

Órgano del Colegio de Escribanos
de la Ciudad de Buenos Aires

Fundada el 15 de noviembre de 1897

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

920

FEBRERO 2016

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^{er} piso

Buenos Aires - República Argentina

+ 54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

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

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

Nº de Registro DNDA: en trámite

ISSN: 2362-6186

Queda hecho el depósito que dispone la Ley 11.723

Diseño de tapa: Florencia Cardoso

Diseño de interior: Liliana Chouza

Consejo Directivo

Ejercicio 2015-2017

Presidente	Carlos Ignacio Allende
Vicepresidente	Esteban Enrique Ángel Urresti
Secretaria	Rita Josefina Menéndez
Secretario	Santiago Joaquín Enrique Pano
Prosecretaria	Ana Lía Díaz Prandi
Prosecretario	Juan Manuel Sanclemente
Tesorero	Jorge Andrés De Bártolo
Protesorera	María Eugenia Diez
Vocales titulares	Eduardo Héctor Plaetsier Jorge Horacio Armando Víctor Manuel Di Capua Paula María Rodríguez Foster Mauricio Feletti Francisco Massarini Costa Silvia Impellizzeri Norma Haydée Padovani Juan Carlos Forestier Carlos Ignacio Benguria (h.)
Vocales suplentes	Tomás Pampliega Marta Inés Cavalcanti Ernesto Mario Vicente Marino Alejandra Graciela Vidal Bollini María Ivana Pacheco de Ariaux Ricardo Carlos Alberto Blanco
Decano	R. Gastón Courtial <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 26/9/2013)</i>
Presidente honorario	Julio A. Aznárez Jáuregui † <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 30/9/2004)</i>

Comisiones

Actividades Deportivas
Acuerdo entre AAEEF 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

In memoriam

Julio Armando Aznárez Jáuregui, por *Álvaro Gutiérrez Zaldívar* | 10

Doctrina

Los eslabones perdidos de la capacidad, por *Maritel Mariela Brandi Taiana* | 11

Los contratos asociativos en la unificación, por *María Cesaretti* y *Oscar Daniel Cesaretti* | 33

“No te lo van a inscribir” o una correcta y completa publicidad registral del dominio fiduciario debería incluir también la CUIT del fideicomiso, por *Adrián Carlos Comas* | 46

¿Pueden los niños otorgar poderes? Algunas reflexiones en torno a la competencia procesal de los adolescentes en el Código Civil y Comercial, por *María Mercedes Córdoba* | 68

Principios del nuevo derecho comercial y reformas al régimen asociativo, por *Eduardo Mario Favier Dubois (h)* | 79

Personas jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación, por *Pilar María Rodríguez Acquarone* | 109

Situación de las donaciones de inmuebles y ofertas de donación realizadas en vigencia del Código Civil ante la entrada en vigencia de la Ley 26994 (nuevo CCCN), por *María Florencia Rodríguez Amat* y *Marcelo Walter Suárez Belzoni* | 142

Dictámenes

Reglamento de copropiedad. Reserva de derechos. Extensión. Poder especial irrevocable, por *Arnaldo Adrián Dárdano* y *Leonardo Marcelo Schestenger* | 160

Historia

Historia del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, por *Álvaro Gutiérrez Zaldívar* (capítulos 11, 12 y 13) | 169

Elecciones en el Colegio

En septiembre de 2015 tuvimos elecciones en nuestro Colegio –se realizan cada dos años–. Los escribanos que resultan electos pueden volver a presentarse como candidatos, pero no pueden seguir en funciones más de cuatro años consecutivos.

Las elecciones son obligatorias para los escribanos. En su momento se discutió si había que hacer obligatorio el voto; nosotros pensamos hoy, tal como pensábamos en ese momento, que no. Por lo menos, no debe serlo en las elecciones nacionales. Si alguien no está interesado en la marcha de su país, no se informa, no le importa, le da igual quién sea el elegido, tememos que su voto obligatorio sea malo. Pero eso no se aplica al Colegio: los escribanos estamos fuertemente interesados e involucrados con la institución. Cuanto más nos obligan a capacitarnos, más elevan el nivel de nuestra profesión, que es de las pocas que exigen mantener los conocimientos y aumentarlos. Eso nos sirve, lo que sabemos y estudiamos nos hace crecer en respeto y conocimientos ante propios y ajenos.

En esta oportunidad se presentaron dos listas y un gran número de votantes. Al igual que el anterior, el nuevo Consejo Directivo quedó conformado con miembros de las dos listas: una prueba de la bondad de nuestro sistema. Aquellos que hemos estado en el Colegio por casi cincuenta años transitamos muchas elecciones y hemos notado que siempre en las distintas listas participan candidatos amigos entre sí, que lo siguen siendo cualquiera sea el resultado de la elección, lo que resalta nuestro compromiso con la institución. También hemos notado que a lo largo de los años cada Consejo Directivo tuvo sus virtudes, produjo adelantos, mayores o menores, pero siempre avances, en el control y el desarrollo de nuestra profesión, brindando soluciones a los problemas que se presentaban.

Por ello, al analizar la historia del Colegio –que en abril de 2016 cumplirá ciento cincuenta años–, podemos dividirla en tres momentos claramente diferenciados. El primero fue su creación en 1866. El segundo, la década de 1940, con la Ley 12990 de 1947, que siguió casi totalmente un proyecto presentado por el Colegio. Con esa ley dejamos de ser una simple asociación; el Colegio se hizo cargo de la matrícula, la inspección de los protocolos, la colegiación obligatoria y el control permanente de los escribanos. El último período comenzó alrededor de 1967, cuando se empezó a promocionar de una manera progresiva los estudios dentro del Colegio, la organización de la biblioteca, el tomar a nuestro cargo el Archivo de Protocolos, la Caja Notarial, el apoyo al Registro de la Propiedad Inmueble, los convenios con la Inspección de Justicia... Más tarde, a partir de la sanción de la Ley 404 del año 2000, pasamos a tener la obligación de tener título de abogado emitido por la universidad, la capacitación permanente y la creación de exámenes con puntaje para acceder a la función. Esta tercera etapa todavía sigue y se profundiza cada vez más.

El camino que se ha seguido es increíble. Empezamos sin la necesidad tener un título universitario, hasta 1910, fecha a partir de la cual las exigencias fueron cada vez

mayores. El Colegio trabajó activamente para que cumpliéramos con tales exigencias de superación, tanto en la Ley 12990 –avanzada a nivel mundial– como en la Ley 404, que nos convirtió en escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El único caso de real conflicto fue en la década de 1910, cuando algunos consideraron equivocadamente que la sola obtención del título universitario de escribano –recientemente creado– permitía el acceso irrestricto a la función, o sea que uno recibía el título y ya tenía derecho a que le dieran un registro notarial. Hasta elaboraron un proyecto de ley –de dos artículos– para conseguir eso. Es como si un abogado, por tener el título, exigiera que se lo nombrara juez.

En esa época se formó el Círculo de Escribanos Universitarios, paralelo al Colegio y se trató de reformar la profesión. Eso terminó con la disolución del Círculo y la permanencia de un solo Colegio. Hoy, el acceso a la titularidad o a la adscripción –y la permanencia en el cargo– no se obtiene simplemente con un título; hay que aprobar exámenes, asistir a cursos, tener buenos antecedentes y demostrar una permanente actualización.

Se exige exhibir conocimientos. Esto no es raro. Los países que avanzan en su desarrollo son los que aumentan sus exigencias y las fronteras del conocimiento, los que dan mayor valor a los requisitos éticos y exigen más cualidades para acceder a determinadas funciones.

El Colegio es un organismo vertebrado, con permanencia en sus objetivos, y mantiene una sola línea institucional, aunque se vayan produciendo cambios en su conducción. Es como una carrera de postas, en la cual todos los equipos buscan lo mismo, hacer las cosas mejor. Cada uno corre todo lo que puede y entrega la posta al compañero que le sigue. Hay muchos casos de decisiones tomadas, estudiadas, construidas y terminadas por un consejo directivo e inauguradas por otro. Es una cadena en la cual los que iniciaron proyectos los entregan a los que vienen, y estos, a su vez, vuelven a transmitirlos, con lo que la cadena sigue alargándose. Eslabones que reciben, transmiten y concretan.

Por otra parte, es raro que se llegue a cargos directivos sin una experiencia dentro del Colegio, sea en comisiones asesoras, en institutos de investigación o en cargos de ejecución. En este sentido, el nuevo presidente es conocido en nuestro Colegio, también lo fueron su padre, sus tíos y su abuelo. Trabajé muchas noches con su padre, para que se cambiaran varios artículos del anteproyecto que sería luego la Ley de Sociedades 19550 del año 1972. Los artículos fueron reformados.

En realidad, por el trabajo y la dedicación que exigen, las tareas en el Consejo Directivo son más una carga que un premio, son funciones que demandan mucho tiempo, a veces va en detrimento del trabajo, las obligaciones personales y los afectos. Es una alegría y un sacrificio.

Llamo también la atención respecto de otras situaciones que generan mejoras. Por ejemplo, es notable la velocidad con que se efectúan los cambios en la dirección, se vota a fines de septiembre y se asume el 15 de octubre. No hay una espera de meses. El Colegio no queda en una prolongada transición que genere problemas.

El día que asumen las nuevas autoridades, el auditorio del Colegio y los pasillos se llenan de escribanos, con la mayor cordialidad entre los electos y los que no llegaron a serlo. Este modo de actuar es positivo y tenemos que conservarlo. El respeto al ocasional adversario mantiene nuestro propio respeto.

Siempre me interesó esta actitud positiva, que es conocida dentro del Colegio. Ya ni llama la atención, salvo cuando se compara con lo que sucede en otras elecciones. Hace pocos años escuché el discurso de un miembro del Superior Tribunal de Justicia en el cual lo remarcaba y concluía que esta situación existe porque para votar, primero hay que ser escribano. Con esto solo queremos decir que los hombres que integran una profesión la forman y la representan, pero también la profesión influye sobre ellos, dotándolos de características propias; hay una influencia de ida y vuelta entre el hombre y su trabajo.

No hemos observado cambios disonantes a lo largo de los años, en lo que se refiere a la línea de los escribanos en el Colegio: siempre subyace un grupo mayoritario con el mismo pensamiento sobre el futuro de nuestra profesión, nuestro país y el respeto hacia los demás. Este grupo generalmente está presente en todas las listas y se nota en las nuevas generaciones de escribanos, que se preocupan, estudian y actúan con ética y responsabilidad. Se tienen diferencias de opinión en cuanto a prioridades, conveniencias, momentos, pero encontramos siempre la misma línea precisa y clara en cuanto a principios y valores.

Para hacer un poco de historia, en el año 1966 teníamos un Colegio chico comparado con el actual, no existían los edificios de Las Heras ni del Archivo de Protocolos, ni siquiera el vecino Callao 1540, solo el de Callao 1542. Alrededor de 1967 empezaron a armarse equipos de estudio de una manera organizada. Hasta ese momento, la parte jurídica se manejaba con trabajos individuales realizados por escribanos con vocación de estudio. En muchos casos lo hacían de una manera independiente, no había un sistema general organizado a través del Colegio. Los equipos estaban en las comisiones, básicamente en la de Consultas Jurídicas, pero no había un grupo para analizar las nuevas legislaciones sobre las que recibíamos consultas.

Recordemos que la reforma al Código Civil fue en 1968; la Ley de Sociedades, la primera reforma a la Ley de Concursos y la Ley de Prehorizontalidad son de 1972. Las autoridades armaron equipos y empezaron a promocionar a un grupo de jóvenes escribanos, a quienes enviaban por todo el país a dar conferencias e intervenir en mesas redondas y congresos. Les daban, además, la representación del Colegio. En 1969 empezamos con nuestras Convenciones, para estudiar temas de nuestra jurisdicción.

No queremos dar nombres, pero sí mostrar una tendencia al trabajo dentro de la institución que tenían los que concurrían al Colegio. Constituían un grupo grande, formado no solo por los que estaban en el Consejo Directivo, sino también por los que se ocupaban de escribir artículos en nuestra *Revista*, los coordinadores en los congresos y las jornadas y los que estaban en las comisiones.

La Comisión de Consultas se creó en el año 1897 al mismo tiempo que la *Revisita del Notariado*; esto generó una fuerza que, sumada al convencimiento en nuestro destino, ha conseguido que nuestras creencias se transformaran en realidad.

En este número tenemos trabajos muy buenos: “Los eslabones perdidos de la capacidad” –cuyo título se destaca por su ajuste a la realidad– de Maritel Brandi Taina; otro sobre contratos asociativos, de María y Oscar Cesaretti; sobre publicidad registral del dominio fiduciario, de Adrián Comas; uno que reflexiona sobre la competencia procesal de los adolescentes en el marco del Código Civil y Comercial, de María Mercedes Córdoba; “Principios del nuevo derecho comercial y reformas al régimen asociativo”, de Eduardo Favier Dubois; “Personas jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación”, de Pilar Rodríguez Acquarone; y “Situación de las donaciones de inmuebles y ofertas de donación realizadas en vigencia del Código Civil ante la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial”, de María Florencia Rodríguez Amat y Marcelo Suárez Belzoni. Publicamos también un dictamen de la Comisión de Consultas Jurídicas, elaborado por Arnaldo Dárdano y Leonardo Schestenger, sobre la reserva de derechos y su extensión en reglamentos de copropiedad. Este número incluye asimismo los tres últimos capítulos de la “Historia del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires”.

Nos despedimos afectuosamente hasta el próximo editorial.

EL DIRECTOR

Julio Armando Aznárez Jáuregui (1921-2015)

El 5 de agosto de 2015 dejó de estar con nosotros el escribano Julio Aznárez Jáuregui, compañero dentro y fuera del Colegio y objeto del afecto de mucha gente.

Me referiré a él personalmente, no como director de la *Revista del Notariado*, ya que éramos y continuamos siendo amigos, desde el lugar donde esté. Trabajamos juntos en diversos cargos institucionales dentro del Colegio y en la Unión Internacional del Notariado; en el primer caso, señalaría las comisiones, especialmente, la Comisión de Consultas y, en el segundo, la Organización Notarial Permanente de Intercambio Internacional (ONPI).

Me presentó por una decisión que él tomo como candidato al Premio de Jóvenes Sobresalientes en un año que ya ni recuerdo, ni me interesa verificarlo porque escribo esto no como una reseña histórica sino desde el cariño personal.

Teníamos en común una fuerte vinculación familiar con la República Oriental del Uruguay y coincidimos en varios viajes. Hace más de treinta años, fuimos candidatos por diferentes listas a la Presidencia del Colegio mientras competíamos. En definitiva, él fue elegido, circunstancia que afianzó nuestra amistad y seguramente fue lo mejor para nuestro Colegio. Su gestión ocupa un lugar destacado. Tuvo una intensa trayectoria dentro de nuestra institución. El coro del Colegio lleva su nombre.

Siempre tuvo un gesto amable y de interés en lo que le planteaban, se manejaba políticamente muy bien, privilegiaba el cariño sobre las demás cosas y suponemos que por ello rara vez se equivocaba.

Estuvo lúcido y concurrió al Colegio hasta el último momento. Su partida física ha sido una profunda pérdida para el notariado y aún mayor para quienes recibimos su afecto.

Fue nombrado Presidente Honorario de nuestra Institución. No lo dejábamos ir, pero un día como siempre pasa, la decisión, no la tuvimos más nosotros, sino alguien que para los que son creyentes es superior y dispone de nuestros momentos finales.

Con todo afecto,

ÁLVARO GUTIÉRREZ ZALDÍVAR



Los eslabones perdidos de la capacidad*

Maritel Mariela Brandi Taiana

RESUMEN

El Código Civil y Comercial ha incorporado y sistematizado en gran medida los avances y reconocimientos establecidos en la normativa internacional respecto del régimen de capacidad de las personas humanas. No obstante, en esta tarea, ha mantenido incluso ampliado sanciones y efectos que, lejos de facilitar la aplicación y operatividad de los nuevos paradigmas, sin una razonada interpretación doctrinaria, podrían profundizar la estigmatización de quienes busca proteger, a la par que paralizar el tráfico jurídico en general, por la introducción de factores que perjudiquen la seguridad negocial. En este trabajo, se intenta ofrecer una lectura armónica de los preceptos establecidos en los artículos 39, 44, 45 y 46 del Código Civil y Comercial que resulte acorde con los fundamentos de dicho cuerpo legal y que permita conciliar la seguridad jurídica con el respeto a los derechos personalísimos.

Sumario: 1. Consideraciones preliminares. 2. Propósitos. 3. Antecedentes. La incapacidad, la falta de discernimiento y sus efectos sobre la nulidad de los actos y/o contratos en el régimen del Código vigente hasta el 31 de julio de 2015. 4. Régimen establecido en el Código Civil y Comercial. 4.1. Inscripción de la sentencia. 4.2. Efectos de la inscripción de la sentencia respecto de los actos otorgados con posterioridad. 4.3. ¿Preceptiva y previa solicitud de certificado al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas? 4.4. Alcance práctico de la solicitud del certificado de nacimiento ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. 5. Algunos comentarios acerca de los artículos 45 y 46 del Código Civil y Comercial. 6. Conclusión.

1. Consideraciones preliminares

Antes de la sanción del [Código Civil y Comercial de la Nación](#), cuando este era un proyecto, nos tomamos la libertad de hacer algunos comentarios acerca del alcance, en la práctica, de los artículos 39, 44, 45 y 46, así como del régimen en general de los actos a título gratuito.¹ Hoy todo se encuentra regulado en la Ley 26994, con aciertos

* Presentado en la XLI Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 24-26 junio 2015).

1. BRANDI TAIANA, Maritel M., “¿Protección? de las personas con discapacidad y de la legítima en el Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 914, octubre-diciembre 2013, p. 121-139.

e innovaciones y, a nuestro entender, algunos desaciertos o falencias que la doctrina y la jurisprudencia irán seguramente suavizando en beneficio de toda la comunidad, teniendo en cuenta los **fundamentos** del Código, la finalidad de la reforma, la coherencia normativa y la protección general de las personas. Una nueva lectura del tema y de sus antecedentes nos permite profundizar en los alcances de la normativa y acercar algunas conclusiones que tal vez puedan ser de utilidad.

Los fundamentos del anteproyecto señalan que este es un código de la igualdad: “el anteproyecto busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”. El problema con los principios y valores objetivamente buenos y justos es que afectan a sujetos –no a objetos–, con sus distintas circunstancias y características a quienes no aplican, de manera uniforme, conceptos como “vulnerables”, “desprotección”, “parte débil del contrato”. En la realidad de todos los días, no siempre el deudor es la parte más débil de un contrato, no siempre una unión convivencial supone una desprotección de derechos individuales (muchas veces sólo se trata de una elección de vida en la que sus integrantes asumen libremente las consecuencias de un proyecto sin regulaciones), no siempre el co-contratante intenta aprovecharse de la impericia de su interlocutor, no siempre los padres desean beneficiar a unos hijos perjudicando a otros.

Con relación al régimen de la capacidad de derecho y de ejercicio, con buen criterio, el Código unificado incorpora las previsiones contenidas en las diversas leyes especiales y los tratados internacionales que tras largos años de trabajo lograron imponer una nueva visión de las personas con discapacidad rescatando el concepto de autonomía e igualdad. No obstante, subyace a lo largo del Código la permanente y tradicional tensión entre la protección de las personas con mayor o menor grado de capacidad y la seguridad del tráfico.

Este ha sido un punto de difícil solución a lo largo de los años y los distintos ordenamientos jurídicos. El doctor Miguel De Lorenzo sostuvo en una conferencia brindada en la Universidad de Buenos Aires que se trata de un conflicto de principios generales del derecho o de valores fundamentales de un ordenamiento jurídico.²

La doctora Kemelmajer de Carlucci³ trata esta cuestión, citando a Gordillo Cañas:

“A nadie se le oculta que en la oposición de las soluciones propuestas late la tensión, tan general en derecho, entre la justicia, aquí representativa de las exigencias de la realidad y favorecedora del incapaz, y seguridad, esta última con la vista puesta en los terceros y en la agilidad y seguridad del tráfico jurídico [...] cualquier intento serio de solución jurídica ha de aspirar a la armonización: justa composición de las exigencias de justicia y

2. DE LORENZO, Miguel F., “Aspectos problemáticos de los actos patrimoniales celebrados por insanos” [online], en *Trabajos del Centro*, Rosario, Facultad de Derecho de la Universidad, n° 5, 2008, p. 4.

3. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “La demencia como base de las nulidades en el Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 1995, n° 8, p. 15.

seguridad sobre la base de una regulación de la capacidad lo más próxima y fiel posible al dato natural previo de la capacidad misma”.

En nuestra opinión, precisamente esta necesaria armonización es la que nos debe llevar a dar una correcta interpretación a los artículos del nuevo Código que regulan los actos otorgados por personas con capacidad restringida o con incapacidad, teniendo en cuenta que el escenario tradicional ha cambiado y el cambio es tan radical que la lógica que habitualmente se utilizaba para analizar los distintos supuestos ya no es aplicable.

Como primera medida, se debe hacer hincapié en el cambio fundamental que supone ampliar las consecuencias previstas antiguamente para el caso de una persona incapaz, al supuesto de las personas con capacidad restringida. El “incapaz” o “demente” del [Código de Vélez](#) nada tiene que ver con la persona que ve restringida su capacidad en distintos grados hoy y que da nacimiento a una variedad de supuestos tan amplia como personas alcanzadas por la sentencia, en una época, además, en la que, como consecuencia de los grandes adelantos científicos y médicos, el desarrollo y la profundidad de las enfermedades mentales en una gran cantidad de casos se aleja definitivamente de la “demencia” pública y notoria de Vélez y aun del legislador reformista de 1968.

La protección a la persona con capacidad restringida, a la que la [Convención de las Personas con Discapacidad](#) en su artículo 12 le reconoce “capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de su vida”, no es el incapaz de Vélez. Por tanto, la protección que se confiere a los actos otorgados por estas personas no debería tener el mismo alcance que tenían en los ordenamientos anteriores los actos otorgados por aquellos “incapaces” o “dementes”. Sus derechos no son los mismos, los tratamientos médicos y sus resultados tampoco y si como se ha celebrado, finalmente se les han reconocido los derechos de los que son titulares y su posibilidad de ejercerlos plenamente, la protección de los mismos debe encuadrarse dentro de la protección integral de la comunidad. Es decir, una sobreprotección que suponga que no son hábiles para defenderse en el marco del sistema de apoyos y con la protección judicial prevista en la ley y los tratados, lejos de incorporarlos a la sociedad en igualdad de condiciones, los estigmatiza y pone en jaque el resultado del ejercicio de esos derechos reconocidos.

Tal vez, la reforma al Código –que no se animó a eliminar por completo la categoría de “incapaz”, dejándola subsistente para casos muy puntuales, a pesar de lo que disponen los convenios y tratados internacionales en la materia– debió haber previsto para las personas incapaces un sistema distinto al previsto para las personas que solo tienen restringida en algunos aspectos su capacidad, de manera tal de reconocer sus derechos y su realidad de acuerdo con los nuevos paradigmas. Por el contrario, el [Código Civil y Comercial](#) equipara permanentemente la situación de ese incapaz de excepción, que se encuentra absolutamente imposibilitado de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, con

un sistema de apoyos que resulta ineficaz, con la de la persona que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, que, con los ajustes razonables, pueda desarrollar en plenitud su vida.⁴

El Código establece cambios importantes en el régimen de capacidad, que se diferencian del derogado. Algunos cambios son muy profundos, como el reconocimiento de la capacidad restringida y la incorporación de un sistema de apoyos, pero en otros aspectos pretendió incorporar opiniones doctrinarias que eran aplicables al sistema anterior y en otros buscó mantener lo hasta ahora vigente. La aplicación conjunta de todo ello conduce, en una primera interpretación literal, a algunos desajustes, incoherencias e incluso a supuestos de imposible cumplimiento. Es por ello que se debe ensayar otro tipo de interpretación que alcance un criterio razonable y eficiente, en donde los aspectos más logrados de la reforma, puedan desarrollarse convenientemente en beneficio de toda la comunidad.

2. Propósitos

En el presente trabajo buscaremos demostrar que las modificaciones que el nuevo Código ha introducido en relación con la inscripción de la sentencia que declara la incapacidad o la capacidad restringida de las personas y a la nulidad que afecta a los actos y contratos celebrados con posterioridad a la misma no determinan la necesidad de solicitar certificados que acrediten la inexistencia de dicha sentencia a los fines de preservar la buena fe y los efectos de dichos actos y contratos. Asimismo, haremos un relevamiento de las modificaciones que, a nuestro entender, se han introducido con respecto a los actos anteriores a la inscripción de la sentencia, su alcance y conveniencia.

3. Antecedentes. La incapacidad, la falta de discernimiento y sus efectos sobre la nulidad de los actos y/o contratos en el régimen del Código vigente hasta el 31 de julio de 2015

Dispone el [Código vigente a fecha de hoy](#) en su artículo 140 que “ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente”. En virtud de dicha norma, no hay más incapacitación que la declarada judicialmente. Asimismo, el artículo 897 del mismo Código establece: “Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad”.

4. Art. 32, vigente a partir del 1/8/2015.

El Código establece un doble orden jurídico diferente, según se trate de actos o contratos otorgados por una persona incapaz en razón de una enfermedad mental o por una persona con falta de discernimiento accidental. En este sentido, si bien reconocemos los diferentes criterios doctrinarios interpretativos del Código vigente, partimos del excelente y minucioso estudio realizado en la materia por el doctor De Lorenzo,⁵ que toma en cuenta las distintas posturas y arriba a conclusiones que, a nuestro criterio, arrojan claridad al tema y nos permiten analizar con mayor profundidad el alcance de las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial unificado.

En cuanto a la nulidad de los actos y contratos celebrados por una persona incapaz, dispone el Código vigente:

Artículo 472: Si la sentencia que concluya el juicio declarase incapaz al demandado, **serán de ningún valor los actos posteriores** de administración que el incapaz celebrare.

Artículo 473: **Los anteriores** a la declaración de incapacidad **podrán ser anulados si la causa de la interdicción declarada por el juez existía públicamente en la época** en que los actos fueron ejecutados.

Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, **contra contratantes de buena fe y a título oneroso**. [Párrafo incorporado por art. 1 de la Ley 17711].

Artículo 474: Después que una persona haya fallecido, **no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad**, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan **consumado** después de interpuesta la demanda de incapacidad.

Esta disposición no rige si se demostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido. [Párrafo incorporado por art. 1 de la Ley 17711].

Complementa lo anterior lo dispuesto en los artículos 1041, 1165 y 1166:

Artículo 1041: Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria.

Artículo 1165: Declarada la nulidad de los contratos, la parte capaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiere dado, o el reembolso de lo que hubiere pagado, o gastado, salvo si probase que existe lo que dio, o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz.

Artículo 1166: Si el **incapaz hubiese procedido con dolo** para inducir a la otra parte a contratar, **ni él, ni sus representantes o sucesores** tendrán derecho para anular el contrato, a no ser que el incapaz fuere menor, o **el dolo consistiere en la ocultación de la incapacidad**.

5. DE LORENZO, Miguel F., [ob. cit.](#) (cfr. nota 2).

En virtud de los artículos transcritos, el elemento central que determina la nulidad de un acto o contrato otorgado por una persona incapaz es la sentencia respectiva. Luego de la sentencia que declare la incapacidad, serán nulos los actos celebrados por el incapaz tanto sean de administración como de disposición.⁶

El artículo 473 se refiere a los actos anteriores a la sentencia de incapacidad, poniendo el acento en la notoriedad de la enfermedad mental en la época en que los actos fueron ejecutados. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, en el momento histórico en que el artículo fue redactado, y de acuerdo con los conocimientos médicos de la época, la enfermedad mental solía tener un carácter manifiesto y la contratación se realizaba en forma personal.⁷

En la actualidad, como consecuencia de los progresos médicos e informáticos, en muchas circunstancias las enfermedades mentales no son evidentes y las contrataciones se realizan sin presencia de los intervinientes.

La reforma introducida por la Ley 17711 entendió necesario aclarar, en beneficio de la seguridad del tráfico, que dicha nulidad no se podía hacer valer contra los co-contratantes de buena fe a título oneroso cuando la enfermedad mental no fuera notoria:

Se ha dicho que lo público y notorio no se forma con paciente observación, sino por la constatación de hechos o conductas comunes que chocan con la normalización media de una sociedad en una época dada y que son conocidos de inmediato por quienes se ponen en contacto con el sujeto; son hechos gruesos...⁸

Sostiene De Lorenzo que la primera parte del artículo 473 pretende la tutela de los intereses del “insano” y afecta a todos los actos y contratos, aún los celebrados a título oneroso. La segunda parte tutela la seguridad del tráfico únicamente en los supuestos relativos a contratos a título oneroso en los que no existen prestaciones de tracto sucesivo o principales de hacer o no hacer. Ello así porque en estos últimos dos supuestos mantener la eficacia del acto sería un despropósito para ambas partes y lejos de suponer una ventaja para el co-contratante, lo obligaría a quedar atrapado en un contrato de difícil cumplimiento cuya nulidad, con arreglo al artículo 1165 y 1166 se vería impedido de instar.⁹

Por su parte, es importante destacar que el artículo 474 procura la preservación de los actos y contratos otorgados por una persona una vez fallecida, con dos únicas salvedades: a) que la incapacidad resulte de los mismos actos, supuesto que Kemel-

6. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 25: “Aunque el artículo 472 del Código Civil argentino menciona a los actos de administración, hay consenso en que la sanción de nulidad abarca también, *a fortiori*, a los de disposición”.

7. DE LORENZO, Miguel F., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 18.

8. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 32.

9. DE LORENZO, Miguel F., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 14.

majer de Carlucci entiende como el estado demencial que se refleja “en las cláusulas del propio acto jurídico: el acto se muestra en sí mismo irracional, con graves desproporciones, cláusulas disparatadas, ridículas...”¹⁰; b) el acto se haya consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad. Destaca la misma autora: “según el artículo, no pueden ser impugnados los actos del insano fallecido que hubiesen agotado sus consecuencias antes de la demanda de interdicción”¹¹.

Estas disposiciones respecto de la incapacidad no están solas ni aisladas en el Código vigente. Conviven y se complementan con las disposiciones legalmente previstas para los casos en donde se advierte la falta de discernimiento más allá de que no exista una sentencia que determine la incapacidad del sujeto.

Los artículos 921 y 1045 constituyen la base que regula la ineficacia de los actos y contratos realizados con falta de discernimiento, entendido este, según Cifuentes, como “la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias”¹².

Artículo 921: Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también **los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente están sin uso de razón.**

Artículo 1045: Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes **obren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley** al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.

Respecto de la valoración del discernimiento, este, a diferencia de la incapacidad que se juzgaba en la época del otorgamiento del acto, debe existir al momento de dicho otorgamiento. Como vemos, cada situación prevé sus propias consecuencias.

Señala Kemelmajer de Carlucci:

Frecuentemente, la doctrina parte de esta distinción: la sentencia declarativa de la demencia supone una “restricción de la personalidad jurídica”, la creación de un nuevo estado civil para la persona en el que ésta pierde o limita su autonomía; resulta entonces que, en principio, la actuación independiente del incapacitado es inválida porque se realiza sin el complemento de capacidad necesario. En cambio, cuando la persona celebra

10. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 53.

11. Ídem, p. 55.

12. LLORENS, Luis R., “La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 14/9/2007, p. 1.

un acto con sus facultades mentales alteradas, sin haber sido declarado demente con anterioridad, falta la voluntad negocial y, por ende, el consentimiento.¹³

A fin de poder tomar cabal conciencia del enorme cambio que significa el sistema dispuesto en el Código Civil y Comercial, podríamos empezar preguntándonos, por ejemplo, si cabe entender en el nuevo ordenamiento que en los casos de capacidad restringida hay un nuevo estado civil. Entendemos que no.

4. Régimen establecido en el Código Civil y Comercial

El **ordenamiento** que entrará en vigor el próximo 1 de agosto de 2015 parte de la premisa de que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial (art. 31). Asimismo, como regla general, se establece que la restricción a la capacidad de ejercicio se dispondrá judicialmente mediante sentencia.

Regula, por una parte, los efectos de los actos y contratos celebrados con posterioridad (art. 44) a la inscripción de la sentencia de incapacidad o que restrinja la capacidad y, por otra parte, los efectos de los celebrados con anterioridad (arts. 45 y 46). Asimismo, establece disposiciones específicas para los actos y contratos otorgados con falta de discernimiento (arts. 260 y 261)

Con respecto a las consecuencias de la nulidad, en todos los casos resulta de aplicación el artículo 388 del Código Civil y Comercial cuyo contenido y alcance analizaremos más adelante. Ya no hay un doble sistema diferenciado sino que en términos generales, la ineficacia de los actos por uno u otro motivo, tienen un único tratamiento.

4.1. *Inscripción de la sentencia*

El artículo 39 regula la registración de la sentencia de incapacidad o restrictiva de la capacidad en los siguientes términos:

La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45¹⁴, los actos mencionados en este capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro. Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.

13. DE LORENZO, Miguel F., *ob. cit.* (cfr. nota 2), p. 18.

14. Analizaremos este artículo más adelante, pero se adelanta aquí su contenido: “Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito”.

En el [trabajo](#) que citamos al comienzo¹⁵ –que elaboramos cuando el Código aprobado por la Ley 26994 era tan solo un proyecto–, adelantamos que la [Ley 26413](#), reguladora del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, ya consagra desde su redacción originaria una previsión similar (Capítulo XVII “Inscripciones de las incapacidades”):

Artículo 88: Se inscribirá en un libro especial que se llevará en la dirección general todo hecho o acto jurídico que modifique la capacidad de las personas.

Artículo 89: Sin perjuicio, de lo dispuesto por leyes de fondo de la Nación, los actos mencionados en este capítulo no producirán efectos contra terceros sino desde la fecha de inscripción en el registro.

Igual inscripción prevé el [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#), si bien no especifica el alcance de la comunicación de la sentencia al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas:

Artículo 633: Antes de pronunciar sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación.

La sentencia se dictará en el plazo de quince (15) días a partir de la contestación de la vista conferida al asesor de menores e incapaces o, en su caso, del acto a que se refiere el párrafo anterior.

Si no se verificare la incapacidad, pero de la prueba resultare inequívocamente que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar daño a la persona o al patrimonio de quien sin haber sido hallado demente presenta disminución de sus facultades, el juez podrá declararlo inhabilitado en la forma y con el alcance previstos en el artículo 152 bis del Código Civil. **En este caso, o si se declarase la demencia, se comunicará la sentencia al Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas...**

No está de más señalar, con respecto a las funciones tradicionales del Registro Civil, lo que explica Kemelmajer en el artículo que hemos citado:

... la dificultad del tema se remonta al siglo pasado y se vincula al valor y a la función de los asientos del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En la Exposición de motivos y discursos previos a la aprobación del Código de Napoleón, se explica que el Registro Civil tiene por objeto fijar y constatar el estado de los individuos, evitar la dificultad y peligro de las pruebas testimoniales, etcétera; en ningún momento se plantea la función del registro como protector de terceros.¹⁶

15. Cfr. nota 1.

16. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 39

La inquietud se suscita ante la redacción de los artículos 44, 45 y 46 y su funcionamiento conjunto.

4.2. *Efectos de la inscripción de la sentencia respecto de los actos otorgados con posterioridad*

El Código Civil y Comercial establece:

Artículo 44: Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. **Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción** en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Como podemos observar, a diferencia del artículo 472 del Código de Vélez, que establecía la nulidad de los actos posteriores a la sentencia con independencia de la inscripción de ésta, el artículo 44 del Código Civil y Comercial establece la ineficacia de los actos que contraríen la sentencia, pero a partir de su inscripción.

Más allá de que antes del Código unificado estaba previsto en nuestro ordenamiento la necesaria registración de la sentencia de incapacidad para su oponibilidad a terceros, pareciera ser que ahora se pretende dar una relevancia mayor a la inscripción de la que tenía con anterioridad.

Con el Código aún vigente el quid de la cuestión pasa por la nulidad y esta nace con la sentencia. La inscripción de la misma no es la que profundiza sus efectos sino que los hace oponibles a terceros que no hubieran podido conocer su existencia por otros medios y siempre que la “demencia” no haya sido ostensible, en cuyo caso, tampoco pueden recurrir a la falta de inscripción como eximente de responsabilidad.

En la realidad, en el régimen de incapacidad de Vélez, los efectos de la nulidad quedaban morigerados por el propio alcance de la misma que suponía la existencia de una demencia, una enfermedad mental que, conforme los paradigmas y las circunstancias médicas y sociológicas de la época, solía tener repercusión pública. Con el tiempo, las modificaciones de la realidad fueron adaptando jurisprudencial y doctrinariamente las circunstancias y en los hechos, la incapacitación judicial se reservó para los casos más extremos, manteniéndose los casos de discapacidades menos profundas fuera del sistema como medida de protección de la persona con el fin de evitar la anulación innecesaria de su personalidad jurídica mediante la designación de curador.

El nuevo Código prevé un sistema de protección específico adaptado a los parámetros actuales. Sin embargo, mantiene las mismas sanciones que originariamente fueron pensadas para otro tipo de realidad y con la excusa de proteger a unos, introduce un factor de inseguridad jurídica que amenaza a todos, incluso a aquéllos que busca proteger.

Como consecuencia de los avances de la medicina, es cada vez más difícil advertir, obrando con cuidado y previsión, la incapacidad o capacidad restringida de un co-contratante pero además, debe prestarse especial atención a que todo esto se regula estableciendo un mismo régimen para la incapacidad y para la capacidad restringida lo que, a nuestro criterio, según expusimos al comienzo de este trabajo, constituye un importante error.

En el nuevo escenario en el que de conformidad al artículo 12 de la Convención de las Personas con discapacidad se les reconoce a éstas “capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de su vida” la trascendencia que, a primera vista, el Código pretendería dar al acto inscriptorio de la sentencia supone subestimar tanto la real autonomía de la persona con capacidad restringida o con algún grado de discapacidad natural o falta de discernimiento, así como la función de los apoyos, curadores, Ministerio Público y jueces, y tendría su cimiento en un escenario patológico en donde la persona con discapacidad es avasallada y abusada en sus derechos por el resto de la sociedad.

No obstante, de la lectura del artículo 44, tal vez podríamos concluir que la única forma de evitar la nulidad de los actos posteriores a la inscripción de la sentencia restrictiva de la capacidad sería solicitar un certificado al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del domicilio del contratante en el que pueda constatarse la falta de inscripción de una sentencia en este sentido.

4.3. *¿Preceptiva y previa solicitud de certificado al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas?*

Si fuera necesaria dicha solicitud, se debe reparar en que la ley no distingue ni especifica los actos en los que la misma procedería, por lo que debería solicitarse para cada acto o contrato que toda persona realice en todo ámbito. Ello supondría, en los hechos, que la presunción de capacidad establecida por el artículo 31 citado carece de todo contenido.

Antes de la sanción del nuevo Código, muchos autores destacaron que una disposición como esa era completamente absurda. De Lorenzo¹⁷ señala:

De todas formas, tratándose de una contratación inmobiliaria, los usos y costumbres e incluso la normativa para martilleros y corredores [...] evitarán el perjuicio al insano que dispone de un inmueble. Ello así no tanto por la inscripción en el Registro de Estado Civil de la sentencia –aspecto reiteradamente invocado por la doctrina para justificar la mala fe del cocontratante–, pues, como bien argumentaba Borda en términos aún sostenibles: “a nadie se le ocurre antes de firmar un contrato pedir un informe a dicho registro”, cuanto por la inhibición general de bienes, que el artículo 629 del Código

17. DE LORENZO, Miguel F., *ob. cit.* (cfr. nota 2), p. 8.

Procesal Civil impone imperativamente durante el trámite del proceso de insania, [debe anotarse] cuando la demencia “apareciera notoria e indudable”.

En igual sentido, con respecto a la solicitud de certificados al Registro Civil, Alicia Rajmil y Luis Llorens¹⁸ señalan:

Obviamente, si para cada acto de disposición los notarios requiriéramos dicho certificado y se buscara manualmente en dichos libros para su expedición, el resultado sería el colapso. Además, tampoco se ve por qué razón habría que pedirlo por el enajenante o constituyente de gravámenes sobre cosas y no sobre el adquirente a título oneroso [...] No se conoce que para autorizar, por ejemplo, un matrimonio los propios funcionarios del registro civil requieran certificado alguno [...] Tampoco lo pide la costumbre tribunalicia para homologar algún convenio o acto dispositivo celebrado en ese ámbito.

Las consideraciones vertidas por los citados autores cobran aún más relevancia cuando, ante un Registro Civil descentralizado como el nuestro, se pretende evaluar la posibilidad de solicitar dicho certificado en el domicilio de los contratantes, que, por otra parte, puede diferir del consignado en el documento de identidad con el que se identifica y, por qué no, del domicilio en el que se radica y/o se encuentra internado.

Lo antes dicho no se soluciona con la implementación de un Registro Civil on line en tiempo real porque, en todo caso, supondría la institucionalización de una norma que contraría el desarrollo normal y habitual del tráfico e instalaría en la sociedad la sospecha de que todos somos potenciales sujetos con capacidad restringida, en contra de lo que, supuestamente, persigue el nuevo Código. Las normas deben regular la realidad, no ir en contra de ella.

Acompañan nuestra interpretación las modificaciones introducidas por el nuevo Código al régimen de nulidad de los actos y contratos celebrados por las personas con incapacidad o capacidad restringida, aplicable también a los actos y contratos otorgados con falta de discernimiento.

Comentamos antes que hasta hoy existía en el Código un doble juego de supuestos, sujeto a sus propias normas de eficacia: el de los actos y contratos realizados por las personas incapaces y el de los realizados con falta de discernimiento. Se mantiene vigente en el nuevo Código el concepto de que los actos voluntarios son aquellos celebrados con discernimiento, intención y libertad (art. 260) y que son actos involuntarios por falta de discernimiento (art. 261): a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

18. LLORENS, L. R. y RAJMIL, A. B., [Comentario al art. 39], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, t. 1, p. 151.

En lo sustancial, persiste el criterio del Código velezano, ajustado en virtud del nuevo régimen legal previsto para los menores. No obstante, la gran diferencia tiene lugar en la regulación prevista en el nuevo ordenamiento respecto de la ineficacia de los actos jurídicos. Particularmente relevantes en este aspecto son los artículos 1000 y 388, que sustituyen a los anteriores 1165 y 1166.

El artículo 1000 establece:

Efectos de la nulidad del contrato. Declarada la nulidad del contrato celebrado por la persona incapaz o con capacidad restringida, la parte capaz no tiene derecho para exigir la restitución o el reembolso de lo que ha pagado o gastado, excepto si el contrato enriqueció a la parte incapaz o con capacidad restringida y en cuanto se haya enriquecido.

No obstante, el gran cambio se introduce con el artículo 388:

Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo.

Hay, a nuestro entender, tres puntos fundamentales que destacar del artículo transcrito. A diferencia del artículo 1166 del Código vigente, la nulidad puede ser instada tanto por la persona que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto como por el co-contrante, quien antes estaba privado de hacerlo. Además, el acto puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. Ambos supuestos, en el caso de una persona incapaz o con capacidad restringida, no son fáciles de verificar, ya que suponen que debe haber cesado la incapacidad o la restricción a la capacidad previamente. El artículo 2563 dispone que la acción de declaración de nulidad relativa prescribe a los dos años y, en los casos de “nulidad por incapacidad”, desde que esta cesó.

El tercer aspecto trascendental del artículo 388 citado es que “la parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo”.

En el Código Civil y Comercial comentado dirigido por el doctor Ricardo Luis Lorenzetti, al analizar el artículo transcrito, se señala:

Como se ha visto, el principio general es que se encuentra legitimada para articular la invalidez la parte en cuyo beneficio se instituyó la nulidad. Este postulado alcanza a quienes eran incapaces de hecho al tiempo de celebrar el acto. Sin embargo, la disposición que se comenta contiene una contraexcepción y es que la parte beneficiada no podría plantear la nulidad del acto si obró con dolo, esto es, cuando ocultó deliberadamente su incapacidad y la otra parte obró de buena fe, confiando en la apariencia generada por quien entonces disimuló o de cualquier modo impidió conocer la falencia existente

al tiempo de celebrarlo¹⁹ [...] La reforma en este punto contiene una novedad importante al señalar quiénes están legitimados para plantear la nulidad relativa. Amplía la nómina que contenían los artículos 1048 y 1049 del Código derogado y autoriza no sólo a la parte en beneficio de quien se estableció, sino además a lastra, en tanto sea de buena fe, siempre que exhiba un determinado interés. De este modo procura lograr el equilibrio entre el principio según el cual el interés es la medida de la acción y se atiende a la posibilidad de decretar la nulidad en tanto ésta importe restaurar la realidad, sin que ninguna de las partes obtenga un beneficio indebido.²⁰

En los casos de personas incapaces, los co-contratantes y/o, en su caso, el escribano interviniente podrán apreciar la falta de discernimiento, puesto que esta se presentará de manera ostensible. Es un supuesto en que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo. Es decir, no hay forma de que el co-contratante lo desconozca cuando la persona actúa por sí.

Por otra parte, si la persona actuara a través de un representante, tampoco variaría la conclusión a la que hemos arribado dado que, según establece el artículo 364 del Código Civil y Comercial, “en la representación voluntaria el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento; para el representante será suficiente el discernimiento”. A su vez, el artículo 380, inciso h), dispone que la representación se extingue por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado. Esta capacidad se valora al momento del otorgamiento del poder y si luego se pierde, no afectará la validez del acto, sin perjuicio que si el negocio subyacente es un contrato de mandato, su extinción por la pérdida de capacidad del mandante determinará obligaciones y responsabilidades entre mandante y mandatario al igual que el Código de Vélez establecía en su artículo 1967.

Claramente, quien pretenda contratar con alguien que no puede manifestarse de ninguna manera estará celebrando un acto definitivamente nulo, exista o no inscripción previa de la sentencia. En consecuencia, el problema para el co-contratante y el escribano será el supuesto de una persona que tenga restringida la capacidad.

En este caso, el co-contratante de buena fe que, eventualmente junto con el notario, valoró el discernimiento de quien contrató con él sin que resultara ostensible su limitación a la capacidad, se encuentra protegido en su contratación. Evidentemente es obligación de la persona que tenga limitada su capacidad y de sus apoyos comunicar la restricción de la capacidad de aquélla a su co-contratante, obrando con la buena fe necesaria para la celebración de un acto válido. De lo contrario, incurriría en dolo y no podría alegar la nulidad del acto.

19. Igual interpretación parece sostener la notaria Cristina N. Armella, quien expuso en el LXIX Seminario “Laureano A. Moreira” su opinión acerca de que, en virtud de lo dispuesto por el art. 388, la persona incapaz o con capacidad restringida debe dar a conocer su situación para evitar caer en una conducta dolosa.

20. [Comentario al art. 388], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, t. 2, p. 525.

Recordemos en este sentido que el artículo 43 del nuevo Código establece que es función de los apoyos facilitar a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos en general. Por otra parte, una persona a quien se le ha restringido su capacidad o se le ha declarado incapaz, tiene algunos recursos que deberían colaborar a su seguridad jurídica. Dentro del marco de un expediente judicial, además de los apoyos, el juez y el Ministerio Público deberán adoptar las medidas más idóneas para su protección personal y patrimonial y son ellos los que tienen las herramientas necesarias para dar publicidad efectiva y eficiente a los terceros que deseen contratar con la persona que tiene afectada su capacidad.

Solo en el caso de que una norma taxativa imponga para la celebración del acto o contrato la solicitud de certificados registrales, por ejemplo ante el Registro de la Propiedad Inmueble o Automotor, podría sostenerse que la valoración del discernimiento por parte del co-contratante no es suficiente para acreditar su buena fe. Téngase en cuenta que en ningún lugar el Código u otra ley especial exigen la solicitud del certificado de nacimiento ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, entre otras razones porque sería imposible cumplir con ese requisito para la celebración de todo tipo de contrato.

En los casos de capacidad restringida, la persona afectada por esta, así como sus apoyos, el juez interviniente y/o el Ministerio Fiscal serán responsables de que el tercero que contrate con aquella tome conocimiento cabal de las restricciones que padece, sin pena de faltar a la buena fe, incurrir en dolo en la contratación y encontrarse imposibilitado de alegar la nulidad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 388 transcripto.

Como consecuencia de lo anterior, debemos concluir que el deber del co-contratante y del notario es valorar el discernimiento de las partes en cada momento, no su capacidad, y solicitar, cuando ello sea preceptivo, el certificado de anotaciones personales exigido eventualmente, de manera taxativa, por la norma. Tanto es esto así que cuando el legislador consideró que era necesaria esta verificación, más allá de las normas registrales inmobiliarias, expresamente lo previó. Este es el caso del artículo 1347:

Obligaciones del corredor. El corredor debe: a) asegurarse de la identidad de las personas que intervienen en los negocios en que media y de su capacidad legal para contratar...

El corredor deberá verificar estas circunstancias y, para ello, deberá como mínimo solicitar un informe de anotaciones personales. Respecto de la solicitud del certificado de nacimiento al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para verificar la inexistencia de la anotación marginal de una sentencia restrictiva de la capacidad, habrá que ver, en su momento, si dicho Registro cuenta con los medios necesarios para, de manera diligente, rápida y eficaz, brindar esa información. De

lo contrario, será obligación de los apoyos, los jueces, y el Ministerio Fiscal, hacer constar la existencia de esa sentencia en el Registro en donde consten los bienes de la persona a su cuidado, para permitir el cabal conocimiento de la restricción por parte de los terceros. La persona con capacidad restringida y quienes la tienen a su cuidado deben velar por preservar su buena fe en la contratación.

Todo lo dicho anteriormente tiene relación directa, además, con lo que el propio Código Civil y Comercial dispone en su artículo 2:

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

4.4. *Alcance práctico de la solicitud del certificado de nacimiento ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas*

Más allá del desarrollo teórico respecto de la finalidad, el alcance y las consecuencias de la solicitud del certificado de nacimiento para verificar la inexistencia de una incapacidad o restricción de capacidad en la persona con la que se contrata, es conveniente que se analice en concreto las situaciones de hecho que pueden darse para valorar, desde un punto de vista estrictamente práctico el sentido de esta solicitud: en definitiva, lo que el interviniente quiere evitar con la solicitud del certificado es la eventual nulidad del acto o contrato de que se trate. Pero, ¿qué posibilidades reales hay de que el acto resulte nulo?

Como primera medida, debe destacarse que la eventual nulidad podrá ser solicitada por ambas partes y ya no solamente por el eventual incapaz o persona con capacidad restringida. Esto aligera la carga del co-contratante, quien en todo caso y ante la eventualidad de que el acto resulte perjudicial para él, también tendrá herramientas con las que evitar tal perjuicio.

El caso de una persona incapacitada nos conduce al supuesto previsto en el artículo 32 *in fine*, por lo que se trataría de alguien que no puede manifestarse por ningún medio. Estaríamos necesariamente entonces ante una situación no sólo ostensible sino en la que es imposible la contratación. Por lo tanto, en los hechos, este supuesto no acarrearía inconvenientes. Si alguien pretende contratar con quien no puede manifestarse de ninguna manera, evidentemente está obrando con mala fe y la nulidad será clara. En el caso de que el incapaz actuara a través de un representante, el co-contratante no se vería afectado (art. 364 CCCN).

Si se tratara de una persona con capacidad restringida, para que ésta y/o sus apoyos pudieran alegar la nulidad contra el co-contratante, sería requisito previo que informaran a éste la restricción de la capacidad. De lo contrario, incurrirían en ocultación y dolo. En consecuencia, en mérito al artículo 388 no podría la persona con capacidad restringida instar la acción de nulidad.

Quedaría por analizar el supuesto en el que la persona tiene su capacidad restringida pero la disminución de su discernimiento le impide, de buena fe, informar expresamente su restricción. Además, debe darse el caso de que sus apoyos, en el ejercicio debido de sus funciones, actuando con la debida diligencia, tampoco hayan podido manifestar al co-contratante la existencia de la restricción y que se trate de un acto o contrato en el que no fuera preceptiva la solicitud de otro tipo de certificado registral en donde el juez interviniente y/o el Ministerio Fiscal hayan debido ordenar la debida inscripción de la restricción.

En este caso, con toda probabilidad, estaríamos ante un escenario en el que la falta de discernimiento sería ostensible, circunstancia que sería apreciable por parte del co-contratante y eventualmente por el escribano que intervenga. Se trata de los “hechos gruesos” a los que se refería Kemelmajer de Carlucci.

Tras analizar el alcance de la inscripción de la sentencia y sus consecuencias, tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico como desde el punto de vista eminentemente práctico, llegamos a la conclusión de que ningún sentido tiene exigir un certificado de nacimiento para verificar la inexistencia de una restricción a la capacidad, como requisito para la celebración de todo y cualquier tipo de contrato.

El Código Civil y Comercial incorpora varias previsiones que se riñen con la realidad y es nuestro deber, como “usuarios” e intérpretes del nuevo ordenamiento jurídico, encauzarlo de manera tal de hacer viable su instrumentación. Si bien de la letra del artículo 39 y de las consecuencias previstas en el artículo 44 parece deducirse que es necesario verificar la inexistencia de una sentencia restrictiva de la capacidad para poder acreditar la actuación de buena fe por parte del co-contratante y evitar de esa manera la nulidad, lo cierto es que ello no es viable teniendo en cuenta la gran cantidad de negocios jurídicos que se realizan de manera permanente en la sociedad sin que ni los tiempos ni las circunstancias permitan suponer que debe recurrirse previamente a la obtención de aquel. Solo imaginar que, por ejemplo, un banco pueda/deba exigir la presentación de un certificado de nacimiento actualizado para aceptar el pago como válido o que un juez, ante una declaración testimonial o una presentación de cualquier índole en el marco de un expediente judicial deba solicitar de abogados, partes, testigos, del oficial interviniente de su juzgado e incluso de sí mismo, dicho certificado actualizado para dictar toda resolución, nos permite colegir que no es ni viable ni lógico.

Debemos mantener la misma actuación que hemos desarrollado hasta la fecha con el Código de Vélez. Para acreditar la buena fe tanto el co-contratante como el escribano interviniente deben verificar el discernimiento de las partes al momento del otorgamiento del acto sin que les sea exigible una indagación más profunda, salvo cuando, por la naturaleza de los bienes es requisito solicitar certificados específicos en el Registro de la Propiedad, del Automotor, etc. Será obligación entonces de aquellos encargados de velar por el bienestar de la persona que tiene restringida su capacidad inscribir la sentencia en dichos registros, sin perjuicio de su obligación, en la actuación de buena fe que también deben observar, de comunicar cualquier res-

tricción de capacidad existente, a los co-contratantes que se puedan ver afectados por ella.

5. Algunos comentarios acerca de los artículos 45 y 46 del Código Civil y Comercial

Los artículos 45 y 46 del [nuevo Código](#) sustituyen los artículos 473 y 474 del Código vigente:

Artículo 45: Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, **si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida**, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito.

Se diferencia este artículo del 473 Velezano, entre otras cosas, en que se refiere a los actos anteriores a la inscripción, no a la sentencia. Algunos comentaristas señalan que, al referirse a los actos anteriores a la inscripción, presupone que son aquellos que han tenido lugar entre el dictado de la sentencia y su inscripción. No obstante, consideramos que el artículo refiere a todos los actos otorgados por quien, en definitiva, vea restringida su capacidad por sentencia, hasta la inscripción de esta, con base en los presupuestos del artículo 473 originario, que infiere la previa existencia de una enfermedad o una disminución en las capacidades mentales con el alcance de una “enfermedad habitual luego corroborada judicialmente”, lo que justifica la regulación del supuesto.²¹

Además, incluye el artículo 45 como supuesto independiente y alternativo para la eventual declaración de nulidad, sin que sea requisito la existencia de mala fe ni la notoriedad de la enfermedad, que se trate de actos a título gratuito. En virtud de esta disposición, todo acto a título gratuito otorgado en cualquier momento previo a la inscripción de la sentencia que restrinja la capacidad del sujeto, puede ser declarado nulo si perjudica a ésta, perjuicio que resultará de difícil evaluación cuando deba analizarse en circunstancias diferentes a las existentes al momento del otorgamiento del acto.

Este supuesto es asumido por muchos doctrinarios como aceptable con base en la inexistencia de contraprestación propia de todo acto a título gratuito. Nosotros no estamos tan seguros de la bondad de la previsión.

Toda esta reforma legislativa, en el ámbito de la Capacidad, se inscribe en un contexto nuevo en el que el Derecho de Autoprotección se desarrolla cada vez con mayor profundidad y en el que se empieza a afianzar, dentro de la sociedad, la adop-

21. DE LORENZO, Miguel F., [ob. cit.](#) (cfr. nota 2), p. 24.

ción de medidas y disposiciones en previsión de la propia futura eventual incapacidad o capacidad restringida.

