

Órgano del Colegio de Escribanos  
de la Ciudad de Buenos Aires

Fundada el 15 de noviembre de 1897

Director: **Álvaro Gutiérrez Zaldívar**

924

ABRIL | JUNIO 2016

# REVISTA del **NOTARIADO**



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

**Propietario:** Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

**Director:** Álvaro Gutiérrez Zaldívar

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

**Coordinación editorial:** Departamento de Comunicaciones

**Secretario de redacción:** Agustín Rodríguez

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

Buenos Aires - República Argentina

+ 54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

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

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

Nº de Registro DNDA: 5287398

ISSN: 2362-6186

Diseño de tapa: Florencia Cardoso y Letizia Lemme

Diseño de interior: Liliana Chouza

# Consejo Directivo

Ejercicio 2015-2017

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

***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 del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

**Secretario de redacción:** Agustín Rodríguez

**Corrección y edición:** Juan Pablo Álvarez, Agustín Rodríguez

### Editorial | 6

#### Doctrina

La conexidad contractual en el Código Civil y Comercial. Su aplicación en los negocios jurídicos inmobiliarios, por *María T. Acquarone* | 11

La evolución del estudio de antecedentes y el requisito de buena fe del artículo 392 del Código Civil y Comercial, por *Ezequiel Cabuli* | 37

Algunas omisiones en el Código Civil y Comercial, por *José C. Carminio Castagno* | 49

¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?, por *Eleonora R. Casabé* | 79

El notario y el juicio de capacidad del requirente frente al Código Civil y Comercial de la Nación, por *Natalio P. Etchegaray* | 88

Nuevas disposiciones del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y el Código Civil y Comercial, por *María C. Herrero de Pratesi* | 96

Inexistencia del estado de propiedad horizontal. El comienzo y fin de la existencia del consorcio, su organicismo y capacidad, por *Mario G. Szmuch* | 109

La antigüedad de la profesión de notario a nivel mundial es indudable, pero sus funciones han ido variando con el tiempo y son tan vastas que no hay una legislación concreta que las pueda definir en su totalidad. Por otra parte, las leyes han ido aumentando los requisitos para ser notario y estableciendo nuevos para proseguir su ejercicio. Podemos afirmar que las funciones que el notariado cumple hoy son más importantes que las que cumplía en el pasado. No nos cabe duda de que los primeros sorprendidos en apreciar lo que ha llegado a ser el Colegio en estos ciento cincuenta años serían los dieciséis fundadores, especialmente si se tiene en cuenta el momento y las circunstancias que debieron afrontar.

La labor notarial comienza con la aparición de la escritura. Antes, lo más parecido a un notario sería posiblemente un testigo con la más alta calificación. El trabajo de los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires aparece en sus orígenes vinculado directamente con la organización judicial. Su tarea se regía por las leyes españolas y, luego, por los decretos de los gobiernos patrios.

Nuestro Colegio tiene un prestigio adquirido que se remonta a ciento cincuenta años y que es consecuencia de la tarea realizada tanto en la actualidad como en el pasado. El prestigio es algo muy diferente a la imagen; el primero es resultado de una trayectoria, mientras que la imagen puede ser algo efímero, incluso un transitorio producto de la publicidad. Los escribanos debemos seguir manteniendo este prestigio para las generaciones futuras, ya que hoy es el pasado del mañana.

No obstante, lo que queremos remarcar es la decisión de un grupo pequeño de escribanos de crear una institución que durante tanto tiempo se afianzó, creció y cambió hasta convertirse en una parte importante de la historia de nuestro país.

Probablemente alguno de ellos tuvo dudas al momento de firmar el acta de constitución y se preguntaría si el Colegio podría mantenerse en el tiempo o si era el momento adecuado para semejante decisión. No sabemos si alguno imaginó la proyección que tuvo. Lo importante es que lo fundaron, y hoy existe.

### **La figura de José Victoriano Cabral**

El primer presidente y fundador de nuestro Colegio fue don José Victoriano Cabral, quien trabajó durante cincuenta años consecutivos como escribano, tal como hemos hecho muchos de nosotros. Hijo y nieto de notarios, tanto él como su familia ejercieron como escribanos por un periodo que abarca cerca de doscientos años. Su abuelo, José Luís Cabral Hernández, fue escribano de la Real Audiencia y alcalde de Buenos Aires, mientras que su padre, José Severo Cabral Gutiérrez de la Bárcena, fue escribano de cabildo de Buenos Aires.

José Victoriano estuvo a cargo del registro número uno, cuando toda la provincia era una sola jurisdicción. Dicho registro fue creado por Real Cédula en el si-

glo XVI, y allí se redactaron las actas del 25 de mayo de 1810, siendo su titular en ese momento el escribano Justo José Núñez (1805-1822).

## Los hechos y los tiempos

Cuando analizamos un hecho del pasado, es bueno vincularlo con lo que sucedía en ese momento en el país y en el mundo. Ubicarnos en el contexto correspondiente es la única forma de dimensionar la importancia de un hecho. Volvemos a subrayarlo: quienes fundaron el Colegio lo hicieron en uno de los peores momentos de nuestra historia.

Para así tener una visión local y una visión global, vamos a intentar completar este análisis dividiendo situaciones, observando por un lado lo que sucedía en nuestro país y también lo que acontecía en otras partes del globo.

## Nuestro país

En 1866, los argentinos vivían una crisis política, económica y de seguridad. A todo eso debemos sumarle que no había una definición clara sobre el ámbito geográfico que abarcaba nuestro país; las dos terceras partes de la superficie se podían considerar territorio indígena, concretamente casi todo el sur y gran parte del norte. Los araucanos, tenían su campamento principal en Salinas Grandes, previo exterminio de otras tribus de la zona; por otro lado, había un territorio ranquel y los malones eran tan frecuentes que el Gobierno dispuso defender las estancias y poblaciones de frontera.

Como si esto fuera poco, en 1865 comenzó la Guerra de la Triple Alianza con el Paraguay. El mayor peso de la contienda recayó sobre la provincia de Buenos Aires, y las peores batallas de esta guerra se produjeron durante el año en que se fundó el Colegio.<sup>1</sup> En Curupaytí muere Dominguito Sarmiento y el hijo del vicepresidente de la Nación, Marcos Paz. También pierde el brazo derecho el que fue el pintor de esa guerra, Cándido López.<sup>2</sup> La batalla fue tan sangrienta, que prácticamente detuvo la guerra por dos años. Los cuatro países se desangraban y, para empeorar las cosas, los soldados que volvieron del frente en 1871 trajeron a Buenos Aires una epidemia de fiebre amarilla, que causó miles de víctimas (unos años antes habíamos tenido otra de cólera). A fines de diciembre de 1867, el vicepresidente en ejercicio de la presidencia, Marcos Paz, cae enfermo de cólera y muere. El mismo año, pero en abril, se libra el Combate de Pozo de Vargas contra Felipe Varela. Fue la primera y última

1. Esteros de Bellaco, Tuyutí, Boquerón y Curupaytí (1866).

2. Luego aprendió a pintar con el brazo izquierdo. La mayoría de sus cuadros están en el Museo Histórico y hay varios en la planta baja del Museo de Bellas Artes.

gran batalla entre caudillos del interior y el recientemente creado Ejército Nacional.<sup>3</sup> En 1870 matan al general Urquiza en el Palacio San José, Entre Ríos. Luego se comenzó con la zanja de Alsina y más tarde llegó la Campaña del Desierto.

La situación era tan complicada que es dable pensar que quizás alguno de los fundadores, al momento de firmar el acta de constitución, tendría dudas sobre la supervivencia del Colegio. Sin embargo, hay muchas cosas en la vida que el coraje y la voluntad de trascender pueden cambiar; es una ventaja que tiene el ser humano sobre los demás seres vivos: la facultad de crear lo que no existe.

### La moneda

En los años 1864 y siguientes, hubo en nuestro país una verdadera anarquía monetaria. Circulaban billetes emitidos por bancos privados y públicos, y otros emitidos con autorización provincial por bancos pertenecientes a particulares. Los billetes emitidos con autorización por estas entidades privadas eran redimibles en plata boliviana. Vivíamos un verdadero desastre. También circulaban billetes que eran inconvertibles en oro o plata. Eran los llamados pesos en moneda corriente.

En 1866, año de fundación del Colegio, se emitieron las primeras “notas metálicas” con denominaciones expresadas en pesos fuertes. En esos momentos había tres monedas distintas circulando: el peso fuerte, el peso corriente y el peso en plata boliviana. La mayoría de los billetes emitidos por los bancos privados podían ser canjeados a la vista o sea con la sola presentación, por monedas de plata boliviana, lo que terminó al poco tiempo y no de buena manera. Hemos visto ejemplares con “no a la vista” escrito en el dorso, con la firma del gerente o directamente se tachaba la disposición “pagaderos a la vista” en el mismo billete.

