

Órgano del Colegio de Escribanos
de la Ciudad de Buenos Aires

Fundada el 15 de noviembre de 1897

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

922

OCTUBRE | DICIEMBRE 2015

REVISTA del **NOTARIADO**

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

Propietario: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

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

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 1^{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: 5287398

ISSN: 2362-6186

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 AAEF y el CECBA
Análisis y Control Previsional
Asesora de Arancel
Asesora de Informática
Asesora de Inspección de Protocolos
Automotores
Congresos, Jornadas y Convenciones
Consejo Consultivo AFIP
Consultas Jurídicas
Criterios Uniformes IGJ
Cultura
Defensa del Escribano
Disciplina y Protección Jurisdiccional
Enlace con la AGIP
Ente de Cooperación con la IGJ
Escribanas Verificadoras
Escribanos Jubilados

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

Institutos

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

Tribunal de Ética

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

Revista del Notariado

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

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

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Editorial | 6

In memoriam

Eduardo Alfredo Díaz (1938-2016) | 13

Doctrina

Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación, por *Romina I. Cerniello* y *Néstor D. Goicoechea* | 14

Apuntes sobre la donación de acciones. Breve reflexión, por *María Cesaretti* y *Oscar D. Cesaretti* | 41

El tiempo compartido en el Código Civil y Comercial de la Nación, por *Catalina A. Fourcade* | 46

Adquisición de bienes registrables por parte de las sociedades comprendidas en la Sección IV de la Ley General de Sociedades, por *Marcela C. Frenquelli* y *Martín L. Peretti* | 64

Moderna contratación. A propósito del Código Civil y Comercial de la Nación, por *Mariano Gagliardo* | 74

Artículos 45 y 46 del nuevo Código. Donaciones y propuesta de futuras reformas, por *Álvaro Gutiérrez Zaldívar* | 87

Dictámenes

Cesión de derechos litigiosos. Usucapión. Plazo de preclusión, por *María Marta L. Herrera* | 93

Como recibirán este número en 2016, queremos dejar constancia de algunos trabajos y datos que hemos encontrado en nuestra *Revista*, para el 150 Aniversario del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

En el número aniversario de la *Revista* del año 1936, setenta años después de la fundación del Colegio, encontramos un trabajo que trataba sobre sucesos ocurridos en nuestra institución desde 1866. Allí, sus autores decían:

Sin comentario alguno, publicamos los hechos más salientes de la vida del Colegio en sus setenta años de existencia, extractándolos de los respectivos libros de actas, cuyos asientos hemos resumido.

De la extensa documentación existente, sólo hemos extraído aquellas actuaciones que aún hoy ofrecen interés, suprimiendo casi íntegramente las referentes a la vida interna de la institución o a hechos circunstanciales que, aun cuando revestidos de importancia en su oportunidad, carecen de trascendencia actual.

También corresponde llamar la atención sobre la inexistencia de datos sobre el funcionamiento del Colegio en determinados años, circunstancia que es debida en algunos casos a la falta de los libros de actas correspondientes a esos períodos, y en otros, a la inexistencia de hechos de gran importancia a reseñar.

Los redactores asumieron su trabajo desde los orígenes del Colegio, prescindiendo del hecho de que nuestra *Revista* es de 1894, o sea, que fue creada veintiocho años después de la fundación del Colegio. Extienden su informe desde 1866 a 1935. Es cierto por otra parte que ha habido muchos años en que se guardaron pocas cosas. Por ejemplo, encontramos un cambio de estatutos de nuestro Colegio en 1899, modificando el plazo por el cual se rige el cambio de Presidente del Consejo; antes duraba un año en su cargo y a partir de esa reforma se llegó al régimen actual. En 1966 se realizó otro trabajo, que abarcó treinta años más de la vida del Colegio, con lo que se completó el primer centenario. Lo publicamos con algunos cambios en el [editorial](#) de la *Revista* n° 883, del año 2006.

Esperamos que dentro de cincuenta años alguien vuelva a publicar esta reseña, nuevamente reformada y ampliada, para adaptarla como una memoria. Es conveniente conocer de dónde venimos para saber a dónde queremos ir.

Tomamos de la *Revista* algunos puntos interesantes sobre nuestro Colegio, que, como señalamos, ya han sido publicados.

En el año 1866 se funda nuestro Colegio, el más antiguo de América si contamos desde la Independencia. Si tomamos en cuenta cuando todo esto era dominio español, el más antiguo del continente es el de México, fundado por el Rey de España.

De estos trabajos que publicamos en el n° 883, continuamos con una selección que nos acerca a la actualidad, pero que no hemos publicado porque nos llevaría casi

* [N. del E.: Por su trascendencia institucional, el editorial del n° 922 hace referencia a hechos sucedidos posteriormente al trimestre octubre-diciembre 2015].

toda una *Revista*. Sí hemos realizado un trabajo histórico, publicado en nuestra *Revista*, que ubica años pero no funciona como calendario de hechos, y abarca ciento cincuenta años.¹

Dentro de esta historia, podemos notar que:

- Ya en 1920 estudiábamos la posibilidad de hacer los testimonios a máquina y que todavía en el año 1970 se certificaban las firmas poniendo una simple leyenda en el mismo documento que devolvíamos al requirente.
- En 1946 se rechaza en una asamblea extraordinaria un proyecto de implantación de una feria notarial durante el mes de enero.
- De 1949 a 1958 el Colegio edita la *Revista Internacional del Notariado*.
- En 1952 se llama al primer concurso de oposición y antecedentes para cubrir los registros vacantes.
- En 1954 el Consejo Directivo resuelve no recibir más el subsidio que la Comisión Protectora de Bibliotecas Populares da a la biblioteca del Colegio, para que sea destinado a otra que pudiera necesitarlo.
- En 1964 se le dona al Instituto Sanmartiniano copia de un poder firmado por don José de San Martín, otorgado en Montevideo, antes de su exilio en Europa. Nos había sido donado por el director general de Registros del Uruguay, quien nos envió una copia autenticada.
- En 1965 hay una posibilidad de compra –finalmente no concretada– de un inmueble en la calle Lavalle 1659/71 para la futura sede del Colegio, sobre el que se firma un boleto de compra *ad referendum* de la asamblea. Llama la atención lo ajustado de la votación en rechazo (nueve votos de diferencia). En esa época teníamos solo la casa de Callao 1542, no teníamos Alsina, ni Callao 1540, ni el edificio de Las Heras.

Los escribanos tenemos, además, una enorme historia posterior:

- Una importante reforma al Código Civil en 1968, sobre la cual el Colegio se pronunció. La Ley de Sociedades Comerciales en 1972, la Ley de Concursos de 1972, luego reformada, nuestra actual Ley 404, y, en 2015, el Código Civil y Comercial de la Nación –deberíamos proponer reformas a artículos que pueden ser mejorados–.
- Ahora tenemos sistemas distintos para las certificaciones de firmas. Antes solo se dejaba constancia de la certificación en el documento que la persona firmaba y se llevaba, sin requerir el ordenamiento de otros recaudos. Luego tuvimos un libro cuyo tamaño era por lo menos el doble del actual y con otras especificaciones. Contenía la posibilidad de hacer mil certificaciones por libro, tenía el tamaño de una mesita de café y daba la posibilidad de hacer cuatro certificaciones por página –el Museo Notarial Argentino guarda un ejemplar–. Los actuales permiten hacer doscientas certificaciones.

1. “Historia del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires”, publicada en capítulos en las *Revistas* 917, 918, 919 y 920.

- Organizamos en 1970 un congreso para estudiar la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal y formamos distintas comisiones para intervenir en las modificaciones de leyes.
- Creamos las Convenciones Notariales de nuestro Colegio en 1969. Ya hemos realizado cuarenta y una.
- Durante muchos años el Colegio llevó a cabo diferentes modificaciones de orden práctico, para nuestra profesión, tales como la supresión de líneas en el protocolo, la fabricación del papel en la Casa de la Moneda u otros organismos especializados. Cambió también los sistemas para la certificación de documentos, el uso de otros instrumentos para firmar, y tomó otras decisiones necesarias para nuestra profesión.
- En 1966 nos hicimos cargo del Archivo de Protocolos y la rúbrica de libros. Compramos Callao 1540, Las Heras, Alsina y Chorroarín, para la guarda de protocolos.
- Todo esto y muchas cosas más están reseñadas en la historia que hemos publicado.

Reseña histórica de los hechos más importantes en la existencia del Colegio de Escribanos tomados de la *Revista del Notariado* (1866 a 1966)

1866

- **7 de abril. Fundación del Colegio.** Reunidos en la escribanía de Mariano Cabral, un grupo de escribanos de la ciudad y de la provincia resuelve crear una asociación. Hay que tener en cuenta que es uno de los peores momentos de la historia Argentina: batallas sangrientas en la guerra con el Paraguay, epidemias de fiebre amarilla y cólera que diezmaron Buenos Aires. El entonces Vicepresidente de la Nación muere de cólera –y había perdido su hijo en la batalla de Curupaytí–. En esos años también cambiamos de nombre y se dictaron las Leyes de Organización de los Tribunales para la Capital, en las que estaban incluidos los escribanos.
- **21 de mayo. Aprobación de los estatutos.** El presidente del Colegio, José Victoriano Cabral, y el secretario, Eduardo Munilla, se presentan ante el Superior Tribunal de Justicia para solicitar la aprobación de los estatutos por el Superior Gobierno.
- **24 de agosto. Reconocimiento de la institución.** Con la conformidad del fiscal y del asesor, se suscribe el decreto, que firman Adolfo Alsina y Avellaneda, por el que se aprueban los estatutos.

1877

- **6 de octubre. Alquiler de local.** Se alquila la casa de la calle Rivadavia N° 48 (altos) desde el 15 de octubre (una sala al frente, otra que le sigue y piezas de servicio).
- **24 de noviembre. Circular a los escribanos.** Se resuelve enviar una circular a todos los escribanos de la provincia “haciéndoles saber que la comisión está dispuesta a investigar la exactitud de los certificados de práctica, puesto que se habían suscitado dudas acerca de algunos de ellos”.

1878

- **25 de octubre. Asamblea general extraordinaria.** Se da cuenta de que la Cámara de Diputados de la provincia ha sancionado un proyecto sobre reglamentación del oficio de escribano. Se resuelve encomendar a un especialista la redacción de un petitorio sobre ese despacho.

1881

- **28 de marzo. Asamblea.** El Presidente plantea en la memoria la situación creada al notariado de la Ciudad de Buenos Aires con motivo de su federalización, que “afecta toda la organización judicial y preocupa hondamente al notariado”.
- **29 de agosto. Cambio de local.** Se resuelve trasladar el asiento del Colegio al edificio de Roverano, en la calle Victoria.

1882

- **9 de enero. Paralización notarial.** Se informa que desde el día 5 se encuentran paralizados los trabajos de los escribanos de registro a causa de que, después de la nueva organización de los tribunales, no se ha dictado medida alguna que los autorice a continuar con sus registros.
- **15 de enero. Decreto sobre registros.** La comisión del Colegio se entrevista con el Ministerio e inmediatamente se dicta el decreto que autoriza a los escribanos de registro a seguir actuando.
- **11 de mayo. Nacionalización del colegio.** Se hace moción en la asamblea para declarar nacional al Colegio de Escribanos.

1883

- **20 de marzo. Fianza de los escribanos.** Se da cuenta en la asamblea de haberse podido obtener que la fianza de los escribanos sea personal y no real.

- **19 de setiembre. Ley de Sellos.** Se resuelve hacerle llegar al señor Ministro de Hacienda el proyecto de Ley de Sellos, confeccionado por la institución.

1884

- **20 de abril. Colegio de Escribanos de La Plata.** Se resuelve elevar a asamblea un proyecto para contribuir a la creación de un Colegio de Escribanos en la ciudad de La Plata, entregando nuestro Colegio una parte de sus bienes proporcional al número de socios que se separarán con ese objeto.
- **27 de abril. División del Archivo.** Se da cuenta a la asamblea de haberse obtenido, por gestiones del Colegio, la división del Archivo provincial y nacional.
- **11 de agosto. Aprobación de los estatutos.** Se aprueban los nuevos estatutos, adoptándose el nombre de Colegio Nacional de Escribanos.
- **13 de octubre. Constitución del Colegio de La Plata.** Esta institución comunica su constitución y solicita la entrega de los fondos que se le han destinado.

1887

- **3 de octubre. Registros de contratos de Belgrano.** Se da cuenta de una entrevista del Presidente del Colegio con el señor Ministro de Justicia, en la cual solicitó la federalización de los registros de contratos públicos de Belgrano, por haber sido federalizado ese municipio.

1888

- **22 de octubre. Legalizaciones.** Se resuelve gestionar que las legalizaciones de las firmas de escribanos de registro sean hechas por el Colegio de Escribanos.

1890

- **10 de junio. Revista del Colegio.** Se proyecta su fundación.
- **26 de junio. Ley Orgánica de los Tribunales.** Se aprueba un proyecto de reformas a la ley.

1891

- **5 de octubre. Oficina de venta de sellos.** El Gobierno Nacional concede al Colegio de Escribanos el derecho de tener una oficina de venta de sellos en su local.

1896

- **24 de setiembre. Registro de Firmas de Escribanos.** Se crea el Registro de Firmas de Escribanos Regentes y Adscriptos de Registro (socios o no del Colegio; era una simple asociación y varios escribanos no eran socios) y de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia Nacional, Cámara de Apelaciones y Juzgados Letrados de la Capital Federal.

1897

- **21 de setiembre. Revista del Notariado.** Se dispone someter ante la asamblea el proyecto de creación de un órgano de publicidad del Colegio que se denominará *Revista del Colegio Nacional de Escribanos*. No obstante, desde el primer número se llamó *Revista del Notariado*.

1898

- **12 de febrero. Adquisición nave de guerra.** Se dispone contribuir con la suma de 500 pesos en la suscripción popular para la adquisición de una nave de guerra nacional.
- **18 de agosto. Panteón social.** Se resuelve solicitarle a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires la concesión de tierras en el Cementerio del Oeste, destinadas a la construcción del panteón social.

1899

- **11 de enero. Instituto de Aspirantes al Notariado.** Se aprueba el reglamento respectivo, resolviéndose además gestionar el reconocimiento oficial y la creación de la Facultad del Notariado.
- **16 de mayo. Ley de Administración de Justicia.** Se resuelve gestionar la modificación del proyecto del Poder Ejecutivo en el sentido de establecer el término de tres años para que el adscripto pueda suceder al titular en el caso de renuncia o fallecimiento, debiendo tenerse en cuenta el orden en que hubiese sido designado.

Este número

Tenemos trabajos muy interesantes, casi todos sobre el Código Civil y Comercial: “Apuntes sobre la donación de acciones. Breve reflexión”, de Oscar y María Cesaretti; “Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación”, de Romina Cerniello y Néstor Goicoechea; “El tiem-

po compartido en el Código Civil y Comercial de la Nación”, de Catalina Fourcade; “Adquisición de bienes registrables por parte de las sociedades comprendidas en la Sección IV de la Ley General de Sociedades”, de Marcela Frenquelli y Martín Peretti; “Moderna contratación”, de Mariano Gagliardo. Traemos también un dictamen de la Comisión de Consultas Jurídicas, que trata sobre el dominio inscripto a nombre de los cesionarios de derechos litigiosos emergentes de un proceso de usucapión.

Se despide de ustedes afectuosamente,

EL DIRECTOR

Eduardo Alfredo Díaz (1938-2016)



El 7 de enero de 2016* dejó de estar físicamente con nosotros el escribano Eduardo Alfredo Díaz. Simplemente “Eduardo”, para mí. Una buena persona, un muy buen amigo y un excelente escribano.

Es una suerte que se haya dedicado a nuestra profesión, porque siempre nos ha hecho quedar bien, era serio, estudioso y responsable. Nos recibimos en la Universidad de Buenos Aires. Era un poco mayor que yo, pero coincidimos en algunos cursos. Ya como escribanos, escribimos artículos juntos.

Ejerció la función notarial como adscripto y luego como titular del registro notarial n° 193 de la Ciudad de Buenos Aires, desde el año 1978 hasta el día de su fallecimiento. Fue vocal del Consejo Directivo

del Colegio de Escribanos en el período 1979-1981, e integró las Comisiones de Temas Institucionales (1999-2000) y de Exconsejeros (2000-2001). Era miembro de la Orden “Medalla de Oro Notarial”.

Para quienes lo conocimos y nos consideramos sus amigos, su fallecimiento constituye una profunda pérdida y la aparición de un espacio vacío que antes no teníamos: no tendremos más su sonrisa, su alegría y su afecto.

Afortunadamente, fue muy querido. Hay muchos que lo van a recordar y no se van a olvidar fácilmente de él.

ÁLVARO GUTIÉRREZ ZALDÍVAR

* Por su trascendencia institucional se ha decidido incluir este *in memoriam* en el n° 922.

Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación

Romina I. Cerniello

Néstor D. Goicoechea*

RESUMEN

Se realiza un análisis de las normas relativas al tema y de la mayoría de los institutos, siguiendo el orden del articulado del Código Civil y Comercial. El análisis se detiene particularmente en las cuestiones de mayor impacto en la actividad cotidiana del notario: el asentimiento conyugal, especialmente los supuestos de asentimiento anticipado y poder para asentir; la contratación entre cónyuges; la calificación de los bienes, especialmente los requisitos del artículo 466 para que resulte oponible el carácter propio; la administración y disposición en los casos de indivisión poscomunitaria matrimonial, especialmente las opciones que brinda el artículo 482; la partición de la comunidad; y el nuevo régimen optativo de separación de bienes, con las convenciones relativas a la modificación del régimen.

Sumario: 1. Introducción. 2. Convenciones matrimoniales. Elección y cambio de régimen. 2.1. Objeto. 2.2. Forma. 2.3. Modificación del régimen patrimonial. 2.4. Capacidad. 2.5. Donaciones en razón del matrimonio. 3. Disposiciones comunes a ambos regímenes. 4. Asentimiento conyugal. 4.1. Casos que requieren asentimiento. 4.2. Requisitos. Asentimiento anticipado. 4.3. Poder para asentir. 4.4. Mandato entre cónyuges y asentimiento conyugal. 4.5. Venia judicial supletoria. 4.6. Omisión del asentimiento. Efectos. Caducidad y prescripción. 4.7. Acreditación de la innecesariedad del asentimiento. 5. Régimen de comunidad. 5.1. Calificación de los bienes. 5.2. Administración de los bienes de la comunidad. 5.3. Extinción de la comunidad. 5.4. Indivisión poscomunitaria. 5.5. Liquidación y partición de la comunidad. 6. Régimen de separación de bienes. 6.1. Concepto y caracterización del sistema. 6.2. Acreditación del régimen en los actos notariales. 6.3. Cese del régimen y disolución del matrimonio. 7. Contratación entre cónyuges. 8. Conclusión.

* Los autores son escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

1. Introducción

Es nuestra intención en el presente artículo efectuar un análisis sucinto del régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), deteniéndonos en algunas normas que a nuestro entender resultan relevantes, porque implican la incorporación de nuevos institutos o la adopción de una postura manifiesta respecto de cuestiones que en la doctrina y la jurisprudencia eran controvertidas, contribuyendo a la seguridad jurídica en esos supuestos. No obstante, también se analizarán las cuestiones sobre las cuales el CCCN no se expide y las disyuntivas que la nueva legislación de fondo trae aparejadas.

Entre las novedades en la materia, se destaca sin lugar a dudas la facultad de optar por un régimen de separación de bienes, posibilitándose por primera vez salir del régimen único legal y forzoso de comunidad de gananciales previsto por Vélez. Esto resulta un avance fundamental para los tiempos que corren, pues la vida de los matrimonios actuales poco tiene en común con la de los matrimonios del siglo XIX.

No obstante, tampoco implica una total apertura a la autonomía de la voluntad, pues solo versa sobre la posibilidad de elegir entre el régimen de comunidad y el régimen de separación de bienes y sobre la posibilidad de mutar entre ellos una vez transcurrido cierto tiempo; pero las reglas propias de cada uno de los sistemas siguen siendo de orden público. Esto puede resultar criticable, especialmente teniendo en cuenta que en la regulación de las uniones convivenciales prevalece la autonomía de la voluntad de los convivientes (arts. 513, 514 y cc.); no adherimos a esas críticas, por entender que tal regulación imperativa del régimen patrimonial del matrimonio hace a la seguridad jurídica.

2. Convenciones matrimoniales. Elección y cambio de régimen

El CCCN regula las convenciones matrimoniales en los artículos 446 a 450, pero no brinda una definición, sino que se limita a enumerar los supuestos admitidos (art. 446). Son las convenciones previas al matrimonio que, al igual que en el Código derogado (CCIV), deben efectuarse con anterioridad al matrimonio, por escritura pública, solo pueden referirse a los contenidos taxativamente permitidos y se consideran sujetas a la condición suspensiva de que se celebre un matrimonio válido.

En el artículo 449 se autoriza la modificación del régimen, también mediante una convención, en este caso formalizada durante el matrimonio, también mediante escritura pública. Se trata de acuerdos, pactos, contratos o capitulaciones entre los contrayentes o los cónyuges, relativos a los efectos económicos de su matrimonio.¹

1. MOLINA DE JUAN, Mariel E., "Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges", en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, suplemento especial "Código Civil y Comercial de la Nación. Familia", 2014 (diciembre), p. 17.

2.1. Objeto

Pueden referirse únicamente a los objetos siguientes (art. 446).

- a) “Designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio”.

Este inciso guarda relación con el inciso primero del artículo 1217 CCIV, agregando el avalúo a la posibilidad de la simple designación. Teniendo en cuenta la presunción de ganancialidad del artículo 466, este inventario constituye un medio para preconstituir la prueba de la calidad de propios de los bienes que cada cónyuge lleva al matrimonio, especialmente bienes muebles no registrables (dinero, obras de arte, joyas, etc.) y derechos personales (ej. boletos de compra-venta sin fecha cierta).

- b) “La enunciación de las deudas”.

Es la contrapartida del inciso a). Puede realizarse un inventario del pasivo, posibilidad que resulta relevante para determinar que dichas deudas no quedarán encuadradas en los supuestos de responsabilidad de los artículos 461 y 467 cuando carezcan de un título que permita identificar la fecha cierta en la cuales fueron contraídas. Fuera de esto, estimamos que la opción no será utilizada por implicar, además, un reconocimiento de las obligaciones.

- c) “Las donaciones que se hagan entre ellos”.

Son las donaciones realizadas por uno de los contrayentes al otro por razón del matrimonio –se analizarán en el ítem 2.5–.

- d) “La opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código”.

Como se expuso en la introducción, esta es la gran modificación en materia de efectos patrimoniales del matrimonio. No obstante –reiteramos–, no se puede elaborar libremente el régimen patrimonial matrimonial, sino que la ley únicamente admite que los interesados opten por uno de los dos regímenes que regula: comunidad de gananciales o separación de bienes. Es por esto que se habla de una autonomía de la voluntad restringida,² a diferencia de lo que ocurre en otros países donde son los propios contrayentes o cónyuges, como interesados, quienes estructuran el régimen de bienes que mejor se adecua a su situación particular.³ A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyu-

2. Ver PETRINELLI, Ludmila, “Las convenciones matrimoniales en el proyecto de reforma del Código Civil” [on line], en *En Letra*, Buenos Aires, Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2013, citado por CASABÉ, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 116 [serie “Incidencias del Código Civil y Comercial”, dirigida por Alberto J. Bueres]. [N. del E.: otra fuente del artículo puede ser consultada [aquí](#)].

3. Ver MOREDA, Liliana A., “Convenciones matrimoniales. Hacia la flexibilización del régimen patrimonial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2010 (julio), p. 9: “El examen de la legislación comparada nos permite apreciar que siempre la ley es la que brinda o no la posibilidad de concertar las convenciones, el modo y tiempo de realizarlas. Es decir que la autonomía de la voluntad está subordinada al postulado legal y al interés familiar, fórmula propia del orden público en el derecho de familia. Observamos que existe una mayor o menor libertad en la elección y aun la posibilidad de introducir cam-

ges quedan sometidos al régimen de comunidad de ganancias (carácter supletorio, art. 463). Y los menores de edad autorizados judicialmente para casarse no pueden optar por el régimen de separación ni hacerse donaciones en la convención matrimonial (art. 450).

Toda disposición patrimonial que exceda el contenido delimitado por estos cuatro incisos carecerá de validez (art. 447). De incluirse cláusulas que refieran a otros temas patrimoniales, ello no implicará la nulidad de la convención, sino que sería una nulidad parcial (art. 389).

2.2. *Forma*

Conforme a los artículos 448 y 449, tanto las convenciones matrimoniales como la convención referida a la modificación de régimen patrimonial después de celebrado el matrimonio deben efectuarse por escritura pública. Asimismo, para que produzcan efectos frente a terceros, las convenciones deberán anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. En las prematrimoniales serán los contrayentes quienes se encargarán de manifestarlo ante el oficial del Registro Civil para que éste lo asiente, y en las convenciones posteriores al matrimonio será el escribano el encargado de rogar dicha anotación. En este punto cabe destacar que las convenciones también deberían inscribirse en los registros de bienes.

Respecto del carácter de la solemnidad impuesta, debemos concluir que esta es relativa, por no haberse impuesto expresamente la escritura pública bajo sanción de nulidad (arts. 285, 969, 1018 y cc.). Se trata de una omisión importante –e involuntaria– del legislador, pues, por su contenido, estas convenciones no deberían quedar sujetas a la posibilidad de posteriores acciones de escrituración, lo que resultaría un ridículo y podría afectar derechos de terceros.

bios en el régimen por el que se ha optado; antes o durante el matrimonio es otro matiz que también se nos presenta. Esta diversidad legislativa hace que algún país, como México, imponga obligatoriamente que los cónyuges elijan un régimen antes del matrimonio, mientras que Bolivia desconoce totalmente las convenciones, al igual que los países donde rige el derecho soviético; u otro [...] en que se encuentran tan restringidas, que las hace inexistentes, incluso legalmente. También en los países regidos por el *comon law* se desconocen las convenciones matrimoniales. En Inglaterra, como excepción, se permiten los *marriage settlements* y en los Estados Unidos se admiten en los estados de Luisiana, Texas, Arizona, Carolina del Norte, Virginia y Tennessee. Dentro del marco de las legislaciones de libertad contractual, están aquellas que permiten una amplia elección de regímenes y la posibilidad de introducir cláusulas modificatorias, como las de Francia, Bélgica, Holanda, Portugal, Brasil, Grecia, entre otras; mientras que en Alemania, Suiza, Turquía, México, Italia, Paraguay y Perú la elección del régimen no puede ir más allá de los establecidos por la ley. Empero, existen cláusulas que se prohíbe estipular y que son precisamente aquellas en que el interés familiar quedaría comprometido. A su vez, en Alemania, Inglaterra, Francia, Austria, Suiza, Dinamarca, Noruega, Siam, Chile, Uruguay, Italia, España, Paraguay, Perú y Aragón se pueden celebrar convenciones o modificar las efectuadas durante el matrimonio”.

2.2.1. Forma de optar por el régimen de separación

Algunos autores interpretan que la opción puede efectuarse directamente ante el oficial público que celebra el matrimonio, sin necesidad de una convención previa por escritura pública. Este requisito sí sería ineludible para el caso de querer modificar el régimen con posterioridad a la celebración del matrimonio (art. 449).

Quienes sostienen que esta vía es posible fundan su opinión en la letra del artículo 420, que dice:

Acta de matrimonio y copia. La celebración del matrimonio se consigna en un acta que debe contener: [...] i) declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó; j) declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes...

Entienden que el tratamiento separado de las convenciones en el inciso i) y la opción de régimen en el inciso j) brindan la posibilidad de efectuar la opción por el régimen de separación tanto en una convención previa, conforme al artículo 446, como por una simple declaración ante el oficial del Registro Civil.

