sin embargo, esa excusa no es verdadera, ya que su propósito es en realidad huir para contraer matrimonio con su amante. Luego de casado, dado que el matrimonio hace cesar sin

más la UC, se presenta en el RPLUC con el acta de matrimonio para que se inscriba el cese de la UC. Creemos que las autoridades públicas no pueden convalidar esta actitud y, para evitarla, deben exigir la previa notificación fehaciente al otro integrante de la UC. Si el peticionante no lo hubiera hecho, deberá hacerlo el RPLUC a su costa. Si se considerase que esto implica una intromisión en la esfera privada del solicitante, creemos que la misma es razonable y debe admitirse, dado que el régimen de inscripción de la UC no se establece en interés exclusivo del solicitante.

Por estas razones es que opinamos que yerra el artículo 416 al no exigir que la solicitud inicial para contraer matrimonio contenga la declaración de los solicitantes sobre si tienen una UC registrada con anterioridad cuya inscripción esté vigente y, en su caso, el nombre y apellido del integrante de dicha unión y los datos de su inscripción, acompañando certificado de defunción o copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiera declarado la muerte presunta del conviviente, según el caso.

Las omisiones que aquí denunciarnos pueden ser salvadas por las normas que se dicten en el ámbito local.

### 13.6. *Cancelación de los pactos de convivencia*

**13.6.1.** La inscripción del cese de la UC no implica la cancelación de los pactos de convivencia, pues para ello será necesaria la conformidad de ambos exconvivientes –o sus herederos– o una resolución judicial. Es lógico que así sea, pues los pactos pueden regular, entre otros asuntos, la división de los bienes adquiridos por el esfuerzo común y mientras la misma no sea otorgada el pacto continúa vigente.

**13.6.2.** La cancelación de los pactos, aunque ya se hubiese cancelado la UC, debe ser solicitada por ambos exconvivientes –o sus herederos– o, en su defecto, disponerse judicialmente; y hace presumir que se agotaron sus efectos.

### 13.7. *División de bienes*

**13.7.1.** La división de bienes acordada en el pacto debe ser cumplida por los convivientes –en su caso, exconvivientes– o sus herederos (art. 1024). A diferencia de lo que sucede en el régimen matrimonial de comunidad, en el que los cónyuges solo pueden hacer la distribución de bienes una vez extinguido el régimen, los convivientes pueden hacer la distribución de bienes en cualquier momento. Gozan de un amplio margen de libertad.

El levantamiento de las restricciones a las facultades de administración y disposición acordadas en el pacto que se hayan inscripto en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes solo procede por acuerdo de ambos convivientes –exconvivientes o sus herederos– o, en su defecto, resolución judicial.

**13.7.2.** Nos preguntamos ¿qué sucede con los pactos de convivencia cuando la UC cesa por el matrimonio que los convivientes celebren entre sí? Entendemos que el matrimonio no transforma el pacto en una convención matrimonial prohibida (art. 447), dado que este no fue otorgado por razón del matrimonio; no fue otorgado por los “futuros cónyuges” sino por los “actuales convivientes” sin tener en mira el posterior matrimonio; si ocurriera esto último la convención sería nula en la parte referente al futuro matrimonio.

Nos encontramos aquí nuevamente con la inconveniente redacción del segundo párrafo del artículo 516: el cese de “la convivencia” (de la UC) extingue los pactos de pleno derecho hacia el futuro. En 12.15. expusimos que a nuestro juicio dicha norma no es imperativa sino supletoria de la voluntad de los otorgantes. Pensamos que el cese de la UC por el matrimonio de los convivientes no necesariamente extingue todos los efectos del pacto y que algunos de ellos subsisten, siempre que sean compatibles con la imperatividad del régimen matrimonial.

**13.7.3.** Si el matrimonio de los convivientes es bajo el régimen de comunidad, quedan inhabilitados para contratar entre sí (art. 1002, inc. d). Nos preguntamos si en esa situación pueden cumplir la división de bienes acordada en el pacto convivencial. La respuesta es sencilla para quienes opinan que el cese de la UC por matrimonio extingue por completo los efectos del pacto convivencial para el futuro, pero no es así para quienes entendemos que el cese no priva de toda eficacia al pacto.

El artículo 1002 (inc. d) inhabilita a los cónyuges bajo el régimen de comunidad para “contratar”. Opinamos que si el contenido de la división de bienes estuviera completamente definido en el pacto, su cumplimiento no implica celebrar un nuevo contrato; en este caso el contrato es anterior al matrimonio, y la división no es más que el cumplimiento del mismo. El matrimonio no es causa de extinción de las obligaciones contraídas entre los convivientes con anterioridad a su celebración: si se hubiesen casado bajo el régimen de separación de bienes, no habría obstáculo para que cumplan la división pactada (art. 506, 2º párr.). La inhabilitación para contratar es propia del régimen de comunidad y no del matrimonio en sí.

La inhabilitación del artículo 1002 (inc. d) se establece al efecto de que los cónyuges no puedan modificar voluntariamente la calificación de los bienes mediante la celebración de contratos entre sí, dado que, por ejemplo, si uno de los cónyuges vendiera un inmueble propio al otro, dicho bien resultará ganancial para este –si no paga el precio con fondos propios–; tal es a nuestro juicio la finalidad de la prohibición, que –reiteramos– no rige para los cónyuges bajo el régimen de separación de bienes. Por su parte, los bienes alcanzados por el pacto son todos propios, dado que fueron adquiridos por el esfuerzo común de ambos convivientes, anterior a la celebración del matrimonio. En la medida en que el contenido de la división pactada se limite exclusivamente a bienes adquiridos con anterioridad al matrimonio, y no se incorpore a la misma bienes propios o gananciales adquiridos luego de celebrado el

matrimonio, no vemos ningún obstáculo para que se ejecute la división acordada en el pacto.

**13.7.4.** También nos preguntamos para el caso de cese de la UC por matrimonio de los convivientes: mientras no se otorgue la división de bienes, ¿qué sucede con las restricciones a las facultades de administración y disposición acordadas en el pacto? Si aceptamos la posibilidad de que los cónyuges cumplan la división acordada cuando estaban unidos en UC, entendemos que, dado que las mismas constituyen una garantía del cumplimiento del pacto, deben mantenerse vigentes.

Si bien del artículo 469 resulta que cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios consideramos que ello es así únicamente en relación con los bienes no comprendidos en el pacto, respecto de los cuales el matrimonio no es causa de extinción de las obligaciones contraídas en el pacto. Los bienes propios adquiridos con posterioridad al matrimonio no quedan alcanzados por el pacto sino por el régimen patrimonial del matrimonio.

**13.7.5.** Si no se admitiera nuestra opinión, también podría pensarse que tiene lugar la suspensión –y no la devastación– de los efectos del pacto durante el régimen de comunidad, a efectos de que el mismo pueda cumplirse en caso de que los cónyuges opten luego por un régimen de separación de bienes, dado que bajo el mismo no habría obstáculos para llevar a cabo lo acordado en el pacto. Esta suspensión, y no la lisa y llana extinción, se desprende del principio de conservación de la eficacia del contrato, que resulta del artículo 1006.

**13.7.6.** Si los convivientes casados bajo el régimen de comunidad hubiesen acordado en el pacto convivencial las reglas para realizar la división pero no su contenido específico, ¿pueden acordarlo luego de celebrado el matrimonio? Pensamos que no, dado que ello implicaría pasar por alto la inhabilidad establecida en el artículo 1002 (inc. d). Sin embargo –reiteramos–, esa inhabilidad no se aplicaría cuando los cónyuges estén bajo el régimen de separación de bienes, en cuyo caso sí podrían acordar cómo dividirlos.

**13.7.7.** Si la UC cesa por muerte de uno de sus integrantes, será suficiente la presentación de la partida de defunción para que se inscriba el cese. También se podrá solicitar al juez de la sucesión que oficie al RPLUC comunicando dicho cese. Reiteramos que la cancelación de la UC en el RPLUC no acarrea la cancelación de los pactos de convivencia, dado que estos pueden tener ultra actividad en ciertos casos, es decir, regir para después del cese de la UC.

**13.7.8.** Si a la muerte de uno de los convivientes hubiera quedado sin cumplir la división de bienes acordada en el pacto convivencial, entendemos que lógicamente pri-

mero habrá que cumplir la misma para luego liquidar en su caso la comunidad post-régimen y, por último, la herencia.

#### 14. Otros aspectos en los que incide la unión convivencial

Para terminar, a continuación enunciamos otros tópicos y artículos del Código nuevo que aluden a la UC, ubicados fuera del Título III del Libro Segundo “Relaciones de familia”:

1. Legitimación para solicitar la declaración de incapacidad o de restricción de capacidad mientras la convivencia no haya cesado (art. 33 inc. b).
2. Legitimación para solicitar la declaración de inhabilitación por prodigalidad (art. 48).
3. Legitimación para prestar el consentimiento informado para atención médica en caso de que el otro conviviente esté absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad y no la haya expresado anticipadamente (art. 59).
4. Legitimación para decidir sobre las exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar, si el conviviente fallecido no expresó su voluntad y esta no es presumida, pero no puede dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad (art. 61).
5. El cónyuge viudo que usa el apellido del otro cónyuge debe dejar de usarlo si constituye unión convivencial (art. 67).
6. Legitimación para ejercer acciones de protección del nombre y reparación del daño en caso de fallecimiento del conviviente (art. 71).
7. Legitimación para solicitar la declaración de ausencia (art. 80). Los frutos de los bienes administrados por el curador deben ser utilizados para el sostenimiento del conviviente (art. 83).
8. El juez no puede conferir la tutela dativa a su conviviente (art. 108 inc. a).
9. No puede ser tutor el conviviente de quien tenga pleito con el niño, niña o adolescente que requiere la designación de tutor (art. 110 inc. h).
10. A falta de previsión, el juez puede nombrar curador al conviviente (art. 139).
11. Uno de los convivientes no puede integrar el órgano de fiscalización ni certificar los estados contables de la asociación cuya comisión directiva esté integrada por el otro conviviente (art. 173).
12. Legitimación para solicitar la afectación al régimen de vivienda. Si hubiera beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, en el juicio en el que se resuelve la atribución de la vivienda (art. 245).
13. Legitimación para ser designado beneficiario del régimen de vivienda (art. 246 inc. a). También pueden serlo los ascendientes y descendientes del conviviente.
14. El constituyente que vive en unión convivencial inscripta no puede, sin la conformidad del conviviente, transmitir ni gravar el inmueble afectado al régimen

- de vivienda. Si el conviviente se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, se exige autorización judicial (art. 250).
15. El constituyente que vive en unión convivencial inscrita no puede solicitar la desafectación y cancelación de la inscripción del régimen de vivienda sin el asentimiento del conviviente. Si este se opone, falta, la desafectación debe ser con autorización judicial (art. 255 inc. a).
  16. Legitimación para oponerse a la solicitud de desafectación del régimen de vivienda pedida por la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, caso en el cual debe resolver el juez lo que sea más conveniente (art. 255 inc. b).
  17. El funcionario público no puede autorizar instrumentos en los que su conviviente sea personalmente interesado (art. 291).
  18. El conviviente del oficial público no puede ser testigo en los instrumentos públicos que este autorice (art. 295 inc. a).
  19. El derecho alimentario entre cónyuges cesa si el alimentado inicia una unión convivencial (art. 433).
  20. La prestación alimentaria post-divorcio cesa si el beneficiado vive en unión convivencial (art. 434).
  21. La convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor del conviviente, excepto oposición fundada (art. 585). Durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor (art. 586).
  22. Los convivientes pueden adoptar solo si lo hacen conjuntamente (art. 602), pero la adopción puede ser unipersonal si el conviviente es incapaz o tiene restricción de capacidad y la sentencia le impide prestar consentimiento válido para el acto (art. 603).
  23. Legítima para la adopción de integración (arts. 619 y 620). El hijo del conviviente que sea mayor de edad puede ser adoptado (art. 597 inc. a), aunque la diferencia de edad entre adoptante y adoptado no alcance los dieciséis años (art. 599).
  24. El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos convivientes (art. 641 incs. b y c).
  25. El conviviente que vive con el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente debe, en su carácter de progenitor afín, cooperar en su crianza y educación, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de cese de la unión, el progenitor afín en determinados casos debe una cuota alimentaria asistencial al hijo afín (arts. 672-676).
  26. El conviviente supérstite tiene la obligación de realizar inventario en caso de muerte del otro progenitor, cuando haya un hijo sujeto a responsabilidad parental (art. 693).
  27. Los convivientes se deben alimentos entre sí (arts. 718 y 719).

28. En caso de cese de la UC, el juez puede adoptar medidas provisionales relativas a los convivientes y los hijos durante el proceso, y también medidas provisionales relativas a los bienes (arts. 721-723).
29. Las ropas y muebles de uso indispensable del conviviente están excluidos de la garantía común de los acreedores (art. 744 inc. a).
30. El conviviente goza del beneficio de competencia (art. 893).
31. Incurrir en ingratitud el donatario que atenta contra la vida o la persona del conviviente del donante (art. 1571 inc. a).
32. El conviviente está legitimado para reclamar indemnización por fallecimiento (arts. 744 inc. g, 1741 y 1745).
33. Origen legal del derecho real de habitación gratuito del conviviente supérstite (art. 1894).
34. La participación como autor, cómplice o partícipe de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del conviviente del fallecido es causa de indignidad (art. 2281 inc. a). No es indigno quien haya acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión si la víctima del delito es conviviente del acusador (art. 2281 inc. c).
35. No tiene lugar la sucesión del cónyuge en caso de matrimonio contraído *in extremis*, salvo que sea precedido de una unión convivencial (art. 2436).
36. El conviviente del testador no puede ser testigo del testamento (art. 2481).
37. El conviviente de quien no puede suceder por testamento tampoco puede suceder por testamento, reputándose que existe interposición de persona sin admitirse prueba en contrario (art. 2483).
38. No corre el curso de la prescripción entre convivientes durante la unión convivencial (art. 2543).

# Donación a herederos legitimarios. Acción de reducción. Plazo. Aplicación del Código Civil y Comercial

Dictamen elaborado por el escribano **Diego Maximiliano Martí**, aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (expte. 16-641-15).

## 1. Doctrina

- *En el marco de una donación efectuada a los hijos (o en favor de los descendientes en línea recta a los que hubiese correspondido el ejercicio del derecho de representación en caso de haberse tratado de la sucesión del donante) antes del 1 de agosto de 2015, el derecho de propiedad del donatario se encuentra consolidado en su patrimonio, dado que ingresó a él bajo un régimen cuya interpretación ampliamente mayoritaria lo hace perfecto.*
- *En tales supuestos, el régimen del Código Civil y Comercial, que entrará en vigor el 1 de agosto de 2015 y que prevé distintos alcances que el régimen actual (del Código de Vélez) respecto de las acciones de protección de la legítima, no resulta de aplicación, puesto que ello implicaría darle a la ley un efecto retroactivo que lesionaría el derecho de propiedad del donatario, de jerarquía constitucional.*
- *El plazo previsto en el artículo 2459 del Código Civil y Comercial no consiste en un plazo de prescripción adquisitiva, sino que la norma regula una especie de inoponibilidad o restricción de ejercicio de la acción, no resultando así de aplicación lo normado por el artículo 2537 de dicho cuerpo legal.*

## 2. Antecedentes

Viene en consulta el escribano C. respecto de la eventual observabilidad de los títulos de propiedad de dos unidades funcionales, integrantes del mismo inmueble general, causados en sendas donaciones gratuitas efectuadas por un padre a favor de sus hijas, a la luz de la Codificación Civil y Comercial que comenzará a regir a partir del 1 de agosto del corriente año 2015, fundamentalmente en cuanto a los efectos que tendrá respecto de las donaciones habiendo fallecido el donante con anterioridad a dicha

fecha e incluso para el caso de no haber fallecido para entonces. Así, formula las siguientes consultas:

- 1) Si es de aplicación el nuevo régimen, que prevé distintos alcances respecto de las acciones de protección de la legítima, en el caso de que el donante haya fallecido con anterioridad a la vigencia del nuevo Código.
- 2) Si el plazo previsto en el artículo 2459 ha de computarse recién desde el 1 de agosto del corriente año o si es factible interpretar que su cómputo debe efectuarse desde el comienzo de la posesión, aun antes de la vigencia del nuevo ordenamiento.
- 3) Si puede considerarse que el donatario tiene, en todos los casos, aun cuando no hubiera fallecido el donante, un derecho de propiedad cuyos alcances están protegidos a letra expresa por la Constitución Nacional y que configura un “derecho adquirido” que no puede ser vulnerado por la modificación de los alcances de las acciones de protección de la legítima que trae el nuevo Código.

El consultante acompaña la documentación pertinente, de la que surge que el inmueble se encuentra ubicado en el partido de San Isidro, provincia de Buenos Aires, con frente a la calle Fondo de la Legua [...] y a la calle Acceso Norte n° [...], entre las de [...], y está edificada en los lotes 23-A de la manzana 3, y 7 y 8 de la manzana A, posteriormente unificados según el plano de propiedad horizontal en la parcela 7-A de la manzana 3. La afectación al régimen de la Ley 13512 data del 4 de junio de 2004 y el inmueble se compone de tres unidades funcionales.

La UF 1 fue **donada a M. A. G. B.**, y la UF 2 fue **donada a C. C. G. B.**, ambas simultáneamente a la afectación a propiedad horizontal (es decir, el **4 de junio de 2004**), mientras que la UF 3 es de titularidad registral de R. E. G., quien construyó a su costa el edificio, hoy fallecido, habiéndose dictado declaratoria de herederos en diciembre de 2009, en la que se declaró que le suceden en carácter de universales herederas sus hijas M. A. G. B. y C. C. G. B. y su cónyuge M. C. B. (en los términos de práctica).

Expresa luego clara y fundadamente su opinión al respecto, la que esquematiza tratando por separado la situación previa a la sanción del [Código Civil y Comercial de la Nación](#), la situación posterior a ella, y la situación intertemporal (esto es, conforme a lo dispuesto por el art. 7 del CCCN, similar al art. 3 del CCIV), en especial respecto del cómputo de los plazos de prescripción.