En este ámbito, los actos a título gratuito, en muchos aspectos resultan herramientas legítimas y convenientes para el andamiaje de las propias decisiones anticipadas.

Hay supuestos en los que los padres, por ejemplo, desean transmitir a sus hijos los bienes a título gratuito con el fin de que los administren en beneficio de aquéllos en caso de que en el futuro devengan incapaces. Otra herramienta de mucha utilidad en el ámbito del derecho de autoprotección es el contrato oneroso de renta vitalicia a través del cual muchos mayores encuentran la tranquilidad que necesitan para vivir su ancianidad seguros de ver satisfechas sus necesidades. Incluso es una forma de que los padres que tienen hijos con discapacidad, aseguren el bienestar de esos hijos cuando ellos no estén.

No obstante, la letra del artículo 45, sumada a la disposición del artículo 2461 del Código Civil y Comercial, en virtud de la cual la transmisión de bienes por actos entre vivos, a título oneroso, a favor de los legitimarios con la contraprestación de una renta vitalicia se presume sin admitir prueba en contrario acto a título gratuito, y la previsión del artículo 1600, por la que se determina la aplicación en subsidio al contrato oneroso de renta vitalicia de las reglas de la donación, entorpecen e incluso limitan la autonomía de la voluntad de manera tal que llegan a constituir un fuerte impedimento a la hora de planificar y organizar la vida para el caso de una eventual futura discapacidad.

Más allá del ámbito propio del derecho de autoprotección, en general consideramos que los actos a título gratuito, no deben ser estigmatizados a tal punto de afectar la autonomía de la voluntad e impedirlos desconociendo la tendencia natural del ser humano a beneficiar sin contraprestación alguna a aquéllas personas que quiere.

Es posible que, en definitiva, y más allá de la introducción del factor de perjuicio o la eliminación de la salvedad expresa para los co-contratantes de buena fe y a título oneroso, el artículo 45 no difiera tanto del originario 473, no obstante, la modificación del sistema general en el que el mismo se inserta, en especial en cuanto al tratamiento de los actos a título gratuito en el nuevo Código, altera de manera trascendente las consecuencias de su texto.

A este respecto, sugerimos que en el futuro se revisen estos aspectos y, mediante una reforma legislativa se adecue el régimen general previsto en el Código Civil y Comercial unificado para los actos a título gratuito a una realidad en la que se los acepte como una alternativa legítima y beneficiosa para la sociedad.

Con relación al artículo 46 del nuevo Código, comenzaremos por transcribir su redacción:

Artículo 46: Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la ac-

ción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.

Destacamos a este respecto que su diferencia con el artículo 474 del [Código vigente](#) en este momento, es muy importante. En los Códigos comentados que hemos podido consultar no hemos advertido ninguna salvedad en este sentido que nos intente explicar la razón del cambio pero, en los hechos, entendemos que el nuevo texto será fuente de muchos conflictos.

En el artículo que hemos comentado, Kemelmajer señala: “Una visión generalizante muestra que los supuestos más frecuentemente fallados son los planteados por herederos que impugnan actos del causante no declarado demente”. Y cita al doctor Vernengo Prack en un fallo del año 79: “Tratando de proteger al pobre insano, en realidad se ha venido protegiendo a sus codiciosos parientes a quienes el Código Civil había sancionado con la calificación de indignos”.²²

Con respecto a los “actos anteriores a la inscripción de la sentencia”, si respecto del artículo 45 podía haber alguna duda sobre la amplitud del mismo en cuanto a los actos abarcados (si los otorgados tras la sentencia pero antes de su inscripción o si todos los actos anteriores a la inscripción), en este caso particular no existe alternativa: se trata de todos los actos –onerosos o gratuitos– anteriores a la inscripción de la sentencia, otorgados por cualquier persona antes de su fallecimiento.

Nuestra afirmación se sustenta en que, por una parte, evidentemente se trata de un caso en el que no existe sentencia sino una mera acción interpuesta con anterioridad al fallecimiento de una persona.

Por otra parte, a diferencia de lo previsto en el artículo 474 en el que expresamente se establecía que no podían impugnarse los actos de alguien fallecido “que hubiesen agotado sus consecuencias antes de la demanda de interdicción”, en el actual artículo 46 no es requisito que el acto se haya otorgado después de instada la acción. El único requisito es que la persona haya fallecido después de interpuesta ésta.

En nuestro criterio –esperamos estar equivocados–, la redacción de este artículo solo puede dar origen a conflictos mezquinos entre los herederos y contra terceros. Consideramos que la defensa del interés de aquellos (ya no de la persona con discapacidad), no justifica introducir un factor de inseguridad jurídica semejante.

En el trabajo que publicamos cuando el Código se encontraba aún en etapa de proyecto, al comentar este artículo sostuvimos:²³

Si su intención es cuidar el patrimonio de la persona incapaz o con capacidad restringida, ¿por qué se profundiza esa protección cuando ya ha fallecido? Este artículo protege

22. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 16. Cita el voto del juez Vernengo Prack en “H. C. c/ M. la T. Suc”, fallo del 30/11/1979 (*El Derecho*, t. 86, p. 665, y *Jurisprudencia Argentina*, t. 1980-I, p. 654).

23. BRANDI TAIANA, Maritel M., ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 130-131.

exclusivamente el patrimonio de los sucesores mayores y capaces de la persona con discapacidad en un momento en el que esta ya no puede esgrimir argumento alguno en defensa de sus actos. Recordemos que el artículo 35²⁴ proyectado recoge el criterio de la legislación, doctrina y jurisprudencia más actual, que prevén que el juez, en su caso, entreviste personalmente y escuche a la persona con discapacidad. En este caso, será imposible. [...] Consideramos absolutamente ilegítima e inconstitucional la posibilidad de que se declare nulo un acto o negocio jurídico por el hecho de haberse instado la acción declarativa de incapacidad con carácter previo a su fallecimiento. Se trataría de un caso en el que el fallecimiento de una persona genera los efectos de una sentencia declarativa de incapacidad, sin respeto al debido proceso y a los principios básicos y personalísimos que los artículos anteriores de este mismo capítulo proyectado pretenden destacar. Además, se posiciona como una convocatoria al fraude. Destacábamos antes la función pedagógica del derecho: ¿qué pautas de conducta sociales está promoviendo el legislador con una disposición como esta?

Como si lo anterior fuera poco, insiste el artículo en considerar un supuesto independiente del anterior y hábil para requerir la eventual nulidad del acto tras el fallecimiento de la persona supuestamente incapaz, el hecho de que haya sido a título gratuito. A este respecto reiteramos las consideraciones enunciadas al referirnos al artículo 45.

6. Conclusión

El Código Civil y Comercial, a la luz de los tratados internacionales, la normativa vigente en materia de capacidad y la realidad misma de esta época, al decidir mantener como uno de los supuestos posibles el de incapacidad de la persona humana, como un caso residual y diferente de la restricción graduada de la capacidad, debió haber previsto un régimen distinto e independiente. Al no hacerlo, incurre en contradicciones e incoherencias que empañan los logros alcanzados al incorporar los nuevos paradigmas y dificultan el correcto ejercicio de los derechos.

Si bien una primera interpretación literal de los artículos 39 y 44 del nuevo Código nos llevaría a concluir que, a pesar de no exigirlo expresamente la norma, a los efectos de acreditar la buena fe de los contratantes es requisito la previa solicitud al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del certificado de nacimiento que acredite la inexistencia de una sentencia inscripta que restrinja la capacidad de las personas intervinientes o declare su incapacidad, una lectura armónica, coherente y completa de la nueva normativa demuestra que ello no es necesario en modo alguno.

24. Art. 35. Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.

La nulidad de los actos y contratos otorgados con posterioridad a la inscripción de la sentencia de incapacidad o de capacidad restringida no podrá ser argüida por los co-contratantes con suficiente discernimiento que oculten la restricción de su capacidad, por cuanto incurrirán en dolo.

La obligación de brindar información a las restantes partes contractuales respecto de la restricción a la capacidad recae también y muy especialmente en los apoyos designados.

Fuera de estos casos, los supuestos de co-contratantes incapaces no ofrecen inconvenientes, por cuanto su nulidad es ostensible al tratarse de personas que se encuentran absolutamente imposibilitadas de manifestar su voluntad.

Los casos en los que los contratantes, obrando de buena fe, no se encuentren en condiciones de informar acerca de la restricción de su capacidad y en los que los apoyos, actuando con la debida diligencia, tampoco comuniquen dicha circunstancia supondrán, en la gran mayoría de los casos, una falta ostensible de discernimiento que será verificada por el co-contratante y, en su caso, por el escribano interviniente, quienes tienen a su cargo, con el mismo alcance que lo han tenido hasta ahora, la valoración del discernimiento de la persona con la que contratan, dentro de las posibilidades que tienen sin ser peritos en la materia.

Asimismo, los apoyos, los jueces y el Ministerio Fiscal deben procurar, en el cumplimiento de las funciones a su cargo, dar debida y efectiva publicidad a la restricción de la capacidad de los sujetos respecto de los que tengan intervención, comunicando a los registros en los que consten bienes inscriptos a nombre de las personas con discapacidad la existencia de la sentencia respectiva. Ello determinará que, en los casos de bienes registrables en los que sea preceptiva la solicitud de los certificados de acuerdo con la normativa vigente, se cuente con otro elemento más de control que coadyuve a la eficacia de los negocios jurídicos celebrados.

Con respecto a los artículos 45 y 46 del Código Civil y Comercial de la Nación, consideramos un exceso el tratamiento disvalioso que se confiere a los actos a título gratuito y destacamos que tales disposiciones atentan contra el libre ejercicio de derechos expresamente reconocidos por la norma. En relación con el artículo 46, nos preocupan las modificaciones introducidas respecto del artículo 474 del Código vigente, que consideramos de especial trascendencia. Sugerimos que una eventual reforma legislativa contemple la revisión de tales artículos y, en general, del sistema establecido respecto de los actos a título gratuito.

Los contratos asociativos en la unificación

María Cesaretti

Oscar Daniel Cesaretti

El Capítulo 16 de la [unificación](#) (CCCN o nuevo Código) referido a los contratos asociativos (Libro Tercero, Título IV) se ha dividido en cinco secciones: “Disposiciones generales”, “Negocio en participación”, “Agrupación de colaboración”, “Uniones transitorias”, “Consortios de cooperación”.

La Sección Primera reproduce, en líneas generales, las previsiones del [proyecto](#) de Código Civil redactado por la Comisión creada por Decreto 685/1995, conformada por Héctor Alegria, Atilio Alterini, Jorge Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. El artículo 1442 CCCN determina el ámbito de aplicación de las disposiciones generales, comprendiendo en su previsión legislativa a: todo contrato de colaboración, todo contrato de organización, todo contrato participativo; todos ellos con comunidad de fin¹ que no sean sociedad.

El referido proyecto había determinado que las disposiciones se aplicarían a todo contrato de colaboración, plurilateral² o de participación, que no fuera sociedad. Como se observa, la categoría de plurilateral fue reemplazada por la de contrato de organización en el CCCN, lo que permite inferir que todos estos subtipos de contratos asociativos revisten el carácter de plurilateral.³

1. El tenor del art. 1442 nos da la idea de que esta comunidad de fin debe ser común a los partícipes. Comentando los proyectos anteriores a la unificación vigente (al referirse a los negocios de colaboración), Etcheverry planteaba que no siempre será necesario perseguir la obtención de una finalidad de interés común, postulando la posibilidad de que una de las partes colabore para la obtención de un resultado que interesa solo a la otra parte (ver ETCHEVERRY, Raúl A., *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consortios*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 150).

2. El concepto de contrato de plurilateral en el [CCCN](#) surge del art. 977: “Contrato plurilateral. Si el contrato ha de ser celebrado por varias partes, y la oferta emana de distintas personas, o es dirigida a varios destinatarios, no hay contrato sin el consentimiento de todos los interesados, excepto que la convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido”. La división entre contratos bilaterales y plurilaterales no responde a la cantidad de sujetos sino a la cantidad de partes que intervienen en el mismo. Cifuentes expresa que partes y personas no suelen coincidir, pues varias personas pueden estar de un solo lado *–ex uno latere–*, pero no frente a frente (RICHARD, Efraín H., *Sociedad y contratos asociativos*, Buenos Aires, Zavallia, 1989, p. 126). El contrato por el cual se conforma una novación (arts. 936/37 CCCN) es plurilateral al intervenir tres partes, pero carece de comunidad de fines que requiere el art. 1442 CCCN.

3. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos de colaboración empresaria”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 3, 1993, pp. 7-66. Al referirse al contrato asociativo, el autor expresa (p. 26): “El asociativo es para alguno el género, siendo una especie el plurilateral; para otros, significa lo mismo, hay sinonimia”.

La primera de las dificultades es de orden terminológico. Surge de la denominación del Capítulo 16 que los contratos asociativos revisten el carácter de género, y los restantes, de especies del referido género.⁴ Pero, efectuada esta observación, seguimos en el mismo grado de oscuridad. Cabe aclarar que el contrato de sociedad también reviste el carácter de especie respecto del género contrato asociativo. Surge del tenor conceptual del mismo artículo 1442, al determinar que las disposiciones del Capítulo 16 les serán aplicables a aquellos contratos que sean de colaboración, organización o participación pero que no sean sociedad. Es que la sociedad contiene las notas de ser un contrato⁵ de comunidad de fines de colaboración u organización⁶, pero asociativo con personificación.

En el plano de las primeras aproximaciones, podemos sostener que el concepto de contrato asociativo (como género) se contrapone al contrato de cambio, por las siguientes características:

- La prestación en los contratos asociativos no está destinada a la contraprestación de la otra, sino al cumplimiento del fin común de los partícipes.
- Los partícipes no se encuentran entre sí en una relación de subordinación funcional o económica, no existe *primus inter partes*.
- El contrato se agota con las recíprocas prestaciones, mientras que en los contratos asociativos las prestaciones permiten complementar el fin común.

En cualquiera de los tratados de contratos podríamos encontrar la clasificación en contratos típicos y atípicos, con la nota que la misma se funda en la existencia de contratos legislados expresamente en lo referente a sus formalidades, contenidos, efectos, exigencias normativas, etc. Esta tipicidad, que emerge de una regulación propia de un tipo contractual, significa que éste posee una caracterización o una estructura definida. La tipicidad no debe confundirse con la existencia de contratos nominados, es decir que tienen una denominación dada legalmente, sino que requiere esencialmente una caracterización que permita no sólo identificarlos sino atribuirle características y efectos, generalmente acompañados de una denominación⁷. Los contratos atípicos, por el contrario, carecen de la mencionada regulación legal. Son consecuencia de la libertad contractual (art. 958 CCCN). No es suficiente que carez-

4. “Acudamos a la conocida cita de Messineo en torno a que los contratos asociativos pueden ubicarse dentro de los contratos de colaboración o cooperación” (RICHARD, Efraín H., “[Contratos de colaboración empresarial](#)” [on line], publicado en la [web](#) de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba). El legislador ha adoptado otra clasificación contraria a lo expuesto por Messineo, ya que los contratos asociativos resultan género y los de colaboración, especie.

5. Mientras no sea una declaración unilateral para conformar una SAU.

6. Omitimos el término *participación* porque consideramos correcto el criterio de Richard: “Quizá el elemento que determine la tipicidad de la relación societaria es el ejercicio del control, de un control más allá de una simple vigilancia, concretando la posibilidad de intervenir o interferir en las decisiones” (RICHARD, Efraín H., “Contratos asociativos o de colaboración”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, t. 1990-B, p. 608).

7. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, t. I, cap. I “El tipo y la atipicidad”.

can de un nombre dado por el legislador, sino que estos contratos no deben haber sido caracterizados particularmente.

Actualmente los clásicos términos descriptos han sido reemplazados por nominada e innominado (art. 970 CCCN), con igual contenido conceptual que teníamos en los viejos tratados de derecho civil, estableciendo para esta última clasificación (innominados) un orden de prelación para su interpretación que contempla a los “usos y prácticas del lugar de celebración”, conforme lo previsto en el artículo 218, inciso 6, del [Código de Comercio](#).

A pesar de estas líneas, el lector continúa sin develar el primer interrogante: ¿qué se entiende por cada uno de los supuestos mencionados en el artículo 1442 del CCCN?⁸

Sinceramente, dicho interrogante no resulta de interés para el operador jurídico; tan solo se deberá examinar *prima facie* si del tenor del contrato surgen los elementos tipológicos contruidos por el legislador que están dados por el artículo 1443 referente a la nulidad respecto de una de las partes, y el artículo 1445 respecto de la actuación de los partícipes con terceros. Dados dichos presupuestos, estaremos ante un *contrato asociativo* que podrá ser conforme las notas que surgen del mismo de carácter participativo, definido en el artículo 1448 de colaboración, con las notas que surgen del artículo 1463, y de organización, conforme las notas de los artículos 1453 y 1470.

El unificador ha tipificado el *contrato asociativo* como género en los artículos referenciados, mejorando la técnica legislativa del [Código Civil italiano](#) (CCI), que ha considerado a los contratos plurilaterales con una valoración marginal, ausente de una regulación general, sino exclusivamente de los aspectos patológicos (arts. 1420, 1446, 1459 y 1466 CCI).⁹

Lo esencial del tema no está dado tal como expresáramos en lograr una definición de los subtipos asociativos¹⁰ –hay tantas como autores–, sino determinar qué elementos deben estar ausentes para que no sean sociedad. Es decir, la legislación del Capítulo 16 se conforma –podríamos pensar– como una llave de doble entrada: por un lado, los elementos propios ya enunciados en los artículos 1443 y 1445; por otro, conforme el artículo 1442, que los mismos no sean sociedad.

8. Ver RICHARD, Efraín H., ob. cit. (cfr. nota 6), pp. 599 y ss., donde en nota al pie el autor reseña las diferentes terminologías que ha usado la doctrina nacional. Ver asimismo, con respecto a la doctrina italiana, BARBA, Vincenzo, “*Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*”, en *Rivista di Diritto Civile*, Milano, CEDAM, n° 4, julio-agosto, 2010, pp. 531-561. [N. del E.: el lector podrá acceder al artículo en la [web del autor](#)].

9. BARBA, Vincenzo, ob. cit. (cfr. nota 8), p. 534.

10. Por la evidente dificultad terminológica, el legislador de la unificación ha nominado los contratos y vertido en dicha sección los elementos comunes al concepto de contrato asociativo, dejando de lado la individualización de los elementos tipológicos de cada uno de ellos, llegando a pensar el suscripto que ha conformado una construcción de tipo abierto definiendo exclusivamente los elementos base o comunes a dichos subtipos de contratos. Para Fontanarrosa, los contratos plurilaterales tienen por finalidad organizar grupos o categorías, calificándolos como contratos de organización (FONTANARROSA, Rodolfo A., *Derecho comercial argentino. Doctrina general de los contratos comerciales*, Buenos Aires, Zavalía, 1967, t. II, p. 143).

¿Alcanzará esta doble llave para descifrar el enigma interpretativo? Parece que ambas no están en un pie de igualdad para la exclusión del concepto de sociedad en los contratos asociativos¹¹. Lo decimos porque la solución del artículo 1443 del [nuevo Código](#) es similar conceptualmente al artículo 16 de la [Ley General de Sociedades](#) y propia del concepto de contrato plurilateral que igualmente califica al contrato de sociedad¹². Cabe destacar que las previsiones del artículo 1445 respecto de la imputación, sujetándola a las reglas de la representación, tampoco difieren del esquema societario, dado que el concepto de órgano se subsume en representación ante la ausencia de una teoría general al respecto¹³. Es evidente que la llave de doble entrada se desvanece y la única interpretación válida para la calificación es que no sean sociedad, para que estén incursos en el Capítulo 16 del CCCN.

Antes de la unificación existía cierto grado de certeza en la doctrina. Favier Dubois, en una señera ponencia al IV Congreso de Derecho Societario (Mendoza, 1986), exponía:

La tipicidad de las ACE y las UTE se logra a partir de su inscripción en el Registro Público de Comercio en el sentido que desde entonces la ley presume *iuris et de iure* que no son sociedades ni sujetos de derecho [...] La falta de inscripción de las ACE, de las UTE, o de otros acuerdos de colaboración empresaria no importa, por sí sola, la existencia de una situación que deba ser sometida a las reglas de las sociedades comerciales irregulares. Esta última dependerá que aparezcan configurados los elementos propios de estas sociedades, lo que puede no ocurrir según el específico contenido de cada contrato.¹⁴

Estas conclusiones tan certeras se ven alteradas en la unificación, ya que si bien esta dispone la toma de razón registral¹⁵ sin sanción para caso de incumplimiento, como

11. Ver LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 60. Al referirse a la colaboración asociativa, el autor expresa: “Cuando se utiliza una organización, éste puede producir como efecto una persona jurídica, como en la sociedad, o no, como en la unión transitoria de empresas. En la sociedad los individuos se diluyen detrás de la personalidad obtenida, y las ganancias se obtienen a título derivado. En los vínculos asociativos, el propósito común no hace desaparecer a los sujetos contratantes y las ganancias se adquieren directamente”. La descripción del autor es correcta, pero parte del presupuesto de ya tener definido que se encuentra ante un contrato asociativo no personificado, y nuestro objetivo es definir cuando ese contrato asociativo no reviste el carácter de sociedad; definido ese aspecto será de aplicación lo expuesto por el autor.

12. Ver exposición de motivos de la Ley 19550, art. 1. [N. del E.: el lector podrá acceder al texto [completo](#) en el sitio web de la *Revista Electrónica de Derecho Comercial* {texto no oficial}].

13. Ver OTAEGUI, Julio C., *Administración societaria*, Buenos Aires, Ábaco, 1979, p. 48: “no es el organicismo la doctrina más adecuada para sustentar el proceso de imputabilidad jurídica del sujeto de derecho, lo que no significa que la teoría del órgano sea irrelevante en materia societaria”.

14. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “Tipología, tipicidad y regularidad en los contratos de colaboración empresaria” (trabajo presentado en el IV Congreso de Derecho Societario, Mendoza, 1986). Ver también, con ampliación de fundamentos, en FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), *Derecho societario registral*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994, pp. 452 y ss. Cfr. MERCADO DE SALA, María, “Agrupamientos no inscriptos” en Escarguel, J. M. y Richard, E. H. (dirs.), *Anomalías societarias*, Córdoba, Advocatus, 1996, p. 281. La autora considera que la inscripción es *iuris tantum*, ya que se plantea el caso de una agrupación que actúa en el mercado, circunstancia que la mera inscripción no impediría su calificación como societaria.

15. Art. 1445 para las ACE, art. 1446 para las UTE y art. 1473 para los consorcios.

era en la Ley 22903, agrega en el artículo 1447: “Aunque la inscripción esté prevista en las secciones siguientes de este Capítulo, los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes”.

Véanse las críticas de Vítolo¹⁶ con un tono irónico con respecto a los contratos asociativos y su técnica legislativa:

- 1) No porque llamemos “denominación” –sin el aditamento– a la designación de la denominación de dichos contratos estamos muy lejos de un nombre social o de una denominación social como las poseen las sociedades (v. arts. 1455, inc. c, y 1474, inc. d).
- 2) No porque llamemos objeto de contrato a los fines perseguidos por el mismo y en relación con el ámbito de actuación de los representantes estaremos frente a algo muy distinto del objeto social de las sociedades (v. arts. 1455, inc. a, 1464, inc. a, y 1474, inc. b).
- 3) No porque llamemos fondo común operativo a las inversiones y aportes de las partes o miembros estaremos muy lejos del concepto de capital social al que alude la normativa societaria, en especial a la exigencia de indivisión y de la desafectación patrimonial de las partes (v. arts. 1455, inc. f; 1464, inc. f, y 1474, incs. o, f y p).
- 4) No porque denominemos estados de situación a los estados financieros dejarán de serlo, al igual que los que confeccionan las sociedades (arts. 1455, inc. l, 1464, inc. l, 1474, inc. o, 1475 y 1476).
- 5) Las figuras de exclusión, admisión y retiro de socios no son tan distintas de los institutos societarios (arts. 1455, incs. i y j; 1464, incs. i y j, y 1474, incs. l y m).
- 6) La actuación de los representantes, con la obligación exteriorizar la existencia de las agrupaciones identificando el carácter en que actúan, no difiere tanto de las normas de representación societaria (arts. 1457, 1465 y 1476).
- 7) La participación de los beneficios y la contribución en los gastos parece aludir a alguna asociación común de carácter societario (arts. 1455, inc. g, 1464 inc. h, y 1474, inc. h).
- 8) No porque se denominen causales de extinción del contrato a las mencionadas en los artículos 1461 y 1478 difieren tanto de las causales de disolución de las sociedades.
- 9) La existencia de inscripción de los contratos en el registro público parece tender a una suerte de regularidad contractual similar a la contemplada en el artículo 7 de la Ley 19550 (arts. 1455, 1466 y 1473).

Es de lamentar que el legislador de la Ley 26994 no se haya animado en esta materia a dar un paso más, para permitir que finalmente el perro diga “*guau*”. Y sin perjuicio de no compartir las críticas que ponen de manifiesto las dificultades de las

16. VÍTOLO, Daniel R., “Los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial de la Nación. Y si el perro dice... ¿miau?” (trabajo presentado en el II Congreso Nacional e Internacional sobre los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Mar del Plata, 2015).

figuras legisladas por la unificación, nos cabe determinar –como ya expresamos– cuándo el perro dice “*guau*” y el gato “*miau*”.

Si tenemos la certeza ya consignada de que la UTE inscripta es un contrato asociativo –en base al especial efecto de la registración que elaborara Favier Dubois–, nos queda igualmente un largo camino de precisiones ante la ausencia de registración consignada en la parte general del Capítulo 16. Y volvemos al principio: serán contratos asociativos en la medida en que no sean sociedad, por lo que el método de calificación estará en ver qué elementos del contrato de sociedad están presentes para que el resultado final no sea un contrato asociativo.

Ya expresamos que la solución del artículo 1443 respecto de la nulidad no es suficiente, ya que es común a la sociedad; tampoco el régimen de actuación, cuando éste puede convertir a las partes en acreedoras o deudoras de un tercero. ¿Alcanzará a decir que la causa del contrato de sociedad será el elemento diferenciador y que ausente en los asociativos nos permitirá develar el interrogante? Pensamos que no:

La tipicidad del contrato de sociedad conlleva efectos que deben estar sostenidos sobre la base de una sustancia negocial compuesta necesariamente por dos elementos: a) la expectativa de ventaja nacida de la actividad; y b) la participación en las pérdidas que el negocio proporciona...¹⁷

La UTE inscripta o no inscripta tiene un fin de lucro en los consorcios de cooperación, de acuerdo al artículo 1464, inciso h), CCCN. Conforme el artículo 1472, los resultados se distribuyen entre sus miembros en la proporción que fija el contrato. Tan solo en el caso de la ACE se dice expresamente que no tiene fin de lucro, pero se dificulta cuando la ACE desorbita su actuación¹⁸.

En la doctrina clásica italiana, Corsi y Ferrara¹⁹ se refieren al tema:

El tipo central de los contratos de colaboración está constituido por la sociedad, más otras figuras entran en esta amplia categoría: así contratos de asociación, asociación en participación, contratos agrarios y consorcios.

Conviene entonces examinar por qué notas características la sociedad se distingue de estas otras figuras.

17. KULMAN, David A., “La causa en el contrato de sociedad comercial”, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Buenos Aires, Legis, 2010, n° 1, p. 11.

18. Tomando lo previsto para las asociaciones civiles que establece que no pueden perseguir el lucro como fin principal, ¿cuál es la medida de una ACE que termina arrendando horas del centro de cómputos a terceros por los tiempos que los partícipes no procesan sus respectivos datos, la misma medida que para las asociaciones?

19. CORSI, Francesco y FERRARA, Francesco, *Gli imprenditori e le società* [Los emprendedores y la sociedad], Milano, Giuffrè, p. 220. En igual sentido, ver FERRI, Giuseppe, *Le società*, Unione Tipografica, p. 14; respecto del aporte (conferimiento), expresa que puede inicialmente faltar un fondo común, resultando este del ejercicio en común de la actividad económica. En el derecho nacional, ver MUIÑO, Orlando M. y RICHARD, Efraín H., *Derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, p. 8; los autores rechazan el elemento lucro como elemento esencial y expresan que la aportación de cosas o dinero tampoco lo es.

La fisonomía de la sociedad está dada por el concurso de estos tres elementos: a) aportes de los socios, b) ejercicio de una actividad económica en común, c) con el fin de procurar a los socios una ventaja patrimonial.

Para Farina²⁰, los elementos específicos del contrato de sociedad son: a) el aporte, b) participación en los beneficios y pérdidas, c) *affectio societatis*, d) plazo determinado.

Para Richard²¹, los elementos caracterizantes de la sociedad en sentido estricto o propio –conforme lo cataloga el autor– serían: a) la manifestación externa; b) la constitución de un patrimonio común o autónomo; c) la durabilidad; d) el carácter económico, además de común, del fin, para distinguirla de la asociación; e) actividad u origen negocial; f) organización o forma organizada; g) reconocimiento legal de personalidad; h) que se agregan, obviamente, al fin u objeto común.

Fernández de la Gándara²² reflexiona acerca de la identidad funcional de los fenómenos societarios:

La identificación de las modalidades atípicas se orienta, por lo tanto, en dos planos: en primer lugar, controlar si la figura creada en la práctica negocial constituye uno de los modelos de operación societaria regulados por la ley; y en segundo término, ver en qué medida los intereses que juegan en cada uno de estos concretos esquemas societarios se apartan del cuadro típico tenido en cuenta por el legislador.

Por ello, acuña el concepto de identificación de primer grado cuya finalidad básica es resolver la alternativa admisibilidad-no admisibilidad del hecho concreto al modelo societario en el sentido amplio²³. Y la identificación de segundo grado juega con el sistema de *numerus clausus*, luego de proceder a la identificación de primer grado. En nuestro caso, el análisis se detendrá en la denominada identificación de primer grado, ya que si el contrato asociativo conformado por las partes revistiera el carácter de sociedad, esta encuadraría necesariamente en la Sección IV y no en algunos de los tipos societarios de la Ley General de Sociedades. El autor español reseña también que, en esta tarea de identificación primaria, el elemento prevalente adoptado en los ordenamientos latinos para la función diferenciadora ha sido la causa²⁴,

20. FARINA, Juan, *Tratado de sociedades comerciales. Parte general*, Rosario, Zeus, 1978, p. 240.

21. RICHARD, Efraín H., “Contratos constitutivos de sociedades y contratos de participación”, en AA. VV., *Contratos de colaboración y sociedades*, Córdoba, Advocatus, 1996, p. 33.

22. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *La atipicidad en derecho societario*, Zaragoza, Pórtico, pp. 266-67.

23. Sociedad en sentido amplio es un término que utilizan igualmente Richard y Muiño. Ver MUIÑO, Orlando M. y RICHARD, Efraín H., ob. cit. (cfr. nota 19), p. 6, y RICHARD, Efraín H., *Sociedad y contratos asociativos*, Buenos Aires, Zavallá, 1989, p. 124, al referirse al concepto de sociedad del proyecto de unificación impulsado por el diputado Camisar, cuyo art. 1652 expresaba “Sociedad es el contrato por el cual dos o más personas se reúnen para obtener con el esfuerzo o medios comunes, una finalidad común”.

24. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, ob. cit. (cfr. nota 22), p. 275.

criterio que la doctrina tradicional española ha identificado como una finalidad lucrativa²⁵.

La doctrina nacional, con la sanción de la Ley 19.550 y del CCCN (que implicó las derogaciones del art. 282 CCOM y el art. 1648 viejo CCIV), ha rechazado este concepto de lucro con criterio restrictivo respecto del contrato de sociedad²⁶, destacando que la expresión “participando de los beneficios y soportando las pérdidas” –conforme la doctrina sentada por Halperin– resulta más adecuada a la realidad económica de la actividad societaria:

... los beneficios no deben consistir necesariamente en un lucro o una ganancia a repartir entre los socios; puede ser el resultado de una investigación, o la oficina central para la contratación en interés común de los socios, o para centralizar determinada especie de negociación o contratación.²⁷

Richard y Muiño, cuando se refieren a los elementos diferenciadores, rechazan el lucro como definidor, poniendo de manifiesto las denominadas sociedades profesionales²⁸ y la sociedad del artículo 3 de la Ley General de Sociedades, considerando que el fin lucrativo no parece entonces indispensable en la noción jurídica, correspondiendo a una decisión de política legislativa, ya alejada de nuestro sistema tanto por disposiciones del Código Civil como por el referido artículo.²⁹

25. Girón Tena ha expresado que lo que caracteriza la causa es la solidaridad en riesgos y ventajas y la colaboración en su promoción. El fin de lucro debe ser visto como el objetivo común de los socios. Ver cita en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, ob. cit. (cfr. nota 22), p. 278. Corsi y Ferrara (ver ob. cit. en nota 19) expresan que es esencial que la ventaja económica sea destinada a los socios, la sociedad es un instituto egoísta. Pero no limitan a este al concepto de lucro, es decir, un incremento patrimonial, incluyendo un ahorro de gastos, ya que la cooperativa para el derecho italiano conforma una sociedad, y conformando un válido elemento diferenciador de la sociedad y las asociaciones.

26. FARINA, Juan, ob. cit. (cfr. nota 20), p. 51.

27. Ibídem.

28. Los autores no aclaran el concepto de sociedad de profesionales que utilizan para afirmar la ausencia de fin de lucro. Al respecto, cfr. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “Las sociedades de profesionales y su organización como sociedades de medios con actuación externa”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, n° 290, enero 2012, t. XXIV, pp. 7-20; allí se analizan diversas alternativas de organización profesional como uniones o sociedades internas con la variante *pool* de gastos o interna de ganancias, o sociedades externas organizadas como sociedad de medios, que tiene por objeto compartir estructuras y distribuir los costos. En estos casos, hay una bipartición de contrataciones. Las relaciones con los clientes las sigue manejando cada profesional, que presta el servicio, contrata y factura a título propio, pero las relaciones “externas” vinculadas a la infraestructura en común las contrata una sociedad civil o comercial de la cuál los profesionales prestadores son socios. Como se ve no se trata de una verdadera sociedad ya que la finalidad es el pago de las cuotas periódicas de los gastos pero no la generación de utilidades o “Sociedades externas para el ejercicio profesional”. En este caso todas las relaciones frente a clientes, frente a la infraestructura y frente a terceros en general, las contrata la sociedad por su cuenta y bajo su nombre o razón social, siendo la sociedad quien factura, presta los servicios y los cobra”. [N. del E.: el artículo está [disponible](#) en la página web del autor].

29. Véase al respecto a GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades*, t. 1, p. 29: “Desde el punto de vista de la lógica interna del concepto, es por ello perturbador imponer, estableciéndolo como elemento de la definición, que la estructura organizativa sociedad solo sirve para un fin económico y que la asociación para un fin no lucra-

Corsi y Ferrara³⁰ se expiden respecto del ejercicio de una actividad económica común:

La sociedad postula, en segundo lugar, el ejercicio de una actividad económica; es decir, el cumplimiento de una serie de actos coordinados y unificados en función de un resultado productivo.

Por su parte, Ferri³¹ agrega:

... no basta que la actividad sea ejercitada con medios comunes y que comunes sean los resultados de la actividad misma. Es necesario que también la actividad sea común.³²

Es común la actividad en los contratos asociativos tipificados. En el caso de la ACE, no hay una actividad externa, sino relacionado a las fases³³ de la actividad común de los miembros, remarcando que por medio del referido contrato no se puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de los miembros, alejando el precepto legal toda idea de actividad común respecto de terceros.

La solución no es tan clara respecto de la UTE, donde definidamente el objeto del contrato se vincula a un opus respecto de un tercero, dado que la conformación del contrato se puede dar en forma *vertical* u *horizontal*³⁴. Así cuando el opus requerido por el tercero esté claramente definido, los aspectos por los que cada miembro cumplirá los calificamos con el supuesto de UTE horizontal, donde cada uno de ellos desarrolla un aspecto del opus en forma coordinada con los restantes. Pero cuando por la dimensión del opus requerido por el comitente las operaciones conjuntas no están condicionadas por las particularidades de la obra (más bien por los aspectos dimensionales de la misma), resulta que nos encontramos con una actividad desarrollada en común donde podrán existir medios comunes y resulta-

tivo". Para el referido autor, "la sociedad en sentido amplio se compone del mínimo de elementos (fin común, promovido por los socios y de origen negocial)".

30. CORSI, Francesco y FERRARA, Francesco, ob. cit. (cfr. nota 19).

31. FERRI, Giuseppe, ob. cit. (nota 19), p. 19.

32. Corsi y Ferrara (ver ob. cit. en nota 19) agregan: "*Occorre che l'attività sia esercitata in comune, che alla gestione partecipino tutti i soci. La gestione è comune quando si può ricondurre alla volontà di tutti i soci*" (p. 221). Obsérvese que el proyecto de la denominada Comisión Federal de reforma del Código Civil, en su art. 1451, tipificaba a los contratos asociativos así: "Se denominan contratos asociativos aquellos en los cuales dos o más personas se ponen de acuerdo para obtener, con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común" similar concepto con el cual el Proyecto de Código Civil de 1987 definía a la sociedad en el art. 1652.

33. Para el concepto de "fases", ver ZALDÍVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael y RAGAZZI, Guillermo, *Contratos de colaboración empresarial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, 2ª ed., p. 40.

34. De *joint venture* vertical u horizontal se refiere Astolfi, pero tomamos su criterio clasificatorio en sentido inverso por considerar más adecuado al objeto del presente trabajo. (Citado por ZALDÍVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael, y RAGAZZI, Guillermo, ob. cit. [cfr. nota 33], p. 177).

dos comunes o no (dependiendo de la estructura del contrato que las partes se han conferido).³⁵

Respecto del concepto de *aporte*, Farina³⁶ expresa:

Queda claramente establecido que es un requisito esencial para la constitución de la sociedad, que cada uno de los socios se obligue a efectuar un aporte, consista éste en una obligación de dar o en una obligación de hacer.

Y en nuestra Ley General de Sociedades es causal de exclusión (art. 37). La única limitación respecto del aporte que consigna Ferri³⁷ es la referente a una prestación de no hacer (p. ej.: la asunción de una obligación de no concurrencia), aunque la prestación pueda importar una utilidad económica.

¿Cuál es el elemento común de los denominados contratos asociativos que permitan diferenciarlos del concepto de sociedad, que surge de la nueva sección IV de la Ley 19550? Reseñando: las UTE tienen finalidad de lucrativa; los ACE, crean un marco de autonomía patrimonial (art. 1458 CCCN), pero carecen de fin lucrativo. Respecto del consorcio de cooperación, el CCCN carece de una actividad autónoma externa ya que la organización común es tendiente a facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, razón por la cual el fondo común operativo se mantiene indiviso (art. 1474 inc. p). Todos estos contratos asociativos no personificados como sociedad, por imperio de la ley, carecen o bien:

- a) Respecto de las ACE de fin de lucro como ya expresáramos.
- b) Si bien a las ACE su autonomía patrimonial les es reconocida respecto de los acreedores de los partícipes, su ausencia de fin lucrativo y su restricción de actuación externa no les permite exteriorizar una actividad común respecto de terceros. La sociedad interna no es sociedad, requiere la exteriorización.
- c) Respecto de las UTE, si bien les es reconocido su fin lucrativo, carecen de autonomía patrimonial y las contribuciones al fondo común son justamente eso, es decir, un mecanismo para solventar aquellas cargas comunes de la unión (ej: canon locativo, remuneración de los representantes, cargos fiscales etc.), pero no un aporte dirigido a un sujeto diferente de los propios partícipes.
- d) En lo atinente a los consorcios, cabe consignar que el artículo 6 de [Ley 26005](#)³⁸ (de creación de esta figura contractual) establecía expresamente que ante su fal-

35. Ver el contrato de unión transitoria de empresas “[Área Puesto Hernández](#)” (contrato suscripto entre YPF SA como concedente y varias empresas petroleras), donde explotan en común el área concesionada.

36. FARINA, Juan, ob. cit. (cfr. nota 20), p. 70.

37. FERRI, Giuseppe, ob. cit. (nota 19), p. 15.

38. Art. 6 [Ley 26005](#): “Los contratos constitutivos de ‘consorcios de cooperación’ deberán inscribirse en la Inspección General de Justicia de la Nación o por ante la autoridad de contralor que correspondiere, según la jurisdicción provincial que se tratare. Si los contratos no se registraren, el consorcio tendrá los efectos de una sociedad de hecho”. Comenta Otaegui: “Diferentemente, el consorcio de cooperación no es una sociedad *de jure* (art. 2), pero lo es de facto [...] la disociación y la despersonalización del Consorcio de Cooperación

ta de registraci3n, el contrato tendr1 los efectos de una sociedad de hecho. La unificaci3n suprimi3 este art3culo as3 como tambi3n la *inalterabilidad* del fondo com3n, concepto 3ste inasible. La valoraci3n del art3culo 6 es dispar respecto de la ausencia de inscripci3n como consignamos en la nota, y por ello resulta razonable su eliminaci3n en la Unificaci3n. Entonces rige, en consecuencia, para todos los contratos asociativos no inscriptos la determinaci3n *a posteriori* si su actuaci3n devino en una figura societaria o no. Como ya expres1ramos, el consorcio carece de un fin aut3nomo y que constituye una organizaci3n de medios para acrecentar los resultados de los part3cipes con un actividad externa (art. 1476 CCCN), que establece que el representante es responsable de que en toda actuaci3n sea exteriorizado el car1cter de consorcio.

El elemento com3n rese1ado es la ausencia de un aporte, es decir, que los bienes que conforman los denominados fondos comunes operativos est1n destinados a solventar las cargas comunes y no son el medio econ3mico para el cumplimiento del fin com3n.

Obs3rvense algunos detalles al respecto que pueden clarificar esta postura. En primer lugar, el CCCN elimin3 el t3rmino *patrimonio* que estaba inserto en el art3culo 372³⁹ de la Ley 19550, en el que establec3a “se mantendr1 indiviso este patrimonio sobre el que no pueden hacer valer su derecho”, como atribuy3ndoselo a un mero contrato al cual la ley calificaba que no era sujeto de derecho.

Por otra parte, el inciso f) del art3culo 1455 CCCN, y similar inciso del art3culo 1464 CCCN (ex inc. 6 del art. 369 y del 378 Ley 19550), se compone de tres supuestos: *obligaciones asumidas*, *contribuciones debidas al fondo com3n operativo*, y *modo de financiar las actividades comunes*. El modo de financiar las obligaciones comunes estar1 conformado por las obligaciones asumidas por los part3cipes entre s3, y no respecto de un *alter sujeto*, y no conforman el fondo com3n operativo. Su redacci3n aleja toda idea de “aporte”, como surge claramente del inciso h) del art3culo 1455 CCCN *in fine*, cuando se refiere a las atribuciones y poderes para la organizaci3n de la actividad, sujetas a la reglas del mandato, que establece la obligaci3n de

alteran sustancialmente el r3gimen de tutela del cr3dito aplicable a una sociedad comercial porque el Consorcio de Cooperaci3n aunque act3a como una sociedad comercial no es concursable ni quebrable...” (OTAEGUI, Julio C., “El consorcio de cooperaci3n”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2008-C, p. 1286). Por su parte, sostiene Richard: “La doctrina es conteste que los contratos de colaboraci3n t3picos no inscriptos no generan una sociedad ni una persona jur3dica, sino un problema de prueba. Un contrato de colaboraci3n o consorcio inscripto si act3a como sociedad ser1 ello, pero deber1 probarlo qui3n lo afirme. La presunci3n que contiene la ley ante la falta de inscripci3n no es prudente” (RICHARD, Efra3n H., “Un nuevo contrato de colaboraci3n empresarial: el consorcio de cooperaci3n” [on line], publicado en la [web](#) de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de C3rdoba).

39. Al comentar este art3culo, tuvimos oportunidad de manifestar que tal expresi3n produc3a confusi3n, ya que parec3a atribuirse a un mero contrato. Sin perjuicio de que el mismo t3rmino patrimonio no goza de una acepci3n pac3fica en la doctrina, as3 Borda postula que no lo conforman las deudas, pero V3lez, al tratar el tema sucesorio, se enrola en la postura de considerarlo una universalidad comprensiva de bienes y deudas. Ver CESARETTI, Oscar D., “Contratos de colaboraci3n empresarial”, en Nuta, A. R. (dir.) y Solari Costa, O. (coord.), *Tratado de derecho privado. Derecho comercial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 467-500.

estos representantes voluntarios de “controlar su actividad –de los partícipes– al solo efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas”. La legitimación respecto de velar por el cumplimiento de las mismas no recae sobre un *alter sujeto*, sino sobre aquellas personas a las que se les ha conferido las facultades de dirección y administración y –tal como consignáramos– bajo el esquema de la representación voluntaria.⁴⁰

Iguals notas podemos reseñar respecto del consorcio. Que exista una comunidad de fin, como resalta el artículo 1442 del CCCN, no permite inferir que exista un fin *autónomo*⁴¹, ya que no existe un otro a más de los partícipes. El fin es común a los partícipes en el contrato de sociedad, el fin es autónomo de los socios, es el fin de la sociedad por medio del cual cada socio satisfará su propio fin⁴².

Ahora bien, un contrato asociativo no inscripto, donde los partícipes, en el caso de las ACE, exorbitan la actividad interna o, en las UTE, los medios económicos para el cumplimiento de la actividad de cada partícipe pasa por poner en común los fondos para la misma, determinará –al igual que un consorcio de cooperación– el nacimiento de una figura societaria de la Sección IV del CCCN⁴³.

Conclusiones

Los contratos asociativos típicos gozan con su inscripción de una presunción *iuris tantum* de que no son sociedad⁴⁴.

La comunidad de fines no determina la existencia de un fin autónomo del ente como se da en la figura societaria, sino un fin de cada partícipe hacia la concreción del opus, coordinado pero autónomo.

El fondo común operativo no constituye un patrimonio autónomo⁴⁵.

Los bienes que se adquieran con el fondo común operativo están en cabeza de los partícipes, afectados mediante una declaración unilateral de los mismos al con-

40. “Los contratos de colaboración no generan la existencia de organicidad de ningún tipo”. Ver ZALDÍVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael y RAGAZZI, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 33), pp. 96-98.

41. PALMERO, Juan C., “La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, n° 119/120, p. 839.

42. Al respecto, ver nota 61 de Richard Efraín citando Bolaffi en ob. cit., p. 34.

43. Respecto de la responsabilidad que se podrá generar a los partícipes somos del criterio que se debe estar a las previsiones del tipo contractual que se quiso conformar; así en el caso de las ACE primará la solidaridad del art. 1459 sobre las previsiones del nuevo art. 24 de la LGS; respecto de la UTE se deberá estar a lo estipulado contractualmente conforme las reglas del mismo art. 24 LGS.

44. La redacción del art. 1442 CCCN nos lleva a abandonar la postura que sostuviera Favier al respecto en el anterior régimen legal. Por último, la redacción del art. 1447 CCCN (que establece que la no inscripción produce igualmente efectos del contrato entre las partes) no aclara a qué efectos se refiere, si al que las partes con la adopción de un tipo contractual previsto en el CCCN han querido o al que conforme las estipulaciones pactadas ha resultado conformado por estas.

45. ZALDÍVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael, y RAGAZZI, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 33), p. 98.

trato; y en caso de bienes registrables, mediante anotación conforme el artículo 3 de la Ley 17801⁴⁶.

La exclusión de los acreedores particulares sobre dichos bienes ratifica que no existe transferencia dominial alguna, no media aporte como en el contrato de sociedad.

El riesgo o el alea negocial de la actividad no es necesariamente común: “Al no conformarse una empresa con gestión común, cada una de las empresas partícipes contribuye con la actividad que le es propia, a un costo que también le es propio”⁴⁷.

46. CESARETTI, Oscar, ob. cit. (cfr. nota 39). Se expone allí el pensamiento de García Coni respecto del concepto de inscripción y anotación.

47. ZALDÍVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael, y RAGAZZI, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 33), p. 98.

“No te lo van a inscribir” o una correcta y completa publicidad registral del dominio fiduciario debería incluir la CUIT del fideicomiso

Adrián Carlos Comas

RESUMEN

El fideicomiso es un contrato, no una persona jurídica, motivo por el cual el inmueble se inscribe a nombre del administrador fiduciario con la sola mención de que es “dominio fiduciario Ley 24441”. Pero el administrador puede administrar patrimonios fideicomitados distintos y la publicidad registral no es completa, lo que no les permite a los terceros saber a cuál de ellos el inmueble pertenece, creándose inseguridad jurídica. La mención de la CUIT del patrimonio fiduciario sería la solución. Los antecedentes que dieron origen a la normativa registral actual requirieron del registrador la flexibilidad que necesitaba este nuevo instituto. Este artículo es un llamado a dicha reflexión.

Sumario: **1.** Planteo del tema. Elucubraciones notariales sobre los fideicomisos. **2.** Presentación del escribano autorizante (primer paso). **3.** Respuesta del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (segundo paso). **4.** Publicación de este artículo (tercer paso). **5.** Futuras presentaciones (cuarto paso).

1. Planteo del tema. Elucubraciones notariales sobre los fideicomisos

Desde hace varios años, los notarios redactamos contratos de creación de fideicomisos y autorizamos escrituras públicas de transferencia de dominio fiduciario de inmuebles. Para ello, cumplimos con las exigencias de toda la normativa pertinente, desde los puntos de vista civil, notarial, impositivo y registral, que ven este instituto desde sus respectivos ámbitos de incumbencia. Ante vacíos normativos, dudas u opiniones distintas a terceros, hice oportunamente varios planteos sobre el tema, enfocando primero el fideicomiso desde el ámbito impositivo¹ y luego, desde el de los *referencistas* y el estudio de títulos².

1. Expediente en la Dirección General Rentas sobre exención del impuesto de sellos CABA en fideicomiso de administración (10/4/2007), que derivó luego en un artículo publicado: COMAS, Adrián C., “[Vamos aclarando](#)”

2. COMAS, Adrián C., “[Aunque no lo veamos, el escribano referencista siempre está. O... ¿podrían ser observables las transferencias de dominio fiduciario de inmuebles a la parte fiduciaria constructora del edificio en](#)”

Ahora llega el planteo enfocando el fideicomiso desde el punto de vista del ámbito registral, de la siguiente manera: si bien para el derecho tributario el fideicomiso es un sujeto impositivo, que tiene su propia identificación fiscal (CUIT), es sabido que para el derecho “de fondo”, el fideicomiso es solo un contrato y no una persona jurídica, y que, como consecuencia de ello, para el derecho registral, el dominio fiduciario se registra a nombre del fiduciario (sea una persona física o una jurídica), con la sola aclaración –mínima– de que es “dominio fiduciario Ley 24441”, a fin de anotar *prima facie* que es un patrimonio distinto del patrimonio personal del fiduciario administrador. Sin embargo, y a los fines de una correcta y completa publicidad registral de la separación de los patrimonios (son estos la garantía de los respectivos acreedores), sería muy conveniente que en la matrícula registral se identificara claramente a qué patrimonio fiduciario corresponde el inmueble, ya que un mismo fiduciario que se dedicara profesionalmente a realizar esta actividad podría administrar varios patrimonios fideicomitados y eso confundiría en una primera instancia a los terceros interesados y acreedores de cada uno de ellos. Con la obtención de un informe registral, los acreedores de un fideicomiso determinado sabrán automáticamente que el inmueble no está en el patrimonio personal del titular, sino que corresponde a un patrimonio fiduciario que este solo administra, y creerán que es justamente el patrimonio fiduciario su deudor cuando puede no serlo. Una correcta separación de patrimonios no solo es separar el patrimonio personal del fiduciario respecto del patrimonio fideicomitado que administra, sino también todos los distintos patrimonios que puede estar administrando en fiducia.

Se podrá argumentar que la publicidad registral es meramente “indiciaria”, que remite a los documentos base que son la publicidad cartular mucho más completa y que los terceros deberían, por lo tanto, remitirse a ellos en una segunda instancia. Ello es correcto. Pero es necesario destacar que en otros casos se ha considerado conveniente anotar desde una primera instancia a los terceros acerca del carácter de propio o ganancial de un inmueble registrado a nombre de una persona física casada. Y en este caso se trata de inmuebles dentro un mismo y único patrimonio personal del titular dominial que tiene consecuencias distintas en base a su condición de propio o de ganancial, tales como respecto del asentimiento conyugal para su disposición, para su tratamiento sucesorio distinto, para su inclusión o no en la disolución de la sociedad conyugal por divorcio, etc.

Con motivo de estas elucubraciones previas y en ocasión de una transferencia de dominio fiduciario de un inmueble sito en la Ciudad de Buenos Aires que formalicé en escritura pública en el año 2014, hice la rogación en la minuta para que se consignara la CUIT del fideicomiso como constaba expresamente en la escritura

el panorama’ o ¿tributan sellos todas las transferencias de dominio fiduciario de inmuebles sitos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 889, julio-septiembre 2007, pp. 37-48.

algunos fideicomisos inmobiliarios?”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 895, enero-marzo 2009, pp. 57-74.

pública. Posteriormente, ante la inscripción registral sin asentar la CUIT en la matrícula registral, sabiendo que el fiduciario era también administrador de otros patrimonios fideicomitidos con sus respectivos acreedores y con la intención de evitar riesgos de las obligaciones que se asumieran en esos otros patrimonios, presenté con posterioridad en el Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal una nota de solicitud de inclusión de la CUIT del fideicomiso en la matrícula registral, con los argumentos jurídicos que consideré aplicables, requiriendo que en caso de negativa el organismo fundara en derecho dicha decisión.

El organismo inscriptorio dictaminó tiempo después que, en base a la normativa vigente, “no corresponde incluir la CUIT del fideicomiso en el respectivo asiento registral”. Se compartirán en esta publicación los argumentos jurídicos por mí planteados –que, como notario, sigo sosteniendo– y la respuesta del Registro, con sus fundamentos, ya que podría ser eventualmente utilizada como base para otros colegas notarios “recursivos” que opinen en forma similar con motivo de nuevas transferencias de dominio fiduciario.

“No te lo van a inscribir”, me anticiparon los asesores del Colegio de Escribanos a quienes había consultado previamente, pero ante esta primera negativa administrativa registral, considero que en el tema de los fideicomisos aún queda mucho camino por recorrer para conseguir que sea dictada oportunamente nueva normativa al respecto (sean disposiciones técnico registrales, resoluciones, decretos reglamentarios o leyes registrales), que privilegie una publicidad registral más completa y correcta, con información más clara sobre la separación de los patrimonios y respecto de a qué patrimonio fiduciario específico corresponde el inmueble consultado, para oponibilidad a todos los terceros y una mayor seguridad jurídica.

2. Presentación del escribano autorizante (primer paso)

SOLICITA SE CONSIGNE CUIT DEL FIDEICOMISO en el ASIENTO de “DOMINIO FIDUCIARIO LEY 24441” de la MATRÍCULA REGISTRAL

Sr. Registrador
del Registro de la Propiedad Inmueble
de Capital Federal

El suscripto, Escribano Adrián Carlos COMAS, titular del Registro Notarial 159 de esta ciudad, Matrícula 3717, constituyendo domicilio especial en Riobamba 436, piso 4, CABA (email: escribaniacomas@fibertel.com.ar - te. 4953-6575/7261), me presento y digo:

I) Que por escritura pública de fecha [...] de [...] de 2014, pasada ante mí, bajo el número [...], al folio [...] del Registro Notarial 159 a mi cargo, se formalizó la transferencia de dominio fiduciario de un inmueble (finca), sito en esta ciudad, siendo transmitente una persona física como fiduciante, y recibiendo el inmueble en dominio fiduciario una persona física, en su carácter de administrador fiduciario de un fideico-

miso no financiero (con la manda de construir en dicha finca un edificio que se afectará oportunamente a propiedad horizontal). El fideicomiso fue creado conforme a lo dispuesto por la Ley 24441, encontrándose debidamente sellado ante AGIP, y con CUIT otorgada por la AFIP.

II) De la escritura pública de transferencia de dominio fiduciario surgen todos los datos personales y CUIT personal de la persona física administrador fiduciario, y también la CUIT del fideicomiso que administra, su nombre de fantasía, y su domicilio contractual y fiscal, y que la transferencia de dominio se realizaba en dominio fiduciario Ley 24441, con un “plazo” de cinco años desde la creación del fideicomiso, y con “condición” del cumplimiento total de la manda, construcción del edificio, afectación a propiedad horizontal y transferencia de dominio pleno de todas las unidades a quienes legal y contractualmente correspondiera.