No compartimos esta opinión. Si bien la lectura del artículo 420 puede dar lugar a dudas, hay varios argumentos para negar dicha posibilidad. En primer lugar, debe estarse al principio de especialidad. El artículo 420 solo trae una enunciación con respecto a los requisitos formales del acta de matrimonio, mientras que los artículos 447 y 448 regulan expresamente el contenido de las convenciones matrimoniales y la forma impuesta. En segundo lugar, el artículo 463, relativo al carácter supletorio del régimen de comunidad, resulta categórico al establecer que “a falta de opción hecha **en la convención matrimonial**, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de gananciales”. Si bien en los **fundamentos** del CCCN se afirma que la elección del régimen “se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Estado Civil y Capacidad de las Personas”, de más está señalar que esta última opción no resulta de la disposición sancionada, donde debió haberse explicitado.⁴ Por último, la escritura pública no solo se exige por la presencia de un oficial público que recepta dicha declaración de voluntad, supuesto que estaría cumplido con el oficial del registro civil; sino que la exigencia responde a la necesidad de garantizar que dicha elección, por su trascendencia en la vida futura del matrimonio, sea realizada en un acto reflexivo, luego de ser debidamente asesorados por el escribano interviniente sobre su alcance y consecuencias. Estos requisitos mal podrían darse en el acto matrimonial sin un profesional idóneo, donde la consulta respecto a este tema podría

4. SAMBRIZZI, Eduardo A., “Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2014-E, p. 757.

resultar intempestiva y la respuesta, basada o inducida por un error de uno o ambos cónyuges o, aún peor, por dolo de uno de ellos.

Por lo expuesto –reiteramos–, sostenemos que **no es posible que los contrayentes opten por el régimen de separación de bienes ante el oficial del registro civil.**

2.3. *Modificación del régimen patrimonial*

El artículo 449 CCCN expresa:

Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio produzca efectos, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

Esta norma les amplía a los cónyuges la posibilidad de elección, pues, además de poder optar con anterioridad al matrimonio por alguno de los regímenes, les brinda el derecho a variar de régimen con posterioridad a la celebración de las nupcias y cuantas veces lo deseen (siempre que se respeten las condiciones señaladas por la norma). Resulta importante porque les da a los cónyuges la posibilidad de elegir con la tranquilidad de que esa decisión no resultará definitiva y, fundamentalmente, porque les brinda el derecho de variar de régimen a todas aquellas parejas que han contraído nupcias con anterioridad a la vigencia del CCCN.

2.3.1. *Requisitos para el cambio de régimen*

- a) Acuerdo de ambos cónyuges: Es imprescindible la voluntad de ambos integrantes del matrimonio, no siendo posible variar de régimen por decisión unilateral.
- b) Plazo: Debe haber transcurrido un año de aplicación del régimen patrimonial que se está variando, o sea, un año desde la celebración del matrimonio o desde el otorgamiento de la escritura de mutación de régimen patrimonial. Cabe dilucidar cómo computar el plazo de un año para aquellos matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia del CCCN. Aquellas parejas que ya cuentan con un año de casados a partir de la entrada en vigencia del CCCN pueden optar inmediatamente por variar al régimen de separación. No obstante, hay autores que sostienen que debe esperarse un año desde el 1 de agosto de 2015. La aplicación de los plazos en tiempos de transición normativa siempre resulta conflictiva, y la redacción del artículo 7 del CCCN para resolver esta situación no es del todo clara, y puede dar lugar a discusiones.
- c) Escritura pública: Nuevamente debe recurrirse a la intervención del notariado para otorgar estos actos tan trascendentes en la vida conyugal. No debemos

perder de vista que en el caso de mutar del régimen de comunidad al de separación de bienes se producirá la disolución de la comunidad de gananciales, generándose la indivisión poscomunitaria y todas las consecuencias que esto conlleva, incluso la necesidad de proceder simultánea o posteriormente a su liquidación.

- d) Inscripción en el Registro Civil: Para producir efectos frente a terceros, esta convención también debe ser inscrita en el Registro Civil mediante nota marginal en la partida de matrimonio. Si bien la publicidad en esta materia resulta necesaria, el hecho de que se trate de registros locales y de que no exista un registro federal resta eficacia y practicidad al sistema, pues siempre deberá anotarse en el registro donde los cónyuges hayan contraído nupcias, sin importar el lugar de radicación del matrimonio al momento de otorgar la escritura de modificación de régimen. Y al problema de la distancia de los registros se le suma el de la validez temporal de las partidas que ellos extienden.

2.4. *Capacidad*

El CCCN suprime el requisito del asentimiento de los representantes legales de las personas menores de edad, pero, como contrapartida, les niega a los adolescentes la posibilidad de celebrar pactos por los cuales efectúen donaciones o elijan el régimen patrimonial del matrimonio. La solución es acertada: no parece apropiado permitirles antes de los dieciocho años de edad tomar decisiones económicas de entidad tal que requieran una deliberación propia del mayor de edad; máxime cuando el sometimiento al régimen de comunidad no afecta su interés en la medida en que es el que mejor protege a las personas en situación de vulnerabilidad.

La norma se refiere específicamente a las personas menores de edad. No comprende el caso del matrimonio celebrado con dispensa por falta de salud mental (art. 405). En estos supuestos podrían aplicarse los mismos argumentos, sin perjuicio de remitirse a los términos de la sentencia de dispensa y, eventualmente, de la resolución que se haya pronunciado sobre la restricción de la capacidad de la persona que contrae matrimonio.⁵

2.5. *Donaciones en razón del matrimonio*

Están reguladas en los artículos 451 a 453 del CCCN. Se simplifica su tratamiento en comparación con el CCIV; este incluía normas relativas a las donaciones y a la dote de la mujer (arts. 1230-1260), muchas de las cuales se consideraban tácitamente derogadas. La realidad actual torna innecesaria una cantidad mayor de normas y, con

5. Ver MOLINA DE JUAN, Mariel F., ob. cit. (cfr. nota 1).

muy buena técnica, el CCCN remite al título de las donaciones para todo lo que no se regule especialmente (art. 451 CCCN).

Conforme al artículo 452, entendemos por donaciones en razón de matrimonio aquellas “hechas por terceros a uno de los novios, o a ambos, o por uno de los novios al otro, en consideración al matrimonio futuro”. Estas donaciones se consideran implícitamente sometidas a la condición suspensiva de que se celebre un matrimonio válido. A diferencia del art. 1240 CCIV, en el CCCN no se dispone la irrevocabilidad de las donaciones por causa de matrimonio. De esta manera, son aplicables las normas generales para la revocación de las donaciones, sin perjuicio de la protección del cónyuge de buena fe si el matrimonio fuera anulado, quien puede revocar las donaciones realizadas al de mala fe (art. 429 inc. b). Asimismo, por el artículo 453, las ofertas de donación hechas por terceros caducan si el matrimonio no se celebra dentro del término de un año y se consideran tácitamente aceptadas desde la celebración del matrimonio si antes no fueron revocadas. No expresa qué sucedería con la oferta hecha por un tercero que fallece antes del año de la celebración del matrimonio; puede entenderse que, por aplicación de las reglas generales, también caduca.

3. Disposiciones comunes a ambos regímenes

Las normas dispuestas entre los artículos 454 y 462 constituyen un estatuto inderogable para el matrimonio, con independencia del régimen patrimonial aplicable (cfr. art. 454). Es un régimen primario, existente en otros países, que se encuentra destinado a la protección de los intereses familiares comprometidos. Son, según se ha dicho, normas demostrativas de la solidaridad familiar.⁶

Dentro de estas normas, resalta el requisito del asentimiento para la disposición de los derechos sobre la vivienda y los muebles indispensables de ella. –Este tema, que, junto con el artículo 522 (uniones convivenciales inscriptas), constituye un verdadero sistema de orden legal e inderogable de protección de la vivienda familiar, será analizado en el acápite siguiente. Si bien el CCCN regula un régimen de protección de la vivienda entre los artículos 244 y 256, este régimen es de carácter voluntario y la protección operará en tanto se cumplan los requisitos de afectación y estos continúen vigentes. Por el contrario, la protección dispuesta en el artículo 456 es legal y de aplicación inmediata y forzosa. La protección no deriva solamente del requisito del asentimiento para disponer, sino fundamentalmente del último párrafo del 456, al disponer la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas que no hayan sido contraídas por ambos cónyuges o por uno con el asentimiento del otro.

6. Ver MEDINA, Graciela, “Las grandes reformas al derecho de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, en AA.VV., *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires?, [s. e.], 2012, p. 303, § 14.b., citada por SAMBRIZZI, Eduardo A., “Disposiciones comunes a ambos regímenes patrimoniales del matrimonio en el proyecto de reformas”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2014-D, p. 688. [N. del E.: otra fuente del artículo puede ser consultada [aquí](#)].

Además, el asentimiento se requiere para disponer de los derechos personales sobre la vivienda familiar y de los muebles indispensables de esta y, respecto de estos últimos, para trasportarlos fuera de ella–.

Asimismo, son normas aplicables a todo matrimonio el deber de contribución regulado (art. 455), la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges para solventar las necesidades del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos (art. 461), la posibilidad de autorización judicial para el caso de ausencia o impedimento para expresar la voluntad de uno de los cónyuges (art. 460) y las reglas para la disposición de las cosas muebles no registrables (art. 462).

4. Asentimiento conyugal

Se ha definido al asentimiento como

... una declaración unilateral y autónoma que tiene por finalidad complementar la voluntad del cónyuge titular, cumpliendo así el requisito que la ley exige para disponer de bienes inmuebles, muebles y derechos registrales.⁷

El requisito del asentimiento conyugal fue incorporado a nuestro derecho positivo por la Ley 17711 en el artículo 1277 CCIV; se entendió como una potestad de control otorgada al cónyuge no titular en aras de la protección de los intereses familiares, y la propia Ley 17711 fue la que puso punto final a los resabios del sistema de administración marital previsto por Vélez.

El CCCN amplía la protección, pues exige asentimiento no solo a los cónyuges, en ambos regímenes patrimoniales, sino también a los convivientes, y porque incorpora actos que ahora requieren asentimiento y que antes no lo exigían o eran dudosos. Asimismo, presenta normas específicas en cuanto a los requisitos del asentimiento, poderes para otorgarlo y efectos en caso de omisión.

4.1. Casos que requieren asentimiento

El juego de los artículos 470 y 456 del CCCN viene a reemplazar al antiguo artículo 1277 CCIV en sus dos párrafos. Con respecto a los bienes gananciales, el artículo 470 establece que será necesario el asentimiento del cónyuge no titular para enajenar o gravar: a) los bienes registrables, b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, c) las partici-

7. MARTÍNEZ, Karina A. y MASSONE, Mariana C., “Algunas cuestiones relativas al asentimiento conyugal”, en *Revista del Notariado*, n° 901, 2010, pp. 87-99, citadas por EZERNITCHI, Darío J. y PACHECO DE ARIAUX, María I., “Asentimiento y convenciones matrimoniales a la luz del proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial”, en *Revista del Notariado*, n° 911, 2013, pp. 87-104.

paciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior, d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.

En comparación con el primer párrafo del artículo 1277 CCIV, podemos decir que se mantiene el requisito del asentimiento respecto de los bienes registrables y participaciones societarias, precisando el supuesto de las acciones de sociedades anónimas, que había sido objeto de amplio debate en la doctrina. También se incorpora de modo expreso el supuesto de los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios y se requiere el asentimiento para las promesas de dichos actos, lo que es importante en materia de boleto de compraventa y juicio por escrituración. Respecto de la cesión de los boletos, creemos que en los casos en que no se trate de la vivienda familiar no debería requerirse el asentimiento del cónyuge del cedente.

El artículo 456 CCCN se corresponde con el segundo párrafo del artículo 1277 CCIV, que requería el asentimiento para disponer del inmueble propio cuando fuera sede del hogar conyugal y vivieran allí hijos menores o incapaces. El artículo 456 mantiene y amplía dicha protección:

Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella.

Este artículo se ubica dentro de las normas aplicables a todo matrimonio, independientemente del régimen patrimonial elegido. De esta manera, el asentimiento se requiere sin atender al carácter propio o ganancial del bien, aun en un régimen de separación.

El legislador ha extendido el requisito para todo acto de disposición de derechos sobre la vivienda. Ya no será necesario que tengan hijos menores o incapaces que vivan en el inmueble para requerir el asentimiento. Además, abarca la disposición de todo tipo de derechos, pues no se limita a los reales.⁸ El legislador extendió la protección a los bienes muebles indispensables de la vivienda, de los que no se podrá disponer ni podrán ser transportados fuera de ella sin asentimiento, lo que resultará sin dudas una prerrogativa de difícil aplicación.

4.2. *Requisitos. Asentimiento anticipado*

El artículo 457 CCCN dispone:

En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento del acto, aquel debe versar sobre el acto en sí, y sus elementos constitutivos.

8. P.ej.: la cesión del contrato de locación requerirá el asentimiento del cónyuge del cedente si el bien locado se destina a vivienda familiar del locatario.

Estos requisitos se refieren tanto al caso del artículo 456 como a los supuestos regulados en el artículo 470, por remisión expresa de este último.

Esta norma trajo una pronta y adversa reacción por parte del notariado.⁹ En primer lugar, se advierte un uso vago del lenguaje al referirse a “el acto en sí” y sus elementos “constitutivos”. La alusión al “acto en sí” implica el reconocimiento normativo de la tesis que interpretaba improcedente el asentimiento general anticipado, tema que ha sido un punto de desacuerdo en doctrina y jurisprudencia¹⁰ –la posición predominante dentro del notariado ha sido la validez y defensa de dicha figura, en virtud de la confianza que existe entre los esposos–. Con respecto a la mención a los elementos “constitutivos”, una primera lectura parece indicar que al momento de otorgar el asentimiento el cónyuge no titular deberá conocer todos los elementos esenciales del acto jurídico que otorgará su consorte, esto es, sujeto, objeto y causa. Dicha interpretación haría prácticamente imposible el otorgamiento de un asentimiento anticipado. La posición que hace operativo un asentimiento anticipado es la que entiende que solo deben enunciarse aquellos elementos que resulten relevantes a efectos de realizar el control que la ley le otorga de forma irrenunciable al cónyuge no titular. En el supuesto de la disposición de un inmueble, estamos de acuerdo con aquellos autores que sostienen que alcanza con describir la naturaleza del acto a otorgar, el bien y, en su caso, el precio mínimo que debería obtenerse. En definitiva, la persona que resulte compradora no es relevante a efectos del control que debe cumplirse.

4.3. Poder para asentir

Aclaración previa: el asentimiento anticipado, ya sea especial o general, no es igual que el otorgamiento de un poder para que el apoderado, en uso de la representación

9. Ver AA. VV. [ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO], “Modificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Memorial presentado ante la Comisión Bicameral”, en *Revista del Notariado*, n° 909, 2012, pp. 21-59. Allí, la Academia propuso la siguiente redacción del art. 457: “Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquel debe versar sobre el acto en sí y la identificación de los bienes que comprende”. El fundamento de la propuesta: “La mención de los elementos constitutivos del acto o negocio pareciera exigir no solo la identificación de los bienes sobre los cuales se expresará el asentimiento, sino también la descripción de las condiciones de realización de la contratación (precio, plazos, modalidades, etc.). No puede desconocerse que en más de una oportunidad estos elementos constitutivos dependerán del resultado de la negociación que al respecto se desarrolle, la cual puede variar en más de una oportunidad hasta tanto se instrumente. La exigencia imposibilitaría resolver casos harto frecuentes cuando cualquiera de los cónyuges requiera anticipar el asentimiento frente a eventualidades como viajes, traslados laborales, de estudios o cualquier otra circunstancia especial”.

10. Ver GIRALT FONT, Jaime, “Actos de disposición de bienes de los cónyuges, antes y después de la disolución de la sociedad conyugal”, en *Revista del Notariado*, n° 903, 2011, pp. 93-102: “9.3. Opiniones en contra de la validez del asentimiento general: Augusto César Belluscio, Raúl J. Cornejo, Guillermo A. Borda, José Ignacio Cafferata, Eduardo A. Zannoni, Carlos A. Vidal Taquini, Aquiles Horacio Guaglianoni, Santiago C. Fassi y Gustavo A. Bossert, Félix Alberto Trigo Represas, Jorge Joaquín Llambías, V Jornadas de Derecho Civil (Rosario, 1971). 9.4. Opiniones a favor de la validez del asentimiento general: Alberto G. Spota, Jorge Rodolfo Mazzinghi, Néstor Cichero, Fernando López de Zavallía, Oscar A. Borgonoso, XII Jornadas Notariales Argentinas (Resistencia, 1968), Instituto Argentino de Cultura Notarial, hoy Academia Nacional del Notariado”.

conferida, otorgue el asentimiento en el caso concreto. La diferencia es fundamental, pues en el asentimiento anticipado el cónyuge ya prestó la conformidad requerida, mientras que en el apoderamiento el cónyuge no asiente sino que le encomienda al apoderado que otorgue el asentimiento en un caso concreto.

Durante la vigencia del CCIV, la diferencia no resultó tan relevante en la medida en que los requisitos para el asentimiento anticipado y para el poder para asentir eran los mismos: individualizar el bien objeto del acto –doctrina mayoritaria–. Sin embargo, la diferencia vuelve a tomar relevancia como consecuencia del juego de los artículos 457 y 375 CCCN. Este último, relativo a los apoderamientos, dispone que serán necesarias facultades especiales para “b) otorgar el asentimiento conyugal, si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere”. Frente a esto, la discusión gira en torno a interpretar si al requisito del artículo 375 deben sumárseles los requisitos del artículo 457 sobre los elementos constitutivos del acto.

Compartimos la opinión de quienes sostienen que el apoderamiento para prestar el asentimiento es válido con la sola mención del bien. Nótese que el inciso b) del artículo 375 es el único supuesto en el que el CCCN solicita el llamado poder específico o especialísimo, requisito que no ha sido mantenido ni siquiera en materia de donación inmobiliaria. Imponerle al apoderamiento los requisitos del asentimiento es un sinsentido, pues no sería necesario otorgar el poder de contarse con todos los requisitos para otorgar el asentimiento anticipado. Por otro lado, en el supuesto del apoderamiento, será el apoderado quien otorgue el asentimiento al cónyuge del poderdante, y dicho acto será imputable al poderdante como si hubiese actuado él mismo. La diferencia radica en la relación que se entabla entre el poderdante y el apoderado: si el poder se otorga en base a un contrato de mandato y el mandatario actúa en contra de las indicaciones del mandante, esa desobediencia permanece en la faz interna de la relación contractual entre mandante y mandatario y dará lugar al reclamo del primero al segundo, pero resultará inoponible al tercero contratante de buena fe, en tanto en cuanto el poder cumpla los requisitos legales.

4.4. *Mandato entre cónyuges y asentimiento conyugal*

El artículo 459 CCCN, luego de establecer como regla general la posibilidad de que los cónyuges celebren entre sí contrato de mandato, expresamente dispone que dicho mandato **no podrá ser “para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456”**. En primer lugar, la prohibición responde a la dinámica general adoptada en la materia de asentimiento, esto es, se adoptó una postura en la cual se desalienta la confianza en el cónyuge. Desde ese punto de partida, resulta coherente que si no puede otorgarse un asentimiento general anticipado, ni siquiera especial si no se cuenta con “los elementos constitutivos del acto”, tampoco pueda otorgarse mandato al otro cónyuge, pues en definitiva estaría entregando el control del acto al sujeto pasible de control.

La discusión en torno a este tema deriva de la remisión que el artículo 470 (asentimiento de los bienes gananciales) hace a las disposiciones de régimen general en materia de regímenes patrimoniales, que se refieren al asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda. Como vimos, el artículo 459 prohíbe dar mandato al cónyuge para asentir “en los casos en que se aplica el artículo 456”, es decir, para la disposición de la vivienda. Asimismo, el último párrafo del artículo 470 dispone que “al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459”. Contrapuestas las dos normas, lo que hay que interpretar es si la prohibición alcanza los supuestos en que se dispone de bienes gananciales que no sean el inmueble que constituye la vivienda familiar.

Quienes opinan que en este caso no es aplicable la prohibición fundan su opinión en la letra del propio artículo 459, que dice que se aplica a los casos del 456, y expresan que la remisión solo tiene por fin ratificar la regla general que les permite a los cónyuges celebrar el contrato de mandato. Respecto de este argumento, la remisión expresa del artículo 470 al 459 no puede tener como objetivo la repetición de una regla general que de todas formas se aplicaría, justamente por encontrarse entre las normas aplicables a todos los regímenes. La remisión al artículo 459 se torna trascendente si se entiende que se refiere a la prohibición de que el mandato verse sobre el asentimiento conyugal. Esta interpretación es la que, lamentablemente,¹¹ más se adapta a la idea global adoptada por el legislador. Por otro lado, también le es aplicable el argumento vertido con respecto al artículo 459 de que se estaría delegando el control en el sujeto que debe controlarse, que parece ser lo que el legislador buscó evitar.

4.5. *Venia judicial supletoria*

En comparación con la norma anterior, el artículo 458 CCCN mantiene la posibilidad de solicitar la venia judicial supletoria y amplía los casos en que puede aplicarse, pues se refiere a cualquier supuesto en que no pueda obtenerse el asentimiento, ya sea por negativa injustificada, ausencia, incapacidad, o impedimento transitorio.

4.6. *Omisión del asentimiento. Efectos. Caducidad y prescripción*

Desde la sanción de la Ley 17711 se ha discutido qué ineficacia afectaba al acto en el cual se había omitido el asentimiento del artículo 1277 CCIV. Para algunos, era un caso de nulidad relativa; para otros, el acto era inoponible al cónyuge. El CCCN termina con la discusión, optando por la nulidad relativa a favor del cónyuge no titular, en el artículo 456. Esto nos dará una base normativa sólida sobre la cual trabajar,

11. Decimos “lamentablemente” porque consideramos que la prohibición absoluta de que un cónyuge confiera poder al otro para otorgarse el asentimiento es excesiva.

especialmente al momento de calificar antecedentes en los cuales se haya omitido el asentimiento, pues la omisión podrá ser confirmada por el cónyuge que debió asentir.

El plazo de caducidad de seis meses resulta muy útil desde el punto de vista práctico. No obstante, debemos ser muy precavidos al momento de considerar el transcurso de dicho plazo como un supuesto de subsanación, por cuanto la determinación del momento en que el cónyuge pudo conocer el acto de enajenación no siempre es certero. En principio, los supuestos del artículo 456 parecen ser más claros, pues, tratándose de la vivienda familiar, difícilmente pueda alegarse que desconocía la situación luego de los seis meses de otorgado el acto. No obstante, el vendedor pudo haber continuado en posesión del bien sin que su cónyuge tomara conocimiento de la venta efectuada.

4.7. *Acreditación de la innecesariedad del asentimiento*

Ante la existencia de tantas normas nuevas en la materia, lo que resulta relevante para el notario será como manejarse respecto de aquellos bienes propios (o sujetos al régimen de separación de bienes) que no constituyan la vivienda familiar. Estimamos que seguirá siendo una manifestación del enajenante, que requerirá para la buena fe del adquirente la previa visita del bien para verificar que el inmueble no constituya la vivienda familiar del disponente, sin necesidad de solicitar ninguna constancia adicional.

5. Régimen de comunidad

Este régimen,¹² adoptado por Vélez como sistema único e inderogable, continúa en el CCCN, pero con algunas modificaciones y con carácter de supletorio, ya que, en el supuesto de no haberse hecho la opción por el régimen de separación de bienes, “los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias” (art. 463).

Al igual que en el régimen del CCIV, el régimen de comunidad actual implica que los bienes que integren la comunidad sean denominados o calificados como gananciales, los que, por ser producto del esfuerzo común de la pareja, serán liquidables por partes iguales al momento de la disolución de la comunidad, por cualquiera de las causales posibles. En consecuencia, continúa la existencia de las cuatro masas de bienes, esto es, los bienes propios y los bienes gananciales de cada uno de los cónyuges.

12. Cabe aclarar que las normas relativas al régimen de comunidad serán aplicadas *ipso iure* a los matrimonios que se hayan celebrado durante la vigencia del CCIV, por aplicación del art. 7 CCCN.

5.1. *Calificación de los bienes*

La enumeración de las reglas para calificar los bienes se encuentra en los artículos 464 (propios) y 465 (gananciales). Se mantienen los principios generales planteados por el CCIV, solucionándose a su vez las grandes discusiones doctrinarias que se plantearon por falta de regulación expresa, fundamentalmente en materia de los denominados bienes mixtos.

Los tres grandes principios rectores para la calificación continúan vigentes:

- a) El tiempo: Los bienes adquiridos antes de la vigencia de la comunidad son propios y los adquiridos con posterioridad se presumirán gananciales. Se mantiene asimismo la regla de la causa anterior (art. 464 inc. g y art. 465 inc. j).
- b) El título de adquisición: Aquellos adquiridos por herencia, legado o donación serán propios y aquellos obtenidos a título oneroso serán gananciales, en principio.
- c) La subrogación real: Los bienes que se adquieran por intercambio de bienes propios mantendrán ese carácter y a la inversa cuando sean gananciales.

Debemos sumarle a estos principios el de accesión o acrecentamiento. La accesión por acrecentamientos naturales, materiales, construcción y demás supuestos implican que el bien mantiene su carácter originario, sin perjuicio del derecho de recompensa en caso de corresponder.

En virtud de no haber grandes modificaciones en este punto, nos detendremos solo en el análisis de supuestos que han generado conflicto.

5.1.1. *Bienes mixtos*

Los denominados bienes mixtos siempre han sido motivo de conflicto atento a la falta de regulación expresa en la regulación velezana, por lo que su normativización constituye una novedad. Al referirnos a bienes mixtos, hay dos supuestos a analizar:

- a) Adquisición de un bien con dinero en parte propio y en parte ganancial. En estos casos, la doctrina mayoritaria le ha otorgado al bien el carácter de la mayor cantidad de dinero invertido. Esta regla se receptó en el CCCN,¹³ imponiendo las recompensas que correspondan.

13. Art. 464 CCCN: "Bienes propios. Son bienes propios de cada uno de los cónyuges [...] c) los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario...". Art 465 CCCN: "Bienes gananciales. Son bienes gananciales [...] f) los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad...".

b) Adquisiciones de partes indivisas que resulten de títulos distintos.¹⁴ Este es el supuesto que ha producido mayores contradicciones y ha generado dos corrientes doctrinarias, la monista y la dualista.¹⁵ Para la primera, los bienes debían calificarse siempre y en su totalidad como propios o como gananciales, y, en el caso de aportes mixtos, jugaba la regla de las recompensas al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Por el contrario, para la postura dualista, no existía inconveniente en sostener que un bien de titularidad de un cónyuge solo pudiera ser en parte propio y en parte ganancial, atento a la diferente calificación de los bienes o fondos utilizados para su adquisición. Dichas posturas, enfrentadas durante décadas, fueron sostenidas por respetados juristas.

El desarrollo y fundamento de ambas posturas excede el objetivo de este trabajo, por cuanto el CCCN ha tomado una decisión categórica a favor de la postura monista.¹⁶ La solución podrá ser compartida o no, pero tiene el valor de haber finalizado una discusión que implicaba una gran inseguridad en el tráfico inmobiliario, ya que las consecuencias de tomar una u otra postura eran muy diversos en algunas situaciones (p. ej.: la necesidad o no de asentimiento, o de realizar el juicio sucesorio del cónyuge no titular). Asimismo, cabe aclarar que dichas discusiones continuarán en torno al derecho transitorio, es decir, respecto de qué reglas aplicar a los bienes adquiridos con anterioridad a la vigencia del CCCN.¹⁷

5.1.2. *Acciones en aumento de capital por capitalización de utilidades*

El artículo 491 CCCN toma postura en otra discusión doctrinaria que ha dado lugar a amplios debates. Se trata del supuesto de quien posee acciones (u otra participación societaria) de carácter propio y luego la cantidad de acciones o participaciones acrece en virtud de la suscripción realizada en oportunidad de un aumento de capital

14. El caso típico en esta materia es el de una persona que posee una parte indivisa de carácter propio, p. ej. por herencia o donación, y luego adquiere el resto de las partes indivisas del bien mediante la compra a sus coherederos o condóminos, utilizando dinero ganancial.