Entre los que emitieron billetes con respaldo plata estaba el Banco Mauá y Cía., que terminó sus operaciones en 1872. El Banco de Londres y Río de la Plata empieza a hacer lo mismo en su sucursal Rosario; en 1866 emite billetes en plata boliviana y en pesos fuertes. Otro banco que se suma es el Banco Argentino, en 1866, y el Banco Entrerriano, que comenzó a operar en Concepción del Uruguay emitiendo billetes. Lo mismo hizo el Banco Paraná, también fundado en 1866. El Banco J. Benítez e hijo, instalado en Gualeguaychú, lanzó su primera emisión en 1867. De esta última ciudad también era oriundo el banco Oxandaburu y Garbino, que emitió pesos fuertes y en plata boliviana. Hubo siete u ocho bancos más en Córdoba, Tucumán, San Juan y Mendoza. Al principio y por un corto tiempo conservaron su valor, luego se fueron devaluando. De 1867 a 1876 el peso moneda corriente se pudo cambiar por oro, en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, práctica que se terminó en mayo de 1876 cuando el banco tuvo una corrida cambiaria que lo dejó sin oro.

3. Texto parcialmente tomado de los capítulos 1 y 2 de *Historia del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires* (publicada en *Revista del Notariado*, N<sup>os</sup> 917, 918, 919, 920; y luego editada en formato libro [ver [aquí](#)]).

El Colegio estuvo poco operativo durante esos años. No se nombraron nuevos presidentes y en 1876 retoma el cargo formalmente José Victoriano Cabral. No es difícil deducir que esto se debió a la Guerra del Paraguay (1865-1870), más las epidemias de cólera y fiebre amarilla, que exterminaron entre el 8 y el 10 por ciento de los pobladores de la ciudad. La enfermedad empezó a ceder a partir de abril de 1871. En pocos días abandonaron la ciudad miles de habitantes; de una población de alrededor de 180.000 personas quedaron solo 60.000.<sup>4</sup> La enfermedad fue traída por soldados que regresaban de la guerra. En Corrientes, donde comenzó la epidemia, murió el porcentaje de la población más alto.

### El rey de la Patagonia

También en esos años andaba dando vueltas por nuestro país, con intermitencias, un autonombrado “rey de la Patagonia”, Orélie Antoine de Tounens, un francés que, según algunos autores, era abogado.

Probablemente fue enviado aquí por Napoleón III, quien intentó y consiguió aumentar de una manera increíble las posesiones francesas en América, Asia y África (con los años, perdieron Tailandia, Vietnam y África). Francia también trató de apoderarse de México. Probablemente estuvieran interesados en la Patagonia y ayudaron a Orélie Antoine a crear el Reino de la Araucanía y la Patagonia (también denominado Nueva Francia). Era un proyecto demasiado grande y costoso para ser el producto de un individuo sin mayor trascendencia. El supuesto reino ocupaba parte de la Argentina y el sur de Chile. Aunque ningún Estado lo reconoce, consiguió el apoyo de tribus araucanas.

Antoine de Tounens se autoproclama rey en 1860, con el nombre de Orllie Antoine I. Establece como límites de su reino el río Bio-Bío en Chile, el océano Atlántico por el este, abarcando desde la mitad de la provincia de La Pampa hasta el estrecho de Magallanes. Su mapa no incluye lo que es hoy Tierra del Fuego. Promociona su aventura en Europa y algunos empresarios financian un segundo viaje, realizado a finales de 1869. Es recibido por Calfucurá, quien le arregla una reunión en Buenos Aires. Intenta nuevamente ingresar en 1874. Imprime monedas (de cobre y de plata) y las trae en cajones para ser utilizadas en su reino. En 1876, pide tierras en Choele Choel, pero ya se ha decidido la Campaña del Desierto. También crea una bandera y un escudo e inviste con cargos a varios jefes tribales. Evidentemente, alguien más aparte del emperador lo acompañó en esta aventura, porque las monedas son de 1874 y Napoleón III fue destituido en 1870 y murió en 1873. De cualquier modo, sin algún apoyo muy importante no podría haber constituido la sociedad llamada Nueva Francia y lanzar en circulación un empréstito por treinta millones de pesos.

4. MOLINARI, Ricardo Luis, *Buenos Aires. 4 siglos*, Buenos Aires, TEA, 1980.

### Sucesos de esa época en el exterior

Napoleón III fue el primer y único presidente de la Segunda República Francesa en 1848, y luego, en 1852, se convierte en el segundo emperador de los franceses; fue el último monarca que reinó en Francia y posiblemente tuvo mucho que ver con la aparición de este rey de la Patagonia.

En 1864, nombra emperador de México al archiduque Maximiliano de Austria y lo envía junto con tropas a hacerse cargo de ese territorio. En 1867, Inglaterra y España convalidan a Maximiliano en el cargo. En junio de 1867, el archiduque es fusilado en Querétaro, México.

Napoleón III conquista zonas en África, está vinculado a la construcción del canal de Suez y pretende construir lo que luego devino en el Canal de Panamá, a través de Nicaragua. Incursiona en Indochina y en lo que luego se convirtió en Laos, Camboya, Vietnam, y Tailandia, estableciendo una colonia francesa.

En 1865 termina la Guerra de Secesión en los Estados Unidos, se declara la libertad de los esclavos y Abraham Lincoln es asesinado. Los galeses llegan a Argentina.

En 1866 la armada española bombardea el Callao, en Perú y el puerto chileno de Valparaíso.

Concluimos que, con todos estos sucesos, no debió ser fácil la decisión de crear el Colegio. Era un grupo reducido de dieciséis personas, había una guerra, una epidemia de cólera, fiebre amarilla, una mala situación económica, los bancos quebraban, las monedas se enterraban, España bombardeaba puertos vecinos... Podrían haberlo postergado, pero lo fundaron y hoy lo tenemos. Gracias a ellos y a los que los siguieron.

Para muchos, el Colegio es hoy algo incorporado y naturalizado; pocos se detienen a pensar cómo llegamos hasta aquí.

### El N° 924

Para este número especial de la *Revista*, que conmemora el 150° aniversario de nuestro Colegio, contamos con artículos de María Acquarone, Ezequiel Cabuli, José Carminio Castagno, Eleonora Casabé, Natalio Etchegaray, Cecilia Herrero de Pratesi y Mario Szmuch, todos ellos reconocidos notarios de nuestra ciudad y el país. Nuestro agradecimiento, entonces, para todos ellos por su valioso aporte a esta edición tan significativa de la *Revista*.

Nos despedimos afectuosamente hasta el próximo número.

EL DIRECTOR

# La conexidad contractual en el Código Civil y Comercial

## Su aplicación en los negocios jurídicos inmobiliarios



María T. Acquarone

### RESUMEN

El objetivo de este trabajo consiste en profundizar el estudio de la conexidad contractual en el negocio inmobiliario, el cual debe propender a brindar beneficios económicos para que revista interés para los inversores, y ello comprende diversas situaciones que deben ser analizadas por el jurista; las ganancias o eventuales pérdidas se relacionan directamente con la estructuración jurídica y las garantías de la inversión. Se desarrollan en este artículo los conceptos de negocio jurídico, de contrato y sus funciones dentro de la "clasificación funcional", y de conexidad contractual en el Código Civil y Comercial. Se ven las normas de interpretación de los contratos atípicos. Se analizan las distintas etapas del emprendimiento inmobiliario y las partes intervinientes y se profundiza sobre los diferentes contratos mediante los cuales se desarrollan los negocios de la construcción.

**Sumario:** **1.** Introducción. **1.2.** Concepto de negocio jurídico. Formas y contenido. El contrato como medio para la concreción del negocio. **2.** La normativa contractual en la sistemática del Código Civil y Comercial. **3.** Clasificación de los contratos. **3.1.** Normas de interpretación de los contratos atípicos. **4.** La conexidad contractual. Su realidad jurídica y económica. **4.1.** El negocio jurídico completo y su influencia para una revisión del principio del efecto relativo en los contratos. Antecedentes en el derecho comparado. **5.** Realidad en materia inmobiliaria. Emprendimientos inmobiliarios y etapas. Partes intervinientes. Grupos de interés. **5.1.** Introducción a las formas actuales de contratación inmobiliaria. **5.2.** Implementación en el emprendimiento inmobiliario. **5.3.** Red de contratos en el negocio de la construcción. **6.** Normativa del Código Civil y Comercial. Contratos conexos.

### 1. Introducción

El emprendimiento inmobiliario, tomado integralmente, ofrece una interesante perspectiva para su estudio. Es así porque el análisis de un negocio desde su inicio hasta su conclusión, considerado globalmente, exige la observación en conjunto de las di-

versas etapas que lo conforman. Desde el inversor hasta el consumidor, mediante el realizador del emprendimiento, se produce una secuencia en la que observamos el fenómeno de la conexidad.

En esta oportunidad, nuestro desarrollo consistirá en profundizar el estudio de dicha conexidad y analizar el negocio como tal, para que al empresario le resulte re-dituable, los inversores obtengan ganancias en el negocio y el consumidor logre su objetivo. Hemos sostenido que los emprendimientos inmobiliarios como negocios deben propender a brindar beneficios económicos a fin de que revistan interés para los inversores, lo que comprende diversas situaciones que deben ser analizadas por el jurista; el margen de ganancias o la consideración de eventuales pérdidas se relaciona directamente con la estructuración jurídica y las garantías de la inversión. Así, el hecho de que la inversión que pueda obtenerse de un tercero, y aun del propio empresario que va a llevar adelante el emprendimiento, tenga un margen de seguridad va a tener como consecuencia un mayor flujo de dinero y una tasa de interés menor.