Así, respecto de la **situación previa**, invoca la doctrina emanada de los numerosos dictámenes de esta Comisión que siguieron la línea de lo dispuesto en el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal de 1912, en autos “Escary c/ Pietranera”<sup>1</sup>, conforme a la que el [Código Civil](#) organiza un doble sistema de protección de la legítima, estableciendo la posibilidad del ejercicio de una acción de cola-

1. [N. del E.: publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata “Donaciones a herederos forzosos”, diciembre 2010, pp. 65-71].

ción (en valores) entre coherederos, y la del ejercicio de una acción de reducción (en especie) que los legitimarios afectados podrían ejercer respecto de quienes no lo son, con carácter reipersecutorio, y en virtud de la cual el notariado ha considerado mayoritariamente observables los títulos entre cuyos antecedentes obra una donación a quienes no son hijos del donante –o, agregamos, a aquellos que no son descendientes en línea recta a los que hubiese correspondido el ejercicio del derecho de representación, en caso de haberse tratado de la sucesión del donante–, hasta tanto transcurran los plazos de las prescripciones liberatorias o adquisitivas pertinentes.

En cuanto a la **situación posterior** a la sanción de la Codificación Unificada Civil y Comercial (octubre de 2014), explica que, conforme a lo dispuesto por los artículos 2386, 2458 y concordantes, se otorga en forma expresa acción de reducción entre coherederos cuando fuere afectada la legítima de alguno de ellos en beneficio de otro, mediante la donación de un bien inmueble o mueble registrable. Tal acción es reipersecutoria y puede ser ejercida respecto del donatario así como de los subadquirentes del bien, de modo que en el nuevo régimen todas las donaciones quedan en un pie de igualdad.

Agrega el consultante en su opinión que la acción prescribe a los 5 años de la muerte del donante (en alusión a lo dispuesto por el art. 2560), y que también opera (a tenor de lo normado por el art. 2459), a los 10 años de efectuada la donación (“de la posesión”, refiere la norma), prescripciones que, al ser más breves que las establecidas en el régimen actual, de 10 y 20 años respectivamente, habrían de ser computadas desde la vigencia del nuevo ordenamiento (conforme lo dispuesto por el art. 2537).

Luego, refiriéndose a la **cuestión intertemporal** y al modo de considerar el **cómputo para la prescripción**, nos dice que el artículo 7 del **nuevo ordenamiento** dispone la aplicación inmediata de la normativa, en función de lo cual entiende que los alcances de las acciones afectarían a las donaciones efectuadas bajo la vigencia del régimen anterior únicamente si el donante fallece luego de la entrada en vigor de la nueva normativa, lo que dejaría a salvo la situación sometida a consulta por haberse ya producido dicha circunstancia (el fallecimiento del donante), agregando que su criterio no es compartido por otros colegas, quienes sostendrían que aun en este caso se encuentran afectadas las donaciones efectuadas con anterioridad.

Por otro lado, con relación la **situación posterior** a la sanción, trae a colación el consultante trae a colación lo dispuesto por el artículo 2459, que, bajo el título de “prescripción adquisitiva”, haría pensar que se ha legislado una prescripción adquisitiva especial, acortándose para el supuesto previsto en la norma la prescripción general (de 20 años), lo que haría además aplicable la norma del artículo 2537, que establece que los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior, excepto que por esa ley (la anterior) se requiriese de un mayor tiempo que aplicando la nueva, en cuyo caso la prescripción se consideraría cumplida una vez transcurrido el tiempo designado por las nuevas

leyes (contado desde el día de su vigencia). En tal escenario debería computarse un plazo de diez años a partir del 1 de agosto de 2015.

Sin embargo, opina que, a pesar de su título, el texto del artículo 2459 parece prever otra cosa al establecer que la acción de reducción no procede contra el donatario ni el subadquirente que hayan poseído la cosa donada durante diez años, y sería –según entiende el consultante– que se habría legislado una especie de inoponibilidad o restricción de ejercicio de la acción respecto de quien esté en posesión por más de diez años, y que, de ser así, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 7, a partir del 1 de agosto no habría ya acción respecto de quien ha poseído por más de diez años. Resume su opinión en el sentido de que el nuevo régimen no es de aplicación al supuesto del donante fallecido con anterioridad a su vigencia, aunque admite que no resulta del todo claro si el artículo 2459 regula un caso de prescripción adquisitiva especial más corto y si, como tal, debe ser computado desde la vigencia del nuevo ordenamiento, o si, por el contrario, regula un supuesto de inoponibilidad o restricción del ejercicio de la acción respecto del que ha poseído la cosa por 10 años (posibilidad esta última que considera más conveniente). Finalmente, con evidente razón y sentido de justicia, expresa que el título perfecto del donatario no puede ser menoscabado por la modificación de los alcances de las acciones de protección de la legítima que norma el nuevo ordenamiento.

### 3. Consideraciones

Son tres, como quedó expresado, los interrogantes que plantea el consultante:

- 1) Si el nuevo régimen, que prevé distintos alcances que el actual respecto de las acciones de protección de la legítima, **resulta de aplicación en caso de que el donante haya fallecido con anterioridad al comienzo de su vigencia.**
- 2) Si el plazo previsto en el artículo 2459 **ha de computarse recién desde el 1 de agosto de 2015 o** es si corresponde hacerlo **desde el comienzo de la posesión.**
- 3) Si puede considerarse que **el donatario tiene** en todos los casos, aun cuando no hubiera fallecido el donante, **un derecho de propiedad** cuyos alcances están protegidos a letra expresa por la Constitución Nacional, **invulnerable por una reforma legislativa posterior** a su adquisición.

#### 3.1. *Las donaciones en el nuevo Código*

La solución que trae el Código Civil y Comercial de la Nación que comenzará a regir el 1º de agosto de este año, más allá de que la compartamos o no, e incluso independientemente de las eventuales modificaciones de que sea objeto, es clara y está dada por los artículos 2386, 2458 y 2459.

El artículo 2386<sup>2</sup> –con fuente en el artículo 2340 del [Proyecto de 1998](#), aunque se aparta en la solución– no hace distingo según la persona del donatario (es decir, ya no resulta relevante para la ley si la donación fue en favor de un “tercero” o de un hijo), dado que se puede accionar por reducción incluso si la donación fue realizada a “un descendiente o al cónyuge”. Estas donaciones deben reducirse si su valor excede de la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario.

Por su parte, el artículo 2458<sup>3</sup> –reconoce su fuente en el artículo 2406 del Proyecto de 1998– deja en claro el efecto reipersecutorio de la acción de reducción, que podrá ejercerse contra los “terceros adquirentes” (no solo en lo que a inmuebles se refiere, sino respecto de todo tipo de bienes registrables). Es de destacar que se prevé expresamente que tanto el donatario como el subadquirente podrán detener la acción reipersecutoria si desinteresan al legitimario satisfaciendo el valor de la lesión en la cuota legítima, no obstante lo cual estos títulos merecerán para la circulación similar reproche al basado en el artículo 3955 del Código de Vélez (aunque, como quedó dicho, aplicado a todas las donaciones de bienes registrables).

En relación con el artículo 2459<sup>4</sup>, respecto del que el consultante plantea legítimamente la duda en cuanto a si prevé una prescripción adquisitiva (tal como lo indica su título), que sería especial ya que disminuye el plazo previsto en el mismo ordenamiento para la prescripción adquisitiva general (de 20 años), o si regula en realidad una especie de inoponibilidad o restricción de ejercicio de la acción respecto de quien esté en posesión por más de diez años: de la letra del artículo pareciera surgir claramente que no dispone sobre prescripción sino sobre inoponibilidad, pero abona la duda la parte pertinente de los [fundamentos del anteproyecto](#) al respecto, en cuanto allí se expresa que

Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve. De este modo se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico.

Es indiscutible que, a tenor de lo dispuesto por el artículo 2459, el título de donación resulta inatacable luego de transcurridos diez años desde la toma de posesión del bien donado, pero no es tan claro el porqué de la disposición. Los fundamentos

2. Art. 2386 CCCN: “Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso”.

3. Art. 2458 CCCN: “Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

4. Art. 2459 CCCN: “Prescripción adquisitiva. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901”.

del anteproyecto y el título del artículo coinciden en orientarse hacia la prescripción adquisitiva breve, pero no resultan suficientes precisamente frente a la letra de la norma en cuestión, en la que no hallamos elementos como para considerar que pueda siquiera asimilarse al supuesto previsto por el artículo 1905<sup>5</sup> (referido a la sentencia de prescripción adquisitiva), se trate de la normada en el artículo 1898<sup>6</sup> (prescripción adquisitiva breve –que es a la que aluden los fundamentos, aunque a tenor de lo dispuesto por el art. 1902<sup>7</sup> el título de donación no configuraría “justo título”, ya que no emana de un otorgante incapaz o que no esté legitimado–) o de la del artículo 1899<sup>8</sup> (prescripción adquisitiva larga); no se requiere de un proceso contencioso ni del dictado de una sentencia, sino que el donatario adquirió porque se le donó, y no puede reivindicársele el inmueble porque lo poseyó por 10 años; tampoco necesita oponer excepción de prescripción como defensa, sino que, reiteramos, la acción no procede, y el donatario (o el subadquirente) no tiene más que invocar esta norma para evitar ser molestado con relación a su derecho de propiedad.

Nos inclinamos entonces a pensar que está en lo cierto el consultante, ya que no nos hallamos en presencia de una defensa que deba oponer el demandado, sino que lisa y llanamente se trataría de una acción improcedente, de una inoponibilidad o de una restricción de ejercicio de la acción.

### 3.2. *Problemática del derecho transitorio*

A poco de andar, resulta claro que es fundamental aquí el tema del derecho transitorio o intertemporal, problemática jurídica de antigua data que ha tenido diversas

5. Art. 1905 CCCN: “Sentencia de prescripción adquisitiva. La sentencia que se dicta en los juicios de prescripción adquisitiva, en proceso que debe ser contencioso, debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo. La sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión. La resolución que confiere traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva debe ordenar, de oficio, la anotación de la litis con relación al objeto, a fin de dar a conocer la pretensión”.

6. Art. 1898 CCCN: “Prescripción adquisitiva breve. La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de dos años. Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título”.

7. Art. 1902 CCCN: “Justo título y buena fe. El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto. La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial”.

8. Art. 1899 CCCN: “Prescripción adquisitiva larga. Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión. También adquiere el derecho real el que posee durante diez años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes”.

soluciones en nuestro derecho, pero que la unificación civil y comercial mantiene en el artículo 7<sup>9</sup>, en términos similares a los del artículo 3 del *Código Civil*<sup>10</sup> (no en la letra original de Vélez, sino en su texto conforme a la modificación introducida por la Ley 17711). Al respecto, coincidimos también con el consultante en cuanto a que el nuevo ordenamiento dispone la aplicación inmediata de la normativa, pero tenemos nuestras reservas respecto de su postura en el sentido de que, por tal motivo, los alcances de las acciones afectarían a las donaciones efectuadas bajo la vigencia del régimen anterior si el donante no hubiese fallecido al momento de la entrada en vigor de la nueva normativa.

La norma dispone que se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes (no así a las relaciones o situaciones jurídicas anteriores en sí mismas –sí, por supuesto, a las nacidas desde su vigencia–), y modifica lo dispuesto en el artículo 3 del *Código Civil* –en que se inspiró– solo respecto de lo referido a los contratos en curso de ejecución y las nuevas normas supletorias. Solo se admite, de manera excepcional, el efecto retroactivo que la propia ley disponga (en tanto no afecte derechos de jerarquía constitucional) y la aplicación de normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

En un interesante artículo, Ernesto E. Nieto Blanc, comentando el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal en pleno, de fecha 21 de diciembre de 1971, en autos “Rey, José J. c/ Viñedos y Bodegas Arizu SA”<sup>11</sup>, hace un profundo análisis respecto de la aplicación retroactiva de la ley y de sus efectos inmediatos, distinguiéndolos de aquella, problemática que refiere como “conflicto de las leyes en el tiempo”. Nos dice allí que la nueva norma tiene una doble vigencia, que distingue en “fuerza abstracta” (obligatoriedad) por un lado y “efecto material” (aplicación concreta) por el otro, que pueden o no coincidir.

Yendo a la letra del artículo 7 (“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...”), se impone aquí detenernos en el significado de los conceptos de “relaciones jurídicas” por un lado y “situaciones jurídicas” por el otro. Nieto Blanc, luego de referirlos como términos poco claros, cita al respecto a Roubier<sup>12</sup>, quien define la situación ju-

9. Art. 7 CCCN: “Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

10. Art. 3 CCIV: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”. (Texto según Ley 17711. Texto anterior: “Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”).

11. *La Ley*, t. 146, p. 273.

12. ROUBIER, Paul, *Droits subjectifs et situations juridique*, París, Dalloz, 1963, §19, p. 138).

rídica como un “complejo de derechos y de deberes, de prerrogativas y de cargas, que se crea sobre la base de un hecho, estado o acto, y que engendra efectos jurídicos”, siendo esta el género del que la “relación jurídica” es la especie, y consiste en “una relación directa entre dos personas”. Y apunta que no es lo mismo “hechos jurídicos” que “situaciones jurídicas”, siendo estas últimas provocadas por aquellos, pudiendo incluso ser varias las situaciones derivadas de un hecho único. Resulta relevante la distinción en cuanto a cómo pueden producirse los efectos o consecuencias en cada caso, a fin de determinar la legislación que les será aplicable; así, deviene menester atender a la fuente generadora del derecho en cuestión en cada caso.

En cuanto a la “consecuencia”, nos dice el autor que el término no puede referirse a alguno de los elementos que componen la relación o situación jurídica, ya que es precisamente un hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro, por lo que –concluye– la relación o situación jurídica es la que le da origen. El hecho generador debe valorarse con el prisma de la ley del momento y no con el de la posterior. Que la ley produzca efecto inmediato implica mantener los hechos cumplidos (eficacia e inalterabilidad de los mismos).

Continúa el artículo 7 diciendo “Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario...”. La norma deviene inaplicable por retroactiva tanto si priva de derechos en el pasado como si priva de derechos a futuro en razón de un hecho pasado. No está prohibida la retroactividad sino acotada conforme a sus efectos (sigue el texto legal de marras): “La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...”. En el punto resulta de sumo interés la nota de Vélez al artículo 4044 (derogado por la Ley 17711), en la que enseña que

En la teoría de la no retroactividad de las leyes, es preciso no atender solamente al interés de los particulares. Debe siempre compararse las ventajas e inconvenientes del interés público y del interés privado [...] el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir. **La nueva ley deberá entonces ser aplicada aun a las consecuencias de los hechos anteriores, que sólo son meras expectativas y no derechos ya adquiridos.**

Huelgan las explicaciones sobre la última frase.

Entre las soluciones extremas, esto es, la plena retroactividad (con la consiguiente afectación de la seguridad jurídica) o la plena ultraactividad (con la dilación del progreso social que supondría), se esgrimen por el autor las alternativas intermedias, que en la historia del derecho transitorio han sido dos: a) el método subjetivo, que pone el énfasis en los derechos adquiridos (y no en las meras expectativas o simples esperanzas o facultades no ejercidas) y fue el adoptado por Vélez; y b) el método objetivo, adoptado en la reforma de 1968, que se centra en los hechos que dan lugar por un lado a la adquisición de los derechos y por el otro a la existencia de los

mismos. En el primer caso las leyes no pueden ser retroactivas, mientras que en el segundo se atiende al ciclo de la situación jurídica, conformado por tres momentos: nacimiento, efectos y extinción.

En este esquema Nieto Blanc distingue:

- 1) Las situaciones jurídicas ya creadas o extinguidas al tiempo de dictarse la nueva ley, que esta no puede modificar.
- 2) Las situaciones jurídicas en curso de formación (continuas o con elementos sucesivos) o de extinción al tiempo de dictarse la nueva ley, que son regidas por esta en cuanto a lo que es propio de su efecto inmediato, respetándose lo ya realizado al amparo de la ley anterior.
- 3) Los efectos de las situaciones jurídicas anteriores ya cumplidos al entrar en vigencia la nueva ley, que no puede modificarlos bajo pena de retroactividad.
- 4) Los efectos futuros de situaciones jurídicas anteriores, que la nueva ley regula a causa de su efecto inmediato, sin que por ello exista retroactividad. Aquí se suelen distinguir las situaciones legales de las contractuales, no quedando las consecuencias de estas últimas sujetas a tal efecto inmediato, en virtud de regir en materia de contratos la autonomía de la voluntad.

El inconveniente de este método sería que no siempre resulta sencillo distinguir la situación jurídica de sus efectos o consecuencias.-

Volviendo ahora al esquema citado por el consultante a renglón seguido de la duda que se genera en torno del artículo 2459, en cuanto a si prevé una prescripción adquisitiva o si regula en realidad una especie de inoponibilidad o restricción de ejercicio de la acción respecto de quien esté en posesión por más de diez años, debemos detenernos en el artículo 2537<sup>13</sup>, tomado principalmente del artículo 4051 de Vélez (que resulta incluso más claro que el nuevo), que establece que los plazos de prescripción en curso al momento de la entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior, excepto que por esa ley (la anterior) se requiriese un mayor tiempo que aplicando la nueva, en cuyo caso la prescripción se consideraría cumplida una vez transcurrido el tiempo designado por las nuevas leyes (contado desde el día de su vigencia). Asiste la razón a la opinión vertida en la consulta –como anticipábamos– en cuanto a que el nuevo régimen no es de aplicación al supuesto del donante fallecido con anterioridad a su vigencia, y pensamos que no se regula en el artículo 2459 un caso de prescripción adquisitiva especial más corto (que, como tal, debería ser computado desde la vigencia del nuevo ordenamiento), sino un supuesto de inoponibilidad o restricción del ejercicio de la acción respecto del que ha poseído

13. Art. 2537 CCCN: “Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior.”

la cosa por 10 años. Es importante tener presente que el artículo 2560<sup>14</sup> del Código Civil y Comercial reduce el plazo ordinario decenal aún vigente al plazo genérico cinco años.