15. Ver CNCiv., en pleno, 15/7/1992, "Sanz, Gregorio Oscar s/ Recurso contencioso administrativo". [N. del E.: se podrá consultar el fallo [aquí](#)].

16. Art. 464 CCCN: "Bienes propios. Son bienes propios de cada uno de los cónyuges [...] k) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición...". Art. 465 CCCN: "Bienes gananciales. Son bienes gananciales [...] n) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición...".

17. Ver [Orden de Servicio 45/2015](#) de la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires.

por capitalización de utilidades. La doctrina se dividió en torno a calificar dichas acciones o participaciones como propias o gananciales.¹⁸

El citado artículo ofrece una solución al calificarlas como propias, estableciendo una recompensa a favor de la comunidad.¹⁹ Esta solución nos parece parcial e incompleta. Sin embargo, el análisis de las teorías relativas al tema exceden las posibilidades brindadas para el desarrollo del presente trabajo, por lo cual nos limitamos a mencionar la solución adoptada.

5.1.3. Bienes gananciales anómalos

Al igual que en el artículo 1306 CCIV, el artículo 480 CCCN establece que la extinción de la comunidad tiene efecto retroactivo, ya sea al día de la notificación de la demanda o al de la petición conjunta de los cónyuges para los casos de divorcio, anulación de matrimonio o separación de bienes. Asimismo –y manteniendo las similitudes–, establece que en caso de haber existido separación de hecho sin voluntad de unirse previamente a la anulación, divorcio o separación de bienes, la sentencia tiene efectos retroactivos a la fecha de esa separación.

Hay un nuevo criterio en materia de divorcio: no solo desapareció la noción de culpa, sino que directamente desapareció la noción de causa. Esto explica que haya desaparecido la vieja distinción del artículo 1306 CCIV en torno a que la no participación solo beneficiaría al cónyuge inocente, que había dado lugar a un amplio debate para los supuestos de presentación conjunta.²⁰ Aclarado esto, podemos definir los bienes gananciales anómalos como aquellos que el cónyuge separado de hecho adquiere a título oneroso y que, una vez dictada la sentencia de divorcio, deberán considerarse fuera de la comunidad, en virtud del efecto retroactivo citado. Lógicamente, dicho principio deberá ser conjugado con el principio de la subrogación real, por lo que si el cónyuge separado de hecho adquiere el bien con dinero o a cambio de bienes gananciales adquiridos antes de la separación, los nuevos bienes no quedarán excluidos de la comunidad al momento de la disolución.²¹

18. BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. VI, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 145.

19. Art. 491 CCCN: “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”.

20. Ver CNCiv., en pleno, 29/9/1999, “C., G. T. c/ A., J. O. s/ Liquidación de sociedad conyugal”. [N. del E.: sumario on line [aquí](#)].

21. Esto tiene un gran impacto en la práctica notarial, básicamente en dos situaciones: 1) al calificar aquellos títulos en los cuales la persona que adquirió siendo casada viene luego a disponer estando divorciada: si de las constancias del proceso de divorcio resulta que ya se encontraba separada de hecho al momento de comprar, podremos autorizar el acto dispositivo si necesidad de intervención del ex cónyuge si no resulta evidente la adquisición con dinero ganancial; 2) al asesorar a la persona que adquiere estando separada de hecho: debemos advertirle que si cumple con los requisitos mencionados, podrá adquirir dejando constancia de estas cir-

5.1.4. *Prueba del carácter frente a terceros*

Como sabemos, entre los cónyuges siempre podrán alegar y probar por cualquier medio que un determinado bien es propio o ganancial, pero frente a terceros deben establecerse reglas claras, para evitar la inseguridad en el tráfico de bienes. Al respecto, y en torno al artículo 1246 CCIV, fue tejiéndose toda una doctrina y jurisprudencia que fue avanzando y desarrollándose en la medida en que el régimen original previsto por el Codificador fue mutando como consecuencia de las reformas parciales.²²

Desde hace varias décadas, el notariado tenía como postura casi unánime que al momento de adquirirse un bien con dinero propio, para hacer ese carácter oponible a terceros, debía dejarse constancia de ello en la escritura y justificar cómo el dinero utilizado era propio, no bastando la simple declaración del adquirente. De allí que siempre debíamos remitirnos a documentos que resultaran prueba suficiente, tales como la escritura de venta de un bien propio o la donación del dinero instrumentada en escritura o instrumento privado con firma certificada, etc. Ante estas remisiones, la manifestación del cónyuge del adquirente ratificando esta circunstancia resultaba innecesaria, aunque por práctica se la incluía cuando era posible, por la invocación de la teoría de los actos propios. Asimismo, ante la omisión en la escritura de adquisición, admitíamos la escritura complementaria de recalificación, que podía efectuarse incluso simultáneamente con la disposición del bien.

El artículo 466 CCCN receptó parcialmente esta teoría.²³ La innovación poco feliz para el notariado fue la incorporación del requisito de la conformidad del cónyuge del adquirente, la que no podrá ser suplida ni complementada posteriormente sin recurrir a la vía judicial. Un error merecedor de modificación.

5.2. *Administración de los bienes de la comunidad*

Los artículos 469 y 470 mantienen los principios de los arts. 1276 y 1277 CCIV (Ley 17711). Esto implica que cada cónyuge tiene la libre administración de sus bienes propios y gananciales, con las limitaciones que imponen los artículos 470 (disposi-

cunstancias, y una vez dictada la sentencia de divorcio ese bien no integrará la masa partible si lo manifestado coincide con las constancias que resulten del juicio.

22. La evolución de esta doctrina está brillantemente tratada en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 18), pp. 94-107.

23. Art. 466 CCCN: "Para que sea oponible a terceros el carácter propio de bienes registrales adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, **con la conformidad del otro cónyuge**. En caso de no poderse obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia de la adquisición".

ción y gravamen de los bienes gananciales) y 456 (vivienda) –sobre este tema remitimos al punto 4–.

La novedad está dada por el artículo 471,²⁴ en materia de bienes que pertenecen a ambos cónyuges en condominio: la ganancialidad implica un apartamiento parcial del régimen de condominio, pues las decisiones deberán ser tomadas por ambos sin que importe la parte indivisa que cada uno posea.

5.3. *Extinción de la comunidad*

Los supuestos de extinción de la comunidad están indicados en el artículo 475 CCCN: a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges, b) la anulación del matrimonio putativo, c) el divorcio, d) la separación judicial de bienes y e) la modificación del régimen matrimonial convenido. Los últimos dos supuestos son los únicos en los cuales se extingue la comunidad pero manteniéndose el vínculo matrimonial. Respecto de la separación judicial de bienes, los supuestos para solicitarla se encuentran regulados en el artículo 477, al cual remitimos. En relación con la modificación del régimen, remitimos al comentario realizado en el punto 2.

Todos los supuestos de disolución de la comunidad provocarán que la masa de bienes gananciales de ambos cónyuges pase a integrar la indivisión poscomunitaria matrimonial –este tema se tratará a continuación–.

5.4. *Indivisión poscomunitaria*

Al igual que con el sistema anterior, en el CCCN, una vez extinguida la comunidad por cualquier causa, surge la indivisión poscomunitaria y los bienes gananciales pasan a integrar la masa indivisa hasta que se concreta la partición y la adjudicación de los bienes al patrimonio individual de los ex cónyuges. La discusión acerca de la naturaleza jurídica de esta indivisión ha sido materia de intenso debate en la doctrina: por un lado, la posición que sostiene que se trata de una universalidad de hecho, un condominio, y por el otro, la que consideramos acertada, que se trata de una universalidad jurídica, cuyas características son asimilables a la comunidad hereditaria.

Con respecto a las reglas aplicables para la administración y disposición de los bienes gananciales durante este periodo de indivisión poscomunitaria, el CCCN estipula dos principios (art. 481):

24. Art. 471 CCCN: “Bienes adquiridos conjuntamente. La administración y disposición de los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges corresponde en conjunto a ambos, cualquiera que sea la importancia de la parte correspondiente a cada uno. En caso de disenso entre ellos, el que toma la iniciativa del acto puede requerir que se lo autorice judicialmente en los términos del art. 458. A las partes indivisas de dichos bienes se aplican los dos artículos anteriores. A las cosas se aplican las normas del condominio en todo lo no previsto en este artículo. Si alguno de los cónyuges solicita la división de un condominio, el juez de la causa puede negarla si afecta el interés familiar”.

- a) Si la extinción se da por muerte de uno de los cónyuges, se aplican las reglas de la indivisión hereditaria. Reitera la remisión que efectuaba Vélez Sársfield respecto de este supuesto. En dichos casos, deberán oportunamente liquidarse conjuntamente la indivisión poscomunitaria matrimonial y la indivisión hereditaria.
- b) En el resto de los supuestos, es decir, aquellos en los cuales la disolución de la comunidad se da en vida de ambos cónyuges, se aplicarán las reglas del artículo 482.

Este artículo deja de lado la postura mayoritaria, que requería la codisposición sin importar quién fuera el propietario antes de la disolución²⁵ y adopta la postura minoritaria. Esta última, encabezada por Zannoni, sostiene la aplicación de los artículos 1276 y 1277 CCIV hasta tanto se efectuara la partición, por lo cual cada cónyuge seguía administrando y disponiendo libremente de sus bienes gananciales, con la sola limitación de requerirse el asentimiento en los casos del artículo 1277 y solicitarse certificado de inhibiciones también por el cónyuge no titular (extremo que el propio Zannoni debió reconocer en un fallo²⁶). Es decir, con anterioridad a la reforma y sin importar la postura que se adoptara, si al acto habían comparecido ambos cónyuges y se habían solicitado inhibiciones por ambos, el título no resultaba objetable.

El artículo 482 dispone que

Si durante la indivisión post comunitaria los ex cónyuges no acuerdan las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad, en cuanto no sean modificadas en esta Sección.

Cada uno de los copartícipes tiene la obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes indivisos. El segundo puede formular oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos.

No obstante haberse adoptado la postura minoritaria, sostenemos que nada ha cambiado desde el punto de vista práctico, con la excepción del posible pacto entre los cónyuges –se analizará más adelante–, esto es, si al acto dispositivo concurren ambos cónyuges y se pide certificado de inhibiciones por los dos, nada habrá que objetar respecto del título, por lo que la conclusión anterior se mantiene.²⁷ Si el cónyuge titular dispone con el asentimiento del otro, el acto estará correctamente otorgado; y

25. Esta postura –acertada a nuestro criterio– encontraba su fundamento en que la disolución de la sociedad conyugal generaba una masa indivisa de bienes, por lo cual ya ninguno de los excónyuges seguía siendo propietario exclusivo y, en consecuencia, resultaba aplicable el art. 3451 CCIV, relativo a la disposición en materia de comunidad hereditaria. No resulta preciso hablar de la existencia de un “condominio”.

26. CNCiv., Sala F, R 474.067, 31/5/2007, “Aguirre, Eduardo Daniel c/ Registro de la Propiedad Inmueble Expte. 349/06”. [N. del E.: ver fallo [aquí](#)].

27. Consideramos que los mismos argumentos que llevaron a la postura minoritaria a sostener que debían pedirse inhibiciones por ambos cónyuges siguen siendo válidos.

para quienes consideramos que la indivisión poscomunitaria sigue siendo una universalidad jurídica, el mismo artículo 482 nos da la llave para seguir otorgando las escrituras recurriendo a la codisposición, pues las reglas relativas a la comunidad se mantienen en tanto en cuanto los cónyuges no hayan acordado algo distinto. Ello implica que si recurrimos a la codisposición, debemos entenderla como un pacto implícito de los cónyuges para disponer del bien de esta manera y, congruentemente con la posición anterior a la reforma, sostener que es una partición parcial.

Con respecto al pacto entre cónyuges al que refiere el artículo 482, además de la función expresada en el párrafo anterior, entendemos que pueden importar una nueva incumbencia notarial, más allá de nuestra función calificadora y asesora. Estos pactos pueden resultar especialmente interesantes para aquellas parejas que tengan un establecimiento comercial o industrial en común que sea el sustento de la familia. En este caso, el interés familiar podría justificar que ambos acuerden prorrogar este estado de indivisión para el beneficio común, estableciendo, por ejemplo, qué rol y qué decisiones tomará cada uno y qué actos deberán ser otorgados por ambos.

No creemos que los pactos sobre administración y disposición de los bienes indivisos sean muy utilizados fuera de estos supuestos. En caso de que exista acuerdo, se procederá a la liquidación y partición de la comunidad, sin prolongar innecesariamente este estado de indivisión, pues siempre se tiende a su extinción más que a su continuidad.

5.5. *Liquidación y partición de la comunidad*

5.5.1. *Liquidación*

La liquidación se define como el proceso mediante el cual se procede a

... establecer con precisión la composición de la masa por dividir. Para ello es necesario concluir los negocios pendientes, determinar el carácter de los bienes y fijar su valor, pagar las dudas a favor de terceros, ajustar las cuentas entre la sociedad conyugal y los cónyuges, y separar los bienes propios de cada cónyuge, para finalmente establecer el saldo partible. Todo este conjunto de operaciones es lo que configura la liquidación de la sociedad conyugal –hoy comunidad–.²⁸

La regulación de la liquidación de la comunidad se encuentra en los artículos 488 a 495 CCCN. Las reglas desarrolladas en base a la legislación y la doctrina anteriores han sido mantenidas en el nuevo cuerpo legal, y se ha logrado así el pleno reconocimiento del sistema de recompensas. De esta forma, todas las obligaciones que haya soportado un cónyuge a favor de la comunidad, y viceversa, serán compensadas mediante un cálculo aritmético al momento de la liquidación, restándose o sumándose

28. BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 18), p. 240.

a las hijuelas respectivas. Lo mismo ocurrirá con las recompensas para los supuestos de bienes mixtos o de mejoras en bienes propios con fondos de la comunidad, y viceversa, conforme ha sido expuesto en el punto 5. Los artículos 489 y 490 CCCN disponen cuáles son las cargas de la sociedad conyugal y cuáles son las obligaciones personales de los cónyuges (debe tenerse en cuenta el art. 468, que establece el citado sistema de recompensas). En caso de que no exista acuerdo entre los cónyuges, la liquidación y la partición deberán efectuarse por vía judicial.

5.5.2. *Partición*

El CCCN incorpora una regulación integral y sistemática de la partición de la sociedad conyugal, incumbencia notarial que genera especial interés. Los artículos 496 a 498 CCCN mantienen vigentes las reglas de la legislación derogada; es decir, todos los bienes gananciales conforman la masa partible, sobre la cual cada cónyuge tiene derecho a una mitad.²⁹

El artículo 498 es la piedra angular del sistema de comunidad de ganancias (art. 1315 CCIV), es decir, el derecho a la partición por mitades de los gananciales, sin importar los aportes de cada uno a la adquisición de los mismos. Asimismo, también queda expresamente establecido que, en caso de disolución por fallecimiento, los sucesores del causante ocupan el lugar de este con respecto a los derechos sobre la masa partible. En este supuesto, la indivisión poscomunitaria matrimonial deberá liquidarse y partirse junto con la comunidad hereditaria conformada por la herencia del causante, en el marco del juicio sucesorio. No obstante, si la liquidación y la partición se efectúan en vida de ambos cónyuges, los cónyuges también deberán, por remisión expresa del art. 500, utilizar las formas prescriptas para la partición de las herencias (se mantiene la remisión que efectuaba el CCIV).

En el sistema derogado, la partición podía ser judicial, mixta o privada. La denominación que le asignábamos dependía de las siguientes circunstancias:

- a) judicial cuando era efectuada totalmente por los partidores designados judicialmente, circunstancia que se producía en caso de que no existiera acuerdo entre los comuneros o hubiera menores o incapaces;
- b) mixta cuando el acuerdo celebrado por los comuneros en instrumento privado era presentado ante el juez para su homologación (art. 1184 inc. 2 CCIV);
- c) privada cuando la efectuaban sin ningún tipo de intervención judicial, para lo cual debía recurrirse a la escritura (arts. 1184 inc.2, 1313 y cc. CCIV).

29. Art. 496 CCCN: "Derecho de pedirla. Disuelta la comunidad, la partición puede ser solicitada en todo tiempo, excepto disposición legal en contrario". Art. 497 CCCN: "Masa partible. La masa común se integra con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge". Art. 498 CCCN: "División. La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales. Si se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiese correspondido al causante. Si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenció libremente acordado".

El CCCN establece en su artículo 2371 los supuestos en que la partición debe efectuarse judicialmente.³⁰ Fuera de los casos allí establecidos, los cónyuges podrán recurrir a la partición privada dispuesta en el artículo 2369:

... si todos los copartícipes están presente y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial.

El sistema ya no contempla expresamente la partición mixta, pues la regla del artículo 1184, inciso 2, *in fine*, del CCIV no ha sido replicada. Será discutible en el marco de los procesos sucesorios la procedencia o no de ella. Por su parte, con respecto a la disolución de la comunidad por sentencia de divorcio, la procedencia de dicha vía parece inferirse del juego de los artículos 439 y 440,³¹ que establecen el convenio regulador que debe presentarse con la petición de divorcio. Para los supuestos de extinción de disolución por modificación del régimen patrimonial o por separación judicial de bienes, parece que los cónyuges deberán recurrir exclusivamente a la partición privada o judicial, según sea el caso.

La novedad en materia de partición privada es que la forma instrumental ya no requiere la escritura pública en todos los casos. Lógicamente, esta será necesaria cuando verse sobre bienes inmuebles (art. 1017). Ello implica que –con las críticas que inevitablemente merece del notariado– los convenios celebrados por instrumento privado deben considerarse plenamente válidos sin ninguna otra formalidad cuando no versen sobre bienes inmuebles o no se dé algún otro supuesto que imponga la escritura como formalidad.

En relación con la posibilidad de los cónyuges de resolver libremente como dividir los bienes, la última parte del artículo 498 CCCN adoptó la posición doctrinaria según la cual los cónyuges pueden acordar libremente cómo partir la masa indivisa, sin necesidad de cumplir expresamente con la partición por mitades.³² En efecto, la liquidación de la comunidad implica un negocio no solo patrimonial sino también

30. Art. 2371 CCCN: “Partición judicial. La partición debe ser judicial: a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente”.

31. Art. 439 CCCN: “Convenio regulador. Contenido. El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a [...] la distribución de los bienes...”. Art. 440 CCCN: “Eficacia y modificación del convenio regulador. El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio. El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente”.

32. “Las razones que, durante vigencia de la sociedad conyugal, mediaban para prohibir toda renuncia, o pacto referente al derecho a los gananciales a que alude el art. 1218, deja de tener aplicación cuando aquella se encuentra ya disuelta y los cónyuges –o sus herederos– han recobrado plena capacidad para acordar el modo de partir, aunque éste pudiese implicar renunciaciones a los gananciales o actos de disposición del uno a favor del otro. Como agudamente señalan Fassi y Bossert, las pautas del art. 1315 (Cód. Civil) no son, después de la disolución de la comunidad, de orden público, y los cónyuges están facultados para formar lotes iguales o desiguales

extrapatrimonial, en donde lo que se resuelve no es solamente la partición de una masa de bienes, sino cómo reasignar el patrimonio de una familia luego de una ruptura por divorcio o por las nuevas causales introducidas. En este tipo de actos, pueden jugar diversas situaciones cuya valoración económica escapa al contenido del negocio y que deben permitirse en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. ¿Quién podría decirle a un cónyuge que no puede adjudicar totalmente un inmueble al otro, si allí es donde el adjudicatario continuará criando a los hijos, o en el caso de que el patrimonio adjudicado a un cónyuge resulte la compensación por haber abandonado el mercado laboral para dedicarse a la crianza de los hijos? Como dijimos, la infinidad de situaciones que pueden rodear la decisión de los cónyuges en estos casos impide que podamos analizarlo como un simple contrato de cambio, y la falta de equivalencia en las hijuelas no debe llevarnos a efectuar ningún tipo de observación al acto.

Como último comentario respecto del tema: siempre se ha sostenido la posibilidad de que los cónyuges compensen las hijuelas con sus respectivos bienes propios. Esta opinión continúa vigente hoy y puede encuadrarse perfectamente en el artículo 441 CCCN para el caso de disolución por divorcio,³³ aclarando que dicho artículo puede también aplicarse en caso de divorcio de cónyuges con régimen de separación de bienes.

6. Régimen de separación de bienes

6.1. Concepto y caracterización del sistema

Como hemos dicho, la posibilidad que tienen los cónyuges de optar por este régimen patrimonial ha sido la gran novedad introducida por el CCCN en la materia. Con respecto a la importancia de la apertura y su valoración, nos remitimos a lo dicho en la introducción del presente trabajo.

El régimen de separación de bienes está regulado en los artículos 505 a 508. El 505 establece la regla general del sistema cuando establece que “en el régimen de separación de bienes, **cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales**”. Esto implica que cada cónyuge será dueño exclusivo de los bienes que cada uno adquiera y que estos no se encuentran sometidos a ningún tipo de régimen de ganancialidad. En este orden de ideas, no corresponde hablar de bienes propios o gananciales, sino, como dice el artículo, de bienes

en calor y composición” (BELLUSCIO, Augusto C. [dir.] y ZANNONI, Eduardo A. [coord.], ob. cit. [cfr. nota 18], p. 280).

33. Art. 441 CCCN: “Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez”.

“personales” de cada uno de los cónyuges. Asimismo, en caso de cotitularidad o condominio, no es aplicable lo dispuesto por el artículo 471, por lo que las decisiones deberán tomarse atendiendo a la porción que cada uno posea en el bien, no siendo aplicable la excepción citada. En este régimen, la libre administración y disposición de los bienes de cada cónyuge solo encuentra su limitación en el supuesto de la vivienda familiar (art. 456).

La separación de bienes respecto de los activos de cada cónyuge también tiene su correlato desde el punto de vista de los pasivos o deudas, al no existir la noción de “cargas”. De conformidad con el artículo 505, cada cónyuge responde por las deudas por él contraídas, con la sola limitación de la responsabilidad solidaria a que se refiere el artículo 461 y –agregamos– el deber de contribución que estipula el artículo 455, ambas normas dispuestas para todos los regímenes.

6.2. *Acreditación del régimen en los actos notariales*

Debemos distinguir dos momentos en la práctica notarial. En las escrituras por las cuales adquiera una persona casada bajo el régimen de separación, será de buena práctica dejar constancia de la manifestación del adquirente y de que nos ha exhibido la respectiva partida de matrimonio con la nota marginal pertinente, solicitando la inscripción de esta situación en el Registro de la Propiedad. Esta aclaración en el título de adquisición resulta solo una cuestión de buena práctica y en nada altera la situación, pues la prueba frente a terceros, e incluso entre cónyuges, será siempre el acta de matrimonio. No resultan aplicables en este régimen los requisitos del artículo 466 y la ausencia de dicha mención en el título de adquisición no impedirá que el titular pueda acreditarlo por escritura complementaria o incluso en forma simultánea con el acto de disposición del bien.

En el supuesto de disposición, podremos remitirnos a la manifestación efectuada en la adquisición o, como dijimos, aclararlo en dicho acto si se omitió anteriormente. Estimamos que la escritura de convención prematrimonial o matrimonial por la cual se optó por este régimen deberá ser materia del estudio de títulos.

6.3. *Cese del régimen y disolución del matrimonio*

El artículo 507 CCCN establece que el cese del régimen se da por la disolución del vínculo matrimonial (por divorcio o fallecimiento) o por la modificación del régimen acordado por ambos cónyuges –ver punto 2.3–. Es el artículo 508,³⁴ referido a los efectos en caso de disolución, el que debe ser objeto de críticas, pues resulta contradictorio con el régimen mismo, ya que no logra determinarse correctamente

34. Art. 508 CCCN: “Disolución del matrimonio. Disuelto el matrimonio, a falta de acuerdo entre los cónyuges separados de bienes o sus herederos, la partición de los bienes indivisos se hace en la forma prescripta para la partición de las herencias”.

a qué se refiere con “bienes indivisos”. Al no existir comunidad, no existe indivisión poscomunitaria matrimonial; en caso de disolución por divorcio, nada debería cambiar respecto a la titularidad de los bienes y cosas;³⁵ y en caso de disolución por fallecimiento, los únicos bienes que integrarán el acervo sucesorio y serán partibles son los que eran de titularidad del cónyuge fallecido.³⁶

7. Contratación entre cónyuges

Respecto a los contratos entre cónyuges, Vélez había optado por un sistema intermedio, donde se admitía la validez de determinados contratos y se establecían incapacidades para otros,³⁷ con el fin de evitar el fraude a terceros y al propio sistema patrimonial matrimonial. Estos fundamentos también han sido materia de crítica.

La discusión se encontraba en determinar en qué situación se encontraban los contratos que no eran expresamente prohibidos, entendiéndose mayoritariamente que aquellos se encontraban permitidos, pues las incapacidades de derecho deben interpretarse en forma restrictiva. En términos generales, no se discutía la viabilidad del comodato, el mandato, sociedades de capital y responsabilidad limitada (art. 27 [Ley 19550](#)). La intención de los autores del [anteproyecto](#) del CCCN fue eliminar la discusión, adoptando un sistema plenamente permisivo, sin prohibiciones. No obstante, el Poder Ejecutivo varió el criterio de la Comisión Redactora y en el proyecto definitivo que se [envió al parlamento](#) y resultó aprobado se incluyó una prohibición genérica de contratar para los cónyuges en régimen de comunidad.³⁸ Esto invirtió la situación proyectada e impuso en el cuerpo del CCCN un sistema prohibitivo, en el cual deberá considerarse prohibido todo contrato que no esté expresamente autorizado, salvo el caso de separación de bienes. Las únicas excepciones a esta regla en el nuevo sistema son el mandato (art. 459³⁹), las sociedades (art. 27 [Ley General de Sociedades](#)⁴⁰) y la modificación del régimen patrimonial –punto 2–.

35. Ello sin perjuicio de los efectos económicos que pueden derivar de la ruptura y del proceso de divorcio, conforme los arts. 439 y 441, en cuanto a la atribución de la vivienda y eventuales compensaciones económicas. Pero incluso en estos casos, si un cónyuge compensa con bienes suyos al otro, habrá allí un verdadero acto traslativo y no una partición (salvo supuestos de división de condominio).

36. El patrimonio del supérstite no se ve afectado por el fallecimiento, más allá de su propia vocación hereditaria sobre el acervo del fallecido, conforme al art. 2433, 2434 y 2335.

37. BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 18), p. 2447.

38. Art. 1002 [CCCN](#): “Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio: [...] d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí”.

39. El artículo debió referirse al apoderamiento y no al contrato de mandato, respetando la división técnica que con buen criterio se efectuó en la parte general. Respecto al mandato y el asentimiento conyugal, ver punto 4 de este trabajo.

40. El artículo fue modificado, aceptando ahora que ambos cónyuges forman parte de cualquier tipo de sociedad, incluso de las incluidas en la Sección IV, eliminando la vieja distinción que solo aceptaba su

8. Conclusión

Más allá de las distintas opiniones y críticas, las modificaciones introducidas por el CCCN ponen fin a varios debates tradicionales y tienen un impacto inmediato en el quehacer del notariado. Por tal motivo, el estudio profundo y pormenorizado de estas modificaciones resulta un requisito ineludible para ejercer la función con la probidad que la ley nos exige.

coparticipación en sociedades de capital y de responsabilidad limitada. Esta norma guarda coherencia con el sistema previsto en el [anteproyecto](#), el cual, como dijimos, eliminaba toda incapacidad entre cónyuges.