III) De la minuta de inscripción registral suscripta también surgían todos dichos datos, y ante una observación del registrador sobre los rubros de la minuta, se rehizo la misma, y se solicitó expresamente por nota, que además de todos los datos personales del fiduciario y su CUIT personal, que era dominio fiduciario Ley 24.441, y que existía plazo y condición, que también se consignara la CUIT del fideicomiso, por así establecerlo la Ley 17801 en su artículo 3 bis.

IV) Luego de más de un mes de espera sin movimiento del expediente, se hizo el pertinente reclamo en relatoría y luego en la Dirección del Registro, y un par de semanas después, salió inscripta la primera copia de la referida escritura, en la Matrícula FRE [...]. Adjunto la misma en fotocopia autenticada, ya que la primera copia original fue entregada al administrador fiduciario para las tramitaciones administrativas del emprendimiento edilicio a encarar por el fideicomiso.

V) Como no se había agregado copia del asiento registral en folio real electrónico, FRE, solicité un informe de dominio, que en fotocopia autenticada agrego a la presente, y de la que surge todos los datos referidos, EXCEPTO el número de CUIT del fideicomiso, a pesar de haber sido solicitado en forma expresa. Adjunto a la presente constancia oficial de la CUIT del fideicomiso bajada de la página web de la AFIP. (De dicha constancia oficial surge la CUIT del sujeto impositivo, su DENOMINACIÓN de fantasía, y su DOMICILIO fiscal y contractual, datos esenciales para la identificación correcta del fideicomiso).

VI) Que por todo lo expuesto, y considerando IMPRESCINDIBLE a los efectos de una correcta y completa PUBLICIDAD REGISTRAL, que del asiento de dominio de la matrícula registral surja la CUIT del fideicomiso, SOLICITO se consigne la misma, y en caso de considerar el registrador que “no corresponde consignarla por no disponerlo normativa administrativa del Registro”, solicito la elevación de esta solicitud al director del Registro de la Propiedad Inmueble de esta ciudad.

VII) Que la Ley registral número 17801 establece en su artículo 6 inciso a) que la situación registral solo varía a petición del “autorizante” del documento, y por tal motivo así lo solicito, a los efectos del artículo 8, que establece que “el Registro examina la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicita, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos”.

VIII) Que la normativa pertinente establece que el suscripto como interesado, puedo solicitar al registrador, que se agregue la CUIT del fideicomiso como fue oportunamente solicitado en la minuta rogatoria y la nota presentada, fundando mi pedido en las consideraciones que más abajo se detallan, agregando como única prueba la fotocopia autenticada del título inscripto, la fotocopia autenticada del informe de dominio con el asiento registral, y la constancia de CUIT del fideicomiso que expide la AFIP.

Por lo expuesto, solicito también la elevación de esta solicitud al director del Registro de la Propiedad, a fin de que su decisión contenga pronunciamiento sobre el mérito de las argumentaciones expuestas y que se cite el derecho en el que se funda.

IX) A los efectos de FUNDAR MI PETICIÓN de que se agregue también la CUIT del fideicomiso en la matrícula registral, hago las siguientes CONSIDERACIONES (puntos 1 a 13):

IX. 1) EL FIDEICOMISO NO PUEDE SER TITULAR DE DOMINIO: Partimos jurídicamente de la base de que el fideicomiso reglado por la [Ley 24441](#),³ "no es una persona jurídica", "es solo un contrato", y por tal motivo, "no puede ser titular de dominio de inmuebles". Eso es lo jurídicamente establecido, y no se argumenta nada en contra de dicho principio. El inmueble que forma parte del patrimonio fiduciario, puede ser transferido en dominio fiduciario por un tercero, que asume el carácter de fiduciante, y lo recibe en dominio fiduciario la persona física o jurídica que sea el fiduciario administrador, aclarando registralmente que no forma parte de su patrimonio personal sino de un patrimonio fideicomitado que el fiduciario solamente administra.

IX. 2) NORMATIVA LEGAL DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO: La Ley 24441 de FIDEICOMISO establece en su artículo 1, que habrá fideicomiso cuando una "persona" (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a "otra" (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario. En su artículo 4, establece que el contrato también debe contener: en su inciso a) la "individualización de los bienes" objeto del "contrato". En su inciso c) el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución [...] En su inciso d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso; y en su inciso e) Los derechos y obligaciones del fiduciario [...] En su artículo 5 establece que el fiduciario podrá ser cualquier "persona física o jurídica", y fundamentalmente en su artículo 6, que el fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del "buen hombre de negocios" que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. En su artículo 11, establece que sobre los "bienes" fideicomitados se constituye una "propiedad fiduciaria" que se rige por lo dispuesto en el Título VII del Libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas. En su artículo 13 establece que cuando se trate de "bienes registrables", los registros correspondientes deberán "tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad" a "nombre del fiduciario" [...] En su artículo 14 establece enfáticamente, que los bienes fideicomitados

3. [N. del E.: los hipervínculos no forman parte de la presentación original hecha por el autor ante el organismo registrador].

constituyen un “patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante” [...] Lo que tiene su correlato en el artículo 15, que establece que los “bienes fideicomitidos” quedarán “exentos de la acción” singular o colectiva “de los acreedores del fiduciario”; y también en el artículo 16 que establece que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; [...] En su artículo 18 establece que el fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario [...]

De dicha normativa legal surge claramente como obligación del fiduciario, el actuar como un buen hombre de negocios, y un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, (art. 5), debe ultimar todas las actuaciones que debe realizar para PROTEGER al patrimonio fiduciario que administra de la acción de TERCEROS que NO SEAN ACREEDORES del FIDEICOMISO (arts. 15 y 16), y esos terceros pueden ser acreedores personales de quien sea el administrador fiduciario, o acreedores personales de los que sean fiduciantes de ese mismo fideicomiso, o acreedores personales de los beneficiarios de ese mismo fideicomiso, o hasta pueden ser “ACREEDORES de OTRO FIDEICOMISO” que tenga como ADMINISTRADOR FIDUCIARIO a la MISMA persona física o jurídica, ya que en base a su experiencia e idoneidad, dicha persona física o jurídica puede ser FIDUCIARIA de MUCHOS OTROS FIDEICOMISOS.

IX. 3) PROTECCIÓN LEGAL NECESARIA Y SOLICITADA: Y a esa protección legal es que apunta esta petición: Si el Registro de la Propiedad Inmueble publicita a terceros los asientos dominiales en las matrículas registrales, consignando que en el inmueble matrícula AAA figura como dominio fiduciario Ley 24441, con plazo y condición, y los datos de la persona física AAA o jurídica AAA, la oponibilidad *erga omnes* es que dicho inmueble NO forma parte del patrimonio personal del titular, lo que protege al inmueble de la acción de los acreedores de dicha persona titular, pero hace CONFUNDIR a los ACREEDORES de CADA UNO de los FIDEICOMISOS que ese titular administra como FIDUCIARIO, ya que nadie sabrá, hasta acceder a la publicidad “cartular” que surge del título de propiedad, a cuál de todos los fideicomisos corresponde este inmueble. El impedir el Registro de la Propiedad esa publicidad registral BÁSICA genera incertumbre, posibilita que se soliciten medidas cautelares como ser embargos, anotación de litis, medidas cautelares de no innovar, etc., las que serán oportunamente levantadas por orden judicial cuando el fiduciario acredite que el acreedor reclamante es acreedor del fideicomiso BBB, CUIT BBB, que el titular solo administra, y que es un patrimonio distinto del fideicomiso AAA, CUIT AAA, que el titular también administra, y que el inmueble matrícula AAA, forma parte del patrimonio del fideicomiso AAA, CUIT AAA, y que por lo tanto “no es deudor del embargante”. Recién presentando al expediente judicial el título de propiedad podría acreditar que el inmueble corresponde al

patrimonio fideicomitido de otro fideicomiso AAA, y que el título del crédito del embargante, el contrato realizado, la factura emitida, etc. surge claramente que el administrador fiduciario contrató en nombre del fideicomiso BBB CUIT BBB, y que el inmueble embargado no forma parte de ese fideicomiso deudor del acreedor accionante y que solicitó la medida cautelar por error, producido por una INDETERMINACIÓN del Registro de la Propiedad por haberse negado a identificar claramente cuál es el patrimonio fideicomitido al que pertenece el inmueble de marras (CUIT AAA o CUIT BBB).

IX. 4) CUIT DEL FIDEICOMISO: ¿Y cuál sería el motivo por el cual el Registro de la Propiedad Inmueble NO consigna la CUIT del fideicomiso AAA? La primera explicación sería el principio básico ya aceptado, que el fideicomiso no es una persona jurídica ni puede ser titular de dominio de inmuebles, siendo solo un contrato. La norma registral aplicable es el [Decreto 466/99](#), que en su artículo 92 establece que en la calificación de documentos de los que resulten actos de transmisión fiduciaria en los términos de la Ley N° 24441 y su modificatoria se aplicarán, en cuanto sean compatibles, las normas registrales relativas al dominio, condominio, propiedad horizontal o hipoteca, y las que aquí se establecen. Los asientos registrales se confeccionarán consignando en el rubro correspondiente la indicación de su condición fiduciaria según la Ley N° 24441 y su modificatoria. Deberá consignarse también el plazo o condición a que se sujeta el derecho, expresando en este último caso únicamente cuando el derecho esté sujeto a condición. Si existiere, y así se solicitare, se hará constar la limitación a que se refiere el artículo 17 de la Ley N° 24441 y su modificatoria. Los supuestos de cesación del fiduciario regulados en los artículos 9° y 10° de la Ley N° 24441 y su modificatoria darán lugar a la apertura de un nuevo asiento en el rubro titularidad a nombre del fiduciario sustituto. “La Dirección del Registro establecerá los demás criterios de calificación y requisitos de los asientos, sobre la base de lo dispuesto precedentemente”. De dicha norma, y de los criterios establecidos por la Dirección del Registro, surge que los datos a consignar en el asiento son los allí establecidos, consignando los datos completos de la persona física o jurídica fiduciaria, inclusive su CUIT personal.

IX. 5) IDENTIFICACIÓN TRIBUTARIA DE LAS PARTES: Ahora bien, con posterioridad al Decreto 466/99, la [Ley Registral 17801](#) tuvo modificaciones, una de las cuales, en el año 2000, incluyó “la identificación tributaria de las partes intervinientes”, en su artículo 3° bis, que establece enfáticamente que “no se inscribirán o anotarán los documentos mencionados en el artículo 2° inciso a), si no constare la clave o código de identificación de las partes intervinientes otorgado por la Administración Federal de Ingresos Públicos o por la Administración Nacional de la Seguridad Social, de corresponder”.

IX. 6) PARTES INTERVINIENTES: Y leyendo dicho art. 3 bis, ¿qué deberíamos entender por “partes intervinientes”? Una primera interpretación es la de “partes en la transmisión de dominio del inmueble” cuyo cambio de titularidad se solicita. En una transmisión de dominio fiduciario de un fiduciante a un fideicomiso, una parte es el actual titular de dominio (que contractualmente asume el carácter de fiduciante), y la otra parte sería el nuevo titular de dominio (dominio fiduciario), que es la persona física o jurídica que recibe en dominio fiduciario el inmueble. Esas son las únicas dos partes de una transmisión de dominio fiduciario. De la misma manera, cuando el fideicomiso recibe solo dinero de los fiduciantes, y con el mismo procede a comprar un inmueble, la transmisión de dominio es una simple “venta” de un tercero, y partes son el actual

titular de dominio que es el vendedor del inmueble, y la otra parte es el nuevo titular de dominio que es la persona física o jurídica que compra el inmueble, pero como adquiere con dinero del patrimonio fiduciario, el mismo pasa también a formar parte del referido patrimonio fiduciario, por lo que además de registrarlo como venta, también se aclara que el inmueble no es del patrimonio personal del titular, sino que es dominio fiduciario de un patrimonio que solo administra. En ambas operaciones, son únicamente “partes” la persona física o jurídica transmitente y la persona física o jurídica adquirente, y en ambas aclarando que es dominio fiduciario. En esta concepción, la transferencia de dominio de un inmueble no sería “parte” el fideicomiso, ya que como dijimos, es un simple contrato, pero no una persona jurídica y no puede ser titular de dominio de inmuebles. Pero evidentemente esta primera interpretación es exigua y limitada estrictamente a las partes de una “transferencia de dominio”. La realidad de los fideicomisos es que se habla de las “partes” del mismo, como se habla de “partes” en todos los contratos en general. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, son partes vendedora y compradora. En una locación, son partes locadora, locataria, y fiadora. En un mutuo, son partes acreedora y deudora. Cada una de dichas partes en cada contrato, cuenta con su propia identificación ante AFIP o ANSES.

Y en un contrato plural, como es la creación de una sociedad, son partes los socios, los administradores y la misma sociedad, con vinculación contractual como partes compleja, como ser la relación de los socios entre sí, de cada socio con la sociedad, de cada administrador con la sociedad, y de la sociedad con cada administrador. También es parte para dicha relación contractual la misma sociedad que estas partes crearon contractualmente. En cada relación, cada parte puede ser titular de derechos y obligaciones, acreedor o deudor, y cada una tiene también su propia identificación ante AFIP o ANSES.

Un socio es deudor ante la sociedad de los aportes comprometidos, y acreedor de los dividendos anuales y de la cuota parte en la liquidación social.

Un administrador es deudor ante la sociedad de su rendición de cuentas, y acreedor del honorario que le corresponde por el ejercicio de su cargo.

Cada una de esas relaciones tiene su contabilización como ingresos o egresos de cada patrimonio, y sus efectos impositivos, y cada patrimonio tiene su identificación como ser CUIT ante la AFIP o CUIL ante la ANSES.

Vayamos ahora al contrato de fideicomiso: La Ley 24441 establece que el contrato de fideicomiso crea relaciones entre varias “partes”: los fiduciantes, el fiduciario, los beneficiarios y los fideicomisarios. [...] Cada una de las partes tiene derechos y obligaciones, con su correlato contable e impositivo. Los fiduciantes transfieren desde su patrimonio dinero efectivo, o bienes muebles, o bienes inmuebles, que transmiten en dominio fiduciario al fideicomiso, administrado y representado por su fiduciario administrador. La transmisión puede ser gratuita, sin contraprestación, como es el fideicomiso testamentario, o el fideicomiso de administración de un bien que al final de la manda vuelve el mismo bien sin modificar al patrimonio del fiduciante transmitente. O puede ser onerosa, como en el fideicomiso de construcción, en el que el fiduciante transmite dinero o inmueble al dominio fiduciario y la contraprestación puede ser metros cuadrados del emprendimiento constructivo o dinero proveniente de la venta a terceros de lo producido por la manda del fideicomiso. Allí hay ingresos y egresos y efectos impositivos para las partes fiduciante y fideicomiso. Entre otras partes como ser el fideicomiso y el

fiduciario administrador también hay relaciones contractuales que implican derechos y obligaciones, ingresos y egresos, y efectos impositivos: El fiduciario tiene la obligación que surge de la manda, de actuar como un buen hombre de negocios, y de rendir cuentas, y es acreedor del fideicomiso del honorario que se le pactó por su actuación en dicho cargo de administrador. Cada parte tiene su propio CUIT, el del administrador, por los honorarios que recibe del fideicomiso, y éste último saca el importe que paga de honorarios de dicho patrimonio con su propia identificación tributaria, que es distinta a la CUIT del administrador. De la misma manera el fideicomiso con su patrimonio identificado tributariamente con su propio CUIT tiene relaciones con los beneficiarios, los fideicomisarios y hasta con los terceros que contrata. Con estos terceros es que el fideicomiso se vincula contractualmente con su propio CUIT, que es exclusivo y lo identifica y distingue de todos los demás, aun de los otros fideicomisos que puedan tener como fiduciario al mismo fiduciario que tiene este fideicomiso. De allí es fundamental que contractualmente el fiduciario identifique claramente por cuál fideicomiso está contratando como su administrador. Por ejemplo, un corralón de materiales que entrega ladrillos para una construcción podrá asumir el riesgo de venderle sin cobro inmediato, si sabe que el fideicomiso con el que está contratando es solvente, ya que tiene dentro de su patrimonio fideicomitado el inmueble de la calle [...] número [...], y no le dará plazo de pago si contrata con otro fideicomiso que no tiene patrimonio para responder, aunque sea siempre la misma persona física con quien habla, pero que representa a distintos fideicomisos con distintos CUIT. Si este tercero acreedor no recibe su pago, tendrá que accionar judicialmente, pedirá un informe de dominio al Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal y se anoticiará que la persona física tiene, por ejemplo, cuatro inmuebles de su titularidad dominial, uno a título personal, al que no puede atacar, y los otros tres en "dominio fiduciario", por lo que supondrá inocentemente que los tres inmuebles están en el patrimonio fiduciario del fideicomiso deudor, pedirá por lo tanto embargos preventivos sobre los tres inmuebles, y luego de un tiempo se anoticiará que la publicidad registral incompleta lo confundió (por no identificar en qué dominio fiduciario se encontraba cada inmueble), ya que de la publicidad cartular de cada título de propiedad surgirá claramente que el dominio fiduciario de cada inmueble correspondía a otro u otros fideicomisos que no eran su deudor contractual, aunque todos tuvieran el mismo administrador fiduciario como titular dominial (de dominio fiduciario).

Aquí queda claro que para todas esas relaciones contractuales, también es "parte interviniente" cada uno de los fideicomisos que se crean conforme a la Ley 24441, y por lo tanto el fideicomiso es también "parte interviniente", en la mención del art. 3 bis de la Ley 17801.

IX. 7) FIDEICOMISO COMO SUJETO IMPOSITIVO: Vayamos ahora a la identificación tributaria de un fideicomiso. Todos sabemos que el derecho tributario es un derecho autónomo, que toma parte de la legislación civil y comercial, pero también que puede crear sujetos impositivos que no existen en la legislación de base. Por ejemplo, establece que son sujetos tributarios las personas físicas y jurídicas, pero también las que no lo son, y les otorga a todas una identificación tributaria como contribuyentes, la clave única de identificación tributaria, conocida como CUIT. Otorga CUIT a las personas físicas, a las personas jurídicas, a las SA, SRL, sociedades de hecho, fun-

daciones, asociaciones civiles, etc., y también a quienes no lo son, como la “sucesión indivisa” (continuadora de la persona física fallecida), al consorcio de propietarios Ley 13512, como empleador del encargado del edificio, y a los fideicomisos Ley 24441 (que son solo contratos y no personas jurídicas, y que no pueden ser titulares de dominio de inmuebles).

En derecho tributario, la Ley de Impuesto a las Ganancias (texto ordenado por [Decreto 649/97](#), BO 6/8/97), en el Capítulo III, Ganancias de la Tercera Categoría, beneficios de las empresas y ciertos auxiliares de Comercio, en su artículo 49, establece que constituyen ganancias de la tercera categoría: [...] Luego del inciso d): [...] Las derivadas de fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepto en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el Título V. (Inciso incorporado a continuación del inciso d) por Ley N° 25063, Título III, art.4°, inciso n). Y en su artículo 69, establece que, por sus ganancias netas imponibles, quedan sujetas a las siguientes tasas: a) Al treinta y cinco por ciento (35 %): [...] 6. Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley 24441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario. La excepción dispuesta en el presente párrafo no será de aplicación en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el Título V.

De dicha normativa surge que el fideicomiso (que por ser creado por un contrato que tiene relaciones contractuales como parte con otras partes, como se ha mencionado anteriormente) es un ENTE CONTABLE y además es un SUJETO IMPOSITIVO que la ley tributaria identifica con una clave CUIT y que tributa impuesto a las ganancias. La constancia de CUIT emitida por la AFIP la identifica con su número, su denominación de fantasía y su domicilio fiscal.

Esta realidad normativa no podemos ignorarla. Ni contractualmente, ni dominialmente, ni tampoco registralmente.

IX. 8) FIDEICOMISO COMO ENTE CONTABLE: Para tomar al fideicomiso como un “ente contable”, tenemos que tener en cuenta el siguiente tratamiento contable del fideicomiso: El informe N° 28 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal brinda una guía para la registración, exposición y valuación del fideicomiso en general: La Ley 24441 establece la responsabilidad de administración e información que le corresponde al fiduciario y su obligación de rendición de cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año. El resto de las obligaciones, desde el punto de vista contable, de los sujetos intervinientes en el fideicomiso van a surgir del contrato y sobre todas las cosas deberá privilegiarse el principio de la realidad económica. Las distintas alternativas que se pueden presentar serían las siguientes: a) En los registros del fiduciante: Transmisión de los bienes al fideicomiso. Contraprestación relacionada con dicha transmisión fiduciaria. Destino final de los bienes. b) En los registros del fiduciario: Resultados devengados por su gestión: Honorarios, comisiones, etc. c) En los registros del Fideicomiso: Recepción de los bienes fideicomitados. Distintas operaciones autorizadas en el contrato de fideicomiso. Entre ellas la emisión de certificados de participación y títulos de deuda. Liquidación del fideicomiso. Transmisión de los bienes fideicomitados a otro fiduciario. d) En los registros del beneficiario o fideicomisario: Recepción de los beneficios estipulados en el contrato de fideicomiso.

En este informe del Consejo Profesional, se ve claramente las distintas "partes" que forman una vinculación fideicomisaria, y esas partes distintas son las que en realidad menciona el art. 3 bis de la Ley Registral.

IX. 9) LEY REGISTRAL - IDENTIFICACIÓN TRIBUTARIA: Volvamos ahora a la [Ley Registral 17801](#). "Artículo 3° bis: No se inscribirán o anotarán los documentos mencionados en el artículo 2° inciso a), si no constare la clave o código de identificación de las partes intervinientes otorgado por la Administración Federal de Ingresos Públicos o por la Administración Nacional de la Seguridad Social, de corresponder". (Este artículo fue incorporado por art. 4° de la Ley N° 25345, BO 17/11/2000). Y el artículo 2° al que remite establece que de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles [...] La ley impone por lo tanto a todos los registros inmobiliarios del país la obligación de no inscribir o anotar los documentos del art. 2 inciso a), si no constare la clave o código de identificación de las partes intervinientes otorgado por la Administración Federal de Ingresos Públicos o por la Administración Nacional de la Seguridad Social, de corresponder (en la práctica: CUIT, CUIL, CDI), Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) o Código Único de Identificación Laboral (CUIL), o Clave de Identificación (CDI).

IX. 10) REGLAMENTACIÓN DE LA LEY REGISTRAL: El [Decreto 466/99](#) nada menciona con respecto a la CUIT del fideicomiso en su artículo 92 (artículo que fue ya relacionado en el inciso 4] del presente), el decreto es del año 1999, la obligación legal de consignar CUIT surge recién en el año 2000, y ninguna de las disposiciones técnico registrales del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal dictadas desde el año 1999 que complementan dicho Decreto 466/99 se refiere a este tema (según Infoleg: [DTR 6/1999](#), [1/2008](#), [6/2009](#), [7/2009](#) o [4/2011](#)).

El supuesto del final del artículo 92 del Decreto 466/99 es el que un MISMO fideicomiso cambia de administrador fiduciario, cesando el anterior, nombrándose uno nuevo, abriéndose un nuevo asiento en el rubro titularidad, consignando todos los datos del nuevo fiduciario, inclusive su CUIT personal, pero "el inmueble de marras sigue estando en el mismo patrimonio diferenciado", tanto del patrimonio personal del anterior fiduciario como del patrimonio personal del nuevo fiduciario. Sigue estando por lo tanto dentro del mismo patrimonio fideicomitado, con un mismo CUIT, y eso no se ve reflejado en la publicidad registral, aunque sí en la publicidad cartular, que es la documentación donde se resuelve el cambio de administrador fiduciario, manteniéndose incólume todas las características del fideicomiso dentro del cual se mantiene el inmueble referido.

El ANTECEDENTE de ese artículo con sus consideraciones fue la Disposición Técnico Registral N° 4/95 del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal, que estableció que: [...] Visto: La Ley 24441 y lo dispuesto en su Título I (Fideicomiso), artículos 10 a 18, y considerando que según lo establece el artículo II de la citada ley, sobre los bienes fideicomitados se constituye una propiedad fiduciaria regida por las normas del libro III, Título VII del [Código Civil](#). Es que regulan el llamado dominio imperfecto. Que según lo establecen los artículos 12 y 13 de la misma ley, aquella propiedad fidu-

ciaria deberá inscribirse en los registros respectivos. Que en razón de lo dispuesto en tales normas, así como en los artículos 2505 del Código Civil y 20 de la Ley 17801, corresponderá su inscripción en este Registro cuando se trate de inmuebles ubicados en el ámbito territorial de su competencia. Que, en consecuencia, es “necesario establecer las reglas generales a las que el registrador adecuará su conducta”. Que ellas, teniendo en cuenta la novedad de la figura creada, “deben ser flexibles” y limitarse a “posibilitar su adecuada publicidad registral”. Por ello, en uso de las facultades que le acuerda la ley: El Director General del Registro de la Propiedad Inmueble dispone [...] (la disposición quedó actualizada por el art. 92 del Decreto 466 de 1999 ya citada, norma de fecha posterior y de mayor jerarquía).

IX. 11) ANTECEDENTE DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE IDENTIFICACIÓN TRIBUTARIA: Y el antecedente de la [Ley 25345](#) del año 2000, que reformó la Ley 17801 incorporando el citado artículo 3 bis, fue el Decreto del PEN número [1108/98](#), que estableció: [...] Que determinados organismos deberán incorporar obligatoriamente en sus registros, la Clave Única de Identificación Tributaria, o la Clave de Identificación, asignados por la AFIP o el Código Único de Identificación Laboral, asignado por la ANSES, de todos los otorgantes, constituyentes, transmitentes, adquirentes, beneficiarios o titulares de los actos, bienes o derechos actualmente inscriptos o que en el futuro se presenten para su inscripción, “a efectos de la identificación de la información patrimonial de los contribuyentes y responsables”, con el fin de optimizar la aplicación, percepción y fiscalización de las obligaciones tributarias, aduaneras y de la seguridad social. Adecuación de los sistemas de registración, como así también de los formularios que instrumenten las solicitudes respectivas. En los considerandos, establece que para facilitar el análisis y cruzamiento de datos deviene imprescindible incorporar a los respectivos registros patrimoniales, un número o clave de identificación validable informáticamente que posibilite la vinculación certera e inequívoca de aquellos. Que resulta conveniente adoptar como elementos compatibles de registración los números o claves de identificación asignados por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS (CUIT o CDI) y por la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (CUIL), de acuerdo con las normas reglamentarias vigentes en dichos organismos. Que, en consecuencia, corresponde disponer que todos los registros patrimoniales dependientes del PODER EJECUTIVO NACIONAL incorporen en sus asientos los referidos números o claves de identificación RESPECTO de los OTORGANTES, CONSTITUYENTES, TRANSMITENTES, ADQUIRENTES, BENEFICIARIOS o TITULARES de los ACTOS, BIENES o DERECHOS INSCRIPTOS. Que el citado artículo 107 de la [Ley N° 11683](#), texto ordenado en 1998, prevé también expresamente que “la información solicitada por el ente recaudador no podrá denegarse invocando lo dispuesto en leyes, cartas orgánicas o reglamentaciones que hayan determinado o rijan el funcionamiento de los entes u organismos requeridos”. Que resulta propicio invitar a los ESTADOS PROVINCIALES y al GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, a fin de que dicten normas similares para los registros patrimoniales de su respectiva jurisdicción. Que por ello, el Presidente de la Nación Argentina Decreta: Artículo 1°- Los Organismos que se detallan en la planilla anexa al presente artículo, deberán incorporar obligatoriamente en sus registros,

como dato clave, la CLAVE ÚNICA DE IDENTIFICACIÓN TRIBUTARIA –CUIT– o la CLAVE DE IDENTIFICACIÓN –CDI–, asignados por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, o el CÓDIGO ÚNICO DE IDENTIFICACIÓN LABORAL –CUIL–, asignado por la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, de todos los otorgantes, constituyentes, transmitentes, adquirentes, beneficiarios o titulares de los actos, bienes o derechos actualmente inscriptos o que en el futuro se presenten para su inscripción. A los fines indicados “ADECUARÁN sus sistemas de registración –informatizados o manuales– como así también, en su caso, los FORMULARIOS y/o MINUTAS que instrumenten las solicitudes respectivas, PREVIENDO CAMPOS ESPECÍFICOS para dichos datos”. Art. 2º – Todos los organismos y entes a que se refiere el artículo anterior deberán evacuar, dentro de los DIEZ (10) días de recibidas, las solicitudes de información que, sobre titularidad de la inscripción, condiciones de la misma y gravámenes que afecten a los actos, bienes o derechos registrados, les formulen los funcionarios competentes que designe la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS. Art. 3º – La expedición de las informaciones solicitadas y, en su caso, la inscripción de embargos u otras medidas cautelares sobre bienes inmuebles, muebles o derechos patrimoniales registrables, o sobre la persona de sus titulares, no podrá demorarse, restringirse, limitarse o suspenderse por la aplicación de normas de carácter administrativo, ni supeditarse al pago previo de aranceles, tasas y/o aportes de cualquier naturaleza. Sin perjuicio de ello, los organismos detallados en la planilla anexa al artículo 1º, podrán celebrar con la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, convenios que posibiliten compatibilizar esta disposición con las leyes o reglamentaciones que establezcan dichos aranceles, tasas o aportes. Cuando las solicitudes de informes y de inscripción de medidas cautelares se emitan en juicios de ejecución fiscal, los importes de los créditos por los conceptos aludidos deberán ser comunicados al juzgado requirente, a los fines de su inclusión en la respectiva liquidación de costas a cargo del deudor. ... PLANILLA ANEXA AL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO Nº 1108: - REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LA CAPITAL FEDERAL (Ley Nº 17.801).

IX. 12) LEY DE PROCEDIMIENTOS FISCALES: La norma recientemente referida cita el artículo 107 de la Ley 11683 de Procedimientos Fiscales, texto ordenado por el Decreto 821/98, que establece que los organismos y entes estatales y privados, incluidos bancos, bolsas y mercados, tienen la obligación de “SUMINISTRAR a la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS” a pedido de los jueces administrativos a que se refieren los artículos 9º, punto 1, inciso b) y 10 del Decreto Nº 618/97, “todas las informaciones que se les soliciten para facilitar la determinación y percepción de los gravámenes a su cargo. Las solicitudes de informes sobre “personas –físicas o jurídicas–”, y sobre “documentos, actos, bienes o derechos registrados”; ... podrán efectivizarse a través de sistemas y medios comunicación informáticos, en la forma y condiciones que determine la reglamentación. Esta disposición prevalecerá sobre las normas legales o reglamentarias específicas de cualquier naturaleza o materia, que impongan formas o solemnidades distintas para la toma de razón de dichas solicitudes, medidas cautelares y órdenes. (Párrafo incorporado por Título XV art. 18 inciso 11) de la Ley Nº 25239 del año 1999). La información solicitada no podrá denegarse invocando lo dispuesto en las leyes, cartas orgánicas o reglamentaciones que hayan determinado la creación o rijan el

funcionamiento de los referidos Organismos y entes estatales o privados. Los funcionarios públicos tienen la obligación de facilitar la colaboración que con el mismo objeto se les solicite, y la de denunciar las infracciones que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones bajo pena de las sanciones que pudieren corresponder.

La AFIP estableció la Resolución General **2419 del año 2008**, con relación a Obligaciones Tributarias, procedimiento. Régimen de información. En la cual mencionó que visto el Artículo 107 de la Ley N° 11683, y considerando que el citado artículo faculta a esta Administración Federal a solicitar información a determinados entes con la finalidad de optimizar la función fiscalizadora y el control de las obligaciones tributarias a su cargo, que razones de administración tributaria aconsejan implementar un régimen informativo respecto de los fideicomisos, tanto financieros como no financieros, contemplados en la Ley N° 24441 y sus modificatorias, corresponde establecer los requisitos, plazos y demás condiciones que deberán observar los responsables de suministrar determinados datos relacionados con los referidos fideicomisos, que es objetivo permanente de esta Administración Federal posibilitar a los contribuyentes y responsables el cumplimiento de las obligaciones formales y materiales a su cargo, mediante el desarrollo y puesta a disposición de sistemas informáticos. Y que por ello, resuelve: Artículo 1° – Establécese un régimen de información ... que deberá ser cumplido por los sujetos que actúen en carácter de fiduciarios con respecto a los fideicomisos (1.1.) constituidos en el país, financieros (1.2.) o no financieros. ... Art. 5° – La información deberá proporcionarse en forma anual, con corte al 31 de diciembre de cada año, y suministrarse hasta la fecha del año inmediato siguiente al informado, que se fija a continuación: ... ANEXO II RESOLUCIÓN GENERAL N° 2419 - DATOS A INFORMAR: 1. Del fideicomiso no financiero: a) Fiduciantes, fiduciarios, beneficiarios y fideicomisarios: Apellido y nombres, denominación o razón social, Clave Única de Identificación Tributaria (C.U.I.T.), Código Único de Identificación Laboral (C.U.I.L.) o Clave de Identificación (C.D.I.). b) Clase o tipo de fideicomiso. c) Datos identificatorios de el/los bien/es y monto total por entregas de dinero o bienes realizados por los fiduciantes en el período a informar así como el total acumulado por cada período informado, valuados de acuerdo con el procedimiento de valuación dispuesto por la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificatorias. ...

Por toda la normativa impositiva relacionada, se demuestra que es de sumo interés para la AFIP, el requerir todas las informaciones a los registros para facilitar la determinación y percepción de los gravámenes a su cargo. Y con respecto a los fideicomisos como contribuyentes, le interesa saber quiénes son sus fiduciantes, fiduciarios, beneficiarios, su nombre o denominación y su CUIT, y los datos identificatorios de los “bienes”, y montos por entregas de bienes realizados por los fiduciantes.

Y de allí se concluye que el organismo de contralor AFIP no podría determinar fácilmente quién es el contribuyente a quien tiene que fiscalizar, si el mismo es un fideicomiso que tiene su propia identificación tributaria, CUIT, pero el Registro de la Propiedad Inmueble no publicita a qué contribuyente “fideicomiso” corresponde el inmueble registrado como titularidad dominial de una persona física o jurídica en cuyo patrimonio personal con su CUIT no corresponde el inmueble, sino al fideicomiso que administra con un CUIT distinto, pero sin identificarlo claramente, y fácilmente confundible con todos los restantes contribuyentes “fideicomisos”, cada uno con CUIT distinta, pero to-

dos administrados por el mismo administrador fiduciario. La publicidad registral está haciendo confundir entonces, tanto a los acreedores de cada fideicomiso, como al organismo de contralor AFIP, ya que no está identificando claramente a qué patrimonio pertenece el inmueble cuya titularidad dominial informa.

Y el Registro de la Propiedad no está cumpliendo tampoco una Ley, la 17801, que desde el año 2000 incorporó el art. 3 bis, en virtud de que ni el Decreto 466 del año anterior, 1999, ni las disposiciones técnico registrales posteriores a 1999 y 2000, ni los "aplicativos informáticos", ni los formularios registrales aprobados, prevén (pero tampoco prohíben), que se tome nota en el asiento de titularidad dominial, no solo los datos completos de la persona física o jurídica con su CUIT personal, que es un dominio fiduciario ley 24.441, que está sujeto a plazo o condición, sino además, la CUIT del fideicomiso dentro de cuyo patrimonio se encuentra el inmueble matriculado.

La ley es la norma de categoría superior al decreto reglamentario y a las disposiciones técnico registrales, y el Registro debe cumplir con la ley, adecuando la normativa y disposiciones a la primera, de la forma que surge de los considerandos de la DTR 5/95, en el sentido que es "necesario establecer las reglas generales a las que el registrador adecuará su conducta", se debe tener en cuenta la novedad de la figura creada (el fideicomiso y la propiedad fiduciaria), y dichas reglas "deben ser flexibles", y limitarse a "posibilitar su adecuada publicidad registral".

Esta "flexibilidad en virtud de la novedad de la figura" implica que el concepto de "partes intervinientes" que menciona el artículo 3 bis de la Ley 17801 no se limita exclusivamente a la identificación tributaria CUIT del titular dominial persona física jurídica administrador fiduciario de una propiedad fiduciaria, sino TAMBIÉN a otra "parte interviniente" para dicho artículo legal, que es el "sujeto impositivo fideicomiso" que citan los artículos 49 y 69 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, con su CUIT propia y distinta del CUIT de su administrador fiduciario y distinta también de las CUIT de cualquier otro fideicomiso que el mismo fiduciario administre.

No distinguir ni diferenciar cual inmueble matriculado corresponde a cual sujeto impositivo, es desconocer la obligación legal de identificar a todas las partes intervinientes, diferenciando a la parte administradora fiduciaria con su CUIT personal, de la parte fideicomiso sujeto tributario y contribuyente, con un CUIT distinto.

Y una correcta y completa identificación tributaria, es el cumplimiento de la obligación legal, y evita la confusión de acreedores, deudores, y patrimonios diferenciados, evita embargos y medidas cautelares equivocadas, y contribuye a una mejor administración y contralor tributario, ya que fue con este último fin que se dictó primero el Decreto del PEN 1108/98, y luego la Ley 25345 del año 2000, que reformó la Ley 17801 incorporando el citado Artículo 3 bis.

La ley tiene que prevalecer sobre toda norma de rango inferior, y la finalidad de dicha identificación de todas las partes intervinientes no está totalmente cumplida mientras el Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal, no disponga consignar en el asiento registral, también la CUIT del fideicomiso (mero contrato para la norma civil, pero ente contable y sujeto tributario para la norma tributaria), fideicomiso dentro de cuyo patrimonio diferenciado se encuentra el inmueble matriculado.

IX. 13) IGJ: IDENTIFICACIÓN REGISTRAL COMPLETA DE LAS PARTES DEL FIDEICOMISO: En el mismo sentido de la exigencia de una "mayor publicidad registral",

otro organismo de control, la IGJ, Inspección General de Justicia, que tiene a su cargo el Registro Público de Comercio de Capital Federal, estableció la Resolución General 2/2006, con el fin de obtener “información precisa de las acciones de sociedades anónimas en propiedad fiduciaria”, para lo cual adoptó medidas en relación con los dictámenes de precalificación que deban emitirse para la inscripción en el Registro Público de Comercio de RESOLUCIONES de asambleas de sociedades por acciones, en aquellos casos en los cuales hayan participado ejerciendo derechos de voto titulares fiduciarios de acciones de la sociedad. En tal norma, mencionó que visto las disposiciones de las Leyes Nros. 24441 y 19550, y considerando: Que bajo las previsiones de la Ley N° 24411 sobre financiamiento de la vivienda y la construcción, en su Título I Del fideicomiso se ha producido un desarrollo intensificado de relaciones negociales en las cuales las acciones de las sociedades anónimas aparecen como el único o principal bien fideicomitado. Que el artículo 12 de la Ley N° 24441 establece que el carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos, disponiendo el artículo 13 de la misma ley que, cuando se trate de bienes registrables, los Registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario y, posteriormente, tanto en el acto de adquisición como en los mismos Registros, deberá dejarse constancia de la adquisición, también en propiedad fiduciaria, de otros bienes con los frutos de los bienes fideicomitados o el producto de actos de disposición sobre éstos, si el contrato permitiere tales adquisiciones. Que resulta claro el “propósito del legislador” de “brindar publicidad amplia a la propiedad fiduciaria”, lo cual es necesidad inherente y connatural a una consecuencia central de su constitución, que es la escisión del patrimonio fideicomitado y sus efectos frente a terceros (artículos 14 a 17 de la Ley N° 24441) y ha sido resaltada por la doctrina (PÉREZ HUALDE, Fernando, “El fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la ley 24441”, en *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, dirigido por Maury de González, Beatriz, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1999, pág. 221, con cita de LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumo*, Ed. Zavallía, Bs. As., 1996, pág. 78). Que la “tendencia a perfeccionar la publicidad del fideicomiso” se advierte, también con claridad, en disposiciones técnicas de Registros a los que se refiere el antes citado artículo 13 de la Ley N° 24441 (Disposiciones Técnico-Registrales N° 4/95 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y N° 11/95 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Prov. de Mendoza; Digesto de Normas Técnico-Registrales de la Dirección Nacional del Registro de la Propiedad Automotor y Crédito Prendario, Parte Especial, Título II, Capítulo II, Sección 11ª Transferencia en dominio fiduciario en los términos de la Ley 24441). Que la necesidad de publicidad del fideicomiso accionario ha sido resaltada por la doctrina también en punto a su contenido, sosteniéndose en tal sentido la necesidad de que el fiduciario titular de un fideicomiso que solicita inscripción en el libro de registro de acciones conforme al artículo 215 de la Ley N° 19550, debe denunciar a la sociedad los datos completos correspondientes al beneficiario, con el objeto de poder dar efectividad a los derechos y normas correspondientes a obligaciones y responsabilidades del socio frente a la sociedad, incompatibilidades para integrar órganos, interés contrario en temas referidos al voto, responsabilidad derivada de la violación indirecta a normas imperativas del régimen

societario, capacidad para ser socio y cumplimiento de la normativa en materia de poder de policía del Estado por la actuación de sociedades constituidas en el extranjero, entre otros (cfr. VÍTOLO, Daniel R., "Titularidad fiduciaria frente a la inscripción prevista en el art. 215 de la ley 19550", *El Derecho*, diario del 10-6-05, pág. 4); como así también que en casos de transferencia fiduciaria ya sea para fines de administración, garantía o inversión, junto con su notificación deberá presentarse un ejemplar del contrato de fideicomiso, el que deberá obrar en la sede social a fin de que se pueda tomar conocimiento de las limitaciones impuestas al fiduciario, en especial respecto de las facultades de disposición que prevea el *pactum fiduciae* (cfr. PULIAFITO, Gladys J. y MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz, "Fideicomiso sobre acciones", publicado en *Conflictos en sociedades "cerradas" y "de familia"*, Arecha, Martín, Favier Dubois (h), Eduardo y Vítole, Daniel, coordinadores, Ed. Ad-Hoc., Bs. As., 2004, pág. 181, citado por VÍTOLO, ob. y loc. cit., n.º 3). Que en línea con orientaciones como las señaladas y con la importancia que por lo general reviste la propiedad accionaria transmitida fiduciariamente, resulta necesario adoptar medidas apropiadas a la "publicidad de la titularidad de las acciones en ese carácter", traspolando la exteriorización de la misma y de situaciones y sujetos ligados por el negocio fiduciario, a las constancias del Registro Público de Comercio relativas a acuerdos sociales en los que participen titulares fiduciarios de acciones, habida cuenta, a su respecto, de que el registro de acciones normado por el artículo 213 de la Ley N° 19550, que es como principio la base de la legitimación para participar en las asambleas, aun llevado por delegación legal, no tiene carácter público sino que sólo es de libre consulta de los accionistas. Que "el contenido de la información referida a la conformación de la titularidad fiduciaria debe concebirse con suficiente amplitud", habida cuenta de su importancia en la práctica de los negocios sobre acciones en ese carácter y teniendo en cuenta que la significación que ha alcanzado no pudo ser tenida en mira por la Ley N° 19550 en la forma en que ésta disciplinó la forma de transmisión de las acciones de las sociedades anónimas; como así también "se justifica la misma por la utilidad que una publicidad amplia presta a la transparencia y legalidad de los negocios societarios y por lo tanto a la sociedad, sus accionistas y aun los terceros"... Por ello y lo dispuesto por los artículos 4º, 11 y 21 de la Ley N° 22315, se resuelve: Artículo 1º Los dictámenes de precalificación que deban emitirse para la inscripción en el Registro Público de Comercio de RESOLUCIONES de asambleas de sociedades por acciones, deberán expedirse sobre los puntos que se indican en los incisos siguientes de este artículo, en aquellos casos en los cuales hayan participado ejerciendo derechos de voto titulares fiduciarios de acciones de la sociedad. La información a consignar será: 1. Fecha de la inscripción de la transmisión fiduciaria en el registro de acciones, aclarándose si dicha transmisión consta expresamente asentada en tal carácter. 2. Cantidad total de acciones fideicomitidas y sus características. 3. En su caso, cantidad de acciones adquiridas conforme al artículo 13, segunda parte, de la Ley N° 24441 incluidas acciones liberadas y de suscripción o acrecimiento posteriores, características de las mismas y fecha de su inscripción en el registro de acciones, con la aclaración referida en el inciso 1 acerca del carácter de dicha inscripción. 4. Datos del fiduciante, fiduciario y beneficiario, incluyéndose según el caso nombre y apellido o denominación social, documento de identidad o datos de inscripción registral y domicilio o sede social... A los fines de cumplir con la información indicada en los incisos 2, 4, 7 y 8, a), el profesional dictaminante podrá ad-

juntar copia certificada del contrato de fideicomiso o de las partes pertinentes del mismo y remitirse a sus términos...

De los considerandos y la parte dispositiva transcrita, surge la gran importancia que le otorga la IGJ a la identificación completa de la propiedad fiduciaria de las acciones, como así también la identificación plena de todas las partes integrantes del fideicomiso, como ser fiduciantes, fiduciario, beneficiarios, (y obviamente, el mismo fideicomiso, para diferenciarlo de cualquier otro, especialmente si varios tienen el mismo administrador fiduciario).

También el Registro Público de Comercio de esta ciudad, a cargo de la Inspección General de Justicia, entendiendo que si bien el fideicomiso no es una persona jurídica, es sin embargo un Ente Contable y un Sujeto Impositivo, que tiene ingresos y egresos que deben contabilizarse, por lo que expresamente “ha aceptado Rubricar Libros Comerciales a los Fideicomisos”, identificando claramente a los mismos, mediante el sistema de proceder a la “Apertura de un Código”, conforme se verifica en la página web de la IGJ, de la siguiente forma: “Guía de Trámites: Libros de Comercio: Rúbrica de libros: Apertura de código: (Se debe presentar): 1) Certificación contable o legal (art. 312, párrafo 4 del Anexo “A” de la Resolución General IGJ N° 7/05) sobre la solicitud de apertura de nuevos códigos con la firma legalizada por la Superintendencia de la matrícula. 2) Fotocopia de la Foja Notarial que será ingresada una vez otorgado el código, a efectos de proceder a la apertura del código especial. En caso de FIDEICOMISOS y fondos común de inversión, presentar documentación respaldatoria. Otorgado el código, deberá presentar la Foja Notarial original”.

X) POR TODO LO EXPUESTO precedentemente en el punto IX, incisos 1) a 13) como “fundamentos jurídicos”, y con la “prueba acompañada” (fotocopia autenticada del título de propiedad recientemente inscripto, fotocopia autenticada del informe de dominio, y constancia de CUIT del fideicomiso), es que SOLICITO SE CONSIGNE en el asiento registral TAMBIÉN LA CUIT (omitida) QUE IDENTIFICA LA PROPIEDAD FIDUCIARIA, a fin de que la publicidad registral del dominio fiduciario sobre el inmueble matriculado, esté de acuerdo a la publicidad cartular que surge de la escritura pública de transferencia de dominio fiduciario otorgada ante mí, y también a la realidad extraregistral (contractual civil del fideicomiso como patrimonio diferenciado frente a todos los terceros con quienes contrata, y tributaria del contribuyente fideicomiso como sujeto tributario con CUIT, frente al organismo de recaudación fiscal). A tal efecto, solicito se eleve la presente solicitud al DIRECTOR del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal, a fin de que el mismo meritúe y pondere los argumentos jurídicos por mí expuestos, y dé curso a mi petición, (modificando y/o complementando si fuera necesario la actual normativa registral dentro de su competencia, para permitir en la práctica que los registradores, puedan por su normativa y vademécum, asentar en la forma completa aquí solicitada, la publicidad registral para dominios fiduciarios), o en caso de negativa del Sr. Director, me informe los fundamentos jurídicos para el rechazo de mi solicitud.

Sin otro particular, saludo al Sr. Registrador atentamente.

3. Respuesta del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (segundo paso)

EXPEDIENTE DE SECRETARÍA N° 481/2014

SR. DIRECTOR:

Traídas las presentes actuaciones a esta Dirección de Interpretación Normativa y Procedimiento Recursivo para opinar sobre la cuestión planteada en fs. 1 y ss., por el escribano Adrián Carlos Comas, titular del registro notarial N° 159 de esta ciudad, quien solicita se haga constar la Clave de Identificación Tributaria (CUIT) correspondiente al fideicomiso inmobiliario [...] en el respectivo asiento registral practicado en la matrícula FRE [...]

I) ANTECEDENTES

El Sr. [...], DNI N° [...], CUIT N° [...], adquirió el dominio fiduciario de la finca sita en la calle [...] entre [...] y [...], matrícula FRE [...], según escritura N° [...] de fecha [...] de [...] de 2014, autorizada por el mencionado escribano Adrián Carlos Comas, titular del registro notarial n° 159 de esta ciudad. Asimismo, los cónyuges en primeras nupcias [...] y [...] comparecieron al otorgamiento de dicha escritura en calidad de fiduciantes, y el Sr. [...], en calidad de fiduciario del "Fideicomiso inmobiliario [...]" - CUIT [...]. La mencionada transferencia de dominio fiduciario fue inscrita en la matrícula FRE [...] por presentación N° [...] de fecha 11 de Junio de 2014 a nombre del Sr. [...]. Del mismo modo, en el respectivo asiento registral se dejó constancia de la naturaleza fiduciaria de la transmisión y la CUIT del nuevo titular de dominio.

II) SOLICITUD DEL INTERESADO

A fs. 1 y ss. el escribano autorizante solicita que se haga constar la Clave de Identificación Tributaria correspondiente al "Fideicomiso Inmobiliario [...]" en el respectivo asiento registral.

En su escrito, el peticionario sostiene que si bien el Fideicomiso no reviste la calidad de persona jurídica y, por ende, carece de capacidad para ser titular de inmuebles, resultaría relevante su identificación tributaria en el asiento registral, en aras de una buena publicidad.

Fundamenta su petición en los Art. 13, 14, 15 y 18 de la Ley 24441, en el Art. 3 (bis) de la Ley 17801, en el art. 92 del Dto. 2080/80 -T.O. s/ Dto. 466/99-, y cita los considerandos de la Disposición Técnico Registral N° 5/1995.

Precisamente, el Art. 3 (bis) de la mencionada ley dispone que no se inscribirán aquellos documentos en los cuales no se haya consignado CUIT/CUIL/CDI de las partes intervinientes.

El peticionario plantea una interpretación amplia del mencionado artículo, en el entendimiento de que, cuando la norma refiere a las partes intervinientes, lo hace en relación a todas las partes del contrato de que se trate y no solo a aquellas vinculadas a la constitución, transmisión, declaración, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

Asimismo, hace notar la calidad de sujeto tributario de los fideicomisos, cita, entre otras normas, el Art. 49 de la Ley de Ganancias y la RESOLUCIÓN N°2419/2008 de la AFIP

y señala que los fideicomisos son objeto de una contabilidad diferenciada con relación a las partes del contrato.

En ese orden de ideas, el peticionario trae a colación los criterios registrales que la Inspección General de Justicia aplica a aquellas sociedades anónimas con acciones en propiedad fiduciaria.

Finalmente, sostiene que este Registro incumple el Art. 3 (bis) de la Ley 17801 al confeccionar los asientos registrales sin mención de la CUIT del respectivo fideicomiso.

III) ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

El autorizante plantea, esencialmente, dos argumentos principales; por un lado, la mencionada interpretación amplia del concepto “partes intervinientes” del Art. 3 (bis) de la Ley 17801 y, por otro, la necesidad de distinguir en el asiento registral a cual patrimonio de afectación pertenece el inmueble, lo cual redundaría en una mejor publicidad registral al posibilitar a los diversos acreedores no solo conocer el carácter fiduciario del dominio, sino los datos del fideicomiso que el bien integra, máxime teniendo en cuenta que nada impide al titular de dominio asumir la calidad de fiduciario en uno o más contratos.

Luego, el peticionario hace referencia a distintas cuestiones que no tienen mayor trascendencia registral, como ser la calidad de sujeto tributario de los fideicomisos o los criterios registrales que para un caso determinado aplica la IGJ, criterios que necesariamente difieren de los de este Registro en razón de la distinta función que dicho organismo cumple.

El citado Art. 3 (bis) de la Ley 17801 remite al Art. 2º, inciso (a) del mismo cuerpo legal; a su vez, esta última norma establece cuales documentos se inscribirán o anotarán en los registros para su publicidad y oponibilidad a terceros, de conformidad con lo dispuesto por los art. 2505 y 3135 del Cód. Civil.

El inc. (a) del mencionado Art. 2º refiere a aquellos documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles. Aquí es preciso señalar que este Registro al tomar razón de los negocios causales de los distintos derechos reales, encuentra en ello un primer y fundamental límite de la publicidad registral; es decir, el asiento registral no publicita los contratos en sí mismos, sino en cuanto sirven de causa para la mencionada constitución, transmisión, declaración, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

En este sentido, el artículo 1 de la Disposición Técnico Registral N° 4/1998 establece: “En los documentos que se otorguen o suscriban a partir de la vigencia de la presente Disposición, por los que se instrumente la transmisión, constitución, declaración o cesión de derechos reales sobre inmuebles, se calificará si se ha consignado el CUIT, CDI o CUIL, según corresponda, de quienes harán de resultar titulares registrales de tales derechos...” (el subrayado me pertenece).

Como consecuencia de lo expuesto y desde una perspectiva estrictamente registral, sólo tienen relevancia en la confección del asiento aquellas partes devenidas en titulares de derechos reales, o bien, aquellas que disponen de esos derechos.

Además, según lo establecido por el Art. 1º de la Ley 24.441 son partes en el contrato de fideicomiso el fiduciante, el fiduciario, el beneficiario y el fideicomisario, por consiguiente y aun admitiendo la pretendida interpretación amplia del Art. 3 (bis) de la Ley

17801, no podría otorgársele a los bienes fideicomitidos (objeto) el carácter de sujeto en la relación contractual; ello, sin perjuicio de que otras ciencias u otras ramas del derecho admitan al "fideicomiso" como sujeto en sus respectivas disciplinas.

No enerva lo afirmado la usual práctica de constituir personas jurídicas cuya razón social se integre con el nombre de fantasía del fideicomiso o que dicha sociedad sea quien en definitiva lleve adelante el proyecto, ya que la persona jurídica así concebida solo tendrá relevancia registral si asume el rol de fiduciario, único titular de dominio y último responsable del cumplimiento de la fiducia.

Si bien el fiduciario es el titular del derecho real de dominio, ello no implica desconocer que "los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del fiduciario y del fiduciante" (Art. 14, Ley 24441). Pero, la creación de un patrimonio de afectación constituye un efecto propio del contrato de fideicomiso y no puede considerarse a ese efecto, una parte otorgante del acto, así parece haberlo entendió el legislador al reunir los Art. 11 y siguientes en el Capítulo III de la Ley 24441 y al caracterizar el contrato de fideicomiso en los Art. 1º y ss. de esa misma ley.

En el ámbito registral, la naturaleza fiduciaria del dominio queda reflejada en el correspondiente asiento, de conformidad con el Art. 13 de la Ley 24441 y, además, en las constancias de anotación de cada una de las medidas cautelares, conforme la DTR N° 4/1995. Efectivamente, la mencionada DTR establece en su Artículo 4º: "Cuando se tome razón de medidas cautelares, se advertirá en la nota de inscripción del documento respectivo, que se trata de dominio fiduciario. Sin perjuicio de ello, y si del documento resultara ostensiblemente no haberse reparado en tal calidad del dominio, se dará el tratamiento previsto en el artículo 9, inciso (b), de la ley 17.801 (inscripción provisional)".

Más aún, el asiento registral no solo publicita la naturaleza fiduciaria del dominio y los datos personales del titular del dominio (el fiduciario), sino que además individualiza y remite a la escritura según la cual se transfirió la propiedad fiduciaria (negocio causal).

Dicho esto, cabe agregar que la Publicidad registral sobre un determinado bien no suplente la actividad de los acreedores en aras de determinar el patrimonio del deudor; así pues, toda inscripción o anotación registral remite siempre a los instrumentos o negocios causales que la originaron y, por consiguiente, torna necesaria la consulta de esos instrumentos.

La publicidad de los asientos que realiza este Registro en los supuestos de propiedad fiduciaria, resulta suficiente a los efectos de prevenir a los distintos acreedores sobre la naturaleza del derecho real; luego, la procedencia o no de la medida cautelar respecto del bien que integra el fideicomiso es una cuestión extra-registral que, en su caso, deberá resolverse en el respectivo proceso judicial.

IV) CONCLUSIÓN

En razón de lo expuesto y según lo establecido en el Art. 3(bis) de la Ley 17801, el art. 92 del Decreto 2080/80 –T.O. s/Dto. 466/99– y las DTR N° 4/1998 y N° 4/1995, esta Dirección OPINA que: 1º) no existe obligación alguna impuesta a este Registro para hacer constar en los asientos la CUIT que la autoriza de aplicación asigna a los fideicomisos; 2º) el Art. 13 de la Ley 24441 solo impone a este Organismo tomar razón de "la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario" y esto precisamente es lo que se realizó en el respectivo asiento, conforme la normativa vigente; 3º) la publicidad del

carácter fiduciario del dominio en el asiento y la constancia de ello en la anotación de medidas cautelares, resulta suficiente a los efectos de prevenir a los distintos acreedores.