Finalmente, y en relación al último de los interrogantes planteados en la consulta, resulta de interés lo expresado en los votos afirmativos al resolver la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Amigo, Pedro Gerardo c/ Carlos Alberto Oviedo s/ ordinario”<sup>15</sup> respecto, entre otras cuestiones, del conflicto entre la validez intertemporal de la ley y los derechos amparados por garantías constitucionales. El tema de fondo era la aplicación de una norma arancelaria posterior al desarrollo de la tarea profesional de un letrado. Allí la Corte decidió declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y dispuso que los actuados volviesen al tribunal de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento, remitiéndose para ello a los fundamentos y conclusiones del **dictamen** del señor procurador fiscal, Felipe Daniel Obarrio, que hizo suyos, y en los que puede leerse:

-IV- [...] si bien es cierto que la decisión de temas vinculados con la validez intertemporal de normas de derecho local constituye materia ajena al recurso extraordinario (*Fallos*: 310:315 y 1080; 311:324; 312:764; 320:378), y que el principio de no retroactividad de las leyes establecido por el artículo 3 del Código Civil no tiene jerarquía constitucional y, por tanto, no obliga al legislador (*Fallos*: 315:2999), no lo es menos que **la facultad de legislar hechos pasados no es ilimitada, ya que la ley nueva no puede modificar o alterar derechos incorporados al patrimonio al amparo de una legislación anterior sin menoscabar el derecho de propiedad consagrado en el artículo 17<sup>16</sup> de la Constitución Nacional** (*Fallos*: 305:899). En tal sentido es necesario recordar que V. E. ha señalado reiteradamente que **para que exista derecho adquirido y, por tanto, se encuentre vedada la aplicación de la nueva ley, es necesario que su titular haya cumplido –bajo la vigencia de la norma derogada o modificada– todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata**, aun cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo (*Fallos*: 296:723; 298:472; 304:871; 314:481). En consecuencia, es necesario en cada caso indagar el momento o la época en que se cumplió el hecho, acto o relación jurídica que engendró y sirvió de fundamento a la obligación, ya que esta circunstancia determinará cuál es la legislación aplicable [...] nace una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto, que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida, o modi-

14. Art. 2560 CCCN: “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

15. CSJN, 10/5/2005, “Amigo, Pedro Gerardo c/ Carlos Alberto Oviedo s/ ordinario” (expte. A. 944. XXX-VII), con el voto de los ministros Enrique Santiago Petracchi, Augusto César Belluscio, Carlos Santiago Fayt (en disidencia), Antonio Boggiano (en disidencia), Juan Carlos Maqueda (en disidencia), Eugenio Raúl Zaffaroni (según su voto), Elena Inés Highton de Nolasco, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen María Argibay (en disidencia). [N. del E.: ver texto completo del dictamen del procurador fiscal [aquí](#); ver sentencia, voto del Dr. Zaffaroni y voto en disidencia de los Dres. Argibay, Boggiano, Fayt y Maqueda [aquí](#)].

16. Art. 17 CN: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley...”.

ficada, por ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado por el artículo 17 ya citado (*Fallos*: 306:1799; 319:1915; 324:2966). La decisión que recae tiene un mero carácter declarativo y no constitutivo del derecho, por lo que mal puede considerarse que deba aplicarse la ley vigente a esa época sin afectar, inconstitucionalmente, derechos ya nacidos y consolidados al amparo de una legislación anterior.

#### 4. Conclusiones

A tenor de lo expuesto en las consideraciones que anteceden, concluimos:

- 1) Que, en tanto el derecho de propiedad del donatario se encuentra consolidado en su patrimonio dado que ingresó a él bajo un régimen cuya interpretación ampliamente mayoritaria lo hace perfecto, **el régimen del Código Civil y Comercial, que entrará en vigor el 1 de agosto de 2015 y que prevé distintos alcances que el régimen actual (del Código de Vélez) respecto de las acciones de protección de la legítima, no resulta de aplicación al caso traído en consulta**, puesto que ello implicaría darle a la ley un efecto retroactivo que lesionaría su derecho de propiedad, de jerarquía constitucional.
- 2) Que, no tratándose del cómputo de un plazo de prescripción (adquisitiva, en el particular) sino de una especie de inoponibilidad o restricción de ejercicio de la acción, **el plazo previsto en el artículo 2459 ha de computarse desde el comienzo de la posesión** y no desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.
- 3) Que, dado que la ley nueva no puede modificar o alterar derechos incorporados al patrimonio al amparo de una legislación anterior sin menoscabar el derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional, podría considerarse que **el donatario tiene en todos los casos, aun cuando no hubiera fallecido el donante, un derecho de propiedad cuyos alcances están protegidos a letra expresa por la Constitución Nacional, invulnerable por una reforma legislativa posterior a su adquisición, que de ese modo no podría aplicarse retroactivamente.**

En virtud de ello, los títulos traídos en consulta **no resultarán observables** a partir del 1 de agosto de 2015 por los argumentos que la motivaran.

# Historia del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

(Capítulos VI, VII, VIII, IX y X)

Álvaro Gutiérrez Zaldívar

**Sumario: CAPÍTULO VI. 1. Inspección de Protocolos. 1.1. El Departamento de Inspección de Protocolos. 1.2. La Comisión Asesora y los inspectores. 2. El Archivo de Protocolos. 2.1. Su origen. 2.2. El Archivo de Actuaciones Notariales. 2.3. ¿Qué paso después? 2.4. El nuevo edificio para el Archivo de Protocolos. 2.5. Las funciones del Archivo. CAPÍTULO VII. TEMAS DE INTERÉS Y ALGO MÁS SOBRE LAS CASAS DEL COLEGIO. 1. Introducción. 2. La utilización de máquinas de escribir. 3. Testimonios en fotocopias. 4. La historia de la tinta. 5. La certificación de firmas. 6. La certificación de documentos. 7. La seguridad en los instrumentos. Las hojas del protocolo. 8. Las casas del Colegio. 9. Dos obras fuera de lo común. CAPÍTULO VIII. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE. 1. Introducción. 2. Historia y desarrollo del Registro. 3. Leyes registrales. 3.1. La Ley 1276. 3.2. La Ley 1893 de 1886. 3.3. Ley 16885. 3.4. Ley 17050 de 1966. 3.5. Ley 17417 de 1967. 3.6. Ley 17801 de 1968. 4. Los escribanos y el Registro de la Propiedad. 4.1. Situación antes de la Ley 17801. 4.2. Registros constitutivos y declarativos. CAPÍTULO IX. LA FUNCIÓN NOTARIAL EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. 1. El acceso. 2. La capacitación. 3. Primer Centro Institucional de Mediación del Colegio. CAPÍTULO X. LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO. 1. Introducción. 2. Principios que deben tenerse en cuenta. 2.1. La jurisdicción personal. 2.2. El notario funcionario a sueldo del Estado. 2.3. El notario que a su vez puede ser litigante. 2.4. La permanencia en el cargo. 2.5. El examen de oposición. 2.6. El secreto profesional. 2.7. Numerus clausus. 3. El notariado latino es un sistema. 4. Principios jurídicos y éticos de la función notarial. 5. Los países miembros de la Unión. 6. Deber de asesoramiento e imparcialidad. 7. La jurisdicción voluntaria en la competencia notarial. 7.1. El Congreso de Buenos Aires de 1973. 7.2. El Congreso de Cartagena de Indias de 1992. 8. Nacionalidad. 9. El documento notarial. 10. El notariado argentino. 11. Diferencias en el trabajo profesional. 12. De libros digitales y notarios.**

## CAPÍTULO VI

### 1. Inspección de Protocolos

#### 1.1. *El Departamento de Inspección de Protocolos*

El Departamento fue creado el 3 de octubre de 1949, de acuerdo con lo previsto por la Ley 12990 de 1947.

Desde sus comienzos, los inspectores a cargo de este departamento no solo controlaban el estado de los protocolos y las escrituras, también recibían consultas, aclaraban dudas y asesoraban sobre la forma de proceder en determinadas situaciones. Hoy, responden consultas directas sobre temas del protocolo, aun cuando el acto no haya sido realizado. Ha habido años en los que el Departamento ha recibido más de 5.000 consultas (en forma personal y telefónica).

Con la finalidad de cumplir con su labor docente y señalar parámetros de cumplimiento, el Departamento ha participado a lo largo de los años en talleres organizados por la Comisión de Capacitación, con disertaciones a cargo de los inspectores. En años recientes se destacan: el taller que analizó la modificación del artículo 1002 del Código Civil; otro sobre automotores, licencias de taxis y certificados registrales.

Las tareas del Departamento han sido reguladas a través de diversos reglamentos internos. Uno de los últimos que se hizo fue en el año 1998, posteriormente reformado con motivo de la sanción de la Ley Orgánica del Notariado de la Ciudad de Buenos Aires en el año 2000.

El Departamento ha elaborado comunicaciones especiales con pautas sobre cambios legislativos, testamentos y resoluciones del Consejo Directivo. En el año 2005 envió a los escribanos de la jurisdicción un libro con resoluciones, dictámenes, reglamentos y las observaciones más frecuentes, para facilitar la tarea de los escribanos. Y en el año 2011 elaboró un vademécum con las formas de subsanación establecidas para distintos casos.

## 1.2. *La Comisión Asesora y los inspectores*

La Comisión Asesora de Inspección de Protocolos está integrada por consejeros en ejercicio y hasta cuatro exconsejeros. Los inspectores de protocolos son designados mediante concurso de oposición y antecedentes. El cargo de mayor jerarquía dentro del Departamento debe ser obtenido por concurso entre los Inspectores. Por otra parte, el reglamento establece que los cargos de jefes e inspectores de protocolos serán cubiertos por escribanos con dedicación exclusiva. Dichos cargos son incompatibles con el ejercicio de la función notarial y quienes los desempeñen se encuentran comprendidos en las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Ley 404.

Resaltamos estos aspectos porque creemos que los países y las instituciones deben tener una memoria histórica, que se transmite de generación en generación; y a los escribanos nos interesa saber y recordar cómo nacieron y qué cambios han ido teniendo las estructuras que funcionan en nuestro Colegio.

Antes, la inspección de las notarías de la Capital Federal estaba a cargo del presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil (art. 222 Ley 1893 de Organización de los Tribunales de la Capital Federal). La atribución de esta función al Colegio de Escribanos fue otorgada por la Ley 12990; y ello, unido a la potestad disciplinaria, dio al Colegio la posibilidad de organizar el Departamento de Inspección.

El Consejo Directivo del período 1948-1952 llamó a un concurso de oposición y antecedentes para cubrir cuatro cargos de inspectores de protocolo; se presentaron más de cien postulantes. Como resultado de este concurso se confeccionó la primera nómina de escribanos inspectores. Con los años, el número de inspectores aumentó a la par del aumento del número de escribanos.

Al poner en funciones a los primeros cuatro elegidos, el presidente del Colegio de ese momento les dijo –con otras palabras–: “Ustedes no formulan cargos, sino que efectúan observaciones; la decisión en cada caso la debe tomar el Consejo Directivo”. Esa fue y es la norma que se sigue.

Esta importante delegación legal del control del ejercicio de la función notarial le permite al Consejo Directivo dictar resoluciones y emitir dictámenes con carácter vinculante, cuyo cumplimiento es obligatorio para los escribanos de la demarcación. Las pautas de evaluación de expedientes acordadas por la Comisión Asesora de Inspección de Protocolos y aprobadas por el Consejo Directivo generan antecedentes aplicables a casos similares. Esas pautas son revisadas periódicamente por el Departamento, quien eleva la propuesta de resolución al Consejo Directivo.

La forma de proceder de los inspectores y su eficaz labor desarrollada por más de cincuenta años han permitido que en la Ley 404 se continuara con el mismo sistema.

Periódicamente se realizan concursos para incorporar nuevos inspectores. El escribano que es verificado tiene ante sí a un colega, con los mismos conocimientos, pero experto en controles y con una metodología para ello. En muchos casos ya ha desempeñado la función notarial y tiene el mismo objetivo que el inspeccionado: preservar la seguridad jurídica.

Para desempeñar el cargo de inspector de protocolos en la Ciudad de Buenos Aires se requiere título universitario y estar inscripto en la matrícula notarial. El aspirante debe rendir un examen teórico-práctico.

## **2. El Archivo de Protocolos**

### *2.1. Su origen*

Con la sanción de las leyes de Organización de los Tribunales de la Capital Federal (Ley 1144 de 1881, y Ley 1893 de 1886) –a las que ya nos hemos referido–, se creó el Archivo General de los Tribunales, a cargo de un escribano. En este lugar se debían guardar los protocolos de las escribanías existentes, con excepción de los correspondientes a los cinco últimos años, que permanecerían en poder del escribano respectivo. A dicha oficina competía, además, el archivo de los expedientes obrantes en los juzgados, secretarías y demás oficinas judiciales.

## 2.2. *El Archivo de Actuaciones Notariales*

Por Decreto-ley 6848/1963, se dispuso que el Archivo de Actuaciones Judiciales y Notariales dependiera del Poder Ejecutivo, por intermedio de la Subsecretaría de Justicia. El artículo 24 autorizaba a establecer con el entonces Colegio de Escribanos de la Capital Federal el sistema a seguir para la guarda de los protocolos notariales.

El problema que había en ese momento era el mismo que tuvimos hasta hace poco: con el correr del tiempo, el espacio que ocupaba el Archivo originario en Tribunales se colmó, con 54.953 tomos de protocolos notariales, que abarcaban desde el año 1901 hasta el año 1960. Actualmente, los protocolos anteriores al año 1901 están resguardados en el Archivo General de la Nación, como patrimonio histórico. Son 3.235 tomos.

El 20 de abril de 1971 se sancionó la [Ley 19016](#), que autorizó al Poder Ejecutivo a celebrar un convenio con el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, mediante el cual se le asignaba a dicha entidad la regencia del Archivo de Protocolos Notariales. Esta ley también establece que los protocolos notariales son propiedad del Estado, lo que ya estaba reglado por el artículo 307 de la Ley 1893, el artículo 17 de la Ley 12990 –y actualmente por el artículo 32 de la Ley 404–.

El 6 de septiembre de 1971 se suscribió el convenio, y, para cumplir con esta obligación, el Colegio compró el edificio de Alsina 2274/88.



**Tomos de protocolo en el Archivo de Alsina 2280**



**Los depósitos del Archivo en la casa de Alsina**

Los primeros protocolos que se recibieron comprendían el período 1901-1960 de 584 registros notariales y los protocolos de los años 1901-1956 de 9 registros de marina. Asimismo, en las Escribanías quedaban otros 31.769 tomos, correspondientes a los años 1961-1969, que fueron ingresando a partir de junio de 1973. El 10 de septiembre de 1973 quedó inaugurado formalmente el Archivo de Protocolos Notariales de la Capital Federal.

### 2.3. *¿Qué paso después?*

Hasta 1999 se realizó la recepción de tomos con el mismo sistema: se recibían los protocolos de cada año, quedando los de los últimos cinco años en poder de los escribanos. Luego, la recepción se complicó; algunos años no se pudieron recibir y hubo otros en los que se recibieron dos años juntos (p.ej.: en 2010 se recibieron los correspondientes al 2001 y al 2002, o sea, estábamos bastante atrasados). En ese momento el Colegio tomó otro inmueble en alquiler, por la falta de espacio.

Al año 2001 había depositados: 203.005 tomos correspondientes a registros notariales, 118 tomos correspondientes a escribanos del entonces Territorio Nacional de Tierra del Fuego, 468 tomos correspondientes a registros de escribanos de marina, 42 tomos de títulos y 6 cajas de documentación perteneciente al ex Consejo Agrario Nacional, 335 tomos y 3 cajas de documentación pertenecientes a la ex Dirección General de Tierras, y 7 tomos de escrituras de secretarios de los juzgados federales de la Capital.

En el año 2011 había 273.927 tomos notariales, que comprendían hasta el año 2004 inclusive. También había tomos de este tipo en otro local, alquilado por el Colegio (Alsina 2650): eran 13.506. A ese local se trasladaron solo los protocolos más antiguos, que abarcaban desde 1901 al 1929; y luego 6.783 más, correspondientes a los años 1930 a 1938.

El problema de la falta de espacio fue el que dio origen a la creación de este Archivo a cargo de nuestro Colegio, que se separó del Archivo de Actuaciones Judicial-

les y Notariales –que antes funcionaban conjuntamente en el Palacio de Justicia de la calle Talcahuano–.

Hoy tenemos un nuevo edificio destinado al Archivo, adquirido por nuestro Colegio; los cálculos que se hicieron al momento de comprarlo estimaban que podrían ingresar allí protocolos por otros 60 años, a razón de 9.000 tomos anuales. Se tomó como base la existencia de 50.000 tomos en las escribanías, que abarcaban los años 2003-2010.

#### 2.4. *El nuevo edificio para el Archivo de Protocolos*

El hecho de que el tema haya permanecido tantos años irresuelto no se debe a que haya sido pospuesto; por el contrario, los sucesivos Consejos Directivos analizaron distintas posibilidades a lo largo de los años:

- 1) Construir un depósito en el subsuelo de la plaza que se ubica enfrente del edificio de Alsina. Se descartó porque debajo de ella hubo hace muchos años un cementerio. Además, se dependía de una autorización de los poderes públicos.
- 2) Comprar un edificio que nos garantizara que por su estructura, acceso y ubicación por no menos de 40 años.
- 3) Construir un depósito en un predio ubicado debajo de una autopista porteña, que sería concedido por el Gobierno de la Ciudad. Pero los costos para adecuar este espacio, que debían correr por cuenta del Colegio, eran casi tan elevados como los de una compra. Además, la concesión tenía otros problemas en cuanto a su plazo de vigencia.
- 4) Alquilar en lugar de comprar. Significaba alquilar algo más grande que lo que necesitábamos en ese momento, por el ingreso anual permanente de tomos.
- 5) Descentralizar el Archivo en diferentes edificios alquilados.

Finalmente, luego de una resolución aprobada previamente por la Asamblea celebrada el 3 de marzo de 2011, el Colegio adquirió el edificio sito en la calle Chorroarín 731/37/51 de la Ciudad de Buenos Aires, con el fin de utilizarlo como Archivo de Protocolos, manteniendo también el de la Calle Alsina.

Se ha planeado usar el nuevo edificio con una operativa distinta a la que tiene el de la calle Alsina; básicamente será utilizado como depósito de los tomos más antiguos. Se apunta es que una vez pedidos uno o varios protocolos para revisar, que por su antigüedad estén en Chorroarín, se los traslade a Alsina, donde podrán ser estudiados por los escribanos que los hayan pedido. De esta forma se bajarían notablemente los costos, ya que al nuevo edificio van los tomos que por su antigüedad son menos consultados.

Algunos de nosotros pensamos que el Colegio tiene a su cargo la guarda y conservación de los protocolos, pero no la obligación de comprar los edificios. No obstante, también sabemos que los únicos problemas que podemos solucionar, y no siempre, son aquellos en los que nos involucramos.



**Frente del edificio de la calle Chorroarín 731**

El Colegio está manejado por personas elegidas por sus pares, y ha demostrado con el correr de los años haber elegido gente capaz de llenar vacíos y tomar decisiones. A lo largo del tiempo, cada grupo de escribanos que hoy están en ejercicio de su función recibió lo hecho por otros Consejos y otros escribanos, y a su vez tratan de solucionar los problemas que se pueden presentar a los que vengan en el futuro.