Apuntes sobre la donación de acciones

Breve reflexión

María Cesaretti

Oscar D. Cesaretti

RESUMEN

Breves consideraciones respecto de la donación de acciones. La donación de acciones nominativas no endosables no está sujeta a la acción reipersecutoria del artículo 2458, ya que las acciones revisten el carácter de títulos valores y, en consecuencia, no son bienes registrables.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) ha modificado, para la mayoría de los autores,¹ la doctrina notarial² elaborada respecto de los criterios aplicables a los títulos antecedentes, a título gratuito, fundada en si el beneficiario del acto de transferencia revestía el carácter de heredero forzoso o no. No adentraremos en el desarrollo de tales criterios doctrinales, sino que partiremos del presupuesto de que, con la sanción del CCCN, la diferenciación enunciada para calificar un título como perfecto o no carecería de sustento legal alguno.³

Implementada la acción reipersecutoria del artículo 2458 CCCN contra terceros adquirentes, sin distinguir si el *tradens* revestía el carácter de heredero forzoso o no, nos cabe delimitar el ámbito de aplicación de la referida norma, no ya respecto de los inmuebles (que revisten el caso de mayor frecuencia) sino respecto de las acciones de una sociedad anónima. Es decir, ¿debemos considerar a la acción de una sociedad anónima como un bien atacable, a los efectos del artículo 2458 CCCN?

1. Cfr. ETCHEGARAY, Natalio P., “Donación a herederos legitimarios 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, 2014.

2. Dictámenes de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos. Ver CERÁVOLO, Francisco, “Donación a terceros. Título observable (art. 3955)”, en *Revista del Notariado*, n° 830, 1992, pp. 585-601; y “Donación de un inmueble a quien carece de vocación sucesoria legitimaria. Observabilidad del título”, en *Revista del Notariado*, n° 839, 1994, pp. 776-786; “Título proveniente de donación a heredera no forzosa”, en *Revista del Notariado*, n° 859, 2000, pp. 241-247. El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires no ha emitido dictamen.

3. Ver [proyecto de ley](#) para la reforma del CCCN de los diputados Cigogna y Conti, ingresado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación bajo el n° 1819-D-2015.

El objeto de la acción regulada por el artículo 2458 CCCN son los bienes registrables, cuyo concepto el CCCN omite al tratar los bienes en el Título III del Libro I, por lo que le corresponderá a la doctrina exponer respecto de lo que se entiende por tales.⁴ En este sentido, podemos señalar que la registración –conforme a los antecedentes obrantes en el derecho nacional– puede cumplir dos funciones: a) la constitución del derecho surge de la registración;⁵ b) la constitución del derecho opera externamente al registro y la toma de razón es exclusivamente respecto de su oponibilidad.

Considerando estos efectos, el [proyecto](#) de Código Unificado de 1998 había definido como bienes registrables aquellos que deben ser inscriptos en registros especiales para la oponibilidad o la constitución de los derechos (art. 215).

La sanción de la [Ley 24587](#) de Nominatividad de los Títulos Valores determinó que la única categoría de acciones aceptable para el derecho nacional sería, en adelante, la nominativa no endosables, siendo en consecuencia aplicable lo determinado por el artículo 215 de la [Ley General de Sociedades](#) (LGS). El artículo 2 de la Ley de Nominatividad reproduce el concepto del artículo 215 LGS: “surte efecto contra la sociedad y los terceros desde su inscripción”.

La condición de la inscripción mencionada para que el adquirente pueda hacer valer sus derechos respecto de terceros-emisor y terceros en general, ¿convierte la acción en un bien registrable? Cabe recordar que el objeto de la acción reipersecutoria del artículo 2458 es, justamente, los bienes registrales.

A los fines de avanzar sobre el análisis del interrogante propuesto, debemos interiorizarnos en el concepto de títulos valores. El artículo 226 [LGS](#) establece que “las normas sobre títulos valores se aplican en cuando no son modificadas por esta ley”. Cabe recordar que, hasta la sanción de la unificación, no existían en nuestra legislación disposiciones generales sobre los títulos valores.

El [CCCN](#), en el Libro III, Título V, Capítulo 6 (arts. 1815 y ss.), ha establecido una normativa general respecto de los títulos valores. Antes, la ausencia de una parte general respecto de la temática reseñada planteaba el interrogante sobre qué aspecto de los títulos valores debía considerarse a los efectos de considerar a las acciones dentro de tal categoría. Esta apreciación giraba en torno a determinar:

- a) si la *endosabilidad* no es un requisito para la transferencia de derechos autónomos, siendo que la autonomía es la característica que determina la existencia de un título valor; o
- b) si no es necesaria la autonomía para la inclusión en la categoría de título valor, y basta que se requiera inexorablemente la presentación de un título para el ejercicio de los derechos contenidos para ser considerado como tal.

4. [Proyecto de 1998](#), art. 215: “Bienes registrables. Son bienes registrables los que deben ser inscriptos en registros especiales para la oponibilidad o la constitución de los derechos”.

5. Inscripción constitutiva al regular el dominio de automotores y el de equinos pura sangre; ver respectivamente art. 1 Decreto-ley 6582/1958 ([TO Decreto 1114/1997](#)) y art. 2 [Ley 20378](#).

El régimen de las acciones nominativas no endosables no faculta –justamente– su transferencia vía endoso.⁶ Por tal motivo, si el elemento autonomía es el que define el carácter de título valor, el adquirente no goza de un título *ex novo*. Conforme a esta limitación, la suerte del adquirente está sujeta al principio de que nadie puede transmitir un derecho mejor que el que posee, sujetando todas las transferencias a las restricciones de la figura de la cesión. Las restricciones que el librador inserte en la cartular respecto del régimen de transmisión (cláusula no a la orden) sujeta todas las transmisiones del documento a la forma y efectos de la cesión de crédito,⁷ pero mantiene la cambial el carácter de título de crédito. Es decir, la supresión de la transmisión de la cartular vía endoso, conforme a la limitación impuesta por el librador, no desnaturaliza al título.

En pos de perfeccionar la transferencia de acciones nominativas no endosables, son requisitos necesarios:

“... a) la celebración del acto de transferencia de la acción de un titular a favor de otro; b) la firma de dicho contrato –con lo cual asume la existencia de un contrato– por escrito, ya que se debe firmar en los términos del art. 1137 del CCiv.; c) la tradición de los títulos; d) la redacción conjunta por las partes de una declaración escrita dirigida a la sociedad emisora de las acciones, a efectos de notificarla de la trasmisión de dichas acciones; y finalmente e) la registración de la transferencia en el libro pertinente.”⁸

Bajo el segundo de los caracteres enunciados, la necesidad del documento implica la incorporación del derecho al mismo.⁹ Surge entonces el interrogante sobre si está presente la necesidad respecto de las acciones nominativas no endosables.

Kenny¹⁰ conceptualiza a la acción en tres dimensiones: a) como cuota de participación en una sociedad; b) como título valor; y c) como objeto de inversión. Respecto de la primera de las dimensiones enunciadas, podemos decir que representa una fracción del capital social. Como tal, la posición de parte en el contrato de sociedad, importando ello una pluralidad de derechos, susceptibles de repetidos actos de ejercicio, y también de obligaciones. Representa, además, el límite de la respon-

6. LEGÓN, Fernando, *Letra de cambio y pagaré*, Buenos Aires, Ediar, 1966, p. 88: “La primera y la más importante de las funciones que cumple el endoso es la transferencia de los derechos cambiarios; la segunda y como consecuencia del traspaso de la posesión del título se transfieren los derechos cartulares que son adquiridos por el endosatario en forma originaria (autonomía)”.

7. Decreto-ley 5965/1963, art. 12.

8. CANOSA, J. y KAHALE, R., “Nuevamente sobre los recaudos para perfeccionar la transferencia de acciones en una sociedad anónima”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 2005-IV, p. 852; citado por STJ Río Negro, 29/10/2007, “Obón, Alejandro s/ Quiebra s/ Incidente s/ Casación”. [N. del E.: el lector podrá acceder al fallo aquí].

9. LEGÓN, Fernando, ob. cit. (cfr. nota 6), p. 12.

10. KENNY, Mario, “Las acciones escriturales”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1985, n° 103-104, pp. 115 y ss. El autor modifica la definición clásica de Brunetti de: a) alícuota de capital, b) derecho de participación y c) título de crédito.

sabilidad del socio por las consecuencias de los negocios sociales. Con relación al concepto de título valor, lo enunciado anteriormente existe en la medida en que el documento los describe expresamente o remitiéndose al estatuto social (principio de literalidad y carácter de causalidad). En relación con su conceptualización como objeto de inversión, se ve con mayor claridad en la gran empresa, siendo esta un vehículo para organizar capitales, en la cual el accionista es un inversor sin importancia personal.

¿Qué aspectos de los títulos valores deberían tomarse en cuenta a los efectos de considerar las acciones nominativas no endosables dentro de tal categoría? No cabe una respuesta única. Así como consignáramos que el apotegma de la autonomía no se presenta en la relación entre *tradens* y *acipiens*, también debe señalarse que el artículo 195 LGS (2º párr.) establece que el derecho de este nuevo accionista es inmune a las excepciones que se le pudieran oponer para el caso de violación del derecho de suscripción preferente una vez entregadas las acciones a un tercero. En el mismo sentido, el artículo 208 LGS no permite la emisión de acciones que no estén totalmente integradas, ya que no podría oponérsele dicha ausencia de integración al portador de buena fe.¹¹

En relación con el apotegma de la necesidad para el ejercicio del derecho, tenemos presente el clásico trabajo de Anaya titulado “La sociedad anónima sin acciones”.¹² A los efectos del presente trabajo, nos alcanza con repetir lo expresado en el artículo 226 LGS: “las normas sobre títulos valores se aplican en cuanto no sean modificadas por esta ley”; y el artículo 1815 CCCN: “cuando este Código hace mención a bienes o cosas muebles registrables, no se comprenden los títulos valores”.

Hemos visto que los principios de necesidad, literalidad y autonomía no son plenamente aplicables a las acciones nominativas no endosables¹³ y, a pesar de las señaladas limitaciones respecto de tales notas, el CCCN ha legislado los denominados títulos valores nominativos no endosables (art. 1849). Ergo, las disposiciones generales previstas en la unificación son comprensivas de las acciones nominativas no endosables.

Si la expresión sustentada es compartida, ello nos lleva a pregonar para todos y cualquiera de los títulos valores que a pesar de que su transmisión requiera la toma de razón en “el libro o cuenta pertinente”, dicha toma de razón no confiere a estos

11. Ídem, p. 119, nota 12.

12. ANAYA, Jaime, “La sociedad anónima sin acciones”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1975, pp. 107 y ss: “El título accionario, en cambio, es el aspecto exterior de la acción, la representación gráfica de dicha participación en el capital y de la condición de socio, razón por la cual se es accionista con anterioridad a la emisión de los títulos (ver citado artículo 208 LS) y no se deja de serlo por el hecho de que las acciones respectivas no se expresen de ese modo”; citado por CNCom., Sala C, 10/5/2012, “Porcelli, Fernando Luis c/ Juan Tomasello SA s/ Incidente de medidas cautelares” (*eldial.com*, AA789A, 14/8/2012).

13. Respecto de las acciones escriturales existen posiciones antagónicas en la doctrina especializada. Cfr.: EFRAÍN, Richard, “Acciones escriturales”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1984, n° 97-98, p. 85 (quien expresa: “cuando existen acciones escriturales, desaparece en relación a ellas los efectos propios de la ‘incorporación’, la ‘legitimación’ o la ‘necesidad’”); y KENNY, Mario, ob. cit. (nota 10).

títulos el carácter de bienes registrables. Si bien los artículos 215 LGS y 1849 CCCN establecen “cuya transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro”, su circulación inter-partes puede perfectamente darse sin que medie la anotación en el libro de accionistas. Nótese el caso de una serie ininterrumpida de endosos: el ejercicio de sus derechos requiere el registro, pero las partes (endosante y beneficiario) no revisten el carácter de terceros. Las acciones nominativas no endosables pueden igualmente circular inter-partes, mediante una cadena ininterrumpida de transferencias.

La registración o anotación hace a la legitimación del adquirente frente a la sociedad y frente aquellos terceros que no son parte de la relación de cesión. No se puede alegar las mismas conclusiones respecto de los sistemas registrales. Así, como habíamos consignado, en los sistemas en los cuales de la registración nace el derecho, es imposible pretender la adquisición del bien sin la registración: “el sistema es constitutivo y el dominio nace, aun entre las partes, con motivo de la inscripción”¹⁴. En los denominados declarativos, se debe respetar el tracto registral con los limitados casos de tracto abreviado.¹⁵ El adquirente del derecho real no lo podrá transferir a un tercero si no ha mediado la registración de su derecho.

Estos rasgos son suficientemente claros para ratificar lo expuesto en el CCCN con respecto a que la anotación y/o registración en los títulos valores no cumple similares efectos de eficacia que se dan en los denominados bienes registrables.

Finalmente, se concluye que:

- 1) La donación de acciones nominativas no endosables **no está sujeta a la acción reipersecutoria del artículo 2458 del CCCN.**
- 2) Dicha afirmación se basa en que las **acciones** revisten el carácter de títulos valores y, como tales, **no son bienes registrables.**

14. GARRIDO, Roque, “Régimen jurídico de los automotores y sus consecuencias”, en AA. VV., *Estudios de derecho civil en homenaje a Moisset de Espanés*, Buenos Aires, Universidad, p. 86.

15. Arts. 15 y 16 [Ley 17801](#).

El tiempo compartido en el Código Civil y Comercial de la Nación

Catalina A. Fourcade

RESUMEN

Análisis del instituto denominado tiempo compartido, con estudios de experiencias en derecho comparado y doctrina, y de la legislación formal y las disposiciones reglamentarias que lo regulan en nuestro país.

Sumario: 1. Introducción. 2. Nociones básicas. 3. Naturaleza jurídica. 4. Afectación. 5. Funcionamiento. 6. Legitimación. 7. Registración. 8. Deberes del emprendedor. 9. Deberes de los usuarios. 10. La administración. 11. Gastos del sistema. 12. Extinción. 13. Derecho de consumo. 14. Normas sobre derechos reales.

1. Introducción

El derecho tiempo compartido es una figura de carácter comunitario que permite una nueva forma de aprovechamiento de cosas muebles e inmuebles, asegurando un mayor rendimiento del patrimonio y disminuyendo los gastos. El tiempo compartido faculta al usuario a usar y gozar, durante un lapso determinado y de manera periódica, exclusiva y alternada, un bien mueble o inmueble, a cambio del pago de un precio en dinero. Asimismo, le concede la posibilidad de disfrutar de los servicios accesorios que integren el sistema.

De esta manera, el usuario puede usar y gozar de un bien determinado durante un período de tiempo preestablecido, sin necesidad de adquirirlo, por lo que la inversión es menor. Resulta más ventajoso que tomarlo en locación, ya que el tiempo compartido asegura perpetuidad y confiere la facultad de transmitirlo por acto entre vivos o *mortis causa*. Al mismo tiempo, los gastos de mantenimiento se reducen, ya que son soportados por todos los usuarios del sistema. Para el propietario del bien también aparece beneficios, ya que tiene la posibilidad de obtener mayores ganancias que si se limita a dar en locación el bien a una única persona de modo tradicional.

Las denominaciones más divulgadas han sido las de multipropiedad, tiempo compartido o derecho de aprovechamiento por turnos. El Código Civil y Comercial ha adoptado la segunda, que ha sido criticada porque induce a suponer que los usua-

rios comparten el tiempo, cuando ello no es así, ya que cada uno tiene derecho a usar la cosa de forma exclusiva, durante el período correspondiente.

En el derecho comparado puede mencionarse, a modo ejemplificativo, en primer lugar, la *Ley francesa 86-18 de 1986*, Relativa a las Sociedades de Atribución de Inmuebles en Goce por Tiempo Compartido. Esta norma adopta un sistema especial, en virtud del cual los interesados deben constituir una sociedad civil cuyo patrimonio se integra con inmuebles y que tiene por objeto la construcción de edificios, adquisición de inmuebles o derechos inmobiliarios y el desarrollo o la restauración de las propiedades adquiridas. Los asociados tienen derecho a un período de uso sobre dichos inmuebles, proporcional a lo que hubieran aportado, pero no se les confiere ningún derecho de propiedad ni otro derecho real a cambio de sus contribuciones. Por otra parte, la figura en análisis llegó a España con la *Ley 42/1998*, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico. Dicha ley tenía por objeto la regulación de la constitución, el ejercicio, la transmisión y la extinción del derecho de aprovechamiento de bienes inmuebles por turno, atribuyéndole a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo y durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado y que estuviera dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. Fue reemplazada por la *Ley 4/2012*, que flexibiliza las modalidades contractuales permitidas para la transmisión del derecho de aprovechamiento por turnos y define el contrato como: “aquel de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación”.

En la Argentina, el Código Civil y Comercial derogó parcialmente la *Ley 26356*, Reguladora (desde 2008) del Sistema Turístico de Tiempo Compartido, e introdujo variaciones en lo que respecta a esta figura. Antes del Código Civil y Comercial, la *Ley 26356* vino a crear un marco jurídico que regulaba genéricamente el tiempo compartido, dejando que los sujetos eligieran si encuadraban el sistema en la órbita de los derechos personales o en la de los derechos reales. Es importante remarcar que si se prefiere la alternativa del derecho personal, la flexibilidad es muy amplia, debido a que en el ámbito de estos reina la autonomía de la voluntad. Pero no debe olvidarse que el derecho personal es relativo, lo que puede aparejar inconvenientes en caso de insolvencia del propietario, del emprendedor o del administrador. Por el contrario, la opción del derecho real conlleva mayor certeza y seguridad, por su oponibilidad *erga omnes* y la publicidad que le son propias. Además, en la esfera de los derechos reales rige el principio del *numerus clausus*, que concurre a dotar de mayor certeza a la relación.¹ En cierta oportunidad, la juris-

1. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, “El tiempo compartido en el Proyecto de Código”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2013-C, p. 683.

prudencia² descartó el encuadre formulado por algunos peticionarios referido a la existencia de un derecho real, limitándose a reconocer la existencia de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas pendientes, entre la concursada y los titulares de los llamados contratos de cesión de derecho de uso en tiempo compartido.

Se ha afirmado que el fin perseguido por la ley al regular de modo tan severo los derechos reales, exigiendo además publicidad, es brindar protección al vínculo de propiedad sobre las cosas. En materia de derechos personales, al liberarse el régimen, este se agiliza, pero pierde al mismo tiempo seguridad.³ En nuestro país, el tiempo compartido ha sido caracterizado generalmente como un derecho personal, procedente de una participación societaria que se une a la facultad de usar y gozar, sucesiva y alternadamente, de un determinado turno, conforme a lo pactado en los respectivos estatutos, limitado temporalmente a la duración de la persona jurídica que detenta su titularidad.⁴

Esto último podría ejemplificarse de la siguiente manera: la sociedad A, titular de dominio de un edificio, concede a la sociedad B el derecho de uso sobre el mismo. Además, la designa administradora y la faculta a suscribir con terceros contratos de adquisición de derechos de uso, mediante los cuales, a cambio del pago de un precio, se les otorga a dichos terceros la potestad de usar y gozar de una unidad funcional determinada o determinable, por un plazo preestablecido, durante los períodos anuales que se pacten. Una vez abonado todo el precio, este se imputa a la compra de una acción de la sociedad A, que le otorga al adquirente no solo los derechos mencionados, sino también la obligación de contribuir a los gastos de conservación y mantenimiento del sistema, bajo apercibimiento de perder el derecho de uso. Por lo demás, el adquirente no puede administrar el complejo, porque dicha administración le corresponde a la sociedad B, en la que no participa.⁵

Desde el 1 de agosto de 2015, los Capítulos III, IV, V, y IX de la Ley 26356 fueron derogados, manteniéndose vigentes los seis capítulos restantes. Al mismo tiempo, el Código Civil y Comercial pasó a regular expresamente esta figura, en el Capítulo 2 del Título VI del Libro Cuarto, dedicado a los derechos reales. La Ley 26356 establecía que el tiempo compartido debía integrarse solo con inmuebles, afectados a su uso periódico y por turnos, para el alojamiento u hospedaje. De este modo, se ha determinado jurisprudencialmente que

La versión más conocida y difundida de la modalidad contractual de marras –tiempo compartido–, es la utilizada en el alojamiento vacacional. En éste, el objeto del contra-

2. CNCom., Sala C, 16/4/2004, “Pinamar Tennis Ranch S.A. s/ concurso preventivo” (*Microjuris*, cita on line: MJJ7332).

3. ACQUARONE, María T. y otros, “El derecho real autónomo de multipropiedad”, en *Revista del Notariado*, n° 812, 1988, pp. 55-95.

4. KIPER, Claudio, *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, 1ª ed., pp. 297-298.

5. Ídem, p. 298.

to es el uso en forma exclusiva por un período de tiempo determinado de una unidad habitacional de un inmueble ubicado en una zona turística, más los bienes muebles que integran la unidad habitacional, los espacios comunes del inmueble y los servicios que en él se proporcionan al usuario.⁶

El Código Civil y Comercial amplía esta idea, al prescribir que la figura en análisis puede integrarse con muebles o inmuebles, permitiendo además cualquier tipo de finalidad, no necesariamente relacionada al turismo.

La idea del presente trabajo es proyectar algunas reflexiones sobre las reformas introducidas por el Código Civil y Comercial, cuya entrada en vigencia es muy reciente, mediante el análisis del nuevo texto legal en el orden elegido por el legislador.

2. Nociones básicas

El Código Civil y Comercial, en su artículo 1887, consagra el tiempo compartido como un derecho real, dejando de lado la expresión “sistema turístico de tiempo compartido” para denominarlo simplemente “tiempo compartido”. Lo considera un derecho real principal sobre cosa total o parcialmente propia, que se ejerce por la posesión. El Código emplea dieciséis artículos para la regulación expresa de esta figura, que –como se mencionó anteriormente– forma parte del Título VI del Libro Cuarto, dedicado a los conjuntos inmobiliarios.

El texto legal en análisis comienza a tratar el tiempo compartido en el artículo 2087, aclarando el concepto y los bienes que lo integran. Se establece que existirá tiempo compartido cuando uno o más bienes estén afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino. Aclara especialmente que los bienes objeto del tiempo compartido podrán ser inmuebles y/o muebles, en tanto en cuanto su naturaleza sea acorde a los fines que enumera. Esto amplía las disposiciones generales de la Ley 26356 aún vigentes, que estipulan que el sistema turístico de tiempo compartido debe integrarse solo con inmuebles, fijando únicamente como fines el alojamiento u hospedaje. El Código Civil y Comercial de la Nación admite los bienes muebles y no solo incluye entre las finalidades el comercio, el turismo y la industria, sino que la enumeración que hace no es taxativa, dejando de esta manera la puerta abierta a otras posibilidades.

Asimismo, el Código Civil y Comercial menciona las distintas personas que pueden intervenir en el desarrollo de la figura en análisis (emprendedor, propietario, administrador, comercializador), pero no las define, por lo que resulta aplicable el artículo 3 de la Ley 26356. Este precisa los distintos individuos que pueden o no existir en un sistema de tiempo compartido:

6. CNCom., Sala A, 15/2/2007, “Morganti, Alberto c/ Club House San Bernardo SA y otro” (*Microjuris*, cita on line: MJJ10764). [N. del E.: el lector podrá acceder al fallo también [aquí](#)].

- a) el usuario (aquella persona que adquiere un derecho de uso periódico en un sistema de tiempo compartido);
- b) el propietario (titular dominial del bien afectado al sistema de tiempo compartido);
- c) el emprendedor (constituye el derecho de tiempo compartido; puede ser propietario o no del bien afectado y se encarga de comercializar los períodos de disfrute y proporcionar los servicios a los usuarios);
- d) el vendedor (ofrece los períodos de uso en nombre y representación del emprendedor, que según el CCCN se denominaría comercializador);
- e) el revendedor (intermedia en la comercialización de períodos de un sistema de tiempo compartido por sí o por cuenta y orden de un usuario);
- f) el administrador (tiene a su cargo la gestión y coordinación de la manutención y uso de los bienes que componen un sistema de tiempo compartido);
- g) la red de intercambio (persona que intermedia entre la oferta y la demanda de períodos de disfrute de los sistemas de tiempo compartido);
- h) el prestador (se dedica a comercializar sistemas de tiempo compartido y, en base a esta actividad que desarrolla, debe responder ante posibles conflictos que se susciten entre los usuarios).

3. Naturaleza jurídica

Al igual que el artículo 1 de la Ley 26356, que sigue vigente, el Código Civil y Comercial da a entender que en la estructuración del tiempo compartido, la naturaleza de los derechos que se constituyan o se transmitan (personales o reales) no es relevante, al establecer en su artículo 2088 que

... con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos, el tiempo compartido se integra con inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de éstos sea compatible con los fines mencionados.

Esto podría parecer un poco incompatible con el artículo 1887, que engloba el tiempo compartido entre los derechos reales, y con el artículo 2101, que alude al derecho que tiene el adquirente de tiempo compartido, enunciando que se le aplican las normas sobre derechos reales. No obstante, es preciso diferenciar dos fases o momentos dentro de la figura del tiempo compartido.

Dentro de la primera fase se encontraría quien afecta al régimen de tiempo compartido uno o más bienes. En una segunda fase aparecería el usuario, es decir, quien adquiere un período de disfrute, un derecho de uso periódico dentro de un determinado sistema turístico de tiempo compartido. Ni la Ley 26356 ni el Código Civil y Comercial definen la naturaleza de dicho derecho, quedando ello librado a

la autonomía de la voluntad de los organizadores del sistema de tiempo compartido. Así, se ha destacado la independencia existente entre el nuevo derecho real de tiempo compartido y la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y la del régimen legal al que los bienes se encuentren afectados. Tanto el propietario del bien como el emprendedor tienen la posibilidad de optar libremente por la forma jurídica que emplearán para la creación y comercialización del emprendimiento, que podrá basarse en la introducción de otros derechos reales o en cláusulas contractuales sustentadas en los derechos personales.⁷ Incluso, se ha afirmado que no necesariamente el tiempo compartido debe organizarse en forma exclusiva como derecho real, dado que ello no surge de la ley. Conforme a esta postura, el Código Civil y Comercial permite que el propietario (o emprendedor si no se tratara del mismo sujeto) opte por organizarlo y comercializarlo bajo el régimen de los derechos reales (al que se refiere el art. 1887, inc. e) o como derecho personal, ya que no contiene limitación alguna al respecto y, además, es lo que resulta del artículo 2088.⁸

Como se mencionó anteriormente, el artículo 2088 del Código Civil y Comercial establece que el tiempo compartido se integra con inmuebles y muebles, con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyan o transmitan y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos. De esta forma, puede apreciarse que no surge de la letra de la ley que necesariamente el derecho de tiempo compartido deba organizarse en forma exclusiva como derecho real.⁹

En la medida en que la naturaleza del derecho que se constituye queda librada a la elección de los propietarios o emprendedores que llevarán a cabo la afectación del inmueble, los usuarios solo tienen a su favor la protección concedida a los consumidores, según el artículo 2100 del Código Civil y Comercial. De esta manera, se han efectuado las siguientes objeciones:¹⁰

- a) Solo debería inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble la escritura de afectación al destino de Tiempo Compartido. Si se tratara de bienes no registrables, la afectación no figuraría en registro alguno.
- b) Si el propietario del bien afectado a tiempo compartido decide otorgarle derechos personales a los usuarios, esos derechos individuales carecerían de protección registral adecuada. Estos contratos individuales, en principio, solo tendrían anotación en un registro de titulares que debe llevar el emprendedor, de acuerdo con el artículo 2094, inciso b), del Código Civil y Comercial.

7. CAUSSE, Jorge R., "Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios", en Kiper, Claudio (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, 1ª ed., p. 864.

8. HELÚ, Nair, "Tiempo compartido: ámbito propicio para la autonomía de la voluntad", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 16/12/2015, p. 4 (cita on line: AR/DOC/3219/2015).

9. LUBINIECKI, Raquel A. y SILVESTRE, Norma O., *El tiempo compartido. Breves reflexiones sobre el tratamiento en el nuevo Código Civil y Comercial* [web], en "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", 22/9/2015.

10. Ídem.