A su vez, el análisis de las distintas formas de encarar el negocio de la construcción y la viabilidad de la financiación se relacionan directamente con las garantías de la misma. El hecho de que el negocio se realice sobre la base de un inmueble al que se le agrega cierto valor y que lo que se pretenda comercializar también sea un inmueble le da una cierta especialización al tema a tratar; por ello nos referimos a los emprendimientos inmobiliarios.<sup>1</sup>

## 1.2. Concepto de negocio jurídico. Formas y contenido.

### El contrato como medio para la concreción del negocio

Según Betti,<sup>2</sup> la consideración que el derecho hace de un comportamiento del hombre como acto jurídico consiste en reconocerle trascendencia jurídica, basándose en una valoración de la conciencia que regularmente lo acompaña y de la voluntad que normalmente lo determina. Frente al comportamiento humano, el orden jurídico puede, respondiendo a varias exigencias, sentir la necesidad de tomar posición ponderándolo. A diferencia de la moral, el derecho solo se propone resolver un círculo limitado de problemas, por lo cual selecciona los actos humanos para darles trascendencia, convirtiéndolos en actos jurídicos.

Según la naturaleza y la especie de las declaraciones, los actos jurídicos se clasifican en diversas formas y si la circulación de los bienes y servicios, como el desarrollo de las relaciones entre individuos, representa una exigencia vital en toda sociedad, el derecho debe responder a esa exigencia. Se le asigna en este supuesto un

1. ACQUARONE, María T., *Los emprendimientos inmobiliarios. Marco jurídico y normativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.

2. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 12.

contenido dinámico que hace posible una constante renovación y le reconoce a la autonomía privada la potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, que es presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas. Constituye una regulación directa, individual, concreta, de determinados intereses propios de los mismos interesados.

El principio de la autodeterminación de la persona fundamenta la libertad de las partes referida a la configuración de sus relaciones jurídicas particulares dentro de un marco de posibilidades que el sistema jurídico permite. En nuestro sistema, los actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato crear, modificar, transferir o aniquilar derechos expresados por dos o más personas son actos jurídicos bilaterales, en los que, si la declaración de voluntad es común y tiene por objeto la autorregulación de sus intereses, se configuran contratos. No hay en el derecho argentino, a diferencia de otros sistemas, una categoría especial denominada “negocio jurídico” y hay coincidencia en que esta se refiere a actos jurídicos bilaterales. Este principio general, que constituye la base conceptual del contrato y del negocio jurídico según las actuales concepciones doctrinarias, sufre una crisis, ya que el mercado presenta asimetrías en las posiciones de quienes contratan. El elemento central y propiamente característico del negocio jurídico es el contenido de la declaración o del comportamiento, que es recogido por el derecho cuando este comportamiento ofrece un contenido preceptivo en orden a una materia y respecto de un contenido específico.

Las partes autorregulan sus intereses con amplia libertad en el contrato, que reconoce los límites que le impone el sistema jurídico. El principio por el cual se protege a la parte más “débil” en la contratación parece afectar la libertad contractual. Así se ha desarrollado, en la interpretación de nuestro sistema jurídico, el principio basado en la protección a la parte débil en la contratación, que se sustenta en el estatuto de la persona. La aplicación del principio protectorio, dice Lorenzetti, es una cuestión compleja y debe ser analizada como un conjunto de variables de corto y mediano plazo.<sup>3</sup>

Para la interpretación del contrato, expresa este autor, se pueden utilizar dos pares de modelos: el formalista-realista, que refleja la discusión sobre si hay que atenerse solamente a la voluntad de las partes o a otros criterios para interpretar un contrato, o el individualista-paternalista, que expresa el debate sobre la intervención en el contrato principalmente en protección de las partes débiles. La regla general es que la autonomía de la voluntad es un valor jurídico y una posición jurídica de rango constitucional que comprende dos aspectos: la libertad de celebrar un contrato y la de configurar su contenido. Esta voluntad libremente expresada, con los límites que impone el orden público, funda la fuerza vinculante del consentimiento como causa de la obligación contractual. Cuando se utilizan varios contratos como instrumentos para alcanzar una operación económica que les da sentido y unidad, hay una finali-

3. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 142.

dad “supracontractual” que permite tener algunas reglas para la interpretación conforme a esa finalidad.

Otro de los principios desarrollados por la doctrina clásica, y que también configura un supuesto de autonomía de la voluntad, es el efecto relativo de los contratos, que enuncia que solo se obliga con fuerza vinculante aquel que prestó su consentimiento para la autorregulación de los intereses propios. Este principio también está hoy cuestionado por la tesis de los contratos conexos, ya que aun cuando las partes no hayan expresado su consentimiento pueden quedar relacionadas en los contratos conexos mediante la traslación de efectos tradicionalmente inoponibles, como la nulidad, la resolución, la suspensión del cumplimiento, la existencia de obligaciones colaterales. Se dice que el contrato ha ensanchado su contenido<sup>4</sup> y no se analiza aisladamente, ya que normalmente no se encuentra solo sino vinculado con otros, formando conjuntos de productos y servicios de donde surge la operación económica que se vale de varios contratos como instrumentos para su realización formando “redes contractuales”. Ello lleva al análisis de los grupos de contratos para ver la configuración en sistemas con finalidades supracontractuales, en donde se estudian la perspectiva interna que analiza las relaciones entre las partes, el objeto como operación que involucra varios contratos, el nexo asociativo y la perspectiva externa que analiza los efectos del conjunto frente a los terceros.

Este fenómeno que se relaciona con la conexidad comprende el estudio de todas aquellas relaciones en las que los contratos son instrumentos para la realización de una operación económica.

Habrán contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto o en las bases del negocio.<sup>5</sup>

La implementación de todos estos elementos se realiza a través de las herramientas que brinda el derecho privado, donde se tendrán en cuenta las normas imperativas que son propias de los derechos reales y el margen de posibilidades que brindan las convenciones de las partes.

Requisitos para que haya conexidad: a) pluralidad, b) autonomía, c) vinculación, d) finalidad económica común, e) esquema previo de origen contractual o legal. El artículo 1075 del *Código Civil y Comercial* (CCCN) reglamenta los efectos en que,

4. Ídem, p. 201.

5. Conclusiones de la Comisión n° 3 “Contratos. Contratos conexos” de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999). [N. del E.: ver [aquí](#)]. Ver LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., [comentarios a los arts. 1073-1075], en Alterini, J. H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 643-655 (ver especialmente las citas de GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 114-116).

probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial, o defectuoso aun frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

## 2. La normativa contractual en la sistemática del Código Civil y Comercial

En el derogado [Código Civil](#) (CCIV), el codificador argentino adoptó como concepto de contrato aquel acuerdo de voluntades apto para la realización de actividades económicas, ya que, a la definición del artículo 1137 CCIV, la doctrina había agregado el concepto de los artículos 1168 y 1169, que le da contenido patrimonial al acuerdo.<sup>6</sup> En la definición, se adoptó una concepción más amplia que la de su fuente, el Código Civil francés, ya que en el mencionado artículo 1137 se define el contrato como todo acuerdo de voluntades que esté destinado a reglar derechos. Esta amplia definición abarcaba lo que en el sistema francés era el concepto de “convención” y de “contrato”; sirve para la finalidad que estudiamos, ya que en el [Código Civil francés](#) el contrato se define como el acuerdo de voluntades que está destinado a crear derechos y no comprende los acuerdos que están destinados a crear, transferir o extinguir derechos, que serían las convenciones. En ambos sistemas, la norma responde a la misma idea liberal, y es que a través de las convenciones se pueden formular todo tipo de acuerdos, pero, al poder utilizar el contrato en el sentido amplio, se admite mayor flexibilidad para su utilización en materia de negocios.

El CCCN define el contrato en el artículo 957 y establece que es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, lo que, según opinión de Alterini<sup>7</sup>, implica una mejora respecto del CCIV en que se relaciona al contrato con el acto jurídico, se sustituye la palabra *persona* por *partes*, se destaca el consentimiento como elemento volitivo sustancial e inserta a esta en el campo patrimonial. Es un acto jurídico y bilateral, y excluye por tanto al acto jurídico unilateral.

## 3. Clasificación de los contratos

El contrato tiene una doble función socialmente trascendente, ya que es la causa objetiva o la finalidad económica-social del negocio y una finalidad individual que se

6. VIDELA ESCALADA, Federico N., “Visión general del contrato”, en *Contratos*, t. 1, Buenos Aires, Zavalía, 1973, pp. 9-96.

7. ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 8.

puede categorizar por grupos, la llamada “clasificación funcional” en la doctrina. Esta ha agrupado a los contratos en las distintas clasificaciones, lo que constituye una tarea facilitada, delimitadora y de programación.