Muchos de los escribanos actuales que comparten ahora el esfuerzo de la compra de Chorroarín no eran escribanos cuando se compró, y seguramente muchos de los que ayudaron a comprar Alsina hoy no están. Tratamos de formar una cadena que se prolongue en el tiempo.

En el año 2014 el edificio de Chorroarín tenía los protocolos de los años 1901 a 1964; un total de 68.728 tomos; y en el edificio de Alsina, los años 1965 a 2009, con un total de 246.975 tomos para protocolo A, B y fojas especiales. Total general: 315.703 tomos.

Es importante hacer notar que la palabra “archivo” da la idea de algo estático, de cosas que quedan inmóviles en un lugar y rara vez se tocan. En el Archivo de Protocolos la situación es la contraria, su actividad es dinámica.

Cabe resaltar que en los más de 40 años de vida, el Archivo nunca generó una responsabilidad para el Colegio por errores u omisiones o defectos en su funcionamiento.

Sus tareas principales son: a) expedición de documentación; b) exhibición de la documentación; c) recepción de protocolos. Posteriormente, como consecuencia de diversas situaciones, se incorporaron las tareas de: d) reencuadración de los protocolos; e) otras de “conservación”.

## *2.5. Las funciones del Archivo*

Nuestro Archivo no solo recibe, sino que guarda y muestra.

Algunos de los tomos más antiguos tienen treinta centímetros de ancho y con el uso se han desarmado; el Archivo los encuaderna de nuevo. Esos tomos guardan la historia del país y de su gente. Hoy está prohibido encuadernar tomos con esas dimensiones.

El Colegio ha dictado varias normas en relación con el estudio de títulos y así quedó prohibida la utilización de estilográficas, bolígrafos, marcadores y similares en las salas de consultas. También está prohibido efectuar correcciones, anotaciones, llamadas o referencias en los protocolos, por cualquier medio que fuere, y tomar cualquier tipo de reproducción. La sala de consultas está permanentemente monitoreada por cámaras y personal de seguridad y prevención. Toda anotación marginal o constancia deberá ser requerida al Archivo. Los protocolos sólo pueden ser consultados por personas habilitadas. Para pedir la exhibición de escrituras que contengan actos de última voluntad, se debe cumplir, además, con requisitos especiales.

## **CAPÍTULO VII - TEMAS DE INTERÉS Y ALGO MÁS SOBRE LAS CASAS DEL COLEGIO**

### **1. Introducción**

A lo largo de los años, los problemas que no requerían una ley para ser resueltos fueron solucionándose con la intervención del Colegio de Escribanos y el tribunal que ejerce la Superintendencia del Notariado. En este capítulo comentaremos algunos de ellos, y también hablaremos de las Casas del Colegio.

### **2. La utilización de máquinas de escribir**

Hasta el año 1950 todas las escrituras que se hacían en el protocolo debían ser hechas a mano, lo que luego quedó sin efecto –ya explicamos que en sus orígenes el Código Civil obligaba al escribano a redactar las escrituras personalmente–. También se autorizó que al hacer una nueva escritura no hubiera que comenzar en la misma hoja en la que terminaba la anterior (escrituras encadenadas: terminaba una y al final de la misma foja se debía empezar con la siguiente). A raíz de esta modificación se podía empezar la nueva escritura en la hoja (foja) siguiente, no debiendo utilizarse el espacio comprendido entre la terminación de una y el comienzo de la otra. Este sistema era más conveniente, porque si alguna vez se extraviaban fojas de una escritura, esto no perjudicaría la escritura siguiente, y al hacerse en una nueva hoja impedía que los firmantes de una escritura se enterasen de los actos que la antecedían y la sucedían. Fueron dos cambios importantes.

En agosto de 1950 se permitió por primera vez la utilización de las máquinas de escribir en el protocolo. La decisión no se tomó sin meditación. En ese momento los testimonios ya se hacían a máquina, pero el protocolo se escribía a mano. El Colegio consultó a un gabinete de expertos antes de dar la autorización, y este contestó que el nuevo sistema era mejor y más seguro.



**Máquina de escribir Underwood**  
(*Gentileza:* Museo Notarial Argentino)

El fiscal de Cámara manifestó:

El sistema apareja ventajas prácticas para el ejercicio de una profesión tradicionalmente respetable, cuyos procedimientos pecan a veces de arcaicos y rutinarios, en desacuerdo con el veloz ritmo que caracteriza a la contratación en las épocas actuales.

Se estableció asimismo que el nuevo sistema no excluía el manuscrito, o sea, la reforma era optativa, a criterio de cada escribano. Hoy parece una broma, pero en los años cincuenta fue una revolución.

El Colegio exigió el registro de las máquinas de escribir, que se iban a utilizar en cada escribanía y un control sobre la tinta que se debía usar. Se estableció que algunas escrituras podían hacerse a mano y otras a máquina indistintamente, pero en todos los casos se debía terminar con el mismo sistema con que se había comenzado.

El artículo 3 de la resolución disponía:

Ningún escribano de registro podrá optar por el sistema mecanografiado sin denunciar previamente al Colegio de Escribanos las marcas y números de las máquinas en uso, adjuntando reproducción completa de todos los signos gráficos de las mismas, como así también poner en conocimiento del Colegio el retiro por cualquier causa de las máquinas denunciadas o el cambio total o parcial de sus tipos.

Solo permitían el uso de dos tipos de letras. También se estableció que los caracteres mecánicos debían tener como mínimo dos milímetros de altura, no pudiendo dejarse claros entre una palabra y otra, ni mayor espacio que el propio de la máquina. Se prohibía en la numeración el adverbio “bis”, así como cualquier otra forma que implicara repetir la numeración.

Doce años después, en 1962, se eliminó el artículo tercero sobre el registro de las máquinas en el Colegio y lo establecido con respecto a la altura de las letras.

### 3. Testimonios en fotocopias

En el año 1952 se autorizó a dar testimonios con sistemas fotográficos (fotocopias). Al principio, muchas escribanías no quisieron utilizarlos porque el sistema trabajaba sobre mojado y las letras quedaban en blanco sobre fondo negro; con el transcurso del tiempo las páginas se pegaban y al separarlas se salían las letras. Recién cuando el sistema de fotocopias evolucionó empezaron a entregarse en forma regular testimonios en fotocopias. Hoy casi todos los testimonios son impresos en computadoras. Antes de la utilización del sistema de computadoras, se usaban los testimonios en fotocopias para evitar una nueva revisión entre el protocolo y la copia.

Frente a la situación actual, el trámite para hacer un poder en esos años era lento. Primero, la compañía que pedía el poder lo pasaba en forma manuscrita al libro de actas de directorio, luego llegaba a la escribanía y una mecanógrafa lo copiaba al protocolo; después, junto con otra persona, confrontaba lo escrito con el libro de actas: nombres, números, comas, facultades. Se pasaba al protocolo y se firmaba, se hacía el testimonio nuevamente a máquina y se volvía a confrontar con la escritura matriz. Este último paso podía saltarse haciendo fotocopias.

La resolución que permitía utilizar fotocopias establecía que estas podían hacerse en comercios ubicados fuera de las escribanías, salvo las disposiciones de última voluntad (testamentos), que solo podían fot copiarse en la propia escribanía.

Las reproducciones no podían ser mayores o menores que un 15 % del original.

Hoy casi todas las escrituras se hacen mediante ordenadores (computadoras), y se utilizan impresoras. El Colegio sigue controlando su utilización. Se consultó a la Dirección de Pericias de la Gendarmería Nacional en relación con la seguridad, permanencia e indelebilidad de las escrituras obtenidas con impresoras del tipo “láser” y por inyección de tinta para la confección de documentos públicos en los protocolos notariales: a partir del año 2000 se prohibió la utilización de impresoras láser en los documentos notariales. El Consejo resolvió prohibir su uso en la ejecución de documentos notariales, por no ser seguras en lo que respecta a la durabilidad de la impresión adherida al papel.

Como se ve, se avanzaba y se avanza con cautela.

#### 4. La historia de la tinta

El artículo 204 de la Ley 1893 (año 1886) establecía: “Sólo se usará para las escrituras y testimonios tinta negra y sin ingredientes que puedan corroer el papel, atenuar, borrar o hacer que desaparezca lo escrito”. Sin embargo, la ley no decía nada del instrumento con el cual debía ser usada la tinta: pluma de ganso, lapicera fuente, plumas cargadas en un tintero o lo que fuere. El problema era el bolígrafo. En la provincia de Buenos Aires estaba autorizado su uso, pero esa jurisdicción no estaba alcanzada por la ley que organizaba los tribunales de la Capital. Con los años, el Colegio fue dictando circulares en relación con este punto.

Hoy, la Ley 404 establece en su artículo 62 que la tinta o la impresión deben ser indelebles y no alterar el papel, y que los caracteres deben ser fácilmente legibles. Es la primera referencia o modificación por medio de una ley desde el siglo XIX. Este artículo también trae un cambio con respecto a las escrituras comenzadas a máquina o manuscritas:

Los documentos podrán ser completados o corregidos por un procedimiento diferente al utilizado en su comienzo, siempre que fuere alguno de los autorizados. Si se optare por comenzar en forma manuscrita, ésta deberá ser empleada en todo el instrumento.

En el año 2004 una resolución del Consejo Directivo (acta n° 3247) estableció que

Todo documento que sea extendido en el protocolo, sea en forma manuscrita o por medios mecánicos, deberá hacerse y suscribirse utilizando exclusivamente tinta líquida de color negro o azul negro fijo, mediante pluma fuente o esferógrafo, quedando prohibida la utilización de tintas de base grasa.

#### 5. La certificación de firmas

Hasta fines del año 1971, los escribanos de la Capital Federal no usaban ningún libro para certificar firmas. Utilizaban un sello en el cual asentaban debajo de la firma el nombre de la persona que había firmado y algún otro dato. Se dejaba constancia de que la firma había sido puesta en presencia del escribano.

No había copia de estos documentos, el escribano firmaba y ponía su sello en el documento original que le devolvía al requirente. No quedaba un soporte documental ni en la escribanía ni en otra parte que tuviera la fecha, tipo de contrato, convenio, carta o lo que fuera. Tampoco los documentos de identidad del firmante, domicilio y demás. No quedaba nada en donde constara el requerimiento de la certificación. En muchas escribanías usaban una tarjeta con datos, que hacían llenar al cliente con el nombre del cónyuge, los datos de sus padres, las fechas de nacimiento, el domicilio y el número de documento; no era obligatorio, pero por precaución los hacíamos llenar. Era un sistema peligroso.

En septiembre de 1971 el Consejo dispuso la creación del libro de registro de firmas. Se debía utilizar a partir del mes de diciembre del mismo año. Se dispuso la utilización de un libro de grandes dimensiones, casi del tamaño de una mesita de café o de un cuadro mediano, que tenía 250 fojas y posibilitaba la realización de mil actas –entraban cuatro certificaciones por página–. Cada escribano tenía derecho a pedir un libro, sin discriminar si era titular o adscripto. En esa época existía la categoría de escribanos autorizados, que también podían tener el libro.

Este libro marcó un cambio importante: la certificación se hacía en una foja de actuación notarial. El Museo Notarial Argentino conserva uno de ellos, enorme en comparación con el que usamos actualmente. Esos libros debían ser conservados durante un número determinado de años en el Archivo de Protocolos y luego podían ser incinerados por el Colegio.



**Diferencia de tamaño evidente entre aquel libro de la década del 70 y un libro de requerimientos actual**

Solo se podía pedir un libro por vez, lo mismo que ahora. El Colegio entregó, junto con la resolución, un modelo de certificación para ayudar en la operatoria.

En el año 1980 se hizo un nuevo reglamento, que incluía algunas modificaciones y en 1985, otro más. En julio de 1990 se redactó un texto ordenado de las disposiciones sobre certificación de firmas. De allí surge la obligación de conservar el libro por un plazo, vencido el cual el escribano puede seguir guardándolo o entregarlo al Colegio para su destrucción.

Para esa época el libro había disminuido su tamaño, tenía 200 fojas que permitían 200 actas. Las certificaciones podían hacerse en el libro o en el protocolo pero las certificaciones del libro debían ser hechas en un acta de “certificación especial”, no en hojas de actuación notarial. En 1991 se reformaron dos artículos del reglamento con relación a las fojas que debían utilizarse.

En 1992, por resolución del Consejo Directivo, se creó un sistema de fojas móviles, que no podían ser compartidas, eran personales de cada escribano. El artículo 30 suprimía el sistema del libro, que podía seguir siendo usado hasta terminarlo, siempre que ello ocurriera antes del 31 de diciembre de 1993, fecha en la cual sería

obligatoria la utilización de las fojas móviles. Después se resolvió que los dos sistemas podían coexistir, y que cada escribano podría elegir el que prefiriera.

La resolución de 1992 (hojas móviles) prohibía la utilización de papel carbónico para la certificación (lo mismo pasaba con el libro y sus copias); cuando se llegaba a 500 actas había que encuadernarlas. Debían ser guardadas por el escribano en su escribanía durante diez años y, al cabo de ese plazo, podía optar por conservarlas o darlas al Colegio para su destrucción. La destrucción solo puede ser hecha por el Colegio de Escribanos.

Había una diferencia entre esta reglamentación y la del libro cuando la firma estaba puesta en un documento en blanco, lo que se solucionó en la citada Ley 404.

El uso de estas hojas era optativo; sobre ello hubo una circular del 15 de marzo de 1993, que dispuso que el que quisiera adoptar el nuevo sistema de fojas móviles debía comunicarlo expresamente al Colegio.

Por resolución 151/1998 se dispuso, en relación con las fojas móviles, que

El plazo de encuadernación será de un año a contar desde la fecha de la última acta a encuadernar. El tipo de encuadernación, con los datos reglamentarios establecidos, será similar a la de los Protocolos o Libros de requerimientos.

Por circular del 22 de marzo de 2000 volvió a reformarse el artículo 23 del reglamento: se prohibió la utilización de papel carbónico y se permitió, en el caso de actas labradas en los libros, utilizar sellos para completarlas.

El 15 de junio del año 2000, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó la Ley 404, que en su Sección Tercera (“Documentos extraprotocolares”), Capítulo II, incorporó disposiciones sobre certificaciones de firmas y documentos.

Hasta el año 1986, para certificar firmas se utilizaron hojas que no tenían normas de seguridad; estaban numeradas y con letras de serie en el margen superior izquierdo debajo de los escudos con texto en color azul; traían renglones preimpresos. Desde el año 1994 a la fecha, las hojas tienen normas de seguridad, filigranas, hilo de seguridad, resistencia al borrado y son numeradas. Se eliminaron los renglones preimpresos; se incorporó una numeración marginal del 1 al 25 y el texto impreso en color verde.

El 19 de septiembre del 2014 se redactó un nuevo reglamento unificado.<sup>1</sup>

1. “Art. 2. El requerimiento de la certificación podrá ser formalizado en escritura pública, en las actas extendidas en el libro de requerimientos o en las hojas especiales que provee el Colegio de Escribanos. Art. 3. Cada escribano podrá optar por usar el sistema de libro de requerimientos o de hojas especiales. La elección de un sistema excluye al otro, pero no la posibilidad de certificar por escritura pública. Art. 5. Cada escribano podrá tener su propio libro de requerimientos o sus propias hojas especiales de certificación de firmas, aun cuando se trate de titular o adscriptos de un mismo registro notarial. El escribano titular y los escribanos adscriptos a un registro notarial pueden utilizar el libro de requerimientos y las hojas especiales del otro escribano, dejando expresa constancia en el requerimiento y en la hoja de certificación de que así lo hacen. En el caso de certificación por libro de requerimientos podrá consignarse en forma abreviada en el espacio disponible para

## 6. La certificación de documentos

Hasta el año 1985, cuando los escribanos certificaban una copia o una fotocopia de un documento ponían en forma manuscrita, a máquina o con un sello que la copia que se certificaba era “copia fiel de su original” que habían “tenido a la vista”. No se utilizaba una hoja especial provista por el Colegio, se dejaba constancia directamente en la fotocopia.

Por resolución del 30 de octubre de 1985 el Consejo Directivo dispuso la utilización obligatoria de una foja especial, que al principio era del tamaño normal y luego quedó en media foja. Tenía un texto preimpreso en color verde. Obligaba a una vinculación entre la hoja y el documento certificado, dejándose constancia de su número y letra. Si las copias integraban un cuerpo, solo se agregaba a la última.

En 1994, por resolución del Consejo Directivo, se reformó el reglamento para la certificación de copias.

## 7. La seguridad en los instrumentos. Las hojas del protocolo

Pese a que puede parecer una situación de importancia relativa para el que no esté al tanto de nuestro trabajo, queremos hacer una mención sobre el control que tiene nuestro Colegio sobre los protocolos. Nos referimos en esta parte a las hojas en blanco, antes de que se efectúen sobre ellas las escrituras correspondientes. Tradicionalmente el protocolo lleva los escudos, letras y líneas en color rojo. Las hojas de actuación notarial las tienen en color verde.

Esas hojas no tenían normas especiales de seguridad. A partir del año 1981 empezaron a ser confeccionadas por la Casa de la Moneda; el papel era especial de ese origen, con sello a lo largo y ancho, con el logo de esa institución. En 1986 se incorporó una cinta de plata coincidente con el margen izquierdo. Las hojas tenían renglones preimpresos, sin numeración a los costados. Entre los años 1986 y 1994 esto se fue modificando: se instalaron nuevos sistemas de seguridad, se eliminaron los renglones y se incorporó la numeración de 1 a 25, a la misma altura que correspondía a los renglones eliminados. De 1994 en adelante se cambiaron algunos diseños, las medidas de seguridad y la composición del papel; también se agregó un hilo de seguridad metálico. Seguíamos utilizando los colores rojo y verde. Hoy se adquieren a una empresa especializada en este tipo de documentos.

---

el número del libro. Art. 6. Cuando el requerimiento de certificación se formalice en el protocolo, guardará las formas de la escritura pública y deberá contener como mínimo las constancias que establecen los artículos 1001 y 1002 del Código Civil, la Ley 404 y el artículo 29 de este reglamento. En este caso las certificaciones se expedirán utilizándose las hojas comunes de actuación notarial y tendrán el tratamiento de las copias reguladas en el artículo 105 y siguientes de la Ley 404. En la matriz se mencionará la expedición de la certificación consignándose el número de las hojas de actuación utilizadas y se expedirán tantas copias como documentos cuyas firmas se certifican”.