- c) El derecho de los usuarios constaría en un instrumento privado, que solo habría de inscribirse en un registro privado (registro de titulares), confeccionado por el propio emprendedor. Ese instrumento, por lo demás, carecería de autenticidad y de fecha cierta.
- d) La anotación en tal registro dependería de la voluntad del emprendedor, quien podría proceder a la venta de derechos de tiempo compartido sin inscribir todas las operaciones de venta. Por lo tanto, nada le aseguraría al adquirente una protección propia de los derechos reales.
- e) La relación entre el adquirente y el emprendedor tiene aspectos que la alejan del concepto propio de los derechos reales, ya que tal vínculo requiere de la actividad voluntaria de una de las partes para que el derecho adquiera preferencia y oponibilidad.

Por otro lado, es importante señalar que se ha criticado la caracterización del tiempo compartido como derecho real sobre cosa propia. Autores¹¹ consideran que el sistema funciona de la siguiente manera: el propietario del inmueble tiene la posibilidad de afectarlo a tiempo compartido; en caso de efectuarlo, estará en condiciones de otorgar derechos (reales o personales) de tiempo compartido a terceros (denominados usuarios). De este modo, quienes se enrolan en esta crítica alegan que el verdadero titular del derecho de tiempo compartido es el usuario, no el propietario del inmueble. En otras palabras, se ha señalado que el usuario, de forma indudable, sería el titular del derecho de tiempo compartido en el caso de que el dueño lo afecte a ese régimen y le conceda ese derecho. Mientras tanto, el propietario continuaría siendo el titular del derecho real de dominio, debido a que “afectó” su propiedad para conceder beneficios a los usuarios.¹²

Es por esto que se ha definido el tiempo compartido como un derecho autónomo (podrá ser real o personal), de uso periódico y por turnos, que recae sobre cosa ajena. Y se ha señalado que el Código Civil y Comercial, al incluir al tiempo compartido entre los derechos sobre cosa propia, se está refiriendo principalmente a la afectación al régimen de tiempo compartido que puede efectuar el propietario, no a la titularidad del derecho de tiempo compartido propiamente dicho.

4. Afectación

El artículo 2089 del Código Civil y Comercial prescribe que la constitución de un tiempo compartido precisa la afectación de uno o más bienes a la finalidad de apro-

11. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, “Tiempo compartido. Sistemas turísticos de tiempo compartido”, en Abella, Adriana N. (dir.), *Propiedades especiales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavallía, 2015, 1ª ed., pp. 114 y 115.

12. HELÚ, Nair, ob. cit. (cfr. nota 8).

vechamiento periódico y por turnos e impone la instrumentación mediante escritura pública para el caso de inmuebles. De esta manera, el Código Civil y Comercial determina claramente que la afectación siempre será necesaria tanto para el caso de inmuebles como para el supuesto de que se integre con bienes muebles.

Si bien se señala la escritura pública para el caso de tratarse de inmuebles, no se exige ninguna forma determinada para el supuesto de que se afecten otras cosas o bienes. Sin embargo, subsisten las normas especiales que regulan los actos jurídicos relativos a ciertos bienes registrables, por ejemplo, las aeronaves.¹³ Por otro lado, el mencionado artículo 2089 dispone que la escritura de afectación debe contener los requisitos determinados en la “normativa especial.

En caso de tratarse de inmuebles, es preciso recordar que el Capítulo III de la Ley 26356, que organizaba “la constitución del sistema turístico de tiempo compartido”, regulando en su artículo 10 el contenido de la escritura de afectación, ha sido derogado. El citado artículo 10 prescribía de forma detallada qué debía contener la escritura de constitución, distinguiendo diversos aspectos que no podían faltar tanto en relación con los bienes como con respecto a los usuarios y a la administración. Empero, se supone que el instrumento de afectación debería contener disposiciones relativas al objeto, a los sujetos y a las facultades y obligaciones de estos últimos, respetando siempre las normas reguladoras de las relaciones de consumo aplicables a la figura del tiempo compartido.

Asimismo, se establecen como requisitos para la afectación a tiempo compartido, reiterándose lo que disponía la Ley 26356: a) que los bienes se hallen libres de gravámenes, restricciones e interdicciones; y b) que el emprendedor, el propietario, el administrador y el comercializador no se encuentren inhibidos para disponer sus bienes.

5. Funcionamiento

Uno de los rasgos distintivos del tiempo compartido, que lo distingue de los demás derechos reales, es justamente el aprovechamiento periódico y por turnos. La idea es que distintas personas (los usuarios) puedan disfrutar de una cosa común repetida y alternadamente, ya que cada una tiene asignado un turno o período de uso. La [Ley 26356](#) aclara en su artículo 3 que el período de uso son las fechas que le corresponden a un usuario de un tiempo compartido y distingue dos unidades de medida:

1. Unidad de medida temporal: para aquellos casos en que el período de uso se cuenta en días, semanas, o meses. A su vez, puede ser:
 - a) Determinada, cuando el período de uso se ha fijado en las mismas fechas de los años calendarios sucesivos, dando lugar a un período temporal fijo (p. ej.: del 1 al 15 de enero de cada año calendario).

13. Ver [Código Aeronáutico-Ley 17825](#), art. 49.

- b) Determinable, cuando el período de uso ha sido fijado dentro de una temporada o entre determinadas fechas del año calendario, a elección del usuario y condicionado a que exista disponibilidad, dando lugar a un período flotante (p. ej.: dos semanas de verano o dos semanas a elegir entre el 1 de enero y el 1 de abril de cada año calendario; siempre sujeto a disponibilidad).
2. Unidad de medida por puntos: para aquellos casos en que se adquieren períodos de uso canjeables y con equivalencias preestablecidas entre un conjunto de prestaciones en diferentes unidades o sistemas de tiempo compartido, con capacidad de alojamiento y turnos de extensión variable (p. ej.: cada punto equivale a cinco días de verano en cualquiera de las cabañas de un determinado establecimiento afectado a tiempo compartido).

Algunos autores¹⁴ han distinguido el tiempo compartido flotante (recae sobre la misma unidad en igual período o temporada del año, cuya determinación se efectúa de manera periódica) del tiempo compartido sobre espacio flotante (recae sobre una cierta unidad vacacional, con características preestablecidas, pero cuya determinación se realiza conforme a los procedimientos establecidos y teniendo en cuenta la disponibilidad existente). Asimismo, se ha denominado tiempo compartido mixto a aquel que combina los últimos sistemas mencionados, de manera que recae sobre una unidad determinable, con ciertas características prefijadas, en un espacio temporal también determinable conforme a ciertas pautas establecidas.

6. Legitimación

En cuanto a la legitimación, el Código Civil y Comercial establece como regla general, en su artículo 2090, que el instrumento de afectación de un tiempo compartido debe ser otorgado por el titular del dominio. Ello difiere de lo que determinaba la Ley 26356 en el artículo 9, ya derogado, que prescribía que la escritura de constitución tenía que ser otorgada por el emprendedor.

No obstante, a los fines prácticos, ambas normas convergen, ya que exigen para aquellos casos en que la persona del titular de dominio no coincide con la persona del emprendedor, el consentimiento de ambas en la afectación instrumentada. Es lógico que sea imprescindible el consentimiento del propietario del bien, ya que se ha indicado que la afectación a tiempo compartido implica un acto de disposición jurídica. El sometimiento de un bien a la figura en análisis significa gravarlo y, por ende, solo el titular de dominio está en condiciones de hacerlo.¹⁵

14. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (cfr. nota 11), pp. 53-54.

15. CAUSSE, Federico y PETTIS, Christian R., *Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 172 [serie "Incidencias del Código Civil y Comercial", dirigida por Alberto J. Bueres].

También se ha argumentado que el derecho de Tiempo Compartido es un derecho real sobre cosa propia y, por ende, el propietario de ella es el único legitimado para promover su afectación.¹⁶

7. Registración

En lo que respecta a esta cuestión, el Código Civil y Comercial reproduce lo que fijaba la Ley 26356, ya que también requiere que el instrumento de afectación sea inscripto en el respectivo Registro de la Propiedad y en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a sistemas de tiempo compartido, previamente a cualquier oferta o anuncio comercial. Como consecuencia de ello, hasta que no esté en funcionamiento dicho registro, el tiempo compartido del Código Civil y Comercial no será operativo. La única excepción estaría dada por los sistemas turísticos de tiempo compartido, es decir, inmuebles afectados a un uso periódico y alternado para alojamiento u hospedaje, ya que la Ley 26356 creó el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales Afectados a Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, que funciona en el ámbito de la Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación, puesto en marcha por el [Decreto 760/2014](#). La registración no solo es importante a los fines de la publicidad, sino que también permite que se produzcan ciertos efectos, establecidos en los artículos 2091 *in fine* y 2093 del Código Civil y Comercial.

Es preciso destacar que el Código Civil y Comercial no contiene ninguna disposición relativa a la inscripción de los contratos de configuración de tiempo compartido a favor de cada uno de los usuarios. Tampoco señala los contenidos mínimos que deberían reunir dichos contratos, como sí los preveía la Ley 23356 en su artículo 15, ya derogado.

El Código Civil y Comercial no introduce ninguna novedad al determinar que el propietario puede constituir hipoteca u otro gravamen con posterioridad a la inscripción de la escritura de afectación, siempre que se respete lo señalado por el artículo 2093, ya que guarda similitud con lo fijado por el artículo 12 de la Ley 26356, actualmente suprimido. El artículo 2093 del Código regula los efectos de la inscripción del instrumento de afectación en el Registro de la Propiedad respectivo. Se le prohíbe al propietario y al emprendedor modificar el destino previsto en el instrumento (aunque se consagra la posibilidad que tiene el emprendedor de comercializar los períodos de disfrute no enajenados bajo otras modalidades contractuales) y se determina la oponibilidad de los derechos de los usuarios del tiempo compartido, que no pueden ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra.

16. CAUSSE, Jorge R., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 865.

En relación con este último artículo, se ha cuestionado si dichas consecuencias se producen únicamente cuando el tiempo compartido incluye bienes registrables o en todos los casos, ya que el Código Civil y Comercial prevé los citados efectos como corolario de la inscripción del instrumento de afectación en los registros respectivos.¹⁷

Por otro lado, es importante destacar que la [Orden de Servicio 45 del 2015](#) dictada por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires establece que

La afectación/desafectación a tiempo compartido se registrará en la parte superior de la o de las matrículas objeto del derecho real. El derecho real del adquirente de tiempo compartido, como así también las futuras registraciones se publicitarán en el rubro b) de la/las matrículas afectadas.

En virtud de lo expuesto, en los casos en que el tiempo compartido se estructure en el ámbito de los derechos reales, el derecho del usuario se anotaría en el rubro de gravámenes. Y si se considera que el verdadero titular del derecho de tiempo compartido es el usuario, lo dispuesto por la orden de servicio mencionada coincide con la idea de que se trata de un derecho sobre cosa ajena, no sobre cosa propia.

8. Deberes del emprendedor

El emprendedor puede coincidir o no con el titular de dominio de los bienes que integran el tiempo compartido. Es el encargado de la constitución, la articulación, el desenvolvimiento y el financiamiento del emprendimiento, a los fines de comerciar y distribuir períodos de aprovechamiento de los bienes afectados, brindando además las prestaciones que correspondan y que sean compatibles con su destino. El [Código Civil y Comercial](#) enumera los deberes del emprendedor en el artículo 2094, reproduciendo con algunos cambios el artículo 19 de la Ley 26356, ya derogado. En los dos primeros incisos del artículo 2094, el Código reitera lo dispuesto por la normativa derogada, al determinar entre los deberes del emprendedor los siguientes:

- a) Establecer el régimen de utilización y administración de las cosas y servicios que forman parte del tiempo compartido y controlar el cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre el administrador.
- b) Habilitar un registro de titulares, supervisado por la autoridad de aplicación, en el que deben anotarse los datos personales de los usuarios y su domicilio, períodos de uso, el o los establecimientos a los que corresponden, tipo, extensión y categoría de las unidades y los cambios de titularidad.

17. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (cfr. nota 11), p. 124.

En lo que respecta a la garantía del ejercicio del derecho de los usuarios, el Código Civil y Comercial se aparta de lo que establecía la Ley 26356, ya que prescribe que el emprendedor:

- a) Está obligado a garantizar el ejercicio del derecho de los usuarios, en la oportunidad y condiciones comprometidas. Ya no se requiere que los establecimientos vacacionales del tiempo compartido se encuentren en construcción para que el emprendedor tenga que cumplir con este deber, ni se exige que la garantía se estructure mediante un fideicomiso.

Esta modificación parece razonable, por un lado, porque resultaba un poco inoportuno que solo se resguardaran los derechos de los futuros usuarios cuando los establecimientos vacacionales estuvieren en construcción; y por otro lado, porque existen diversas formas de lograr esta protección. La vía del fideicomiso no es ineludible, las partes pueden buscar otras formas, ampliando de esta manera las fronteras de la autonomía de la voluntad.

- b) Debe abonar las cuotas por gastos del sistema de las unidades no enajenadas. Ya no se exige –como lo hacía la Ley 26356– que el emprendedor haya cedido temporalmente estas unidades a terceros.

El Código elimina el deber que tenía el emprendedor de “abonar toda suma por gastos del sistema, que excediera el monto de la oferta cuando se hubiera optado por el sistema de ajuste alzado relativo”. Esto tenía que ver con que la Ley 26356 establecía en su artículo 10, entre los puntos que debía incluir la escritura de afectación, la indicación de los factores objetivos mediante los cuales se determinaba la proporción de gastos correspondientes a cada usuario. Si el emprendedor optaba por ofrecer la prestación del servicio de administración y mantenimiento por el sistema de ajuste alzado relativo, debía consignarse el plazo de vigencia, durante el cual no podrían aumentarse los montos, debiendo especificarse claramente los rubros no cubiertos y el sistema a utilizarse una vez expirado dicho plazo.

9. Deberes de los usuarios

El usuario es el adquirente del derecho de uso periódico, que le permite usar y gozar de las cosas que integran el tiempo compartido, aprovechando asimismo las prestaciones que correspondan y que sean compatibles con su destino. En lo que respecta a sus deberes, no ha habido grandes cambios. Sin perjuicio de las obligaciones que puede determinar el emprendedor en los instrumentos que convenga con cada uno de los usuarios, los cuatro incisos del artículo 2095 del Código Civil y Comercial reproducen lo que establecía el artículo 20 de la Ley 26356. De esta manera, los usuarios deberán:

- a) Ejercer su derecho conforme a su naturaleza y destino, sin alterarlos ni sustituirlos y sin impedir a otros usuarios disfrutar de los turnos que les corresponden.

- b) Responder por los daños a la unidad, al establecimiento o a sus áreas comunes ocasionados por ellos, sus acompañantes o las personas que ellos autorizan si tales daños no son ocasionados por su uso normal y regular o por el mero transcurso del tiempo.
- c) Comunicar a la administración toda cesión temporal o definitiva de sus derechos, conforme a los procedimientos establecidos en el reglamento de uso.
- d) Abonar en tiempo y forma las cuotas por gastos del sistema y del fondo de reserva, así como todo gasto que pueda serle imputado particularmente.

La única modificación que puede señalarse tiene que ver con la supresión de la oración que les exigía a los usuarios tener las cuentas al día para el ejercicio de sus derechos. De todos modos, la enumeración del 2095 parece ser enunciativa y nada impediría que el emprendedor, al establecer el régimen de utilización y administración de los elementos que forman parte del tiempo compartido, previera dicha exigencia.

Pese a que el Código Civil y Comercial no contiene ninguna disposición que prevea los derechos de los usuarios, ellos se derivan del resto de los artículos, por ejemplo, si se efectúa una interpretación *a contrario sensu* de los deberes del emprendedor y del administrador, o si se consideran asimismo las reglas que disciplinan las relaciones de consumo y las normas sobre derechos reales, tal como lo establecen los artículos 2100 y 2101. Además, en virtud del inciso c) del artículo 2095, los usuarios tienen la posibilidad de ceder sus derechos.

Se ha criticado que el Código Civil y Comercial no conceda al titular del derecho real de tiempo compartido la facultad de constituir derechos reales de garantía, teniendo en cuenta que se trata de un derecho transmisible y ejecutable que compone su patrimonio.¹⁸

10. La administración

Tampoco hay grandes innovaciones con respecto a esta cuestión. El artículo 2096 del Código Civil y Comercial perpetúa la posibilidad de que la administración esté a cargo del emprendedor o de un tercero y elimina la aclaración de que el administrador puede ser designado o removido por los usuarios si los regímenes especiales que se hubieren adoptado les confirieran dicha potestad. En caso de que la administración esté a cargo de un tercero, este debe ser designado por el emprendedor y, en dicho caso, ambos serán solidariamente responsables frente a los usuarios por el cumplimiento de sus deberes.

El administrador es el encargado de dirigir, gestionar y coordinar el emprendimiento, ocupándose del mantenimiento y conservación de los inmuebles o muebles que constituyen el objeto del tiempo compartido y controlando que todo funcione y

18. Ídem, p. 124.

se desarrolle correctamente. En cuanto a sus deberes, el artículo 2097 señala los siguientes, sin perjuicio de los que disponga el dueño de los bienes o el emprendedor al organizar el emprendimiento:

- a) Conservar los establecimientos, sus unidades y los espacios y cosas de uso común en condiciones adecuadas para facilitar a los usuarios el ejercicio de sus derechos.
- b) Preservar la igualdad de derechos de los usuarios y respetar las prioridades temporales de las reservaciones.
- c) Verificar las infracciones al reglamento de uso y aplicar las sanciones previstas.
- d) Interponer los recursos administrativos y las acciones judiciales que corresponden.
- e) Llevar los libros de contabilidad conforme a derecho.
- f) Confeccionar y ejecutar el presupuesto de recursos y gastos.
- g) Cobrar a los usuarios las cuotas por gastos, fondos de reserva y todo otro cargo que corresponde.
- h) Rendir cuentas al emprendedor y a los usuarios, conforme a liquidaciones de ingresos y gastos certificadas por contador público, excepto en el caso de que se optara por aplicar el sistema de ajuste alzado relativo.
- i) Entregar toda la documentación y los fondos existentes al emprendedor o a quien este indique al cesar su función.
- j) Comportarse tal como lo haría un buen administrador, de acuerdo con los usos y prácticas del sector.

Ya no se menciona el deber de mantener el régimen de utilización de los bienes conforme a su destino, ni el de controlar las prestaciones convenidas entre el emprendedor y los usuarios.

La obligación indicada en el último inciso de comportarse tal como lo haría un buen administrador, según los usos y las prácticas del sector, implica que el administrador deberá cumplir sus tareas diligentemente y con la destreza profesional correspondiente. Esta disposición permite establecer un estándar ideal, adecuado para analizar posibles infracciones a sus deberes. El artículo 23 de la Ley 26356, en su primer inciso, establecía algo similar al decretar que debía cumplir sus tareas con “eficacia, diligencia y profesionalismo.”

11. Gastos del sistema

El Código Civil y Comercial consagra la vía ejecutiva para el reclamo de las deudas por gastos del sistema al reiterar en su artículo 2098 que el certificado emanado del administrador, en el que conste la deuda del usuario moroso, constituye título suficiente para accionar por dicha vía. Anteriormente, la Ley 26356 aclaraba que, en caso de no ser posible la vía ejecutiva, debía recurrirse al procedimiento más breve

que contemplaran las normas procesales; esta aclaración fue suprimida por el Código Civil y Comercial.

Este procedimiento judicial expeditivo permite acelerar la recaudación de fondos, a los fines de facilitar la correcta articulación del sistema, evitando los retardos infundados de los pagos. Del mismo modo que ocurre con las expensas en la propiedad horizontal, en el tiempo compartido el pago de los gastos en tiempo y forma es imprescindible para su adecuado funcionamiento. Si todos los usuarios dejaran de acatar este deber, estaría en riesgo la subsistencia del sistema.

Para iniciar la acción ejecutiva a los fines de cobrar las sumas adeudadas, el administrador deberá emplazar al usuario en mora, mediante intimación fehaciente por el plazo que se estipula en el reglamento de administración.

12. Extinción

El Código Civil y Comercial ya no regula el contenido mínimo de la escritura de afectación al sistema de tiempo compartido y ha derogado los artículos de la Ley 26356 que se referían a ella, tales como el artículo 10. El citado artículo preveía, en el apartado 6 del inciso b), la posibilidad de condicionar la transferencia o constitución de derechos a favor de futuros usuarios a la enajenación de un número determinado de períodos de disfrute en un determinado lapso, caso en el cual este no podía exceder de un año, ni el mínimo de períodos podría ser superior al 50 % del total de los períodos a comercializar. Dado que todo esto ya no tiene vigencia, en el Código Civil y Comercial ya no figura, entre las causas de extinción del tiempo compartido, la revocación por parte del emprendedor de los derechos que hubiere enajenado, para el caso de que se cumpliera la condición resolutoria mencionada del artículo 10 de la ley.

De modo enunciativo, se señala que el sistema cesa:

- a) Por el vencimiento del plazo previsto en el instrumento de afectación.
- b) En cualquier momento, cuando no se han producido enajenaciones o se han rescindido la totalidad de los contratos, circunstancia de la que se debe dejar constancia registral.
- c) Por la destrucción o vetustez.

En el supuesto del primer inciso, el tiempo Compartido se extingue por el simple transcurso del tiempo y el cese opera de modo automático.

Es importante destacar que para la situación prevista en el segundo inciso, que tiene lugar cuando el sistema se extingue por falta de usuarios, el Código Civil y Comercial indica “dejar constancia registral”, en lugar de dejar constancia en escritura pública, como establecía la Ley 26356. De todas formas, debe tenerse presente que en todos los supuestos, una vez acaecida la causa de extinción, el titular deberá suscribir el instrumento correspondiente a los fines de rogar al respectivo registro la toma de

razón de la desafectación; en el caso de inmuebles, será necesaria la escritura pública, en virtud de lo establecido por el artículo 1017 del Código Civil y Comercial en su inciso a).

Por otro lado, para la hipótesis del tercer inciso, debe tenerse en cuenta que nada impediría la subsistencia del derecho si los interesados están de acuerdo en reparar o reconstruir la cosa.

13. Derecho de consumo

Es preciso subrayar que el Código Civil y Comercial establece que la relación entre los sujetos que intervienen en el tiempo compartido (propietario, emprendedor, administrador, comercializador) y los usuarios se rige por las normas que regulan las relaciones de consumo, previstas en el mismo Código y en leyes especiales. De esta manera, puede afirmarse que la relación entre los usuarios y los demás operarios del sistema de tiempo compartido configura una relación de consumo. Como resultado de esta disposición, habrá que tener presente las garantías previstas por el régimen protector de los consumidores y usuarios. A modo de ejemplo pueden mencionarse:

1. El deber de garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los usuarios.
2. La obligación de abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los usuarios en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.
3. En los reclamos extrajudiciales de deudas, el deber de abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial.
4. La obligación de suministrarle al usuario, en forma cierta, clara y detallada, todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización.
5. La información debe ser siempre gratuita para el usuario y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.
6. En caso de duda sobre la interpretación de los principios establecidos en las normas que regulan las relaciones de consumo, prevalecerá la más favorable al usuario.
7. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

Antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, al analizar los caracteres predominantes del contrato de tiempo compartido, la jurisprudencia determinó:¹⁹

19. CNCom., Sala A, 15/2/2007, "Morganti, Alberto c/ Club House San Bernardo SA y otro" (*Microjuris*, cita on line: MJJ10764). [N. del E.: el lector podrá también acceder al fallo [aquí](#)].

... I) es un contrato comercial, carácter otorgado por la realización de la actividad con carácter empresario por el sujeto desarrollista –quien asume los riesgos jurídicos y económicos de su actividad [...] y II) es indudablemente un contrato de consumo, siéndole por ende aplicable la legislación del sistema de defensa del consumidor [...] Este último encuadramiento sella la suerte del pleito, permitiendo tener por acreditada –por aplicación del principio *in dubio pro consumidor*–, la validez de la pretensión del accionante...

Concordantemente, se ha juzgado²⁰ que

... no hay duda de que el contrato de tiempo compartido importa un vínculo de cambio en el marco del derecho del consumidor; y que, en tales condiciones, se encuentra claramente incluido dentro del ámbito de protección de la ley 24.240. Más aún: si se analiza la cuestión de acuerdo con un criterio finalista (conf. art. 2 ley 24.240), en el sentido de que quien adquiere derechos en un tiempo compartido tiene, casi como único objetivo el de hacerse de un espacio físico para fines turísticos y vacacionales por un período escaso de tiempo; es claro que confluyen en el sistema derechos reales y personales que caracterizan claramente al contrato como de consumo. Así pues es evidente que el fenómeno no se reduce a una mera locación de inmueble exclusivamente.

Asimismo, se ha señalado²¹ que, dado que la voluntad del legislador al sancionar la [Ley 24240](#) fue la de proteger al usuario o consumidor, es preciso considerar que aun cuando no exista una normativa específica referida al contrato de tiempo compartido y exista un debate sobre la naturaleza de dicho instituto, la aplicación de dicha ley no resulta inadecuada.

14. Normas sobre derechos reales

El Código Civil y Comercial determina en su artículo 2101 que al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales. De este modo, todo lo que tenga que ver con la relación entre el usuario y las cosas que integren el tiempo compartido estará regido por dichas normas.

Este artículo ha motivado algunas críticas.²² Se ha sostenido que si el tiempo compartido es organizado por el emprendedor como derecho real, de modo tal que lo que se transmite a los usuarios son derechos reales, el artículo en análisis resulta redundante e inútil, ya que es demasiado reiterativo. Por otro lado, si lo que se les

20. CNCom., Sala F, 5/10/2010, “Playa Palace SA c/ Peñaloza, Leandro Hipólito”; ver voto en disidencia de la Dra. Alejandra Tévez (*Microjuris*, cita on line: MJJ60868). [N. del E.: el lector podrá también acceder al fallo [aquí](#)].

21. CNCont.Adm.Fed., Sala V, 25/11/1997, “Mazzei Smurra y Asociados SA c/ Secretaría de Comercio e Inversiones (Disp. DNCI 1030/96)” (*Microjuris*, cita on line: EDJ9691).

22. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (cfr. nota 11), pp. 116-117.

otorga a los usuarios es un derecho personal, no tendría sentido ni sería lógico que se aplicaran las normas de los derechos reales. Ni siquiera queda del todo claro cuáles serían las normas sobre derechos reales aplicables a un tiempo compartido articulado como derecho personal.

Desde otro punto de vista, se ha afirmado²³ que el citado artículo 2101 consagra el alcance real del derecho del usuario, con independencia de su naturaleza jurídica (personal o real). De este modo, el usuario dispondría de las facultades de persecución y preferencia establecidas en el artículo 1886 del Código Civil y Comercial, aunque fuera titular de un derecho personal.

23. CAUSSE, Jorge R., ob. cit. (cfr. nota 7), pp. 876-877.

Adquisición de bienes registrables por parte de las sociedades comprendidas en la Sección IV de la Ley General de Sociedades

Marcela C. Frenquelli

Martín L. Peretti

RESUMEN

La adquisición de bienes registrables por parte de las sociedades comprendidas en la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades se encuentra sometida al estricto cumplimiento de los requisitos que establece la norma en su art. 23. A tales fines, la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante, mediante lo que la norma denomina un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios, instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma certificada por escribano. El alcance de dicha disposición ha generado vicisitudes de orden práctico, teniendo en cuenta la diversidad de sociedades que actualmente regula la Sección IV, y también el novedoso régimen de responsabilidad de sus miembros que dispuso la reforma.

Sumario: 1. Breve análisis de las sociedades reguladas en la Sección IV del Capítulo I LGS. Comparación con el régimen anterior. 2. Alcance del instrumento.

1. Breve análisis de las sociedades reguladas en la Sección IV del Capítulo I LGS. Comparación con el régimen anterior

La [Ley 26994](#),¹ por la que se unificaron los Códigos Civil y Comercial de la Nación, introdujo cambios de importancia en el régimen societario ([Ley 19550](#) y modificatorias, antes denominada Ley de Sociedades Comerciales [LSC], actualmente Ley Ge-

1. A través del [Decreto PEN 191/2011](#), se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, que presentó su [proyecto de Código unificado](#), con 2671 artículos, el 27/3/2012. La [Ley 26994](#) fue promulgada el 7/10/2014, por el [Decreto PEN 1795/2014](#).

neral de Sociedades [LGS]). Una de las variaciones más profundas fue la introducida a la regulación de la Sección IV del Capítulo I “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”, que pasó a contemplar no solo a las sociedades irregulares y de hecho, con objeto comercial –como lo hacía el régimen anterior–, sino también a las atípicas, esto es: las que no se constituyeran con sujeción a alguno de los tipos del Capítulo II, las que omitan requisitos esenciales (tipificantes o no) y las que incumplan las formalidades exigidas por la ley.