Según un sector de la doctrina,<sup>8</sup> los contratos podrían clasificarse según las distintas funciones en:

- De transferencia en el uso
- Financieros
- De garantía
- De cambio
- De custodia
- De colaboración (gestoría, asociativa, en redes)
- De previsión
- De gratuidad
- De extinción

También debemos acudir a otra clasificación importante de los contratos: la de contratos típicos y atípicos, también llamados nominados e innominados.<sup>9</sup> Es que, tomando la idea de la amplitud de posibilidades que dan los acuerdos de voluntad dentro de nuestro sistema, debemos recordar que esos acuerdos pueden estar previstos y legislados o no estarlo.

Los negocios que puedan aparecer y que no estén previstos en la legislación o que por algún motivo no se concreten en leyes positivas serán contratos atípicos. Estos contratos deben autorregularse, por lo que en su redacción se deben prever todas las situaciones posibles, ya que cualquier vicisitud que no esté prevista en el propio contrato no tiene norma supletoria por la cual regirse. El negocio estructurado a través de las cláusulas del contrato es la única pauta para la interpretación de la voluntad de las partes que lo conformaron. Aun así, esta tarea no es tan sencilla, porque siempre puede haber alguna vicisitud que no haya sido prevista; por ello, la doctrina ha elaborado pautas con una posible integración con la normativa existente.

### 3.1. Normas de interpretación de los contratos atípicos

Por una parte, se dice que los contratos atípicos, es decir, sin regulación, pueden ser contratos atípicos puros o atípicos mixtos. En este último caso, se pueden aplicar las siguientes reglas:

- *Absorción*: La interpretación se realiza en función del contrato más importante.
- *Extensión analógica*: Para la interpretación se busca el contrato que resulte más afín según la finalidad que persiguen las partes y se busca la norma regulatoria de ese contrato.

8. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010 (ed. act. y ampl.).

9. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., [comentario al art. 970], en Alterini, Jorge H. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 92-94.

- *Combinación*: Cuando del contrato en su totalidad no surge un contrato afín, el contrato se desmenuza en sus obligaciones y se busca la interpretación más acorde con la obligación en forma aislada.

#### 4. La conexidad contractual. Su realidad jurídica y económica

Otra forma de otorgarles interpretación supletoria es a través de las **uniones de contratos**. Las uniones de contratos han sido clasificadas por la doctrina de la siguiente forma:

- *Legal*: autónomos recíprocos; principales y accesorios; subcontratos.
- *Convencional*: grupo de contratos a los que las partes han vinculado ya que en conjunto constituyen un “negocio”.

Algunos ejemplos de estas uniones son el préstamo de dinero y la compra de mercadería o la compra de mercadería y su financiación.

El contrato de tarjeta de crédito y la cuenta corriente bancaria. Estos supuestos de uniones también han sido vinculados por la doctrina y revisten gran interés como contratos conexos, ya que para concretar un resultado económico muchas veces se debe suscribir una cantidad de contratos en forma conjunta que llevan al resultado querido. Ello lleva en muchos supuestos a otorgar efectos para alguna de las partes que celebraron el contrato vinculado sin que en principio haya tomado intervención en el mismo. Esta consecuencia se relaciona con los efectos del contrato.

El principio de los efectos relativos del contrato tiene su origen en la doctrina clásica, basada en la autonomía de la voluntad, que considera parte del contrato a quien contrata en nombre propio o a quien es representado por otro, que actúa en su nombre y emite la voluntad contractual cuando esta es transmitida materialmente por otro, basada en el adagio “*res inter alios acta*”, que se reflejó en el CCIV en el artículo 1195 y actualmente en el artículo 1021 CCCN: “Regla general. El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros excepto en los casos previstos por la ley”. Este principio se aplica al contrato celebrado como acto jurídico aislado cuando causa obligaciones entre quienes expresaron su voluntad por sí mismos o a través de sus representantes, y consecuentemente es oponible en distintos grados frente a los terceros.

Este principio general admite, en la actual interpretación de la doctrina, excepciones cuando existen varios contratos que aparecen unidos por una operación económica, lo que se denomina “red contractual”, en la que solo tiene sentido cada contrato individual si está unido a los demás en una red o sistema. La doctrina ha utilizado distintos nombres: contratos conexos, negocios coligados, redes, *networks*.<sup>10</sup> El supuesto de hecho se configura cuando hay varios contratos que tienen su propia

10. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 717.

estructura, causa, objeto pero hay una operación económica que les da un sentido único.

Si el negocio excede al contrato, es necesario vincularlo en sus efectos consagrando una excepción al efecto relativo, de modo que la ineficacia de uno de los contratos será oponible a los otros en virtud de esa conexión. Esta interpretación debe ser delimitada para no distorsionar el principio rector en materia contractual consagrado en el artículo 1021 CCCN, que reitera lo legislado en el artículo 1195 CCIV.

#### 4.1. El negocio jurídico complejo y su influencia para una revisión del principio del efecto relativo en los contratos. Antecedentes en el derecho comparado

Esta red de contratos que tienen una conexión ha requerido especial atención en el derecho extranjero; particularmente, ha sido objeto de análisis en Italia, donde se puede afirmar que la categoría se halla consolidada. Para la mayoría de los juristas italianos, hay conexidad cuando las partes, con el fin de alcanzar un determinado resultado económico, concluyen dos o más contratos distintos que presentan entre sí un nexo jurídico que se manifiesta en las vicisitudes que afectan a cada uno de los convenios celebrados sobre los otros.<sup>11</sup> Esto es denominado “*il collegamento negoziale*”.

López Frías<sup>12</sup> sostiene que la jurisprudencia italiana ha tenido una influencia importante en el desarrollo de la interpretación de la conexidad contractual, elaborando una doctrina que se aplica en diversas situaciones y que sostiene que:

Las partes en el ejercicio de su autonomía contractual pueden dar vida con un solo acto a contratos diversos y distintos que, aun conservando la individualidad de cada tipo negocial y aun permaneciendo sometidos a su propia disciplina, están coligados entre sí funcionalmente y con relación de dependencia recíproca, de modo que las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros condicionando su validez y ejecución.

En Francia, el análisis de la conexidad proviene de una óptica completamente diferente, que consiste en la del agrupamiento de las empresas para la realización de ne-

11. Ver LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, Bosch, p. 29. La autora cita una nota de Satta a una sentencia de un tribunal donde (ya en 1950) decía que la conexión existente entre dos negocios o entre las relaciones que de ellos derivan no puede permanecer sin relevancia en el campo del derecho, sino que debe en mayor o menor medida coligar la suerte de aquellos.

12. Ídem, p. 31. Esta doctrina ha llevado, según la autora, a las siguientes conclusiones: “1) Que si se resuelve un contrato debe declararse la resolución de otro distinto siempre que las prestaciones de los dos convenios sean conexas e inescindibles desde el punto de vista económico debido a la unidad del fin perseguido; 2) aquel que impugna varios negocios jurídicos deduciendo su conexión funcional está legitimado para hacerlo, incluso siendo extraño uno de ellos en cuanto que si existe conexión existe también legitimación; y 3) en la hipótesis de varios contratos coligados entre sí es inadmisibles el desistimiento en uno solo cuando con ello se rompa el equilibrio de toda la relación negocial y 4) cuando se reclama el cumplimiento de un contrato cabe oponer al actor el incumplimiento del contrato conexo a aquel si las prestaciones en cuestión son correlativas”.

gocios, desarrollando su vinculación a través de los contratos de colaboración empresariales y las diversas formas de agrupamiento: “*les groupes de contrats*”.<sup>13</sup>

Sostiene Mosset Iturraspe que los procesos de producción se han vuelto sumamente complejos, con empresas que aportan la producción de las diversas partes que los forman, como sucede con los automóviles, a lo que se suma la especialización y la división del trabajo que se realiza muchas veces fuera del país, lo que conduce a nuevas necesidades y vinculaciones entre distintas empresas que aparecen como eslabones de una unidad.<sup>14</sup> La primera obra doctrinaria sobre el tema data de 1975<sup>15</sup> y se consagró legislativamente en dos leyes, de los años 1975 y 1979, en operaciones en materia mobiliaria e inmobiliaria.

Por su parte, en España, no hay recepción legislativa, lo que no impide que la legislación civil recoja aisladamente algunas manifestaciones de los vínculos existentes entre determinados contratos. Se analizan, por un lado, las relaciones que se derivan del carácter dependiente o subordinado de determinados contratos regulados por el Código Civil y las leyes especiales, y, por otro, las acciones directas reconocidas por nuestro derecho en favor de una persona que no ha contratado con el legitimado pasivamente.

En la doctrina nacional, es reciente la consideración de los contratos conexos. Mosset Iturraspe señala como un hito la recomendación de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil<sup>16</sup> (Mar del Plata, 1995):

En los supuestos de conexidad contractual, la responsabilidad puede extenderse más allá de los límites de un único contrato, otorgando al consumidor una acción directa contra el que formalmente no ha participado con él pero ha participado en el acuerdo conexo, a fin de reclamar la prestación debida o la responsabilidad por incumplimiento.