Fojas vigentes de testimonio y de protocolo

## 8. Las casas del Colegio

En esta parte haremos referencia a algunas situaciones que no fueron incluidas en el libro *Las casas del Colegio*, por ser posteriores a su publicación; por ejemplo, la compra del edificio de Chorroarín.

Desde su fundación en 1866 hasta el año 1924 el Colegio no tuvo oficinas propias. La primera casa que adquirió fue en la calle Suipacha 769. Hoy existe allí un edificio de varios pisos donde funciona el Boletín Oficial.

En 1877 la sede del Colegio estaba en los altos de la calle Rivadavia n° 48 (alquilado). En 1881 alquilan un lugar en el pasaje Roverano, altos del n° 557 de la calle Hipólito Yrigoyen, antes Victoria. De acuerdo a información encontrada, en 1897 –año de fundación de la *Revista del Notariado*–, el Colegio funcionaba ahí.

Este edificio todavía existe, con algunos cambios. Está situado con dos entradas y salidas; se halla en avenida de Mayo 560 e Hipólito Irigoyen 561 de la Ciudad de Buenos Aires. Dos hermanos, Ángel y Pascual Roverano, inauguraron en 1878 un edificio de dos plantas y subsuelos. En la planta baja se ubicó una galería con locales que fueron ocupados casi totalmente por oficinas de abogados. En el edificio contiguo –el Cabildo– funcionaban diversos tribunales, especialmente la Cámara en lo Civil, que utilizaba la parte del Cabildo que se demolió con la ampliación de la avenida de Mayo. Esto se hizo para los festejos del centenario.<sup>2</sup>

2. En 1888 comenzaron los trabajos de apertura de la avenida de Mayo, que quedó ubicada entre las calles Rivadavia y Victoria (hoy Hipólito Yrigoyen), siendo expropiadas y demolidas varias construcciones que avanzaban sobre el nuevo trazado. Al pasaje Roverano lo hemos visto también denominado como Palacio Roverano.



**El umbral del pasaje Roverano,  
con la misma arquitectura de un siglo atrás**

Dos de las primeras construcciones demolidas parcialmente fueron el Cabildo y este pasaje. Nuestro Colegio estuvo ahí antes de que se hiciera esta reforma. El primitivo edificio del pasaje se mantuvo hasta el año 1912, siendo luego adaptado para conservar su acceso por la avenida de Mayo. La reforma fue inaugurada en 1918.

Luego el Colegio tuvo los siguientes domicilios temporarios.

- 1905: hemos encontrado una mención de que se usó temporalmente un local en la Calle Victoria 536. En la cuadra de enfrente al pasaje Roverano.
- 1910: Rivadavia 789.
- 1914: avenida de Mayo 776.
- 1921: avenida de Mayo 1190.
- 1924: primer casa propia en la calle Suipacha.

La sede actual está en avenida Callao 1542, a la que se anexaron los edificios de avenida Callao 1540 y avenida Las Heras 1833. La nota interesante es que estos tres edificios están situados en la “suerte de chacras” que le tocó en el reparto a Juan de Garay, fundador de la Ciudad de Buenos Aires.



**Fachadas de los edificios de Callao 1540 y 1542**



**Edificio de Las Heras 1833,  
proyecto del arquitecto Clorindo Testa**

Nuestro Colegio cuenta hoy con otros dos edificios, que funcionan principalmente como sedes del Archivo de Protocolos; desde 1971 el de Alsina 2280 y desde 2011 el de la calle Chorroarín.



**El Archivo de Protocolos  
en el edificio de Chorroarín 731**



**El edificio del Archivo de Protocolos Notariales  
en la calle Alsina 2280**

Sedes por orden cronológico:

- A. 1877: Rivadavia 48-Altos (alquilado).
- B. 1881: en los altos del n° 557 de la calle Hipólito Yrigoyen, antes Victoria; pasaje Roverano.
- C. 1905: Victoria 536 (misma cuadra).
- D. 1910: calle Rivadavia 789.
- E. 1914: avenida de Mayo 776.
- F. 1921-1923: avenida de Mayo 1190.
- G. 1924: el 20 de junio obtuvo su primer edificio propio, en la calle Suipacha 769.
- H. 1952: se adquirió el de avenida Callao 1542.
- I. 1970: se compró la casa de avenida Callao 1540, mediante un convenio de permuta con el Estado Nacional. Se entregó como parte de pago otro edificio que tenía el Colegio a una cuadra de distancia, en Ayacucho 1578/1580. Hoy las tres casas, las dos de Callao y la de las Heras están internamente comunicadas.
- J. 1971: el 14 de junio se adquirió otro terreno para destinarlo al Archivo de Protocolos, en la calle Alsina 2278.
- K. 1986: se compró la casa ubicada en avenida Las Heras 1833/37, la que fue posteriormente demolida para dejar lugar a la construcción del actual edificio de 9 pisos.
- L. 2011: se compró el edificio de Chorroarín, que funciona principalmente como Archivo de Protocolos. Ahí también se toman los exámenes anuales a los aspirantes a ejercer el Notariado.



#### Ubicación de las chacras distribuidas por Juan de Garay en el año 1580

Como curiosidad, diremos que encontramos en un número de la *Revista del Notariado*, de 1965, la mención a una asamblea con el resultado de votación más ajustado que hemos visto. Se celebró el 5 de agosto de 1965, para decidir la compra de un terreno para construir una casa más grande para el Colegio. En ese momento teníamos solo la casa de Callao 1542.

El Consejo informó sobre la posibilidad de adquirir un nuevo edificio social e informó la suscripción de un boleto provisional de compraventa del terreno, ad referendum de la asamblea. El predio estaba ubicado en Lavalle 1659/71.

La asamblea finalmente rechazó el proyecto de compra por 155 votos contra 146 y 1 abstención.

Por curiosidad lo fuimos a ver, para saber qué había pasado con el terreno, y encontramos un edificio con un gran frente en propiedad horizontal.



Otra vista de las fachadas de Callao 1540 y 1542



La fachada completa de Las Heras 1833



## 9. Dos obras fuera de lo común

En la casa de Callao 1540 tenemos lo que llamamos el salón Soldi, a lo largo de toda una pared con un tamaño de doce metros de largo y cerca de cuatro metros de alto, donde se encuentra un cuadro pintado y donado al Colegio por Raúl Soldi en 1972. Había sido diseñado como telón de fondo para representar la obra de Molière *Las mujeres sabias* en el teatro Nacional Cervantes. La obra se salvó de un incendio sucedido en este teatro. El pintor la firmó en el Colegio y le agregó un panel pequeño para completar la totalidad de la pared, del lado donde termina la obra, ya sobre la calle Callao.



Salón Soldi del Colegio y su mural

Otra maravilla que tiene el Colegio es el original de la estatua de la Justicia. Una réplica de ella se halla en el Palacio de Tribunales, en la calle Talcahuano. La estatua nos fue donada por el escribano José María Fernández Ferrari, quien luego de ocupar distintos puestos en el Consejo fue presidente de nuestro Colegio. El escultor fue Rogelio Yrurtia y su maqueta fue exhibida por primera vez en 1905. La estatua fue donada por el escultor a su amigo Carlos Delcasse en 1936 –un importante personaje de la época–, para que fuera puesta sobre su tumba. Con el correr de los años la propiedad de la escultura y todo el mausoleo pasó a pertenecer al escribano Fernández Ferrari, que lo regaló al Colegio.

La obra es distinta a las más conocidas representaciones de la Justicia con una balanza; esta no la tiene, como tampoco tiene una venda en los ojos; da una idea de protección, de contención y de piedad. La figura está hecha en bronce, mide tres metros y medio y debe pesar alrededor de mil quinientos kilos.

Es realmente fuera de lo común. Si no fuera porque quiero que me entierren junto con mis padres, mi mujer y mis hijos, ese mausoleo, con esa estatua, es un lugar en el que creo que podría sentirme bien.



Izquierda: Mausoleo del Colegio y la Justicia original.

Derecha: Detalle del rostro y manos de la Justicia

## CAPÍTULO VIII - EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

### 1. Introducción

Uno de los lugares en donde nuestro Colegio ha actuado y actúa en forma exitosa es en la organización de nuestro Registro de la Propiedad Inmueble. El mejoramiento del Registro fue alcanzado en forma simultánea tanto por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal como por el de la Provincia de Buenos Aires, que fueron resolviendo al mismo tiempo los problemas que se fueron presentando.

Varios de los escribanos de la provincia de Buenos Aires que produjeron este cambio quedaron luego vinculados con nuestro Colegio o con el Registro; algunos de ellos estaban en la provincia y luego obtuvieron registros en nuestra ciudad. Destacamos a aquellos que formaron la vanguardia, a los que podríamos llamar los históricos, pero no son los únicos, es una lista muy grande: Bollini, Etchegaray, Falbo, Fontbona, García Coni, Pelosi... entre tantos otros. Algunos, desgraciadamente, no están más; nos queda el privilegio de haberlos conocido y de haber compartido comisiones y equipos con ellos. Finalmente, deseo hacer una mención especial a Edgardo Scotti, quien manejó el Registro por más de veinte años, dando una muestra de talento, imaginación y capacidad fuera de lo común.

## 2. Historia y desarrollo del Registro

La publicidad inmobiliaria se realiza para asegurar los intereses de la comunidad, porque no solo beneficia a las partes contratantes, sino también a los terceros. Nuestro Codificador, Vélez Sársfield, no era partidario de los registros inmobiliarios y por eso solo creó un registro para inscribir hipotecas; creemos que lo hizo porque no pudo encontrar una solución mejor.

Los Registros tienen varios antecedentes históricos, porque siempre se consideró como necesaria la publicidad en materia de derechos reales. Hay referencia a ellos en leyes asirias –1.200 años antes de Cristo–, que disponían la publicidad de los inmuebles más valiosos, con anunciaciones por medio de heraldos. Se daba, además, un plazo de oposición y, en caso de que la transferencia no fuera cuestionada, se redactaba un edicto que hacía caducar los derechos anteriores.

Esto en realidad no era un registro –aunque algún autor lo considera así–, era solo el cumplimiento de formalismos frecuentes en la Antigüedad, que consistían en dotar a los actos más importantes de solemnidades especiales. Estas solemnidades tenían mayor o menor complicación de acuerdo con la importancia del acto; también variaba el número de participantes y sus vestiduras, debiendo portar en algunos casos determinados elementos para que la gente pudiera recordar e identificar el acto que se realizaba. También se buscaba que los testigos fueran jóvenes para que la memoria tuviera mayor proyección en el tiempo.

En Roma la prueba de la calidad de “propietario” estaba dada por la notoriedad en la posesión; publicitaban la adquisición por la ocupación y la tradición. Es cierto que las ciudades no eran muy grandes y había un conocimiento entre las personas, que hoy en los grandes conglomerados no existe.

Por otra parte se afirma que en ciertas regiones de Grecia grababan determinadas operaciones sobre inmuebles en placas. Cuando se constituía una hipoteca se asentaba ese hecho en una piedra que se dejaba en un lugar visible en el fundo. Constaba en ella el nombre del acreedor, el del deudor y la fecha. Posiblemente este tipo de publicidad no era obligatorio, se trataba de una noticia. No había una sanción por incumplimiento. No era una condición de validez, ni daba oponibilidad frente a terceros.

En el derecho germánico –muy posterior– hay dos leyes: una de Prusia y otra de Baviera del año 1822, sobre hipotecas. El derecho era constitutivo, nacía con su registro. Como se dijo anteriormente, Vélez Sársfield creó el registro sólo para hipotecas, porque en ellas no había *traditio*. No tenía otra solución: al mirar una casa no puede deducirse si está o no hipotecada. Entonces, para que pudiera ser opuesta a terceros, debía tener una inscripción registral que diera publicidad a su existencia. En el derecho francés la organización registral tiene varios antecedentes. Consideramos importante una norma de 1855 en la que se ordenaba la transcripción de las transmisiones a título oneroso y la constitución de derechos reales. Con anterioridad y de acuerdo con lo referido por Vélez, la propiedad se transmitía por el solo

contrato sin requerir la tradición. En España los registros de hipotecas funcionan de manera organizada desde finales del siglo XVIII; una cédula hizo extensivo a América el establecimiento de oficios de hipotecas. Vélez los cita como fuente de diversos artículos.

En su Código Civil él consideraba la escritura pública de hipoteca como definitiva con respecto a las partes contratantes, sus herederos y al escribano interviniente, quienes no pueden prevalecerse del defecto de inscripción. Con los terceros la situación era distinta: no les era oponible hasta que estuviera inscrita. Las disposiciones del Código fueron en nuestro país la etapa anterior a la existencia de los registros generales; no obligaba a la inscripción del dominio, usufructo, servidumbres ni demás derechos reales, solo registraba hipotecas. Luego comienza la etapa de los registros locales, aunque –como ya dijimos– había registros anteriores. Estos registros locales regulaban la publicidad en general, no solo de las hipotecas, y fueron cuestionados en cuanto a su constitucionalidad.

El ordenamiento jurídico no concibe la existencia de derechos como los reales sin que los terceros estén en situación de conocerlos. Los registros también regulan el rango y ordenamiento de prioridades, la anotación de providencias cautelares y las certificaciones jurídicas del estado de los inmuebles con notas de reserva de prioridad. La registración, además, exige la continuidad del tracto y da una reserva de prioridad indirecta que resulta de la certificación registral.

En la nota final al Título XIV del Libro Tercero del Código Civil, Vélez da una opinión sobre la situación de ese momento en nuestro país: “Hoy en las diversas provincias de la República, sería difícil encontrar personas capaces de llevar esos registros”.

Algunos fallos consideraron las leyes registrales anteriores a la Ley 17801 como inconstitucionales. Si la obligación de inscribir era inconstitucional, la adquisición era oponible a terceros con la presentación de los títulos, con posesión y tradición.

Vélez le daba importancia no solo al título, a la posesión y a la tradición, sino también a las notas que ponían los escribanos en el título. El razonamiento era: 1) si el inmueble estaba hipotecado, el gravamen estaría registrado; 2) el testimonio debería tener una nota que ponía el escribano al margen del título de propiedad; 3) en caso de constitución de otros derechos reales, como servidumbres o usufructos, la nota marginal constituía la publicidad.

Él decía en una de sus notas: “El cuidado de la legalidad de los títulos que se transmitan queda al interés individual siempre vigilante, auxiliado como lo es en los casos necesarios por los hombres de la profesión”.

### 3. Las leyes registrales

#### 3.1. *La Ley 1276*

En 1879 se dictó la Ley 1276, que estableció el sistema de la publicidad registral para todos los derechos reales inmobiliarios; su ámbito era la provincia de Buenos Aires –todavía no había sido federalizada la Ciudad de Buenos Aires–. Creó un registro en cada uno de los departamentos judiciales de la provincia, a cargo de un abogado o un escribano.

Se tomaba razón de los títulos traslativos de dominio de inmuebles y/o los derechos reales impuestos sobre los mismos. También se registraban los contratos de arrendamientos de bienes raíces por tiempo determinado –esto no existe más, pero se repitió esta disposición en otras leyes (la 1141 y la 1893) y en el proyecto de Código de 1936, basado en el de Bibiloni–. Inscribían también las ejecutorias que dispusieran el embargo de bienes inmuebles o las que inhibían a una persona de la libre disponibilidad de sus bienes –la inhibición en sí es un registro personal, no real, pero todavía hoy se mantiene dentro del Registro de la Propiedad Inmueble y funciona muy bien–.

Se establecía que los documentos solo tendrían efectos contra terceros a partir de la fecha de su inscripción. El artículo 9 disponía

... ningún escribano de registro podrá extender, aunque las partes consintieren en lo contrario, escritura alguna que transmita o modifique derechos reales [...] sin tener a la vista el certificado del encargado del Registro en el que conste el dominio del inmueble y sus condiciones actuales.

El Título XIV de la Ley 1141 de 1881 trataba sobre: “Registro de la Propiedad, hipotecas, embargos e inhibiciones” (arts. 215 a 286). En 1886 fue modificada por la Ley 1893.

El mismo sistema de folio real establecía el proyecto de reforma al Código Civil 1926-1936, basado en el Anteproyecto Bibiloni (1927-33).<sup>3</sup> En la parte que disponía sobre el registro de inmuebles este proyecto señalaba (art. 33):

Cada inmueble será matriculado en el Libro de Inscripciones, en hoja independiente y bajo número distinto. Todas las anotaciones ulteriores se harán en hoja abierta con el primer asiento.

De cualquier forma, el Registro creado por estas leyes ya no se limitaba más a las hipotecas, se inscribían los títulos traslativos de dominio de inmuebles y los derechos reales “impuestos sobre los mismos”. El inciso 2 del artículo 216 establecía: “Los títu-

3. *Proyecto del Código Civil Argentino 1926-1936*, Editorial Lacort, 1938, p. 505.

los en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de hipoteca, usufructo, uso habitación, servidumbre o cualquier otro derecho real...”

### 3.2. *La Ley 1893 de 1886*

La Ley 1893 tenía dos artículos fundamentales para nuestro estudio. El artículo 239 establecía:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil respecto de las hipotecas, los actos o contratos a que se refiere la presente ley sólo tendrán efectos contra terceros desde la fecha de su inscripción en el registro correspondiente...

Y el artículo 240 disponía:

Una vez establecido el Registro creado por esta ley, **ningún escribano podrá extender, aunque las partes lo solicitasen, escritura alguna que transmita o modifique derechos reales sin tener a la vista el certificado del encargado del Registro, en el que conste el dominio del inmueble y sus condiciones actuales, bajo pena de destitución del cargo sin perjuicio de las responsabilidades civiles.**<sup>4</sup>

### 3.3. *Ley 16885 de 1966*

Parece asombroso pero este sistema no tenía reserva de prioridad que permitiera la correcta utilización del certificado obtenido durante un plazo temporal. Esto se mantuvo durante ochenta años si tenemos en cuenta el lapso entre la Ley 1893 y la Ley 16885, sancionada en 1966, que trae un plazo de utilización del certificado. Se agregó al artículo 239 de la Ley 1893 un párrafo que establecía:

Ese efecto se extenderá retroactivamente a la fecha de la escritura en los actos en que se hayan otorgado los certificados del artículo 287, si fue otorgado dentro de los 6 días de la fecha de dichos certificados y se presenta para la inscripción dentro de los 45 días de la fecha de otorgamiento. No se le podrán oponer los embargos, inhibiciones, gravámenes o modificaciones en el dominio posteriores a la fecha de los certificados correspondientes a esos actos.