Sin perjuicio de alguna opinión doctrinaria diversa,² también se encuentran comprendidas en esta sección las sociedades civiles³ existentes a la fecha de su entrada en vigencia, cuya regulación prevista en el *Código Civil* (CCIV) fue íntegramente derogada. Las sociedades civiles constituidas mediante escritura pública se registrarán por sus respectivos contratos y lo dispuesto en la Sección IV de la LGS.⁴

Aparentemente, el legislador quiso restringir el concepto de sociedad a aquellos casos en que dos o más personas, o un sujeto de derecho particular, resuelvan conformar una organización en la que subyazca el concepto de “empresa”,⁵ en los términos del artículo 1 LGS, reservando para tales emprendimientos el régimen societario y el otorgamiento del carácter de sujeto de derecho, en los términos del artículo 2 LGS, como “sociedad”.⁶ Toda otra organización de dos o más personas con fines de lucro, donde haya aportes para obtener utilidades en su aplicación pero sin explotación empresarial, no se consideraría sociedad y debería recurrir a las figuras contractuales asociativas que contempla el *Código Civil y Comercial* (CCCN) y que, por tanto, carecen de personería jurídica. Así es como las sociedades accidentales o en participación, antes reguladas por los artículos 361 a 366 LSC,⁷ hoy se encuentran contempladas como contratos asociativos-negocios de participación, en los artículos 1448 a 1452 CCCN Y los contratos de colaboración empresarial, que, si bien carecían de personería jurídica, se hallaban legislados en los artículos 367 y siguiente LSC, hoy están regulados bajo el nombre de agrupaciones de colaboración, en los artículos 1452 y siguientes CCCN.

No caben dudas de que la sociedad, para que goce de personería jurídica, debe desarrollar la actividad y el objeto descriptos en el artículo 1 LGS. Ahora bien, que

2. VÍTOLO, Daniel R., *Comentarios a las modificaciones de la Ley 26994 a la Ley General de Sociedades. Análisis comparativo con la Ley 19550. Coordinación con las normas supletorias del Código Civil y Comercial de la Nación. Derecho transitorio*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p. 147.

3. La regulación de las sociedades civiles que preveía el CCIV (arts. 1648 y ss.) fue íntegramente derogada por la Ley 26994, que unifica el régimen civil y el régimen comercial de la Nación.

4. NISSEN, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, 3ª ed. act., p. 209.

5. Nuestro ordenamiento jurídico define la empresa en el art. 5 de la Ley 20744 de Contrato de Trabajo: “a los fines de esta ley, se entiende por empresa la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos...”.

6. Favier Dubois las denomina “sociedades empresariales” (FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *Panorama del derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [on line], Buenos Aires, [s. e.], 2015).

7. [N. del E.: el lector podrá consultar el Decreto 841/1984. Consultar las normas modificatorias].

tal actividad deba ser desplegada como empresa, más allá de la indefinición precisa del concepto, lo consideramos excesivo e innecesario.⁸ Cabe recordar que el artículo 17 LSC sancionaba con “nulidad” a las sociedades “atípicas” y declaraba “anulables” a aquellas cuyo contrato constitutivo omitía requisitos esenciales no tipificantes, permitiendo ser subsanado este yerro hasta la impugnación judicial. Actualmente, a estas sociedades se les impide producir los efectos propios del tipo y se las somete a la regulación de la Sección IV.

Oportunamente, la gravedad del apercibimiento fue objeto de críticas. Si bien la práctica evidenció la total inexistencia de sanciones por esta causa, puesto que la existencia de vicios tipificantes en el acto constitutivo se vio subsanada por el control de legalidad del registrador mercantil, mientras que solo existió algún caso aislado de anulabilidad por homonimia,⁹ la objeción residía no en la sanción misma sino en la imposibilidad de los socios de regularizar la sociedad, por resultar la nulidad por atipicidad inconfirmable. Creemos que solo debió rectificarse el punto, no así incluirse estas sociedades en un régimen que carece de todo carácter sancionatorio, ya que –como indica prestigiosa doctrina– la tipicidad “no constituye un capricho del legislador, sino que posee sólidos fundamentos que la avalan en aras de la seguridad jurídica”.¹⁰

Respecto de las sociedades que carecían de contrato (sociedades de hecho) o incumplían total o parcialmente el trámite de registración que imponía el artículo 7 LSC (sociedades irregulares), el sistema vigente hasta el 31 de julio de 2015 resultaba sumamente gravoso en materia de responsabilidad de sus miembros. A estos se les imponía una responsabilidad ilimitada, solidaria y no subsidiaria, atento a la imposibilidad que consagraba el artículo 23 de invocar el beneficio del artículo 56 LSC, ni las limitaciones que se fundaran en el contrato social.

A la sociedad y a sus integrantes les estaba vedado igualmente invocar, respecto de terceros, derechos o defensas que nacían del contrato social, el beneficio de excusión o las limitaciones que se fundaran en el contrato (art. 23 LSC). Si bien se admitió la personalidad jurídica de las sociedades irregulares y de hecho que efectivamente fueran operativas, era una opinión generalizada, tanto en doctrina como jurisprudencia, considerar que dicha personalidad era precaria, puesto que cualquiera de sus miembros, en cualquier momento, podía exigir su disolución (art. 22 LSC), y restringida, en virtud de la preindicada responsabilidad ilimitada, solidaria y no sub-

8. Se ha hablado de empresa desde la teoría económica y la ciencia de la administración, desde el derecho tributario, desde una óptica contable, y se trata de definirla desde los criterios que brindaría el Código unificado (ver FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *La empresa en el nuevo derecho comercial: Importancia, delimitación e implicancias legales y fiscales* [on line], Buenos Aires, [s. e.], 2015). No obstante, aún no se ha determinado con claridad el alcance del concepto, por lo que condicionar el concepto de sociedad como sujeto de derecho al desarrollo de la actividad en forma de empresa es, cuando menos, desatinado.

9. CNCom., Sala E, 29/6/1987 (*Doctrina Judicial*, 1987-22769).

10. NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales 19550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 349.

sidiaria de sus integrante y la imposibilidad de invocar respecto de terceros derechos y defensas nacidas del eventual contrato habido o limitaciones que surgieran del contrato social. En el ámbito interno, los socios bien podían alegar recíprocamente derechos y defensas nacidos del contrato y, a partir de la reforma introducida por la [Ley 22903](#) al artículo 22 LSC, las sociedades irregulares y de hecho podían regularizarse adoptando cualquiera de los tipos previstos legalmente en el Capítulo II.

Al igual que en el régimen actual, a los fines de acreditar su existencia, la persona jurídica podía recurrir a cualquier medio probatorio, siéndole aplicable la restricción consagrada en los artículos 209 del [Código de Comercio \(CCOM\)](#) / 1193 [CCIV](#), que obstaban la prueba testimonial, exclusivamente, en los contratos que no superaran determinado monto, salvo que hubiera principio de prueba por escrito, lo que subsiste en el artículo 1019 [CCCN](#).

El nuevo sistema legal unificado, que mantiene en general el microsistema de la LSC,¹¹ introdujo, sin embargo, reformas profundas en el régimen de las sociedades de la Sección IV. Posee una orientación axiológica absolutamente diversa respecto de aquellas sociedades carentes de contrato o que han incumplido el régimen inscriptorio u omiten requisitos esenciales; se ha abandonado definitivamente la orientación sancionatoria, lo que se evidencia particularmente en la sustitución del régimen de responsabilidad solidaria, ilimitada y no subsidiaria de sus miembros por un sistema de responsabilidad subsidiaria y simplemente mancomunada, salvo excepciones.

Actualmente, el contrato social no solo puede ser invocado entre los socios, sino que también es oponible a terceros si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria, pudiendo ser invocado por terceros contra la sociedad, los socios y administradores (art. 22 [LGS](#)). Como tenemos dicho, el aspecto en que no ha habido variación alguna es el referencia a la prueba de la existencia de la sociedad, donde se mantiene el principio de amplitud probatoria.

La reforma introdujo cambios sustanciales en materia de administración, representación y gobierno. El novel artículo 23 [LGS](#) establece que las disposiciones relativas a dichos puntos, que regulan acerca de la organización y gobierno sociales, pueden ser invocadas entre los socios. En relación con terceros, cualquier socio representa a la sociedad exhibiendo el contrato y la disposición contractual es oponible en tanto en cuanto se acredite que el tercero la conoció efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica.

Como indicamos precedentemente, una de las variaciones más profundas se evidencia en la modificación del régimen de responsabilidad de sus miembros, quienes responden frente a terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo: 1) una estipulación expresa respecto de una relación o conjun-

11. En los [fundamentos](#) que acompañaron al proyecto de ley, la Comisión aclaró que fue decisión de política legislativa no modificar las leyes que presentaran una autonomía de microsistema, pero que fue necesario hacer modificaciones a la Ley de Sociedades, que no pretendieron alterar el sistema, sino ajustarlo a las reglas generales del nuevo Código y respecto de temas específicos.

to de relaciones, 2) una estipulación del contrato social en los términos del artículo 22 LGS, 3) de las reglas comunes al tipo que manifestaron adoptar. En el régimen anterior, los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad respondían por las operaciones sociales en forma solidaria e ilimitada, sin poder invocar el beneficio del artículo 56 (art. 23, 1º párr., LSC). Por lo tanto, no podían alegar el beneficio de excusión,¹² que le permite al socio no responder con su patrimonio personal sino hasta ser liquidados íntegramente los bienes sociales o probada su insolvencia. Actualmente, la responsabilidad de los integrantes de alguna de las sociedades que comprende la Sección IV, además de mancomunada por partes iguales, salvo excepciones, es subsidiaria.

El análisis de esta profunda y equívoca variación en el régimen de responsabilidad excede el alcance del presente trabajo, mas consideramos que la razón de la reforma se debe al carácter excepcional y estricto con que la ley interpreta y aplica la responsabilidad solidaria en el régimen unificado. Ante ello, los integrantes de sociedades constituidas bajo ciertos tipos que contempla el Capítulo II (regulares) o que han cumplimentado íntegramente el proceso de inscripción que dispone el artículo 7 LGS, que satisfacen la integridad de los requisitos esenciales y las formalidades exigidas por la ley (p.ej.: sociedad colectiva, capitalista en la sociedad de capital e industria), se encuentran en peores condiciones que cualquier socio de una sociedad que hubiere inobservado las pautas legales preindicadas. Lo propio acontece con los socios fundadores durante el período previo a la inscripción definitiva, todos los cuales, si bien son responsables en forma subsidiaria, lo son también ilimitada y solidariamente. Se abandonó el antiguo sistema de regularización por la llamada subsanación (art. 25 LGS), estableciéndose un procedimiento complejo y en aspectos confuso, que habilita el receso del o los socios disconformes.

La disolución y liquidación de las sociedades comprendidas en la Sección IV, que anteriormente podía ser requerida por cualquier socio en cualquier momento, actualmente solo puede ser solicitada en los casos en que la sociedad no posea estipulación escrita de pacto de duración (art. 25 LGS). En tal caso, el interesado deberá notificar fehacientemente tal decisión a los restantes socios, produciendo efecto de pleno derecho una vez transcurridos noventa días de la última notificación, y debiendo los socios que deseen permanecer abonarles a los salientes su parte social.

Sobre la base de lo dispuesto por el artículo 21 LGS (posibilidad de lo socios de invocar entre sí el contrato social), estas sociedades pueden ingresar en proceso disolutorio cuando incurran en cualquiera de las causales que contempla el artículo 94 LGS, salvo –claro está– sus dos últimos incisos. Tampoco les es aplicable la excepción que contempla el artículo 94 bis LGS en caso de reducción a uno en el número de socios, puesto que, al no estar comprendidas estas sociedades en alguno de los ti-

12. Se encuentra regulado en el CCCN, dentro del contrato de fianza (arts. 1583 y ss.), habilitando al acreedor a dirigirse contra los bienes del fiador “una vez excutidos los bienes del deudor principal”, salvo las excepciones que contempla el art. 1584.

pos del Capítulo II, no pueden recurrir a la transformación que contempla el artículo 74 LGS, que exige que la sociedad se encuentre regularmente constituida. El análisis de la norma no guarda relación con el tema del presente, mas resulta necesario resaltar las notorias omisiones legales, así como también la complejidad del procedimiento y su evidente divorcio de los principios de practicidad y economía –material y temporal– que, sin menoscabar la seguridad, necesariamente deben gobernar todo procedimiento de esta naturaleza.

Claramente la ley ha dado preeminencia al principio de subsistencia de la sociedad, que ya consagraba el artículo 100 LSC para el caso de duda respecto de la existencia de una causal de disolución, mas actualmente se amplió, habilitando la posibilidad de remover la causal disolutoria por parte del órgano de gobierno social, en caso de viabilidad económica y social de la actividad (art. 100 LGS). La liquidación se rige por las normas contractuales y legales.

Todas las referencias legales al contrato social generan confusión y profundadas dudas respecto de lo que acontece con aquellas sociedades que carecen de él (sociedades de hecho) o cuando el contrato es tan precario o confuso que obsta determinar con claridad los elementos a los que la ley refiere en el caso específico (administración y representación, régimen de responsabilidad, participaciones, pacto de duración).

Las relaciones entre acreedores sociales y los particulares del socio, aun en caso de quiebra, en la redacción del artículo 26 LSC, se regían como si se tratara de una sociedad regular, “salvo respecto de los bienes cuyo dominio requería registración”, lo que corroboraba la imposibilidad de estas sociedades de adquirir bienes registrables. Actualmente, se rige como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II, “aun con relación a los bienes registrables”.

La posibilidad de adquirir bienes registrables en favor de las sociedades comprendidas en la Sección IV se encuentra expresamente consagrada en el tercer párrafo del artículo 23 LGS,¹³ derecho por el cual bregó la doctrina notarial durante largo tiempo. La norma requiere que la sociedad acredite su existencia ante el Registro, mediante un “acto de reconocimiento expreso de todos quienes afirman ser sus socios”, como también “las facultades de sus representantes”, el que debe instrumentarse mediante “escritura pública o instrumento privado con firma certificada por escribano”. Cumplimentado ello, el Registro inscribirá el bien a nombre de la sociedad, mas dejando constancia “de la proporción en que participan los socios en la sociedad”.

La incapacidad de las sociedades comprendidas en la Sección IV para adquirir bienes registrables se basaba en una antigua jurisprudencia¹⁴ que, ratificando una re-

13. Art. 23 LGS (3º párr.): “Bienes registrables. Para adquirir bienes registrables l sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento expreso de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado por escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad”.

14. CNCiv., en pleno, 1921, “Pascual Hnos.”.

solución del Registro General de la Propiedad Inmueble, se fundó en la necesidad de identificar a los titulares y con ello proteger a terceros. La nueva normativa consagra un sistema de tutela, que contempla mecanismos tendientes a evitar fraudes o actos simulados; sin embargo, la norma también abre una serie de interrogantes de orden práctico que evaluaremos seguidamente.

2. Alcance del instrumento

El acto de reconocimiento expreso¹⁵ que el artículo 23 LGS (2º párr.) les exige a las sociedades comprendidas en la Sección IV que deseen adquirir bienes registrables debe cumplir las siguientes formalidades:

- 1) Ser otorgado por todos aquellos que afirmen ser sus socios.
- 2) La sociedad deberá acreditar sumariamente su existencia y las facultades de su representante.
- 3) La forma solemne impuesta por ley (escritura pública o instrumento privado con firmas autenticadas por escribano) hace, por ende, a la validez del acto.

Este instrumento resulta imprescindible respecto de las sociedades reguladas en la Sección IV que carecen de instrumento escrito (sociedades de hecho), debiendo hacerse constar, en consecuencia, datos completos de sus integrantes, su domicilio y sede social, denominación y todo otro dato que permita su identificación. No resultaría necesario –en principio– respecto de las sociedades no constituidas regularmente pero cuyo instrumento de constitución constara en escritura pública o instrumento privado con firma certificada por escribano, a excepción de que los administradores o representantes reconocidos en aquel no coincidan con los actuales a quienes se encomienda la adquisición o cuando el texto fuera tan precario que impidiera conocer los requisitos necesarios para individualizar a la persona jurídica en regular forma. El acto de reconocimiento –insistimos– se impone en caso de sociedad carente de contrato o cuyo instrumento de constitución fuera incompleto o insuficiente.¹⁶ Por el contrario, cuando la sociedad comprendida en la Sección IV posee un contrato constitutivo completo y del que surjan con claridad sus datos de identificación y representación, en el instrumento de adquisición se pueden incorporar las partes pertinentes de aquel (relacionadas o transcriptas), obviando, en consecuencia, el acto de reconocimiento expreso e inscribiéndose directamente el instrumento de adquisición, por supuesto, bajo la forma de escritura o instrumento privado con firmas autenticadas por escribano, según sea admisible conforme el bien de que se trate.

15. Art. 262 CCCN: “Manifestación de voluntad. Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material”.

16. D’ALESSIO, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 1429.

Para todas las demás sociedades comprendidas en la Sección IV del Capítulo I LGS, denominadas magistralmente sociedades simples por Nissen y Rodríguez Acquarone,¹⁷ el otorgamiento del acto de reconocimiento formal, mediante escritura pública o instrumento privado con firma certificada por escribano público, es ineludible.¹⁸ Incluso cuando el documento adquisitivo del bien conste en escritura pública, puesto que si bien el escribano interviniente puede comprobar y acreditar la representación de quien tiene a su cargo la adquisición, solo podría dar fe del carácter de la sociedad en el caso de que ella posea contrato constitutivo instrumentado mediante escritura o instrumento privado con firmas certificadas por escribano; no así en los restantes supuestos.

En estos supuestos y tal como expresa la norma, la sociedad deberá recurrir a cualquier medio probatorio para acreditar su existencia en forma sumaria y en ambas situaciones; esto es, sociedades con contrato constitutivo instrumentado mediante escritura pública o instrumento privado con firmas certificadas y aquellas que no lo posean deberán demostrar sumariamente su efectiva operatividad. Ello así, puesto que la norma que consagra el 2º párrafo del artículo 23 LGS constituye una disposición de orden público, prevista en tutela de los terceros, eventuales acreedores sociales, pero también –y fundamentalmente– particulares de los socios, con lo cual, atento la expresa disposición expuesta, la sociedad “debe demostrar indubitablemente su existencia”.

Si bien la ley de reformas ha reconocido con claridad el carácter de sujeto de derecho de la sociedad desde el momento de su constitución (art. 2 LGS, art. 142 CCCN), como con total claridad señala Verón:¹⁹

... la personalidad jurídica societaria aparece, entonces, como un recurso técnico legal; las relaciones internas y externas que origina se dirigen al cumplimiento del objeto social, debiéndose enmarcar en los cánones de la ley de su regulación, a través de la cual es necesario atender a su naturaleza, fines, efectos y límites.

La sociedad inoperante –claro está– constituye una mera ficción, creada para la “consecución de fines extrasocietarios, violar la ley, el orden público, la buena fe o frustrar derechos de terceros”, y, por tanto, no es sujeto de derecho, carece de personalidad jurídica diferenciada, imputándosele su actuación directamente a sus socios o controlantes que la hicieron posible, en forma ilimitada y solidaria (art. 54 LGS; teoría de la inoponibilidad o *disregard of legal entity*). Consecuentemente, no existe como

17. NISSEN, Ricardo A. y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Necesarias modificaciones que deben hacerse al régimen de sociedades incluidas, en los Arts. 21 a 26 de la ley 19.550 según el proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial, con especial referencia a las sociedades de hecho” (ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación [Mar del Plata, 2012]).

18. NISSEN, Ricardo A., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 218.

19. VERÓN, Alberto V., *Sociedades comerciales*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 23.

tal. La fórmula que emplea el legislador en el artículo 1 LGS, que consagra el llamado fin societario, esto es, la aplicación de los aportes a la producción o intercambio de bienes o servicios, la actividad económica que ello implica, constituye presupuesto inomisible para el otorgamiento de la personalidad jurídica. Sin embargo, como con su conocida claridad conceptual indica Nissen:²⁰

... la realidad ilustra que no son pocas sociedades comerciales que no desarrollan la menor actividad comercial, siendo ellas creadas a los fines de convertirse en una valla protectora de la ilicitud, que es lo que por lo general acontece cuando detrás de la personalidad jurídica de las sociedades se esconde un bien o un determinado patrimonio.

Sin evaluar siquiera la buena fe de sus integrantes, aun presuponiendo su existencia, preocupa que las sociedades comprendidas en la Sección IV –a cuyos miembros se ha beneficiado atribuyéndoseles responsabilidad subsidiaria, simplemente mancomunada y por partes iguales, salvo excepciones, lo que implica una clara transferencia del riesgo a los acreedores– puedan, además, adquirir bienes registrables con la sola manifestación unilateral de quienes afirman ser sus socios (art. 1800 CCCN), premiando la desidia o la deliberada inobservancia de la ley en detrimento de quienes satisfacen los requisitos legales impuestos en tutela de la seguridad jurídica y el tráfico comercial. Más grave aún resultaría la situación en caso de efectiva mala fe de sus integrantes. Desafortunadamente, hemos observado durante el ejercicio profesional que instrumentos legales pensados para el bien común o con una finalidad plausible fueron utilizados con fines defraudatorios en forma *remanida*, llegando tarde de las soluciones judiciales que les pusieron coto.

Supongamos una sociedad de hecho cuya finalidad diste de la enunciada en el artículo 1 LGS, sino que los aportes de los socios tiendan a crear un patrimonio lejos del alcance de sus acreedores (privilegiados o quirografarios) o aventar los riesgos de futuras divisiones de sociedad conyugal o a violar la porción legítima de ciertos herederos. Como tal, la sociedad carecerá de contrato de cualquier tipo. Sus miembros, probablemente aparenten una solvencia de la cual carecen, induciendo a error y otorgamiento de crédito de difícil o imposible recupero, puesto que sus bienes de mayor valor económico (registrables) se encontrarían a nombre de una sociedad cuyos acreedores poseen preferencia en el cobro, con lo cual los particulares de los socios solo podrán requerir judicialmente la inoponibilidad de la persona jurídica para poder ejecutar sus respectivos créditos o probar la insolvencia de aquella. En cualquier caso, un panorama oscuro.

Solo la previsión por parte del legislador de eventuales actos defraudatorios, mediante la utilización de las figuras comprendidas en la Sección IV, explicaría la disposición legal que exige que, al registrar el bien “a nombre de la sociedad”, se indique “la proporción en que participan los socios en la sociedad” (art. 23, 2º párr. *in fine*,

20. NISSEN, Ricardo A., ob. cit. (cfr. nota 10), p. 67.

LGS), puesto que no se constituye un condominio sino un dominio exclusivo a nombre de la sociedad. Recordemos que, en caso de liquidación o ejecución, los acreedores particulares del socio solo podrán actuar sobre el remanente, no pudiendo trabar ninguna medida cautelar sobre la porción que le corresponde a su deudor en la sociedad –ya sea en el capital o sus beneficios–, por lo que se hallan en condición más desfavorable que el acreedor particular de un socio de una sociedad por partes de interés.²¹

La disposición que consagra la posibilidad de estas sociedades de adquirir bienes registrables debe ser estrictamente observada y aquellas deberán necesariamente acreditar su efectiva existencia ante el Registrador. De ello dependerá que las sociedades comprendidas en la nueva normativa de la Sección IV, Capítulo I, LGS, no se conviertan en las nuevas *offshore*, figura que –como cualquier otra– no es esencialmente nociva, pero que, desafortunadamente, fue utilizada en incontables casos para violar la ley y perjudicar a terceros.

21. Aun cuando en las sociedades por partes de interés los acreedores del socio no pueden hacer vender la parte de interés, solo cobrarse sobre las utilidades y la cuota de liquidación (art. 57 LGS.), los socios poseen responsabilidad ilimitada y solidaria.

Moderna contratación

A propósito del Código Civil y Comercial de la Nación

Mariano Gagliardo

RESUMEN

La vigencia del Código Civil y Comercial ha significado una real actualización del orden jurídico que nos regía desde la época de la codificación. Se han incorporado, entre muchas novedades, tipos legales con antecedentes en la vida jurídica bajo la figura de contratos innominados y modernos contratos empresariales, relaciones jurídicas que dan actualidad a nuestra realidad jurídica.

Sumario: **1.** El derecho es un orden. **2.** Concepto histórico del contrato. **3.** Concepción actual del contrato. **4.** Acerca de la voluntad jurídica. **5.** Autonomía de la voluntad. Alcances. **6.** Fuerza obligatoria del contrato. **7.** Tipicidad contractual. **8.** Nuevas modalidades contractuales. **9.** Final.

1. El derecho es un orden

El título precedente dice, en síntesis, que el régimen jurídico responde a una necesidad lógica y ética, derivada del aseguramiento de una ordenada y pacífica convivencia. Es que el derecho es un fenómeno omnipresente en nuestras sociedades. Prácticamente no existe ninguna relación social que no esté, o pueda llegar a estar, regulada jurídicamente. A diferencia del rey Midas, que convertía en oro todo lo que tocaba, el derecho no convierte sin más en jurídico todo aquello por lo que se interesa. Lo jurídico es solo un aspecto de lo social –según los casos, tiene una mayor o menor relevancia–, mas de aquel no podemos prescindir si queremos entender algo del mundo que nos rodea.

Es que la realidad es el marco del derecho y la aspiración a la justicia; es lo que da sentido al derecho,¹ que está conformado por varias disciplinas que requieren la recreación continúa –cada una a su manera– de las conductas plasmadas en el respectivo precepto jurídico, máxime en función de los cambios que se producen con

1. ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2012, pp. 23 y ss.

el transcurrir del tiempo y las particularidades que presentan los casos individuales y concretos del diario acontecer. Porque el derecho es un fenómeno cultural; pertenece a la realidad humana,² constituida por la conducta compartida de los hombres que conviven en sociedad. Y la cultura es fundamentalmente valor. Por lo tanto, el derecho se manifiesta como una síntesis unitaria de los elementos inherentes a los objetos culturales, a la realidad cultural: la conducta compartida como sustrato real, la dimensión axiológica de esa conducta –en la cabal concepción de Werner Goldschmidt y Bidart Campos– y la representación conceptual de esos elementos por la norma jurídica.

Téngase en cuenta que el derecho no está constituido por verdades de razón, ni tampoco reside en el mundo físico de la naturaleza. Al resultar un fenómeno cultural, cabe recordar que a la cultura no se la explica causalmente, ni se la deduce del pensamiento puro ni de las solas funciones lógico-rationales de la mente humana. No es el derecho en general mera parte de la razón humana o creación arbitraria de la mente, o simple precipitación de los principios ideales que el legislador traduce en fórmulas viables de conducta social; no es tampoco fruto exclusivo del medio social, que evoluciona según leyes propias.

En suma: el derecho o no es nada sustantivo o es la regla de nuestros actos y conductas sociales, ordenación de la libre voluntad para el cumplimiento del bien imperiosamente exigido por las relaciones esenciales a la sociedad humana. Tal ordenación, en el contexto de los vínculos de coordinación y subordinación que, respectivamente, mantiene el hombre con sus semejantes y con el todo social del que forma parte, se desdobra en deberes que se nos imponen y facultades que se otorgan.

2. Concepto histórico del contrato

El concepto del contrato tienen una acentuada y destacada evolución, donde las primigenias ideas no siempre eran claras o bien difundidas. Lo que hoy nos parece lógico y natural, por el contrario, responde a un diverso desarrollo teórico-práctico.