Este desarrollo –sin duda– influyó en la [Ley 24240](#) (LDC), en la que se establece una responsabilidad solidaria frente al consumidor del fabricante importador mayorista y minorista, es decir, de todos aquellos que intervinieron en la cadena de comercialización. Lo que está en juego es el principio del efecto relativo de los contratos y, como se interpreta en la doctrina y la jurisprudencia, el otorgamiento de efectos frente a distintas vicisitudes a partes que no han participado en la formación de la voluntad contractual.

El [CCCN](#) define los contratos conexos en el artículo 1073:

13. CHAMPAUD, Claude, “Los métodos de agrupación de las sociedades”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.

14. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos conexos. Grupos y redes de contratos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, p. 25.

15. LÓPEZ FRÍAS, Ana, ob. cit. (cfr. nota 11), p. 30.

16. [N. del E.: ver las conclusiones [aquí](#)].

Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074.

Esta norma tiene su antecedente de regulación en el [Proyecto de 1998](#) y en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999). Se establecen los siguientes requisitos para que haya conexidad:

- a) *Pluralidad*: Dos o más contratos.
- b) *Autonomía*: Cada uno de los contratos debe tener su propia autonomía, si bien no se requiere ningún elemento en especial para lo cual cualquier contrato válido tenga la aptitud de ser, además, conexo;
- c) *Vinculación*: Deben estar vinculados entre sí con distintos grados de conexidad, que puede ser jurídica o económica (por haber celebrado una operación económica global o única).
- d) *Finalidad económica común*: Sería la finalidad supracontractual, los objetivos buscados y obtenidos a través de una red de vínculos contractuales. Es la razón de ser de la vinculación, es el sentido de estar vinculados, que es el resultado económico que motiva a las partes a participar de una red. De los múltiples ejemplos que podemos dar, se destacan: la venta de bienes informáticos, que generalmente incluye un contrato sobre el *hardware*, otro sobre el *software* y otro sobre la asistencia; el mutuo para realizar la adquisición; la tarjeta de crédito; la apertura de una cuenta corriente; etc.
- e) *Esquema previo de origen contractual o legal*: el esquema negocial debe estar establecido por un diseño previo por el convenio de partes. Esta conexidad puede surgir de una coordinación organizada o espontánea.<sup>17</sup>

## 5. Realidad en materia inmobiliaria. Emprendimientos inmobiliarios y etapas. Partes intervinientes. Grupos de interés

Llamamos emprendimientos inmobiliarios a todos aquellos con los siguientes elementos comunes: por un lado, la existencia de un inmueble, ya sea el terreno donde se va a construir o donde se va a realizar la infraestructura; por otro, la inversión para realizar la construcción o la infraestructura para lograr una “plusvalía” con esa fracción, que es lo que le dará un valor agregado al inmueble. El objetivo que caracteriza cualquier negocio es la producción de esa plusvalía, lo que reviste interés para el inversor.

17. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 650 y ss.

La implementación de todos estos elementos se realiza a través de las herramientas que brinda el derecho privado, donde se tendrán en cuenta las normas imperativas que son propias de los derechos reales y el margen de posibilidades que brindan las convenciones de las partes. Por lo tanto, es de fundamental importancia la normativa relacionada con los contratos, ya sea por su contenido convencional o por el conocimiento de las normas imperativas para lograr una estructuración eficiente.

Para el desarrollo de una obra o para conjugar las inversiones a fin de lograr este resultado, se estructura el negocio a través de diversas etapas.

### 5.1. Introducción a las formas actuales de contratación inmobiliaria

Las formas actuales de contratación inmobiliaria abarcan diferentes situaciones: por una parte, la de los inversores que desean tener una garantía basada en los derechos reales; por otro, la adquisición por parte de los consumidores, el último eslabón en la cadena de negocios, que se relacionan entre sí para lograr esta concreción.

Los inversores pueden actuar a través de un promotor que se encarga de estructurar el negocio, el que muchas veces toma al fideicomiso como una herramienta válida para garantizar los derechos de todas las partes que están en juego. Es común que la compra se realice en la etapa de construcción del edificio, en cuyo caso nos introducimos en toda la problemática del departamento en construcción. Desde la búsqueda del terreno donde se va a desarrollar la obra hasta la garantía por la propia obra construida, se desarrolla una importante cantidad de situaciones que deben ser previstas en la estructuración.

La construcción y la enajenación de bienes inmuebles como negocio global para buscar el rendimiento de la inversión, juntamente con el análisis de los contratos de crédito para lograr la financiación para los compradores, se encuentran relacionados, por lo que la conceptualización de sus características y sus efectos son los problemas jurídicos que importa la actual dinámica económica negocial, en el marco de la teoría clásica de los contratos. En todo este estudio, la finalidad del emprendimiento es de la mayor relevancia para la interpretación del negocio.

### 5.2. Implementación en el emprendimiento inmobiliario

El negocio que analizamos se trataría de un grupo de operaciones que se encuentran unidas entre sí como contratos que, si bien tienen cada uno su autonomía, no responden a una causa autónoma, ya que hay un negocio único que se compone de distintos contratos e incluso en diversas etapas.<sup>18</sup> Algún sector de la doctrina sostiene que el enfoque que permite establecer una finalidad supracontractual posibilita una

18. GALGANO, Francesco, ob. cit. (cfr. nota 5).

mejor interpretación de las relaciones contractuales, que se van estructurando en una red que conforma un sistema, por lo que se refiere a ella como una teoría sistémica.<sup>19</sup>

Esto comprende un enfoque teórico que estudia el tema a partir de la distinción entre la estrategia negocial y los contratos que se utilizan para llevarla, elaborando el concepto de sistema como un grupo de contratos individuales conectados por una operación económica diferente de cada uno de los vínculos individuales, lo que ayuda a la interpretación de los contratos conexos que deben ser interpretados en función de la operación económica que persiguen. El negocio de la construcción de departamentos, así enfocado, comprende una cantidad de relaciones contractuales en las que algunas de las partes quedan vinculadas a través de contratos asociativos y otras, en estructuras de contratos de cambio.

### 5.3. Red de contratos en el negocio de la construcción

Podríamos decir que el negocio de la construcción de departamentos se puede desarrollar a través de los siguientes contratos:

- Opción irrevocable de venta.
- Contrato asociativo entre los inversores del negocio.
- Contrato de compra del terreno: permuta del terreno por metros cuadrados construidos.
- Contratos de garantía de la asociación y del resultado del negocio: fideicomiso.
- Contrato de locación de obra.
- Contrato de locación de obra profesional con arquitectos e ingenieros.
- Contrato de venta de unidades en construcción.
- Contrato de adjudicación de unidades del contrato asociativo.
- Contrato de autorización de venta al corredor inmobiliario.
- Contrato de venta de unidades construidas.
- Contrato de *leasing*.
- Contrato de préstamo a los adquirentes de las unidades, con distintas garantías.

Estos contratos generalmente se dan en forma superpuesta y coordinada, con la finalidad del negocio de la construcción y de obtener la plusvalía pretendida por

19. Lorenzetti se refiere a la teoría sistémica, expresando: “La teoría jurídica que permita explicar y establecer reglas para solucionar los conflictos que presentan las redes no puede dejar de considerar la novedad que ellas presentan. El enfoque no puede basarse en el contrato, sino en la interacción de un grupo de ellos que actúan en forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realización de negocios”; cita como fundamento de esta postura lo expresado en el texto de la Comisión n° 3 “Contratos. Contratos conexos” de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999) [N. del E.: ver [aquí](#)], en las que se manifestó que “habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra entre las mismas partes o partes diferentes una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento en el objeto o en las bases del negocio”. Ver LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 3), pp. 54 y 55.

quienes emprenden el negocio y, los dueños del terreno, distintos contratos e incluso en diversas etapas.<sup>20</sup> La finalidad supracontractual que relaciona todos estos contratos es la edificación realizada por inversores que desean obtener un mejor rendimiento económico, realizando al mismo tiempo una actividad productiva. Es sumamente importante que el ordenamiento otorgue seguridad jurídica a estas inversiones, ya que implica la obtención de una ganancia mediante un proceso de producción.

Para un mejor análisis de esta red contractual, se debe dividir el negocio en etapas para poder desmenuzar las relaciones contractuales, siempre teniendo en cuenta que los contratos se concretan en forma interdependiente, por lo que debe hacerse un estudio conjunto. Visto en conjunto, podemos hacer un esquema en donde se visualiza la finalidad común y supracontractual de estos contratos relacionados:

ETAPA	SUJETOS	CONTRATO	NEGOCIO
1) Tratativas preliminares	Titular del dominio del terreno	Opción irrevocable de venta	Construir para vender
	Promotor del negocio	Contrato asociativo	Construir para vender
2) Adquisición del terreno	Dueño del terreno e inversores asociados	Compraventa o permuta de terreno por metros a construir	Construir para vender
3) Construcción del edificio	Comitente y empresa constructora	Locación de obra material e intelectual	Construir para vender
	Arquitecto - Ingeniero	Locación de obra intelectual	Construir para vender
4) Venta de unidades construidas	Titular de dominio del edificio	Adquirentes de unidades funcionales	Venta de lo construido

### 5.3.1. Primera etapa. Preparación del negocio

En la preparación del negocio, la búsqueda del terreno es fundamental, ya que sin él no hay negocio inmobiliario. Para la adquisición, se genera una cantidad de relaciones preliminares que se traban a través del promotor del negocio o a través de los intermediarios en la contratación inmobiliaria.