La ley tenía otro artículo, que se agregaba al 288 de la Ley 1893 y establecía que extendido un certificado, el Registro debía tomar nota y no dar otro a los mismos fines durante el término de seis días, sin una advertencia expresa de los certificados que hubiera despachado, con nombre y domicilio del primer requirente.

4. El destacado es nuestro.

### 3.4. *Ley 17050 de 1966*

Durante los años 1966, 1967 y 1968, con la ayuda e intervención de los Colegios de Escribanos, empezó a mejorar el sistema existente, a toda velocidad y con buenos resultados. El cambio tangible comenzó con la Ley 17050, a través de la cual el Poder Ejecutivo aceptó la colaboración técnica y financiera ofrecida por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal para una profunda reestructuración del Registro de la Propiedad Inmueble. Fue llamada Ley de Colaboración Financiera y Técnica del Colegio de Escribanos de la Capital Federal al Registro de la Propiedad Inmueble –y también Ley Convenio 17050–.

En el mensaje de elevación del proyecto de ley se mencionaba: que era de pública notoriedad la forma deficiente e irregular con la que se había venido desarrollando la actividad del Registro, por las evidentes fallas de un sistema operativo inadecuado y vetusto, que había acentuado la gravedad de la situación; y que esto había provocado un arrastre acumulado de más de cuarenta mil títulos pendientes de inscripción, con más de un año de presentados.

El artículo 1 establece:

Autorízase al Colegio de Escribanos de la Capital Federal, institución de derecho público reconocida por la Ley 12990, a prestar colaboración financiera y técnica especializada al Registro de la Propiedad Inmueble, con el objeto de proveer a su reestructuración y al mejoramiento de sus métodos operativos, sobre bases modernas que permitan su funcionamiento actualizado.

El Colegio buscó la capacitación de los funcionarios existentes, entrenándolos en las nuevas técnicas. Se adquirieron máquinas de alto valor operativo para obtener mayor eficiencia y seguridad.

Ante la situación expuesta y siendo deber del Gobierno salvaguardar la debida prestación del servicio público que el Registro de la Propiedad Inmueble debe prestar a la comunidad, se hace necesario proveer a una completa y profunda reestructuración de su organización y métodos, mediante las reformas legales adecuadas, la capacitación del personal y la incorporación de los elementos que la técnica registral moderna requiere indispensablemente para un eficiente cumplimiento de su función inscriptoria.

En la imposibilidad de proceder con los medios presupuestarios al alcance y dentro de los esquemas legales vigentes a la reestructuración perseguida, el Gobierno [...] por el adjunto proyecto de ley, acepta la colaboración técnica y financiera para llevarlo a cabo que le ofrece el Colegio de Escribanos de la Capital Federal...

Resulta imposible reseñar la labor realizada. Por la multitud de decisiones que se fueron tomando, se comenzó sistematizando los datos con máquinas electromecánicas y electrónicas.

### 3.5. *Ley 17417 de 1967*

Luego llegamos a la Ley 17417. Todavía no estaba la reforma de nuestro Código Civil de 1968, que solucionó el problema de la constitucionalidad. La Ley 17417 fue el primer texto ordenado y completo sobre nuestro Registro desde el año 1886. Tuvo una corta vida –alrededor de un año–, ya que fue desplazada por la Ley 17801.

### 3.6. *Ley 17801 de 1968*

Esta ley es complementaria del Código Civil y comenzó a regir el 1 de julio de 1968. Todavía hoy sigue vigente. Con 46 años sigue siendo una ley de avanzada. –Los apartados siguientes referirán a esta norma–.

## 4. Los escribanos y el Registro de la Propiedad

El Primer Congreso Internacional, celebrado en Buenos Aires en 1948, promovido por nuestro Colegio, declaró la conveniencia de que el Registro de la Propiedad Inmueble se llevara de acuerdo al sistema de folio real, esto es, abriendo una cuenta en cada finca o inmueble individual. Luego, en 1977, el Tercer Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Puerto Rico, recomendó que la inscripción abarcara todos los derechos reales, con excepción de la prenda civil (esta era con desplazamiento y sobre bienes muebles).

En la Universidad Notarial se había creado en 1960 el Instituto de Derecho Notarial, que organizó las Reuniones de Directores de Registros de la Propiedad. Por otra parte, en el Colegio de Escribanos de la Capital funcionaba el Instituto de Derecho Registral, que hoy tiene más de cuarenta años.

Nuestro registro es declarativo, a diferencia de los registros del automotor, que son constitutivos –con los problemas que eso provoca–.

### 4.1. *Situación antes de la Ley 17801*

En el año 1964, en la ciudad de La Plata, se realizó una Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble, convocada por el Instituto de Derecho Registral. Ambos Colegios, el de Capital y el de la Provincia de Buenos Aires, tenían equipos trabajando en el tema. En esos años, el Instituto había pasado a formar parte de la Universidad Notarial Argentina, donde había una cátedra universitaria destinada a la enseñanza del Derecho Registral Inmobiliario. El Colegio de Escribanos de Capital tenía también su propio Instituto de Derecho Registral y una comisión que se encargaba del manejo del convenio-Ley 17050. En esa reunión se le solicitó al Instituto la elaboración de un anteproyecto de Ley Registral Nacional.

En el año 1968, se dictó la Ley 17711 de Reformas al Código Civil, que introdujo el artículo 2505:

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.

El texto solucionaba el problema de la constitucionalidad, pero era conveniente el dictado de una nueva ley registral. En junio de 1968, el Poder Legislativo sancionó la Ley 17801.

#### 4.2. Registros constitutivos y declarativos

Nuestro registro es declarativo, el inmueble queda transferido con la tradición y el título suficiente. Una vez que ha sido inscrita dentro de los plazos y en la forma establecidos por la ley, sus efectos se retrotraen al momento en que se hizo la escritura.

##### 4.2.1. El registro constitutivo

Es notable pero cada tanto aparece una corriente que decide –no se sabe por qué– tratar de convertir nuestro registro en constitutivo, o sea, complicar una situación que tenemos bien resuelta. Tan es así que nuestro sistema es reconocido y ponderado como “el sistema argentino”. Basta con citar el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral.

Por el contrario, nuestro registro automotor se encuentra con que hay una enorme cantidad de poseedores de vehículos circulando sin que los mismos estén registrados a su nombre. En las zonas rurales y en algunos lugares del interior del país esto es común, lamentablemente: autos que han ido pasando de mano en mano sin cambios en el registro y respecto de los cuales sus titulares registrales desconocen dónde están o quién los tiene, con todos los problemas que eso conlleva, tales como accidentes, responsabilidad, pago de tasas e impuestos, seguros, etc. Hace unos años se cambiaron las chapas de los autos por otras de distinto diseño y eso obligó a que muchos poseedores de vehículos no registrados a su nombre salieran a buscar a los propietarios registrales para poder acceder a la nueva chapa.

Por otra parte, el sistema declarativo del Registro de la Propiedad Inmueble nos permite hacer tractos abreviados y la constitución de hipotecas simultáneas con la compra, sin tener que esperar a que primero se inscriba el dominio en un registro constitutivo y luego pedir el préstamo con el que ya se tendría que haber pagado al vendedor. Una de las preguntas que nos podríamos hacer con el sistema constitutivo es: si la adquisición del dominio queda postergada hasta la inscripción registral,

¿cuándo debería el comprador pagar el precio? Al condicionar todo a la inscripción, se retrasarían las mudanzas y traslados de muebles de casas y oficinas. Habría que crear cuentas especiales reteniendo la plata hasta la inscripción, y toda hipoteca constituida antes de la registración quedaría condicionada a la inscripción del título. Si hubiera incumplimiento antes de la inscripción por parte del comprador, ¿a quién se le subastará el inmueble? Si el vendedor cae en insolvencia mientras se tramita, ¿a quién pertenece el inmueble?<sup>5</sup>

Es de hacer notar que la Comisión de Derechos Reales de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), en su despacho por abrumadora mayoría (42 votos contra 4), se opuso al sistema de registro constitutivo de la propiedad inmueble. Lo mismo hizo la Academia Nacional del Notariado. Los integrantes de la comisión reformadora aceptaron los argumentos y dejaron los Registros operando como están en la actualidad.

Al principio, los Registros estaban a cargo de particulares, pero luego, como consecuencia de la Ley 4087 de 1903, pasaron a ser administrados por el Estado; se dispuso que el arancel que se pensaba cobrar sería destinado a la construcción del Palacio de Tribunales. El primer director de ese registro privado fue don Roque Sáenz Peña, que ejerció el cargo entre 1882 y 1887. Era una personalidad trascendente, de joven se había alistado en el ejército de Perú que peleaba junto con el de Bolivia contra Chile. En 1879 participó en la batalla de Arica –donde murieron casi todos los defensores– y fue gravemente herido. Años después fue presidente de la Nación.

La primera finca registrada cuando era director lleva el número uno, tenía salida a dos calles sin nombre, entre Charcas y Santa Fe.

Dos fallos de la Corte Suprema se expidieron sobre el problema de la constitucionalidad antes de la reforma de 1968, porque las leyes locales obligaban a inscribir los títulos para que produjeran efecto contra terceros. Estos fallos fueron “Jorba, Juan y otros c/ Bambicha, Francisco B. y otro” y “Papa, José, administrador definitivo de la testamentaría Susso c/ Sociedad Campagno Hnos.”<sup>6</sup>

El razonamiento de los jueces fue que, de acuerdo con el Código Civil, la transmisión del dominio se consumaba cumpliendo con determinadas condiciones, entre las cuales no estaba la obligación de inscribir en el Registro. En consecuencia, esta obligación era inconstitucional, porque las provincias no podían someter el derecho de propiedad a sus decisiones. La Constitución había delegado la creación y la aplicación de estas normas al Congreso Nacional. Además, consideraban que si se adoptaba una posición diferente, el derecho común no sería uniforme para todo el país porque dependería de las disposiciones reglamentarias o legislativas de cada provincia.

5. Ver sobre este punto ABELLA, Adriana N. y otros, “La Academia Nacional del Notariado ante la posible sustitución del régimen dominial en el Proyecto de Código Civil”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 908, abril-junio 2012, pp. 23-33.

6. Fallos del 25/11/1935 (*Jurisprudencia Argentina*, n° 52359) y 18/2/1938 (*La Ley*, t. 9, p. 528), respectivamente.

Es increíble ver la cantidad de años en que esta situación se mantuvo y lo más increíble es que casi no hubo conflictos. Estuvimos casi ochenta años sin resolver esta cuestión que, asombrosamente, pasó sin grandes dramas. Cuando éramos estudiantes en la facultad, pocas cátedras daban importancia al tema registral; hablaban de los registros como de pasada, como quien cuenta una curiosidad. Lo trataban como algo que se analizaba porque estaba en el programa de estudios, recibíamos una explicación sobre el sistema Torrens, sobre las notas de Vélez, la existencia del registro y poca cosa más.

En esos años funcionaba el Registro en el séptimo piso del Palacio de Tribunales, en la calle Talcahuano. Tres veces por semana lo atravesábamos sin ningún problema caminando entre los escritorios, veíamos los tomos abiertos llenos de anotaciones marginales. Lo atravesábamos porque trabajábamos en el consultorio jurídico gratuito de Tribunales y a través de él estaba uno de los accesos. Nos asombraba ver los libros por todos lados. Las hipotecas y las cancelaciones se anotaban al margen, tachándolas cuando se cancelaban.

El Registro funcionaba en ese edificio desde el año 1911, y ahí estuvo hasta 1972. Cuando recordamos el paso por esas salas, nos parece asombroso que no hayamos tenido más problemas. Suponemos que no los hubo porque tenían un equipo de gente responsable. Los que estaban en el Registro hacían bien su trabajo y los escribanos llevaban su obligación de dar seguridad hasta las últimas consecuencias. Los problemas, además, no estaban sólo limitados al sistema interno del Registro, porque la ley nacional (el Código) daba un plazo para la inscripción de las hipotecas, que no coincidía con el que traía la Ley Registral. El artículo 3137, luego reformado, establecía:

El registro debe hacerse en los seis días siguientes al otorgamiento de la escritura hipotecaria, para que la hipoteca tenga efectos contra terceros. Si el oficio de hipotecas estuviere a más de dos leguas distancia de la escribanía en que se hubiere otorgado la escritura pública hipotecaria, habrá para la toma de razón un día más por cada dos leguas.

Estuvimos mucho tiempo con estas disposiciones contradictorias. El escribano tenía la ley nacional que le daba seis días si era de la Capital y el inmueble también pertenecía a esa jurisdicción. Si era sobre un inmueble en la provincia de Buenos Aires, tenía que sumar un día por cada dos leguas a la ciudad de La Plata. Por otro lado, teníamos una ley registral local, que nos daba un plazo mayor para inscribir. Muchos escribanos cumplían con los seis días para las hipotecas, pero tomaban los de la ley registral para los otros derechos reales. Otros inscribían todo dentro de los cuarenta y cinco días, incluso las hipotecas. Otros escribían todo dominios e hipotecas dentro de los seis días.

Durante un tiempo el Congreso argentino ignoró los fallos de inconstitucionalidad y siguió sancionando leyes en las que organizaban otros derechos con inscrip-

ción registral. Súbitamente, todo empezó a hacerse bien y a gran velocidad, y nuestro Colegio tuvo un papel preponderante en el cambio.

En 1950 se presentó una complicación realmente grande: apareció la Ley de Propiedad Horizontal, que multiplicó el número de inmuebles existentes, y no había manera de procesarlos con los sistemas que había –la ley es de 1948, pero su gran impacto en el Registro se produjo a partir del año 1950–. Los tomos tenían muchas notas marginales en un solo asiento, que iban aumentando a medida que la propiedad horizontal generaba unidades funcionales y complementarias. Todo certificado que se expedía y toda apertura de nuevos asientos eran materia de una nota marginal. Con el tiempo, las notas marginales dejaron de ser marginales para convertirse en centrales y ocupaban la mayor parte de cada página.

En 1966 llegó a haber 65 mil títulos sin procesar, con un atraso superior a los doce meses. Había que hacer colas desde el alba para presentar o retirar documentos y los certificados de dominio se entregaban con un atraso que llegó a los seis meses. La primera medida que tomo el equipo interviniente fue congelar los tomos al año 1967, transitoriamente, mientras se pasaba al sistema de computación, y se creó un sistema de carpetas; estas carpetas se convirtieron más tarde en un nuevo problema. La idea no era mala, era lo más inteligente que pudo haberse hecho; pero lo que pasó fue que el sistema se programó como algo momentáneo; pensaron que se crearían 50 mil carpetas mientras se pasaba de un sistema a otro. Pero en definitiva hubo 550 mil. El sistema ideado y el cambio producido fueron tan notables que en los congresos internacionales nuestro sistema empezó a ser imitado; estaba haciéndose bien y funcionaba.

En 1977 se inició el proceso de vuelco de las carpetas. Ese año se transformaron 18 mil; en 1978, 48 mil; y en 1979, 104 mil. Las carpetas bajaron de 550.000 a 285.000; y en 1980 se eliminaron otras 119.827 carpetas.

En la Capital Federal, en esos años, se pasó de registrar escrituras en 3 meses a hacerlo en 5 días. El Registro usaba cuatro edificios. Se confeccionó un modelo de ficha única para la matriculación de los inmuebles, con características que sirvieran para especificar nomenclatura catastral, calle, número y demás datos necesarios para su determinación. En el asiento de las titularidades dominiales, gravámenes y providencias cautelares referidas al inmueble se utilizaron máquinas denominadas de registro directo, cuyas bandas de papel perforadas permitían su interpretación por computadoras, con lo que se introducía un registro paralelo de apoyo.

Los certificados del Registro crecían en forma considerable. En 1967 se libraron 150.000. En 1979, 308.000. Con los informes pasaba lo mismo: emitió 35.000 en el año 1967 y 107.000 en 1979. El aumento de los informes demostraba que el Registro era cada vez más requerido para certificar la situación jurídica de los inmuebles. La conversión del sistema no fue fácil. En 1977 había 1.208.153 inmuebles estimados en Capital Federal: el 30 % estaba en tomo y folio; un 42 % estaba en carpetas; y el 27 % en folio real. En 1979 la situación había mejorado, los inmuebles eran 1.293.651, de los cuales en tomo y folio había un 25 %, en carpetas el 31 % y en folio real el 43 %. Se

armaban 12.000 folios reales por mes, sacándolos de las carpetas. Se pasaban unos 600 inmuebles por día; mientras tanto, se seguía con las tareas normales y el Registro funcionaba. En 1998, en la Capital Federal había 1.450.000 matrículas; el 95 % estaba en folio real.

A partir del año 1971, el Colegio de Escribanos de la Capital Federal tuvo una Sala de Derecho Registral. Tiene, además, una comisión creada para el seguimiento de la ley-convenio, y hoy, en lugar de la Comisión Asesora en Derecho Registral, funciona el Instituto de Derecho Registral.

Estamos apuntando decididamente a que los informes y certificados registrales los podamos obtener en forma digital, en todos los casos. Por otra parte a nivel personal y de acuerdo con la modificación de la Constitución con relación a la Ciudad de Buenos Aires, consideramos que tanto el Registro de la Propiedad Inmueble como la Inspección General de Justicia deberían depender del Gobierno de la Ciudad.

## CAPÍTULO IX - LA FUNCIÓN NOTARIAL EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

### 1. El acceso

Aparte de los demás requisitos que establece la ley, el acceso a la función notarial (como titular de un registro notarial o como adscripto) requiere el cumplimiento de varios requisitos previos; entre ellos, aprobar un examen de conocimientos, que consiste en una prueba escrita y una prueba oral. Para acceder a la titularidad de un registro notarial, la nota mínima que se debe obtener en ambos exámenes es de 7 puntos, y 5 para ser adscripto. Pero los números son relativos, no indican nada; lo que está comprobado es que para superar estos exámenes hay que estudiar mucho. El nombramiento lo hace el Poder Ejecutivo de la Ciudad.

La prueba es tomada y juzgada por un jurado integrado por: un miembro del Tribunal de Superintendencia del Notariado, quien lo preside; un profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; un miembro de número de la Academia Nacional del Notariado; un representante del Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires; y un escribano en ejercicio del notariado, nominado por el Colegio de Escribanos. El jurado no puede ser recusado y actúa con no menos de cuatro de sus integrantes; en todos los casos se pronuncia por mayoría de votos, que se computan a razón de uno por cada institución. La calificación otorgada por el jurado es inapelable.