Un panorama sintético de lo acontecido en la citada figura se remite al antiguo derecho romano, pletórico de solemnidades y formalidades, actos que en lo específico generaban una *obligatio*, a la que le cabía el nombre de *contractus*. Se suceden dos etapas bien marcadas, que luego generarían ciertos contratos receptados por nuestros tiempos:

- a) derecho de gentes, donde sobresalen lo que hoy conocemos como contratos reales, aplicables al mutuo, depósito, comodato y prenda;
- b) derecho pretorio, donde sobresalen las obligaciones contraídas por el mero consentimiento o por el mero acuerdo y se limitaron a la compraventa, arrendamiento, mandato, sociedades.

2. AA. VV., *Derecho y realidad*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1990 [Serie II: "Obras", n° 22].

En una fugaz visión del derecho romano, este conoció convenciones en las cuales una de las partes daba alguna cosa o hacía algo para recibir luego a cambio algo que la otra parte prometía a su vez dar o hacer. También se conoció la figura de los pactos que, aun siendo acuerdo de voluntades, no generaban ningún acuerdo inmediato: no producían obligación ni eran motivo para un cumplimiento. Sin embargo, tiempo después algunos pactos fueron provistos de acción.

A pesar de los matices que anteceden, no existió una clara relación entre contrato y acuerdo de voluntades: este era constitutivo de un nudo pacto y carecía de acción; mientras que el contrato resultaba de cumplir una determinada forma solemne, realizar un comportamiento o bien suscribir un documento. Es en el Derecho bizantino (derecho romano posclásico) donde se argumenta el inicio del cauce del voluntarismo jurídico que considerará como origen de las obligaciones la expresión de voluntad de las partes.

En cuanto a la moderna concepción del contrato, diversas y extensas son las fuentes que contribuyen a su formulación.³

3. Concepción actual del contrato

El contrato es una institución típica y clásica del derecho de las obligaciones. Y, si bien reconoce alcances jurídicos restringidos a los contratantes, no obstante, tiene sus incidencias en el ámbito de los derechos reales, intelectuales, de familia y régimen sucesorio. De manera que los mismos principios que rigen para las relaciones obligatorias se aplican para los contratos con eficacia real, o sea, para aquellos contratos que son traslativos o constitutivos de derechos reales.

Lo antes expuesto denota la amplitud y dinámica conceptual de una figura que en sus orígenes era limitada. Es que la esfera contractual, específicamente en el derecho privado, es una manifestación de la libertad y el libre desarrollo de la persona humana, lo que se traduce en respeto a la iniciativa privada y debida ponderación a la autonomía de la voluntad. El contrato ha sido –y será– una categoría necesaria de la esfera jurídica, génesis de las obligaciones.

En la concepción del *Código de Vélez* (art. 1137), el contrato resultó una especie del género acto o negocio jurídico, sinónimos estos de sobrada carta de ciudadanía.⁴ Sus notas características estaban previstas en el derogado artículo 944 y hoy lucen en el artículo 259 del *Código Civil y Comercial* (CCCN), al decir: “Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. De tal manera, los preceptos citados traslucen que su finalidad primordial es regular de un modo direc-

3. Por caso, doctrina de los canonistas, voluntarismo jurídico de la escolástica y el obrar racionalista del derecho natural.

4. ORGAZ, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Buenos Aires, Zavalía, 1963, ap. 31.

to las relaciones jurídicas patrimoniales: abarca, pues, los derechos creditorios, reales o intelectuales –estos, con las limitaciones de su esencia⁵–.

Los vínculos aludidos –en la teoría general del derecho– tienen multiplicidad de aplicaciones que derivan del entonces artículo 944 (“crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”) y del actual artículo 259, donde se incorporan “relaciones o situaciones jurídicas”, aspectos que complementan el panorama del contrato. Es decir, además de generar efectos obligaciones, aquella figura es también causa de negocios asociativos, etcétera. El contrato, pues, resulta configurado como un instrumento de libre iniciativa y autorregulación de intereses. En esta última afirmación quedan comprendidas distintas facetas de la contratación⁶ y la autonomía privada en las relaciones obligatorias, destacándose la ejecución del contrato, su modificación y autodecisión para resolverlo y, eventualmente, para exigir su cumplimiento.

Por último, es de interés referenciar a Colin y Capitant,⁷ autores que adoptan un criterio amplio respecto del contrato o convención –tal, la denominación–, al que le atribuyen índole de un acuerdo de dos o más voluntades con el fin de producir efectos jurídicos. Al contratar –dicen–, las partes pueden proponerse, ya crear un vínculo jurídico, crear o transferir un derecho real u originar obligaciones, ya modificar una relación existente, ya, por último, extinguirla. Señalan que el rasgo característico de la convención, tomada en sentido amplio, consiste en un acuerdo de voluntades que determina libremente, sin reserva alguna, los efectos jurídicos del vínculo de derecho establecido por las partes: estas son dueñas soberanas, establecen como quieren, como lo juzgan mejor, los derechos y las obligaciones que crean entre ellas.

4. Acerca de la voluntad jurídica

De acuerdo con las notas sustanciales del Código de Vélez, la noción clásica del contrato se sustentaba en la voluntad y en tres pautas esenciales: autonomía de la voluntad, fuerza obligatoria y efecto relativo del vínculo entre partes.

En cuanto a la voluntad, es aquella capaz y apta de crear situaciones jurídicas, por lo que debe ser plena, exenta de vicios, que genera, modifica, transforma o extingue el derecho (y las relaciones o situaciones jurídicas). De más está decir que la ley no crea, sino que se limita a reconocer la aptitud jurígena de la voluntad individual cuando regula la formación y efectos de figuras determinadas o tipifica y sanciona proceder inadmisible. Para nuestro orden jurídico, el contrato es corolario o resultado de un acuerdo respecto de una declaración de voluntad común de las partes. Y tal declaración –se dice– conlleva a un distingo, que es una observación: es que

5. Cfr. VIDELA ESCALADA, Federico N., *Contratos*, Zavallía, Buenos Aires, 1971, p. 32.

6. ALEGRIA, Héctor, *Reglas y principios del derecho comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 6.

7. CAPITANT, H. y COLIN, Ambrosio, *Curso elemental de derecho civil*, t. III, Madrid, Reus, 1943, 2ª ed., p. 580.

la convención, que pareciera disímil del contrato, está destinada a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, mientras que el contrato es el acuerdo dirigido a crear o modificar relaciones creditorias, pero no a extinguirlas. Cabe aquí una aclaración, pues existen contratos resolutorios o extintivos de derechos (p.ej.: el contrato de transacción).

Por lo demás, en una perspectiva amplia, la convención es un término amplio: no todas las convenciones son contratos; aquellas pueden o no ser jurídicas, según su materia y sus fines estén o no comprendidos en la esfera del derecho: los acuerdos de amistad y cortesía serán convenciones, mas quedan fuera del orden jurídico. Es que las mismas convenciones jurídicas, no todas resultan contratos: las primeras, suelen tener un alcance mayor que el del contrato. Según la convención, se originan, modifican y extinguen obligaciones e incluso derechos reales; por la convención se cumplen modificaciones importantes en el régimen de familia (adopción); por la convención se regula la sucesión *mortis causa* –legislación germana–.

En suma: la convención representa el imperio de la voluntad humana y, en la medida en que las relaciones de derecho dependen de ella, sirve para moldearlas, extinguirlas u originarlas. Con estas advertencias y aclaraciones, en cuanto fueren del caso, no habría reparos en utilizar en sentido amplio el vocablo convención como sinónimo de contrato.

Otro aspecto a definir es el referido a la dirección de la voluntad, que no es en cualquier sentido, sino dirigida u orientada a un fin: “preordenación de un hecho voluntario, por el sujeto que lo realiza, a la consecución de un fin”⁸. Y tal acción voluntaria se traduce en exteriorización de una declaración negocial. De manera que la declaración de voluntad común, destinada a reglar los derechos de las partes, debe entenderse como una regulación de derechos –producción de efectos jurídicos– y un medio para lograr practicidad, que es lo que pretenden las partes al satisfacer sus derechos.

Debe señalarse que la noción del abrogado artículo 944, en su actual versión del artículo 259 CCCN, resulta comprensiva de los propósitos a que aspira una relación jurídica, en particular, un contrato. Si el agente, al realizar el acto, no hubiese perseguido algunos de los objetivos previstos en la norma citada y, no obstante ello, hubiese producido ese efecto, el acto actuará en el área del derecho y producirá consecuencias jurídicas, pero no merecerá el calificativo de acto jurídico sino solo el de hecho jurídico, lícito o ilícito, según fuera –o no– reprobado por la ley.⁹

Reafirmando lo dicho, es útil parafrasear la ironía de Villey,¹⁰ al decir:

8. BARBERO, Domenico, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, v. I., Torino, UTET, 1965, p. 333, § 207.

9. AGUIAR, Henoah, *Hechos y actos jurídicos en la ley*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1950, p. 23, ap. 14. Art. 257 CCCN: “Hecho jurídico. El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

10. VILLEY, Michel, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, Buenos Aires, Ghersi, 1980, pp. 25 y ss.

... nuestra teoría del contrato, “consensualista”, “voluntarista”, no ha nacido de la autoría de los juristas. Ella no tiene origen romano mientras costumbres. Tampoco ha nacido en el seno del derecho canónico medieval como se creía en otros tiempos. Se buscaba en vano en el *Digesto* una definición análoga a la del art. 1101 del Código francés. Nuestra teoría general del contrato y de los vicios del consentimiento, por su parte, como todo el mundo lo sabe, son solo un producto del pensamiento moderno [...] Nuestra teoría del contrato es un regalo que nos han hecho, a los juristas, un cierto grupo de filósofos de la Europa moderna [...] La desgracia es que en el caso que examinamos, debemos nuestra ciencia jurídica a pensadores ignorantes del Derecho.

Con motivo de lo expuesto y otras circunstancias derivadas de la historia del contrato y su objetivación, se ha producido una separación entre el *pacta sunt servanda* y la *rebus sic stantibus*, al decir agudamente Mosset Iturraspe:¹¹

... si la palabra empeñada es tan solo lo declarado, para nada interesan las circunstancias que presidieron el acuerdo, poco importa lo que las partes hayan presupuesto o sobreentendido; serán intrascendentes, las consecuencias virtuales, la atmósfera negocial, sus bases, etc. ...

Estas observaciones no desatienden –o no pueden soslayar– que nuestro orden jurídico siempre rindió culto y exaltó el valor de la palabra empeñada y el venerado respeto a la firma inserta o puesta al pie de un compromiso.

¿Qué decir hoy, ante las reformas que lucen en el Código unificado, respecto de los instrumentos privados y particulares, enmiendas, correspondencia y valor probatorio (arts. 313 y ss.) que significan una modificación de pautas básicas y tradicionales? La realidad es que los nuevos acontecimientos impactan en la tradicional legalidad.

5. Autonomía de la voluntad. Alcances

La autonomía de la voluntad es un postulado que subyace en nuestro orden jurídico. La referida expresión tiene un amplio y denso significado; no solo se vinculan las partes únicamente cuando hubieran convenido en obligarse (libertad de contratar), sino que se obligan de la manera que deseen, confiriéndoles a sus acuerdos el contenido que prefieren (libertad contractual).

Es que la autonomía privada no es expresión de una mera facultad, sino la manifestación del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, y es en la esfera de los intereses privados donde aquella actúa primordialmente.¹² Y una de las

11. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Las circunstancias del contrato”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 128, p. 834.

12. FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, Granada, Comares, 2001, pp. 7 y ss.

consecuencias más importantes de la autonomía de la voluntad es el distingo entre actos jurídicos y actos jurídicos lícitos, toda vez que los primeros tienen un contenido normativo.

De más está decir que no parece necesario destacar que no todo lo que pueda resultar útil y funcional para las partes ha de entenderse permitido sin limitación. Y así como el artículo 1197 del Código de Vélez decía “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma”, tal precepto tiene su correlato en el artículo 958 CCCN: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

De más está decir que existe un correlato lógico entre la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato que, en suma, lo explicita. Y, a partir de la naturaleza libre del ser humano, no cabe que se obligue más que por su propia voluntad y de ello resulta que es la voluntad la que crea los efectos del contrato y determina, en principio, su contenido. Estos efectos jurídicos solo existen porque ellos han sido queridos y tal como han sido dispuestos por las partes.

Por otra parte, no pudiendo el hombre actuar contra sus intereses, esas obligaciones voluntariamente consentidas no pueden ser sino justas: “La única función del derecho es la de asegurar la igualdad de las libertades en presencia; todo contrato libre es un contrato justo, cualquiera fuese por otra parte, su contenido”¹³. Sin embargo, no obstante la amplitud del principio de la autonomía de la voluntad, en el abrogado Código Civil y en su versión actual existen dispositivos que restringen tal pauta: el artículo 332, con respecto a la lesión; el artículo 10, relativo al abuso del derecho; el artículo 1743, no dispensa del dolo obligacional; etcétera.

Se argumentó¹⁴ que la institución jurídica contrato es un reflejo de la propiedad privada y constituye el vehículo de circulación de la riqueza. De allí que el reconocimiento de estas ideas se vincula con el principio de la libertad contractual, expresión de la autonomía de los particulares. Y, en consecuencia, el criterio de libertad de contratar –con garantía constitucional– tiene las siguientes consecuencias:

- a) prerrogativa del individuo de celebrar –o no– contratos, según su criterio;
- b) facultad de controvertir y/o admitir el clausulado contractual, sin otras restricciones que las provenientes de la moral, el orden público y las buenas costumbres;
- c) libertad de expresar las voluntades de la manera que consideren más conveniente, sin soslayar solemnidades;
- d) libertad de asignarles a los contratos los efectos que consideren más adecuados, excepción de atribuir alcances obligatorios a los contratos reales.

13. GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, 1980, p. 18.

14. VILLEY, Michel, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, Buenos Aires, Ghersi, 1986, pp. 26 y ss.

En suma: la fuerza obligatoria y vinculante del vínculo recibe el impacto de nuevos hechos, acontecimientos y circunstancias que inciden en la relación contractual.

6. Fuerza obligatoria del contrato

Los efectos de los contratos tenían un precepto (art. 1195) limitativo de sus alcances en orden a las partes, herederos y sucesores universales. El *Código unificado* dedica una Sección 1º en el Capítulo 9 y en cuatro preceptos al “efecto relativo”. Debe destacarse que se regulan los alcances del contrato con mayor meticulosidad, si bien se admiten (arts. 1021 y 1022) “excepciones de orden legal” en la regla general: “el contrato solo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros”; el artículo 1022, en cuanto trata la “situación de los terceros”, al decir “el contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido”; dedicando los artículos 1023 y 1024 a “parte del contrato” y “sucesores universales”.

De la fuerza obligatoria de las convenciones o estipulaciones que tienen entre las partes resulta el denominado efecto vinculante: en virtud de las proyecciones de orden social y económicas que conlleva, exige que se repare en él y se justiprecie en toda su dimensión: “todo el mundo sabe que la vida es imposible si los hombres no cumplen sus promesas”¹⁵, toda vez que el deber de mantener la propia palabra es una de las conquistas más lentas y serias de la civilización. Es que el respeto por la palabra dada no es solo factor de orden en la convivencia social, sino también pauta de conducta, de continencia moral, y esta, como el orden jurídico, es recaudo imprescindible para la armonía en sociedad.

Cuando el legislador se empeña en enervar la fuerza obligatoria contractual, prepara el divorcio entre la ley positiva y el derecho natural. Este divorcio, inexorablemente, será seguido de una reconciliación, sin la cual la civilización fracasaría; mas, en la espera de este feliz desenlace, causa estragos y provoca ruinas que difícilmente serán reparables.

Debe señalarse que, en línea de principios, lo relativo a la vinculación obligatoria de los contratos pertenece a la filosofía y, en todos los tiempos y países, los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos: lo pactado libremente entre personas, como reconocimiento de la autonomía de la persona y de las exigencias de la conveniencia social. Pero el contrato no puede extenderse a todos los órdenes particulares que constituyen la esfera del derecho privado. Así, la clasificación de los contratos en consensuales y reales alude a los recaudos para el perfeccionamiento del acto jurídico: efectos obligatorios y efectos reales. El consenso es relevante en ambos; mientras que en los primeros

15. LASKI, Harold J., *Introducción a la política*, Buenos Aires, Siglo XX, 1946, p. 32.

el efecto consiste en crear una obligación, en los segundos se produce de manera instantánea una modificación de la titularidad de un derecho o transferencia de un derecho real por el mero hecho de la conclusión del negocio. Por caso, en nuestro régimen, existen contratos reales que no producen efectos reales: el depósito y el comodato.

El enunciado que formula el [Código unificado](#) acerca del efecto vinculante es que

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

De manera coincidente con lo expuesto, valen los contenidos de los artículos 1021-1023 del Código unificado, antes reseñados, destacándose que el principal efecto del contrato es ser una de las fuentes de las obligaciones: las genera, pero también puede estar destinado a modificarlas, ampliarlas o restringirlas y a extinguirlas. A raíz de estos alcances señalados, se distingue entre obligaciones principales, surgidas del acuerdo, y obligaciones accesorias, de similar origen. Las primeras constituyen lo esencial del contrato, por estar directamente vinculadas al consentimiento o por ser las propias de un acto jurídico; las accesorias, también llamadas secundarias, pueden considerarse implícitas, dependen de las principales y coadyuvan a lograr la finalidad subjetiva y objetiva del contrato.¹⁶ De manera que en el orden jurídico vigente, prevalece una justificación dinámica y funcional por sobre lo estático y rígido, tal la concepción derivada de la doctrina que imperaba en el Código de Vélez.

7. Tipicidad contractual

En derecho, tipicidad es lo regulado o normado mediante tipos legales: típico es lo contemplado en la norma jurídica y atípico o innominado es lo que carece de un precepto específico.

A) Pautas genéricas de la tipicidad:

La tipicidad resulta un especial modo de organizar y estructurar la regulación de los actos jurídicos; tal ordenación se lleva a cabo mediante la utilización del tipo legal: la conducta solo será jurídicamente eficaz en la medida en que coincida con cada uno de los tipos descriptos por un sistema jurídico determinado. De tipicidad surge la idea de tipo en sentido jurídico.

16. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos en general", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 3, 2012, p. 97.

Tipo y tipicidad son aspectos interdependientes pero no coincidentes; ello, precisamente, pues la tipicidad es una conexión entre la conducta, hecho o fenómeno, y el tipo jurídico. El tipo tiene su origen en una realidad social y de este hecho deriva la doble función que cubre la tipicidad (función individualizadora y función jurídica).

El tipo legal es un límite a la libertad contractual. La elección de una figura preordenada requiere el cumplimiento de recaudos esenciales mínimos de orden conceptual vinculados al tipo en cuestión. El núcleo de facultades de la libertad contractual se reduce a: a) libertad de creación de figuras contractuales que no pertenezcan a los tipos dotados de una disciplina particular; b) libertad en la determinación del contenido, es decir, el reglamento normativo que regirá la relación contractual.

Por su parte, la atipicidad expresa realidades jurídicas heterogéneas, y el área de los aspectos atípicos coincide sustancialmente con los temas de estructura y/o esquema de la figura respectiva. Y valen aquí dos premisas:

- a) La ley reglamenta ciertas declaraciones y descarta otros actos jurídicos, impidiendo sus efectos propuestos: la declaración solo vale si reúne las exigencias prescriptas por la ley; el sujeto puede regular sus relaciones, según su propia voluntad, y la ley le facilita el instrumento del negocio, mas no puede cambiar la estructura o los requisitos o el modo de ser del negocio que utiliza (donación de un inmueble por acto privado).
- b) Dentro de la autonomía de la voluntad, el particular puede crear nuevos negocios no regulados por la ley o bien modificar los efectos de un negocio singular regulado por ella; en otros supuestos, la norma pone a disposición de los particulares negocios preestablecidos, con efectos inalterables (derechos de familia) y, c) por último, existen restricciones generales que provienen de la moral, buenas costumbres u orden público.

B) Pautas específicas del tipo legal:

En el concepto de contrato, se advierte la idea de los elementos naturales, que serían los que normalmente acompañan al acto jurídico, por corresponder a su naturaleza. Se los sobreentiende, aunque en el acto no se expresen, si bien las partes pueden voluntariamente dejarlos sin efecto por no considerarlos necesarios para la virtualidad del contrato (por caso: evicción, etc.). Finalmente, se habla de los elementos accidentales, que no serían necesarios para la existencia del negocio o que normalmente se consideran comprendidos en él, pero que pueden ser añadidos por voluntad de las partes. Es de aclarar que son accidentales en relación con el negocio tipo, pero constitutivos del negocio concreto. Lo último, pues, al ser agregados por las partes al acto jurídico que las une por voluntad privada, vienen a transformarse en elementos esenciales para ese acto particular: luego, accidentales *in abstracto* con respecto a todos los negocios ju-

rídicos; esenciales *in concreto* una vez incorporados al negocio en cuestión (por caso, condición).¹⁷

Los contratos que no responden a los tipos particularmente disciplinados y denominados por la ley pueden definirse como atípicos o innominados. Para establecer si un contrato es típico o atípico, es necesario ver si corresponde a los tipos singulares acogidos y disciplinados en el derecho positivo vigente de un modo particular.

El Código Civil y Comercial contiene una diversidad de preceptos que clarifican –y regulan– tipos legales que, en su momento, suscitarán cuestiones interpretativas, algunas insolubles. Como una pauta básica y liminar, en el artículo 970 trata los contratos nominados e innominados y respecto de los últimos contiene un orden de regulación y prioridades, dando así criterios de solución.

Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por:

- a) la voluntad de las partes;
- b) las normas generales sobre contratos y obligaciones;
- c) los usos y prácticas del lugar de celebración;
- d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

De más está decir que las pautas precedentes difieren plenamente de la prelación normativa –de leyes supletorias– previstas en el artículo 963, en cuanto se enuncian:

- a) normas indisponibles de la ley especial del Código;
- b) normas particulares del contrato;
- c) normas supletorias de la ley especial;
- d) normas supletorias del Código.

En segundo lugar, destacamos algunas figuras nominadas que contribuirán –a no dudar– en los emprendimientos particulares: contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984 y ss.); tratativas particulares (art. 990); contratos preliminares (art. 994); previsión de los efectos del contrato (arts. 1021 y ss.); subcontrato (arts. 1069 y ss.); contratos conexos (arts. 1073 y ss.); contratos de consumo y ciertos contratos en particular, tales como suministro, factoraje, agencia, distribución, concesión, franquicia, arbitraje, etcétera (arts. 1092 y ss.). En este brevísimo inventario se advierte que con los tipos legales y aquellos innominados –con pautas de aplicación–, nuestro régimen jurídico denota pruebas de suficiencia y adaptación a las exigencias de las nuevas realidades.

17. Cfr. CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 138.

8. Nuevas modalidades contractuales

La evolución de las economías regionales nacionales, los nuevos espacios económicos y la creciente incidencia y condicionamiento de lo social han generado y contribuido a una mutación –a veces, fugaz– en el régimen jurídico de los contratos. Lo último, acentuado con la influencia de la llamada globalización, dato de la realidad que es innegable.

Es que la globalización, que preside el actual contexto internacional, configura un proceso complejo de integración mundial que ocurre, entre otros, en los sectores de comunicaciones, economía, finanzas y en los negocios. La estrategia de la globalización tiene como principal objetivo el incremento de la competitividad, mediante la integración y expansión de actividades internacionales. Por su amplitud y velocidad, la globalización afecta a individuos, empresas y naciones, pues incide en los fundamentos básicos sobre los que se organizó la economía mundial en los últimos cincuenta años.

La existencia de redes transnacionales de producción, inversiones e intercambio hace que pocos mercados nacionales o sectores de economía locales puedan aislarse completamente de las condiciones internacionales o de las presiones competitivas externas: los flujos de capitales internacionales, entre otros, resultan las principales fuerzas que moldean el orden mundial. Con motivo del escenario que surge de la globalización, las megatendencias resultan: la telemática, los *e-mails*, los adelantos de la tecnología celular y sus diversas aplicaciones, la videoconferencia, el módem, el gigante del comercio electrónico en la venta *on line*, etcétera, que posibilitan el intercambio de informaciones con rapidez y precisión, y el contrato en sus parámetros y moldes clásicos persiste, mas con disímiles marcas funcionales y operativos.

Un tráfico económico cada vez más acelerado da lugar a la aparición de una serie de modalidades contractuales de muy difícil encasillamiento en el régimen jurídico tradicional, en el que el contrato es un acuerdo de voluntades, un compromiso libremente convenido entre intereses contrarios. Aparecen las contrataciones impuestas a los clientes por grandes empresas mercantiles e industriales y referidas muchas veces a la utilización de bienes o servicios imprescindibles en la vida cotidiana (agua potable, energía eléctrica, teléfono, etc.); es decir, contratos determinados por una producción masiva de bienes y servicios. Surgen, asimismo, contratos donde se recorta la libertad contractual, pues si bien las partes son libres para contratar o no contratar, si contratan, deben hacerlo ante un esquema legalmente impuesto. Es el caso de los contratos normados o contratos con un contenido imperativo determinado. Se destacan, también, los supuestos que la doctrina alemana denomina prestaciones del tráfico en masa, en los cuales ciertas obligaciones provienen del hecho de realizar un determinado comportamiento sin previa declaración de voluntad alguna (por caso, aparcamiento de un vehículo).

Es sabido que un código –en el particular, el Civil y Comercial que nos rige– es un sistema coherente de preceptos que orienta la realidad nacional, según pautas, li-

neamientos, filosofías y programas de acción que aseguren su unidad y afiancen su eficacia, en función de una adecuada sistematización de los derechos, adecuado método en la distribución de las materias y una armónica actuación de las instituciones concebidas para lograr aquel fin. Estas pautas esenciales no pueden desatender la pujante realidad que impera y menos, el esquema del contrato, instrumento de progreso.

9. Final

En esta breve y rápida visión panorámica, queda expuesta la figura del contrato y sus transformaciones –incluso en sus notas relevantes– hasta nuestros días. Queda sí comprobado que el contrato es el instrumento por el que las partes, actuando en su propio interés, fijan el punto de encuentro de intereses disímiles o concurrentes, siendo el medio más adecuado para obtener el ideal de colaboración voluntaria. El contrato es entonces un vehículo relevante que expresa el dinamismo de la vida colectiva, que se desarrolla a través de acuerdos entre sujetos.

Por demás, no hay contratos químicamente puros, pues la complejidad de circunstancias de todo orden que generalmente rodean la celebración de contratos hace que su regulación reciba influencias de las más variadas procedencias, no solo del campo jurídico, sino de otros ámbitos –sociológico, económico, familiar, etcétera–. Pero estos elementos no alcanzan en los supuestos más frecuentes a desvirtuar la regulación única del contrato contenida en la ley, sino que ayuda en otros terrenos a interpretar el contrato. No hay en estos casos, contrato atípico, propiamente dicho, debiendo este entenderse que así existe solo cuando el núcleo fundamental de derechos y obligaciones creado por las partes no encuadra directa ni indirectamente en los regulados especialmente en las leyes.

En el orden de las ideas antes descriptas, el contrato, no obstante, resultará ser el paradigma de acto jurídico bilateral o plurilateral y fuente indeclinable de obligaciones en el ámbito del derecho.

El Código Civil y Comercial hoy vigente, tal lo fuera en su momento el Código Civil, es un código de vida, que nos impone una nueva realidad jurídica que, entre otros contenidos, trae modalidades contractuales que exigen del jurista de estos tiempos agudizar el ingenio para dar claridad a los preceptos que pudieren resultar oscuros, buscar soluciones armoniosas donde existieren disímiles interpretaciones y proponer postulados coherentes ante lo que pareciere insuperable.

Artículos 45 y 46 del Código Civil y Comercial

Donaciones y propuesta de futuras reformas

Álvaro Gutiérrez Zaldívar*

RESUMEN

El Código Civil y Comercial tiene una manifiesta aversión respecto de las donaciones y los actos a título gratuito, de tal manera que en algún artículo se los equipara en sus consecuencias con los actos de mala fe. Los artículos 45 y 46 deberían ser reformados en cuanto a las donaciones. Se presentan propuestas de redacción.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los artículos 45 y 46 en relación con los actos a título gratuito. 3. Cosas registrables.