#### 5.3.1.1. Búsqueda del terreno

La búsqueda del terreno sobre el que se va a desarrollar el emprendimiento es fundamental para el análisis de la inversión. Por un lado, el costo, que va a depender de varios factores: el lugar de la ciudad donde se encuentre y las posibilidades de construir o desarrollar un emprendimiento determinado según las reglas urbanísticas del

20. GALGANO, Francesco, ob. cit. (cfr. nota 5), p. 114.

lugar. El terreno debe contar con las autorizaciones previas que provienen de las ordenanzas y las disposiciones legales urbanísticas, para que al presentarse el proyecto concreto que ha de desarrollarse pueda ser aprobado. En consecuencia, se debe analizar, desde el punto de vista económico, la cantidad de metros cuadrados que permiten construir las normas urbanísticas. Esto va a determinar la incidencia del valor del suelo en el costo de la construcción, lo que normalmente se realiza dividiendo el precio del terreno por la cantidad de metros cuadrados a construir. La otra cuestión que se examina es si el emprendimiento va a encarar la construcción de toda la capacidad disponible del terreno o la construcción va a realizarse en etapas o si se van a comercializar los metros a construir mediante la comercialización del derecho de sobreelevar, cuya estructura jurídica también examinaremos.

#### 5.3.1.2. Encargo del proyecto

Para poder analizar la viabilidad de un negocio se debe partir de las dos variables fundamentales: el terreno y el proyecto. Para la realización del proyecto, se puede optar entre dos vías: la primera es la que parte de la contratación de un arquitecto en forma previa para desarrollar el proyecto una vez que se ubica el terreno; la otra es convocar a un concurso para desarrollar el proyecto.

En el primer caso, se celebra un contrato entre el promotor y el arquitecto, por el cual el primero pide la realización de un proyecto con determinadas características. Los concursos entre arquitectos pueden ser abiertos o restringidos. Pueden participar en los primeros todas aquellas personas interesadas que reúnan los requisitos exigidos por el convocante; en los segundos, solo podrán hacerlo los que reciban la correspondiente invitación. La convocatoria de un concurso para encargar el proyecto presenta una serie de aspectos positivos y negativos que han de ponderarse antes de tomar la decisión. Por un lado, se han de redactar las normas por las que se regirá; son las denominadas bases, con todos los detalles que puedan preverse a efectos de que las presentaciones los contemplen. Asimismo, se ha de contar con la infraestructura necesaria para examinar los trabajos que se presenten y adjudicar al más conveniente. Por otra parte, este sistema tiene la ventaja de analizar varias ideas y elegir la que más se ajuste a las necesidades del negocio.

La conveniencia de adoptar los concursos abiertos o restringidos dependerá del tipo de emprendimiento. Es fácil llegar a la conclusión de que, salvo que se trate de emprendimientos muy grandes, siempre convendrá que los concursos sean restringidos mediante una invitación a los profesionales que merezcan la mayor confianza de los promotores. Invitar a un número reducido de arquitectos también resuelve el inconveniente de examinar la documentación masiva que puede producir un concurso abierto. Por otra parte, los concursos cerrados generalmente no son vinculantes para el que realiza la invitación. Es más difícil que el concurso no lo sea cuando la presentación es abierta, lo que significa que también en el procedimiento se debe establecer una forma de apelación o de impugnación a la resolución del jurado.

### 5.3.1.3. Opción irrevocable de venta

#### 5.3.1.3.1. Concepto y naturaleza

Cuando el promotor encuentra el terreno apropiado para el proyecto esbozado y decide buscar los inversores, necesita tener la seguridad de que el terreno para el cual se elaboró el proyecto va a estar disponible cuando reúna a las personas que lo financiarán. La figura que se emplea en estos casos es la “opción irrevocable de venta”. Mediante la opción irrevocable, el propietario del terreno ofrece en venta el terreno y se compromete a mantener la oferta por un plazo determinado.

En una primera aproximación, podríamos sostener, como lo hace una parte de la doctrina, que la opción consiste en una oferta, o sea, un acto jurídico unilateral, en el que se exterioriza la voluntad contractual de una sola de las partes. Sin embargo, hay otro sector de la doctrina, cuya postura compartimos, que sostiene que cuando la oferta es irrevocable, nos encontramos con un acto jurídico bilateral.

Con respecto al concepto de oferta, el CCCN establece en el artículo 972 que

La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada

La oferta o propuesta es una proposición unilateral que una persona dirige a otra para celebrar un contrato. Hay oferta cuando el contrato puede quedar perfeccionado con la sola aceptación de la otra parte sin necesidad de una nueva manifestación del primero.<sup>21</sup> Supone la culminación de las tratativas preliminares en los contratos discrecionales. Spota<sup>22</sup> sostiene que la oferta es un acto prenegocial, que conforma la base sobre la cual se podrá construir un contrato, pero no constituye en sí un negocio jurídico autónomo. También se ha dicho que es la declaración unilateral de una persona, sea física o jurídica, que tiene la intención de promover la creación de un contrato.<sup>23</sup> Constituye una exteriorización unilateral de voluntad emitida por el “proponente” u “oferente”, destinada a otro sujeto que va a recibirla, por lo que ha sido calificada como recepticia, que tiene por finalidad la formación del contrato.

Sus caracteres son: a) constituye una declaración unilateral porque depende de la sola voluntad del oferente; b) es recepticia porque está dirigida a un destinatario que podrá llegar a aceptarla, dando nacimiento al contrato; c) tiene por finalidad la formación del contrato a diferencia de las meras tratativas o de las declaraciones sin compromiso.<sup>24</sup> Los requisitos de la oferta son los que surgen del artículo 972 CCCN:

21. STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 189.

22. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 261.

23. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., [comentario al art. 972], en Alterini, J. H., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 112.

24. STIGLITZ Rubén S., ob. cit. (cfr. nota 19), p. 190.

- a) Debe tener las precisiones necesarias para establecer los efectos en caso de ser aceptada. En la doctrina, se habla de autosuficiencia o completitud de la oferta. El CCIV exigía en el artículo 1148 que la oferta previera todos los elementos del contrato; el nuevo artículo 972 (CCCN) recibe la teoría de la *punktation*, según la cual el consentimiento se forma solo con el acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, aunque no lo exista sobre los secundarios, para que se otorgue sustento a la oferta.
- b) Debe ser precisa y en firme, lo que significa que la propuesta compromete al autor en la medida en que haya sido emitida con el propósito inequívoco de hacer conocer la intención de contratar.
- c) Debe referirse a un contrato determinado; es decir, debe hacer referencia a una operación jurídica determinada, por lo que debe referirse a un contrato determinado en particular, ya sea típico o atípico.
- d) Debe estar dirigida a persona o personas determinadas, lo que significa que debe tener un destinatario concreto.

#### 5.3.1.3.2. Retracción

El análisis de la opción irrevocable de venta implica el de la posibilidad de retractación de la oferta. El artículo 974 CCCN establece la fuerza obligatoria de la oferta, lo que nos obliga a plantearnos cuál es su alcance. Emitida, la oferta pone al sujeto que la realiza frente a diversas consecuencias que se desatarán conforme a la posibilidad de respuesta inmediata y el plazo con que haya sido realizada. Se diferencia del régimen anterior (art. 1150 CCIV) en que la oferta podía ser retractada mientras no hubiera sido aceptada y el contrato recién quedaba perfeccionado una vez que se hubiera expedido la aceptación por parte del destinatario. Por su parte, el artículo 975 CCCN establece que “la oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta”, lo que indicaría que no puede retractarse si es recibida por el destinatario después. Por lo tanto, la oferta sería vinculante y también lo es si se efectúa sujeta a un determinado plazo en el que el oferente se obliga a no revocarla o a permanecer en ella hasta un momento determinado. Así, en ambos supuestos, la oferta sería irrevocable.

Es en la interpretación de este artículo donde la doctrina difiere. Por una parte, algunos autores sostienen que la única limitación a la renuncia de la retractación es que sea por tiempo indeterminado, ya que no se podría renunciar indeterminadamente a ello. Otro sector entiende que la grave restricción a la libertad que parece admitir este artículo debe conjugarse con otras disposiciones del ordenamiento.<sup>25</sup> Así, la oferta se vuelve irrevocable en virtud de una renuncia. Por su parte, el oferente

25. LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, Zavallía, 1971, pp. 106-107.

te podría retractarse de la renuncia, salvo que hubiese sido aceptada por el destinatario. Esto no es contrario, dice López de Zavalía, a la existencia de una oferta realmente irrevocable (por haberse aceptado su renuncia) por un tiempo determinado.<sup>26</sup> La aceptación de la renuncia a retractarla por parte del promotor no significa que ha aceptado el contrato para el cual está destinada la oferta, es decir, el contrato de compra, sino que ha formulado un contrato preliminar, en el cual una de las partes formula la oferta de venta por un tiempo determinado y la otra acepta que mantenga la oferta durante ese lapso, es decir, acepta la irrevocabilidad por un período de tiempo, produciéndose de esta manera la opción irrevocable de venta.