DIRECCIÓN DE INTERPRETACIÓN NORMATIVA Y PROCEDIMIENTO RECURSIVO; Buenos Aires, 23 de febrero de 2015.

VISTA la inscripción de un documento de dominio fiduciario en la matrícula FRE [...], por presentación N° [...] de fecha 11 de Junio de 2014; lo solicitado por el escribano Adrián Carlos Comas en su calidad de autorizante de la correspondiente escritura notarial, y **CONSIDERANDO**; la precedente opinión de la Dirección de Interpretación Normativa y Procedimiento Recursivo, cuyos argumentos comparto, y lo establecido en los Art. 3 bis de la Ley 17801, el art. 92 del Decreto 2080/80 –T.O. s/Dto. 466/99–, las DTR N° 4/1998 y N°4/1995, y el Art. 13 de la ley 24441; hágase saber al Esc. Adrián Carlos Comas que no corresponde incluir la CUIT del Fideicomiso Inmobiliario [...] en el respectivo asiento registral.

Notifíquese al interesado y, para ello, remítase a las Dirección de Apoyo Técnico y Fiscalización Interna, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

DIRECCIÓN DE REGISTRACIONES REALES Y PUBLICIDAD; Buenos Aires, 3 de marzo de 2015.

4. Publicación de este artículo (tercer paso)

- Planteo este tema a los colegas para su consideración.

5. Futuras presentaciones (cuarto paso)

- Futuras rogatorias y recursos administrativos registrales por parte de otros notarios autorizantes.

“No te lo van a inscribir”, les dirán en principio los asesores registrales...

¿Pueden los niños otorgar poderes? Algunas reflexiones en torno a la competencia procesal de los adolescentes en el Código Civil y Comercial*

María Mercedes Córdoba

RESUMEN

A lo largo de este último tiempo se ha ido avanzando cada vez más en la idea de que el niño es un sujeto pleno de derechos. Se analiza aquí su competencia procesal a partir de la sanción de la Ley 26994. Se concluirá que la participación de niñas, niños y adolescentes en procesos judiciales que los afectan se torna obligatoria a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos. El Código Civil y Comercial ha receptado el concepto de autonomía progresiva y es aceptable la competencia procesal del adolescente para otorgar poderes para la elección del abogado patrocinante, siendo el notario quien puede determinar si cuenta con la madurez suficiente.

Sumario: **1.** Introducción. **2.** De la capacidad, competencia y autonomía progresiva. **3.** La representación en el Código Civil y Comercial. **4.** La demanda del niño contra de sus progenitores. **5.** Representación y asistencia letrada. **6.** Conclusiones.

1. Introducción

Puede costarnos un verdadero esfuerzo dejar de ver a los menores como incapaces absolutos o relativos de hecho. Años de haber percibido a los niños como seres sin voz ni voto han hecho que aún –después de todo lo que se ha avanzado en su reconocimiento como sujetos con capacidad– nos incomode reconocer que puedan venir a nuestras escribanías a otorgar actos, aunque estos actos sean pocos, limitados y perfectamente identificables. No es nuestra pretensión ampliar la capacidad contractual

* Presentado en la XLI Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 24-26 junio 2015).

del niño de tal forma que se lo equipare al adulto, porque las limitaciones propias de su edad hacen que reconozcamos que el niño merece cuidado especial por parte del Estado y de la sociedad.

A lo largo de este último tiempo se ha ido avanzando cada vez más en la idea de que el niño es un sujeto pleno de derechos que necesita de cuidado y protección. Cuando nace este cuidado es total, ya que su supervivencia depende de otros, pero a medida que se va convirtiendo en adulto puede apropiarse de sus derechos y ejercerlos por sí mismo. Creemos que para cuidar y proteger a los niños no necesitamos ponerles la etiqueta *incapaz*.

La reforma del Código Civil se ha quedado a mitad de camino en reconocer todas las competencias que se les pudieren haber otorgado a los niños y adolescentes. De hecho, el Código todavía mantiene la denominación “incapaz de ejercicio”, aunque se hace eco de la terminología de la Convención de los Derechos del Niño al otorgarle autonomía progresiva cuando el menor va logrando el gradual desarrollo hacia la plena capacidad. A los operadores jurídicos nos queda como tarea encontrar el equilibrio en cada caso entre protección, libertad de obrar y responsabilidades de niños y cuidadores.¹

2. De la capacidad, competencia y autonomía progresiva

El desarrollo del niño es evolutivo, gradual y esa es también la manera en que nuestro derecho interno ha ido aceptando los postulados de la [Convención de los Derechos del Niño](#), en cuanto a otorgar capacidad progresiva y autonomía progresiva.²

Al tiempo que se fue afianzando la idea del niño como sujeto autónomo, las reglas de la Convención iban calando en la jurisprudencia, de modo que se lo comienza a ver como una especie de sujeto que tiene que participar y se le va otorgando el derecho a ser oído cada vez más en los procesos que lo tienen como protagonista.

La Convención fue entrando en nuestro derecho positivo como una cuña. Primero por vía jurisprudencial, y a partir de la Constitución de 1994, con la [Ley 26061](#) de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2006) y la [Ley 26579](#) de Modificación de la Mayoría de Edad (2009). Es a partir de allí que podemos hablar de un mayor reconocimiento del niño como sujeto procesal, aunque todavía queda mucho camino por recorrer.

1. GROSMAÑ, Cecilia y HERRERA, Marisa, “Implicancias de la Ley 26579, que modifica la mayoría de edad a los 18 años en el derecho alimentario de los hijos”, en AA. VV., *Derecho a la juventud. Ley 26579 de reducción de la mayoría de edad a los dieciocho años*, Buenos Aires, Prometeo, 2010.

2. Los conceptos de capacidad y autonomía progresivas se encuentran definidos en el art. 5 de la [Convención de los Derechos del Niño](#): “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Nos parece interesante mencionar a los autores que opinan que esta competencia de los adolescentes debería ampliarse. A modo de ejemplo, Minyersky³ ha dicho:

Sin delegar hoy la defensa de los niños, es necesario reconocerse su autonomía, no siendo suficiente la representación de los padres o la presencia del Ministerio Público. Este reconocimiento les allana el camino para que no solo sean escuchados sobre su elección sobre con qué padre convivir –por ejemplo– en juicios civiles, sino también para reclamar los derechos económicos y sociales que les corresponden, como los de salud, de educación, etcétera.

Nos ocuparemos de la competencia procesal del niño en el nuevo [Código Civil y Comercial](#) a partir de la sanción de la Ley 26994. Previamente, repasaremos cómo ha sido el sistema hasta hoy. En el régimen del [Código Civil](#), con la Ley 17711, los menores adultos se hallaban sometidos a la representación necesaria de padres o tutores (arts. 57, inc 2, 274 y 411). No obstante, el artículo 282 les acordaba la facultad de comparecer en juicio como actores –previa autorización de los padres–, la que podía suplirse por el juez cuando aquellos o uno de ellos negase su consentimiento para realizar ese acto. Esta autorización se tornaba innecesaria cuando el menor hubiese sido demandado criminalmente (art. 286). Gozaba de plena capacidad procesal para intervenir en los juicios relacionados con actos civiles que podían realizar sin autorización paterna (art. 288) o con actos respecto de los cuales había mediado autorización (por ejemplo, ejercicio del comercio). También gozaban de plena capacidad procesal para intervenir en procesos voluntarios que tendían a suplir la autorización de sus representantes legales para realizar determinados actos.

¿Cuánto ha cambiado el sistema? No cabe duda que estamos ante un nuevo paradigma. Vélez determinó compartimentos estancos por edades y la incapacidad absoluta de los niños, a los que denominó menores impúberes. Pensó al menor adulto (el mayor de catorce años) como un sujeto capaz con restricciones a lo que podía hacer, y el artículo 55 dice que son incapaces respecto de ciertos actos o el modo de ejercerlos. Es decir, todo le estaba permitido excepto lo expresamente prohibido.

A partir de la sanción de la Ley 17711, y a pesar de que en el mundo ya se había adelantado el concepto de autonomía progresiva, se continúa considerando incapaz al adolescente, dándosele reconocimiento para ciertos actos. No puede hacer nada excepto lo que la ley le autoriza.

¿Que pasará a partir de la vigencia de la Ley 26994? Se incorporará definitivamente lo reglado al derecho interno en la Convención y en el Código civil, es decir, en la norma civil general y no en una norma especial, como lo es la Ley 26061. De la

3. MINYERSKY, Nelly, “La capacidad progresiva. El acceso a la justicia de niños/as y adolescentes víctimas. Protección de sus derechos” (exposición en Seminario “El acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos: Protección de sus derechos y uso de nuevas tecnologías” [Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 23-24 abril 2009]). [N. del E.: el lector podrá acceder a una versión corregida y aumentada de la exposición [aquí](#) {pp. 55-70}].

normativa resulta que nos encontramos ante un sujeto capaz, es decir, una persona que puede hacer todo lo que puede hacer, con restricciones provenientes de su natural inmadurez. Es apropiado que los problemas de capacidad y representación estén contenidos en la norma civil.

El [Código Civil y Comercial](#), luego de reconocer la capacidad de derecho a todo ser humano en el artículo 22,⁴ se encarga de anticipar que la ley puede establecer incapacidades, que se entienden como las incapacidades de derecho. En el artículo siguiente hace la declaración general en relación con la capacidad de ejercicio, que se proclama amplia en el primer párrafo, previendo en el segundo limitaciones al ejercicio, que también podrán ser establecidas por los jueces en una sentencia.⁵

A continuación, el artículo 24⁶ enuncia quiénes son los incapaces de ejercicio. Es poco feliz, porque parece borrar con el codo lo que se escribió un artículo antes. En el inciso b) dice que el niño es uno de esos incapaces de ejercicio, al mencionar que lo es la persona que no cuenta con la edad y el grado de madurez suficientes con el alcance dispuesto en la Sección Segunda del Capítulo 2. La Sección Segunda del Capítulo 2 trata de la persona menor de edad. El artículo 25 define que es menor la persona que no ha cumplido dieciocho años y llama adolescente al menor que ha cumplido trece años de edad.

Dejando de lado la clasificación de menores púberes, impúberes y adultos que reguló Vélez Sarsfield y luego la reforma de 1968, se continúa estableciendo un criterio fijo de determinación de incapacidad.

3. La representación en el Código Civil y Comercial

El artículo 26 del [nuevo Código](#) establece –como regla general– que el menor ejerce sus derechos por medio de sus representantes.⁷

4. Art. 22: “Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”.

5. Art. 23: “Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

6. Art. 24: “Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión”.

7. Art. 26: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la

En todo proceso judicial (sea de naturaleza civil, penal, de familia, etc.) que le concierna al niño, cualquiera sea su edad, tiene derecho a ser oído. Esto es aplicación directa del artículo 12 de la [Convención](#).⁸

Como excepción, el que cuenta con la edad y el grado de madurez suficientes puede ejercer por sí los actos que le son permitidos. O sea, volvemos a establecer la incapacidad como regla general y, como excepción, actos permitidos por el Código.

Si existiese conflicto de intereses entre el menor y representantes, el niño puede intervenir en defensa de sus intereses con asistencia letrada, ejerciendo este derecho de manera autónoma.

La capacidad –para ser parte en un proceso– hace referencia a la aptitud para ser titular de los derechos, cargas y obligaciones que se deducen de la tramitación del proceso y del desarrollo de la relación jurídico-procesal. Esta capacidad se equipara con la capacidad jurídica del derecho privado. La lógica de esta identidad radica en que quien tiene capacidad para ostentar derechos y obligaciones, debe estar facultado para hacerlos valer en juicio, para obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los mismos.

La capacidad procesal es la aptitud de comparecer como parte válidamente en juicio; coincide con la capacidad de ejercicio. Es la actuación física necesaria para apersonarse ante un tribunal o ante el sujeto jurisdiccional correspondiente, y dentro de esta capacidad se encuadra la posibilidad de otorgar un poder de representación a un letrado.

En cuanto a la competencia procesal de los niños y adolescentes, el artículo 677 del [Código Civil y Comercial](#) establece el principio general de representación por parte de los progenitores. Se permite la actuación sin representación paterna de manera autónoma del adolescente con asistencia letrada.⁹ Preferimos utilizar el término competencia cuando nos referimos a los actos que el menor puede hacer por sí mismo por tener la aptitud intelectual madurativa necesaria y la autorización legal para ejercerlos.

Para el caso de los menores sujetos a tutela no hay un artículo específico sobre representación procesal, por lo que se aplican los principios generales (art. 101 CCCN).

asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

8. Art. 12: “1) Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2) Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”.

9. Art. 677: “Representación. Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados. Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada”.

Para estar en juicio, la representación debe ser ejercida por ambos progenitores, en virtud de lo establecido por el artículo 645, inciso d),¹⁰ que regula los actos de mayor trascendencia y exige el consentimiento de ambos progenitores para el acto, no siendo suficiente el permiso de uno solo. Este artículo prescribe que –para estar en juicio– la autorización la deben dar en los supuestos en que los niños no pueden actuar por sí, de lo que se desprende que habrá casos en los que los menores podrán actuar por sí mismo.

El artículo 27, inciso c), de la Ley 26061 reconoce el derecho del niño a ser asistido por un letrado ante la posibilidad de participar en un proceso administrativo o judicial; y el [Decreto reglamentario 415/2006](#) menciona expresamente que el derecho a la asistencia letrada previsto incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el ministerio pupilar.

El siguiente párrafo del artículo 677 continúa diciendo que se presume que el hijo adolescente, es decir, mayor de trece años, cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada. Por lo que toda vez que los padres lo autoricen expresa o tácitamente, la intervención del adolescente puede ser personal. En el caso del adolescente, la autonomía progresiva reconocida implica que quien la ejerce pueda designar el letrado patrocinante y participar del proceso de manera independiente de la voluntad de sus padres, si cuenta con la debida protección que significa la asistencia letrada.

En el interesante fallo “K., M. y otro c/ K., M. D. s/autorización” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹¹, se dijo:

En nuestro derecho positivo actual se incorporaron los conceptos de autonomía y capacidad progresiva de los niños adolescentes y apunta no a la capacidad de derecho sino a una de ejercicio. Tanto las disposiciones de la Convención Internacional sobre los derechos de los niños como la Ley 26061 incorporan expresiones que se refieren a un sistema progresivo de autonomía sin sujeción específica a la edad cronológica en función del grado de madurez intelectual y psicológica de los menores. La capacidad y discernimiento de los menores establecida en función de la edad (arts. 54, 55 y 921 del Código Civil) han sido complementados por un criterio de capacidad y discernimientos reales,

10. Art. 645: “Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Si el hijo tiene doble vínculo filial, se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio; b) autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; d) autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí; e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este capítulo. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso”.

11. Sala B, 19/3/2009.

es decir, que en cada caso el juez de familia debe evaluarlas en atención a su capacidad progresiva, para establecer si cuentan con suficiente madurez para llevar a cabo por sí determinadas actuaciones, pues aunque el menor no llegue a los catorce años, puede ser autorizado por el magistrado a llevar a cabo personalmente un acto y considerarlo eficaz. Es decir que las normas del Código Civil sobre capacidad de los menores son sólo pautas orientadoras sujetas a consideración de los jueces, armonizadas con las reglas posteriores y de superior jerarquía.¹²

Sin perjuicio de lo antedicho, el artículo 678¹³ plantea el caso del adolescente que pretende demandar civilmente a un tercero. Si cuenta con autorización paterna puede hacerlo sin más, y aun de forma autónoma si es adolescente. Si uno o ambos padres se oponen, se establece un proceso con audiencia del o los oponentes y vista al Ministerio Público. Aquí cabe preguntarnos si esta oposición puede darse solo en el caso de demanda civil a un tercero, o en todos los casos de intervención de adolescentes en juicio. Creemos que en todos los casos de oposición paterna el procedimiento debiera ser el mismo, intervención judicial con audiencia al oponente y participación del niño y su abogado.

El niño no necesita autorización parental para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para entablar o responder acciones de reconocimiento de hijos. Esta posibilidad es aceptada desde antaño, de hecho los primeros casos de la jurisprudencia versaban sobre el niño en conflicto con la ley penal y la limitación al poder punitivo del Estado.¹⁴

El artículo 596¹⁵ menciona el caso de un verdadero proceso judicial de jurisdicción voluntaria, la acción autónoma del adolescente adoptado para conocer sus orígenes. No parece necesario que cuente con la aprobación de los padres adoptivos, pero sí se requiere asistencia letrada.

12. [N. del E.: Sumario n° 19107 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil. El lector podrá acceder a los restantes sumarios del fallo [aquí](#), con la fecha de la sentencia].

13. Art. 678: “Oposición al juicio. Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público”.

14. Art. 680: “Hijo adolescente en juicio. El hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos”.

15. Art. 596: “Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada”.

4. La demanda del niño contra sus progenitores

Se prevén tres situaciones en las que el niño puede demandar a sus progenitores, iniciándole juicio contra uno o ambos padres.

La primera es el caso del niño en reclamo por sus intereses; puede ser que el niño sea víctima de un ilícito que comete un progenitor en su contra y el otro se niega a demandar al responsable, o bien que ambos padres sean los responsables del ilícito. Saliendo de los hechos en que el niño es víctima, muchas veces la inacción de uno de los progenitores en ejercer los derechos que corresponden al niño pueden causarle un grave perjuicio económico. En cuanto al niño víctima y su posibilidad de presentarse como querellante, el artículo 679 del [Código Civil y Comercial](#) prevé que el niño pueda estar en juicio contra sus progenitores de manera autónoma.¹⁶ No necesita autorización judicial previa si cuenta con la madurez suficiente y asistencia letrada. El artículo 109, inciso a), parece establecer el límite etario en la adolescencia ya que dice que siendo un adolescente el que tiene conflicto con sus representantes no será necesaria la designación de un tutor especial, si es que cuenta con asistencia letrada.¹⁷

La segunda situación prevista es el reclamo de alimentos, previsto en el artículo 661.¹⁸ El niño puede solicitarlo autónomamente si cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente y asistencia letrada. Es lógico que así sea ya que la desidia de uno o ambos progenitores puede poner al niño en estado de indefensión. No se establece que deba ser adolescente, pero este doble juego de edad y grado de madurez será el evaluado al momento de aceptarlo como parte procesal.

Si bien la norma no lo prevé expresamente, creemos que el niño estaría legitimado para ejercer su derecho de manera autónoma para demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, no solo de sus progenitores sino de otros deudores alimentarios, a saber abuelos y progenitor afín.

16. Art. 679: "Juicio contra los progenitores. El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada".

17. Art. 109: "Tutela especial. Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial; b) cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos menores de edad; c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a); d) cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor; e) cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor; f) cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar; g) cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda".

18. Art. 661: "Legitimación. El progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado por: a) el otro progenitor en representación del hijo; b) el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada; c) subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público".

Por último, el niño puede pedir rendición de cuentas por lo actuado por sus progenitores. El artículo 697¹⁹ no prevé que el pedido sea judicial, puede solicitarlo el niño a los padres y éstos pueden rendirlas. El pedido de rendición de cuentas hace presumir que el niño cuenta con madurez, pero no especifica que esta madurez deba ser suficiente ni hace mención a la edad. Tampoco requiere asistencia letrada para la intervención del niño. No vemos obstáculos a que esta solicitud de parte del hijo pueda hacerse judicialmente.

Es de destacar que partir de la [Ley 26579](#), se modificó el artículo 459 del [Código Civil](#). En cualquier tiempo, el Ministerio de Menores o el menor mismo, siendo mayor de dieciséis años, cuando hubiese dudas sobre la buena administración del tutor, por motivos que el juez tenga por suficientes, podrá pedirle que exhiba las cuentas de la tutela.

5. Representación y asistencia letrada

¿Cuándo el niño debe estar representado o asistido por un letrado? No es obligatoria la participación de un abogado del niño en todos y cada uno de los casos que involucren a niños. Esta participación se torna necesaria en los casos de conflicto del niño con sus padres o tutores, en el caso de oposición de intereses, en el caso en que haya conflicto de intereses entre los dos (o más) progenitores o bien su inactividad pueda causar perjuicio a los intereses del niño o bien el niño o adolescente lo solicite expresamente.

Ahora bien, si surge la posibilidad o necesidad de la asistencia letrada, alguien debe ser el encargado de designar al patrocinante. No cabe duda que los progenitores serán los encargados de designarlo, en los casos en que el niño no cuente con el grado de madurez necesaria. Puede ser designado incluso de oficio por el juez o a solicitud del Ministerio Público en caso de que el niño no cuente con abogado. Si cuenta con la edad y madurez suficiente, podría ser designado por el propio niño y en este caso estaríamos en presencia de contrato de mandato si el abogado accede a patrocinarlo.

Excede a este trabajo el adentrarnos en la capacidad de contratar del adolescente, pero en principio nos inclinamos por aceptar la posibilidad de este contrato de mandato, sobre todo en vista del control jurisdiccional inmediato y permanente que tendría el mismo.

Con respecto a la posibilidad de un patrocinante del niño, es digno de destacar un fallo de Mar del Plata²⁰ que dijo:

19. Art. 697: "Rentas. Las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste. Los progenitores están obligados a preservarlas cuidando de que no se confundan con sus propios bienes. Sólo pueden disponer de las rentas de los bienes del hijo con autorización judicial y por razones fundadas, en beneficio de los hijos. Los progenitores pueden rendir cuentas a pedido del hijo, presumiéndose su madurez".

20. Tribunal de Familia n° 2, Mar del Plata, 9/8/2007, "V. S. s/autorización", expte. 7648/06.

Se ha interpretado que a la luz del artículo 282 del C. C., no resulta obligatorio para el juez designar un tutor *ad litem* en tanto esta norma establece una facultad y no una obligación, por lo que, de así requerirlo el adolescente, el juez podrá permitirle su propio abogado patrocinante, haciéndolo a mérito del interés superior y la autonomía progresiva.

En ese fallo se recalca que el Ministerio Público no puede jugar el doble rol de asesor de menores y abogado del niño. Asimismo, el notario –a la hora de otorgar el poder– puede hacer un juicio de edad y madurez suficiente. Esta función no le es absolutamente ajena a los escribanos hoy, toda vez que hacemos juicio de discernimiento para cada acto que autorizamos. Sería apropiado que el contenido del poder sea explicado por el notario en un lenguaje comprensible para el niño, en tanto persona en condición de vulnerabilidad en ese momento del asesoramiento previo.

El escribano deberá poner especial atención en el asesoramiento del menor respecto al acto que solicita otorgar, transmitiéndole en las audiencias previas, en un lenguaje sencillo pero preciso, el significado y alcance de las facultades comprendidas en el poder, informándole además de las consecuencias que podrían derivarse del otorgamiento del mismo, todo esto a fin de lograr que el menor esté en condiciones de comprender el contenido del acto a otorgar.

En ese sentido, la regla n° 72 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 2008)²¹ recomienda:

Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla.

El juicio de madurez estaría emparentado con el juicio de discernimiento, y ambos están dentro de los límites de su propio convencimiento. Quien quiera aducir la falta de madurez deberá probarla.

6. Conclusiones

De este breve análisis se puede concluir que la participación de niñas o niños y adolescentes en los procesos judiciales que los afectan se torna obligatoria a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos.

El Código Civil y Comercial ha receptado el concepto de autonomía progresiva. La competencia procesal de los adolescentes debe considerarse amplia y para

21. [N. del E.: el lector podrá acceder [aquí](#) al documento que contiene las cien reglas, y también a [otros documentos](#) de la Cumbre].

todos los actos, siempre que tengan la madurez para comprender el acto y asistencia letrada.

Nos inclinamos por aceptar la competencia procesal del adolescente para otorgar poderes para la elección del abogado patrocinante, siendo el notario quien puede determinar si cuenta con la madurez suficiente.

Es función del notario asesorar al niño en un lenguaje adecuado a su edad, cultura y grado de comprensión, a fin de lograr que este comprenda no solo el acto que va a otorgar sino las consecuencias que se derivan del mismo.

Principios del nuevo derecho comercial y reformas al régimen asociativo

Eduardo Mario Favier Dubois (h)

RESUMEN

El Código Civil y Comercial ha derogado el Código de Comercio, el “acto de comercio” y el “comerciante”. Sin embargo, el derecho comercial subsiste, reformulado y expandido, con nuevos principios, siendo su eje destacado la empresa. También el régimen asociativo ha sido reformado; se destacan: la exigencia de actividad empresarial para las sociedades, la desaparición de las sociedades civiles, la admisión de la sociedad anónima unipersonal, el reemplazo de las sociedades de hecho e irregulares por sociedades simples o informales y la incorporación del mecanismo de reactivación en todos los casos. Además, las empresas familiares han sido dotadas de mayores instrumentos para su continuidad y los contratos asociativos han sido flexibilizados, entre otras reformas de interés.

Sumario: **1.** El nuevo derecho comercial. **1.1.** Los principios del nuevo derecho comercial. **1.2.** Estado del derecho comercial en la actualidad. **1.3.** El Registro Público de Comercio. **1.4.** El nuevo régimen contable. **2.** Las reformas al régimen asociativo. **2.1.** El nuevo concepto de sociedad y la derogación de las sociedades civiles. **2.2.** Las sociedades anónimas unipersonales. **2.3.** El nuevo estatuto de las sociedades simples o informales. **2.4.** La capacidad de los socios. **2.5.** Los impedimentos a la liquidación social. **2.6.** Nuevas normas sobre transferencias, comprobantes y registro de acciones. **2.7.** Las sociedades que son empresas familiares. **2.8.** Las reformas en asociaciones. **2.9.** Aplicación de las reglas de las personas jurídicas privadas a las sociedades y asociaciones. **2.10.** Los clubes de campo constituidos como asociaciones bajo forma de sociedad anónima. Los conjuntos inmobiliarios en el nuevo Código Civil. **2.11.** La revolución en los contratos asociativos. **2.12.** Los criterios de la Inspección General de Justicia en materia de régimen asociativo. **3.** Colofón.

1. El nuevo derecho comercial

1.1. Los principios del nuevo derecho comercial

El nuevo **Código Civil y Comercial** (en adelante CCCN) cambia la regulación del derecho comercial: este ya no se basa más en el acto de comercio ni en el comerciante, sino en un nuevo eje diferenciador, la empresa,¹ lo que resulta, entre otras fuentes,

1. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “La autonomía y los contenidos del derecho comercial a partir del nuevo Código Unificado”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2/2/2015, pp.1 y ss.

de los nuevos obligados contables, que son las personas humanas con actividad económica organizada, los titulares de una empresa o los titulares de un establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios (art. 320)². También tienen obligaciones contables todas las personas jurídicas privadas, que incluye las sociedades, asociaciones civiles y fundaciones, entre otros sujetos (art. 148). El CCCN regula las asociaciones civiles e incorpora, con pequeñas modificaciones, las normas sobre fundaciones de la [Ley 19836](#).

Paralelamente, al mantenerse la vigencia de todas las leyes mercantiles complementarias, los martilleros, corredores, despachantes de aduana y agentes institorios del seguro conservan sus obligaciones contables.

Además de unificar las obligaciones y los contratos civiles y comerciales, el CCCN reforma la Ley 19550 de Sociedades Comerciales, sustituyendo su denominación por la de [Ley General de Sociedades](#), que introduce diversas modificaciones. También cambia el concepto de asociación y el de los contratos asociativos.

De todo ello resultan algunos principios, reglas y novedades normativas en las relaciones comerciales, societarias y asociativas, como son las siguientes:

- a) La tutela de la empresa y de su conservación, mediante la exigencia de que debe haber empresa para que exista sociedad, derivada de la derogación de las sociedades civiles, y por el mecanismo de impedir la disolución, aun cuando quede reducida a un socio, facilitando la reactivación en todos los casos y eliminando los efectos liquidatorios de las nulidades.
- b) El reconocimiento del derecho al fraccionamiento patrimonial fundado en unidades de negocios distintas y autosuficientes de una misma persona, consagrado por el sistema de sociedad anónima unipersonal, estructurado para la gran empresa.
- c) El principio de autonomía de la voluntad y de libre asociación manifestado en los contratos discrecionales y en las reglas sobre contratos asociativos de libre disposición para las partes y no taxativos, así como en los contratos preliminares y en el pacto de herencia futura para la empresa familiar.
- d) El principio de flexibilización de la tipicidad societaria, que impide la liquidación por atipicidad, subsistiendo la sociedad como informal (Sección IV).
- e) La reducción de los sujetos y efectos de la publicidad mercantil (registro público), dando prioridad al debido cumplimiento de los contratos que lo hacen obligatorios para las partes pese a que no se hayan inscripto, lo mismo que a las reformas de estatutos y a los contratos no registrados.
- f) La limitación de la responsabilidad a lo obrado por cada uno, restringiendo los casos de responsabilidad solidaria en los contratos asociativos y en las sociedades informales (Sección IV).

2. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Panorama del derecho comercial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Erreius, 2014, p. 35 a 83.

- g) El agravamiento de los deberes de los administradores de personas jurídicas y el no cómputo del comienzo de la prescripción de las acciones de responsabilidad hasta el cese del cargo.
- h) La flexibilización del concepto de asociación civil, que no exige el bien común, y reglas de tutela de asociados.
- i) El reemplazo del comerciante (como sujeto contable) por la persona humana con actividad económica organizada, o titular de empresa o de establecimiento y por todas las personas jurídicas privadas, con o sin fin de lucro.
- j) La amplia recepción legal de las nuevas tecnologías al admitirse no solo la contabilidad informática sino la digitalización de la documentación, más los domicilios y las comunicaciones informáticas y la realización de reuniones a distancia.
- k) La ampliación de las reglas de capacidad de personas humanas y jurídicas, siendo las incapacidades de interpretación restrictiva.
- l) La prevención, no agravamiento y solución de conflictos mediante reglas de desbloqueo y cláusulas sobre medios alternativos de gestión que incluyan el arbitraje, con tendencia hacia el arbitraje institucional.
- m) La búsqueda de seguridad para los fideicomisos, mediante la regulación del fideicomiso de garantía, la registración del contrato y la liquidación judicial en caso de insuficiencia patrimonial.

1.2. Estado del derecho comercial en la actualidad

1.2.1. Antecedentes y contenidos

Recordemos aquí que el derecho comercial es una categoría histórica, aparecida en Occidente a fines de la Edad Media, que implica un proceso constante que ha llevado a la aplicación de una ley especial, diferente a la ley ordinaria o civil, a ciertas personas y/o bajo ciertas situaciones. Para ello, el derecho comercial está integrado por dos clases de normas: las delimitativas y las prescriptivas.

Las normas **delimitativas** son las que disponen en qué casos se aplica la ley comercial. Son ejemplos de ellas las calificaciones como actos de comercio (art. 8 CCOM), comerciante (art. 1 CCOM), sociedad comercial (art. 1 Ley 19550) y los presupuestos descriptos por el Código de Comercio derogado para aplicar la ley comercial a ciertos contratos civiles.

Por su lado, las normas **prescriptivas** son las que disponen cuáles son las consecuencias de aplicar la ley comercial; fundamentalmente consisten en:

- a) la imposición de un estatuto especial a los comerciantes (art. 33 CCOM), consistente en exigencias en materia de registro mercantil (identificación, capacidad y publicidad), contabilidad legal (información general sobre sus negocios) y rendición de cuentas (información específica), así como para someterlos a

- un régimen de presupuestos especiales para el concurso preventivo (exigencias contables) y responsabilidades agravadas;
- b) la aplicación de soluciones distintas (comerciales) a ciertas obligaciones y contratos (arts. 207 y ss. CCOM);
 - c) el sometimiento a la jurisdicción mercantil (art. 6 CCOM), o sea, a tribunales diferenciados (que busca la especialización).

Hoy, el derecho comercial comprende básicamente la regulación de:

- a) los **sujetos mercantiles** (comerciantes, auxiliares, sociedades), con sus particulares estatutos (contabilidad, publicidad, transparencia, etc.);
- b) los hechos, actos, contratos, instrumentos y tecnologías relativos principalmente a la **interposición lucrativa en los cambios**, al crédito, a las ofertas al público y a la captación de recursos de éste, y a la navegación en todas sus formas;
- c) las **empresas con fin de lucro**, sus actos internos, externos, elementos materiales e inmateriales, y en particular de los bancos y compañías de seguros;
- d) la **insolvencia** civil y comercial, su prevención, tratamiento y efectos;
- e) el **mercado** y las instituciones regulatorias o vinculadas a su funcionamiento (Registro Público de Comercio, autoridades de contralor societario, bolsas de comercio, Comisión Nacional de Valores, Banco Central, Superintendencia de Seguros, etc.), pero en estos casos limitada a su impacto sobre los sujetos y actividades mercantiles.³

En cuanto a sus funciones, tanto en su historia como en la actualidad, el derecho comercial está llamado a cumplir dos objetos fundamentales. Por un lado, brindar un marco legal que promueva y facilite los negocios brindando celeridad, simplicidad, pronto finiquito, estabilidad y seguridad a los intercambios y demás operaciones comerciales, así como promover y tutelar el crédito, los instrumentos financieros, la circulación de la riqueza, la acumulación de capitales, la limitación de los riesgos y la creación y conservación de empresas, de sus elementos materiales e inmateriales. Por el otro, y como contrapeso, tiene la misión de fijar los límites a la actuación de los sujetos y actividades comerciales.

En primer lugar, mediante la prevención, que resulta de la imposición de determinadas cargas y obligaciones (contabilidad, publicidad, registro, tipicidad, transparencia, profesionalidad, rendición de cuentas, obligación de expedirse, veracidad y buena fe) y de ciertos controles (autorizaciones y fiscalizaciones). Y, en segundo término, mediante la represión de las inconductas con nulidades, responsabilidades especiales, ceses compulsivos, clausuras, quiebras, sanciones penales y por los mecanismos de defensa de la competencia y del consumidor.⁴ Todo ello en tutela, no solo

3. Los demás aspectos corresponderán al derecho administrativo.

4. Se trata de dos regulaciones que presentan también elementos del derecho administrativo (competencia) y del derecho civil (consumidor); este último, si bien se considera científicamente autónomo, en cuanto a derecho privado viene a integrar el derecho comercial y el civil (Farina).

de la honestidad y buena fe entre comerciantes y entre éstos y terceros, sino también de la sociedad toda frente al enorme poder político y social que confiere el poder económico a sus operadores.

Como veremos seguidamente, si bien en el [Código Civil y Comercial de la Nación](#) se habrían unificado aparentemente los sujetos, las obligaciones y los contratos, sin distinguir entre civiles y comerciales, en la realidad subsiste un régimen diferenciado que implica la vigencia actual del derecho comercial bajo otras pautas y, en algunas áreas, con mayor fortaleza.

1.2.2. *La derogación del Código de Comercio*⁵

El [Código de Comercio](#) argentino, aprobado por Leyes 15 y 2637, ha sido expresamente derogado por la [Ley 26994](#), que sanciona al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) y reforma a la [Ley de Sociedades](#), con vigencia a partir del 1º de agosto de 2015 (Ley 27077).⁶

El CCCN, no obstante su denominación, no destina ningún capítulo a la materia comercial, ni hace referencia alguna al acto de comercio, ni al comerciante, ni a las obligaciones de los comerciantes, ni a los agentes auxiliares de comercio, ni tampoco a la jurisdicción mercantil. El CCCN considera a las personas en forma unificada y las clasifica como personas humanas o como personas jurídicas, sin diferenciar entre sujetos comerciales y civiles. También desaparece la diferencia entre contratos civiles y contratos comerciales.

En materia de sociedades, no existe más la sociedad civil, ni tampoco la sociedad comercial, ya que, de conformidad con las reformas introducidas por la Ley 26994 a la Ley 19550, la que se denomina ahora Ley General de Sociedades (LGS), hay un tratamiento único y no existe más el objeto comercial para diferenciar entre sí a las sociedades de hecho (art. 21 Ley 19550). Tampoco subsiste un registro público de comercio, sino solamente un registro público a secas, y nada se regula específicamente sobre su organización y procedimientos.

Por otra parte, se advierte que el CCCN incorpora muchas de las materias comerciales y da un tratamiento unificado a las obligaciones y a los contratos. Es así que regula a la contabilidad, a la rendición de cuentas, a la representación, a los contratos comerciales típicos, a las reglas de interpretación y al valor de los usos y costumbres en forma similar así como lo hacía el Código de Comercio derogado. Además, incorpora los contratos comerciales atípicos y los contratos bancarios, introduce reglas generales en materia de títulos de crédito y regula el contrato de arbitraje y los contratos de consumo.

5. Ver obras citadas (cfr. notas 1 y 2).

6. [N. del E.: el lector podrá acceder [aquí](#) al texto anterior de la Ley 19550].

1.2.3. *Reformulación, subsistencia y expansión del derecho comercial en el Código unificado*

La directiva constitucional exige una legislación diferenciada entre la materia civil y la comercial, sea en textos separados o unificados (art. 75, inc. 12, [CN](#)).

El CCCN, como se señaló, no mantendría el derecho comercial como categoría diferenciada del derecho civil, con sus propias normas delimitativas y normas preceptivas, sino que prevería una misma regulación en materia de obligaciones y contratos para todas las personas humanas y para todas las personas jurídicas sin atender a la índole de sus actividades u operaciones. Sin embargo, a nuestro juicio, la realidad es totalmente distinta. El derecho comercial subsiste en el nuevo Código, con soluciones similares a las anteriores pero bajo otros presupuestos.

1.2.3.1. *Reformulación*

El derecho comercial ha sido reformulado por el nuevo Código en los siguientes términos:

- El comerciante fue reemplazado por el empresario (o el cuasi empresario).
- El acto de comercio (interposición en los cambios) fue desplazado por la actividad económica organizada (organización).
- El nuevo eje del derecho comercial es la empresa, sin la cual no hay sociedad, y cuya continuación se procura mediante los mecanismos de tolerancia de la unipersonalidad sobreviviente, efecto no liquidatorio de las nulidades y posibilidad de reactivación societaria si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad (art. 100 [LGS](#)).

1.2.3.2. *Subsistencia*

El derecho mercantil se mantiene incólume en las leyes complementarias del Código de Comercio, que continúan como leyes complementarias del CCCN, entre las que se cuenta la [Ley de Concursos y Quiebras](#), que solo registra un impacto indirecto. En efecto, conforme lo establece el artículo 5 de la Ley 26994, las leyes de contenido mercantil que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código de Comercio (excepto las expresamente derogadas por el art. 3) mantienen su vigencia como leyes que complementan al CCCN.

En consecuencia, mantienen su vigencia, entre otras, las siguientes leyes y normas mercantiles: Leyes 928 y [9463](#) (Warrants), [9644](#) (Prenda Agraria), [11867](#) (Transferencia de Fondos de Comercio), [17418](#) (Seguros), [20091](#) (Entidades de Seguros), [20094](#) (Navegación), Decreto-ley [5965/1963](#) (Letra de Cambio y Pagaré); Leyes [20266](#) y [25028](#) (Martilleros y Corredores –parcialmente–), [20337](#) (Cooperativas), [20705](#) (Sociedades del Estado), [21526](#) (Entidades Financieras), [21768](#) (Registros Públicos), [22315](#) (Inspección General de Justicia), [22316](#) (Registro Público de

Comercio de la Capital Federal), 22362 (Marcas), 23576 (Obligaciones Negociables), 24240 (Consumidor), 24441 (Financiamiento –parcialmente–), 24481 (Patentes), 24452 (Cheques), 24522 (Concursos y Quiebras), 24587 (Nominatividad), 24766 (Confidencialidad), 25065 (Tarjetas de Crédito), 25156 (Defensa de la Competencia) y 26831 (Mercado de Capitales); Decretos 897/1995 (Prenda con Registro) y 142277/1943 (Sociedades de Capitalización y Ahorro).

Todo ello implica que, en definitiva, sigue habiendo leyes comerciales que son complementarias del CCCN (art. 5 Ley 26994).

No existe ningún óbice legal para el mantenimiento de la justicia comercial diferenciada tal como la establecen las leyes locales actuales.

1.2.3.3. *Expansión*

El derecho mercantil se expande en tanto:

- a) En los contratos unificados, la regla es aplicar la solución comercial y la excepción la solución civil, invirtiéndose el sistema anterior, con lo cual se comercializa al derecho civil aplicando soluciones mercantiles específicas tendientes a la celeridad de los negocios, la seguridad y la limitación de riesgos.
- b) Se expanden las posibilidades del arbitraje, la obligación de rendición de cuentas y la representación negocial, que son instituciones mercantiles típicas.
- c) La exigencia de contabilidad obligatoria, propia del derecho mercantil, se extiende a otros sujetos sin fin de lucro y donde no existe recurrencia habitual al crédito.
- d) La exigencia de registración mercantil se extiende a las asociaciones civiles.

En definitiva, la materia comercial subsiste y se expande en el CCCN, aun cuando sin una clara reexpresión, lo que puede exigir un esfuerzo especial del intérprete en algún caso.

1.3. *El Registro Público de Comercio*

El CCCN mantiene el sistema de publicidad mercantil para las sociedades, régimen que incluso extiende a personas jurídicas privadas sin fines de lucro, pero omite –aparentemente en forma deliberada– toda mención al comercio y solo alude al registro público o a registros locales, sin establecer ningún tipo de reglamentación en cuanto a la organización del registro y a los presupuestos de las inscripciones. Sin embargo, frente a dicha omisión y ante el mantenimiento de las leyes incorporadas y complementarias del antiguo Código de Comercio, deben entenderse vigentes y aplicables las normas locales sobre registros públicos de comercio (Leyes 21768 y 22316, entre otras).

En cuanto a las personas humanas que desarrollan actividades económicas organizadas, no se prevé la inscripción registral de las mismas (salvo la de los auxiliares

de comercio por leyes especiales), pero es claro que para rubricar sus libros deberán registrar sus antecedentes (ver *infra*).

En cuanto a las sociedades, se alude a la inscripción en el registro público y en el artículo 5 de la ley respectiva se exige que los datos de la sede y de la inscripción se hagan constar en la documentación social. En el nuevo artículo 6 se da un plazo de veinte días para presentar el documento a inscribir y de treinta días adicionales para completar el trámite, pudiendo ser prorrogado, y desaparece la mención al control de los requisitos legales y fiscales.

Se traslada, lamentablemente, el régimen de oposición a las inscripciones del anterior artículo 39 del Código de Comercio, dando derecho a hacerlo a la parte interesada.

Lo más importante es que la no inscripción no crea irregularidad, sino que reconduce al régimen de las sociedades informales, con obligatoriedad entre otorgantes y oponibilidad a terceros que conocieren.

El registro deberá también continuar practicando otras inscripciones no subjetivas, como son las de las transferencias de fondos de comercio (Ley 11867), así como la de los contratos asociativos de agrupación de colaboración, unión transitoria de empresas y consorcios de cooperación (arts. 1455, 1466 y 1473 CCCN).

Recientemente, la [Resolución general 7/2015](#) de la Inspección General de Justicia (publicada en el BO de fecha 31/7/2015) reglamentó el Registro Público de la Ciudad de Buenos Aires, manteniendo el control de legalidad de todas las inscripciones y creando una matrícula de personas humanas con actividad económica organizada y un registro de fideicomisos.⁷

1.4. *El nuevo régimen contable*

1.4.1. *Los obligados contables que resultan del Código y de otras disposiciones*

La norma básica en la materia es el artículo 320 del [CCCN](#), que dispone:

Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de sus libros, como es establece en esta misma sección.

Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta sección las personas humanas que desarrollan profesionales liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma

7. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), *La Resolución 7/15 de la Inspección General de Justicia. Reglamentación parcial del Código unificado y definiciones sobre incertidumbres societarias*, Buenos Aires, Errepar, 2015.

de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine la jurisdicción local.

Ahora bien, ese nuevo texto debe complementarse, en primer lugar, con otras disposiciones contables del mismo código unificado; y en segundo término, con lo que surge de leyes especiales no derogadas por la nueva legislación proyectada.

De ello resulta que en el nuevo universo normativo resulta que los obligados a llevar contabilidad pueden ser agrupados en cuatro categorías, a saber:

- a) Las personas jurídicas privadas, donde el fundamento de la exigencia contable debe buscarse, ora en su recurrencia habitual al crédito (sociedades y cooperativas), ora como una forma de rendición calificada de cuentas por la administración de intereses de terceros (los restantes casos).
- b) Los entes contables determinados sin personalidad jurídica expresamente obligados por ley, como es el caso de las agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación. El fundamento de la obligación contable estaría en una calificada rendición de cuentas de los administradores y representantes a los partícipes de estos contratos.
- c) Las personas humanas que desarrollan ciertas actividades económicas, como son el ejercicio de una actividad económica organizada, la titularidad de una empresa y la titularidad de un establecimiento comercial, industrial o de servicios. El fundamento debe buscarse en la recurrencia habitual al crédito propio de estas actividades.
- d) Los agentes auxiliares del comercio regidos por normas especiales, como es el caso de martilleros y corredores. El fundamento debe buscarse en su conexión, por intervención o facilitación, con operaciones económicas que interesan a terceros.

Cabe señalar que el Código no prevé en todos los casos la inscripción registral previa de todos los obligados a llevar contabilidad, como es el ejemplo de las simples asociaciones, los sujetos con actividad económica organizada, etcétera, destacándose que se ha derogado la obligación de todos los sujetos mercantiles de matricularse en el registro público.

Sin embargo, entendemos que en tales casos la solicitud de rubricación de libros o de autorización de contabilidad informática, debe hacerse acompañada de los antecedentes del sujeto o ente que justifiquen su calidad de obligado, los que al quedar depositados en el registro público como antecedentes para nuevas rúbricas cumplirán una función de matricidad y de publicidad material. Ello sin perjuicio de la expresa matriculación previa a la rúbrica a que pudieran obligar las leyes locales.

1.4.2. *Contenidos y evaluación de las nuevas reglas contables*

En general, el nuevo Código repite la estructura y disposiciones del Código de Comercio en materia de: modo de llevar la contabilidad, registros indispensables, prohibiciones, forma de llevar los registros, estados contables, conservación, eficacia probatoria e investigaciones (arts. 321-328 y 330-331).

Las modificaciones implican avances, retrocesos y, también, oportunidades perdidas. Como avances pueden señalarse los siguientes. En primer lugar, permite la autorización para utilizar ordenadores y otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos para todos los sujetos obligados y no solo para las sociedades comerciales como es ahora (art. 329), permitiendo también conservar la documentación por soportes no papel. En segundo término, es sana la exigencia de que los libros y registros permanezcan en el domicilio del titular (art. 325), lo que además permite interpretar que, cuando son informáticos, no pueden ser llevados *en la nube*. Sin embargo, debió haber habido una mención más concreta en caso de contabilidad informática donde podría utilizarse algún servidor ubicado en el país y concretamente individualizado. En tercer lugar, dispone expresamente que las formalidades también rigen para los libros *subdiarios*, superando una discusión anterior (art. 327). Finalmente, la admisión legal de la contabilidad voluntaria (art. 320, primer parte, *in fine*) resulta útil para los casos dudosos de sujetos que no tengan claro si están o no comprendidos en la obligación contable y la asuman expresamente para evitar contingencias.

Por su parte, a la hora de juzgar los desaciertos, estos van desde aspectos terminológicos donde no se emplean los términos técnicos correspondientes a cuestiones de fondo. En éste ámbito se señala que no se incluyó al libro mayor como libro obligatorio cuando claramente es un registro rector y fundamental para ubicar operaciones en una contabilidad (ver art. 322). Nada se dispone sobre la posibilidad de acceder a los libros de terceros como prueba, ni su valor (art. 330). No se prevé expresamente el contenido del inventario, mencionado como libro en el artículo 322, inciso b, pero no reglamentado por ninguna otra norma.

Además, y como ya se señaló, el Código instala un criterio dimensional por volumen de giro de actividades que delega en una ignota jurisdicción local (art. 320 *in fine*), pero además con la disvaliosa consecuencia de eximir lisa y llanamente de llevar contabilidad y no de reducir las exigencias por volumen.

Por último, pueden mencionarse como oportunidades perdidas:

- a) mantiene la obligación de registros contables como carga y no como obligación;
- b) no prevé sanciones específicas por infracciones contables;
- c) no reconoce el rol fundamental de la información contable para la apertura, investigación y evaluación en los procesos concursales;
- d) omite reconocer a las normas contables profesionales como fuente normativa luego de la ley y de las normas de las autoridades de contralor;
- e) omite exigir que cada empresa o ente contable designe un contador público como responsable;

- f) omite requerir que todos los estados contables, sin importar la forma jurídica del ente del que provienen, deban ser auditados, salvo el criterio dimensional;
- g) omite obligar que la contabilidad informática sea debidamente perfilada en sus exigencias técnicas de fondo y que, en forma expresa, no pueda ser llevada en la nube (*cloud computation*) sino en ordenadores ubicados en el país y debidamente individualizados de modo de permitir su incautación en la quiebra.

2. Las reformas al régimen asociativo

Las reformas al régimen asociativo comprenden las reformas en materia de sociedades, en asociaciones civiles y en contratos asociativos, las que veremos en los capítulos siguientes.

2.1. *El nuevo concepto de sociedad y la derogación de las sociedades civiles*

El artículo 1 de la [Ley General de Sociedades](#) establece:

Habrá sociedad si una o más personas, en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas

Al haber desaparecido el régimen de las sociedades civiles de los artículos 1648 y siguientes del [derogado Código Civil](#) (Ley 340), que no exigía la forma organizada para que existiera sociedad, ni la aplicación de los aportes a la producción e intercambio de bienes y servicios, resulta que en el concepto legal actual de la sociedad se torna imprescindible el objeto empresario, o sea, la existencia de una organización para la producción e intercambio de bienes y servicios.

Por su parte, el artículo 1442 del [CCCN](#) establece, entre las disposiciones generales para los contratos asociativos, que estas se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad. De tal suerte, toda asociación de dos o más personas con fines de lucro, donde haya aportes para obtener utilidades de su aplicación (pero sin explotar una empresa) no es sociedad y queda subsumida en algunas de las figuras de los contratos asociativos, que en el CCCN son contratos sin personalidad jurídica (arts. 1442-1478).

En definitiva, a partir de la Ley 26994, las sociedades no se denominan más comerciales, pero deben ser todas empresarias.

2.2. *Las sociedades anónimas unipersonales*

La Ley 26994, entre otras modificaciones, introduce la figura de la sociedad anónima unipersonal.⁸ Los requisitos de esta nueva categoría son relativamente simples: solo se admite que sean unipersonales las sociedades anónimas (art. 1 LGS), se trata de un acto jurídico unilateral; no puede ser único socio otra sociedad anónima unipersonal (art. 1 LGS)⁹; la denominación debe ser sociedad anónima unipersonal, su abreviatura o la sigla SAU (art. 164 LGS); la integración del aporte debe ser un 100 % al momento de la constitución (art. 187 LGS); está sujeta a fiscalización estatal permanente (art. 299, inc. 7, LGS), lo que implica que deban tener sindicatura plural (art. 284 LGS) y directorio plural en forma obligatoria (art. 255 LGS).¹⁰

Lo que queda claro es que la nueva figura tiene una aplicación dimensional para la subsidiaria totalmente integrada o grupo societario local de cierta entidad y no tiende a la problemática de la limitación de la responsabilidad del empresario individual.

2.3. *El nuevo estatuto de las sociedades simples o informales*

El nuevo texto de la Ley de Sociedades da una importancia fundamental al principio de autonomía de la voluntad, reduce el régimen de responsabilidades y cambia profundamente el régimen de la sociedad informal, o sea, el de aquella que no acudió a instrumentarse como una sociedad típica (SRL, SA, etc.) y, por ende, se regía hasta ahora por las reglas de las sociedades de hecho (arts. 21-26, Ley 19550).

La Ley 26994 modifica tales artículos para crear una nueva categoría societaria a la que denomina de la Sección IV, y que se corresponde al concepto de sociedades informales y agrupa, en una misma regulación, a las sociedad de hecho o irregulares y a las sociedades nulas o anulables por atipicidad o falta de requisitos formales.

Pues bien, a diferencia de lo que ocurría con la Ley 19550,¹¹ el contrato sí puede ser invocado entre los socios en el nuevo texto y sus cláusulas pueden oponerse contra los terceros que las conocían al contratar, incluso respecto de quién representa a la sociedad, todo lo que evita conflictos entre los socios y también con terceros.

8. Es un tema recurrente de los últimos proyectos legislativos, aunque con diversos alcances en cada caso. Ver FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Los límites de la sociedad unipersonal y el abandono de la empresa en el nuevo concepto de sociedad", en *Nuevas perspectivas en el derecho societario y el Anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, 2005, Ad-Hoc, p.89.

9. Pensamos que la incapacidad se refiere solo a las SAU argentinas y que no afecta a las sociedades extranjeras unipersonales, regidas por sus propias leyes en materia de capacidad de participar en otras.

10. VÍTOLO, Daniel R., "La errónea regulación de las sociedades unipersonales en la reforma a la Ley de Sociedades propuesta en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación -Anexo II-", en *Las reformas al derecho comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012, pp. 287 y ss.

11. [N. del E.: cfr. nota 6].

La sociedad también podrá adquirir bienes registrales a su nombre, por un acto de reconocimiento de todos los socios, permitiendo separar los bienes personales de los bienes afectados a la empresa familiar.

Además, y esto es muy importante, salvo pacto expreso o que se trate de una sociedad colectiva que no pudo inscribirse, la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad no es solidaria como ahora, sino que pasa a ser mancomunada y dividida en partes iguales.

Finalmente, el pedido de disolución de un socio no opera si hay plazo pactado y, si no lo hay, opera recién a los noventa días pero permite a los restantes continuar con la sociedad pagando la parte social a los salientes, todo lo que garantiza la continuidad.

2.4. *La capacidad de los socios*

El CCCN supera la limitación de la ley anterior, que solo permitía a los cónyuges ser socios de sociedades en las que tengan responsabilidad limitada, y los autoriza a integrar cualquier tipo de sociedad, incluyendo a las informales de la Sección IV recién referidas (art. 27 LGS).

Vale decir, desaparecen tanto las limitaciones en materia de sociedades con responsabilidad solidaria (colectiva, comanditas, etc.) sino también la contingencia de que a una sociedad de hecho (Sección IV) entre marido y mujer, se la repunte como nula y se le exija la liquidación y/o se le impida la regularización.

De todos modos, dada la actual diversidad de régimen patrimonial del matrimonio, que admite tanto al régimen de comunidad de ganancias como el de separación de bienes, y frente a la incorporación por el Ministerio del inciso d) al artículo 1002 del CCCN, por el cual los cónyuges no pueden celebrar contratos si se encuentran en el régimen de comunidad de ganancias, alguna doctrina civil plantea la duda respecto de los alcances de la contratación societaria.

A nuestro juicio, debe prevalecer la norma societaria por ser especial y por ser consistente con el principio de la plena capacidad incorporado por el Código.

En cuanto a las sociedades por acciones, se admite que puedan ser socias de otras sociedades por acciones, de SRL y que puedan ser parte de contratos asociativos (art. 30), lo que despeja para siempre los fantasmas de la incapacidad, de la sociedad de hecho, y de la posibilidad de invocar el contrato, en el caso de los *joint ventures*, consorcios y demás alianzas estratégicas entre empresas.

2.5. *Los impedimentos a la liquidación social*

Por diversos mecanismos, la ley busca impedir que la sociedad se liquide y, por ende, se destruya el valor de la empresa en marcha. A continuación se desarrollarán tales mecanismos.

2.5.1. *Generalización del instituto de la reactivación societaria*

El artículo 100 de la Ley General de Sociedades permite que cualquier causal de disolución pueda ser removida bajo las siguientes condiciones:

- a) decisión del órgano de gobierno;
- b) eliminación de la causal disolutoria;
- c) viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad;
- d) no haberse cancelado la inscripción registral;
- e) dejando a salvo los derechos de terceros y las responsabilidades asumidas.

El instituto de la reactivación también está legislado en materia de personas jurídicas privadas, con menores requisitos (art. 166 CCCN).

2.5.2. *Derogación de la nulidad por atipicidad*

Desaparecen la nulidad de la sociedad atípica y la anulabilidad por ausencia de requisitos esenciales no tipificantes (art. 17), lo que evita la liquidación. La omisión de requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes, o la inclusión de elementos incompatibles con el tipo social, priva a la sociedad de los efectos del tipo y la sujeta a la Sección IV (sociedades informales).

2.5.3. *Situación de la unipersonalidad sobreviniente*

Ya no va a ser causal expresa de disolución en ningún tipo social (arts. 94 y 94 bis).