Para pasar a la instancia del examen oral, el aspirante debe obtener al menos 5 puntos en el examen escrito. Con excepción de los que ya son adscriptos, los aspirantes a concursar por un registro deben asistir a no menos del 75 % de las clases de un curso de práctica notarial que dicta el Colegio durante el transcurso de un año lecti-

vo, o realizar una práctica profesional de por lo menos dos años de duración en una notaría de esta ciudad. Los inspectores del Colegio verifican que el aspirante cumpla con este requisito. En ambos casos deben aprobar un examen con no menos de 6 puntos.

Los escribanos que tengan más de siete años como adscriptos en la demarcación y cumplan además con determinadas condiciones (art. 35 Ley 404) podrán eximirse de rendir las pruebas escrita y oral.

Se realizan dos exámenes por año: uno en el mes de abril, al que se pueden presentar todos los que concursan para titular o para adscripto (la instancia oral se realiza en el mes de octubre); otro en octubre, destinado únicamente a aquellos que se postulan para ser adscriptos (el examen oral para quienes superan esta instancia se realiza en el mes de abril del año siguiente).

Como lo establece la ley, los examinados deben tener título universitario de abogado.

En el concurso que se llevó a cabo el 30 de abril de 2015 se anotaron 388 postulantes. El examen escrito se tomó en el edificio de la calle Chorroarín 751, donde funciona una de las sedes del Archivo de Protocolos Notariales de nuestro Colegio.

Cada concursante dispone de una computadora, proporcionada por el Colegio, y recibe un sobre cerrado con el tema del examen, previamente sorteado en forma pública (de entre 5 temas previamente seleccionados por el jurado el día anterior, de un total de 14).

A continuación, reproducimos las instrucciones dadas a cada participante por escrito antes del comienzo de la prueba, que muestran cómo se lleva adelante este proceso:

#### **NORMAS GENERALES PARA LA REALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA ESCRITA**

Concurrieron a este examen un representante de cada uno de los jurados designados por cada institución y el presidente del Superior Tribunal.

#### **NORMAS**

Los postulantes encontrarán en la mesa que les corresponde un sobre grande conteniendo: 1 sobre blanco, 1 ficha de datos personales, 10 (diez) fojas en blanco, 2 (dos) hojas blancas, diversos formularios y 15 (quince) obleas con código de barras.

**DATOS PERSONALES (\*):** Cuando el Presidente del Jurado lo indique, completar y firmar la ficha de datos personales, colocarla dentro del sobre blanco y cerrarlo. Antes del inicio del examen el sobre será retirado por los escribanos inspectores del Colegio.

**COMPUTADORA-USO:** Debajo de la computadora, encontrarán un sobre en blanco con la contraseña.

**NO SE PUEDE MODIFICAR** el tamaño de página, tipo y tamaño de fuente, los márgenes, ni ningún otro aspecto de la configuración establecida en la computadora, como

así tampoco cambiar el nombre al documento o almacenarlo en otra ubicación. Para guardar el mismo realizar click sobre el ícono del disco ubicado en el margen superior izquierdo del documento. Durante el desarrollo del examen, si el participante deja su mesa, deberá bloquear obligatoriamente la pantalla para que no pueda ser ni visualizada ni utilizada por otra persona. Para ello, deberán realizar un click en el ícono de bloqueo de pantalla situado en el margen superior de la misma.

**CONSULTA DE LEGISLACIÓN:** Los aspirantes podrán consultar los códigos y normas impositivas provistos por el Colegio de Escribanos.

**NO ESTÁ PERMITIDO** tener en su poder, durante el transcurso de la prueba escrita, carteras, portafolios, libros, cuadernos, teléfonos celulares, agendas electrónicas u otros elementos, los que deberán ser entregados en el guardarropas habilitado con ese fin.

**CONFECCIÓN DE LA PRUEBA:** Salvo expresa indicación en contrario, deberá redactarse íntegramente la escritura correspondiente al tema adjudicado.

**ACTOS PRE Y POST ESCRITURARIOS:** Confeccionar todos los certificados administrativos, registrales y cuantos otros fueren necesarios, según las características del acto a instrumentar; las minutas de inscripción pertinentes y formularios de la Inspección General de Justicia, así como la precalificación y demás que comprendan la totalidad de los trámites previos y posteriores a la escrituración.

Los datos requeridos para la confección de la escritura, así como para los formularios que no estén consignados en el tema asignado, deberán ser agregados libremente por el aspirante.

En todos los supuestos, las sociedades tienen su sede social en la Ciudad de Buenos Aires.

En todos los casos deberán confeccionarse los formularios de liquidación y pago de los impuestos y tasas que graven el acto y a los sujetos intervinientes. A tales efectos, se considera que la adjudicada como tema es la primera escritura del año y la única del mes.

**IMPRESIÓN:** Cuando el participante finalice su examen deberá dar aviso al Asistente de Impresión. En forma conjunta verificarán la cantidad de hojas escritas. Luego, el Asistente ingresará al sistema con su clave y grabará el archivo en un pen drive.

A continuación, el Asistente (acompañado por el participante) llevará el pen drive hasta el puesto de impresión para imprimir el examen. Una vez finalizada la impresión, el participante verificará que su examen fue impreso correctamente y volverá a su mesa. Deberá completar la foliatura y todos los requisitos formales de la escritura pública y el protocolo.

**FIRMA:** La prueba debe ser firmada al pie del frente de cada una de sus hojas y al final de la última con firma ilegible, UTILIZANDO EL SEUDÓNIMO que indicará el representante del TRIBUNAL DE SUPERINTENDENCIA.

**ENTREGA (\*):** En la parte superior del frente de la primera hoja de protocolo consignar la cantidad total de hojas que comprende su examen, incluir certificados, minutas, dictámenes, formularios de liquidación y pago de los impuestos y tasas que graven el acto y demás documentos que se hubieren confeccionado. **NO DEBERÁ CONTARSE** la hoja

del tema adjudicado, la que también tendrá que entregarse. Colocar todo EN EL SOBRE DE PAPEL MADERA.

(\*) VER PAUTAS PARA LA UTILIZACIÓN DE OBLEAS al final del presente.

EL INCUMPLIMIENTO a cualquiera de las disposiciones precedentes como también a las establecidas en la Ley Orgánica N° 404, modificada por la Ley N° 3933 y su decreto reglamentario N° 1624/00, faculta al Jurado a EXCLUIR del concurso al postulante.

### PAUTAS PARA LA UTILIZACIÓN DE OBLEAS

#### *USO DE OBLEAS PREVIO AL INICIO DEL EXAMEN*

1. SOBRE GRANDE papel madera: en el FRENTE (centrada).
2. FICHA DE DATOS PERSONALES: en el espacio existente a tal efecto.
3. SOBRE BLANCO: en el FRENTE (centrada).

#### *USO DE OBLEAS AL FINALIZAR EL EXAMEN*

El resto de las obleas irá en las fojas de protocolo utilizadas, en el MARGEN SUPERIOR DERECHO de cada una. Los sobrantes irán dentro del sobre de papel madera donde se entregará el examen. Los formularios (certificados, minutas, precalificación, etc.) NO LLEVAN OBLEA OBLIGATORIA.

Una vez realizado el examen, los jurados reciben del que propuso ese tema para el examen una lista con todos los puntos que los examinados deben contestar y un modelo del texto de lo que la escritura debe contener para el caso analizado (p.ej.: si algún concurrente era menor, si tenía algún tipo de incapacidad, si la operación necesitaba o no asentimientos, si había que inscribirla y dónde, lo que había que pagar o no en impuestos nacionales o locales, los certificados requeridos y si se cumplían con todos los requisitos exigidos para todas las escrituras en general y los de esta en particular).



**Aspirantes rindiendo el examen de idoneidad  
en el edificio de Chorroarín 731**

El jurado no sabe si el examen que está analizando fue hecho por un notario o notaria, ya que todos los postulantes deben utilizar un único nombre (en último examen fue “Jorge Luis Borges”) y un solo número de registro (“Registro Uno”). La fecha debe ser la del día del examen y se considera que es la primera escritura del año. Deben aparecer las firmas puestas de los comparecientes, las de los testigos si los hubiera y la del escribano con el seudónimo común para todos. Los examinados deben abrir el protocolo de ese año al momento del examen, de acuerdo con lo establecido en los artículos 68 y 75 de la Ley 404. El Decreto 1624/2000, reglamentario de la Ley 404, incluye otros requisitos que debe cumplir el aspirante (arts. 9 y 10); entre ellos, que finalice el examen en un plazo máximo de 4 horas.

Pero el acceso a la función, no se limita a pasar el examen, a ser nombrado por el Poder Ejecutivo y a mantener una línea de conducta profesional, que será controlada con las inspecciones del Colegio. Los escribanos deben cumplir estrictamente con las actividades de capacitación impuestas por las normas regulatorias de la función, como se verá en el título siguiente.

## 2. La capacitación

Todo cambio en la legislación de fondo vinculada en forma directa con el ejercicio de la función notarial genera la realización de cursos (art. 16 Decreto 1624/2000). El Colegio puede imponer la concurrencia obligatoria de sus miembros. Las clases tienen una duración de dos horas una vez por semana. El contenido es determinado por el Colegio. Se establece una asistencia obligatoria al 75 % de las clases. Estos cursos son de actualización permanente y deben cumplir con ellos todos los Escribanos, todos los años, aunque no haya habido cambios en la legislación de fondo.

En 2015, ante la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, gran parte de la capacitación se enfocó en esta nueva normativa. Se dictaron clases de tres horas cada una, a la mañana y a la tarde, para que todos tuvieran la posibilidad de concurrir. Con esto se profundizó la tarea que ha sido particularmente intensa en los últimos tres años.

Se han dictado cursos para el cumplimiento de la capacitación obligatoria sobre derecho de superficie, sucesiones, personas jurídicas, régimen patrimonial del matrimonio, régimen de capacidad, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, sociedades, asociaciones y fundaciones.

Con la colaboración de nuestros Institutos de Derecho Comercial, Derecho Registral, Derecho Civil, Derecho Procesal, Derecho Tributario, y las Comisiones de Arancel y de Consultas Jurídicas se han dictado también otros cursos de capacitación obligatoria. Los talleres constan de cuatro clases, de dos horas cada una, tomando temas de derecho de fondo, notarial y registral.

La capacitación en números año 2014 (proyección igual o mayor para 2015):

- 400 alumnos estables de enero a diciembre que realizan cursos anuales

- 10.000 escribanos que pasan por los cursos (cada escribano de la matrícula pasa mínimo 4 a 6 veces)
- 174 docentes
- 1.262 horas de clase dictadas.

También en el 2015 el Colegio ha continuado con su capacitación a los escribanos en relación con el Poder Judicial. Se realizaron varios encuentros, a los cuales asistieron miembros del fuero criminal y correccional y civil, con la participación de jueces, secretarios y oficiales.

El 10 de noviembre del 2014 el Colegio suscribió un convenio de colaboración con la Academia de Intercambio y Estudios Judiciales, institución que nuclea a destacados representantes del Poder Judicial. El convenio tiene como objetivo profundizar los lazos de ambas instituciones, como también, desde un enfoque práctico, interactuar sobre aquellos temas que involucran a la actividad de los escribanos que con mayor frecuencia se presentan en sede judicial. En el marco de ese convenio, el pasado marzo se llevó a cabo en la sede del Colegio la primera reunión entre ambas instituciones y se acordó una agenda de trabajo.

### **3. Primer Centro Institucional de Mediación del Colegio**

A principios del mes de marzo del 2015, el Primer Centro Institucional de Mediación del Colegio realizó una reunión informativa en la que brindó información sobre los requisitos que deben cumplir aquellos que tuvieran previsto rendir el examen obligatorio para obtener la matrícula como mediador ante el Ministerio de Justicia.

El 30 de marzo comenzó el Curso de Formación de Mediadores dictado en el marco del convenio entre el Colegio de Escribanos y la Fundación Libra, que se completará con la realización de pasantías.

Para ser mediador se deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Tener título de abogado con tres años de antigüedad en la matrícula. Es importante recalcar que gracias a las tratativas realizadas por el Colegio, se reconoce a los profesionales la antigüedad en la matrícula de este Colegio.
- b) Acreditar la capacitación que exija la reglamentación.
- c) Aprobar un examen de idoneidad.
- d) Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Mediación.
- e) Cumplir con las demás exigencias reglamentariamente.

Asimismo, y en virtud del reciente decreto reglamentario de la Ley 26993 de Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo, se ha establecido que quienes integren el Registro Nacional de Mediación podrán además oficiar como conciliadores en dicho sistema.

## CAPÍTULO X - LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

### 1. Introducción

A partir de un congreso realizado en la Ciudad de Buenos Aires en el año 1948, se creó la Unión Internacional del Notariado Latino. En ese primer Congreso se definió el perfil, los estudios y las funciones que debía tener el notario del derecho latino:

El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a tal fin. El notario les confiere autenticidad, conserva sus originales y expide las copias que den fe de su contenido.

Esto nos servía como una definición parcial, pero no contenía las características a las que debía responder cada profesional en los distintos países. Estas se fueron determinando con el correr de los años.

### 2. Principios que deben tenerse en cuenta

En la reunión del Consejo Permanente de la Unión que se celebró en La Haya en marzo de 1986, se aprobó una serie de principios que deben reunir los notariados de tipo latino. No todas las organizaciones nacionales cumplen hasta ahora con todos los requisitos, pero sí con la mayoría de ellos y hay una tendencia a completarlos.

En algunos países no es obligatorio todavía tener los estudios máximos requeridos para ejercer como profesional de derecho, y en algún otro todavía los notarios son nombrados por intervalos de tiempo. Hay también lugares en los que no existe aún la colegiación obligatoria.

Las bases de esa reunión establecieron que la ley local debía determinar el área territorial de competencia de cada notario, así como el número de notarías. Aconsejaron que su número esté sujeto a limitaciones y consideraron como inconveniente que la competencia territorial de cada notario se extienda a todo el país (art. 15).

En la República Argentina los escribanos deben actuar dentro de una determinada jurisdicción; esta no abarca todo el país sino el lugar donde ha sido nombrado y donde se le ha conferido el cargo. Esto no significa que el escribano no pueda efectuar escrituras de venta de inmuebles ubicados en otra jurisdicción; puede hacerlo; lo que no puede es firmar la escritura fuera de su jurisdicción. Asimismo, en lo que refiere a su carácter y calidad de profesional del derecho, puede brindar asesoramiento jurídico pero no actuar como funcionario público fuera de su jurisdicción, firmar documentos protocolares, levantar actas. Está prohibido hacer este tipo de actos fuera del ámbito de su ejercicio.

En algunos momentos se exigió que las escrituras otorgadas en un lugar diferente de donde estaba situado un inmueble fueran inscriptas por escribanos con ju-

risdicción en el lugar de ubicación del inmueble. Para eso se pedía la protocolización o determinados actos posteriores a la escritura ya realizada. También hubo leyes locales que exigieron que se abonaran nuevamente los honorarios –o una parte de ellos– a escribanos o al Colegio local del lugar donde estaba ubicado el inmueble.

La mayoría de los Registros Inmobiliarios exige que los certificados que se expidan para realizar una escritura de constitución, extinción o modificación de derechos reales sobre inmuebles sean pedidos por escribanos de la jurisdicción, quienes deben intervenir en la inscripción y asumir la responsabilidad por el pago de los impuestos, tanto los que gravan la operación como los propios del bien. En otros países la jurisdicción está dada por todo el territorio del país; así sucede en la República Oriental del Uruguay. La jurisdicción nacional aumenta el ámbito y la posibilidad de residir en cualquier punto del país.

### 2.1. *La jurisdicción personal*

Posiblemente “jurisdicción personal” no sea la expresión más apropiada, pero creemos que es la que mejor refleja la situación de Canadá (Quebec). Allí, el notario lleva consigo la jurisdicción, para determinados actos (p. ej.: derechos reales); o sea, puede actuar desde otro país.

El notariado de Canadá no es un notariado nuevo, el primer notario se estableció en la parte francesa en 1663; había sido designado por Luis XIV.

Contrariamente a lo que sucede en la mayoría de los países, el número de notarios no está limitado, no hay *numerus clausus*.

El notario puede ejercer su profesión en cualquier punto de Quebec y en el extranjero si sus servicios involucran a residentes de este lugar. También puede hacerlo si el objeto de la operación está situado en Quebec. El notario puede redactar el documento en inglés o en francés, a pedido de las partes. Son los dos idiomas del país. Si, además, el notario habla otro idioma –lo que es frecuente–, puede registrar en un documento redactado en francés o en inglés el consentimiento de una persona que no entiende ninguna de las dos lenguas oficiales, a quien él ha explicado en la lengua que el requirente habla el contenido del documento.

Los notarios pueden recibir declaraciones de personas fuera de Quebec y en el exterior cuando dicha declaración está relacionada a un acto jurídico que presenta un elemento de enlace con Quebec. Antes, esto se daba solo si había de por medio un derecho real, cuando el objeto de la operación estaba situado en Quebec o una de las partes residía allí.

### 2.2. *El notario funcionario a sueldo del Estado*

Hay que destacar también que el notario latino se distingue del notario funcionarista, cuya actividad, como su nombre lo indica, es efectuada como funcionario o emplea-

do administrativo. Este notario no actúa con independencia, sino que trabaja en el poder público, del que recibe un salario. La fe pública sería un acto administrativo, dirigido por el Estado, lo que puede traer riesgos de parcialidad.

Este tipo de notariado existe todavía en algunas naciones; era más frecuente antes de la caída de la Cortina de Hierro. Luego, a partir de su independencia, varios de estos países replantearon su organización jurídica. Algunos pertenecen hoy a la Unión Internacional del Notariado.

Para nuestro sistema, el notario debe ejercer su profesión de manera independiente. No debe estar encuadrado entre los funcionarios al servicio de la administración del Estado ni de poderes públicos provinciales o municipales.

### 2.3. *El notario que a su vez puede ser litigante*

En casi todos los países –con pocas excepciones– la actividad notarial es incompatible con la del litigante; en los que se lo permite es necesario tener los dos títulos, de abogado y de escribano.

El sistema de nuestro derecho busca que el notario sea abogado, pero como requisito para ser notario. No puede al mismo tiempo ser litigante. O trabaja como abogado o trabaja como escribano. En ambos casos debe tener el título universitario de abogado.

### 2.4. *La permanencia en el cargo*

En ciertos lugares que todavía están ajustándose al sistema existe el nombramiento en el cargo por períodos de tiempo. En algunos países el nombramiento es vitalicio, mientras que en otros, siendo vitalicio, se obliga a abandonar el cargo a cierta edad, generalmente a los 75 años. Debe retirarse no porque haya vencido su mandato, sino por haber llegado a una edad de jubilación o retiro.