Entonces, en este supuesto, que es el eficiente para el negocio que nos ocupa, se trata de un acto jurídico bilateral y dependerá de la forma en que se redacte para que efectivamente consista en una opción que permita al promotor la búsqueda de inversores. La parte propietaria vendedora realiza una oferta de venta, en la que explicita todas las condiciones en las que ofrece en venta, estipulando el precio, la forma de pago, el plazo para el pago y, eventualmente, las garantías por el pago del precio aplazado, comprometiéndose a mantener dicha oferta por un plazo determinado. Por su parte, el promotor acepta que se mantenga la oferta durante ese plazo. El incumplimiento por parte del oferente, que puede consistir en la venta a otra persona en este período o el compromiso de venta, no puede llevar a la otra parte a un juicio por escrituración, porque la compraventa ofertada no ha sido aceptada; sin embargo, sí producirá resarcimiento por daños y perjuicios, que consistirán en el reintegro de los gastos efectuados en virtud de haber comenzado todos los actos preparatorios, que pueden abarcar inclusive los gastos del proyecto de obra.

#### 5.3.1.4. Reserva de compra

El otro acto preliminar que es frecuente encontrar en la formación del negocio es la llamada “reserva” de compra. Ello ocurre cuando una persona que es titular de dominio de un terreno celebra una autorización de venta con un intermediario, quien, a su vez, lo ofrece al público en general a través de los medios de publicidad. Esta oferta no tiene los caracteres de la oferta contractual, ya que falta la característica de la oferta dirigida a una persona determinada. Una vez que el comprador o adquirente deja una suma de dinero en la inmobiliaria, aparece la llamada “reserva de compra”, que consiste en una verdadera “oferta de compra”, que reúne todas las características de la oferta contractual, ya que se realiza sobre los elementos del negocio que ha de realizarse y sobre una persona determinada. Para el análisis de su naturaleza, debemos analizar diversas situaciones que se pueden presentar.

La reserva celebrada con el intermediario constituye una oferta con las características de las ofertas de los contratos entre ausentes, ya que el corredor inmobiliario puede revestir las modernas características del nuncio. Si la oferta es aceptada

26. *Ibidem*.

por el propietario, estaríamos ante un contrato. Morello<sup>27</sup> sostiene que la reserva de compra constituye un contrato innominado mediante el cual se entrega una suma de dinero en calidad de reserva de un inmueble durante algunos días y el dueño contrae la obligación de no comprometer con un tercero la venta de un inmueble durante ese lapso, pagando la otra parte aquella suma por la espera de su conveniencia. Sostiene que, aunque el precontrato designado como reserva de compra reúna todos los requisitos propios del contrato de compraventa (cosa, precio, forma de pago, designación del escribano, plazo, etc.), si la venta quedó condicionada a la conformidad del inquilino y a la firma del boleto respectivo, operación que no se cumplió por no haberse llegado a un acuerdo, debe considerarse extinguida e inexistente la operación a que se refiere dicho documento, debiendo el vendedor restituir la suma recibida por el comprador.

### **5.3.2. Segunda etapa. Adquisición del inmueble a los fines del emprendimiento de construcción y enajenación. Contrato de compraventa**

Una vez que se reúnen los inversores para edificar sobre el terreno, se comienza, por una parte, la etapa de su adquisición y, por otra, la estructuración jurídica que adoptarán para asociarse entre ellos. También puede ocurrir que el emprendimiento se realice para personas que deseen construir para sí mismas, obteniendo en ese caso el beneficio de la edificación al costo. En esta etapa, es fundamental realizar la distinción, según la finalidad, entre: a) edificación para comercializar las unidades a terceros, y b) edificación para los propios inversores. Estas finalidades diferentes determinarán el tipo de estructuración que adoptarán los inversores; no obstante, cualquiera sea, es imprescindible que el terreno se transmita en propiedad a favor de los inversores. Esta transmisión se puede realizar de diversas maneras, pero hay dos formas que analizaremos: la adquisición por compraventa y la adquisición a cambio de unidades funcionales a construir.

#### **5.3.2.1. Entrega del terreno por promesa de construir departamentos**

En ocasiones, el propietario de un terreno decide cederlo a alguien que va a realizar un desarrollo inmobiliario a cambio de uno o varios pisos o un departamento del edificio a construir sobre ese terreno. En principio, esto supone un intercambio en que ambas partes intervinientes se beneficiarán: por una parte, el emprendedor, porque no tiene que desembolsar dinero para pagar la tierra; por la otra, el dueño del terreno, porque obtiene un mayor valor al recibir metros cuadrados construidos. Las distintas modalidades en que se realiza esta operación permiten obtener una gran variedad de fórmulas jurídicas con un resultado parecido. Las más frecuentes son:

27. MORELLO, Augusto M., *El boleto de compraventa inmobiliario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, p. 225.

- a) La transmisión de la propiedad del terreno a cambio de que se construya allí un edificio y se revierta al transmitente una cantidad de metros cuadrados.
- b) La transmisión del terreno a cambio de un porcentual de lo edificado, sin determinar *a priori* los pisos que se recibirán.
- c) La transmisión de determinados pisos o locales a construir, ya acordados, con especificaciones técnicas del edificio.
- d) La permuta del terreno por beneficios en dinero que obtenga quien desarrolle el emprendimiento.
- e) La transmisión del derecho de superficie por una o varias unidades funcionales (en los sistemas jurídicos en que se admite este derecho para la construcción sobre un terreno).

En todos los casos, como se trata de operaciones en las que hay una promesa futura, se paga además el pago de un precio en dinero para el caso en que la construcción no llegara a terminarse, de modo que la opción de requerir una suma de dinero equivalente al valor del inmueble es uno de los caracteres de este contrato.

Se ha discutido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre la naturaleza de este contrato, con el objeto de otorgarle una calificación. La polémica se centra en dos supuestos de diferente estructuración: a) se transfiere el terreno por metros cuadrados construidos; b) se transfiere el terreno por unidades a construir, ya determinado.

Un sector de la doctrina se ha inclinado por la calificación del contrato como de permuta de cosa presente por cosa futura. Así, Merino Fernández<sup>28</sup> cita a varios autores españoles que sostienen dicha posición: entre ellos, De la Cámara, quien califica al negocio de “permuta de solar por cosa futura con prestación subordinada de obra”; y García-Bernardo Landeta, quien sostiene que se trata de un cambio de cosa actual por cosa futura, que puede ser objeto de contrato, al amparo del artículo 1271 del [Código Civil español](#). También explica que la jurisprudencia ha sido reacia a considerar que se trata de un contrato de permuta, explicando la figura a través de un contrato innominado y complejo de tipo acumulativo mixto, de permuta y ejecución de obra, en virtud del cual el actor se obliga a ceder al demandado un terreno.<sup>29</sup> En la doctrina argentina, esta postura es sostenida por De Hoz, quien expresa que la permuta es el contrato que mejor contempla los intereses en juego y que –citando a Salvat–, como contrato consensual, admite el cambio de una cosa por un derecho y que la palabra “cosa” debe interpretarse en sentido amplio, comprendiendo tanto las que son materiales como los derechos.<sup>30</sup>

Por nuestra parte, observamos que el artículo 1271 del Código Civil español se refiere al objeto de los contratos, como las cosas o los servicios, mientras que el CCIV

28. MERINO HERNÁNDEZ, José L., *El contrato de permuta*, Madrid, Tecnos, 1978, p. 345.

29. *Ibidem*.

30. DE HOZ, Marcelo A., “Transferencia de inmueble por unidades a construir”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 915, 1993, pp. 396-397.

argentino, en el artículo 1167, establecía que el objeto de los contratos eran las prestaciones, que podían ser de dar o hacer o no hacer, lo que marcaba una diferente postura, y, cuando se refería a las obligaciones de dar que pudieren surgir de un contrato, sostenía que podían tratarse de cosas presentes o futuras. Asimismo, confirmaba esta situación respecto de la compraventa, ya que el artículo 1327 postulaba que podían venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida. En el caso de las cosas futuras, se consideraba a la venta como condicional a que la cosa llegue a existir, situación en la que no se podría encuadrar el contrato que nos ocupa. El CCCN ha terminado con la discusión sobre el objeto de los contratos, ya que remite la norma del artículo 1003 al objeto de los actos jurídicos, con lo cual se lo debe coordinar con los artículos 279 y 1004. Por su parte, el artículo 1007 admite expresamente que puede ser objeto de un contrato una cosa existente o futura. Respecto de la compraventa, el CCCN menciona expresamente en el artículo 1125 que

Quando una de las partes se compromete a entregar cosas por un precio, aunque éstas hayan de ser manufacturadas o producidas, se aplican las reglas de la compraventa a menos que de las circunstancias resulte que la principal de las obligaciones consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

Sin duda, la cuestión no puede deslindarse de la naturaleza de la transmisión de las unidades en construcción, que es la contrapartida de la obligación de transmitir el terreno. Así, el emprendedor se encuentra con la propiedad del terreno y todavía no recibe la contraprestación porque las unidades en construcción todavía no existen. Claramente el problema es similar a quien adquiere una unidad funcional a construir, aun cuando difiere el título por el cual se pretende adquirir la unidad. Presenta, sin embargo, una diferencia importante, ya que en la permuta del terreno por unidades a construir el propietario del terreno cumple con su prestación íntegramente mucho antes que el otro contratante, y en el caso de la adquisición de unidades a construir generalmente el adquirente paga solo una parte del precio al celebrarse el contrato, aplazando el resto al momento de entrega de la unidad.