Si se trata de sociedad en comandita simple, por acciones o de capital e industria, al convertirse en unipersonal se transforman automáticamente en SAU si no deciden otra cosa en los tres meses (art. 94 bis). Nada se dice sobre qué pasa cuando una SRL o una sociedad colectiva, o incluso una SA, que no sea una SAU, quedan con un único socio, tema que deberá ser despejado por la doctrina, al igual de qué pasa si las comanditas o la de capital e industria devenidas unipersonales no se ajustan a los requisitos de la SAU (omiten designar tres directores y tres síndicos y no se someten al contralor estatal permanente).

En caso de exclusión en sociedad de dos socios, el inocente asume el activo y pasivo social, sin perjuicio del artículo 94 bis.

2.6. *Nuevas normas sobre transferencias, comprobantes y registro de acciones*

El cuerpo del CCCN contiene algunas de ellas. Si se trata de bienes gananciales, el CCCN exige expresamente el asentimiento del otro cónyuge para enajenar o gravar acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública (art. 470 b), sin perjuicio de que su infracción no es oponible a terceros portadores de buena fe (art. 1824). Ahora bien, siendo las acciones

títulos valores (art. 226 LS), y dado que el artículo 1815 del CCCN dispone que las referencias a bienes registrables no se aplican a tales títulos valores, cabe considerar que la acción reipersecutoria del legitimario contra los terceros adquirentes de bienes registrables no procede en el caso de donación de acciones.

Por otra parte, el CCCN regula la expedición de comprobantes de saldos de títulos valores no cartulares (art. 1851) en norma aplicable a las acciones escriturales (art. 208, último párrafo, LS) y también, en normativa aplicable al libro de Registro de Acciones (art. 213, LS), el CCCN establece en los artículos 1876 a 1881 un procedimiento de denuncia, publicaciones, verificaciones ante un perito judicial y sentencia judicial ordenando confeccionar un nuevo libro y las inscripciones respectivas.

Como reforma interesante, cabe anotar la posibilidad de decretarse una intervención judicial de la sociedad cuando se denuncia el extravío de su libro de Registro de Acciones (art. 1881).

2.7. *Las sociedades que son empresas familiares*

Si bien el CCCN no incluye una legislación especial en materia de empresa familiar que regule, por ejemplo, su reconocimiento, la definición legal, el principio de tutela y la reglamentación del protocolo de la empresa familiar con su publicidad y efectos, tal como en su momento reclamáramos¹², sí prevé una serie de modificaciones al régimen antes vigente del que resulta, a nuestro juicio, un nuevo marco legal que es muy positivo para el mejor funcionamiento y continuidad de la empresa familiar y que analizaremos en los puntos siguientes¹³.

2.7.1. *La admisión del pacto sobre herencia futura cuando se trata de una empresa familiar*

Esta es, a nuestro juicio, la modificación más trascendente para la empresa familiar en tanto permitirá la mejor programación de la sucesión en la propiedad de la empresa.

El artículo 1010 del CCCN, en su segundo párrafo y como excepción a la prohibición general de pactos sobre herencias futuras, establece:

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial o a la

12. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h) y MEDINA, Graciela, "Empresa familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, año IV, n°1, enero-febrero 2012, pp. 4 y ss.

13. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Un nuevo marco legal para la empresa familiar en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, n° 300, noviembre 2012, p. 1068.

prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

El texto atiende a la necesidad de facilitar la sucesión en la empresa familiar, permitiendo al fundador transmitir la propiedad de la misma solo a los herederos con vocación de continuar la empresa, excluyendo a los demás.

El texto, que de algún modo coincide con una iniciativa nuestra en la materia¹⁴, reconoce como antecedentes el pacto de familia de la Ley n° 55 de Italia del 14 de febrero de 2006 (similar a la francesa), que introduce los artículos 768 bis a octies al [Código Civil](#)¹⁵, y el artículo 1056, segunda parte, del [Código Civil español](#), reformado por la Ley 7/2003.

2.7.2. El fortalecimiento del valor legal del protocolo de la empresa familiar

En principio, el protocolo es un acuerdo marco de las relaciones familia, propiedad y empresa, con valor moral y, en algunos casos, con limitado valor legal entre parte, discutiéndose su obligatoriedad para los herederos.¹⁶

Como regla, el protocolo no tiene valor frente a terceros, salvo que se incluyan sus previsiones en los estatutos o reglamentos societarios inscriptos, o en fideicomisos u otros contratos traslativos de la propiedad.

Siendo ello así, el CCCN incrementa el valor legal del protocolo entre partes y frente a terceros conforme a cuatro normativas.

En primer lugar, por la recién citada admisión que el texto hace del pacto de herencia futura en el artículo 1010 del CCCN, donde alude a: *Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos...* lo que inequívocamente se refiere, aún sin nombrarlo, al protocolo de empresa familiar y, por ende, le da rango de contrato que incluye a disposiciones especiales con efectos entre partes y frente a terceros (ver 2.6.1).

En segundo término, el protocolo puede ser incluido en la categoría de los contratos asociativos del artículo 1442 y siguientes del CCCN ya que es tanto de colaboración como de organización y también participativo, con una clara comunidad de

14. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Reformas legales pendientes para la empresa familiar: panorama y propuestas normativas", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, n° 296, julio 2012, p. 631.

15. [N. del E.: el hipervínculo dirige a la versión actualizada del [Código Civil de Italia](#). El lector podrá acceder a través de [este buscador](#) al texto de la Ley 55 del 14/2/2006].

16. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Aspectos jurídicos del protocolo de la empresa familiar", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, n° 286, septiembre 2011, p. 990.

fin: el funcionamiento y la continuidad de la empresa familiar. Estos contratos tienen libertad de formas (art. 1444), de contenidos (art. 1446) y producen efectos entre las partes, aunque no estén inscriptos (art. 1447).

En tercer lugar, por aplicación extensiva de las normas sobre sociedades informales que permiten la invocación entre socios e inclusive la oponibilidad de las cláusulas frente a terceros que las conocían al contratar, respecto de contratos no inscriptos (arts. 22 y 23 de la Ley de Sociedades).

Finalmente, el artículo 1024 contempla la extensión activa y pasiva de los efectos del contrato a los sucesores universales, salvo inherencia, incompatibilidad o prohibición, lo que autoriza a trasladar los efectos del protocolo a los herederos no firmantes.

2.7.3. La reducción de la porción de la legítima hereditaria y los límites a la acción de reducción en donaciones

La porción legítima de los herederos forzosos se reduce en el CCCN, pasando de cuatro quintos a dos tercios en el caso de descendientes (art. 2445). Es decir, se aumenta la porción disponible del testador, que pasa a ser un tercio de los bienes con los cuales puede favorecer la propiedad de aquellos herederos con vocación de continuar la empresa familiar. Ello amplía los márgenes de la programación de la sucesión.

Cabe señalar que de los dos tercios indisponibles, el causante puede disponer que un tercio se aplique como mejora estricta a descendientes o ascendientes con incapacidad (art. 2448).

Si bien el nuevo texto toma partida por los efectos reipersecutorios sobre adquirentes de bienes registrales en el caso de donaciones que afectaren la legítima, admite que pueda desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero la cuota legítima (art. 2458) y dispone una prescripción adquisitiva de la acción de reducción si poseyeron la cosa donada durante diez años desde la adquisición de la posesión (art. 2459).

Finalmente, el artículo 2461 que habla sobre transmisión de bienes a los legitimarios, establece que los legitimarios que consintieron la enajenación no pueden reclamar la imputación y la colación del excedente.

2.7.4. La posibilidad de un fideicomiso societario integrado exclusivamente por miembros de la familia empresaria

El fideicomiso accionario¹⁷ es, sin lugar a dudas, uno de los mejores instrumentos para la ejecución del protocolo de la empresa familiar en la medida que permite que

17. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2010-F, p. 842.

las cláusulas y previsiones del protocolo constituyan las instrucciones del fundador, como fiduciante, dadas al fiduciario ejecutor¹⁸.

Ahora bien, una de las mayores resistencias de la familia empresaria es cultural dado que no admite que un no familiar tenga tanto poder como el fiduciario para administrar las acciones, votar en las asambleas, elegir autoridades y disponer sobre honorarios y dividendos.

El artículo 1671 del CCCN establece que tanto el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario pueden ser beneficiarios, pero el fiduciario no puede ser fideicomisario (art. 1672).

La cuestión zanja una discusión con la ley anterior en la que la doctrina mayoritaria, que compartimos y era contraria a la actual solución, entendía que el fiduciario no puede ser al mismo tiempo beneficiario, que ocurre generalmente en el fideicomiso financiero donde el acreedor bancario es fiduciario y beneficiario (por implicar necesario conflicto de intereses).

Sin embargo, en materia de empresas familiares nos parece que la reforma es buena¹⁹ ya que permitirá que, dentro del mismo grupo de la familia empresaria, uno de los familiares (vgr. la madre) beneficiario de los frutos (dividendos), sea a la vez el fiduciario encargado de cumplir la manda del protocolo.

De tal modo, al no exigirse la inmixción de un tercero no familiar en la propiedad fiduciaria, las posibilidades de aceptación de este fideicomiso por la familia son mucho mayores, además del abaratamiento de los costos.

Por otra parte, el eventual conflicto de intereses puede ser debidamente controlado por los restantes beneficiarios familiares no fiduciarios y por el Consejo de Familia, de existir.

2.7.5. *El reconocimiento del arbitraje para dirimir los conflictos en las cuestiones patrimoniales de familia*

El CCCN regula al contrato de arbitraje en sus artículos 1649 a 1665; y entre las controversias excluidas del arbitraje incluye expresamente a “las cuestiones no patrimoniales de familia” (art. 1651). De ello se sigue que las cuestiones patrimoniales de familia (como es todo lo referente a la empresa familiar y a las relaciones familia, propiedad y negocio) pueden expresamente ser sometidas a arbitraje, lo que refuerza la validez de las cláusulas arbitrales para resolver conflictos en la empresa familiar y la conveniencia del mecanismo del arbitraje que pueden poseer grandes ventajas sobre el judicial en materia de agilidad, confidencialidad y especialidad.²⁰

18. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Los fideicomisos en la empresa familiar”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, t. XXIII, 2011, p. 1191; y en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2011, año III, n° 10, p. 13.

19. Se trata de una opinión de la doctora Medina y a la que adherimos.

20. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), *Negociación, mediación y arbitraje en la empresa familiar*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012.

2.7.6. *La no ganancialidad de las utilidades capitalizadas y la opción por el régimen patrimonial conyugal de separación de bienes*

Un problema en las empresas familiares se presenta cuando el cónyuge no familiar que se divorcia llega a ingresar como socio, recibir acciones o tener derechos patrimoniales contra la empresa familiar.²¹

Una importante norma del CCCN, aplicable bajo el régimen general de comunidad de ganancias, es la del artículo 491, tercer párrafo, que establece:

Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad.

Ello determina que las nuevas acciones o cuotas emitidas por la capitalización serán propias del socio y, por ende, impedirá que el ex cónyuge pueda adquirir por tal circunstancia la calidad de socio, limitándose sus derechos a una recompensa, lo que evitará una gran cantidad de conflictos contribuyendo a la paz en la empresa familiar.

Por otra parte, y como una excepción al régimen general y supletorio de comunidad de ganancias (que es similar al anterior), el CCCN posibilita a los cónyuges optar por un régimen patrimonial de separación de bienes (arts. 505 y ss.).

Tal opción puede hacerse por convención matrimonial (art. 446, inc. d), en el acta del matrimonio (art. 420, inc. j), o por convención modificatoria después de un año de matrimonio (art. 449).

Esta opción, que también protege contra la inmisión como socio del no familiar, convendría sea incluida como una obligación de los integrantes de la familia empresaria en una cláusula del protocolo, tal como es frecuente en España.

Cabe señalar que, en caso de fallecimiento del cónyuge familiar, el no familiar no recibirá nada como socio de la sociedad conyugal, sin perjuicio de que recibirá de los bienes propios una parte igual a la de sus hijos (art. 2433).

2.8. *Las reformas en asociaciones*

El **Código Civil derogado** contenía muy pocas disposiciones sobre asociaciones civiles (arts. 33 a 44), cuya reglamentación estaba a cargo de las autoridades de contralor locales.

Ahora, el **CCCN** las regula como personas jurídicas privadas (art. 148) y establece dos categorías: las asociaciones civiles y las simples asociaciones.

En el objeto de la asociación civil reconduce el concepto original de bien común, que la doctrina había llevado al bien común mediato en los casos de clubes y

21. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "La financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2010-C, pp. 1225 y ss.

cámaras empresarias, para exigir ahora que el objeto “no sea contrario al interés general o bien común”, con respeto a las diversidades que no vulneren valores constitucionales, teniendo prohibido perseguir el lucro como fin principal, ni el lucro de sus miembros o terceros (art. 168).

La ley exige que el acto constitutivo sea hecho por escritura pública e inscripto en el registro correspondiente, una vez otorgada la autorización estatal para funcionar (art. 169).

Requiere que el estatuto prevea al menos los cargos de presidente, secretario y tesorero (art. 171) y que exista un órgano de fiscalización, que podrá estar integrado por no asociados (art. 173), quienes no pueden integrar la comisión directiva ni certificar los estados contables de la asociación (art. 173).

Se admiten condiciones para que los asociados formen parte de la comisión directiva, que no sean abusivas (art. 171) y para que participen en las asambleas, tales como la antigüedad y pago de cuotas (art. 175), pero se prohíben restricciones totales o impedir que se ponga al día el pago de la cuota en el momento previo a la asamblea (art. 178).

La exclusión de socios debe asegurar el derecho de defensa del asociado y la revisión por la asamblea (art. 180).

Se aplican, supletoriamente, las disposiciones sobre sociedades, en lo pertinente (art. 186).

Por su lado, las simples asociaciones requieren al menos un acto constitutivo con firma certificada por escribano (art. 187), se rigen en general por las normas de las asociaciones civiles (art. 188) pero pueden prescindir del órgano de fiscalización si tienen menos de veinte asociados, pero deben certificar sus estados contables (art. 190).

En caso de insolvencia no responden los socios, pero sí solidariamente los administradores, aun los miembros que administran de hecho, por las obligaciones resultantes de decisiones de su administración (arts. 191 y 192).

2.9. *Aplicación de las reglas de las personas jurídicas privadas a las sociedades y asociaciones*

Al haberse calificado en el CCCN a las sociedades, a las asociaciones y a las fundaciones como personas jurídicas privadas (art. 148, incs. a, b, c y d), les resultan aplicables una serie de normas en forma subsidiaria a las normas imperativas de cada régimen y a las reglas del acto constitutivo y reglamentos (art. 150).

Entre dichas normas pueden destacarse de interés:

- Su existencia comienza desde la constitución (art. 142).
- La inoponibilidad de la personalidad jurídica no puede afectar los derechos de terceros de buena fe (art. 144 *in fine*).
- La participación del Estado no modifica su carácter privado (art. 149).

- Las personas jurídicas privadas constituidas en el extranjero se rigen por las normas de sociedades constituidas en el extranjero de la Ley General de Sociedades (art. 150 *in fine*).
- El nombre social está sujeto a requisitos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, tanto respecto de otras denominaciones sociales como de marcas y otras designaciones, sin poder inducir a error (art. 151).
- Las modificaciones no inscriptas producen efectos desde su otorgamiento y son oponibles a los terceros que las conozcan (art. 157).
- Si en los estatutos no hay previsiones especiales y lo consienten todos los que deben participar del acto, se admiten las asambleas a distancia (art. 158 inc. a)
- Se admiten las asambleas y reuniones autoconvocadas si todos concurren y el temario se aprueba por unanimidad (art. 158 inc. b).
- Los administradores responden por culpa y deben implementar sistemas preventivos para evitar el conflicto de intereses (art. 159).
- En caso de bloqueo de las decisiones en una administración colegiada, el presidente o algún administrador puede ejecutar los actos conservatorios, convocando a asamblea dentro de los diez días, la que puede conferirle facultades extraordinarias para actos urgentes o necesarios (art. 161).
- Son obligados contables sujetos a las normas de los arts. 320 y siguientes del CCCN.

2.10. *Los clubes de campo constituidos como asociaciones bajo forma de sociedad anónima. Los conjuntos inmobiliarios en el nuevo Código Civil*

El CCCN prevé expresamente una regulación para los conjuntos inmobiliarios, incluyendo en dicha categoría a:

... los clubes de campo junto con los barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independiente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a las normas administrativas locales (art. 2073).

El artículo 2074 señala como características:

... el cerramiento, las partes comunes y privativas, el estado de indivisión forzosa o perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas, siendo las diversas partes interdependientes y conformando un todo no escindible.

2.10.1. *Nuevo marco legal*

En cuanto a la normativa aplicable, el artículo 2075 establece que

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal (arts. 2037 a 2072) (...) con las modificaciones que establece el presente título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Continúa diciendo la norma:

Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubieran establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales, se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real.

En el caso del club de campo bajo forma de sociedad anónima se configuraría esta situación de coexistencia de derechos reales (propiedad sobre los lotes), con derechos personales (calidad de socio), respecto de cada propietario, lo que también lo sujeta a la adecuación a las previsiones normativas del derecho de propiedad horizontal especial.

En este sentido, sostenemos, con fundamento en los derechos adquiridos, que no procede de pleno derecho ni es obligatorio transformar a la sociedad anónima en un consorcio de propiedad horizontal, sino que basta con aprobar un reglamento que satisfaga los requerimientos legales en cuanto a sus contenidos, inscribirlo en el registro inmobiliario y transcribirlo en las respectivas escrituras traslativas.

El criterio de la improcedencia de la transformación en consorcio aparece respaldado por la [Resolución general IGJ 7/2015](#), que, al receptar administrativamente las disposiciones del CCCN y la Ley General de Sociedades, cuando reglamenta la transformación de asociaciones civiles bajo forma de sociedades hacia otras personas jurídicas, no prevé de ningún modo su transformación en consorcio de propiedad horizontal especial (art. 438 de dicha reglamentación).

2.10.2. *La forma de adecuación a la nueva normativa*

En el caso de los clubes de campo bajo forma de sociedad anónima, corresponderá la elaboración de un reglamento de propiedad que contenga las enunciaciones exigidas por la ley (art. 2056), el que una vez aprobado por el directorio y por la asamblea, deberá inscribirse en el registro Inmobiliario y transcribirse en las escrituras de venta.

Paralelamente, corresponderá la revisión de los estatutos sociales para su adecuación al sistema de mayorías de los conjuntos inmobiliarios para las decisiones correspondientes.

Si bien hasta la fecha el Registro de la Propiedad Inmueble no se ha pronunciado sobre si va o no a inscribir nuevas transferencias de dominio respecto de inmuebles ubicados en clubes de campo no adaptados a la reglamentación de los Conjuntos Inmobiliarios, parece conveniente iniciar las tareas de adecuación a la mayor brevedad.

2.10.3. *Aplicación inmediata de algunas normas del nuevo Código*

Sin perjuicio de lo señalado como consecuencia del imperativo legal, y que además es coherente con lo establecido por el artículo 150, inciso a), del CCCN, en el que da preeminencia a las normas imperativas del Código sobre los estatutos y reglamentos (aplicable en tanto se trata de personas jurídicas privadas), los clubes de campo bajo la forma de sociedad anónima, más allá de lo que dispongan sus estatutos o reglamentos, deben cumplir las siguientes normas desde el 1 de agosto de 2015, debiendo entenderse que las alusiones legales al reglamento de propiedad horizontal deben entenderse referidas a los estatutos o reglamentos internos.

2.10.3.1. *Contribución al pago de las expensas*

El artículo 2081 establece:

... los propietarios están obligados a pagar las expensas, gastos y erogaciones comunes para el correcto mantenimiento y funcionamiento del conjunto inmobiliario en la proporción que a tal efecto establece el reglamento de propiedad horizontal.

Esta norma podría impedir la práctica de las empresas desarrolladoras de eximirse del pago de las expensas de los lotes aún no enajenados, en detrimento de la masa de propietarios.

2.10.3.2. *Transferencia de la calidad de socio*

El artículo 2085 establece que el reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas.

Esto significa la imposibilidad de un derecho de no admisión ilimitado por parte del club debiendo, por lo menos, conferir un derecho de preferencia que, en caso de no ejercitarse en tiempo y forma, permite el ingreso del tercero como propietario y como socio.

2.10.3.3. *Sistemas de mayorías para mejoras y obras nuevas*

Dada la remisión de las normas sobre conjuntos inmobiliarios a las normas sobre propiedad horizontal (art. 2075, segundo párrafo), las mejoras y obras nuevas sobre cosas y partes comunes pueden hacerse por mayoría de propietarios, previo informe técnico de profesional autorizado (art. 2051), y sujetas a revisión judicial en caso de impugnación.

2.10.3.4. *Cambio del administrador designado por el desarrollador*

Según el artículo 2066, debe realizarse una primera asamblea a los 90 días de cumplidos 2 años del otorgamiento del reglamento, o del momento en que se encuentren ocupadas el cincuenta por ciento de las unidades funcionales, lo que ocurra primero, cesando el administrador designado en el reglamento de propiedad si no es ratificado por la asamblea.

2.10.4. *Nuevas modalidades para realizar las asambleas de ahora en adelante*

En este punto entendemos que el régimen de asambleas de la Ley de Sociedades y de los estatutos de cada sociedad anónima deberá adecuarse al régimen de las asambleas del consorcio de propiedad horizontal, que es el aplicable por remisión a los conjuntos inmobiliarios. Al respecto, del CCCN resultan las siguientes pautas:

a) *Convocatorias (art. 2059)*

1. En la forma prevista por el reglamento de propiedad horizontal (art. 2059), siempre con transcripción precisa y completa del orden del día. Los temas que no estén en el orden del día requieren de la presencia de todos los propietarios y la unanimidad de ellos.

2. Por autoconvocatoria, en cuyo caso es necesario que se aprueben por dos tercios la autoconvocatoria y el temario.

b) *Decisiones (art. 2060)*

1. Las mayorías se computan en forma absoluta (no por presentes) sobre la cantidad de unidades funcionales y sobre los porcentajes de copropiedad de cada socio, lo que a su vez exigirá en cada club de campo determinar tales porcentajes, lo que generalmente no está hecho ya que se vota por acción.

2. Como regla, las decisiones asamblearias requieren la mayoría absoluta de las unidades y de los porcentajes (mitad más uno).

3. En especial, la reforma del reglamento requiere los dos tercios de votos de unidades y de porcentuales.

4. Los mecanismos para llegar a tales mayorías son, alternativamente, los siguientes:

a) Un escrito unánime firmado por todos los propietarios (art. 2059).
b) Una reunión de la asamblea donde los propietarios estén presentes y voten a favor con esas mayorías.

c) Una reunión de la asamblea donde no se alcancen esas mayorías, en la cual la moción mayoritaria sea sometida a consulta del resto de los propietarios por medio fehaciente, computando los silencios como votos a favor de la moción predominante.

En estos últimos casos, las comunicaciones deben ser fehacientes, lo que aconsejaría implementar en el club de campo un sistema de firma digital de la institución y de los asociados.

c) *Actas (art. 2062)*

1. Deben llevarse un libro de actas de asamblea y un libro de registro de firmas.
2. Todos los presentes deben firmar la asistencia a la asamblea, firmas que deben ser cotejadas por el administrador con la firma registrada en el registro de firmas de los propietarios.
3. Las actas son confeccionadas por un secretario de actas elegido por los propietarios y son firmadas por el presidente de la asamblea y dos propietarios.
4. Al pie del acta debe dejarse constancia de las comunicaciones enviadas a los ausentes y de las oposiciones recibidas y de las conformidades expresas recibidas.

d) *Adaptación de las sociedades anónimas al sistema consorcial*

En las sociedades anónimas, la convocatoria podrá seguir siendo hecha en la forma prevista por el estatuto hasta que exista un reglamento.

En este tipo de sociedades, ya existen los libros de actas y los libros de registro de asistencia (faltaría el libro de registro de firmas para cotejo, a implementar).

Dada la necesidad de mayorías absolutas, el quórum sería el establecido en el estatuto; y la decisión adoptada (cuando no alcance la mayoría exigida para el consorcio) deberá considerarse como una propuesta que será sometida a consulta por medio fehaciente.

El acta la seguirá firmando el presidente y dos accionistas (faltaría designar un secretario, lo que puede hacer la propia asamblea).

La ley le atribuye funciones al administrador en la asamblea, que serán cumplidas por el presidente del directorio o por quien legalmente lo reemplace.

Finalmente, y dadas las dificultades para lograr las mayorías absolutas en las asambleas (por la experiencia consolidada del desinterés de los propietarios por concurrir a las mismas), parece recomendable implementar dentro de cada club de campo un sistema de comunicaciones informáticas utilizando la firma digital (art. 288, CCCN) para la institución y para cada uno de los propietarios, de modo de dar celeridad, seguridad y reducir los costos de las consultas.

2.11. *La revolución en los contratos asociativos*

La Ley 26994 traslada al cuerpo principal del CCCN los contratos asociativos que estaban en la Ley de Sociedades y en la Ley 26005. Allí suprime el requisito de que las partes sean empresarios o sociedades.

Estos contratos asociativos están ahora regulados en una suerte de parte general por los artículos 1442 a 1447 del CCCN, cuyas características son: tener por objeto la colaboración, la organización o la participación, tener comunidad de fin entre sus miembros, no reconocimiento de personalidad ni de naturaleza societaria, libertad de formas, plenos efectos entre las partes, aun en caso que se previera su inscripción y esta no tuviera lugar.

Vale decir que, por primera vez en derecho argentino, y en una forma que consideramos revolucionaria, se admite en forma amplia y no taxativa la concertación de negocios asociativos sin el riesgo de ser considerados sociedades.²²

Las especies legisladas expresamente, sin ser limitativas, son la del negocio en participación (art. 1448), agrupaciones de colaboración (art. 1453), uniones transitorias (art. 1463) y consorcios de cooperación (art. 1470).

El gran desafío que presenta la ley es poder diferenciar, en una situación determinada, cuándo nos encontramos ante un negocio asociativo atípico y cuando estamos frente a una sociedad simple de la Sección IV.

Para ello, debemos tener presentes los elementos del negocio sociedad que para la doctrina tradicional eran:

- a) *pluralidad* de dos o más personas, o sea que debe ser un contrato y no puede ser un acto unilateral.
- b) *aportes en común*, de todos y de cada uno para formar un fondo que permita cumplir un objeto.
- c) *gestión común*, en el sentido de que cada participante tenga el poder de administrar o, al menos, de designar al administrador y estar interiorizado de la marcha del negocio. Por la ausencia de este requisito, el maestro Jaime Anaya había sostenido en su tesis la no configuración como sociedad del negocio accidental o en participación.
- d) *suerte común*, lo que significa que todos ganan o todos pierden en forma proporcional a lo pactado, sin que puedan haber diferentes resultados.

A estos elementos, la derogación de las sociedades civiles y la subsistencia de las anteriores sociedades comerciales con la exigencia de tener como actividad en forma organizada *la producción e intercambio de bienes y servicios* (art. 1, LGS), se suma un quinto requisito:

- e) la explotación empresarial.

22. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "La colaboración empresarial en el Mercosur mediante los *joint ventures*. Aptitud general y riesgo", en AA. VV., *VII Congreso Argentino de Derecho Societario*, La Ley, Buenos Aires, 1998, t. IV, p. 64.

En consecuencia, para estructurar o tener por configurado un contrato asociativo atípico del artículo 1442 del CCCN, que no constituya sociedad ni sea sujeto de derecho, resulta necesaria la ausencia de alguno o algunos de los requisitos referidos.

Un ejemplo lo dan los negocios *parciarios*, donde no hay suerte común, ya que los resultados brutos que se reparten pueden ser ganancia o pérdida para cada partícipe, según los propios costos de su aporte.

Otro caso es el de las anteriores sociedades civiles que no tuvieran explotación empresarial y deberían ser reconducidas hacia el ámbito de los negocios asociativos, como podría ocurrir en una sociedad profesional de medios.

2.12. *Los criterios de la Inspección General de Justicia en materia de régimen asociativo*

La [Resolución general IGJ 7/2015](#) constituye una nueva reglamentación de las principales materias de competencia del organismo, dictada con el objeto de lograr el reordenamiento y la actualización normativa luego de diez años de vigencia de la [Resolución general 7/2005](#), a la que reemplaza.

A continuación se destacan algunos de los criterios en la materia.

2.12.1. *Capacidad societaria de los cónyuges*

Hay una aparente discordancia entre el artículo 1002, inciso d), del CCCN y el artículo 27 de la Ley General de Sociedades respecto de la capacidad de los cónyuges con matrimonio bajo régimen de comunidad de ganancias para celebrar contratos de sociedad (ver *supra* pto. 6). Esta discordancia ha sido resuelta por la Inspección General de Justicia a favor de la capacidad de tales cónyuges para ser socios entre sí en cualquier tipo social (art. 55 N° I, inc. 2).

2.12.2. *Sociedades unipersonales originarias y derivadas*

La irrupción de la SAU (art. 1, LGS) no ha modificado los criterios de la Inspección General de Justicia respecto de exigir la pluralidad sustancial de socios cuando no se trate de esas sociedades (art. 56). Las declara bajo fiscalización permanente, pero les permite prescindir de las publicaciones por cuanto la presencia del único socio implica unanimidad en los términos del artículo 237 de la Ley General de Sociedades (art. 200).

Ahora bien, respecto de las sociedades comandita simple y por acciones y de capital e industria, considera que la transformación de pleno derecho en SAU, prevista por el artículo 94 bis de la Ley General de Sociedades, luego de los tres meses de pérdida de la pluralidad, igual requiere iniciar el procedimiento de transformación y cumplir con todas sus decisiones y trámites (art. 202).

Por su parte, respecto de las colectivas (SRL y SA) reducidas a un socio y sin reconstruir la pluralidad en tres meses, les da la opción de resolver la transformación en SAU o de disolverse, sin admitir la continuación con un solo socio (art. 203).

Todo ello implica limitar la unipersonalidad al caso de las SAU y rechazar cualquier otra sociedad en dicha situación.

2.12.3. *Sociedades de profesionales*

En este punto se ha producido un giro copernicano, que entendemos es derivado de la derogación de las sociedades civiles y celebramos, dado que el artículo 56 de la Resolución general 7/2005 prohibía antes las sociedades para el ejercicio profesional, salvo las sociedades de medios. Ahora, en cambio, el artículo 57 de la Resolución general 7/2015 admite la constitución de sociedades integradas exclusivamente por profesionales con título habilitante en el caso de que lo permitan las leyes que reglamenten su ejercicio. Es más, aun cuando esas leyes no le permitieran asociarse, la Inspección General de Justicia admite de todas maneras la inscripción de sociedades siempre que se trate de sociedades de medios.²³

2.12.4. *Subsanación de sociedades informales (Sección IV)*

Las sociedades no constituidas conforme a un tipo previsto que omiten requisitos esenciales o que incumplen formalidades pueden subsanar dicha situación conforme con el artículo 25 de la [Ley General de Sociedades](#). A esos fines, el artículo 184 de la Resolución general IGJ 7/2015 establece los diversos requisitos a cumplir, partiendo de la base en que al subsanar se adopta un tipo social. En cambio, si la sociedad informal ya tenía un tipo social elegido en su contrato, parecen aplicables las reglas de la transformación, según se señala en el artículo 173. Finalmente, otra forma de subsanación puede derivar de participar en un proceso de reorganización en tanto la resolución general admite expresamente la participación de una sociedad informal en un procedimiento de fusión (art. 178).

2.12.5. *Situación de las sociedades civiles existentes*

La derogación de las sociedades civiles plantea la cuestión de cómo quedan las existentes al momento de la vigencia de la nueva ley. Para algunos, mantienen plenamente su personalidad y normativa, mientras que para otros quedan ubicadas en la Sección IV de la Ley General de Sociedades, lo que a su vez plantea el problema de que si no tienen objeto empresario tal categoría no podría abarcarlos. La Inspección General de Justicia parece estar por la ubicación en la Sección IV, ya que prevé “se-

23. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Las sociedades entre profesionales para la prestación de servicios”, en *La Ley*, Buenos Aires, t. 2012-B, p. 837.

gún corresponda” tanto la transformación como la subsanación de una sociedad civil adoptando uno de los tipos de la ley (art. 185).

2.12.6. *Exigencia de actividad empresarial para las sociedades*

Reafirmando el principio referido supra en cuanto a que el nuevo concepto de sociedad exige actividad empresarial, el artículo 324 de la Resolución general IGJ 7/2015 dispone que si los bienes registrables no aparecen afectados al objeto social, podrán iniciarse acciones para declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica o la disolución y liquidación, lo que descarta la posibilidad de sociedades que son meras tenedoras de activos.

2.12.7. *La flexibilización en las asociaciones civiles*

Los cambios resultantes de los artículos 168 a 186 en el CCCN se reflejan en la normativa de la Inspección General de Justicia sobre asociaciones civiles, donde se dispone lo siguiente:

- La admisión en los estatutos de cláusulas de limitación del número de asociados, voto plural, voto por correo en elecciones si vive lejos, convocatorias de comisión directiva y asambleas por correo electrónico si hay confirmación de recepción, asambleas a distancia mientras haya quórum presencial, y la posibilidad de fiscalizadores no socios (art. 360).
- Se adicionan reglas especiales para la denominación social (arts. 362 a 368), además de las generales del CCCN.
- Se recoge el nuevo concepto de bien común, vinculado al interés general, dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales (art. 373).
- Se dispone que en las asociaciones civiles las cuotas de los asociados son obligatorias salvo otros medios de financiación que no sean cuotas por servicios (art. 408), puede pedirse autorización para hacer la asamblea en otra jurisdicción (art. 416), el plazo para impugnar asambleas es de 2 años (art. 431), puede haber asociados sin derechos políticos, los que no pueden integrar la comisión directiva (art. 432), y también es posible remunerar a los miembros de la comisión directiva si no está prohibido en el estatuto y si hay conformidad de la IGJ (art. 433).
- Finalmente, en cuanto a las simples asociaciones, se aclara que su inscripción es voluntaria (art. 380) y se admiten como simples asociaciones a las asociaciones vecinales y a las agrupaciones políticas de los clubes (art. 376).

2.12.8. Asociaciones bajo forma de sociedad

La reglamentación prevé la posibilidad de que una asociación civil bajo forma de sociedad, prevista por el artículo 3 de la Ley General de Sociedades, se transforme en asociación civil. También, en sentido inverso, si la asociación civil lo contempla expresamente en su estatuto (art. 438).

Al no haberse previsto la transformación de una asociación civil bajo forma de sociedad anónima que a la fecha constituya un club de campo, en un consorcio de propiedad especial (del art. 2073 del CCCN), ello importa considerar que la adecuación a las normativas que dispone el artículo 2075 del CCCN para los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la nueva ley, no pasa por la transformación sino por el otorgamiento e inscripción de un reglamento.²⁴

3. Colofón

A nuestro juicio, el nuevo Código Civil y Comercial implica, además de un acontecimiento que para algunos puede llegar a ser traumático,²⁵ una oportunidad de repensar al derecho privado desde la óptica de una sociedad multicultural y sujeta a la globalización. También, y en materia de sociedades, asociaciones y negocios asociativos, una oportunidad para desplegar la capacidad creativa de los operadores jurídicos en la búsqueda de estructuraciones adecuadas a las necesidades de los clientes, de las familias, de las empresas y del bienestar general.

24. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “¿Qué va a pasar con los clubes de campo preexistentes cuando empiece a regir el nuevo Código Civil y Comercial?” [on line], en abogados.com.ar [portal], Buenos Aires, 16/7/2015.

25. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Las emociones frente al nuevo Código Civil y Comercial en Facebook: Alicia y su Facebook” [on line], en [Favier Dubois & Spagnolo. Abogados y Consultores](http://FavierDubois&Spagnolo.AbogadosyConsultores) [portal], Buenos Aires, Estudio Favier Dubois & Spagnolo, 26/8/2015.

Personas jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación*

Pilar María Rodríguez Acquarone

RESUMEN

Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial en relación con la constitución, el funcionamiento, la disolución y la liquidación de las personas jurídicas en general y, en especial, sobre fundaciones, asociaciones, asociaciones civiles bajo forma de sociedad y el consorcio de copropietarios.

Sumario: Introducción. **1.** Estructura normativa del nuevo Código unificado. **2.** Parte general de personas jurídicas. Novedades. **2.1.** Apostillas en torno a la disolución y la relación con la Ley General de Sociedades 19550. **3.** Fundaciones. **4.** Asociaciones civiles. **5.** Los clubes de campo o conjuntos inmobiliarios a la luz de la normativa sobre asociaciones civiles incorporada al Código Civil y Comercial. **6.** En cuanto a la regulación del consorcio de copropietarios como persona jurídica.

Introducción

Las novedades introducidas por el Código Unificado son muchas y variadas. Intentaremos concentrarnos en las relativas a la persona jurídica y extendernos lo más posible hacia las implicancias en distintos órdenes.

1. Estructura normativa del nuevo Código unificado

El **Código Unificado** modifica la estructura normativa conocida por nosotros. En este sentido podemos puntualizar:

- a) Regula las personas jurídicas en general.

Introduce en el Título II “Persona jurídica” el Capítulo 1 “Parte general”. A partir del artículo 141, y hasta el artículo 167, establece normas que se aplicarán so-

* Publicado por la Academia Nacional del Notariado como material de apoyo a la disertación brindada por la autora en el LXIX Seminario teórico práctico “Laureano Arturo Moreira” (Buenos Aires, 4-5 junio 2015).

bre todas las personas jurídicas en cuanto no haya normas especiales para cada persona jurídica en particular.

Veremos las armonías y contradicciones a resolver por la doctrina y la jurisprudencia y las posibles soluciones desde el asesoramiento y el diseño de los estatutos.

- b) Deroga el régimen de las sociedades civiles reguladas por el *Código de Vélez*, que se rigen, a partir del día 1º de agosto de 2015, por las normas de la Sección IV de la *Ley 19550*, modificada por la *Ley 26994*.
- c) Introduce en el Título IV “Hechos y actos jurídicos” el Capítulo 8 “Representación” (arts. 358-381), incorporando asimismo la Sección 1ª “Disposiciones generales” con importantes novedades conceptuales sobre la materia.
- d) Incorpora la regulación en forma pormenorizada y extensa de las asociaciones civiles, que no tenían más que unos pocos artículos en el Código de Vélez.
- e) Incorpora la regulación existente sobre las fundaciones, de manera muy similar a la *Ley 19836*, que las regulaba desde 1972.
- f) Omite la regulación de las sociedades de profesionales.
- g) Omite la regulación de las sociedades de familia como un subtipo, o con una regulación especial, con la excepción del artículo 1010, que se refiere a la empresa familiar o establecimiento familiar.
- h) Regula la persona jurídica privada extranjera (art. 150).
- i) Regula los contratos asociativos como contratos sin personería jurídica (a partir del art. 1442).
- j) Prohíbe en general los contratos entre cónyuges bajo el régimen de comunidad, para luego modificar, en la Ley de Sociedades, el régimen anterior, permitiéndoles a los cónyuges la integración de cualquier tipo de sociedad.

Al no especificar si se refiere a los cónyuges bajo el régimen de comunidad o bajo el régimen de separación de bienes, interpretamos que la norma es permisiva en ambos regímenes.

2. Parte general de personas jurídicas. Novedades

A partir del artículo 141 del Código unificado, comienza el Título II “Persona jurídica”, Capítulo I “Parte general”, Sección 1ª “Personalidad. Composición”.

El artículo 141 define las personas jurídicas como “los entes a los cuales el ordenamiento les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”. Pone en claro que es el ordenamiento jurídico el que le ha otorgado –o le otorga– aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones¹, en consonancia con el artículo 144 que incorpora la

1. Ver JUNYENT BAS, FRANCISCO, “Apostillas sobre la persona jurídica en el Código Civil y Comercial”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, febrero 2015: “En este sentido, los autores del Código Ci-

inoponibilidad de la personalidad jurídica en caso de realizar actos con fines ajenos a la persona jurídica, es decir, fines extraños a los que motivaron su creación y al cumplimiento de su objeto.

Mediante la redacción de esta norma, ratifica el principio de especialidad de la persona jurídica. Denota la influencia doctrinaria que estima el efecto de separación patrimonial, que es derivada de la personalidad diferenciada, como un privilegio de excepción al patrimonio único de las personas como atributo de la personalidad, para poder de esta manera emprender y crear fuentes de trabajo, riqueza y bien común para toda la comunidad². En este sentido, explicita que es el ordenamiento jurídico el que otorga y puede quitar dicho privilegio de excepción, en razón de las circunstancias, en especial consideración al fraude a terceros³.

vil y Comercial expresan que la personalidad jurídica es conferida por el legislador como un recurso técnico según variables circunstancias de conveniencia o necesidad que inspiran la política legislativa y por consiguiente, otras normas legales que pueden crear figuras que amplíen el catálogo de las existentes [...] En consecuencia, sostienen que el aspecto nuclear de la regulación se dirige a establecer el perfil de las personas jurídicas privadas reconociendo la fuerza jurídica de la voluntad para constituir las dentro del marco de las formas admitidas, de manera tal, que la personalidad jurídica nace con el acuerdo de voluntades [...] A esta altura es bueno recordar que Kelsen Hans, en *Teoría pura del derecho*, 1941, págs. 47 a 49, señaló la naturaleza auxiliar del concepto de 'persona jurídica', ya que, en el mundo de la realidad no existen otros sujetos de derecho que no sean hombres, por lo que, cuando se dice que la sociedad como persona jurídica tiene deberes y derechos es porque el orden jurídico los impone o confiere a estos. También el autor cita a Ascarelli (*Asociaciones y sociedades comerciales*, Ediar), quien ha enseñado que "la personalidad jurídica no presupone una determinada realidad subjetiva, sino que constituye una hipótesis técnica de una normativa que siempre corresponde a relaciones entre hombres y actos de estos, por lo que no encuentra correspondencia en un dato prenормativo".

2. Ver OTAEGUI, Julio C., "Persona societaria: esquema de sus atributos", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, n° 39, p. 285: "La personalidad jurídica que se reconoce a estas entidades se equipara con su capacidad jurídica, y como la personalidad jurídica se reconoció con un objeto conveniente al pueblo o de bien común (CC art. 33, texto Ley 340), las personas jurídicas pueden adquirir los derechos que el Código establece y ejercer los actos que no le sean prohibidos para los fines de su constitución (CC, art. 35), y respecto de los terceros gozan en general de los mismos derechos que los simples particulares para adquirir bienes, contraer obligaciones e intentar acciones civiles o criminales "en la medida de su capacidad de derecho (CC art. 41)".

3. Ver MONTELEONE LANFRANCO, Alejandro P., "Las asociaciones civiles en el Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/4/2015: "La norma altera la definición del artículo 32 del Código Civil de la siguiente forma: a) aclara que la capacidad de la persona jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones le es otorgada por el ordenamiento jurídico, lo cual posee implicancias prácticas en la aplicación de la doctrina del abuso de la personalidad jurídica, regulado en el art. 144; b) estatuye que dicha capacidad le es otorgada con miras al cumplimiento de su objeto y a los fines de su creación. Aquí también se alinea la norma con la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica premencionada, pero además con el vigente art. 2° de la Ley 19.550 de sociedades comerciales, que aclara que 'la sociedad es sujeto de derecho con el alcance establecido en esta ley', y declara inoponibles a la sociedad los actos realizados por los administradores que sean notoriamente extraños al objeto social (art. 58, Ley 19.550)". Ver también SUÁREZ ANZORENA, Carlos, "Personalidad de las sociedades", en AA. VV., *Cuadernos de derecho societario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. I, p. 129: "A fines del siglo XVIII, Federico Von Savigny escribe su monumental *Sistema de derecho romano actual*. Alejado del racionalismo liberal, su concepción historicista le hace considerar a las personas jurídicas de derecho privado como resultantes de un artificio legal que la ley elabora por razones de conveniencia, acudiendo para ello a una ficción, las relaciones de la vida jurídica solo pueden ser ejercitadas por los hombres, únicos dotados de voluntad. Solo en razón de una ficción legal puede explicarse la condición de persona de tales entes, que deben su nacimiento en cada caso específico a un acto del Estado y que tienen capacidad limitada a la vida jurídica patrimonial, ejercitándola necesariamente por medio de representantes. El pensamiento de Savigny y sus continuadores influye decisivamente en el Código Civil francés, modelo de los de la

Se diferencia, en esta cuestión, del artículo 35 del Código de Vélez, que textualmente dice:

Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituidos.

La definición de Vélez es mucho más amplia que la actual, que dice textualmente “los fines de su creación”. Se puede interpretar que los actos a los que está autorizada son los que se proyectan o relacionan con el objeto de la persona jurídica, como elemento esencial del contrato, inserto en el articulado del estatuto constitutivo. Se abre entonces la posibilidad de interpretar que el objeto limita la capacidad del ente, en consonancia con la doctrina del *ultra vires* abandonada por la doctrina argentina⁴ y por el texto del artículo 58 de la [Ley de Sociedades](#) vigente.

Es de toda evidencia que al decir el artículo 35 que “pueden para los fines de su institución, adquirir los derechos que este código establece”, abarca los actos que la entidad misma califica como útil para su institución, con lo que puede ser interpretado de manera mucho más extensa que el texto actual del [Código unificado](#).

El artículo 142 regula el comienzo de la existencia de la persona jurídica privada. Establece el comienzo de la persona jurídica privada desde su constitución, excepto que requiera autorización estatal para funcionar como tal.

Este artículo hay que armonizarlo con los artículos 169 y 191 del Código unificado, que disponen: (art. 169) que en el caso de las asociaciones entre la constitución y la autorización se rigen por las normas de las simples asociaciones y (el

época. Décadas más tarde, inspira también nuestro Código Civil. En 1967, la reforma del Código Civil no pretende sino recoger, en el nuevo texto que da al art. 33, una opinión afirmatoria de la personalidad societaria que es unánime e indiscutida en el medio. Y cuando se proyecta la ley en 1967, domina la concepción de la persona societaria como una realidad jurídica instrumental. En la exposición de motivos se resumen las explicaciones de Halperin sobre el tema: “Se declara expresamente la calidad de sujeto de derecho que la sociedad reviste, si bien se precisa que ella guarda el alcance fijado en la ley. En este particular se adopta la más evolucionada posición en punto a personalidad jurídica, y de este modo, como lo señalara en otra oportunidad uno de los corredactores, la sociedad resulta así no solo una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica, esto es, ni una ficción de la ley –reñida con la titularidad de un patrimonio y demás atributos propios de la personalidad como el domicilio, el nombre, la capacidad–, ni una realidad física, en pugna con una ciencia de valores. Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone. Con esta norma la ley posibilita, en fin, una amplia elaboración de las consecuencias de la personalidad jurídica, y también de soluciones para aquellos casos en que este recurso técnico sea empleado para fines que excedan las razones de su regulación”. El autor menciona en la cita a HALPERIN, Isaac, *Sociedades comerciales*, Buenos Aires, Depalma, 1964, p. 89.

4. Ver BARREIRO, Rafael, *Tratado de los conflictos societarios*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013, p. 2387: “La formulación de esta doctrina puede caracterizarse señalando que la actividad indicada en el acto constitutivo representa un límite, no solo al poder de los administradores, sino también a la misma capacidad de la sociedad, determinando como consecuencia que los actos extraños al objeto social son insanablemente nulos, aún cuando el cumplimiento de los mismos haya sido decidido por el acuerdo unánime de los socios” (cita a COLOMBRES, Gervasio, *Curso de derecho societario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, p. 105).

art. 191) que en el caso de la simple asociación, los miembros que la administran responden en forma solidaria por las obligaciones asumidas por el ente, durante su administración.

La personalidad jurídica entonces se adquiere desde el acuerdo de voluntades con prescindencia de la inscripción o autorización, en los casos en que así se determine legalmente.

El artículo 143 establece no solo el principio de personalidad diferenciada de la persona jurídica y consecuente separación patrimonial, sino que establece en párrafo aparte que 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.

A continuación, el artículo 144 introduce una de las mayores novedades en el tema que nos convoca ya que incorpora el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, *disregard of legal entity*, desestimación de la personalidad jurídica o corrimiento del velo societario, a la parte general de personas jurídicas, incorporando así un instituto regulado en la Ley de Sociedades (art. 54 ter) que fuera incorporado por la Ley 22903 a la Ley de Sociedades, en consonancia con la redacción del artículo 2 de la Ley General de Sociedades, que en el proyecto era también modificado.

El artículo 2 de la Ley 19550 dice: “La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en **esta ley**”, cuando en el **proyecto** de Código Civil y Comercial unificado decía: “con el alcance establecido en **la ley**”, y que fuera **modificado** por el Poder Ejecutivo. El Código aplica, entonces, la normativa propia de las sociedades a toda persona jurídica, ampliando el ámbito de aplicación de la norma del artículo 54, con algunas diferencias que permiten interpretarlo de manera menos restrictiva a lo que ha efectuado la jurisprudencia y una parte de la doctrina nacional sobre el alcance del 54 de la Ley General de Sociedades.

El artículo 144 dice:

Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.

A esta altura debemos puntualizar que el Código unificado trae normas de prevención del daño, (arts. 1708 y cc.), que son aplicadas no solo a los administradores de las personas jurídicas en particular, sino en el supuesto del artículo 144 a todo aquél que pudieron por medio del control de hecho o de derecho, directo o indirecto, evitar dañar a terceros.

Es un cambio de paradigmas enorme, dirigido a comprometer la responsabilidad por la prevención de los posibles daños.

La responsabilidad entonces se amplía en torno al cuidado y la prevención. A partir del 1º de agosto, la causalidad no solo será calificada cuando haya una relación directa entre el obrar y el daño sino también entre la posible evitación del daño, como una responsabilidad por incumplimiento al deber de prevenir el daño, en las personas, los bienes, las cosas y la comunidad en sentido amplio.

A su vez, la norma del artículo 144 hay que integrarla al plexo normativo, a la luz de las normas del Título Preliminar del Código unificado y –en especial en esta materia– a los artículos 9: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.”; 10: “Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”; y 12: “Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

A partir del artículo 145, comienza la Sección 2ª “Clasificación”. El artículo 145 establece la clasificación de personas jurídicas en públicas y privadas. Respecto a las *personas jurídicas públicas*, el artículo 146 las enumera en el inc. a), dejando abierta la posibilidad de que haya organizaciones a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter. De igual manera, en el inciso b) enumera a los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el *derecho internacional* les reconozca personalidad jurídica, así como toda otra persona jurídica constituida en el extranjero, cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable, y deja abierta la posibilidad de reconocer otras personas jurídicas públicas que las ya reconocidas en la actualidad.

El artículo 147 establece la ley aplicable a las personas jurídicas públicas, según la ley y el ordenamiento de su constitución.

Luego, el artículo 148 enumera las *personas jurídicas privadas* de manera no taxativa, sino meramente enunciativa.

Respecto a la enunciación del mencionado artículo, debo reparar en algunas cuestiones. En relación a la enumeración en sí, incorpora a las ya conocidas sociedades, asociaciones civiles, fundaciones, a las iglesias y otras entidades religiosas, sin distinción de credos. También incorpora las simples asociaciones; reconoce, entonces, la personalidad jurídica trayendo claridad en relación al anterior artículo 46 del Código de Vélez, que especificaba que no tenían personalidad jurídica pero que sí eran sujetos de derecho en cuanto pudiera probarse su constitución y la designación

de autoridades por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público.

En el [proyecto](#) de Código unificado, se propuso la incorporación de las comunidades originarias indígenas como personas jurídicas de derecho privado, y concordantemente, la propiedad comunitaria indígena de los pueblos originarios como derecho de propiedad sobre determinadas tierras, creando de esta manera un nuevo derecho real⁵. Esto no llegó a sancionarse en el Código unificado. Me remito al dictamen presentado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal sobre el tema, que con mucha claridad advirtió los peligros de la regulación propuesta en un Código de derecho privado, cuando las comunidades indígenas deben regirse por normas de derecho público, en especial las referidas a la tutela de los derechos humanos. Asimismo, la regulación podría soslayar derechos consagrados por la Constitución Nacional, que menoscabarían los derechos de propiedad pública y no privada sobre los territorios declarados como pertenecientes a la comunidad. Este tema tiene una gran relevancia, ya que de la manera en que el proyecto regulaba la propiedad de las comunidades de pueblos originarios, se consideraba que los inmuebles que le pertenecerían lo serían como cosas que están en el comercio, como bienes de dominio privado, bajo titularidad de una organización persona jurídica privada. En este sentido, la crítica hallaba su fundamento en que no podía estar sujeta a las facultades dispositivas de la persona jurídica privada, y la crítica se hizo en relación a que debería ser también considerada no como dominio de las comunidades (persona jurídica privada) sino estar fuera del comercio, considerándose dominio público.

Por último, tratarlos como personas jurídicas privadas implicaría imponerles cargas de registración, que podrían resultar inadecuadas y, en consecuencia, desprotegerlas en la práctica.

El artículo 148 del Código unificado también incorpora mutuales, cooperativas, consorcio de propiedad horizontal, que nos llevará un apartado especial en el presente trabajo.

El inciso i) menciona toda otra contemplada en disposiciones de este Código (o en otras leyes) y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento. Deja abierto el reconocimiento de otras personas jurídicas de carácter privado. En este sentido, sería oportuno mencionar que algunos autores han expresado con beneplácito este inciso sosteniendo que, mediante el mismo, se fortalece el principio de la autonomía de la voluntad por sobre el reconocimiento legislativo oportuno⁶.

En relación a la prelación normativa, el artículo 150 nos trae una novedad muy importante en relación a la aplicación de las fuentes del derecho, aplicado a las personas jurídicas en particular.

5. Ver al respecto el [dictamen](#) del CPACF sobre los derechos indígenas en el proyecto de Código unificado presentado ante la Comisión Bicameral.

6. JUNYENT BAS, Francisco, ob. cit (cfr. nota 1).

Establece

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, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;
- c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.

Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero, se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.⁷

El Código sigue igual criterio en otros institutos donde también establece la jerarquía de prelación normativa, por ejemplo en contratos y responsabilidad civil, entre otros⁸.

Esta metodología disminuye la discusión sobre la ley aplicable y encuadra a la relación privada en un esquema de categorías normativas⁹.

Con la unificación civil y comercial, las personas jurídicas tendrán un régimen único, regido por el Código unificado, solucionando el régimen especial que contenía el Código Civil para los entes de objeto civil y la Ley 19550, que regulaba no solo las sociedades comerciales sino los contratos asociativos, las sociedades de hecho e irregulares, y aun las asociaciones bajo forma de sociedad comercial, al amparo del artículo 3 de la Ley 19550.

El objeto civil o comercial no definirá más si estamos frente a entes irregulares *civiles* o *comerciales* y ya no se hablará más tampoco sobre la comercialidad de algunos entes, por su forma.

Si bien la Ley 19550 sigue vigente con algunas reformas muy importantes, en relación a la prelación normativa se ha terminado la discusión que ha llevado a alguna doctrina comercialista a afirmar que no existen en el derecho societario normas de

7. La Comisión (en los [fundamentos](#)) expresa que la norma tiene por finalidad establecer “un orden de prelación en la aplicación a las personas jurídicas privadas de principios y normativas, lo que viene requerido en virtud de la existencia de diversos ordenamientos especiales y la fuerza jurídica de la voluntad de sus miembros en la creación y funcionamiento de las personas jurídicas”.

8. Art. 963: “Prelación normativa: Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código. Art. 964: “integración del contrato. El contenido del contrato se integra con : a) las normas indisponibles que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.”; y art. 1709: “Prelación normativa: En los casos en que concurren las disposiciones de este código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código”.

9. IÑIGUEZ, Marcelo D., “Reglas generales de las personas jurídicas y contratos asociativos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 2012-3, p. 237.

orden público, y a la distinción entre normas imperativas y normas de orden público, que solo tenía como finalidad imponer la especialidad del derecho comercial societario por sobre las normas rectoras de la vida en comunidad¹⁰ (civil y comercial), como ser abuso del derecho (art. 1071 C. Vélez, hoy art. 10 y 11 CCCN), principio de buena fe (art. 1198 C. Vélez, hoy art. 9), el requisito de licitud del objeto de los actos jurídicos (art. 953 C. Vélez, hoy artículo 12 CCCN), además del instituto de simulación y fraude a los acreedores (hoy arts. 333 y ss., 338 y ss.) y el fraude a la ley como instituto con regulación en el artículo 12 CCCN.

Podríamos decir que el contenido del antiguo artículo 953 del Código de Vélez –con algunos cambios de lenguaje y concepto– se replica en el nuevo artículo 279 CCCN. El nuevo artículo 12 CCCN incorpora el fraude a la ley, en el articulado al Código.