La mayoría de los países exige una edad mínima para ser notario, como se exige también para ser juez, senador o diputado. Por ejemplo, la Ley del Notariado del Distrito Federal de México establece como requisito para acceder al cargo tener veinticinco años cumplidos y no más de sesenta al momento de solicitar el examen de acceso. En la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo con la Ley 404, se debe ser mayor de edad.

### 2.5. *El examen de oposición*

La mayoría de los países que tienen legislaciones de avanzada exigen para ser notario el título de abogado –algunos lo denominan licenciado en derecho– o el mayor título existente en la carrera de leyes. Así, en el Congreso de Buenos Aires de 1948 se

determinó que los estudios requeridos para ser notario deberían ser universitarios y abarcar la totalidad de las disciplinas jurídicas.

En algunos Colegios de Escribanos, como en el nuestro, se exige también un examen de oposición y otro de antecedentes para acceder al cargo. En los últimos tiempos esto se ha generalizado a escala mundial. Se están exigiendo exámenes, cursos o sistemas que comprueben y demuestren que los notarios permanecen informados con respecto a los cambios jurídicos que se van produciendo. Esto se pidió expresamente en el Congreso de Río de Janeiro de 1956.

En la Ciudad de Buenos Aires se cumplen todos estos requisitos, en cuanto al título, a la función vitalicia, a que no se está a sueldo del Estado o de un tercero, a que se accede por un examen de oposición y a ser miembro de un colegio profesional que controla su desempeño. Tenemos, además, un examen de oposición y antecedentes para su ingreso y un sistema para mantener los conocimientos profesionales.

## 2.6. *El secreto profesional*

El notario debe guardar el secreto profesional. Cada país tiene límites y ámbitos a este respecto, con normas establecidas a través de disposiciones específicas o por orden de la autoridad judicial.

## 2.7. *Numerus clausus*

Este es otro de los requisitos buscados por la Unión Internacional. En el Congreso de Buenos Aires de 1998 se resolvió:

Que para respetar la independencia de decisión del notario –instancia preventiva emanada del artículo 10 de la Declaración de 1948– y evitar las presiones de los más fuertes, se debe mantener el *numerus clausus*.

Los países que tienen *numerus clausus* siguen ciertos procedimientos para fijar la cantidad. El más común es determinarla por el número de habitantes de la jurisdicción. Otros hacen hincapié en la cantidad de contratos. Hay países que tienen un movimiento fuera de lo común en determinadas zonas; por ejemplo, Panamá, en el Canal Interoceánico. Otros poseen sectores con muchas transacciones bancarias o financieras. En algunos casos, para determinar el número de notarios, se toma también como base el movimiento económico y la cantidad de transacciones.

Algunos países no tienen *numerus clausus*; ya citamos el caso de la provincia de Québec, donde hay 3.149 notarios. Uruguay tampoco lo tiene. En Argentina, hace unos años, solo se podía acceder a un registro cuando alguno quedaba vacante, por fallecimiento o muerte del titular. Solo en ese caso se llamaba a concurso. El *nume-*

*rus clausus* es considerado una garantía de independencia y facilita el control de la actividad del notario por parte de los Colegios.

### 3. El notariado latino es un sistema

El notariado latino no surgió espontáneamente; es un sistema que se ha ido perfeccionando a través de diversas influencias. Hay pequeñas diferencias, porque cada país tiene su propia legislación, su propia historia y su propia evolución. Sin olvidar que dentro de los países de la Unión hay distintas razas, religiones, idiomas, climas y costumbres.

La mayoría de los sistemas, en sus principios fundamentales, marcha hacia la igualdad. Hay países que cumplen todos los requisitos, como nosotros. Incluso el control de mantenimiento de los conocimientos y la actualización, que son requerimientos solicitados por la Unión recientemente, nosotros los tenemos desde el año 2000, con la Ley 404.

La palabra “latino” quizás no sea la más precisa para designar el tipo de notariado, pero en la situación actual es la que mejor califica. Es usada en forma habitual para señalar los sistemas jurídicos que recibieron la influencia del antiguo derecho romano. La calificación de “latino” ha sido retirada del nombre de la Unión Internacional.

El latino es fundamentalmente un sistema de derecho basado en leyes y reglamentos escritos, emanados de los poderes públicos, con, en general, códigos que contienen las normas más importantes. El sistema latino recurre a la formalidad para algunos actos jurídicos como elemento de eficacia jurídica; es un sistema de prueba documental, que distingue el documento público y el privado. Y el prototipo del documento público es el documento notarial. Se caracteriza por la intervención de un profesional del derecho (el notario), que asesora y aconseja jurídicamente a los particulares y redacta el documento de acuerdo con la ley.

El derecho actúa en nuestro caso de una manera deductiva, partiendo de una ley escrita, que el juez aplica. Señalamos esto porque hay autores que entienden que la diferencia más importante con el *common law* está dada porque este responde solo a situaciones jurídicas concretas, en las que se busca el precedente y el juez decidirá cuál de esos precedentes es el aplicable al caso.

### 4. Principios jurídicos y éticos de la función notarial

- 1) *La inmediación*. El otorgamiento de la fe pública exige que el notario lo haga personalmente. Es contrario al derecho que un notario otorgue fe pública, formalice la voluntad de los otorgantes, redacte instrumentos sobre actos o hechos

que no ha constatado. La intermediación garantiza la autenticidad de lo que hace constar el notario.

2) *La autonomía*. Debe tener el control de su Colegio, pero no ser dependiente.

## 5. Los países miembros de la Unión

La palabra “latino” se utilizó durante muchos años con independencia de que las naciones que lo aplican no tengan una raza o idioma de ese origen. El sistema se aplica en Alemania, China, Japón, Rusia, cuyo origen racial no es latino.

La Unión está integrada por 86 países u organizaciones: Andorra, Albania, Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Benin, Bolivia, Brasil, Burkina Faso, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Congo, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Francia, Gabón, Grecia, Guatemala, Guinea, Haití, Honduras, Hungría, Indonesia, Italia, Japón, Letonia, Londres, Lituania, Louisiana, Luxemburgo, Macedonia, Malí, Malta, Marruecos, México, Moldavia, Mónaco, Nicaragua, Nigeria, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Puerto Rico, República Centroafricana, República Checa, República del Chad, República de Malta, República de San Marino, República Dominicana, Rumania, Rusia, Senegal, Suiza, Togo, Turquía, Uruguay, Vaticano, Venezuela.

Algunos de los miembros no son en sí mismos Estados soberanos, sino que forman parte de otros; pero tienen su propia organización. Así, cuando mencionamos Londres, nos referimos a los notarios de esa ciudad; Louisiana es un estado de los Estados Unidos de Norteamérica que tiene el antiguo sistema del derecho francés; Puerto Rico es un estado asociado a los Estados Unidos de Norteamérica; Quebec es una provincia de Canadá, también con orígenes franceses.

Los países miembros abarcan los cinco continentes y tienen alrededor del 56 % de la población mundial.

## 6. Deber de asesoramiento e imparcialidad

En los últimos años aparecen cada vez con más frecuencia figuras y necesidades jurídicas que no se hayan perfectamente encuadradas en la legislación. Así, nos encontramos con que institutos creados para una situación determinada luego se utilizan para otras, como una respuesta a una necesidad contractual de las partes.

En nuestro derecho lo hemos visto con la propiedad horizontal, que se ha utilizado para los clubes de campo y cementerios privados. Lo mismo sucedió con los llamados tiempos compartidos. Eso ha sido precisado en la última reforma del Código Civil y Comercial, que entró en vigencia en agosto de 2015.

## 7. La jurisdicción voluntaria en la competencia notarial

Ya en el primer Congreso de Buenos Aires en el año 1948 se planteó como algo que era necesario que estuviera a cargo de los notarios. Se consideraba que había toda una jurisdicción no contenciosa, dependiente de la justicia, que podía ser realizada perfectamente por los notarios. Se sacaban los temas que eran solo administrativos fuera del Poder Judicial.

Es una aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos, exclusivamente, a la competencia notarial.

Serían de competencia notarial aquellas actividades en las que concurran las siguientes características: la comprobación y autenticación de hechos que pueden ser seguidas de un juicio valorativo de un acto no litigioso que ha de documentarse y del cual el órgano que emite tal juicio no es parte. Dicho juicio valorativo consiste en determinar si el acto reúne los presupuestos y requisitos exigidos en cada caso por el ordenamiento jurídico para la producción de un determinado efecto. El notario, en dichos actos, interviene investido de una función pública.

Desde septiembre de 1996 está vigente en Lima la Ley 26662, que amplía la competencia notarial en asuntos de jurisdicción voluntaria que antes se encontraban reservados en forma exclusiva al Poder Judicial. A partir de entonces, pueden tramitarse en sede notarial los siguientes asuntos: sucesión intestada o declaratoria de herederos, comprobación de testamento cerrado, adopción de personas capaces, declaración de patrimonio familiar, inventarios, rectificación de partidas, prescripciones adquisitivas y títulos supletorios, saneamiento de área, linderos y medidas. La intervención es rogada, de modo que debe mediar solicitud de parte y el notario debe retirar su intervención en caso de controversia, remitiendo lo actuado al juez.

Los resultados han sido buenos, la intervención notarial ha reducido el trámite de buena parte de estos asuntos drásticamente. Se pueden solucionar rápidamente casos cuya tramitación judicial exigía meses o años.

### 7.1. *El Congreso de Buenos Aires de 1973*

Nuevamente en este Congreso se abordó el tema de la llamada jurisdicción voluntaria y la necesidad de lograr mayor soltura y eficacia en la solución de problemas que plantea la quiebra de la unión matrimonial. Se votó para que los procedimientos de jurisdicción voluntaria en materia de reconciliación matrimonial, elaboración de acuerdos previos al divorcio, a la guarda de los hijos y a la custodia y administración de sus bienes puedan hacerse, en determinados casos, directamente ante notarios.

### 7.2. *El Congreso de Cartagena de Indias de 1992*

En este Congreso la comisión a cargo del tema consideró que la jurisdicción voluntaria o no contenciosa no es una verdadera y propia jurisdicción, en sentido propio y estricto, porque en ella no está presente el elemento de conflicto ni el efecto de la cosa juzgada. Se propuso que se restringieran los términos “jurisdicción no contenciosa o voluntaria” a la actividad judicial y se acogiera para el derecho notarial la expresión “competencia notarial en asuntos no contenciosos”, y que de ninguna manera se debía atribuir a los notarios competencias inherentes a la fe pública judicial ni invadir el ámbito de la potestad jurisdiccional en función juzgadora. Consideró que se estableciera la independencia y autonomía de la actuación y del acto notarial, suprimiendo cualquier tipo de control posterior, como la homologación o calificación, salvo que el procedimiento se convierta en contencioso, se pida la intervención judicial o halla menores o incapaces. La “competencia notarial en asuntos no contenciosos” debería incluir, aparte de las sucesiones por fallecimiento, el matrimonio, separación de cuerpos y divorcio consensuales; todo el procedimiento de la venta como consecuencia de los procesos concursales y ejecutivos, y en todo lo relacionado con las subastas.

## 8. Nacionalidad

No todos los países en los diferentes tratados y leyes internas hacen hincapié en la nacionalidad. Cuando lo hacen, es generalmente para requerir que quien desempeña una función pública sea nacional de ese Estado o que tenga un tiempo de residencia importante en el mismo. La función del notario debe ejercerse dentro del Estado que lo designó, siendo inviable la circulación de notarios. Pensamos que no conviene establecer el ejercicio habitual de funciones públicas en el territorio de un país por parte de un funcionario nombrado en otro.

## 9. El documento notarial

Uno de los congresos internacionales en los cuales se analizó el documento notarial fue el de París del año 1954. En la mayoría de los países el documento notarial puede ser otorgado con la sola intervención del notario; en algunos se pide, además, la comparecencia de testigos. En un tercer grupo de países, como es el nuestro, solo se exige la concurrencia de testigos en determinados actos de gran solemnidad; por ejemplo, los testamentos o los llamados “testamentos vitales”, que en realidad son disposiciones anticipadas de autoprotección.

En ese Congreso se propugnó que en los países de la Unión no se exigiera con carácter obligatorio la concurrencia de testigos en los actos entre vivos. Se resolvió

también propender a que el documento notarial conservara fuera del país en que fue otorgado el mismo valor de autenticidad y ejecución. Esto fue reiterado en el Congreso de Guatemala en 1977, y volvió a analizarse en el Congreso de Atenas del año 2001.

Los ponentes hicieron hincapié en que el documento notarial es guardado por el notario, el Colegio, el Estado o la autoridad que corresponda. No se destruye ni desaparece y pueden efectuarse todas las copias que se necesiten. Hay una matriz, un original, que no se entrega, que permanece, que tiene fe de conocimiento, calificación, capacidad de las partes, manifestación, prestación de consentimiento, control de legalidad y queda depositado de manera que puede ser reproducido en todo momento. Debe ser reconocido como auténtico y permitirse su libre circulación en cualquier país con los mismos efectos que tenía en su lugar de origen.

Hubo también una serie de congresos en los que se trató de buscar la uniformidad en la legislación, por ejemplo, en cuanto a capacidad. En el Congreso de Múnich de 1967 se entendió que había que tratar que la mayoría de edad se unificara en los 21 años. La tendencia actual es a bajarla a los 18.

En ese mismo Congreso se resolvió también que era conveniente que, en cuanto a los bienes comunes, el poder de disposición requiriera la conformidad de ambos cónyuges. Nótese que este Congreso fue realizado un año antes de la reforma al Código Civil argentino de 1968), que estableció el llamado asentimiento o consentimiento conyugal. Nuestra ley se ajustó a lo pedido, fuera o no conocida esta circunstancia por el legislador.

## 10. El notariado argentino

De todos los notariados americanos, posiblemente el de la Ciudad de Buenos Aires sea el más parecido a los notariados del derecho latino que funcionan hoy en Europa. Tiene estudios profesionales totales obligatorios, imparcialidad en la función, deber de confianza, colegiación obligatoria, contralor por el Colegio, permanencia en la función (no es por intervalos de tiempo) y otras características. Se ingresa con exámenes, y hay obligación de efectuar determinados estudios o exámenes para continuar en la función.

## 11. Diferencias en el trabajo profesional

Muchas veces la diferencia de funciones y requisitos entre los notariados no surgen de sus propias leyes notariales; la legislación de fondo es distinta, lo que obliga a tener distintas obligaciones y recaudos.

Argentina tiene un solo Código Civil para todo el país. Lo mismo sucede en Chile, Uruguay y Paraguay. México, que cuenta con un buen notariado y está dentro

del sistema latino, tiene 32 Códigos Civiles, uno por cada Estado. Estos Códigos no son iguales; las diferencias se presentan incluso en puntos importantes. Por ejemplo: el Código Civil de Jalisco establece un plazo máximo de duración de los mandatos. El término debe ser menor a 5 años de vigencia; el mandante puede revocarlo antes de ese plazo. El Código Civil del Estado de México establece una vigencia de 3 años, salvo una disposición expresa: “El mandato debe contener el plazo por el que se confiere; de no contenerlo se presume que ha sido otorgado por tres años” (art. 7768).

## 12. De libros digitales y notarios

En una de las revistas notariales que revisamos para otro trabajo, encontramos un artículo interesante sobre el tema de los archivos digitales. El artículo se refería, a su vez, a un artículo titulado “Ensuring the longevity of digital documents” (“Asegurar la longevidad de los documentos digitales”), de Jeff Rothenberg, científico de computadoras de la Rand Corporation de Santa Mónica, California, publicado en *Scientific American*.<sup>7</sup>

Establece un parangón entre los distintos medios digitales que conocemos y la piedra de la Rosetta –aún legible después de 22 siglos–, debido a su fortaleza y el impacto visual de su contenido, atributo ausente en los medios digitales. Los diversos medios digitales caen en la obsolescencia con gran rapidez, lo que les da una vida limitada; esto se debe a que son sustituidos por otros sistemas también digitales pero de una generación más avanzada. El autor considera que ninguno de ellos puede aspirar a ser legible ni siquiera durante una centésima parte del tiempo que la piedra de la Rosetta ha perdurado:

En el año 2045, mis nietos aún no nacidos andan hurgando en el desván de mi casa (aún no comprada). Encuentran una carta fechada en 1995 y un CD-ROM. La carta dice que el disco contiene un documento que proporciona la clave para obtener una fortuna. Pero ellos nunca han visto un CD, salvo en películas viejas. Aun cuando pudieran encontrar un drive en condiciones, como correrán el software necesario para interpretar lo que está en el disco. ¿Cómo harán para leer mi documento? Por otra parte, sin la carta explicativa, no hubieran tenido razón alguna para suponer que convendría descifrar el disco encontrado en el desván, posiblemente lo hubieran tirado. La información digital puede ser copiada y recopilada perfectamente y por ello se le atribuye una supuesta longevidad.

La verdad –dice el autor– es que, debido a lo cambiante del hardware y del software, de los dos hallazgos de sus futuros nietos solo la carta será inmediatamente legible de aquí a cincuenta años y es la que provocaría el interés para abrir el disco. Advierte el

7. *Revista Escribano*, México DF, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, n° 29.

autor a lo largo del artículo sobre la precariedad de los medios digitales, no porque no sean duraderos en sí sino porque evolucionan tan rápidamente que los viejos sistemas simplemente desaparecen: “¿Habrá por ahí alguna cinta perforada de aquellas que usaban los viejos télex que aún pueda descifrarse?”. Los propios *diskettes* de 5 1/4 ya son casi desconocidos. Habrá que esmerarse para conseguir dónde leerlos.

El autor relata que una vez acudió a una notaría y pretendió firmar un libro con bolígrafo; el personal de la notaría le impidió que hiciera esto; esa tinta aún no era considerada indeleble. Al preguntar por qué, le respondieron que nadie podía aún garantizar que la tinta del bolígrafo permanecería por un siglo, mientras que ya estaba probado que la tinta de la pluma fuente era “permanente” o “indeleble”:

Me gustó oír eso. Sentí que en el medio notarial había una conciencia o preocupación de permanencia o trascendencia de más calibre que el mero instante utilitario [...] del presente.

Las últimas computadoras no vienen más con lectoras de discos de 5 1/4 ni de 3/8 o 3 1/2, ni lectores de CD. Traen, en cambio, lectores de DVD y puertos para *pen drive* y discos portátiles.