1. Introducción

Sin entrar a hacer un artículo de fondo, como hicimos con respecto a la capacidad de la persona humana antes de que el Código Civil y Comercial entrara en vigencia,¹ el presente incluye una propuesta de cambios sobre artículos que hablan de donaciones, mencionados en aquel trabajo.²

Creemos que es una situación a resaltar la manifiesta voluntad explicitada en el nuevo Código de dificultar o, en definitiva, de impedir la realización de donaciones, de acuerdo con lo que surge de algunos artículos que tratan la temática de manera directa o indirecta. En este sentido, queremos puntualizar algunos aspectos para que sean tenidos en cuenta si se hace una reforma del Código en el futuro.

* Miembro de la Academia Nacional del Notariado y director de la *Revista del Notariado*.

1. Realizado para la Academia Nacional del Notariado (inédito).

2. Aquel trabajo originario aspiraba a lograr una reforma del Código sobre los arts. 39 y 44, hasta que comprendimos –luego de un pedido en la Cámara de Diputados sobre el cambio de dos artículos sobre donaciones– que el Poder Ejecutivo, que controló de hecho las Cámaras hasta el 10 de diciembre de 2015, no lo permitiría.

2. Los artículos 45 y 46 en relación con los actos a título gratuito

El artículo 39 del [Código Civil y Comercial](#) (CCCN) exige la inscripción de la sentencia de falta de capacidad o de la existencia de una capacidad restringida en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Este registro no se halla en condiciones de inscribir y publicitar los miles de actos respecto de los cuales debería diariamente intervenir –suponemos– por medio de certificados. No obstante, este no es el punto que trataremos, tampoco la sanción establecida en el artículo 44. Nos referiremos exclusivamente a las disposiciones de los artículos 45 y 46 y algún otro vinculado.

Artículo 45 CCCN:

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.

Como señala Brandi Taiana, los actos anteriores a la inscripción de la sentencia son todos aquellos otorgados por cualquier persona en cualquier momento de su vida hasta que se la declara incapaz o se restringe su capacidad, se dicte sentencia y se la inscriba.³

Es cierto que hay quienes consideran que de la redacción del artículo surge que es requisito para su operatividad que exista una sentencia y, por tanto, aplicaría a los actos que se otorguen entre esta y su inscripción. En todo caso, es imprescindible una aclaración en este sentido. Por otra parte, coincidimos en los requisitos establecidos en los puntos a) y b), pero se debería eliminar la causal c), que refiere a que el acto sea a título gratuito, ya que no existe ninguna razón para equiparar los actos a título gratuito con los de mala fe.

Veamos casos. Una persona, gozando de plena capacidad, dona un inmueble a su hijo. Un tiempo después –quizás, años después– pierde su capacidad plena y así lo declara una sentencia. Nos parece un error permitir que tal acto sea pasible de ser declarado nulo por el solo hecho de tratarse de un acto a título gratuito. No resuelve nuestra preocupación que nos respondan a esta observación con plazos de prescripción. O: ¿Qué pasa si una persona, siendo plenamente capaz, ha sido informada por sus médicos sobre que la enfermedad que tiene, con los años, restringirá su capacidad? Como confía en sus hijos, decide hacer con ellos un contrato de renta vitalicia onerosa (art. 1599 CCCN)⁴. Pese a eso, los artículos 45,

3. 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*, n° 914, 2013, pp. 121-139.

4. Art. 1599 CCCN: “Concepto. Contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato”.

1600⁵ y 2461 del CCCN fulminan el contrato, ya que se “presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto” (art. 2461). (Incluye el contrato oneroso de renta vitalicia, la reserva del usufructo y el uso y habitación).

En toda la redacción del Código surge la existencia de una antipatía contra las donaciones, que claramente no es jurídica, cuando lo que se tendría que hacer es ponderar la situación en cada caso. Evidentemente, las decisiones de donar o de celebrar un contrato de renta vitalicia, respectivamente, eran las correctas en los casos presentados. Sin embargo, el acto podría ser declarado nulo y con ello se introduce un nuevo escenario de inseguridad jurídica que afecta a la sociedad en su conjunto.

Tampoco nos gusta la frase “presume sin admitir prueba en contrario”. Existe una autonomía de la voluntad. Debería haber un respeto por los problemas ajenos, las diferentes circunstancias, y deberían aceptarse pruebas, reconocerse situaciones diversas. Los medios de comunicación han señalado repetidas veces que tenemos una gran cantidad de legisladores que aprobaron leyes masivamente porque se lo habían ordenado, con poca o ninguna idea de lo que estaban aprobando. Estas disposiciones parecen ser una muestra de ello.

Cuando hace la donación el donante posiblemente era capaz –es lo que se presume, según el artículo 31–, pero el artículo 45 pone en tela de juicio esa capacidad, por ser el acto a título gratuito. Como tenemos en claro que es más fácil criticar el trabajo de otro que hacerlo uno mismo, proponemos una modificación el artículo 45 CCCN:

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. **Quedan a salvo los derechos de los adquirentes de buena fe de toda clase de bienes, sean a título gratuito u oneroso.**

Por su parte, el artículo 46 CCCN presenta una situación más complicada, porque la persona presuntamente incapaz o restringida en su capacidad ha fallecido y la acción al respecto ha sido promovida, pero no hay sentencia.

Artículo 46 CCCN:

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 acción 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.

5. Art. 1600 CCCN: “Reglas subsidiarias. Si el contrato es a favor de tercero, respecto de éste se rige en subsidio por las reglas de la donación, excepto que la prestación se haya convenido en razón de otro negocio oneroso”.

Esto significa que, fallecida una persona, pueden darse diversos supuestos que afecten los actos otorgados por ella antes de su fallecimiento y antes de que existiera sentencia que declarara su incapacidad o restricción a su capacidad:

- a) Que la enfermedad mental resulte del acto.
- b) Que se haya interpuesto una acción antes de su fallecimiento. En este punto debemos enfatizar el supuesto: se trata de la promoción de una acción antes del fallecimiento sin que se exija el dictado de una sentencia previa. El fallecimiento produce efectos en este sentido y permite atacar un acto otorgado con anterioridad.
- c) Que el acto sea a título gratuito.
- d) Que haya existido mala fe y ésta pueda probarse.

Nos parece acertado el último supuesto contemplado por el artículo: la existencia de mala fe. Con respecto a que “la enfermedad resulte del acto mismo”, si bien es una reminiscencia del Código Civil (CCIV), entendemos que debería sustituirse por “que la enfermedad mental fuera ostensible a la época de la celebración del acto”, de acuerdo con lo que los redactores del nuevo Código han plasmado en el artículo 45. Además, el artículo 37 CCCN establece que “la sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: [...] b) **época en que la situación se manifestó**”. Esto es importante. Lo que nos interesa es el estado de capacidad que tenía la persona en la época en que otorgó el acto. En consecuencia, y por la ya expuesto al analizar el artículo 45, proponemos que se suprima la parte que dice “que el acto sea a título gratuito”.

Hemos escuchado en defensa del artículo 46 que sus disposiciones ya estaban en el Código Civil. Esto no es así. El [Código Civil](#) establecía en su artículo 474 que

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.

Claramente, en el Código Civil los actos se deben haber consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad. El Código Civil y Comercial no exige la consumación del acto, sino el fallecimiento tras la interposición de la demanda. Eso implica que la muerte tiene efectos de sentencia en el proceso instado. Es más, rompe la lógica de la previsión legislativa que se sustentaba en que, al existir un proceso de incapacitación interpuesto, de alguna manera podía llegar a presumirse que el acto otorgado después pudiera estar viciado en cuanto a la capacidad de la persona. En el caso previsto en el artículo 46, el acto puede haber sido otorgado antes o después de la interposición de la acción y la relevancia se centra en el fallecimiento posterior a la acción.

Con la presente redacción, puede atacarse el acto que el supuesto incapaz –todavía no hay sentencia– otorgó quizás siendo capaz (p. ej.: transmisión del dominio de un inmueble a un tercero cualquiera a título oneroso) si alguien inicia una acción de

incapacidad o de restricción a la capacidad antes de su fallecimiento. Este supuesto también estaría o podría estar alcanzado. Con el nuevo artículo 46, si cualquier legitimado insta previo al fallecimiento el juicio de incapacidad, el negocio jurídico puede llegar a impugnarse.

El sistema del artículo 46 es susceptible de generar las siguientes consideraciones:

- a) Hace depender la validez o invalidez de los actos desde la interposición de la demanda, lo que desequilibra gravemente la posición jurídica de los que contraten con el hoy capaz –¿quizás futuro incapaz?–.
- b) La interposición de la demanda puede no ser conocida, aunque el otro contratante sea diligente. Esta solución privilegia de modo desmedido el factor protección del incapaz en desmedro de los demás contratantes.

Agravia de más el sistema general del Código anterior al referirse a los vicios de los actos jurídicos, que incluye como uno de los factores a ser considerados la actitud negligente o diligente de la otra parte (arts. 929 y 932 CCIV).

¿Por qué podría impugnarse un contrato celebrado con una persona que era capaz cuando realizó el acto –o que se presumía que lo era, de acuerdo con el artículo 31–, que no fue declarada incapaz en vida, por el solo hecho de que se inició el procedimiento de incapacidad antes de haber fallecido? ¿Debemos pensar que su muerte habilita nuevas posibilidades? ¿Por qué podría impugnarse un acto otorgado a título gratuito por una persona, previamente a la inscripción de su incapacidad o de su capacidad restringida, si la enfermedad mental no era ostensible al momento de otorgar el acto y el otro contratante no era de mala fe? ¿Por qué puede ser declarado nulo el acto porque fue hecho a título gratuito?

Propuesta de artículo 46 CCCN:

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 **haya sido ostensible a la época de la celebración del acto** o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe. **Quedan a salvo los derechos de los adquirentes de buena fe de toda clase de bienes, sean a título gratuito u oneroso.**

En síntesis: el punto decisivo a la hora de juzgar la validez es el estado en que el luego declarado incapaz o quien ha visto restringida su capacidad estaba al momento en que contrató, siempre que no haya mala fe del otro contratante. Partimos de la base de que si el incapaz o la persona cuya capacidad ha sido restringida exhibe signos ostensibles, perceptibles para un contratante u oficial público diligente, no debe contratarse con él. Lo único que el hecho del fallecimiento del afectado implica es la imposibilidad de su revisión médica para determinar su estado, porque ya ha muerto. Lo esencial para la evaluación jurídica del acto es su capacidad al momento de realizarlo. En relación con lo dicho en los artículos 45 y 46 sobre los actos a título gratuito, habrá que ver cada caso en particular, no fulminarlos todos con una decisión general.

Todo esto que decimos con respecto al acto a título gratuito en los artículos 45 y 46, lo vemos reflejado en el artículo 2461 [CCCN](#):

Transmisión de bienes a legitimarios. Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado. El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas.

Consideramos que lo establecido en la última parte de este artículo es un avance positivo respecto del sistema anterior.

3. Cosas registrables

Con respecto a los efectos respecto de terceros en cosas registrables, hay que tener en cuenta lo establecido por el nuevo Código en el artículo 392. Lo primero que debemos señalar es que este artículo no subsana los inconvenientes que acarrear los artículos 45 y 46, por cuanto únicamente exceptúa de los efectos de nulidad al subadquirente, no al adquirente que es quien nos preocupa en estos últimos:

Efectos respecto de terceros en cosas registrables. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. **Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.**

La sustitución de persona es un delito frecuente en algunos países. En la mayoría de ellos se ha sustituido la seguridad jurídica por la seguridad económica, mediante la contratación de seguros de títulos, que es una seguridad relativa: solo cubre el monto en que se compró aunque el valor del bien sea mucho mayor al momento de presentarse el problema. Tampoco es descabellado pensar que al adquirente le interesa más lo que compró que la posibilidad de que le devuelvan la plata (p. ej.: su madre vive en el mismo edificio u otro motivo particular por el cual tomó la decisión de comprarlo; él quiere ese departamento, no que le entreguen lo que pagó por él hace años).

El Código Civil y Comercial es reciente. Ello significa una ventaja en la medida en que hay muchos profesionales estudiándolo y encontrando formas de mejorarlo.

Cesión de derechos litigiosos. Usucapión. Plazo de preclusión

Dictamen elaborado por la escribana **María Marta L. Herrera**, 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 5/8/2015 (expte. 16-01472-15).*

1. Doctrina

- *No resulta observable el dominio inscripto a nombre de los cesionarios de derechos litigiosos emergentes de un proceso de usucapión si la cesión se instrumentó antes de que la sentencia recaída en autos hubiera pasado en autoridad de cosa juzgada formal y material, es decir, antes de transcurrido el plazo de preclusión procesal previsto para recurrirla, según cada tipo de recurso.*

2. Antecedentes

- 1) Con fecha 15/6/2006, el señor R. L. R promovió demanda de adquisición de dominio por usucapión contra varias personas, titulares de dominio del citado inmueble. El actor afirma en la demanda que ejerce la posesión del inmueble desde el mes de mayo de 1979.
- 2) Con fecha 20/12/2010, el magistrado de primera instancia que interviene en dicho proceso dictó sentencia, haciendo lugar a la demanda interpuesta, declarando adquirido por prescripción por parte del actor el inmueble citado.
- 3) Con fecha 21/12/2010, el juzgado ordena se libre oficio a la Policía Federal Argentina a fin de diligenciar cédulas [Ley 22172](#), notificando la sentencia dictada en autos, a los domicilios de los demandados en San Isidro y Zárate, provincia de Buenos Aires.
- 4) Con fecha 22/12/2010, se corrió vista del expediente a la Defensoría Oficial a fin de notificar sentencia.
- 5) Con fecha 28/12/2010, el actor quedó notificado por medio de cédula judicial de la sentencia dictada en autos.

* [N. del E.: los hipervínculos no forman parte del texto aprobado por la Comisión. Se han agregado especialmente para su publicación en la *Revista del Notariado*, con el fin de ofrecer una lectura más completa del dictamen].

- 6) Con fecha 28/12/2010, el actor cedió y transfirió por escritura pública, a favor de los cónyuges J. J. B. y N. C. P. de B., los derechos y acciones que le corresponden en el mencionado juicio, por un precio determinado, pagado en legal forma, otorgando el cedente recibo y carta de pago.
- 7) El 20/4/2011, el juzgado tiene presente la cesión de derechos y acciones, corriéndose vista de la misma a la Defensoría Oficial, siendo devueltos los autos con fecha 28/4/2011.
- 8) El 5/5/2011, a los fines de inscribir la transferencia dominial, y una vez firme la sentencia, se ordenó la expedición del testimonio transcribiendo la misma junto con la cesión de derechos y se dispuso el pase de los autos al defensor oficial, a fin de que tome conocimiento. Con fecha 21/6/2011, se expidió testimonio, el cual se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble el 24/6/2011.
- 9) El 21/12/2011 se ordenó la publicación de edictos, a fin de notificar a los demandados representados por el Defensor Oficial de la sentencia, habiéndose publicado los mismos el 11/3/2011.

3. Considerando

- 1) Que, conforme norma el [Código Civil y Comercial](#), “hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho. Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien, o sin contraprestación alguna, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las de este capítulo”.
- 2) La cesión puede tener por objeto derechos litigiosos, entendiéndose por tales no solamente los que están en discusión en un litigio actual, sino también los simplemente dudosos pues, en principio, todo derecho puede ser objeto de cesión. Se tratará tanto en la cesión de derechos litigiosos como simplemente dudosos de un contrato aleatorio.¹
- 3) La acción de usucapión, cuando han transcurrido veinte años de posesión pública, pacífica e ininterrumpida de un bien inmueble, debe ser promovida en juicio contencioso, que deberá tramitar en los términos de los artículos 24 y 25 de la Ley 14159. Los derechos sobre la base de los cuales puede intentarse esa acción pueden ser objeto de cesión de derechos litigiosos o dudosos.
- 4) La sentencia recaída en juicio de usucapión, promovida de conformidad con la [Ley 14159](#) (arts. 24 y 25), es **declarativa o, más bien, tiene carácter declarativo constitutiva de la adquisición, con correlativa extinción del derecho real de dominio, resultando idónea como título de dominio en sentido instrumen-**

1. BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil argentino. Contratos*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1961, p. 365.

tal, debiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad inmueble, en orden a lo dispuesto por los artículos 2505 del Código Civil y 2 de la Ley 17801 para poder ser opuesta a terceros interesados desde el momento en que se registró. A su vez, la sentencia que se dicte en este tipo de juicios debe mencionar expresamente la fecha de adquisición del dominio (que será la del cumplimiento del plazo de prescripción veinteañal).²

- 5) La aludida sentencia tiene efectos *ex tunc*, es decir, **carece de proyección retroactiva al momento en que el usucapiente comenzó a poseer.**
- 6) Las sentencias, como acto decisorio, **ponen fin a las cuestiones de fondo planteadas en el proceso y pueden clasificarse, según entiende la doctrina autorizada, como declarativas, de condena o determinativas.**³
- 7) Las sentencias declarativas o de mera declaración eliminan la falta de certeza acerca de la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico. La declaración contenida en estas sentencias puede ser positiva o negativa, declarando la existencia o inexistencia de determinado efecto jurídico a favor del actor. En este tipo de sentencias, la actividad del juez se agota en la declaración de certeza. Como ejemplo de este tipo de sentencias, cabe mencionar las de nulidad o simulación de acto jurídico, falsedad de documento, etc.
- 8) Una modalidad de sentencias declarativas se encuentra configurada en las llamadas sentencias constitutivas, a las que cuadra definir como aquellas que insustituiblemente producen los efectos antes mencionados (ej.: las de declaración de incapacidad, de adopción, divorcio y las de usucapión, como antes expresamos). Tratando de diferenciar las sentencias meramente declarativas de las constitutivas, algún sector de la doctrina observa que mientras las primeras se limitan a reconocer o hacer explícita una situación jurídica existente con anterioridad, las segundas establecen un estado jurídico nuevo, inexistente con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia. Pero también se ha observado que toda sentencia, como norma jurídica individual, constituye siempre la fuente de una nueva situación jurídica, en tanto solo a través de ella existe la concreta realidad de sus efectos.⁴ Por ello, otros autores entienden con mayor exactitud que puede hablarse únicamente de sentencia constitutiva toda vez que el ordenamiento jurídico condicione la existencia legal de una situación determinada a su previa declaración por el órgano judicial, pues en tales casos, los interesados no podrán, por acto privado, ni aun en absoluto acuerdo, lograr los efectos jurídicos deseados. Por lo tanto, la distinción entre uno y otro tipo de sentencias, debe buscarse en cada caso, en lo que quiso el legislador. Es decir, que habrá

2. MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, t. 3, Buenos Aires, Zavallía, 1995, p. 325. Esta misma postura se adopta en el nuevo *Código Civil y Comercial de la Nación*.

3. PALACIO, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1995, p. 526 y ss.

4. Podetti y Storhm, citados por PALACIO, Lino, ob. cit., p. 527.

sentencia constitutiva si la ley condiciona insustituiblemente a una declaración judicial la eliminación de la incertidumbre respecto de la existencia, validez, etc., de una declaración o estado jurídico.

- 9) Respecto de los efectos de este tipo de sentencias, muchas los producen con efecto retroactivo a la fecha en que se inició la acción o son dictadas, según así lo disponga el legislador; por ejemplo, en el caso de los divorcios o separación personal. Pero también pueden tener **efectos para el futuro**, y tal sería el caso de las sentencias de usucapión dictadas en el marco de los artículos 24 y 25 de la [Ley 14159](#), conforme hemos expresado precedentemente.
- 10) Mediante la sentencia, el juez crea una norma individual que constituye la fuente reguladora de la situación jurídica controvertida en el proceso y que, como manifestación trascendente que es del ejercicio de la función jurisdiccional, debe ser acatada por las partes y respetada por terceros (obligatoriedad o imperatividad de las sentencias). Y junto con ese efecto existen otros efectos particulares, que resultan del contenido de la sentencia: quedará eliminada la incertidumbre sobre la existencia, modalidad, etc., de una relación o situación jurídica en el caso de las sentencias declarativas (incluyendo la modalidad constitutiva), nacerá un título ejecutivo, etc.⁵
- 11) Respecto de las sentencias constitutivas, sus efectos temporales solo se producen para el futuro, como principio, salvo excepción legal expresa.⁶
- 12) La cosa juzgada significa la irrevocabilidad que adquieren los efectos de las sentencias cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla. No constituye, por lo tanto, un efecto de la sentencia, sino una cualidad que se le agrega para aumentar su estabilidad y que vale para todos los efectos que igualmente produzca. La cosa juzgada supone inimpugnabilidad de la sentencia o preclusión de los recursos contra ella (tanto por no haberse deducido cuanto por haberse consumado la facultad de deducirlos). Y al operarse la preclusión, que obsta cualquier ataque contra la sentencia, la misma es cosa juzgada formal. A su vez, cuando aparte de no poder ser atacada por recurso alguno, la misma no puede ser atacada indirectamente mediante la apertura de un nuevo proceso, se dice que existe cosa juzgada material. La cosa juzgada material comporta la normatividad de la sentencia, en el sentido de que afirma la existencia o inexistencia de una consecuencia jurídica pretendida por una de las partes y expresada en el fallo, para todo procedimiento en el que se cuestione la misma consecuencia jurídica.⁷
- 13) De lo expuesto se deduce que la cosa juzgada en sentido material presupone la cosa juzgada en sentido formal. Y que esta última, por consiguiente, puede exis-

5. Y, eventualmente, entiende Palacio en la obra ya citada, que también son efectos de la sentencia el cese de la competencia del juez y/o la posibilidad de pedirse medidas cautelares para asegurar su ejecución.

6. PALACIO, Lino Enrique, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 532.

7. Ídem, p. 534.

tir con independencia de la primera⁸. Para que la sentencia pase en autoridad de cosa juzgada, debe haber sido dictada en proceso contradictorio y con carácter final. Por ello, no adquieren tal carácter las sentencias dictadas en procesos voluntarios y las interlocutorias, que solo producen la preclusión de las cuestiones procesales sobre las que versan.

- 14) La cosa juzgada afecta solamente, en principio, a quienes fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia investida de aquella autoridad y no puede beneficiar ni perjudicar a los terceros ajenos al proceso. Por partes se entiende no solamente al sujeto activo y pasivo de la demanda, sino a toda persona que, en condiciones legales, se ha incorporado al proceso o ha sido citada al mismo. Sin embargo, una vez firme, tendrá efectos erga omnes.
- 15) Para interponer un recurso contra la sentencia, existen tres requisitos básicos: a) que quien lo interponga sea parte del proceso; b) que exista un gravamen o perjuicio concreto resultante de la decisión atacada; y c) **que se interponga dentro del plazo perentorio, que comienza a correr desde la notificación respectiva y reviste, además, carácter individual.**⁹
- 16) Básicamente, los recursos que pueden interponerse son:
 1. Ordinarios:
 - a. De aclaratoria (CPN art. 166, inc. 2) y de reposición o revocatoria (CPN arts. 238/41), que deben interponerse dentro de los tres días hábiles posteriores a la notificación de la sentencia o resolución judicial de que se trate.
 - b. De apelación (CPN arts. 242/52), que puede ser interpuesto por las partes y el ministerio público en los procesos que intervengan, en juicios ordinarios o sumarísimos, dentro de los cinco o tres días posteriores a la notificación de las sentencias, respectivamente, revistiendo el plazo el carácter de perentorio, de manera que si se produce el vencimiento y no se interpuso el recurso, la sentencia queda firme. Las partes podrían, sin embargo, prorrogar el plazo de común acuerdo; y además, se trata de un plazo individual, que corre separadamente para cada una de las partes, desde el día siguiente a aquel en que tuvo lugar la notificación de la resolución.¹⁰
 - c. De nulidad (CPN, art. 253), implícito en el recurso de apelación; y directo o de queja por apelación denegada (CPN arts. 282/87), que se interpone dentro de los cinco días de notificada la denegación de la apelación por el ministerio de la ley.
 2. [y/o] Extraordinarios: de inaplicabilidad de ley (arts. 288/303 del CPN), inconstitucionalidad y nulidad (arts. 161, inc. 1º y 3º, CPN). Los plazos para

8. Para preservar la inmodificabilidad de la sentencia en sentido material, la ley acuerda la excepción de cosa juzgada, que puede ser declarada aun de oficio por el juez.

9. PALACIO, Lino Enrique, ob. cit. (cfr. nota 3), pp. 568-569 y ss.

10. Ídem, p. 578.

interponer cada uno de dichos recursos se encuentra regulado en la norma procesal respectiva.

- 17) Si no se interpone ningún recurso contra una sentencia en los plazos antes indicados, la misma queda firme y pasa en autoridad de cosa juzgada, poniendo fin al proceso ya sea material o formalmente o en ambos caracteres.

4. El caso concreto

En el caso traído a consulta por los escribanos G. y S., se trata de una cesión de derechos litigiosos emergentes del juicio de reivindicación iniciado respecto de un inmueble ubicado en esta jurisdicción, celebrada el día en que se dictó la sentencia declarativa constitutiva del derecho real de dominio a favor del cedente actor que, a su vez, se notificó de la misma en esa misma fecha.

Como quedó dicho anteriormente, la sentencia de usucapión que se dicta en el marco del procedimiento contencioso que debe tramitar en los términos de los artículos 24 y 25 de la Ley 14159, es del tipo declarativa constitutiva del derecho real de dominio a favor del actor.

Hasta que dicha sentencia no pase en autoridad de cosa juzgada, los derechos emergentes del juicio, en el marco del cual se persigue su obtención, son litigiosos.

La sentencia pasará en autoridad de cosa juzgada formal y material, una vez que hubieran vencido los plazos para interponer recursos contra ella, fundamentalmente el de apelación. Los plazos son individuales y se cuentan, dependiendo del tipo de recurso, a partir del día siguiente hábil de la notificación de la misma (sea personalmente o por cédula o acta notarial).

Conforme se desprende de los antecedentes fácticos de la consulta, la cesión bajo estudio tuvo por objeto los derechos litigiosos del cedente actor a la fecha de instrumentarse, correctamente, por escritura pública; pues a esa fecha la sentencia del juicio de usucapión no estaba firme y aún podía ser atacada por vía recursiva no sólo por el actor (no habían pasado los plazos para interponer recursos de aclaratoria ni de apelación, por ejemplo), sino también por los demandados, que no fueron notificados de su dictado sino mucho tiempo después y por edictos, y/o eventualmente por el Ministerio Fiscal, también partes en el proceso.¹¹

Tal fue, seguramente, el razonamiento que siguió el juzgador cuando, una vez presentada la primera copia de la cesión de derechos litigiosos al expediente, antes de que se notificara a la demandada por edictos, tuvo por parte al cedente y, posteriormente, ordenó inscribir la sentencia juntamente con la cesión de derechos litigiosos para que el dominio fuera finalmente inscripto en cabeza de los cesionarios, que reemplazaron al emplazamiento procesal del actor cedente.

11. Los plazos para interponer recursos son individuales y se computan desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia o auto respectivo.

Por lo expuesto, no resulta observable el dominio inscripto a nombre de los cesionarios de derechos litigiosos emergentes de un proceso de usucapión, cuando la cesión se instrumentó antes de que la sentencia recaída en autos hubiera pasado en autoridad de cosa juzgada formal y material, es decir, antes de transcurrido el plazo de preclusión procesal previsto para recurrirla, según cada tipo de recurso.

No obstante lo anterior, y si la precedente conclusión no fuera compartida por los argumentos de fondo y forma antes expuestos, siempre cabrá a los cesionarios intentar la acción de recalificación judicial como “compraventa” de la escritura pública de cesión antes indicada. En esa línea parece encontrarse, además, el fallo citado por los consultantes y recaído en autos: “Rost, Adán Otto s/ usucapión - rec. apel. c/ decisiones autoridad adm. o pers. jurídica pub. no estatal” de la Cámara 7^a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, dictado con fecha 15/8/2013 y publicado en *La Ley Cuyo*, 2013 (diciembre), p. 1241, y 2014 (abril), p. 261.