El doble sistema normativo del Código para las personas jurídicas y de la Ley 19550 –Ley General de Sociedades– no debería ser un sistema de yuxtaposición normativa, sino que la parte general de personas jurídicas (en cuanto trae normas imperativas) deberá prevalecer sobre las normas especiales de la Ley General de Sociedades. Tales serán los casos a comentar especialmente en relación con: 1) la autoconvocatoria; 2) los sistemas de resolución de conflictos en el ámbito del órgano de administración; 3) en el ámbito de las reuniones celebradas a distancia con medios técnicos suficientes que garanticen la autenticidad de los actos celebrados mediante dichos medios técnicos.

En cuanto a las entidades civiles constituidas en el extranjero, vamos a ver que la unificación trae normas mucho más estrictas en relación a las personas jurídicas, dado que impone la regulación que al efecto impone la Ley 19550. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, habrá que armonizar dichas normas con las resoluciones particulares de la Inspección General de Justicia.

El doctor Iñiguez¹¹ nos ilustra al respecto:

En entidades civiles constituidas en el extranjero (actualmente) se brinda una hospitalidad muy amplia para su reconocimiento y actuación, porque la idea que subyace es que su finalidad, más que lucrativa, es asociativa, cultural, deportiva o similar; por lo tanto, imponerle mayores regulaciones es innecesario y con la personalidad jurídica atribui-

10. Se ha vertido mucha tinta en relación a este tema, pero para citar algunos fallos importantes y por todos conocidos, donde han prevalecido las normas de derecho común por sobre las normas especiales de la materia en aras de la protección de bienes jurídicos tutelados en casos concretos: “Astesiano c/ Gianina SCA”, “Morrogh Bernard, Juan F. c/ Grave de Peralta de Morrogh Bernard, Eugenia y otros”, CCivCom Concepción del Uruguay, 9/2/1979 (*La Ley*, t. 1979-D, 237, con nota de María Josefa Mendez Costa); “Swift-Deltec”, “Parke Davis”, “Abrecht, Pablo A. y otra c/ Cacique Camping SA s/ sumario”; “Bona Gaspare C/ Cia. Industrial Lanera SA”. En estos dos últimos fallos se discutía si el plazo especial de la Ley de Sociedades, entre otras cuestiones muy relevantes, podía ser opuesto como norma especial de caducidad, frente a los abusos de los socios mayoritarios, lo que fue denegado, justamente porque se sostuvo que el orden público general prevalece.

11. IÑIGUEZ, Marcelo D., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 245.

da en el lugar de constitución resulta suficiente para reflejar técnicamente su colectividad... En suma: se brinda una solución normativa única para el reconocimiento y actuación de personas jurídicas privadas constituidas en el extranjero.

A partir del artículo 151 comienza la Sección 3ª. Persona Jurídica Privada. Parágrafo 1º. Atributos y efectos de la Personalidad Jurídica.

Con el artículo 151 del Código Unificado, tendremos un control de homonimia amplio consagrado en el mismo. Con esta norma, los registros públicos locales de personas jurídicas deberán *aggiornar* sus sistemas técnicos para que en la práctica funcione adecuada y eficazmente el control amplio. Incluye no solo la obligatoriedad de que el nombre cumpla requisitos de veracidad, novedad y aptitud distintiva respecto de otros nombres, sino también respecto a marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios se relacionen o no con el objeto social.

En cuanto a la inclusión del nombre de personas físicas en el nombre de la persona jurídica requiere la conformidad de las primeras, que se presume si son miembros. En el caso de fallecimiento, sus herederos podrán oponerse si acreditan perjuicios morales o materiales.

Los artículos 152 y 153 han incorporado lo equivalente en cuanto al domicilio y sede social que nuestras normas de la Ley General de Sociedades hubieran incorporado por la Ley 22903, luego de celebrado el plenario “Quilpe”¹², donde se resolvió que el domicilio es un elemento del estatuto necesario que fija la jurisdicción de la persona jurídica y el lugar exacto donde tiene su administración o actividad la persona jurídica. Con el detalle de calle y número exacto, puede constar en el acta constitutiva separadamente del estatuto y ser modificado por resolución del órgano de administración de la sociedad sin necesidad de reformar el estatuto.

La inscripción de la sede social es vinculante y oponible a los terceros, y los terceros tendrán por cumplidas las notificaciones allí emplazadas, aún cuando no sea real. Este artículo es claramente una norma especial que regula a las personas jurídicas, en franca oposición con el artículo 77 CCCN, que regula el cambio instantáneo de domicilio de las personas humanas.

El artículo 154 establece que toda persona jurídica debe tener un patrimonio. Esto se vincula con la causal disolutoria del artículo 163 i), que dispone que las personas jurídicas privadas se disuelven si se agotan los bienes destinados a sostenerla.

Incorpora la posibilidad de que la persona jurídica privada en formación inscriba “preventivamente” a su nombre los bienes registrables.

Lamentamos que luego de tanta tinta vertida en relación a esta cuestión, no se haya reparado el error de haber utilizado la palabra “preventivamente” tomado del artículo 38 de la Ley de Sociedades.

Insistimos que la inscripción a que se refiere el artículo 154 CCCN y artículo 38 LS se trata de una registración definitiva de transferencia de dominio a nombre de

12. CNCom., en pleno, 3/3/1977, “Quilpe SA”.

la sociedad en formación, ya que no es una inscripción provisional (término de 180 días prorrogable), definida por el ordenamiento registral.¹³

En cuanto a la duración de la persona jurídica, el artículo 155 es novedoso porque establece la posibilidad de tener personas jurídicas de duración ilimitada, excepto que la ley especial requiera plazo (como es el caso de las sociedades (art. 11), y las fundaciones (art. 195 inciso e). En el caso de las asociaciones, lo permite expresamente el artículo 170 inciso e) CCCN.

En cuanto al objeto de las personas jurídicas, establece el requisito de que el mismo sea preciso y determinado.

No requiere, entonces, que el Código Unificado sea único, aunque la precisión y determinación será materia de control de legalidad de los registros locales, entendiendo que no debe enumerar objetos inconexos entre sí y de variados rubros, sino que debe establecerse con precisión cuáles serán las actividades que la persona jurídica se propone desarrollar concretamente y efectivamente en la realidad. Para las sociedades, deberá tenerse en cuenta la relación capital-objeto, que en el ámbito de la IGJ (organismo de contralor y registración de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) rige la resolución que fue originada en el expediente “Gaitán Barugel y asociados SRL”¹⁴, que nos impone la adecuada relación entre el objeto y el capital social, examinando el inspector dicho aspecto entre los elementos del contrato de sociedad, capital y objeto.

En cuanto a las personas jurídicas con objeto que no sea contrario al interés general o bien común, o a las entidades cuya finalidad es el bien común, en estos casos, no tiene ningún sentido tener un objeto único. Es necesaria la precisión del objeto, pero por la finalidad y el espíritu de estas instituciones, no tiene sentido que el objeto sea único. En este espíritu creo que la flexibilización de criterios a la hora de la redacción del articulado de los estatutos sociales, tiene su fundamento en el fin de la institución ya sea: no contrario al bien común o interés general o con la finalidad del bien común.

En relación al funcionamiento de la persona jurídica privada, el artículo 157 enuncia la posibilidad de modificación del Estatuto, ya sea según el procedimiento establecido en el mismo estatuto o por aplicación de la ley.

Aclara que, así como la constitución hace nacer la persona jurídica desde el acuerdo de voluntades, también respecto de las modificaciones tendrán efecto desde

13. BENSEÑOR, Norberto R., “Aporte de bienes a sociedades”, en Herrera, María M. L. (coord.), *Derecho societario. Doctrina*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, Di Lalla, 2014.

14. Resolución IGJ 1416/2003 (4/11/2003), en el expediente “Gaitán, Barugel & Asociados SRL”. Luego originó la actual redacción del art. 66 de la [Resolución 7/2005](#): “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 descriptas 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 las actividades descriptas debe guardar razonable relación con el capital social”. [N. del E.: el lector podrá confrontar aquí la [Resolución IGJ 7/2015](#), que reemplaza la de 2005].

la resolución y la inscripción tendrá el efecto de oponibilidad a terceros, excepto que el tercero lo conozca en cuyo caso será oponible desde el conocimiento de la modificación.

Esta redacción viene a traer luz respecto a lo que dice la letra del artículo 60 de la Ley de Sociedades. Si bien la jurisprudencia en forma unánime¹⁵ y en casi todas las jurisdicciones ha sostenido reiteradamente la inscripción como declarativa y no constitutiva de los actos de la persona jurídica que se pretenden inscribir, la letra del art. 60 LS, en relación con el art. 12 LS, podría interpretarse de manera contraria. Por este motivo es que resulta sumamente beneficiosa la aclaración¹⁶.

El artículo 158 trae novedades importantísimas y con distintas interpretaciones en la doctrina.

En la primera parte del artículo impone al estatuto contener normas sobre el gobierno, administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica. Luego agrega “en ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas:”. Es decir, tiene un contenido imperativo.

Si la sociedad contiene normas en este sentido, serán las normas del estatuto las que regirán, pero tienen que regular estos derechos consagrados por la norma.

Siguiendo la prelación normativa del artículo 150 del nuevo Código, tendrán supremacía sobre las normas que contengan soluciones que no importen el mecanismo adecuado para estas situaciones reguladas con novedad e imperatividad.

Deberá aplicarse, por la letra del artículo 150 CCCN, a todas las personas jurídicas, incluso a las sociedades regidas por la Ley 19550.

15. Al sancionarse la Ley 19550, hubo distintas interpretaciones respecto al carácter declarativo o constitutivo del art. 60 por su especial remisión al art. 12, pero fueron inmediatamente disipadas por la tendencia jurisprudencial que en forma pacífica dictaminó su carácter declarativo. En este sentido: CNCom., Sala A, 15/2/1977, “Caeba SA c/ Castro D. E.”; CNCom., Sala A, 20/5/1977, “Autobuses Sudamericanos SRL c/ Rodegrios SA”; CNCom., Sala B, “Financiera Baires c/ Kuperman J.”; CNCom., Sala B, 15/11/1977, “Talleres Metalurgicos Haedo SA c/ Voltage SA”; CNCom., Sala D, 31/3/1977, “Contrera c/ Vicente Lopez SA”; CNCom., Sala C, “Banco Internacional SA c/ Papa, Pascual”, 15/8/1977 www.csjn.gov.ar. Si bien de los testimonios acompañados no surge que la designación de presidente de la sociedad anónima acta haya sido inscripta en el Registro Público de Comercio (Ley 19.550, art. 60) ello no hace que los actos realizados por el mismo, en el caso, otorgamiento de poder judicial, acto para el cual está expresamente autorizado por el directorio carezcan de validez, habida cuenta que la mencionada registración, si bien obligatoria, tiene carácter declarativo: todo ello sin perjuicio de los derechos que los terceros pueden invocar, de conformidad a los arts. 12 y 60; CNCom., Sala A, “Trabajadores Transportistas Asociados SA c/ Quinteros J.” 3/8/1977; CNCom., Sala D, “Capital Cía. de Seguros c/ Sur Cía. Argentina de Viviendas Familiares SA”. El Directorio es tal y el presidente el representante legal de la sociedad con independencia de la registración, sin perjuicio de las consecuencias que su falta puede producir respecto de terceros. CNCom., Sala B, “Financiera Baires SA c/ Kuperman Juan C.” La inscripción de nombramiento de nuevos administradores societarios no tiene fuerza constitutiva ni purificadora, aunque se reconozca que de la inscripción nace presunción. CNcom., Sala D, “Publicidad Promotor SA s/ Incidente de calificación de conducta”, 27/4/1984. CNCom., Sala A, “Incocer SA c/ G. E. Goedhart y Cia.”, 20/4/1987. La inscripción prevista por el art. 60 es meramente declarativa, al igual que la designación o cesación de los administradores, desde la decisión asamblearia y no desde el acto de inscripción, ya que ello solo cumple una función de forma de publicidad.

16. El art. 60 remite al art. 12, que dice textualmente: “Modificaciones no inscriptas. Ineficacia para la sociedad y los terceros: Las modificaciones no inscriptas regularmente obligan a los socios otorgantes. Son inoponibles a los terceros, no obstante, estos pueden alegarlas contra la sociedad y los socios, salvo en las sociedades por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada”.

Por un lado, en el inciso a) se prevé la utilización de medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente por medios técnicos, que sustituyan la ausencia física. Debe dejarse constancia en el acta respectiva, suscripta por el presidente y otro administrador, de la utilización de la modalidad a distancia y asimismo debe guardarse registro del acta.

Por el otro, en el inciso b) se prevé la autoconvocatoria, tan esperada por la doctrina y jurisprudencia¹⁷, con la aclaración que la unanimidad es requerida para el quórum y para la inclusión de los puntos del orden del día. Luego, una vez aprobado el quórum y el orden del día, los puntos del mismo serán resueltos por la mayoría del tipo social.¹⁸

En cuanto al artículo 159, en apariencia replica el actual 59 y 272 LS, pero en realidad es mucho más amplio ya que introduce en el segundo párrafo la obligación de abstenerse de cualquier acto en que tuviere interés personal en el contrato celebrado o a celebrar y a los actos en competencia. Según la Ley de Sociedades 19550, artículos 271 y 273, la Asamblea puede aprobar los contratos en los que el director tenga un interés personal y los celebrados en competencia con la sociedad.

17. Ver lo resuelto en los casos recientes de: a) “Grupo Montañeses”, CNCom., Sala D, 5/6/2012 (*eldial.com*), donde se argumentó lo siguiente: “Aun en la hipótesis de que la reunión de directorio del 4/11/2010, que fue la que resolvió convocar a la asamblea general ordinaria del 8.11.10, pudiere exhibir algún motivo para el reproche, juzgase que ello, en el especial caso de autos, no es causal suficiente para invalidar y desconocer la decisión fluyente de esa reunión social. En efecto: es sabido que una de las condiciones de validez de una asamblea es que su convocatoria sea regular (Roitman, H., *Ley de sociedades comerciales comentada y anotada*, Buenos Aires, 2006, T. IV, art. 236, n° 3.a, p. 51), ya que la invalidez de aquella opera, en principio, como causa de invalidez de todo el acto asambleario (Sasot Betes M., Sasot M., *Las asambleas*, Buenos Aires, 1978, cap. IV, nro. I, A, a, p. 592; Richard, E. H. y Muiño, O. M., *Derecho societario*, Buenos Aires, 2000, n° 294.b, p. 475). Pero esa irregularidad en la convocatoria no constituye una nulidad de orden público, y puede ser subsanada por los votos de una asamblea regularmente integrada y deliberando en las condiciones previstas por la ley o los estatutos (conf. Sasot Betes, M. - Sasot, M., *Sociedades Anónimas. Las asambleas*, Buenos Aires, 1978, p. 61, texto y nota n° 27; sobre el tema también véase: Salanitro, N., *L’invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, ps. 208/209, n° 8, Giuffrè, Milano, 1965). Es por ese motivo que hallándose acreditado que la asamblea de Grupo Montañeses del 8/11/2010 se celebró con las accionistas que representan el 100% de los votos (para confirmar el dato véase lo expuesto en el acta de directorio del 4/11/2010 en orden a la compraventa de acciones que se produjo el 2/11/2010 en favor de Mishquila Nuria Kaygel, a su debida registración en los libros sociales –LSC 215–, y al detalle sobre la nueva composición de los titulares del paquete accionario; todo lo cual luce refrendado por la certificación contable obrante en fs. 8 y el informe que ese mismo profesional presentó en fs. 9/10 de las actuaciones que corren por cuerda), que las decisiones en ella tomadas lo fueron por unanimidad (LSC 237, último párrafo), estima la Sala –en concordancia con lo manifestado por la apelación; fs. 59 vta.–, que ese especial marco de actuación, examinado bajo el prisma conceptual expuesto en el párrafo precedente, tuvo el efecto de purgar cualquier vicio de convocatoria (esta Sala, 1.7.11, ‘Inspección General de Justicia c/ Lagos del Sur S.A.’). Y b) CNCom., Sala D, 1/7/2011, ‘Inspección General de Justicia c/ Lagos del Sur Argentino Sociedad Anónima s/ organismos externos’ (*El Derecho*, t. 245, p. 13), donde se dijo: “En todo caso si el tema que fue materia de resolución violara de alguna manera la función orgánica de aquél, le cabría impugnar por vía judicial la resolución, sin que implique la nulidad de la asamblea, ya que ésta, siendo unánime, no dejaría de ser válida y no habría por qué suponer que la asistencia de ese funcionario fuese requisito esencial para la constitución (Verón, Alberto V., *Sociedades comerciales*, Buenos Aires, Astrea, 1986, t. 3, p. 757, parág. 14; López Tilli, Alejandro M., *Las asambleas de accionistas*, Buenos Aires, 2001, ps. 302/304, apartado b)”.

18. ALONSO, Ana, “Autoconvocate”, en Nissen, Ricardo A. (coord.), *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012.

En cambio, el nuevo artículo 159 CCCN no admite tal aprobación ni ratificación por la Asamblea, debiendo sencillamente abstenerse.

Un problema que tendremos en los tribunales es que se menciona el deber de abstención pero no se regula cuál es la sanción de la falta de abstención ni la posibilidad de subsanar el vicio del que adolece.

El artículo 159 luego agrega que el administrador o los administradores deberán implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica, con lo cual agrega la obligación de prever la posible producción de un daño como un deber actual y del que responderá¹⁹ si no es cumplido conforme los artículos 1708, 1710 y 1757 CCCN.

Es menester anotar la obligación de prever los daños como una obligación actual que tiñe todo el Código unificado.

El artículo 160 reitera la responsabilidad de los administradores por los daños causados, ya sea por acción u omisión, no solo en relación a la persona jurídica sino también respecto a los miembros, socios y terceros.

El artículo 161 trae una solución muy novedosa y esperada por la realidad de algunas empresas o personas jurídicas. Ciertamente, en algunos casos suceden enfrentamientos y conflictos que llevan a paralizar el órgano de administración del ente, impidiendo la convocatoria al órgano de gobierno y, por ende, aniquilando el funcionamiento de los órganos societarios por largos períodos de tiempo que implican pérdidas importantes.

Las opciones actuales, anteriores a la vigencia del nuevo Código son: la autoconvocatoria, denegada como recurso por el organismo de contralor: Inspección General de Justicia (en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), o la convocatoria judicial o administrativa.

El nuevo artículo 161 establece un mecanismo que debe imperativamente operar²⁰ en el caso de bloqueo del órgano de administración:

- a) El administrador puede realizar actos conservatorios.
- b) Los actos deben ser puestos en conocimiento de la asamblea que convoque al efecto dentro de los 10 días.
- c) La asamblea así convocada puede conferir facultades extraordinarias a los miembros del órgano de administrador que no son obstruccionistas, para realizar actos urgentes o necesarios y por supuesto que podrá remover al administrador que obstaculiza el funcionamiento del órgano.

En cuanto al artículo 162, trae una solución ya receptada por el organismo de contralor en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, referida a que todas las personas

19. Ya no habrá más división entre responsabilidad contractual y extracontractual, categoría que desaparece en el Código unificado.

20. Ver ALONSO, Ana y CULTRARO, Gustavo, "Un tratamiento ineficaz para la obstrucción", en Nissen, Ricardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 18), p. 197.

jurídicas pueden transformarse, fusionarse o escindirse, cuestión debatida porque los fenómenos estaban regulados en la Ley 19.550, que trataba el régimen de las sociedades comerciales. Por supuesto, teniendo siempre en cuenta la finalidad de las personas jurídicas como las asociaciones y fundaciones y el destino de los bienes de las mismas que limitan algunas cuestiones muy importantes en relación a estos procesos.

En referencia a las causales disolutorias, debemos decir:

El artículo 163 menciona las causales disolutorias en 10 incisos.

Respecto a los mismos, debemos recalcar 3 particularidades importantísimas:

- en el inciso i) se menciona al agotamiento de los bienes destinados a sostenerla, abarcando su patrimonio y no una cifra estatutaria, que en las asociaciones y fundaciones es mínima, diferenciando esta situación que sí se da en las sociedades como pérdida de capital social (art. 94, Ley 19.550).

- en el inciso j) cualquier causa prevista en el estatuto o en otras disposiciones de este título o de la ley especial, librando a la autonomía de la voluntad la creación de nuevas causales disolutorias (art. 89, Ley 19.550).

- la reducción a uno del número de miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y ésta no es restablecida en el término de tres meses.

2.1. *Apostillas en torno a la disolución y la relación con la Ley General de Sociedades 19550*

2.1.1. *Para entrar en el tema de la causal disolutoria*

Causal disolutoria es el hecho o acto jurídico calificado por la ley como desencadenante de la liquidación de la sociedad, que provoca el ingreso en el proceso liquidatorio.

¿Qué es la disolución de la sociedad? ¿Se puede equiparar la disolución de la persona jurídica a la muerte de la persona humana? No, pero sí se puede equiparar a un accidente que provoque la agonía de la persona humana, ya que en la agonía –la persona humana– está destinada a su muerte, aunque puede revertirse.

La disolución es el inicio de la etapa liquidatoria, es el principio del fin, constituye el momento preciso a partir del cual la sociedad muta de objeto²¹, deja de realizar la actividad que realizaba, comprendida en el objeto social que el estatuto prevé, para comenzar a liquidar el activo y el pasivo en aras a saldar cuentas y repartir el remanente en especie o en efectivo entre los socios, si hubiere remanente y luego de lo cual se cancelará y la persona jurídica dejará de existir.

Entonces desde el inicio de la etapa liquidatoria (provocada por una causal disolutoria) hasta la cancelación, hay un proceso liquidatorio en el cual la sociedad man-

21. BENSEÑOR, Norberto R., “Régimen y actuación de sociedades disueltas”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 813, abril-junio 1988, pp. 399-438.

tiene su personalidad jurídica (principio de identidad de la persona jurídica) que luego sí se extingue con la cancelación.

Doctrinariamente, se insiste en recalcar que la disolución no implica, por sí, un estado social determinado ni una etapa con duración alguna, sino solo un instante que provoca la detención del proceso de cumplimiento del objeto social, haciendo ingresar a la sociedad en la etapa de la liquidación.

Las causales disolutorias están enumeradas en el artículo 94 de la Ley de Sociedades. No son taxativas (el art. 89 LS refuerza esta opinión de la doctrina ya que los socios pueden incluir causales que no están previstas en la Ley 19550). Las nulidades (arts. 16-18 y 29 Ley 19.550) también implican liquidación originada en la nulidad o anulabilidad, cuyo efecto es la disolución. No tiene efecto retroactivo, sino que causan la liquidación de la sociedad.

Las causales disolutorias pueden clasificarse en automáticas o las que requieren un pronunciamiento o reconocimiento por parte de la sociedad²².

2.1.2. El legislador modifica el artículo 94 y elimina el inciso 8 LS

La Ley 26994 modifica entonces el artículo 1 de la Ley 19550, requiriendo en lugar de dos o más personas para constituir una sociedad, una o más personas.

La ley requiere que la sociedad unipersonal al constituirse adopte el tipo sociedad anónima y que conste en el nombre sociedad anónima unipersonal o la sigla SAU (art. 164, LS). Asimismo, requiere que no sea constituida por otra sociedad anónima unipersonal. Las somete a la fiscalización estatal permanente del artículo 299 inciso 7). En consecuencia, requiere directorio plural de 3 directores y 3 síndicos como mínimo. El capital debe ser integrado en el acto constitutivo en un 100 % (art. 11, inc. 4 y 186, inc. 3, 187).

En aparente armonía y concordancia con el artículo 1 de la Ley 19550 reformada, desaparece el inciso 8 del artículo 94, la reducción a uno del número de socios, luego de transcurridos los tres meses que estipula la norma para recomponer la pluralidad de socios, que no sería causal de disolución.

Sin embargo, el artículo 94 bis que incorpora la Ley 26994 establece que la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución; y, asimismo, si no se decidiera otra solución similar en el término de tres meses, impone la transformación de pleno de derecho de las sociedades en comandita simple o por acciones y de capital e industria en sociedades anónimas unipersonales.

Es coherente con el [Anteproyecto](#), que no traía la sociedad anónima unipersonal “como un subtipo de la SA”, sino que incorporaba las sociedades unipersonales como sociedades de un solo socio, donde quedaban solamente fuera de esta posibili-

22. CNCom., Sala F, 6/2/2014, “[Trimarco, Jorge c/ Calabrese, Daniel H. s/ ordinario](#)”.

dad las sociedades que requieren por el tipo de dos clases de socios: las en comandita (simple y por acciones) y la sociedad de capital industria. En consecuencia, en el Anteproyecto elevado para su consideración al Poder Ejecutivo, podían ser sociedades unipersonales tanto la sociedad colectiva como la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima, como las conocemos hoy en día sin las especificaciones técnico-jurídicas exigidas para las SAU, cuyos requisitos fueron incorporados por el Poder Ejecutivo Nacional.

Las sociedades que no se transformen de pleno derecho o por decisión de los socios en adecuar los órganos sociales existentes a los requeridos por la Ley de Sociedades (tal como fue reformada), ¿quedarán como sociedades de la Sección IV? ¿O deberán disolverse y liquidarse? ¿O cambiará la responsabilidad de los socios conforme lo establece el artículo 99? ¿O conforme lo establece el artículo 24 reformado?

Opinamos que pasan a ser de la sección IV, ya que no hay ninguna sanción para la no adecuación. Si bien el 94 *bis* impone la transformación, no hay sanción establecida en la ley.

Entendemos la frase “de pleno derecho” como de cumplimiento imposible, siendo la transformación a la que está obligada por la ley una norma imperativa, que si es dejada de lado ya sea por negligencia o decisión consciente del único socio, deberá entenderse encuadrada en las normas que rigen las sociedades de la Sección IV.

2.1.3. *El nuevo artículo 100 de la Ley 19550, reformada por la Ley 26994*

El artículo 100 LS reformado, que decía “en caso de duda sobre la existencia de una causal disolutoria, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad”, mantiene el principio de conservación de la sociedad. Califica de este modo a la sociedad, como fuente de trabajo e intercambio de riqueza y consumo entre los habitantes de la República, no solo para la empresa en sí y sus beneficiarios directos, sino también para la comunidad toda. Consecuentemente, tutela la empresa como un bien en sí mismo, jurídicamente protegido.

Pero agrega en un párrafo anterior a lo que desde antiguo rezaba el artículo 100: Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando: 1) decisión del órgano de gobierno, 2) eliminación de la causa que le dio origen, 3) si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad; 4) la resolución deberá adoptarse antes de la cancelación registral, 5) sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas.

Se contradice o se encuentra en desarmonía con el 95, ya que se entiende aplicable a todas las causales de disolución, incluyendo a la causal que impone la disolución por el vencimiento del plazo sin haber decidido la prórroga.

El instituto de la reconducción, basado en antecedentes jurisprudenciales como “La Distribuidora Musical SRL”, en el que en base a jurisprudencia y doctrina extran-

teras se aplica el instituto de reactivación de la empresa, permitiéndole a la sociedad una vez vencido el plazo reactivarse o reconducirse habiendo entrado en el proceso liquidatorio, fue celebrado como un valioso instituto incorporado en la reforma de la Ley 19550 en el año 1983, mediante la Ley 22903.

La intención y consecuente decisión del órgano de gobierno de la sociedad de remover la causal de disolución por vencimiento del plazo debe decidirse y solicitarse antes de la inscripción del liquidador en el Registro Público de Comercio, con la mayoría establecida para la reforma del estatuto según el tipo de sociedad.

En el sistema del artículo 95 anterior a la reforma de la Ley 26994: 1) antes de la inscripción del liquidador, la decisión puede tomarse por la mayoría requerida para este tipo de sociedad; 2) luego de la inscripción, requiere la unanimidad sin distinción de tipos. En el sistema reformado por la Ley 26994 se mantiene para la remoción de la causal disolutoria del vencimiento del plazo. Pero para las otras causales disolutorias, antes de la cancelación, se puede remover la causal si antes no hubo cancelación registral de la sociedad y consecuente extinción de la persona jurídica societaria, con las mayorías requeridas para la reforma del estatuto, según el tipo social.

En relación con las personas jurídicas, este instituto está regulado por los artículos 165 y 166 del Código. El artículo 165 establece el funcionamiento de la prórroga, resuelta y solicitada por la entidad antes del vencimiento del plazo. El artículo 166 regula la reconducción, siempre que la entidad no haya concluido la liquidación.

Entiendo que el concepto *reconducción* está escrito en sentido amplio, como sinónimo de *reactivación*²³, y no específicamente determinado para el caso de vencimiento de plazo, es decir, aplicable a la remoción de cualquier causal disolutoria que pueda ser removida.

Nótese que en la redacción del artículo 166 menciona “siempre que *la causal de su disolución pueda quedar removida* por la decisión de los miembros o en virtud de la ley”.

Interpreto que la fórmula utilizada es amplia y si puede tener viabilidad la remoción de la causal disolutoria, podrá removerse y entonces reconducirse, sea cual sea la causal, siempre de acuerdo a la realidad y posibilidad, fáctica y legal.

2.1.4. *La pérdida del capital social como causal disolutoria en la Ley 19550.*

La infracapitalización societaria. Normativa en relación a las personas jurídicas

El capital social es un elemento esencial tipificante del contrato de sociedad, derivado de los aportes de los socios. Funciona como una cifra de retención intangible.

23. Según lo dictamina el juez Enrique Butty en “La Distribuidora Musical SRL”, anterior a la reforma de la Ley 22903. El juez Butty utiliza la palabra “reconducción” como sinónimo de reactivación societaria (JNCom., de Registro 4/6/1980).

Como tal, debe ser serio y tener adecuada relación con el objeto social para su cumplimiento²⁴.

La persona jurídica nace con el contrato plurilateral de organización mediante el cual se constituye la sociedad, y en ese momento el capital es igual al patrimonio social. Luego, el patrimonio fluctúa y el capital se mantiene estático.

El capital es la garantía indirecta de los acreedores sociales y la contrapartida de la limitación de la responsabilidad. Por eso es relevante en las sociedades de responsabilidad limitada y no en las de responsabilidad ilimitada.

¿Qué sucede cuando el capital social ya no está y los acreedores sociales tienen que cobrarse sus créditos? Si la sociedad es de personas, no tiene mayor relevancia debido a que los socios responden con todo su patrimonio. En cambio, cuando hay limitación de la responsabilidad al capital suscrito, es una situación completamente distinta.

La ley tiene herramientas para mantener intangible el capital como garantía para los acreedores sociales. Por ejemplo, en el artículo 206 impone la reducción obligatoria si se consumen todas las reservas y la mitad del capital social. Asimismo, el artículo 94 inciso 5 impone la disolución de la sociedad ante la pérdida del capital social, si no se utiliza el remedio de la recomposición del capital que trae el artículo 96 del mismo ordenamiento especial.

Luego hay otros remedios que trae la Ley 24522 ante la insolvencia de la sociedad. Pero no hay que confundir la insolvencia patrimonial con la infracapitalización. Puede haber insolvencia sin infracapitalización y viceversa.

¿Qué es la infracapitalización? ¿Cuál es la definición? La infracapitalización es la falta de concordancia evidente y notoria de gran proporción entre la cifra estática e intangible que figura en el estatuto social como capital social.²⁵ Se ha estudiado en distintos países al referirse a la comparación entre el flujo de fondos de la sociedad, de origen propio, y la desproporción con el capital social. Otra definición²⁶: la infracapitalización se da cuando el capital social representa menos del 30 por ciento de los gastos de la sociedad.

La infracapitalización puede clasificarse en formal o material. Formal es cuando la cifra capital es insuficiente en proporción al volumen del negocio para hacer frente a los pasivos sociales. Puede haber infracapitalización formal sin que haya insolvencia ni verdadera infracapitalización material²⁷. Esta última se da cuando ni el capital

24. Según lo sostenía el maestro Isaac Halperin, citado en los fundamentos de “Gaitán Barugel y Asociados SRL”, resolución particular de la IGJ (cfr. nota 14); y las resoluciones IGJ 6/1980 y 7/2005 (ver art. 66). [N. del E.: el lector podrá confrontar aquí la [Resolución IGJ 7/2015](#), que reemplaza la de 2005].

25. PROIETTI, Diego M., “La infracapitalización y la teoría del corrimiento del velo societario para responsabilizar a los socios o accionistas”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento “Actualidad”, 29/9/2011.

26. BOQUÍN, Gabriela y NISSEN, Ricardo A., “Sobre la necesidad de incluir soluciones concretas en materia de infracapitalización societaria”, en Nissen, Ricardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 18), p. 409.

27. MÉNDEZ, Juan J., “Responsabilidades emergentes de la infracapitalización societaria”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p.651.

social, ni las reservas, ni los préstamos efectuados de los socios a la sociedad, ni tampoco los activos de la sociedad alcanzan para cubrir las deudas sociales. Se comprueba en el momento de confeccionar un balance.

La sociedad no necesita estar en estado de cesación de pagos para esta realidad, ya que puede estar al día con todas sus obligaciones y sin embargo estar infracapitalizada, siendo solamente un riesgo para los acreedores contratar con una sociedad con estas características, ya que el capital no alcanzará a funcionar verdaderamente como una garantía ni una cifra de retención o a l menos no será suficiente dicha garantía.

La doctrina y jurisprudencia extranjeras han dado distintas herramientas que han aplicado los jueces en casos determinados, aunque algunos países como Alemania han tratado jurisprudencialmente esta cuestión desde 1938, y luego han dictado normas específicas para su combate. Normas que luego se han replicado en Bélgica y Portugal en este mismo sentido.

¿En qué consiste? En darle el tratamiento a los aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de los socios y a otras cuentas, por ejemplo, resultados no asignados el mismo tratamiento que si fueran cifras que formarán parte del capital social, es decir, sumándolo. En este sentido, los socios que hicieron aportes deben esperar a que todos los acreedores cobren para recién luego –como socios– retirar su remanente si lo hubiera.

En la Argentina, la IGJ dictó normas en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires para obligar a la sociedad a capitalizar los aportes irrevocables, a cuenta de futuros aumentos de capital social efectuados por los socios. Pero esto en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

En cuanto a la jurisprudencia que ha tratado de poner remedio a la materia, se ha aplicado el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 54, último párrafo) para, mediante incidente, se fallare imputando la responsabilidad por el daño causado o el crédito impago directamente al socio o controlante como remedio excepcional y casuístico.

Esto se resolvió en el caso “Carballude SRL”²⁸ (2014), en el que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, falló en el sentido de imputar los daños a los socios, haciéndolos responsables por el pago de lo debido. En dicho caso, los socios habían operado con una SRL infracapitalizada desde el inicio y además no habían ni siquiera integrado los aportes a la sociedad en el plazo previsto por la ley. Habían integrado solo el 25 por ciento inicial y nunca más integraron el 75 restante.

El remedio es excepcional y de aplicación restrictiva, pero en el supuesto funcionó eficazmente. El instituto de la inoponibilidad los tuvo por responsables por mera negligencia en el actuar societario y no hizo falta probar la intención de ocultar bienes y la configuración de la conducta como fraudulenta, en el pedido de extensión de la quiebra.

28. CNCom., Sala F, 13/5/2014, “Victor Carballude SRL s/ quiebra s/ Incidente (de inoponibilidad de la personalidad jurídica)”. [N. del E.: el lector podrá acceder [aquí](#) a los sumarios oficiales {buscar por carátula}].

En el ámbito de las personas jurídicas, el tema de la *infrapatrimonialización* queda plasmado de una manera mucho más amplia. Quedará a criterio de los miembros de la persona jurídica, que tomarán sus decisiones formales basados en los estados contables, debiendo también responder ante la negligencia de obligarse sin respaldo patrimonial que garantice el adecuado funcionamiento del ente colectivo, y en último caso se resolverá con apreciación judicial. Este instituto se consagra legislativamente en el inciso i) del artículo 163 CCCN.

3. Fundaciones

El nuevo Código viene a incorporar a su articulado la regulación ya existente de las fundaciones con algunos pequeños cambios. Dichas personas jurídicas tienen regulación actual (anterior al Código) desde 1972, con la sanción de la [Ley 19836](#), que regula este tipo de entidades.

Antes de comenzar con la regulación específica debemos recordar que las fundaciones tienen una naturaleza particular. Las fundaciones nacen de manera distinta a las entidades que estamos estudiando, ya que pueden crearse por la voluntad de varias personas, o de una única persona física o jurídica y también por acto de última voluntad, si fuera persona física (art. 193 CCCN)

Toda fundación debe constituirse con un objeto de *bien común*, y acá el bien común debe entenderse, no ya referido a la protección o desarrollo de un grupo de individuos afines o “no contrario al bien común”, sino que directamente debe propenderse como objeto especial de la fundación, y sin propósito de lucro. O sea, con fines benéficos.

El Código recepta la mayoría de las normas de dicha ley, haciendo pequeñas reformas que veremos seguidamente.

El patrimonio inicial es requisito para la autorización para funcionar requiriendo que el plan a desarrollar (plan trienal) sea acompañado con la solicitud del otorgamiento de personería jurídica. Cumplido dicho plazo (primeros 3 años), deberá proponerse lo inherente al trienio siguiente (arts. 194 y 199).

El artículo 195 enumera en 11 incisos los requisitos del instrumento constitutivo de la fundación, lo que no genera demasiadas dudas excepto en el inciso k- que el plan trienal debe formar parte de aquel y no ser anexado como usualmente se instrumenta, y como pareciera decir explícitamente el artículo 199.

El acto constitutivo de la fundación debe ser otorgado por instrumento público y solicitar y obtener autorización del Estado para funcionar (art. 193).

El artículo 195 nos menciona la posibilidad de que se realice el acto constitutivo por disposición de última voluntad, en cuyo caso el juez del sucesorio debe redactarlo.

En cuanto a la responsabilidad de los fundadores y administradores durante el período fundacional, se decreta la responsabilidad solidaria frente a terceros por las obligaciones contraídas hasta lograr la autorización para funcionar. Los bienes per-

sonales de cada uno de ellos pueden ser afectados al pago de esas deudas solo después de haber sido satisfechos los acreedores individuales (art. 200).

Nótese que no hay obligación de inscribir en el registro público, lo que acarreará inconvenientes dada la indudable ventaja de la existencia de éstos para publicidad y oponibilidad frente a terceros (art. 200).

En los artículos 197 y 198 CCCN se mencionan las promesas de donación hechas en el acto constitutivo y que deben ser cumplidas a partir de la resolución de la autoridad de contralor que autorice a la entidad para funcionar como persona jurídica. En el caso de fallecimiento del fundador luego de firmar el acto constitutivo, no pueden ser revocadas por los herederos si ha sido presentada en el organismo que otorga la personería jurídica.

La irrevocabilidad funciona a partir de la autorización para funcionar por la autoridad de aplicación, o a partir de su presentación si el fundador fallece.

Es importante resaltar que la norma del artículo 154 que autoriza a la persona jurídica en formación inscribir preventivamente bienes a su nombre, no se aplica al caso ya que las fundaciones son personas jurídicas desde el momento de la autorización estatal, dado que requieren autorización para funcionar.

El consejo de administración debe tener, al menos, tres personas humanas (en la Ley especial 19836 habla de personas físicas, o sea que se replica) (art. 201).

Es de notar que el funcionamiento del Consejo es propio de una persona jurídica con las características propias de la fundación, que es distinta a toda otra persona jurídica donde prevalece ante todo la voluntad del fundador, y el bien altruista y generoso del mismo.

Con estos fundamentos y bajo el sustrato de la finalidad de bien común, el fundador tiene autoridad suficiente y vertical para elegir los miembros del Consejo y reservarse cargos, la elección de los sustitutos, la forma de designación de los mismos –que puede delegarla– e incluso la posibilidad de reformar el estatuto en este mismo sentido. Estas facultades deben ser reservadas en forma expresa, de lo contrario es el mismo Consejo quien reelegirá sus propios sustitutos (arts. 201 a 203).

El artículo 204 nos introduce la posibilidad de designar consejeros permanentes o temporarios y la delimitación de competencias sobre algunos temas de la fundación, como por ejemplo, la designación de los miembros temporarios por los miembros permanentes, lo que resulta muy útil en la práctica.

Asimismo, se prevé en el artículo 205 la posibilidad de la formación de un comité ejecutivo –pueden ser miembros del consejo de administración o no– los cuales percibirán, si así se establece en el estatuto, una retribución pecuniaria. No perciben remuneración los consejeros como tales, pero sí los miembros de este comité ejecutivo y los miembros del consejo que también sean miembros del comité ejecutivo (arts. 205 y 206).

El artículo 207 establece el quórum, la forma de convocatoria, las mayorías necesarias para tomar decisiones dentro del consejo de administración.

Recordemos que en este tipo de entidades no hay otros integrantes, miembros o socios, sino que su funcionamiento depende exclusivamente de este órgano.

Por lo tanto, en el artículo 208 se menciona que cuando la concurrencia de los miembros integrantes del consejo de administración se ha tornado imposible, las mayorías establecidas (mayoría absoluta de los miembros presentes: con quórum de 3 sobre 3, mitad más uno en el caso de 3 es 3, la mayoría absoluta sería de 2) no se requieren.

A los fines de facilitar el funcionamiento del Consejo, que es el único órgano de administración y gobierno de la fundación, se ha facilitado esta salida de manera tal que puedan nombrarse más miembros cuando se haya tornado imposible su funcionamiento por imposibilidad de concurrencia, no por oposición sistemática.

La remoción se establece con una mayoría de dos tercios de los integrantes del cuerpo (art. 209).

En el caso de acefalía, el organismo de contralor debe proceder a reorganizar la administración de la fundación, designando sus nuevas autoridades y modificando el estatuto de la entidad (art. 210).

Respecto a las normas aplicables a las obligaciones y derechos de los miembros del consejo de administración, se aclara que se rigen por las reglas del mandato, que son pasibles de la acción de responsabilidad que pueden promover tanto la fundación con la autoridad de contralor (art. 211).

El artículo 212 establece la obligatoriedad de que todo contrato (excepto la donación a la fundación), deba ser sometido a la aprobación de la autoridad de contralor y es ineficaz de pleno derecho sin esa aprobación. Esta norma se aplica a cualquier beneficio recibido por el fundador o sus herederos no previstos en el estatuto.

En el caso de reforma de estatutos, con la mayoría absoluta de los miembros del consejo de administración es suficiente. Pero para los casos de cambio de objeto, fusión con entidades similares y disolución, se requiere los dos tercios de los integrantes de dicho cuerpo.

Se aclara que solo es procedente el cambio de objeto cuando el establecido por el fundador ha llegado a ser de cumplimiento imposible (art. 216).

El destino de los bienes, una vez disuelta la fundación, debe destinarse a una entidad de carácter público o una persona jurídica de carácter privado, cuyo objeto sea de utilidad pública o bien común, que no tenga fin de lucro y que esté domiciliada en la República, excepto que la fundación haya sido constituida en el extranjero, en cuyo caso se regirá por las normas respectivas (art. 217).

En el caso de las donaciones que hayan sido efectuadas a la fundación, no podrán ser revocadas por el cambio de las circunstancias que hayan tornado imposible el cumplimiento del objeto, salvo que en el acto de celebración de dichas donaciones se haya establecido expresamente como condición resolutoria el cambio de objeto.

Es importante tener en cuenta la previsión en el acto de la donación, en relación a la posibilidad de revocarla si cambian circunstancias que hagan imposible el

cumplimiento del objeto de la fundación, ya que de lo contrario, la donación será irrevocable.

4. Asociaciones civiles

Con el CCCN tendremos –por fin– reguladas las asociaciones civiles de una manera más completa y sistemática²⁹. A partir del artículo 168 en adelante, se regula la agrupación de personas sin fines de lucro, requiriendo que su objeto no sea contrario al interés general o al bien común. De esta manera, se pone fin a la discusión en torno a si el bien común que tienen por objeto las asociaciones civiles es el bien común de toda la comunidad, o el bien común de los integrantes de dicha asociación. La referida cuestión provocó un amplísimo debate en el caso “ALITT”³⁰, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se inclinó en este último sentido, cambiando una pacífica jurisprudencia judicial y administrativa elaborada durante casi ciento cincuenta años que sostenía la necesidad de que el objeto de las asociaciones civiles debía perseguir el bien común de la comunidad.

Desde el artículo 168 hasta el artículo 192 inclusive, el CCCN viene a reglamentar las asociaciones civiles y las simples asociaciones.

Se regula tomando en cuenta como antecedente las resoluciones al respecto que ha dictado la Inspección General de Justicia, que tenía aplicación local en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, extendiendo por supuesto la normativa ahora sí, a todo el territorio nacional.

Se introducen, sin embargo, algunas novedades que debemos comentar, como por ejemplo, la forma instrumento público y su inscripción en el registro correspondiente una vez otorgada la autorización estatal para funcionar. Es una entidad que requiere para que todas las consecuencias de la personalidad jurídica elegida tengan eficacia, del otorgamiento de autorización estatal para funcionar por la función social que desarrolla en la comunidad. Se aclara que mientras no obtenga la inscripción, la entidad podrá funcionar pero bajo la regulación de las normas de las simples asociaciones.

El inconveniente más gravoso será la responsabilidad de los miembros que la administren, que será solidaria durante ese período (art. 191 CCCN). No menciona si además de solidaria es ilimitada, lo que generará dudas a la hora de aplicar la norma. Sería ilógico que fueran solidarios, pero su responsabilidad limitada al

29. Art. 168 CCCN: “Objeto. La asociación civil debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El interés general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales. No puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros...”.

30. CSJN, 21/11/2006, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual c/ Inspección General de Justicia y otro”.

aporte al que se obligaron (la cuota social en estos casos) ya que la cuota social debida, ya pertenece al patrimonio de la asociación como un crédito a cobrar, en todo caso.

El artículo 170 establece los recaudos del acto constitutivo, que son los que tenemos regulados en disposiciones administrativas. Al respecto, merece especial atención la incorporación del inciso e) que establece que la asociación puede tener un plazo, o ser a perpetuidad.

En cuanto a los miembros del consejo directivo, el artículo 171 del CCCN requiere que sean miembros asociados de la institución. El estatuto debe prever, como mínimo, los cargos de presidente, secretario y tesorero, más 2 vocales. No se prevé gerenciamiento, lo que será un problema en cuanto a los clubes de fútbol.³¹ Tampoco se prevé la posibilidad de cobrar una remuneración por parte de la comisión directiva o consejo directivo.

Respecto a la fiscalización, en las asociaciones con más de 100 asociados debe haber un órgano de fiscalización unipersonal o no, con miembros asociados o no (art. 172). En las entidades con menos de esa cantidad de asociados, no es obligatorio. Los integrantes del órgano de fiscalización, no pueden integrar la comisión directiva, ni certificar los estados contables de la asociación³².

En cuanto a los asociados, el artículo 170 inciso j) CCCN unificado menciona que el estatuto debe prever las clases o categorías de asociados, describiendo las prerrogativas y deberes de cada uno. También en el artículo 170 inciso k) manda prever el régimen de ingreso, admisión, renuncia, sanciones disciplinarias, exclusión y recursos contra las decisiones.

La norma, a diferencia de la [Resolución 7/2005](#),³³ no establece un número cerrado de categoría de asociados. Consecuentemente, podría entenderse que sería lícita la creación de tantas categorías de asociados³⁴ como decidan los constituyentes, e invita a cuestionar el artículo 5, de la Resolución 7/2005, Anexo XIV³⁵.

En el nuevo Código se establece que, mediando previsión estatutaria, los asociados deban estar al día en el pago de las cuotas para participar en actos de gobierno (art. 175 y 178).

31. El proyecto Biagosch preveía el gerenciamiento profesional.

32. CNCom., Sala D, "Benavent c/ Benavent Hos SA" (*La Ley*, t. 1996-A, p. 502), dictado en un caso de una Sociedad Anónima. [N. del E.: el lector podrá acceder [aquí](#) a los sumarios oficiales {buscar por carátula}].

33. [N. del E.: el lector podrá confrontar aquí la [Resolución IGJ 7/2015](#), que reemplaza la de 2005].

34. Covi sostiene que sería factible crear otras categorías de asociados (v. CROVI, Luis D., *Régimen legal de las asociaciones civiles*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 77).

35. Art. 5 Anexo XIV RG [IGJ 7/2005](#): "Se establecen las siguientes categorías de asociados: a) Activos: las personas físicas mayores de 18 años que revistan carácter de [...] y sean aceptadas por la Comisión Directiva. b) Adherentes: las personas físicas mayores de 18 años de edad que no reúnan las condiciones para ser socios activos. Los asociados adherentes pagarán cuota social, no tendrán derecho a voz ni a voto, y no podrán ser elegidos para integrar los órganos sociales". [N. del E.: el lector podrá confrontar aquí la [Resolución IGJ 7/2015](#), que reemplaza la de 2005].

El artículo 175 impide la participación de los asociados en actos colegiados mediante previsión estatutaria. El artículo 178 impone como condición de que puedan participar en asambleas el pago de las cuotas y contribuciones correspondientes al mes anterior.

Se advierte cierta contradicción entre los dos artículos ya que podría no estar previsto el impedimento por el artículo 175. Si no hubiera previsión estatutaria, podrían participar; pero por el artículo 178, no.

El artículo 179 establece que el asociado puede renunciar en todo momento y el artículo 180 regula la exclusión de los asociados por causas graves, asegurando el derecho de defensa del asociado en el procedimiento y la revisión por la asamblea de dicha decisión.

En cuanto a la disolución, se agregan a los establecidos para todas las personas jurídicas, la reducción del número de socios que no permitan tener una comisión directiva con el mínimo de miembros legal.

En el artículo 182 se declara la intransmisibilidad de la calidad de asociado, lo que denota la naturaleza de esta clase de persona jurídica.

El artículo 186 CCCN nos remite a la aplicación supletoria de las normas de la Ley 19.550 en cuanto resulten compatibles.

5. Los clubes de campo o conjuntos inmobiliarios, a la luz de la normativa sobre asociaciones civiles incorporada al Código Civil y Comercial

La **nueva normativa** del Código evita forzar figuras legales como las sociedades del Capítulo II de la Ley 19550 para que los clubes de campo (o conjuntos inmobiliarios) tengan algún encuadramiento legal, en el caso bajo análisis, como asociaciones civiles bajo la forma de sociedad comercial.

A partir del nuevo Código, los clubes de campo estarán regulados específicamente bajo el título de conjuntos inmobiliarios. Con anterioridad al dictado de la Ley 19550, y debido a que los conjuntos inmobiliarios carecían de regulación específica, eran objeto de distintos encuadramientos para su mejor adaptación a la normativa vigente, lo que generaba situaciones completamente disímiles y muy difíciles de resolver, pues el hecho de tratarse, las asociaciones civiles y las sociedades de contratos asociativos, ello no significa que las normas que gobiernan a una y otra entidad puedan ser utilizadas de manera arbitraria, atento que ambas corporaciones tienen una causa final totalmente diferente: las asociaciones carecen de fin de lucro, mientras que en las sociedades comerciales sucede exactamente lo contrario. Esta diferencia basta para descalificar cualquier asimilación entre ambas figuras y justifica la derogación del artículo 3 de la Ley 19550.

Las insalvables diferencias entre ambos contratos asociativos fueron puestas de manifiesto en trascendentes fallos judiciales.

En el fallo “Castro Francisco c/ Altos de los Polvorines SA”³⁶, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo que

No procede impugnar la decisión de la asamblea de una asociación constituida como sociedad anónima –en el caso, una asociación urbanística, residencial, deportiva y cultural– que derogó una regla establecida por el directorio –prohibición de admitir como vecinos a los cónyuges de personas cuyos precedentes esposos continuasen integrando la comunidad– con fundamento en no haberse alcanzado la mayoría necesaria debido a la abstención de una considerable cantidad de votantes ya que, la regla en cuestión carece de legitimidad de origen por su autoría no estatutaria ni asamblearia y su contenido intrínseco contraría la tendencia social derivada de la habilitación legislativa para contraer múltiples nupcias y el sentido de lo dispuesto en el artículo 531, incs. 3º y 4º del Cód. Civil.³⁷

Sosteniéndose, asimismo, que

La disposición del artículo 3º de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (Adla, XLIV-B, 1310), en cuanto preceptúa que las asociaciones –en el caso, una de índole urbanística, residencial, deportiva y cultural– que se constituyan bajo la forma de una sociedad comercial quedan sujetas a las normas que rigen este tipo societario, se refiere a la estructura de dicho ente y no al modo, sentido y comprensión por los jueces de los conflictos que se susciten en su ámbito interno.³⁸

Para concluir el tribunal que

Me parece que dentro de una persona colectiva como la que describí, y dada situación tan enojosa por resolver como la que refería, no cabe reputar a los ausentes y a los silentes como sostén implícito de una regla que fue 1) social, pero no empresarial; 2) de autoría directorial, pero no estatutaria o asamblearia, y 3) de contenido antinatural, pues desatiende al “presente cónyuge” de un socio.

Puede afirmarse, luego de la lectura de ese importante precedente judicial, que si la estructura societaria puede ser utilizada para la organización interna de las asociaciones societarias, pero no se pueden aplicar las reglas previstas en la Ley 19.550 para resolver situaciones en particular que se originan en el seno de una entidad civil – como sostuvo el magistrado Edgardo Marcelo Alberty en dicha oportunidad –, y en vistas a que las normas de la Ley General de Sociedades están pensadas para resolver

36. CNCom., Sala D, 30/6/1999, “C., F. V. c/ Altos de Los Polvorines SA”. [N. del E.: el lector podrá acceder [aquí](#) a los sumarios oficiales {buscar por carátula}].

37. *La Ley*, t. 2000-D, p. 94 (sumario nº 1).

38. *La Ley*, t. 2000-D, p. 94 (sumario nº 2).

conflictos de empresas, se concluye que salta a la vista la necesaria derogación del artículo 3 de la Ley General de Sociedades, atento su fuerte asistematicidad.

Con otras palabras: si el interés del socio es completamente distinto al del asociado, y las normas de la Ley 19.550 no están diseñadas para resolver conflictos suscitados en el seno de las asociaciones civiles habida cuenta de la nueva recepción normativa de estas últimas entidades por el Código Civil y Comercial, la norma del artículo 3 de la Ley 19550 carece actualmente de todo sentido³⁹.

Pero existen otras razones que justifican la conclusión que propongo.

El artículo 1 de la [Ley General de Sociedades](#) reza:

Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal solo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

Más allá de la introducción en el artículo 1 de la posibilidad de constituir una sociedad con una o más personas, la Ley General de Sociedades reitera el concepto de empresa o *hacienda empresarial* detrás del encuadre jurídico societario, como fundamento, contenido y sustrato del marco jurídico, con lo cual no habría una sociedad sin un emprendimiento desde el punto de vista de la definición estrictamente legal, sin un negocio en actividad que requiera la forma estructural de una sociedad.

Entendemos que no podría haber una estructura societaria para encubrir actuaciones extrasocietarias, por expresa disposición legal del artículo 54 último párrafo de la Ley Societaria vigente y la incorporación del artículo 144 CCCN unificado.

El marco del objeto de la sociedad debe ser un objeto preciso y determinado relacionado con la actividad civil o comercial, pero con fines empresarios y con ánimo de lucro de sus integrantes, configurativo de la causa fin de este contrato asociativo.

39. De la ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario de la Empresa (Mar del Plata, 1995) por Acquarone y Nissen surgen, entre otros, los siguientes fundamentos de la necesidad de derogación del art. 3, los siguientes: "a) En la sociedad comercial el socio busca percibir dividendos, mientras que el asociado de la asociación civil persigue obtener la utilización de los servicios de la entidad. b) En cuanto a la formación del capital social, éste se suscribe en las sociedades comerciales, al momento de constituirse la entidad o posteriormente, en cada oportunidad en que se resuelve su aumento [...] en las asociaciones, en cambio, es fundamental que los socios contribuyan en forma periódica, generalmente mensual [...] c) En relación con la transmisión de las acciones en las sociedades anónimas, el principio es la libertad [...] Por el contrario en las asociaciones la transferibilidad de la condición de asociado [...] resulta fundamental [...] d) Tampoco resulta compatible para las sociedades comerciales, el régimen disciplinario admitido universalmente para las asociaciones civiles [...] e) En materia de disolución y liquidación se presenta el punto más conflictivo de toda la problemática para la aplicabilidad de uno y otro régimen. En la sociedad comercial [...] los socios tienen derecho al reembolso del capital aportado y a la percepción de la cuota liquidatoria [...] En las asociaciones civiles, en cambio, producida la disolución, los bienes sociales pasan a otra entidad destinada al bien público..." (ACQUARONE, María T. y NISSEN, Ricardo A., "Necesidad de derogar el art. 3º de la Ley 19550, en cuanto legisla las asociaciones bajo forma de sociedad", en Favier Dubois, E. M. y Nissen, R. A. (dirs.), *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, t. 1, pp. 447-450).

Advertido ello, y teniendo en cuenta que el objeto preciso y determinado se encuentra también regulado en la parte general de personas jurídicas en el artículo 156 del ordenamiento proyectado, con lo cual el legislador ha querido que las asociaciones civiles tengan una actividad encuadrada en un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común, surge evidente que las conocidas “asociaciones bajo forma de sociedad” carecen actualmente de validez, pues las sociedades denominadas *patrimoniales* no podrían subsistir ya que no tendrían ninguna actividad, toda vez que poseer bienes no es precisamente “producción e intercambio de bienes o servicios”, ni desarrollar una actividad encaminada al bien común o al interés general.

Resultaba imprescindible una legislación nacional que regule estos temas que hemos puntualizado como necesarios en relación a la persona jurídica del consorcio de propietarios, y en especial relación con los conjuntos inmobiliarios. En este sentido, consideramos muy valioso el aporte brindado con este Código ya que trata cada uno de los temas que nos preocupan.

6. En cuanto a la regulación del consorcio de copropietarios como persona jurídica

El Código unificado prevé en el Libro Primero: De la Parte General, Título II: De la Persona Jurídica, Capítulo 1: Parte General, Sección 1ª, en el artículo 148, que son personas jurídicas privadas “h) el consorcio de propiedad horizontal”.

Luego, especialmente en el artículo 2044, define: “El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio...”, cuestión que resuelve uno de los problemas esenciales en la constitución, organización y funcionamiento de los consorcios de propietarios y en los conjuntos inmobiliarios. Deroga la Ley 13512 de Propiedad Horizontal e incorpora su regulación al nuevo Código.

En el artículo 2075, correspondiente al Título VI: De los conjuntos inmobiliarios. Capítulo 1: Conjuntos inmobiliarios, nos remite a la aplicación de la propiedad horizontal. Determina en este sentido:

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

En este sentido, define el marco jurídico aplicable a los conjuntos inmobiliarios, aplicándose atinadamente entonces las normas del derecho real de propiedad horizontal especial y la relativa a la personalidad jurídica del consorcio.

Los conjuntos inmobiliarios existentes que se hubiesen establecido como derechos personales, o donde coexistan derechos reales y derechos personales, se deben

adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real. En el [Proyecto](#) de Código elevado por la comisión de juristas creada al efecto decía: “Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales”. Entendemos que el [cambio](#) introducido por el Poder Ejecutivo no es más que una aspiración que no se condice con la realidad del gran país que tenemos y las múltiples realidades que coexisten hoy. Interpretamos como una norma de imposible cumplimiento por los altísimos costos y por la dificultad en el sentido de contar con el consentimiento formal de los propietarios, ya que se estará alterando el derecho de propiedad consagrado por la Constitución Nacional.

De esta manera, no se aceptan los sistemas preexistentes a la sanción del Código, buscando unificar el diseño legal impuesto con el nuevo derecho real de propiedad horizontal especial.

La realidad –tan diversa en esta materia–⁴⁰ ha hecho que el Código se aparte de las posibilidades concretas que tendrán los distintos sistemas preexistentes de adoptar obligatoriamente el nuevo derecho real de propiedad horizontal especial.⁴¹

Determina asimismo en el artículo 2044, que sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador, como así también la forma de extinción de la personalidad jurídica.

Luego, en el artículo 2056 del Código unificado, se establece que dentro del contenido que debe tener el reglamento de propiedad y administración, deben estar la determinación de la forma de convocar la reunión de propietarios y su periodicidad, la determinación de las mayorías necesarias para las distintas decisiones, la determinación de las mayorías necesarias para modificar el reglamento de copropiedad.

Posteriormente y en forma pormenorizada, determina en los artículos 2058 y siguientes el funcionamiento, quórum, competencia de los distintos órganos y la competencia residual que le cabría a la asamblea de propietarios (art. 2058, inc. d).

En el artículo 2059, se consagra la validez de incorporar el tratamiento del algún punto del orden del día con la presencia de todos los propietarios y que todos acuerden por unanimidad tratar el tema, más allá del resultado de la votación sobre el punto en particular, innovando en esta materia tan controvertida.

En este mismo sentido, además de la posibilidad de incorporar un punto al orden del día, se proclama definitivamente la posibilidad de que la asamblea se autoconvoque sin necesidad de citación previa, determinando que si todos los propietarios se autoconvocaron y aprobaron el orden del día, las decisiones serán válidas más

40. AHUMADA, Daniel y VENTURA, Gabriel, “Compraventa en condominios cerrados”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 2004-1, p. 123-154.

41. FONTBONA, FRANCISCO I. J. y VITAVER, Benjamín, “La propiedad horizontal, los clubes de campo y las unidades a construir”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 761, septiembre-octubre 1978, pp. 1593-1625. URTUBI, Victoria, “[Terminología y marco jurídico de los barrios cerrados](#)”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 961, 2009, pp. 55-78.

allá del resultado de la votación una vez tratado el punto del orden del día, tomando partido por una solución de acuerdo con parte de la doctrina y jurisprudencia.⁴²

En relación con algunos temas que deben tener un tratamiento expreso y a los fines de que no puedan decidirse temas sin la asistencia y opinión emitida por los propietarios, el artículo 2061 establece que no podrá conformarse la mayoría sin la conformidad expresa de los titulares de los derechos afectados. Más allá de su dudosa redacción, creemos muy valioso el aporte brindado en este tema justamente por la forma de computar las mayorías que ha traído disidencias con consecuencias disímiles en cuanto a sus efectos.⁴³

En respuesta a la imperiosa necesidad de regular los conjuntos inmobiliarios, el Código brinda una adecuada solución que luego los operadores moldearán de acuerdo a las diversas necesidades.

Creemos que la regulación del Código deberá –en la realidad y a pesar de su letra– convivir con las formas jurídicas preexistentes, ya que sería de imposible aplicación práctica la reforma de las modalidades anteriores adoptadas en orden a cubrir una necesidad que no tenía respuesta legislativa.

Asimismo, creemos en la posibilidad de diseñar a través de la persona jurídica consorcio la regulación del derecho de admisión, en los casos de convivencia de partes privativas con partes comunes, inescindible con la propiedad de las unidades objeto de dominio exclusivo por parte de los titulares y el derecho y la regulación del uso de las partes comunes, así como la titularidad del dominio. En el Código se encuentra específicamente previsto en el artículo 2085:

El reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones, pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de los propietarios de las unidades privativas.⁴⁴

En este sentido, no se aclara si estamos en el marco del derecho de preferencia normado por nuestros artículos 1368 y 1394⁴⁵ del nuevo Código Civil o por el del domi-

42. Cfr. los argumentos de CNCom., Sala D, 1/7/2011, “Inspección General de Justicia c/ Lagos del Sur Argentino SA s/ organismos externos” en nota 17; ver también en este sentido CNCom., Sala D, 5/6/2012, “Inspección General de Justicia c/ Grupo Montañeses SA s/ organismos externos” en nota 17.

43. Al respecto desarrollaremos el tema al tratar el precedente jurisprudencial “C. c/ Altos de los Polvorines SA” (CNCom., Sala D, 30/6/1999) (cfr. nota 36).

44. Ver al respecto MARIANI DE VIDAL, Marina y otros, “Situación actual para organizar este tipo de desarrollos”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 903, enero-marzo 2011, pp. 137-151 (disertación de la autora en el marco del “Seminario sobre la estructura jurídica de los clubes de campo y barrios cerrados” [Buenos Aires, 2010]). Menciona que el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1998 los individualiza como conjuntos inmobiliarios (dentro del acápite dedicado a las propiedades especiales) de propiedad urbana especial.

45. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, “Clubes de campo y barrios cerrados. El problema de la admisión”, en *La Ley*, Buenos Aires, 14/12/2007 (t. 2007-F, pp. 1363 y ss).

nio revocable. Tampoco aclara el nuevo Código qué sucede con estas cláusulas que establecen un derecho de preferencia, en caso de transmisión mortis causa.

Luego, en el artículo 2086 se regula la posibilidad de que se apliquen sanciones a titulares de las unidades funcionales por parte del consorcio de copropietarios, siempre y cuando estén previstas en el Reglamento de Copropiedad.

La persona jurídica consorcio es apta para contener, de acuerdo a las cláusulas estatutarias diseñadas a tal fin, diferentes situaciones que tienen que ver con la convivencia y la utilización compartida o alternada de espacios comunes.

En cuanto al tema que más preocupa a los consorcistas, cual es la clase de responsabilidad que tendrán como socios de esta persona jurídica, no está regulado específicamente.

En ámbitos comercialistas se ha sostenido que la persona jurídica responderá solo con el fondo operativo y fondo de reserva que es su único patrimonio y que los acreedores nunca podrían atacar luego de excutidos los bienes sociales el patrimonio de los consorcistas.

Sin embargo, el artículo 2041 enumera los bienes de propiedad común del consorcio. Estos bienes constituirán el patrimonio de la persona jurídica entendiendo los términos de “propiedad común” equivalentes a patrimonio social, o de la persona jurídica⁴⁶.

El artículo 143 del nuevo Código establece:

Personalidad diferenciada. 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.

Y también el artículo 181, en relación a las asociaciones:

Responsabilidad. Los asociados no responden en forma directa ni subsidiaria por las deudas de la asociación civil. Su responsabilidad se limita al cumplimiento de los aportes comprometidos al constituirlos o posteriormente y al de las cuotas y contribuciones a que están obligados.

En principio, no podría haber solidaridad, pero entendemos que sí subsidiaridad porque los obligados al pago de las deudas del consorcio son los consorcistas, tal como vemos seguidamente.

¿Qué sucederá en caso de insolvencia? ¿Qué ocurrirá en caso de una deuda del consorcio como tal frente al reclamo del acreedor, si los bienes del consorcio son insuficientes?

46. Por supuesto, tendremos que ver la factibilidad técnica de ejecutar un bien de propiedad común, como por ejemplo un sum, una piscina, un quincho, etc.

¿Se puede concursar la persona jurídica del consorcio? ¿Puede ser declarada en quiebra? La doctrina especializada en la materia fundamenta con argumentos insoslayables que la quiebra no podría ser declarada contra el consorcio de copropietarios⁴⁷. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley 24522 menciona como sujetos concursables a las personas de existencia ideal de carácter privado, admitiendo la concursabilidad de las personas jurídicas que no estén excluidas por leyes especiales, y el Código no las excluye.⁴⁸

Los consorcistas están obligados, según el artículo 2046, a pagar las expensas; y los artículos 2048 y 2049, establecen claramente: a) la obligatoriedad de pagar las expensas incluso las extraordinarias, b) que el certificado expedido por el administrador es título ejecutivo para el cobro a los propietarios y c) que no pueden liberarse del pago ni aún abandonando la cosa.

Las cuestiones a resolver son muchas, quizás demasiadas, y la jurisprudencia tendrá la palabra al respecto. Entiendo que será acorde a la cultura jurídica y a la naturaleza de las instituciones.

47. Ver BENSEÑOR, Norberto R., “La persona jurídica en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en AA. VV., LXIV Seminario “Laureano Arturo Moreira”, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2012, 29-30: “En principio, pensamos que los institutos de la quiebra y el concurso no están diseñados para ser aplicado al consorcio de propietarios el cual no puede desprenderse del derecho real que rodea a la estructura patrimonial que lo sostiene. En principio, el consorcio no dispone de una situación de insolvencia que lo involucre en un estado de quiebra, por cuanto el pasivo que generan las obligaciones devengadas, tienen inmediato correlato con la obligación de los propietarios de absorber las sumas adeudadas por expensas”.

48. Ver BARBIERI, Pablo C., “Los sujetos concursables y la reforma del Código Civil y Comercial” [on line], en *Infojus*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 30/12/2014: “El reconocimiento del consorcio de copropietarios como persona jurídica privada me inclina a admitir su concursabilidad, pese a reconocerse precedentes en diferente dirección”. (Aclaración: los precedentes a que se refiere en su artículo son anteriores al nuevo Código Civil y Comercial).

Situación de las donaciones de inmuebles y ofertas de donación realizadas en vigencia del Código Civil ante la entrada en vigencia de la Ley 26994 (nuevo CCCN)*

María Florencia Rodríguez Amat

Marcelo Walter Suárez Belzoni

RESUMEN

El Código Civil y Comercial prevé acciones de protección de la legítima de mayor alcance al Código Civil de Vélez Sársfield. Así, tanto las donaciones a herederos forzosos como las donaciones a terceros pueden ser pasibles de una acción reipersecutoria mientras no hayan transcurrido los nuevos plazos de prescripción. Las donaciones de bienes inmuebles a herederos legitimarios realizadas en vigencia del Código Civil de Vélez Sársfield configuran derechos de propiedad adquiridos (amparados por el art. 17 de la Carta Magna) que no se pueden vulnerar por la aplicación retroactiva de un nuevo ordenamiento jurídico. Estamos frente a un supuesto de "consumo jurídico" sobre el cual una nueva ley no puede volver. Importa a la seguridad jurídica, a la libre circulación de los bienes y a la paz social que los títulos de donación de inmuebles a herederos legitimarios otorgados bajo un régimen legal que los consideraba perfectos así se mantengan bajo la vigencia del nuevo Código.

Sumario: **1.** Introducción y reseña. **2.** Postura doctrinaria notarial minoritaria. **3.** Postura doctrinaria notarial mayoritaria. **3.1.** Aceptación de la oferta de donación de inmuebles. **3.2.** Donaciones inoficiosas. Acciones de protección de la legítima. **3.3.** Dictamen de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. **4.** Plenario de Trelew. Análisis de Kemelmajer de Carlucci. **5.** Derecho transitorio. Derechos adquiridos. Situación jurídica consumada. Posturas. **6.** La prescripción. **6.1.** Plazos. **6.2.** Formas de subsanación. **7.** Proyectos de reforma del Código Civil y Comercial.

* Presentado en la XLI Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 24-26 junio 2015).

1. Introducción y reseña

Actualmente, nuestro Código Civil vigente (CCIV) protege la legítima mediante dos acciones: a) la acción de colación, “en valores” de carácter personal, entre coherederos, a los efectos de igualar las hijuelas exclusivamente entre coherederos; y b) la acción de reducción, “en especie” de carácter real, de un heredero legitimario contra terceros que no tienen dicho carácter, para completar la legítima. Esta acción tiene carácter reipersecutorio.

El origen normativo de ambas acciones surge la aparente contradicción de los siguientes artículos:

- a) 3476, 3478 y su nota, 3604 y –especialmente– 3477 y su nota.¹
- b) 1830, 1831, 1832, 3600, 3601 y –especialmente– 3955.²

La jurisprudencia y la doctrina se encargaron de armonizar la interpretación hermenéutica, dando coherencia a todos los artículos, diferenciando las donaciones a herederos legitimarios de las donaciones a terceros y prosperando solo la acción de colación en las primeras y acción de reducción en las últimas, en destacados fallos.³

Destacada doctrina se encargó de solventar la distinción, basada en numerosos trabajos publicados en la *Revista del Notariado*,⁴ dictámenes de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos desde el año 1951,⁵ dictámenes del Departamento de Asuntos Legales del Banco Hipotecario Nacional,⁶ modificaciones intro-

1. Art. 3477 CCIV: “Los ascendientes y descendientes, sea unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto. Dichos valores...”. Su nota: “Designamos los valores dados por el difunto, y no las cosas mismas, como lo dispone el Código francés. La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño. Ese dominio no se revoca por la muerte del donante, y los frutos de las cosas donadas deben pertenecer al donatario aún después de abierta la sucesión [...] El Código Francés, por el contrario, dispone que la colación se ha de hacer de los bienes mismos donados...”.

2. Art. 3955 CCIV: “La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes de bienes 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”.

3. a) “Escary c/ Pietranera” (plenario); b) “Apeceche, Rodolfo c/ Navarro Viola, María del C. y otra”; c) “Llarrin, Pablo c/ Millán, Jorge”; d) “Vogelius, Angelina y otros c/ Vogelius, Federico y otro”; e) “Yebra, Patricia E. c/ Gasparini de Roca, Marta E. y otros s/acción de reducción” (que por sus particularidades se aparta del plenario citado, tratando sobre una transferencia de dominio simulada sin tradición ni buena fe). Ver AA. VV., “Donación a herederos forzosos” (simposio organizado por la Academia Nacional del Notariado) y “¿Es observable el título del heredero forzoso donatario?” (conferencia organizada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires), en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata “Donaciones a herederos forzosos”, diciembre 2010. [N. del E.: el lector podrá acceder [aquí](#) al plenario “Escary”].

4. Ver n^{os} 716, 774, 830, 840 y separata diciembre 2010 (cfr. nota 3).

5. “En principio es observable el título que tiene como antecedente una donación gratuita hecha a un tercero que no es heredero forzoso, no así cuando es efectuada a un heredero que reviste tal carácter” (ver GIRÓN, Miguel G., “Donación a tercero. Título observable”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n^o 600, 1951, pp. 513-515).

6. A cargo del Dr. Lázaro Trevisan, sosteniendo la improcedencia de la acción persecutoria contra el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso.

ducidas por la Ley 17711,⁷ la costumbre y tradición de realizar donaciones de padres a hijos, la vigencia del artículo 303 del [Código Procesal](#),⁸ el análisis de las fuentes utilizadas por el Código de Vélez al seguir a Goyena,⁹ apartándose del Código Francés; y otros tantos argumentos.

Consecuencias: la doctrina notarial de Capital Federal considera observables las donaciones a favor de terceros y los títulos entre cuyos antecedentes obre una donación de este tipo, a diferencia de las donaciones a herederos legitimarios, que no producen ninguna observación ya que solo son pasibles de acción de colación en valores. Así, en los casos de donaciones a terceros, se ha establecido que la *observabilidad* cesa tras los plazos de prescripción liberatoria, a los diez años contados desde la muerte del donante, conforme al artículo 4023 y su nota;¹⁰ o en su caso, al cumplimiento de la prescripción adquisitiva, a los veinte años contados desde que se efectuó la donación, por aplicación del artículo 4015 CCIV.¹¹

Por último, cabe mencionar que se han esgrimido varios métodos de bonificación de títulos y subsanación de donaciones a terceros, dependiendo de las circunstancias del caso, con alternativas tales como la revocación de donación por incumplimiento de cargos previstos, la revocación por liberación del deber de prestar alimentos al donante (art. 1837 CCIV), distracto previsto en el artículo 1200¹² CCIV, apertura de sucesión, obtención de declaratoria de herederos, o lograr acción meramente declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal, en caso de que el tribunal lo resuelva conducente.

7. Ley 17711, párrafos agregados al art. 3477 CCIV: “Dichos valores deben computarse [...] Tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso”. Ley 17711, modificación al art. 3604, sustituyendo el término “aunque” por “cuando” y manteniendo el criterio de la imputación del valor de los bienes sobre la porción disponible del testador; en contradicción a lo sostenido por el propio Borda.

8. “Obligatoriedad de los fallos plenarios”, art. 303: “La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria”. (Artículo recientemente derogado por art. 12 de la [Ley 26853](#)).

9. Nota a los arts. 3477 y 3478.

10. Art. 4023 CCIV: “Toda acción personal por deuda exigible se prescribe a los diez años, salvo disposición especial”. Y su nota: “... se prescribe por diez años. Lo mismo [...] el derecho para pedir la legítima que corresponde por la ley [...] todas las que no sean acciones reales, o más bien, toda prescripción liberatoria, se cumple a los diez años. En este Código no reconocemos acciones mixtas de reales y personales”.

11. Art. 4015 CCIV: “Prescribese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor...”.

12. Art. 1200 CCIV: “Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza”.

2. Postura doctrinaria notarial minoritaria

Cabe analizar las consecuencias de la entrada en vigencia de la [Ley 26994](#), prevista para el sábado 1º de agosto de 2015 de acuerdo con la [Ley 27077](#).

La primera posición doctrinaria que hemos denominado como minoritaria, desarrollada por Etchegaray,¹³ se destaca por la comparación entre el Código de Vélez y el nuevo Código Civil y Comercial (CCCN), en relación con los supuestos puntos de conflicto, y arriba a las siguientes conclusiones:

- 1) *El contenido sobre colación del artículo 3477 CCIV y su nota se mantienen y nos permite seguir aplicando la doctrina notarial mayoritaria surgida a partir del fallo “Escary c/ Pietranera”.*

El artículo 3477 [CCIV](#) y su nota se mantienen en la redacción del artículo 2385 [CCCN](#).¹⁴ Ambos hablan de colación de valores de los bienes, y no las cosas mismas, apartándose así del antecedente del [Código francés](#) que sí dispone que la colación se haga sobre los bienes mismos. Es decir, el nuevo Código no ha adoptado el criterio del Código francés sobre colación y reitera lo establecido por el CCIV, lo que nos obliga a aplicar también las doctrinas y elaboraciones jurisprudenciales que se elaboraron a partir del mismo. En cuanto al artículo 3955 CCIV, este se mantendría en la redacción de los artículos 2458¹⁵ y 2459¹⁶ del CCCN.

La postura doctrinaria mayoritaria actual niega la posibilidad de reivindicar de terceros adquirentes un inmueble donado cuando la donación lo hubiera sido a un heredero legítimo, y en cambio, otorga esa posibilidad cuando la donación se hubiere efectuado a quienes no fueran herederos forzosos del donante.

A partir del fallo “Escary c/ Pietranera”,¹⁷ esta doctrina judicial de aplicación obligatoria (hoy vigente) armoniza la contradicción aparente entre el artículo 3477 y el artículo 3955 CCIV. Es decir, la doctrina interpreta que el artículo 3955 se circunscribe exclusivamente a las donaciones de inmuebles efectuadas a personas que no

13. ETCHEGARAY, Natalio P., “Donación a herederos legítimos en el Código Civil y Comercial” [on line], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 916, noviembre 2014.

14. Art. 2385 CCCN: “Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que le fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento. Dicho valor de determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”.

15. Art. 2458 CCCN: “Acción reipersecutoria. El legítimo puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legítimo satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

16. 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”.

17. [N. del E.: ver link en nota 3].

tengan la calidad de herederos legitimarios del donante. Por ello, manifiesta que debería hacerse la misma interpretación del contenido del artículo 2386 CCCN,¹⁸ sin apegar-se a la palabra “reducción”, sino a la frase “está sujeta a reducción por el valor del exceso”, refiriéndose a valores y no a cosas.

2) El concepto de donaciones inoficiosas en el CCIV (arts. 1830 a 1832) es similar a los artículos 1565 y 2386 del CCCN.

Confronta los artículos 1830,¹⁹ 1831,²⁰ 1832,²¹ 3601²² y 3602²³ del CCIV con los artículos 1565²⁴ y 2386 del CCCN. Comenta que la expresión del artículo 2386, cuando habla de “sujeta a reducción por el valor”, reitera el sentido de lo establecido por los artículos 3601 y 3602 del CCIV.

3) Se reconoce en la exposición de fundamentos²⁵ que se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico, y, por tal motivo, admiten que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve.

El autor postula que el mismo régimen vigente se puede seguir aplicando y en virtud del cual las donaciones a herederos legitimarios realizadas a partir del 1º de

18. 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”.

19. Art. 1830 CCIV: “Repútase donación inoficiosa aquella cuyo valor excede en la parte de que el donante podía disponer, y a este respecto se procederá conforme a lo determinado en el Libro IV de este Código”.

20. 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”.

21. Art. 1832 CCIV: “La reducción de las donaciones solo puede ser demandada...”.

22. Art. 3601 CCIV: “Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a solicitud de estos, a los términos debidos”.

23. Art. 3602 CCIV: “Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones aplicando las normas del artículo 3477. No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo a prorrata o dejando sin efecto, si fuere necesario, las disposiciones testamentarias”.

24. Art. 1565 CCCN: “Donaciones inoficiosas. Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto se aplican los preceptos de este código sobre la porción legítima”.

25. “Se ha estimado preferible la solución según la cual, aunque haya dispensa de colación o mejora, esa donación está sujeta a reducción por el valor del exceso [...] La colación en valores mediante computación e imputación ha sido siempre le modo de colacionar en nuestro derecho [...] Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga excepción de prescripción adquisitiva breve. De este modo se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico”. [N. del E.: el lector podrá acceder [aquí](#) al texto completo de los fundamentos del Anteproyecto].

agosto de este año no serían observables. Las donaciones a terceros, en cambio, estarían sujetas a reducción y *reipersecución*, con la ventaja de la disminución de los plazos de prescripción.

3. Postura doctrinaria notarial mayoritaria

Cabe destacar que se ha pronunciado otra posición doctrinaria, que reconoce la necesidad de reformar el CCCN –según proyectos que se mencionarán para concluir este trabajo–. Así, proponemos abordar por parte los siguientes conflictos que genera el CCCN.

3.1. Aceptación de la oferta de donación de inmuebles

El artículo 1795²⁶ CCIV permite la aceptación de la oferta de donación, aun habiendo fallecido el donante. La oferta de donación realizada bajo la vigencia del Código Civil, aceptada con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 1545²⁷ CCCN, deberá realizarse en vida del donante y del donatario, ya que en caso de fallecer cualquiera de ellos la oferta caducará.

Entendemos que lo dispuesto por el artículo 1545 no constituye una aplicación retroactiva de la ley; en virtud de la doctrina de Roubier, plasmada en el artículo 7 CCCN (actual art. 3 CCIV), no estamos ante una situación jurídica concluida, sino ante una situación jurídica en formación (*in fieri*) que se concluye con la aceptación y, por ello, se le aplica la ley vigente al momento de la aceptación.

Un título proveniente de una oferta de donación a un heredero legítimo (aceptada en vigencia del CCIV) es un título perfecto. Pero para el caso de aceptarse luego de la entrada en vigencia del CCCN, se le aplicará el nuevo ordenamiento jurídico y será, en consecuencia, un título pasible de las nuevas acciones de protección de la legítima y observable, de acuerdo con los fundamentos que desarrollaremos más adelante. Un supuesto de excepción que admite la aceptación de la oferta de donación ante fallecimiento del oferente es la promesa de donación hecha por el fundador en el acto constitutivo, que es irrevocable a partir de la resolución de la autoridad de contralor, que autoriza a la entidad para funcionar como persona jurídica, en virtud del artículo 197²⁸ del CCCN. La aceptación, por su parte, puede ser expresa o tácita,

26. Art. 1795 CCIV: “Si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donación, puede éste, sin embargo, aceptarla y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa dada”.

27. Art. 1545 CCCN: “La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto de la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario”.

28. Art. 197 CCCN: “Las promesas de donación hechas por los fundadores en el acto constitutivo son irrevocables a partir de la resolución de la autoridad de contralor que autorice a la entidad para funcionar como

de interpretación restrictiva y sujeta a las reglas establecidas respecto de la forma de las donaciones, y debe realizarse conforme el texto de los artículos 978²⁹ y 979.³⁰

El artículo 976³¹ introduce la caducidad de la oferta por fallecimiento o incapacidad del oferente, antes de la aceptación o de la recepción. Consideramos que basta con que el aceptante manifieste la vigencia de la oferta y de la capacidad del oferente. De estar presente el oferente para controlar su capacidad, no se formaría el consentimiento por oferta y aceptación sino por celebración del contrato.

3.2. Donaciones inoficiosas. Acciones de protección de la legítima

Conforme a los artículos 2386, 2458 y 2459 CCCN, se le otorga al heredero legítimo la facultad de ejercer la acción de reducción contra sus coherederos cuando su legítima hubiese sido afectada en beneficio de otro mediante donaciones de todo tipo de bienes registrables que excedan la suma de la porción disponible más la legítima del donatario. Esta acción, en el CCIV actual, en virtud de los antecedentes referidos, solo puede ser opuesta ante donaciones a terceros (todo aquel que no sea heredero legítimo).

El nuevo artículo 2458 define el alcance de la acción de reducción, su carácter reipersecutorio, facultando al heredero legítimo para ejercerla frente al donatario y a los subadquirentes del bien, haciéndolos pasibles de las turbaciones de derecho previstas en el artículo 1044,³² que transforman los títulos de donación en dominios revocables y observables, restringiendo la circulación de bienes y dejando gran cantidad de títulos fuera del comercio hasta cumplir los plazos de prescripción. Todo ello afecta la seguridad jurídica en general. Tanto el donatario como el subadquirente podrán detener la acción reipersecutoria desinteresando al legítimo con el valor del perjuicio a la cuota legítima, pero esto no evita que el título sea observable y el dominio revocable.

persona jurídica. Si el fundador fallece después de firmar el acto constitutivo, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos, a partir de la presentación a la autoridad de contralor solicitando la autorización para funcionar como persona jurídica”.

29. Art. 978 CCCN: “Aceptación. Para que el contrato se concluya la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta. Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante”.

30. Art. 979 CCCN: “Modos de aceptación. Toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación”.

31. Art. 976 CCCN: “La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación. El que aceptó la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación”.

32. Art. 1044 CCCN: “La responsabilidad por evicción asegura la existencia y la legitimidad del derecho transmitido, y se extiende a: a) toda turbación de derecho total o parcial, que recae sobre el bien, por causa anterior o contemporánea a la adquisición...”.

Surgen así algunos interrogantes:

- a) ¿Es una acción real, es una acción personal, o una acción mixta?
- b) ¿Quién puede elegir el carácter?
- c) ¿La insolvencia conduce a la reipersecución en protección de la legítima?
- d) ¿La incapacidad económica determina la resolución, y esta discriminación es equitativa?
- e) ¿Es necesaria la excusión previa de los bienes del donatario?
- f) ¿Puede el adquirente presuponer insolvencia al adquirir a título oneroso?
- g) ¿Es esta una óptima protección de la legítima que justifica atentar la seguridad jurídica y circulación de bienes?
- h) ¿La protección de la legítima de orden público tutelada es superior al principio de seguridad jurídica?
- i) ¿El artículo 2456 CCCN,³³ ante la insolvencia y la imposibilidad de ejercer la acción reipersecutoria, permite acción de reducción contra los donatarios de fecha anterior –creemos que únicamente ante el perecimiento de lo donado (art. 2455)–, o acaso hay otros límites a la acción reipersecutoria?
- j) Si se cumplió el plazo del artículo 2459, ¿también se protege a la donación anterior, careciendo sentido la norma?

No encontramos por el momento respuestas en la doctrina ante el reciente cambio.

En cuanto al plazo previsto por el nuevo artículo 2459, y a pesar de lo que establecen los **fundamentos** del Anteproyecto, este no configuraría un plazo de prescripción adquisitiva, sino una especie de inoponibilidad o restricción de ejercicio de la acción hacia quien esté en posesión por más de diez años. Esta interpretación estaría fundada en que la supuesta prescripción adquisitiva del artículo 2459 no tiene elementos para asimilar la prescripción adquisitiva breve del artículo 1898,³⁴ que requiere falta de legitimación o capacidad para que se configure justo título, a la prescripción adquisitiva larga del artículo 1899,³⁵ que prevé el plazo de veinte años, ni al artículo 1905, referido a la sentencia de prescripción adquisitiva.

33. Art. 2456 CCCN: “En caso de insolvencia de alguno de los donatarios, e imposibilidad de ejercer la acción de reipersecutoria a que se refiere el art. 2458, la acción de reducción puede ser ejercida contra los donatarios de fecha anterior”.

34. Art. 1898 CCCN: “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 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”.

35. Art. 1899 CCCN: “Si no existe justo título y 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”.

3.3. *Dictamen de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires*

El [dictamen](#) elaborado en el Expediente 641/15 por el escribano Martí,³⁶ ante consulta efectuada por antecedente de donación de inmueble a hijos con donante fallecido, nos ha aportado la siguiente doctrina:

En el marco de una donación efectuada a los hijos (o a 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 1º 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 1º 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.

Compartimos tales conclusiones. Y en este camino surgen nuevos interrogantes que abordaremos con los próximos temas a tratar.

4. Plenario de Trelew. Análisis de Kemelmajer de Carlucci

El fallo plenario de la Cámara de Apelaciones de Trelew de fecha 15 de abril de 2015 ([Acuerdo n° 194](#)) ha sentado la siguiente conclusión:

... una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó.

Fundamenta su convocatoria en: a) que no se afecten “derechos amparados por garantías constitucionales”; b) “evitar que la entrada en vigencia de la nueva norma trastorne el funcionamiento del sistema de administración de justicia y el ejercicio de la abogacía”, por lo que “corresponde establecer pautas claras y uniformes”.

36. MARTÍ, Diego M., “Donación a herederos legitimarios. Aplicación del Código Civil y Comercial. Acción de reducción. Plazo” [on line], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 919, 2015.

Kemelmajer de Carlucci analizó críticamente el fallo plenario,³⁷ manifestando que el acuerdo está en contra de lo dispuesto por el artículo 7 CCCN: por una lado, al postergar su aplicación inmediata en los expedientes que estén en instancias superiores al momento de entrada en vigencia del CCCN; luego, al intentar formular una regla que se aplique en general para todo tipo de cuestiones, cuando la doctrina de Roubier que subyace en dicho artículo establece que cada fase de la situación jurídica se rige por la ley vigente al momento de esa etapa, y que el consumo o el agotamiento debe analizarse según cada una de esas etapas. Agrega que la noción de consumo jurídico no se vincula con la existencia de una sentencia que no esté firme,³⁸ motivo por el cual las causas que se encuentren en apelación o en ulterior instancia deben ser resueltas interpretando rectamente el artículo 7 del CCCN. Y concluye que esta es la manera de aplicar el artículo 7, conforme a la doctrina de Roubier –que será desarrollada más adelante–.

5. Derecho transitorio. Derechos adquiridos. Situación jurídica consumada. Posturas

El artículo 3 original redactado por Vélez³⁹ adoptó la doctrina de los derechos adquiridos, que fue abandonada con la Ley 17711 en 1968; pero hoy en día la doctrina y la jurisprudencia siguen aplicándola para detener la retroactividad, incluso dispuesta por ley, en protección de los derechos constitucionales.⁴⁰ Así, consideramos que un derecho de propiedad adquirido por el donatario heredero legitimario o por un subadquirente entre cuyos antecedentes obre una donación a heredero legitimario configura un derecho consolidado en su patrimonio, adquirido al amparo de un régimen cuya interpretación ampliamente mayoritaria lo hace perfecto. A pesar de ser

37. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 22/4/2015, p. 1. [N. del E.: ver también [aquí](#)]. Asimismo, v. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1º de agosto de 2015”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2/6/2015, p. 1.

38. Da el siguiente ejemplo: “En una sentencia de divorcio, mientras no esté firme, no hay divorcio, y si después del 1 de agosto el expediente está en cámara porque la sentencia fue apelada el tribunal de apelaciones no puede ni debe revisar la sentencia a la luz del código de Vélez porque está extinguiendo una relación, y la ley que rige al momento de la extinción eliminó el divorcio contencioso, por lo cual debe declarar el divorcio pero sin calificar inocencia o culpabilidad”.

39. Art. 3 CCIV (texto originario derogado por la Ley 17711): “Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar derecho ya adquiridos.”

40. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decir que “ni el legislador ni el juez podrán en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, pues en este caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la propiedad reconocida por la Ley Suprema” (CSJN, 24/3/1994, “Jawetz, Alberto” [*La Ley*, t. 1995-A-155, con nota de COLAUTTI, Carlos, “Precisiones constitucionales acerca de la retroactividad de las leyes”]).

un concepto abandonado por la Ley 17711, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo siguen aplicando.

La Ley 17711 del año 1968 derogó el texto original y el artículo 3⁴¹ fue reformulado por Borda, introduciendo la doctrina de la situación jurídica de Paul Roubier. El nuevo artículo 7 CCCN⁴² es similar al artículo 3 CCIV y recepta, en consecuencia, la doctrina de Roubier. La única innovación es una modificación en orden a las normas que sean más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Deteniéndonos en la redacción del artículo 7 CCCN, podemos observar dos principios: a) el efecto inmediato de la ley (primera parte del artículo) y b) la irretroactividad de la ley (segunda parte).

Explica Moisset de Espanés:⁴³

Dos son los principios que orientan la solución de los conflictos de leyes en el tiempo. El primero, la casi absoluta *irretroactividad de la ley*, que sólo reconoce como excepciones aquellas hipótesis en que el legislador, de manera expresa, ha considerado necesario dar efecto retroactivo a la nueva norma. El segundo, la necesidad de que la nueva ley tenga inmediata aplicación, a partir de su entrada en vigencia. Estos principios, rectamente entendidos, no se contradicen, sino que se complementan. La aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro, y con posterioridad a su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos. Ambos principios han sido consagrados por el nuevo artículo 3, pero es necesario destacar que no han sido descubiertos por el legislador contemporáneo, sino que eran conocidos y respetados desde antiguo, como bien lo señala Vélez Sarsfield en las interesantes notas con que ilustra los arts. 4044 y 4046. Lo que ha variado es el elemento que sirve de pauta para determinar cuándo puede considerarse que la aplicación de la nueva ley vulnera el principio de irretroactividad. Antes de la Reforma el problema giraba sobre la distinción entre “derechos adquiridos y derechos en expectativa” y se decía que la aplicación de la ley era retroactiva cuando atacaba derechos adquiridos. Como estos conceptos resultaban difusos, y sus fronteras difíciles de delimitar, Roubier y sus seguidores han apelado a otras

41. Art. 3 CCIV (según Ley 17711): “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”.

42. 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”.

43. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho transitorio)*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba - Dirección General de Publicaciones, 1976, p. 16. [N. del E.: el lector podrá acceder a una versión digitalizada de la obra [aquí](#)].

nociones, y en especial a la de “situación jurídica”, que es más amplia que la de relación, pues brinda una idea de permanencia, que la hace más apropiada para comprender los problemas que originan los cambios en la legislación que rige las “relaciones” o “situaciones” jurídicas.

La aplicación inmediata de la nueva ley y su irretroactividad son reglas hermenéuticas dirigidas al juez y no son normas de conducta para el legislador, que puede ordenar el efecto retroactivo en determinados casos. El límite del legislador está dado por el artículo 7 CCCN, cuando establece que la retroactividad no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Concluye el autor Junyent Bas:⁴⁴

... podemos señalar que nuestro Código Civil, como así también la nueva compilación, siguiendo las enseñanzas de Roubier, adoptan de manera expresa la regla del efecto inmediato de la nueva ley, la que se aplicará a las situaciones y relaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella y a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes al tiempo de la entrada en vigor del nuevo texto legal. De este modo, el principio de la irretroactividad deja de ser un mero criterio interpretativo y pasa a ser una exigencia constitucional en el supuesto de que la aplicación retroactiva de la ley redunde en menoscabo de la propiedad particular, pues no se puede sancionar leyes que afecten derechos adquiridos de carácter patrimonial, pues si así se hiciera se vulneraría la garantía contenida en el artículo 17 de la Carta Magna.

Kemelmajer de Carlucci⁴⁵, a su vez, sostiene: “adhiero a quienes entienden que el problema de la retroactividad fijada por el legislador encuentra solución en los límites fijados por la propia constitución”.

Roubier ha elaborado la doctrina de la situación jurídica, porque es un concepto más amplio que el de relación jurídica, dado que comprendería también situaciones vinculadas a la capacidad, el estado y ciertas potestades y facultades que difícilmente encajarían en la noción de relación jurídica. Su doctrina determina que en toda situación jurídica los aspectos dinámicos son los de creación o constitución y extinción; cuando una de estas fases está concluida, es decir, el derecho está constituido o se ha extinguido, se está frente a un hecho cumplido o consumido sobre el cual una ley nueva no puede volver, porque sería darle efecto retroactivo. El mismo principio rige para las consecuencias ya agotadas de las situaciones jurídicas existentes. A su vez, los efectos que se produzcan con posterioridad a la vigencia de la norma se juzgan por la ley vigente al momento en que se producen, aunque los haya generado una situación jurídica existente, y ello se produce sin vulnerar el principio de irretroactivi-

44. JUNYENT BAS, Francisco, “El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 27/4/2015, p. 1 (t. 2015-B, p. 76).

45. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

vidad, por aplicación del principio del efecto inmediato, que en realidad tiene vigencia para el futuro.

Si el nacimiento de una situación jurídica no es un hecho instantáneo sino prolongado en el tiempo, deberá juzgársele de acuerdo a la ley vigente en el momento en que se completa el proceso de gestación. Y con mayor razón, se aplicará la ley nueva a la posterior modificación o extinción de esta situación jurídica, o a las consecuencias que ella engendre ya que en definitiva tendrá que dársele un tratamiento similar al de las situaciones jurídicas nuevas, es decir, las nacidas con posterioridad al cambio de legislación: aplicación del efecto inmediato.

Esta regla general es válida siempre que la situación jurídica tenga origen extracontractual o cuando se trate de leyes imperativas que deben aplicarse a los contratos en curso de ejecución, pero reconoce una importante excepción cuando la situación es de origen contractual y las nuevas normas tienen carácter supletorio.

Si la situación jurídica pendiente tiene como fuente un contrato y las nuevas leyes son de carácter imperativo, las soluciones son idénticas a las de fuente extracontractual en cuanto a la constitución, modificación, consecuencias anteriores y posteriores. La diferencia surge en cuanto a las leyes supletorias aplicables, en las situaciones jurídicas que han nacido de un contrato en curso de ejecución y con respecto a las cuales se han modificado las leyes supletorias. Estos supuestos quedan regidos íntegramente por la ley vigente al momento de celebración del contrato (constitución, modificación, extinción, y sus consecuencias).

Dice Moisset de Espanés⁴⁶ con respecto a estas situaciones jurídicas contractuales:

En cambio, cuando se trata de situaciones jurídicas contractuales, opina Roubier que ellas tienen una base “ideal y abstracta” y, en consecuencia, se ve obligado a aplicarles una concepción intelectual del tiempo; de allí que sostenga que deben ser regidas por la ley del momento de celebración del contrato. Aunque el contrato se proyecte en el tiempo material, forma un todo conceptualmente único, como si idealmente tuviera un solo tiempo, tanto en lo que se refiere a su constitución, modificación o extinción, como en lo que se relaciona con contenido y efectos. Por ello considera Roubier que debe someterse a una ley única –la del momento de su celebración– y las leyes posteriores no pueden afectarlo, aunque esté en curso de ejecución, salvo que estén dotadas de efecto retroactivo, sea de manera expresa, sea de manera tácita.

En virtud del contenido del artículo 7 del nuevo CCCN (actual art. 3 CCIV) y de la doctrina que subyace en él, sostenemos que **los donatarios herederos legitimarios y subadquirentes de inmuebles a título de donación en vigencia del CCIV tienen un derecho de propiedad que configura un derecho amparado por el artículo 17 de la Constitución Nacional, que no se puede vulnerar por la aplicación retroactiva de**

46. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, ob. cit. (cfr. nota 43), p. 27.

un nuevo ordenamiento jurídico. La adquisición o extinción de este derecho de propiedad en vigencia del CCIV es una situación jurídica concluida; se está frente a un supuesto de consumo jurídico regido por dicha normativa.⁴⁷

6. La prescripción

Respecto de la prescripción, cabe diferenciar la prescripción adquisitiva de la prescripción liberatoria. La primera tiene como presupuesto la posesión pacífica e ininterrumpida, comenzando desde el momento en que se está en posesión, independientemente de la posibilidad o no del ejercicio de la acción reipersecutoria contra la cual se opone. La segunda se basa en la inacción del acreedor y comienza desde que la acción puede ejercerse en el caso de muerte del donante.

Hay distintas posturas –que detallaremos a continuación– en relación con los títulos de donación que se encuentran en circulación, otorgados en vigencia del CCIV, y que ahora enfrentan una situación de incertidumbre por la entrada en vigencia del CCCN:

- a) La Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en virtud del dictamen antes relacionado (Expediente 16-00641-15)⁴⁸ sostiene que hay derecho adquirido desde la donación, refiriéndose a donaciones a herederos legitimarios efectuadas en vigencia del CCIV. En ese caso, el derecho de propiedad del donatario es perfecto y ya se consolidó en su patrimonio. El nuevo régimen, que prevé distintos alcances respecto del régimen del CCIV en relación con las acciones de protección de la legítima, no resulta de aplicación, puesto que ello implicaría darle a la ley un efecto retroac-

47. Varios autores se refieren a la noción de consumo jurídico. Ver, a modo de ejemplo: a) BORDA, Guillermo, “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 28, p. 810: “... dictada una nueva ley, las partes anteriores de esa relación o situación jurídica quedan sujetas a la antigua ley, en tanto que las partes posteriores son regidas por la nueva ley”. b) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot: “... los hechos pasados que han agotado la virtualidad que les es propia no pueden ser alcanzados por la nueva ley sin incurrir en retroactividad de ella. Esa es la noción de consumo jurídico, así como ante una relación jurídica sus consecuencias aún no ocurridas al tiempo de dictarse la nueva ley quedan gobernadas por esta, en cambio, las consecuencias ya producidas están consumadas y no resultan afectadas por las nuevas leyes pues lo impide la noción de consumo jurídico”. c) LÓPEZ, Joaquín y MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “El cambio legislativo. Normas de transición y de conflicto”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, España, t. LXXX, febrero 1980: “El legislador, al sancionar nuevas normas, lo hace basado en la creencia que contempla de manera más justa la realidad social, y mejora el ordenamiento jurídico, lo que apareja una pretensión de inmediata sustitución del antiguo derecho y puede llevar a aplicar la nueva ley a todas las situaciones jurídicas pendientes, tanto en lo que se vincula con sus efectos o consecuencias o a juzgar con una vara distinta, situaciones que se amparaban legítimamente en la ley que estaba en vigor en el momento de su nacimiento. Nosotros afirmamos la necesidad de una rápida adaptación al nuevo sistema, pero la transición no puede ser tan brusca que vulnere la seguridad jurídica, ello exigirá que se apliquen los viejos dispositivos, al menos para juzgar la validez de las situaciones que se forjaron y consolidaron al amparo de la ley anterior”.

48. Cfr. nota 36.

tivo que lesionaría el derecho de propiedad del donatario, que tiene jerarquía constitucional.

Las donaciones a herederos forzosos en las que el donante falleció antes de la entrada en vigencia del CCCN generan un derecho adquirido, porque las acciones de protección de la legítima con distintos alcances que prevé el nuevo Código no llegaron a nacer. La ley que rige la cuestión de fondo, que es la legítima, es la ley vigente al momento del fallecimiento. Entonces, si el donante falleció estando vigente el Código de Vélez, se le aplica esta normativa; en cambio, si no falleció, se le aplicará la nueva ley.

- b) Si el donante no falleció, no hay derecho adquirido mientras no se cumplan los plazos de prescripción. Por la aplicación inmediata de la nueva normativa, se conferirán efectos reipersecutorios a la acción entre coherederos legitimarios, afectando retroactivamente las donaciones a legitimarios otorgadas con anterioridad a esa fecha.

Nosotros adherimos a la primera posición y compartimos sus argumentos.

6.1. Plazos

El CCIV establece en su artículo 3955 que la prescripción comienza desde la muerte del causante; y, por aplicación del artículo 4023 y su nota, queda establecido el plazo de diez años para que prescriba la acción reivindicatoria. Si el donante no falleció, cabe oponer la prescripción adquisitiva, que son veinte años de posesión, por aplicación del artículo 4015.

El nuevo CCCN establece el plazo de diez años de posesión (art. 2459⁴⁹), que es el que se computaría para el caso del donante no fallecido antes de su entrada en vigencia. Cabe resaltar que predomina la interpretación que cuenta este plazo desde la posesión, no desde la vigencia del CCCN, porque se trata de un supuesto de restricción de ejercicio de la acción y no de un plazo de prescripción adquisitiva. Y si el donante fallece en vigencia del nuevo Código, se cuenta el plazo de cinco años desde la muerte del causante, por aplicación del plazo previsto por el artículo 2560⁵⁰ CCCN, que prevé que estaría vigente al momento de la muerte.

Habrà que ver en cada caso cuál es el plazo que se termina aplicando, teniendo en cuenta el artículo 2537⁵¹ CCCN.

49. 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".

50. Art. 2560 CCCN: "Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local".

51. 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 desig-

Recordemos que las posesiones se suman a efectos de cumplir el plazo requerido para que el título deje de ser observable, en virtud del artículo 1901 CCCN.⁵²

6.2. Formas de subsanación

Respecto de las formas de subsanación de donaciones en el CCCN, cabe mencionar varios métodos de bonificación de títulos, dependiendo de las circunstancias del caso. Se mantienen las alternativas de: a) revocación de donación por incumplimiento de cargos previstos (art. 1570⁵³), b) revocación por liberación del deber de prestar alimentos al donante (arts. 1559⁵⁴ y 1572⁵⁵), c) resolución bilateral con efecto retroactivo si se pacta (art. 1076⁵⁶).

Consideramos que **hace a la seguridad jurídica que los títulos de donaciones de inmuebles a herederos forzosos otorgados bajo un régimen legal que se consideren perfectos deberían mantenerse una vez que entre en vigencia el CCCN.**

7. Proyectos de reforma del Código Civil y Comercial

A continuación, se transcriben dos proyectos de ley presentados a la Cámara de Diputados de la Nación que proponen reformas a la redacción de los artículos que conceden la acción de reducción y reipersecución de donaciones inoficiosas, antes de su entrada en vigencia.

- 1) Proyecto de ley expediente 1135-D-2015, titulado “Modificación sobre acción de reducción en donaciones a herederos forzosos - Código Civil y Comercial de la Nación”, presentado por los diputados Diana Conti y Luis Cigogna, ingresó el 25 de marzo de 2015 a la Cámara de Diputados de la Nación:

nado 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”.

52. Art. 1901 CCCN: “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”.

53. Art. 1570 CCCN: “Incumplimiento de los cargos. La donación puede ser revocada por incumplimiento de cargos. La revocación no perjudica a los terceros cuyo beneficio se establecen los cargos...”.

54. Art. 1559 CCCN: “Obligación de alimentos. Excepto que la donación sea onerosa, el donatario debe prestar alimentos al donante que no tenga medios de subsistencia. Puede librarse de esa obligación restituyendo las cosas donadas o su valor si las ha enajenado”.

55. Art. 1572 CCCN: “Negación de alimentos. La revocación de la donación por negación de la prestación de alimentos solo puede tener lugar cuando el donante no puede obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia”.

56. Art. 1076 CCCN: “Rescisión bilateral. El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, solo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros”.

Artículo 1: Modificase el artículo 2386 del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Anexo I, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 2386. Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero.

Artículo 2: Modificase el artículo 2458 del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Anexo I, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 2458. Acción reipersecutoria. Mediando donaciones no comprendidas en el artículo 2386, previa excusión de los bienes del donatario, 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.

2) Proyecto de titulado “Modificación sobre acción de reducción en donaciones a herederos forzosos - Código Civil y Comercial de la Nación”:

Artículo 1. Modifícanse los artículos 2386, 2457, 2458 y 2459 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, que quedarán redactados de la siguiente forma:

Artículo 2386. Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero.

Artículo 2457. Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso.

Artículo 2458. Acción reipersecutoria. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

Artículo 2459. Prescripción adquisitiva. En cualquier caso, la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación.

Cabe comentar que el primer proyecto de ley atiende en especial a las donaciones a herederos forzosos, limitando la acción de reducción solo a donaciones a terceros no legitimarios y recogiendo la doctrina notarial mayoritariamente vigente. El segundo proyecto introduce la noción de buena fe, jerarquizada por el propio Co-

dificador, al establecerla en el artículo 9 como principio general, en el Capítulo 3 del Título Preliminar. Y define que la inoficiosidad de una donación, así como la insolvencia posterior que permita la acción reipersecutoria, no es ostensible en el estudio de títulos, por lo que no se puede presumir la mala fe, salvaguardando los derechos de adquirentes a título oneroso en correlación con los criterios sentados en los artículos.

Reglamento de copropiedad. Reserva de derechos. Extensión. Poder especial irrevocable

Dictamen elaborado por los escribanos **Arnaldo Adrián Dárdano** y **Leonardo Marcelo Schestenger**, aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 7/5/2015 (expte. 16-02130-14).

1. Doctrina

- *La adquisición de una unidad funcional implica, ab initio, la íntegra aceptación de las cláusulas que resultan del reglamento de copropiedad y administración, de los derechos y obligaciones que surgen del mismo, de las eventuales reservas efectuadas por el propietario originario, así como de los eventuales poderes especiales irrevocables que se hubieran otorgado para el ejercicio de dichas reservas.*
- *El vencimiento del plazo de vigencia establecido para un poder especial irrevocable implica su total extinción, salvo que de su redacción gramatical pudiera colegirse que la extinción es exclusivamente de su irrevocabilidad, en cuyo caso subsistiría como poder, con naturaleza revocable.*

2. Antecedentes

Se presenta la escribana S. V., quien formula una consulta acerca de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal el 23 de mayo de 1995, en cuyo reglamento el desarrollista efectuó una reserva de derechos, mediante el empleo de una cláusula, que textualmente dice:

6) MODIFICACIONES DE SUPERFICIE Y DESLINDE. Toda modificación que implique modificar el deslinde de una unidad funcional, anexando o desmembrando unidades funcionales o unificando las mismas, requeriría la aprobación del administrador, con conformidad previa del consejo de administración, salvo y como excepción [la desarrollista] y/o a quien en forma expresa la misma le ceda este derecho, quien podrá transformar las unidades funcionales CIENTO VEINTIUNO, CIENTO VEINTITRÉS, CIENTO VEINTICUATRO, CIENTO VEINTICINCO y CIENTO VEINTISIETE en más unidades funcionales, unifamiliares, multifamiliares o complementarias y/o destinar superficies exclusivas de las mismas a superficie común. Para las modificaciones

expresadas, se le otorga en el artículo vigésimo del presente a [la desarrollista] poder especial irrevocable.

Del artículo siguiente se desprende que en toda subdivisión de una unidad funcional, “ya sea para anexar al lindero y/u originar nuevas unidades”, resulta condición que el porcentual de dominio de las unidades a que dé lugar esa subdivisión totalice el porcentual de dominio que tenía asignado esa unidad, por lo que nunca podrá implicar una modificación del porcentual de dominio de las restantes unidades funcionales. En el mismo artículo se aclara también que

Los perímetros de las unidades funcionales 122, 123, 124, 125, 126 y 127, así como el de las zonas comunes adyacentes, podrán sufrir modificaciones como consecuencia de las nuevas subdivisiones a realizar.

Del artículo vigésimo, referido al poder especial irrevocable, resulta que

Para la subdivisión de las unidades funcionales CIENTO VEINTIUNO, CIENTO VEINTITRÉS, CIENTO VEINTICUATRO, CIENTO VEINTICINCO y CIENTO VEINTISIETE [...] [la desarrollista] tendrá representación y facultad suficientes para efectuar en las unidades funcionales números 121, 123, 124, 125 y 127 las subdivisiones, anexiones o nuevas redistribuciones de unidades que crea conveniente, a cuyo efecto se le confiere PODER ESPECIAL IRREVOCABLE por el plazo de VEINTE AÑOS, contados desde la fecha, dentro de lo prescripto por los artículos 1977 y 1980 del Código Civil, por interés recíproco de todos los integrantes del consorcio, que la faculta para: [...] b) Modificar el plano de subdivisión [...] e) Firmar las escrituras públicas que fuere menester [...] Cada nuevo propietario que adquiera una unidad funcional, por el solo hecho de haber aceptado este reglamento, lo habrá ratificado y se lo tendrá como si lo hubiere otorgado individualmente.

En la misma cláusula surge que

El administrador o el consejo de administración tendrán, en forma indistinta, la representación del consorcio de copropietarios y también la de cada uno de sus integrantes, en los supuestos especiales que se detallan más adelante [...] Esta representación la tendrán en carácter de APODERADOS, en virtud del PODER ESPECIAL IRREVOCABLE que se otorga en este reglamento, por el plazo de VEINTE AÑOS, contados desde la fecha [...] tendrán las siguientes facultades [...] a) [...] Autorizar la modificación del Plano de Subdivisión [...] por las unificaciones, anexiones, división o redistribución de unidades funcionales o por incorporación o supresión de mejoras que realicen los copropietarios en sus unidades [...] c) [...] Firmar las escrituras públicas que fuere menester...

La consultante sostiene que el poder caduca al vencimiento del plazo de veinte años y que también caduca la reserva de derechos que efectuara la desarrollista para sí.

También opina que, en el caso eventual de que obtuviera la aprobación de modificaciones al plano, las gestiones y actos que sean consecuencia no podrán ser otorgados una vez vencido el plazo de vigencia del poder, así como que tampoco podrán ser otorgados por el administrador y/o consejo de administración.

3. Desarrollo

Entendemos que el presente caso debe analizarse sobre dos planos:

- 1) las reservas efectuadas en los reglamentos de copropiedad y administración;
- 2) la vigencia del poder especial irrevocable, acaecido su plazo de vencimiento.

3.1. *Las reservas efectuadas en los reglamentos de copropiedad y administración*

La [Ley 13512](#)¹ establece, en su artículo 7, que se requiere el acuerdo unánime de los titulares de unidades para la realización de obras nuevas en interés particular de alguno de ellos o de terceros. A tales efectos, rige el artículo 9 del citado cuerpo legal. Lo mismo ocurriría si ese mismo derecho se concediera con posterioridad, sin duda, para los consorcistas -si la naturaleza jurídica de la relación entre ellos se la entendiera como un condominio-. Su derecho se entiende como lo establece el artículo 2518 del [Código Civil](#) a dicho espacio y tiene la exigencia propia establecida en el 2680 y concordantes del mismo cuerpo legal.² Por lo tanto, indefectiblemente, se requerirá el consentimiento unánime de todos los comuneros para disponer de tales derechos.

El reglamento es un estatuto que regirá a fin de fijar los derechos y obligaciones de los titulares de derechos reales de propiedad horizontal en un edificio, de modo tal que determina los límites que recíprocamente se imponen los propietarios. Integra los diversos títulos de propiedad.³

A excepción de Borda,⁴ la doctrina y la jurisprudencia coinciden, casi unánimemente, en que el reglamento

... constituye un contrato formal, multilateral, conmutativo, consensual, en el cual impera soberanamente la voluntad de las partes, conforme lo dispone el art. 1197 del Código Civil, en la medida en que los derechos que se obliguen a respetar recíprocamente

1. [N. del E.: derogada por la [Ley 26994](#); ver arts. 2037-2072 CCCN].

2. [N. del E.: cfr. arts. 1945 y 1990 CCCN].

3. HIGHTON, Elena I., *Derechos reales*, Buenos Aires, Ariel, 1979, t. 4 "Propiedad horizontal y prehorizontalidad".

4. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino*, t. I "Derechos reales", p. 629.

y las obligaciones que se impongan no sean incompatibles con el régimen especial al que se someten las partes.⁵

A estas características puede sumársele el constituir un contrato de adhesión cuando el mismo no es redactado por los copropietarios sino por un tercero; y es al incorporarse que cada integrante del consorcio presta su conformidad al estatuto.⁶ El hecho de la adquisición de una unidad funcional implica la presunción de conocimiento de las cláusulas que conforman el reglamento de copropiedad, la aceptación plena de las mismas, con igual efecto jurídico que hubiere tenido si el reglamento hubiere sido consecuencia de un acto deliberativo en conjunto.⁷

Para Gabás, las cláusulas de reserva no son de ningún valor si ellas no se encuentran expresadas en el boleto de compraventa, así como en la respectiva escritura. Sin perjuicio de ello, entendemos que hace a la buena fe y a la diligencia que le cabe al adquirente leer detenidamente el reglamento del inmueble a adquirir y sobre el cual prestará su conformidad. Y, de encontrarse ante una cláusula que concede alguna ventaja injustificada sin contraprestación alguna, ella podrá ser atacada judicialmente. Para ello, consideramos importante – aunque no imprescindible – efectuar, al momento mismo de la adquisición y hasta en el acto escriturario, la reserva respectiva.

Para Moreira, esa cláusula será considerada nula cuando medie abuso de derecho en su ejercicio, particularmente cuando no hubo contraprestación, ni esa circunstancia se ha visto reflejada en el valor de comercialización de las unidades.⁸

La reserva de derechos que efectúa el propietario inicial deriva de su inicial derecho de propiedad.

Hay autores que han sostenido la invalidez de las reservas formuladas en el reglamento.⁹ Sin embargo, una postura mayoritaria, con apoyo de numerosa jurisprudencia, las considera válidas.

5. CALLEGHER, Jorge A. y otros, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1998-E, p. 784.

6. CNCiv., Sala H, 28/5/1996, “Consortio de propietarios Capitán Gral. Ramón Freire 2691/93 c/ Investors SA” (*La Ley*, t. 1997-D, p. 864), voto del juez Claudio M. Kiper.

7. CNCiv., Sala G, 24/4/1991 (*El Derecho*, t. 146, p. 147): “El reglamento de copropiedad y administración integra el título de dominio, por lo que la incorporación como titular implica la adhesión a sus previsiones, inclusive impidiendo invocar su ignorancia”. CNCiv. y Com. Especial, Sala I, 3/6/1981 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1981-IV, p. 605): “Se presume que todo comprador de una unidad afectada al régimen de propiedad horizontal toma conocimiento del reglamento correspondiente si es que este preexiste”. CNCiv. y Com. Especial, Sala 5, 3/4/1987 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1987-IV, p. 724): “El reglamento de copropiedad redactado por el propietario vendedor y que ha recibido la adhesión total de los copropietarios tiene tanto valor como el que estos hubieran acordado a consecuencia de un acto deliberativo en conjunto”. Fallos citados por TRANCHINI, Marcela H., “La sobreelevación en la propiedad horizontal”, en Alterini, J. H. (dir.) y Alterini, I. E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012*, Buenos Aires, La Ley, t. VII “Reales”, pp. 139-167. También: CNCiv., Sala B, 29/10/1979 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1980-III, p. 713).

8. MOREIRA, Laureano A., trabajo de la XXV Jornada Notarial Bonaerense Mar del Plata.

9. FONTBONA, Francisco I. J., “La sobreelevación de edificios y la propiedad horizontal”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 701, septiembre-octubre 1968, pp. 1253-1308.

El propietario originario, titular de la reserva establecida en el reglamento de copropiedad y administración, que conserva la titularidad de una unidad funcional con facultad de dividirla, adquiere el dominio de las unidades que se incorporan al edificio, entendiéndolo bajo el régimen de la [Ley 13512](#), al momento de tomar estado de propiedad horizontal (modificación del reglamento) por serle adjudicadas por título de división. Tal acto de división supone un acto de renuncia al dominio de las nuevas unidades por parte de los copropietarios que no contribuyeron con su construcción, a favor del propietario que, autorizado, las realizó por su cuenta y costo.¹⁰

Al momento del otorgamiento del reglamento de copropiedad, resulta recomendable que se establezca la reserva con suma meticulosidad y precisión: cantidad de unidades a dividir, altura de los pisos o superficies máximas, situación futura del uso de los espacios comunes, modificación o no de los porcentuales de dominio, etc. Las reservas poseen su límite en la ley, orden público, o por el propio disponente al momento de efectuarse, ya que ello es justamente lo que es tenido en cuenta por los restantes copropietarios al momento de adquirir unidades funcionales del mencionado inmueble. También poseen un límite en cuanto a que deben ser empleadas de acuerdo al ejercicio regular del derecho reservado.

El carácter abusivo de una reserva debe analizarse en cada caso particular. Una cláusula podría ser considerada abusiva si de su redacción –interpretada de buena fe– puede entenderse el límite de la misma, sea espacial o temporal. Colabora con un mejor análisis el tener en cuenta los perjuicios que su utilización genera en los restantes copropietarios, frente a las ventajas o contraprestaciones recibidas por los consorcistas. Esos límites no son siempre claros y, eventualmente, pueden ser determinados judicialmente.

3.1.1. *Naturaleza jurídica de la reserva*

Las reservas son autorizaciones, ya sean ellas originarias o dispuestas con posterioridad, y conceden sola y exclusivamente derechos personales, ya que obviamente no existe el objeto material actual sobre el cual pueda recaer el derecho real. En el régimen de la propiedad horizontal, las “unidades a construir” solo van a poder ser objeto autónomo de derechos reales en la medida en que efectivamente se construyan, se les dé el alta administrativa mediante el respectivo plano de mensura y, posteriormente, se modifique el reglamento de copropiedad y administración para incorporarlas.¹¹

10. COLMAN LERNER, Horacio, “Propiedad horizontal. La reserva o concesión del derecho de nuevas construcciones”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 782, marzo-abril 1982, pp. 337-361.

11. ABELLA, Adriana N. y otros, “El derecho a sobreelevar en la propiedad horizontal”, en Nuta, A. R. (dir.), *Curso de derecho notarial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, t. 1, pp. 271-298.

3.2. *La vigencia del poder especial irrevocable acaecido su plazo de vencimiento*

El artículo 1977 del [Código Civil](#)¹² establece los requisitos expuestos que deben concurrir para que un poder pueda ser considerado irrevocable; para ello, debe ser otorgado: a) para negocios especiales, b) limitado en el tiempo y c) en razón de un interés legítimo de los contratantes o de un tercero. La limitación en el tiempo resulta un requisito esencial del poder irrevocable. En los casos de reservas efectuadas en el reglamento de copropiedad y administración, es habitual e imperioso el otorgamiento de un poder especial irrevocable para el cumplimiento de aquellos actos necesarios para el ejercicio de dichas reservas.

El hecho de la adquisición de una unidad funcional implica, en principio, la plena aceptación de las cláusulas del reglamento de copropiedad, de la totalidad de los derechos y obligaciones que resultan del mismo, y, consecuentemente, de las reservas efectuadas, así como también de los poderes especiales irrevocables que se hubieren otorgado para su ejercicio. Esta aceptación no es ilimitada, sino que encuentra su límite en la propia redacción de sus cláusulas. La gramática y las características de la propia redacción de nuestro idioma pueden dar lugar a distintas interpretaciones que permiten entender los alcances no solo de las reservas, sino también de los propios poderes. Existen límites materiales, espaciales, temporales y/o en relación a los sujetos. El límite temporal establecido en el contrato, cuya existencia –dijimos– resulta un requisito esencial, no permite interpretaciones ambiguas.

Los poderes se extinguen por diversas causas. Entre ellas, por la expiración de su plazo de vigencia, voluntariamente estipulado y aceptado por todos aquellos que conforman el mencionado consorcio. La extinción de cualquier poder provoca que el mismo pierda toda eficacia jurídica y, por lo tanto, la falta de legitimación como requisito de eficacia de los actos jurídicos a los que faculta. El artículo 1960 del [Código Civil](#)¹³ expresamente menciona la expiración del plazo como causal de cesación, y ello opera de manera automática. Todas las partes involucradas tienen conocimiento, desde el inicio de la relación jurídica, de que la conclusión del plazo implica que la manda expiró, sin necesidad de notificación alguna.

¿Continúa vigente un poder especial irrevocable luego de expirado su plazo como un poder común o revocable? Ello dependerá de la voluntad contractual del autor y los adherentes, voluntad que – entendemos – quedará reflejada en la redacción de la cláusula que así la establezca. En ocasiones, hasta el uso de una coma, o la inexistencia de la misma, nos permite interpretar la intrínseca voluntad. Por ejemplo, el poder otorgado en estos términos: “que confiere poder especial, irrevocable por 10 años”, que permite interpretar la intención del otorgante de que el poder persista como poder común, luego de finalizado el plazo previsto para la irrevocabilidad,

12. [N. del E.: cfr. art. 1330 [CCCN](#)].

13. Art. 1960: “Cesa el mandato por el cumplimiento del negocio y por la expiración del tiempo determinado o indeterminado porque fue dado”. [N. del E.: cfr. art. 1329 [CCCN](#)].

mientras que la ausencia de la coma implicará interpretar la opinión contraria. Bajo este análisis, de interpretar la permanencia de su vigencia transcurrido el plazo, o ante la eventual posibilidad de entenderlo vigente, cualquier copropietario-otorgante podría optar por revocar dicho poder y anotar mediante nota marginal en la escritura matriz del reglamento, a efectos de una clara publicidad de dicho acto revocatorio frente a eventuales terceros contratantes que pudieren haber interpretado su eventual continuidad. Esta comisión [ha interpretado](#) que

Si al momento del otorgamiento de la escritura de compraventa había vencido el plazo de vigencia del poder invocado, la situación se asimila a la de no existir poder alguno, por lo que se considera como si se hubiera actuado sin poder alguno.¹⁴

En otro [dictamen](#) se fijó la siguiente doctrina:

El vencimiento de la limitación temporal de un poder determina su extinción, independientemente de que no se haya cumplido el objeto para el cual se otorgó.¹⁵

4. Análisis del caso en particular

No siendo la Comisión de Consultas un órgano jurisdiccional que deba expedirse necesariamente en uno u otro sentido, se expone la existencia de una o de diversas interpretaciones de sus miembros en cada uno de los interrogantes traídos a la consulta.

4.1. *Análisis de la vigencia temporal del poder especial irrevocable y de su subsistencia luego de vencido dicho plazo*

El poder especial irrevocable concedido a favor del desarrollista en la cláusula vigésima y el poder especial irrevocable concedido a favor del administrador y del consejo de administración en similar cláusula fueron limitados temporalmente al plazo de veinte años desde la fecha de su otorgamiento. De su redacción, no hay duda alguna de que la voluntad negocial fue limitar su existencia a dicho plazo, por lo que el vencimiento del plazo estipulado implicará su definitiva extinción y su no continuación, ni aun como un poder revocable.

14. "Poder especial irrevocable con plazo vencido. Imperfección del título", dictamen publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 847, octubre-diciembre 1996, pp. 754-761.

15. "Poder especial irrevocable. Extinción por expiración del plazo", dictamen publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 852, abril-junio 1998, p. 107.

4.2. *Análisis de la vigencia temporal de la reserva*

Al realizar un análisis literal de la redacción utilizada para limitar la reserva, no resulta la existencia de plazo alguno, lo que lleva a algunos miembros a interpretar que ella no tiene fecha de caducidad, sin perjuicio de lo cual la propia extinción del poder previamente mencionado provoca la imposibilidad del ejercicio de dicha reserva. Otros miembros, por el contrario, sobre la base de una interpretación integral (reserva-poder), en virtud de la conexidad de las mismas, existente tanto por la referencia de sus propias cláusula, como por razones funcionales, y, en particular, teniendo en consideración la supuesta causa fin del contrato, iluminada por la buena fe, interpretan que la existencia de la reserva se ve determinada por el plazo de vigencia del poder que permite su ejecución, y, por lo tanto, la extinción del poder por vencimiento del plazo implicaría la consecuente extinción de la reserva.

4.3. *Análisis de la posibilidad de continuar con la ejecución de las reservas iniciadas con anticipación al vencimiento y no concluidas al momento de la extinción del poder*

Este análisis también ha generado entre sus miembros diversas conclusiones entendiendo aquellos que opinan que la reserva no tiene plazo que determine su extinción, que podrán terminar las ejecuciones pendientes, en cuyo caso deberá acreditarse fehacientemente haberse dado inicio a los trámites que impulsen notoriamente el comienzo de las modificaciones que pretende realizar, y en un plazo de razonabilidad concluir las obras y dar por concluido así su derecho.

4.4. *Análisis de la extensión del derecho reservado*

Del análisis de la redacción de la reserva surge el derecho a “transformar” las unidades funcionales 121, 123, 124, 125 y 127. Debemos complementar ese texto con el párrafo precedente, que aclara “anexando o desmembrando unidades funcionales o unificando las mismas”. Cabe cuestionar entonces si la extensión de la reserva comprende o no la posibilidad de dividir, a su vez, las unidades que fueron resultantes de una primer división.

Para verificar la extensión de dicho derecho, debemos también interpretar la redacción dada al poder, que amplía el derecho o permite una interpretación más amplia de los derechos reservados al mencionar: “facultad suficiente para efectuar en las unidades funcionales 121, 123, 124, 125 y 127 las subdivisiones, anexiones o nuevas redistribuciones de unidades que crea conveniente”. En virtud de dicha ampliación, resultaría existente, durante la vigencia del poder, la facultad del desarrollista de efectuar divisiones de unidades que han nacido producto de una división anterior. Sin embargo, luego de acaecido el vencimiento del plazo de vigencia

establecido para el poder, no podría interpretarse la posibilidad de realizar nuevas redistribuciones.

4.5. Análisis de la existencia de abuso de derecho

No corresponde a esta comisión dictaminar sobre la existencia o no de un accionar abusivo de derecho por el ejercicio del derecho proveniente de la reserva analizada, que eventualmente le corresponderá a un tribunal.

Historia del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

(Capítulos XI, XII y XIII)

Álvaro Gutiérrez Zaldívar

Sumario: **CAPÍTULO XI. 1.** El notariado de nuestro Colegio y el *notary public*. **1.1.** El comienzo. **1.2.** Una propuesta de cambio de nombre. **2.** El *notary public* en los Estados Unidos de Norteamérica. **2.1.** La situación en algunos estados. **2.1.1.** El Estado de Florida. **2.2.** La asociación más importante de notarios. *The National Notary Association*. **2.2.1.** Trabajos que efectúa la Asociación. **2.3.** El control de los antecedentes de los aspirantes. **2.4.** Los límites de responsabilidad. **2.5.** ¿Tienen problemas? **3.** El escribano de la Ciudad de Buenos Aires. **CAPÍTULO XII. NUESTRO TRABAJO Y LOS CAMBIOS.** **CAPÍTULO XIII. 1.** El Colegio de Escribanos. Decisión, convicción o suerte. **2.** ¿Quién es el responsable de que el Colegio se transforme en lo que es hoy? **3.** El futuro del notariado.

CAPÍTULO XI

1. El notariado de nuestro Colegio y el *notary public*

Con el correr de los años, nos hemos encontrado con que hay autores que pretenden efectuar cambios en nuestro sistema notarial, alegando que el *notary public* de los Estados Unidos de Norteamérica tiene distintas funciones. Suponemos que lo hacen para que nosotros seamos *notaries* y porque están interesados en cambiar nuestra profesión. Podríamos mencionar, como ejemplo de ello, la exposición de motivos de la Ley de Sociedades y, muchos años atrás, un proyecto del Círculo de Escribanos en los cuales se pretendía que la función notarial pudiera desempeñarse por el solo hecho de tener un título expedido por la universidad.¹

Como no podemos alegar que se ha actuado ocultando la verdad, partimos de la base que ignoraban los alcances de lo que estaban pidiendo y sus implicancias. Ignorancia que nuestro Colegio y la Unión Internacional del Notariado han tratado de precisar hasta las últimas consecuencias para demostrar que lo único en que coinciden el *notary public* y nuestro notariado es en el nombre.

1. Exposición de Motivos, Ley de Sociedades N° 19.550 (1972). Ver Sección 5ª de la Sociedad Anónima. Punto 2 y Proyecto del Círculo de Escribanos - Ver Biblioteca del Colegio)

1.1. *El comienzo*

Hace más de treinta años se planteó en una de las comisiones de la Unión Internacional del Notariado Latino la conveniencia de tomar contacto con la mayor asociación que había de *notaries* en los Estados Unidos, o si era mejor ignorar su existencia, por ejercer una función con requisitos y procedimientos absolutamente distintos de los que tenemos en la Unión Internacional del Notariado.

Algunos miembros de esa comisión opinaban que esos *notaries* no tenían ningún punto de contacto con nuestras tareas. Los partidarios de hacer un estudio sostenían que –bien o mal– tienen una función delegada por el Estado y un nombre similar, por lo que sugerían hacer un análisis de sus funciones.

En ese momento no se sabía qué trabajo hacían, cuántos eran y si las leyes que determinaban su ejercicio eran nacionales, estatales o de condados. Tampoco se sabía qué requisitos debían cumplir para ser *notary public*, qué estudios debían haber cursado, su edad de ejercicio y otros requisitos.

Finalmente, resolvieron enviar a un delegado en 1980 a uno de sus congresos, para establecer qué funciones tenían, cómo desarrollaban su trabajo, si usaban un protocolo, y, por otra parte, conocer cuántos eran y qué facultades, requisitos y obligaciones tenían. Sabíamos que actuaban por delegación del poder público certificando firmas y que en algunos estados celebraban casamientos.

Los que sugerían hacer el contacto alegaban que sería conveniente tener más información, averiguar qué estudios tenían, quién efectuaba su control, cuál era la edad requerida para ejercer el cargo y demás aspectos. Con mayor razón, cuando su ámbito de trabajo es un país importante y con muchos habitantes. También interesaba conocer la forma, la responsabilidad y el alcance de su gestión.

Cualquiera de las dos posturas –el tomar contacto con ellos o ignorar su existencia– podía ser subjetivamente válida, pero pesó más la del sector que sostenía que convenía tener un informe que estableciera cuántos eran, cuánto duraba su mandato, cómo protegían a sus clientes, cómo comprobaban la identidad de los firmantes, quién los controlaba, si guardaban originales de los actos que realizaban. El otro sector opinaba que todo era tan distinto que no importaba. No querían analizar ni el sistema, ni cómo funcionaba.

Al final se decidió que un notario de un país miembro de la Unión Internacional concurriera a uno de sus congresos e hiciera un informe.

En ese año de 1980, me designaron para asistir a su congreso y tomar contacto con sus autoridades y a mi regreso hice un informe que se publicó en la *Revista del Notariado* y se reprodujo total o parcialmente en otras del exterior.²

Dos años después, me pidieron que concurriera a otro congreso, pero esta vez acompañado por dos destacados notarios españoles, ya que otros notariados de la

2. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro, “II Reunión Anual National Notary Association”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 772, julio-agosto 1980, pp. 1045-1071.

Unión decidieron que convenía que hubiera más notarios con contactos en la organización que promovía estos congresos.

Concurrieron, aparte de los dos españoles, un notario mexicano y otro de Israel.

1.2. *Una propuesta de cambio de nombre*

Los notarios norteamericanos están orgullosos del título *notary public*, señalan que viene desde el derecho romano, pero –para evitar confusiones– se propuso en un Estado del país cambiar el nombre por el de *certificador público*, para evitar dudas por las diferentes funciones, calidades y responsabilidades que tienen los *notaries* con el notario del derecho civil.

Tal es así que en el Estado de Texas había *notaries* que, aprovechando la mayor jerarquía jurídica del notario mexicano, utilizaban carteles de propaganda con las palabras *notario público* (en español).

La Legislatura de Texas prohibió la utilización de este tipo de anuncios, a menos que se pusiera también una advertencia que dijera: “No soy un abogado con licencia para el ejercicio legal en Texas, y no puedo dar asesoramiento legal o aceptar honorarios por asesoramiento jurídico”. Creo que este texto marca con más claridad que cualquier explicación las diferencias entre el notario de nuestro derecho y el que no lo es.

Cuando uno viaja a Estados Unidos y dice que es notario público, tiene inmediatamente que empezar a explicar que para los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires es mucho más difícil ser notario público que abogado, título que debemos tener, pero sumando una práctica, exámenes de alto nivel, capacitación permanente obligatoria durante toda nuestra vida profesional.

Por otra parte, tenemos el control y la supervisión de un Colegio que tiene funciones delegadas por el Estado y revisa periódicamente los actos que realizamos. Hay, además, un Tribunal, que en nuestro caso es el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, que es la última instancia sobre el desempeño de nuestra función.

Además, los escribanos o notarios locales tienen inspecciones permanentes del Colegio, que revisan no solo las escrituras y las firmas sino también las constancias de inscripciones en los registros, los impuestos y otros requisitos de acuerdo con el tipo de escritura que se trate.

El escribano tiene durante cinco años la guarda del protocolo, que son los originales de nuestras escrituras, con las firmas originales de las partes y del notario; luego debe encuadernarlo a su costa y entregarlo al Colegio, quien tiene a su cargo la guarda y conservación de los protocolos posteriores al año 1900.

El protocolo es propiedad del gobierno. Pero antes de avanzar sobre el tema, debemos señalar que la legislación sobre el notariado en Estados Unidos depende de cada Estado, las leyes no son uniformes y los requisitos para el cargo también son

distintos. Hay también algunas diferencias de requisitos para ejercer entre los distintos condados.

Veamos algunas características del notariado norteamericano, que tiene enormes diferencias con el nuestro, lo que provoca que los requisitos para actuar y las funciones sean tan distintas.



The National Notary,
publicación periódica institucional de la Asociación



I.D. checking guide (International edition)

2. El *notary public* en los Estados Unidos de Norteamérica

Veamos ordenadamente algunas diferencias. Los *notaries*:

- No necesitan estudios legales, no son abogados, ni tienen obligación de tener ningún título académico de leyes.
- No pueden dar consejos legales, está prohibido y se los sanciona si los dan.
- En muchos Estados se discute si pueden leer el documento del que certifican firmas. Hay una tendencia que dice que solo es aceptable leer el contrato para ver si hay blancos o debe sacar datos para un libro de registro, que en algunos Estados es hoy obligatorio. Hace treinta y cinco años no lo era. La prohibición de lectura es básicamente por una preservación de la privacidad personal.
- Son nombrados por intervalos de tiempo, en la mayoría de los casos por cuatro años. En su certificación de firmas, deben dejar constancia de la fecha en que finaliza su mandato.³
- No guardan copias ni originales de los actos en los que intervienen. Esto ha demostrado ser muy importante en los últimos años con las hipotecas fraudulentas. De muchas de ellas, solo han encontrado pruebas electrónicas de su existencia en los registros inmobiliarios. Un grupo de personas que estaban siendo ejecutadas pidieron a los acreedores que les muestren los originales de los documentos por ellos firmados y han conseguido la detención temporal del procedimiento.⁴
- Otro problema es que hay muchos *notaries* que trabajan como empleados de compañías que se dedican a hacer certificaciones, o sea que trabajan en relación de dependencia de un empleador. En estos casos, el problema es mayor porque algunos empleadores –por motivos económicos– pretenden muchas veces que el notario no sea muy exigente en los recaudos para hacer una certificación. El *notary* puede estar recibiendo una doble presión: la del requirente y la del empleador. Como veremos más adelante, algunos tribunales están responsabilizando también al empleador por certificaciones impropias. En Argentina, los notarios como tales no pueden trabajar en relación de dependencia.
- Para la mayoría de los *notaries*, su trabajo no es su principal fuente de ingresos. Trabajan en otra cosa, son secretarios de estudios de abogados, encargados de fotocopadoras o trabajan en un banco o una farmacia. Nosotros en Argentina lo tenemos prohibido, salvo que sea algo derivado –por ejemplo– de la enseñanza en las universidades o colegios y algunas otras situaciones.
- Aun teniendo en cuenta el tamaño de su país, la cantidad de *notaries* es muy grande. No son casos comparables, pero con algo tenemos que hacer la rela-

3. En Virginia son nombrados por diez años.

4. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro, “La compra de inmuebles en los Estados Unidos. Estructura Legal. Las hipotecas subprime” en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2009, n° 896, p. 195.

ción. En la Ciudad de Buenos Aires, somos alrededor de dos mil setecientos. Solo en el Estado de la Florida los *notaries* son más de cuatrocientos sesenta y seis mil. En el 2009 había en Estados Unidos alrededor de cuatro millones ochocientos mil notarios. Si los dividimos por una población de trescientos cincuenta millones de habitantes, nos da un notario cada 73 personas. Hace 35 años –cuando hicimos el primer relevamiento–, había dos millones quinientos mil *notaries*; hoy se han duplicado.

Al igual que nosotros, pueden hacer certificaciones en cualquier momento, incluidos fines de semana y vacaciones. Sus certificaciones deben hacerse dentro del Estado que les dio el cargo.⁵

2.1. La situación en algunos estados

El requerimiento de llevar un *journal*, que es un libro privado del *notary* donde lleva un registro de todas o algunas certificaciones, es exigido en veintidós estados y en el Distrito de Columbia (Washington DC). La Asociación Norteamericana –de la que luego hablaremos– recomienda negarse a la certificación si el requirente no quiere firmar en ese registro particular o negarse a poner su impresión digital. Recomiendan además a todos los *notaries* tener este registro aunque en el lugar donde ejercen no sea obligatorio. Les dicen que llevar este libro no es una elección, es algo que los protegerá. Que esta protección es para él y para su cliente y que les conviene describir en el mismo cualquier hecho inusual o que les llame la atención. Piden también que sea llenado personalmente por el mismo *notary*.

Esto no es igual en todos los Estados, ya que algunos aceptan los registros particulares del notario como prueba, otros los obligan a llevarlos, aunque hay también alguno que los prohíbe por considerarlos una invasión de la privacidad.

Como hemos dicho, un poco menos de la mitad de los Estados establecen requerimientos para estos libros, qué es lo que deben contener y la forma de llevarlo. Recomiendan hacer poner la impresión digital al requirente en el mismo.⁶ En una de sus revistas comentan que hay bancos que exigen la impresión digital en cheques que se cobran en efectivo por ventanilla, y que el Bank of America reportó que esa práctica ha conseguido disminuir en un 80 % los fraudes con este tipo de cheques.

California es posiblemente el Estado con más altos requisitos para ejercer como *notary*, y es también donde tiene su base la organización más grande de notarios, la National Notary Association.

Este Estado obliga a llevar el registro de actos y exige a los requirentes a poner su impresión digital en el mismo cuando se trate de transacciones inmobiliarias. Re-

5. Hay algunas excepciones, por ejemplo, en las bases militares: las certificaciones las hace el notario de la base.

6. *The National Notary*, marzo 2009, p. 12.

quiere identificación válida para todas las *notarizaciones*. El número de *notaries* en este Estado ha crecido de una manera espectacular. En el año 2002 había 159.000 notarios y en 2007 se contabilizaban 292.170. Es decir, un incremento del 84 % en 5 años.

Florida es el Estado con más *notaries*, Texas es el segundo: tienen 398.159. En este Estado se prohíbe al *notary* dejar constancia en su registro del número de documento de identidad del requirente. (Estadísticas de 2009, último congreso que asistimos). Por su parte, Illinois tiene casi 200.000 *notaries*. En dicho Estado, las Cortes han establecido “que el empleador es directamente responsable por faltas cometidas por los *notaries* que utiliza o por su falta de supervisión”.

Esto surgió del caso “Vancura v. Katris”, que comenzó hace una década cuando alguien firmó un documento con una firma falsa que fue atribuida por el notario a un señor de apellido Vancura. Esa firma fue certificada por un *notary*, empleado de una casa de fotocopias en Chicago.

El señor Vancura demandó al notario, al empleador del *notary* y a otros. El notario alegó que certificaba firmas comparándolas con otras de la misma persona; además, dejaba su sello a cargo de su jefe y otras situaciones. La Corte condenó a la compañía por no haber supervisado y controlado a su notario-empleado y no haber seguido procedimientos de control. El notario tampoco salió bien parado: debió pagar 30.000 dólares por su negligencia.

En la mayoría de los Estados el cliente tiene como protección del error o inconducta del *notary* una fianza, que se debe constituir en el momento de recibir el nombramiento. Varía desde 500 dólares en su monto más bajo (Wisconsin-Wyoming) hasta 15.000 dólares en California. Esa fianza la da un tercero. En algunas jurisdicciones se exige un sello de tinta con el nombre del notario, en otros se usa un sello habitualmente dorado que se pega al papel con un aparato que le da relieve y una cinta. Gran cantidad de *notaries* usan ambos sellos en la certificación, como forma de precaución. Hay por lo menos un Estado que no requiere sello.

2.1.1. *El Estado de Florida*

En este estado, los notarios pueden formalizar matrimonios.

Tienen una serie de limitaciones a lo que pueden cobrar por los actos que realizan. Los honorarios que cobran –en nuestra opinión– no son altos, pero la función y los requisitos para ejercerla son distintos a los nuestros. Con relación a las certificaciones de firmas hoy, los honorarios argentinos son similares a los que se cobran en algunos Estados.

Para ser *notary* en la Florida se requiere obtener un formulario de solicitud y conseguir una compañía de fianzas que responda por su desempeño. Son nombrados temporalmente.

Puede hacer su trámite de inscripción como *notary* por vía electrónica. No hay limitación en su número.

En Argentina, el notario es inamovible, no hay plazo de finalización de su cometido, salvo imposibilidad física o mental, o mal desempeño de su profesión, situación que es poco frecuente.

El solicitante en la Florida debe aportar una prueba que asistió a tres horas de un curso especial a cargo de un proveedor de cursos, que a su vez tiene que estar aprobado por el Estado. Estos cursos pueden ser ofrecidos por el sector público o privado. Además, debe presentar sus antecedentes, debe haber cumplido dieciocho años de edad y ser residente legal en el Estado. El trámite para ser *notary* puede ser completado en dos o tres semanas.

En un avance en la búsqueda de tratar de convertir al *notary* americano en un notario de derecho civil, se ha promulgado una ley. Esto no es algo que termina, es solo un comienzo, el tiempo marcará los cambios que se sucedan.⁷

Artículo 1. Significado de los términos usados en esta ley:

Documento auténtico significa **un instrumento elaborado por el notario de derecho civil a que se refiere esta ley**, en el cual se incluyen las cláusulas que tendrán vigor entre las partes contratantes, así como la personalidad de las mismas.

Incluye también la ratificación del texto íntegro del instrumento, las firmas de las partes o su equivalente legal, la firma y sello del notario y cualquier otra información prescripta por la Secretaría de Estado.

La expresión notario de derecho civil se refiere a una persona que es miembro de pleno derecho de la Barra de Abogados de Florida, ha ejercido la abogacía por un mínimo de cinco años y ha sido designado por la Secretaría de Estado con tal carácter.

Protocolo significa el registro llevado y conservado por un notario de derecho civil, donde se consignan los actos relativos.

Artículo 2. La Secretaría de Estado tiene facultades para designar notarios de derecho civil y aplicar la presente ley.

Artículo 3. El notario de derecho civil está autorizado para expedir documentos auténticos y por tanto puede autenticar o certificar cualquier acta, transacción, suceso o circunstancia. El acto y su contenido deben presumirse legítimos.

También puede recibir juramentos y redactar el certificado correspondiente cuando resulte necesario para la validez del documento el que sea ratificado, protestado o protocolizado bajo su sello.

Puede asimismo efectuar reconocimientos de documentos, redactar escrituras para su registro y presidir en forma solemne las ceremonias de matrimonio, con la misma capacidad que los funcionarios respectivos.

Por último, es importante mencionar aquí, que ya hay *civil-law notaries* en el Estado de Florida.

7. Hay en la ley de este estado un capítulo denominado "*International notaries*", que consta solamente de dos secciones.



The National Notary

2.2. La asociación más importante de notarios. *The National Notary Association*

No hay que olvidar que *The National Notary Association* es una asociación privada, no hay obligación de pertenecer a ella. Tienen una revista con un equipo de redacción que comenta casos concretos.

Los *notaries* si quieren se hacen miembros o no. Es una organización comercial, lo que no desmerece el valor de su intervención. Es más, su actuación la consideramos positiva y a lo largo de los años ha ido provocando cambios. Por ejemplo, antes no se exigía en ningún lugar un registro de actos y hoy lo exigen más de 20 Estados.

Hace treinta años calculamos que podría tener unos veinte mil miembros; en 1995 tenía cien mil, y en 2009, unos trescientos mil.

2.2.1. Trabajos que efectúa la Asociación

La Asociación trata de prevenir malas prácticas y/o fraudes y sostiene que la mejor manera de evitarlos es llevando registros y usando determinados procedimientos.

No puede intervenir, ni sancionar, solo puede ofrecer información y consejos, enseñar a actuar, premiar a *notaries* y tratar que el nivel de exigencias establecidas para el ejercicio en cada Estado sea cada vez mayor.

Tratan de entrenarlos para responder negativamente a clientes que le piden servicios impropios o fuera de su función.

Les dice que tienen que manifestar a sus clientes: 1) que no pueden dar consejos jurídicos; 2) que no pueden afirmar cosas que luego no pueden mantener bajo juramento en una Corte; 3) que no pueden certificar algo en lo que el mismo notario se beneficie.

En 1993 se exigió como obligatorio el primer libro diario con impresiones digitales en el Condado de Los Ángeles (en Estados Unidos hay 3141 condados) con un programa piloto. Tres años después se aplicó a todo el Estado. Antes era un consejo, ahora es una exigencia.

2.3. *El control de los antecedentes de los aspirantes*

En 2007, solo tres Estados (California, Massachussets y New Hampshire) controlaban a fondo los antecedentes de quienes aplican para ser *notaries*. Texas lo hace en forma alternada. Ohio requiere un certificado firmado por un juez, que a veces incluye antecedentes.

2.4. *Los límites de responsabilidad*

En materia de compraventa inmobiliaria, los límites de responsabilidad del *notary* están limitados –a primera vista– a la certificación de firmas que ellos realizan. No intervienen ni en el contrato de compraventa, ni en su registración. La defensa del comprador para el caso de que el título esté mal, está dada por el seguro de títulos.

Este seguro no está relacionado con el *notary*, lo contrata el comprador directamente con una compañía de seguros y/o el banco que le da la hipoteca, o el abogado que interviene, si es que hay uno.

En algunos Estados se requiere que actúe un abogado para completar una transacción de compra de bienes raíces, pero en otros no se exige esa condición.

En una compraventa inscrita, el notario de nuestro Colegio da una seguridad jurídica: redacta el documento notarial, conserva los originales, emite copias que dan fe de su contenido y lo inscribe en el registro, además de asesorar a las partes. El *notary public* lo tiene prohibido.

2.5. *¿Tienen problemas?*

Sí, hay demasiados *notaries* con poca preparación (un curso) y con poco control para actos de importancia. Es demasiado fácil ser *notary* y no hay relación entre el poder que se les otorga, el número que hay y los controles que tienen. En nuestro país, con nuestro sistema notarial, si alguien pide ver los papeles que firmo, los tenemos y los podemos mostrar.

Es un país con otra cultura y con otro derecho. De cualquier forma, con la creación del notario del derecho civil en la Florida (que tiene que ser abogado con antigüedad) podemos decir que –por lo menos– el cambio ha comenzado.

Nosotros no queremos ser como ellos, pero ellos están tratando de aumentar los requisitos que se deben tener para ejercer el cargo. Es un país que en muchas cosas

es, por lejos, más organizado que el nuestro. Los argentinos también tenemos falencias en muchas cosas, no podemos salir a dar clases sobre organización, pero en materia de escribanos y Registros de Propiedad Inmueble, no vemos inconveniente en hacerlo.

3. El escribano de la Ciudad de Buenos Aires

La tranquilidad pública necesita la existencia de funcionarios, que sean asesores de todas las partes al mismo tiempo, así como redactores imparciales de su voluntad; ellos deben hacer conocer a los contratantes todas las obligaciones que asumen con el documento que firman y explicarlo con claridad. Dotan además al documento del carácter de acto auténtico y lo conservan, evitando con su asesoramiento previo juicios que se podrían evitar.

Las partes aportan al notario los elementos del contrato, los materiales del mismo, pero el notario lo construye en base a la voluntad de ellas, y está demostrado que han cumplido de tal forma con su función, que con el correr de los años su rol es cada vez más importante. A veces es tan vasto que ninguna legislación ha podido establecer todas sus funciones con exactitud.

La misión del notario, si quisiéramos buscar una definición generalizadora, es la de ejercer una administración preventiva de la Justicia; sería un desconocimiento absoluto de su posición y de su situación histórica el suponer que el notario solo recibe y registra un documento. Le incumbe buscar la voluntad de las partes, sus intenciones y dirigir las hacia las formas jurídicas admisibles y adecuadas, armando una redacción instrumental que evite toda oscuridad o duda.

El notario es en nuestro tiempo, sin duda, un funcionario público, pero es también un consejero de los contratantes, un asesor imparcial, un jurista estudioso, que analiza los problemas de las partes con sus situaciones de hecho y de derecho; controla que el objeto del contrato sea lícito e impide que una de las partes abuse de la otra.

El notario debe rehusar intervenir en un acto en el que se vulnere manifiestamente a una de las partes, por tener ésta un desconocimiento absoluto de las obligaciones que asume.

Uno de los deberes del notario es el de no ser parte del diferendo que a él se ha sometido. El notario no actúa como abogado de parte.

El Colegio también controla su conducta profesional y privada, e interviene en su desempeño. El artículo 135 de la Ley Notarial N° 404 para la Ciudad de Buenos Aires establece:

Toda acción judicial o administrativa que se promoviere o suscitare contra un escribano, fuere por razón de sus funciones profesionales o en el orden estrictamente personal, se hará conocer al Colegio a los fines de que éste adopte o aconseje las medidas que con-

siderare oportunas con relación a su calidad de notario. A tal efecto, los jueces y autoridades administrativas, de oficio o a petición de parte, notificarán al Colegio toda acción contra un escribano dentro de los diez días de iniciada.

CAPÍTULO XII - NUESTRO TRABAJO Y LOS CAMBIOS

No sólo cambió en los últimos 50 años el trabajo que teníamos, sino también la forma de realizarlo. Nuestras oficinas fueron impactadas por la informática y los escribanos habíamos tomado la decisión de incorporar los nuevos sistemas.

Comenzamos con lo referente al procesamiento de la palabra. Cuando nosotros empezamos a trabajar, usábamos máquinas de escribir mecánicas; el Colegio ya había autorizado su uso para el protocolo.

La escribanía donde estábamos era antigua, casi todas las máquinas eran de origen norteamericano, de distintas marcas y tipos de letras; la única uniformidad radicaba en el color. Eran todas negras.

La mayoría era Underwood, Remington y Royal, muchos de los tipos de las letras estaban torcidos y no siempre quedaban colocadas en línea recta. Si tratábamos de escribir rápido, los tipos se trababan al caer.

Con nuestro ingreso a la oficina, presionamos para la adquisición de nuevas máquinas y ahí comenzamos con unas Olivetti-Lexikon, que parecían “tanquecitos”.

Las máquinas de sumar y calcular que teníamos solo sumaban o restaban, tenían una palanca que había que bajar y subir para obtener los resultados, imprimían en cintas de dos colores: negro para sumar y rojo para restar; pesaban –por lo menos en nuestro recuerdo– cerca de un kilo. No sacaban porcentajes ni raíz cuadrada. Los primeros modelos tampoco multiplicaban ni dividían.

Hoy todo eso lo hace una pequeña tarjeta que entra en la billetera y pesa gramos, que saca, además, porcentajes y raíz cuadrada.

No teníamos fotocopadoras, luego se utilizaron unas que sacaban las letras en blanco sobre el fondo negro. Con los años, las hojas se pegaban y al separarlas desaparecía parte del texto. Al cabo de un tiempo, tomaban un color marrón de viejo, las hojas se ponían rígidas y se combaban.

No estaban en las notarías, eran aparatos grandes y caros, había que sacar las copias en otro lugar. Todo esto fue antes de la aparición de lo que luego se llamó el sistema *Xerox*, que provocó una revolución.

Las escribanías tenían mucha más gente; el trabajo era lento, tedioso y caro.

Ni hablemos del fax o de internet, ni sospechábamos que eso pudiera existir. Si alguien nos hubiera hablado de esas posibilidades, hubiésemos pensado que teníamos una conversación de ciencia ficción.

Los teléfonos eran estatales, era imposible conseguir una línea y, según la ubicación y característica de la zona, había demoras, que podían llegar hasta 20 o 30 años. Suena como si no pudiera ser cierto, pero lo era.

Si una compañía pedía un poder de los denominados “general amplio”, ese poder utilizaba seis o siete hojas de protocolo, según el tamaño de la letra y la máquina que se usara para hacerlo. Al principio no teníamos máquinas de escribir con tipos intercambiables, cada una tenía uno (grande o chico) y con un solo tipo de letra.

Se recibía el poder, se armaba la personería y se pasaba al protocolo; lo revisábamos todo antes de firmarlo, se confrontaban nombres, comas, puntos y demás, con el acta original.

Luego de firmado, se hacía el testimonio también a máquina, se volvía a confrontar y se guardaba una copia en papel carbónico. A veces, se hacía más de una copia en carbónico y cuando la persona que escribía se equivocaba en una letra, tenía que parar y corregir, borrando en el original y en cada una de las copias. Era un desperdicio de esfuerzos y de calidad de vida, pero era lo máximo que se podía hacer con los medios que teníamos. Incorporábamos cada mejora que aparecía, pero no producíamos cambios de importancia.

En la Ciudad había decenas o cientos de secretarías pasando a máquina y confrontando poderes, pese a que la mayoría de ellos en cuanto a facultades, eran prácticamente iguales.

Esto nos llevó a buscar distintas soluciones, y hasta algunas hoy nos hacen sonreír.

Un grupo, dentro de los más nuevos en el Colegio, propuso dos soluciones.

La primera consistía en que se utilizara una fórmula como la que tenía otro país, en un artículo del Código Civil que disponía que un poder general amplio facultaba para todos los actos sin necesidad de enumerarlos, siempre y cuando se hiciera referencia a que el poder era otorgado sobre la base de lo establecido en ese artículo con su número. Si se quería prohibir algún acto, debía establecerse específicamente lo que estaba prohibido.

La segunda posibilidad que alguno planteó era que el Colegio imprimiera poderes generales amplios en hojas de protocolo, a los que agregaríamos solo la personería y anularíamos o dejaríamos constancia de las facultades que no se otorgaban.

Como la historia lo demuestra, ninguna de las dos propuestas fue aceptada y el paso del tiempo demostró que los que finalmente decidían, tenían razón. Después, tímidamente, empezaron a aparecer las máquinas de escribir eléctricas. Las primeras tenían tipos como las manuales, luego tuvimos las *IBM*, con una bochita que giraba, y que permitía el cambio del tipo de letra y de tamaño.

De cualquier manera, estas máquinas, al no tener memoria, no permitían adelantar el trabajo y guardarlo, para la posterior escritura. Se podía hacer un borrador, pero luego había que escribir todo de nuevo.

En general, éste es un problema de los que operan con servicios; éstos no permiten, como las cosas, un almacenamiento preventivo para estar listo, el día en que exista la demanda. Hoy, sin embargo, se puede adelantar el trabajo, hacer borradores, guardarlos y tenerlos listos para completar antes de la escritura.



Máquina de escribir eléctrica IBM

En esos años teníamos mucho personal, había momentos de mucho trabajo y otros de poco pero, como hemos dicho, no podíamos almacenar para el futuro.

A veces nos faltaba gente, a veces nos sobraba.

Algunos redactábamos largos contratos que se hacían por instrumento privado con firmas certificadas; otros seguían el sistema usado en otros países, que explican y enumeran antes de cada contrato el significado que dan a cada palabra, con lo que a veces tenían 40 páginas, o más. Estos contratos, muchas veces, se corregían al momento de la firma, con lo que había que pasar todo de nuevo. Para solucionarlo, empezamos a escribirlos poniendo cada cláusula o artículo en una hoja separada. Si se reformaba al momento de la firma alguna cláusula, cambiábamos esa página y manteníamos el resto.

A estas máquinas, siguieron otras que contaban con un pequeño visor que mostraba la palabra o la frase antes de que se escribiera. Esto permitía su modificación antes de ser impresa. De éstas, hubo dos o tres marcas diferentes, porque los cambios empezaban a darse a gran velocidad. Luego aparecieron otras que aumentaban el tamaño del visor y permitían ver más palabras. Empezamos a darnos cuenta que cuando comprábamos algo nuevo, al poco tiempo estaba superado; las novedades llegaban más rápidamente que nuestra capacidad para analizar los cambios. Incluso había máquinas en las que teníamos que modificar el paso del carro (distancia entre renglones) porque no coincidía la media del paso que traían con el establecido por el Colegio para el protocolo.

No podíamos poner una línea que tuviera el número 26 ni el 51, ni escribir encimando sobre las líneas (nos referimos al protocolo y los testimonios que en ese tiempo venían con las líneas ya impresas).

Luego apareció una máquina que grababa el documento en un pequeño disco transparente de plástico, que permitía reproducir toda la escritura y hacer el testimonio sobre la base de lo grabado.

En materia de máquinas y adelantos, casi todos los escribanos usábamos lo mismo, todos tratábamos de mantenernos al día.



Máquina selladora

Luego apareció en el mercado una procesadora de palabra, de marca *Ecadat*, que era solo eso, una procesadora. Algunas computadoras venían con procesadoras de palabra, pero como no cabía toda la hoja en la pantalla, había que escribir hasta la mitad y luego pasar a otra ventana. Ese fue el caso de la primera máquina que tuvimos, de la marca Texas Instruments TI99.

Recordamos la *Ecadat* porque la empresa enviaba promotores a nuestras convenciones. Si la memoria no nos falla, costaban entre 20.000 y 30.000 dólares, eran superiores en eficiencia y facilidad de manejo a cualquier otra que hubiera en ese momento en el mercado, pero el precio dejaba a muchos fuera de carrera.

Hace años que no oímos hablar de ellas, posiblemente hayan desaparecido. Imperceptiblemente, llegamos al día de hoy, con oficinas tecnificadas, fax, teléfonos, internet, e-mails y las impresoras permitidas.

Todas las escribanías siguieron esta ruta de cambios, algunas avanzaron más rápido, pero estábamos y estamos todos con la misma tecnología.⁸

Esto no es nuevo. Los cambios se producen hoy todavía a mayor velocidad, están desapareciendo las lámparas incandescentes, los *diskettes*; antes se vendían en una librería 3.000 por mes, ahora las máquinas nuevas ni los traen. También, ha bajado radicalmente la utilización de los CD a favor de los *pendrive*. Cada vez se compra menos papel de fax, carbónicos, filtros para monitores y las transparencias (film-nas) que se usaban en las exposiciones.

Un diario señalaba que una librería importante en 2010 vendía 30.000 CD por mes; en 2014, vendía mensualmente 1200.⁹

8. Cambió también en la práctica el trabajo: desaparecieron o había pocos protestos de pagarés y letras de cambio; desapareció también la constitución frecuente de sociedades en comandita por acciones y la constitución de rentas vitalicias por el peligro de inflación o la inseguridad de cobrar en la moneda pactada.

9. *La Nación*, 21/9/2014.

CAPÍTULO XIII

1. El Colegio de Escribanos. Decisión, convicción o suerte

Desde que empezamos a asistir a congresos y jornadas internacionales hace muchos años, nos llamó la atención la posición relevante que ocupaba el notariado argentino entre los notariados más avanzados del mundo.

No era frecuente para nosotros encontrarnos entre los grupos que más se destacaban a nivel mundial, salvo quizás en materia deportiva. Hay valores individuales que sobresalen, pero no es fácil armar equipos de estudio exitosos y que trabajen conjuntamente, aunque en nuestro país los tenemos en las Comisiones del Colegio y en el campo en los equipos CREA. Seguramente hay otros más.

Al concurrir a diversos congresos en el exterior, descubrimos que muchas de nuestras normas eran de avanzada, algunos países empezaban a estudiarlas como una posibilidad futura, cuando nosotros ya las teníamos.

Como ejemplo, daríamos el del consentimiento conyugal, planteado como una necesidad en un congreso internacional, cuando era algo que ya estaba en nuestra legislación.

Nuestra antigua Ley Notarial 12.990 del año 1947 era una ley muy buena en materia de organización, mejor que las que tienen otros notariados actualmente. Al año siguiente de tener esta ley (1948), fuimos la sede y los organizadores del Primer Congreso Internacional del Notariado. Argentina ha tenido tres presidentes de la Unión, y cabe destacar que José Adrián Negri fue el presidente de los tres primeros congresos desarrollados entre 1948 y 1956.

La ley que ahora tenemos en nuestra ciudad es la 404 del año 2000, en la que se incluyen sistemas para que los notarios tengan que estar jurídicamente actualizados. Esto es permanente. También trae la necesidad de dar exámenes escritos y orales rigurosos para acceder a la función y una mayor exigencia en cuanto a estudios. La consideramos superior a la Ley 12990 de 1947.

Pese a esta comprobación, nunca se nos ocurrió analizar cómo llegamos a esta situación, quizás porque muchas veces los hombres tomamos las cosas buenas como algo que nos merecemos, y los sucesos malos como injusticias personales. Casi como si nuestros triunfos estuvieran dentro del orden natural de las cosas y las desgracias surgieran de la mala suerte.

Hubo, como hemos dicho, tres momentos de gran cambio. El primero, cuando se constituyó el Colegio; el segundo, en la década de los años 1940 a 1950; y el tercero y más largo, abarcaría desde 1967 al momento actual.

Alguien podría decir “bueno, también tuvieron suerte”. Lo aceptamos. Pero les contamos que uno de nuestros hermanos que era un excelente alumno, tenía una compañera que competía con él por un premio en la Facultad. Cada vez que él pasaba un examen con notas altas, le decía: “tuviste suerte” y él invariablemente le contestaba, “sí, es increíble pero cuanto más estudio, más suerte tengo”.

Tampoco queremos minimizar la existencia de la casualidad, pero la casualidad produce mejoras cuando los que la reciben están preparados para aprovecharla. Si no lo están, la suerte pasa y sigue viaje, incluso, puede suceder que el destinatario nunca se dé cuenta de que existió esa oportunidad y la perdió.

Quizás esa posibilidad se perdió para siempre, porque la vida muchas veces no es como los deportes, en los que generalmente hay partido y revancha o muchos encuentros, que permiten equilibrar las cosas.

En la vida puede que determinada situación llegue una sola vez y no se vuelva a repetir.

Una buena definición de suerte podría ser que es “algo que a veces se presenta, cuando se juntan la preparación y la oportunidad”.

Algo que hizo que unos pocos señores en 1866, en los albores de la Patria, decidieran crear nuestro Colegio.

2. ¿Quién es el responsable de que el Colegio se transforme en lo que es hoy?

Podemos atribuirlo a que en el año 1948 se realizó el Primer Congreso Internacional del Notariado en nuestro país, a instancia de los escribanos argentinos. Podemos atribuirlo a que por ese congreso se creó la Unión Internacional del Notariado, que hoy agrupa a 86 países o grupos jurídicos en los cinco continentes y abarcan más de la mitad de la población mundial. Podemos decir también que se debe a la existencia de una guardia de relevo de escribanos jóvenes, que estudian y se capacitan. Quizás se debe al haber tenido una ley en el año 1947, que fue de avanzada, o a que en la mayoría de los congresos internacionales los escribanos argentinos han tenido altos cargos y responsabilidades.

Cuando empezamos a pensar en esto –desde un punto de vista racional y no a través de los sentimientos– concluimos que esta buena ubicación en el contexto internacional se debe a la oportuna confluencia de sucesos favorables y a una determinación persistente de aumentar los conocimientos y la forma de actuar de los escribanos por parte de todos los consejos directivos.

Aunque creemos que el cambio mayor se ha dado en los últimos cincuenta años. El Colegio siempre tuvo –en mayor o menor medida– hombres que querían su trabajo y trataban de mejorarlo, no solo con relación al notariado sino también con respecto a la sociedad en la que vivimos y dentro de la cual nos desempeñamos.

Personalmente, lo atribuimos a los que intervinieron, dirigiendo, asesorando al Colegio en forma permanente desde 1866 a la fecha, de cuya obra se ha ido haciendo una recopilación en este trabajo. Es como el camino de los senderos que se bifurcan de Borges: cada sendero se va dividiendo en dos, y hay que tomar una nueva decisión. Lo que somos hoy es el producto de las decisiones que los escribanos comprometidos con el Colegio fueron tomando a lo largo de estos 150 años. Especialmente, a la decisión de los que decidieron que el porvenir del notariado pasaba por su pre-

paración, formación y una ética en su conducta. Con los años se fueron aumentando los requisitos para poder ser escribano; conscientes de que la capacitación, el estudio, la educación, la preparación y la forma de actuar no solo son patrimonio nuestro sino de todos. Eso es lo que lleva a las profesiones, los colegios y a los países a tener una posición de liderazgo.

Esto se consigue, muchas veces, con gente capaz, decidida e involucrada afectivamente con lo que hacen.

También lo podríamos atribuir a las comisiones de estudio, a los delegados nombrados a congresos, a la creación de los grupos de consulta, talleres, a la promoción de escribanos recién recibidos como sucede con los noveles, o a las convenciones notariales que tenemos desde hace más de cuarenta años.

Nuestra profesión es dinámica: se renueva y se proyecta por nuestro accionar, de acuerdo a los cambios que se van produciendo.

Es más, cuando uno revisa los antiguos números de nuestra revista y ve dónde estábamos y dónde estamos ahora, se percibe claramente la existencia de una línea permanente y firme de escribanos comprometidos con su Colegio, su profesión y su Patria.

De cualquier forma, el atribuir a una u otra de estas circunstancias el haber llegado hasta aquí es un juicio subjetivo de valor. La realidad objetiva es la existencia de un Colegio que funciona, con escribanos que tratan de ser cada vez mejores.

El tiempo que ha transcurrido desde la constitución ha demostrado la existencia de una cantidad de notarios que sobresalen por su trabajo y dedicación en la conducción del notariado, juristas y conductores (muchas veces ambas cosas) que demuestran su valía dentro y fuera del ámbito notarial.

Los homenajes en vida son raros, por eso son particularmente importantes, porque existe una cultura que parece sostener que para ser reconocido como muy bueno en algo, hay que estar muerto. Homenajes a muertos hay más, porque la gente percibe su valía cuando no están, cuando aparece el vacío, se nota la ausencia y lo que significaban. A veces perdemos el foco, porque la proximidad y la cotidianeidad minimizan a quien tenemos al lado. Es como aquel hombre que decía: "Cómo va a ser buen pintor Picasso si vive a la vuelta de mi casa".

3. El futuro del notariado

De la misma forma, y en otro orden de cosas, diríamos que como cada ciudadano debería sentir que representa a su país, y actuar en consecuencia, cada escribano representa al notariado.

La imagen que se percibe de la Institución es la que reflejan sus miembros. Nuestro futuro se apoya en lo que piense de nosotros la comunidad. Nuestro prestigio descansa en cada uno y en el conjunto, por eso debemos esforzarnos en todo lo que nos mantenga en el mayor nivel de conocimiento y en la correcta forma de actuar en nuestras intervenciones.