Por otra parte, la posición negociadora del dueño del terreno y la del comprador no son iguales, ya que este último generalmente se adhiere a las cláusulas de un contrato que podría decirse que es predispuesto y que le ofrece la promotora. El dueño del terreno está en mejor condición negociadora, dado que la existencia del edificio pasa necesariamente por la adquisición del terreno: el promotor necesita ese bien y tal necesidad lo lleva a que deba atender y aceptar las prioridades del propietario.

Aun cuando la finalidad del negocio es diferente, la naturaleza de la obligación de transferir las unidades funcionales a construir es idéntica a la de la compraventa, ya que la obligación del constructor o promotor es la misma. Ello nos lleva a la conclusión de que no puede tratarse de una permuta, atento a que en el CCCN, de acuerdo con la definición del artículo 1172, “hay permuta cuando las partes se obli-

gan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero”, situación que se producirá una vez que el edificio se haya terminado.

A nuestro entender, la transferencia del terreno a cambio de unidades funcionales a construir supone la celebración de un contrato atípico. Cuando el propietario del terreno opta, en cambio, por tomar en pago departamentos a construir en el mismo edificio para el cual está realizando la operación, estamos ante un contrato atípico por el cual una de las partes se obliga a entregar una cosa, el inmueble sobre el que se va a construir el edificio, y la otra parte se compromete a entregar departamentos del edificio que va a construir, es decir, una cosa que materialmente no existe. En ese contrato de naturaleza compleja, el dueño del terreno transmitirá esta propiedad a la otra parte contratante, que, como contraprestación, se obliga a entregar la propiedad de una o varias unidades funcionales en el edificio que al efecto ha de construir en el referido terreno y en un plazo determinado. El transmitente del terreno no adquirirá inmediatamente la propiedad de las unidades funcionales, sino que lo que adquiere es un crédito que podrá exigir a la contraparte, consistente en el cumplimiento de las obligaciones tendientes a la “producción” de la cosa en los términos pactados en el contrato y una vez concluida la transmisión de dominio mediante la entrega y la escritura transmisiva. En este aspecto, coincidimos con las sentencias de los tribunales españoles citados por Merino Hernández.

Este contrato se rige por la libertad de convenciones que permite el sistema jurídico, por la cual se pueden formular toda clase de contratos atípicos, mientras no sean contrarios a la moral y a las buenas costumbres.

### 5.3.3. Tercera etapa. Construcción del edificio. Proyecto. Locación de obra

En esta etapa, el contrato que se celebra es el de locación de obra, tanto material como intelectual. Hay acuerdo en la doctrina en definir el contrato de locación de obra como aquel por el cual una persona se obliga a hacer alguna cosa o a alcanzar un resultado material o inmaterial para la otra, sin subordinación frente a esta, por un precio en dinero.<sup>31</sup> El locador de obra asume esa obligación a su propio riesgo, lo que exige una organización de los factores de la producción, en particular del trabajo, o sea, una organización de los medios necesarios conducentes a la consecución de la obra. Persigue la obtención de un resultado cuyo riesgo de no obtención es soportado por el empresario locador. Generalmente, está proyectado para una duración prolongada y comprende las obras nuevas, refacciones o ampliaciones en un edificio y las obras inmateriales conexas, como los anteproyectos y proyectos, planos, etc.

31. SPOTA, Alberto G., *Tratado de locación de obra*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 8. Este autor define el contrato de locación de obra como aquel por el cual una de las partes, denominada locador de obra (empresario, constructor, contratista y en su caso profesional liberal, autor, artista), se compromete a alcanzar un resultado material o inmaterial, asumiendo el riesgo técnico o económico sin subordinación jurídica, y la otra parte, denominada el locatario de la obra (dueño, propietario, comitente, patrocinado, cliente), se obliga a pagar un precio determinado o determinable en dinero.

El CCCN regula el contrato de obra y servicios como contrato típicos en los artículos 1251 a 1277, estableciendo normas comunes a obras y servicios y una especial al contrato de obra, en las cuales se reglamenta el sistema de contratación, la retribución, las variaciones del proyecto convenido, las diferencias de retribución surgidas de modificaciones, la reglamentación particular de la contratación de la obra por pieza o medida, el derecho a verificar, la aceptación de la obra, los vicios o defectos y diferencias en la calidad, los plazos de garantía y la obra en ruina o impropia para su destino.

En la construcción de un edificio, conviven el contrato de obra material y de servicios por la obra inmaterial o intelectual, ya que, si bien en una época era posible que una sola persona pudiera realizar el proyecto, la dirección y la construcción de una obra, en la actualidad las funciones tratan de separarse: las del proyectista y director, por un lado, y la del empresario que lleva a cabo la ejecución de la obra, por otro. Ello significa que, en la construcción de un edificio, el comitente puede celebrar varios contratos de obra. Si el edificio es construido por más de un contratista, porque con unos se realiza una parte y con otros, otra, habrá varios contratos de obra material y, si se disocia el proyecto de la dirección, también tendremos en un mismo edificio varios contratos de servicios.

La finalidad del contrato es la realización de una obra de elaboración intelectual y material, que se concreta en una cosa inmueble realizada en forma autónoma por el empresario, conforme a instrucciones dadas por el dueño. Según Lorenzetti,<sup>32</sup> es un vínculo de colaboración mediante actos materiales en el que la sede del interés permanece en el dueño, quien le encarga al empresario la realización de actos que no puede realizar por sí mismo, dada la profesionalidad que requieren. El jurista expresa que, como titular del interés, está facultado a dar instrucciones sobre el modo de hacer la obra. Siendo un vínculo de colaboración y no de cambio, hay un interés en el modo de hacer interno de la cosa, lo que no existe en la compraventa, en la que la cosa comprada solo se aprecia externamente y donde el riesgo de no obtención de un resultado está a cargo del empresario. Finalmente, expresa que el contrato presenta una obligación de hacer un resultado en forma autónoma y de entregarlo en propiedad contra el pago de un precio.

#### 5.3.4. Cuarta etapa. Comercialización de los departamentos en construcción

Es frecuente que se pretenda financiar la construcción del edificio con la venta anticipada de los departamentos. Esta modalidad, que en su momento originó la sanción de la [Ley 19724 de Prehorizontalidad](#), distinguió aquellos edificios en donde un grupo de personas se reunía para construir un edificio y resultaban todas dueñas del edificio, de la situación en la cual la empresa titular de los departamentos resolvía comercializar y vender los departamentos en construcción. El caso de los condóminos

32. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte especial*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal -Culzoni, p. 64.

que construían en conjunto, aun cuando se hubieran preadjudicado los departamentos en el convenio, los excluía de su regulación. Los casos que abarcaba eran todos aquellos en que hay un tercer adquirente de la unidad que todavía no existe como tal porque no se encuentra finalizada su construcción y, por lo tanto, no tiene posibilidades de afectarla al régimen de la propiedad horizontal, de transmitirla a un tercero y de inscribirla a su nombre para que sea inoponible a los acreedores del titular del negocio.

La exposición de motivos de la ley expresaba que

... [el] período de prehorizontalidad es el comprendido entre el momento en que se ofrece una unidad que todavía no está en construcción hasta aquel en que finaliza la edificación y se cumplen los trámites para adjudicar el dominio.

Se sancionó con el objeto de tutelar a los adquirentes de unidades a construir contra el posible abuso de los vendedores, publicitando la venta en el Registro y, al mismo tiempo, impidiendo que el propietario disponga libremente del inmueble en construcción. Esta ley no se aplicó por distintos motivos, a pesar de un fallo plenario cuya doctrina planteaba que el adquirente de la unidad tenía derecho a dejar de pagar el precio en cuotas si el vendedor no había cumplido con la afectación a prehorizontalidad.<sup>33</sup>

El CCCN deroga el régimen de la Ley 19724 y establece, en el artículo 2070, que “los contratos sobre unidades funcionales celebrados antes de la constitución de la propiedad horizontal están incluidos en las disposiciones de este capítulo” (Capítulo 10 “Prehorizontalidad”, Título V “Propiedad horizontal”). Asimismo, en el artículo 2071, el CCCN establece que

Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular de dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar.

El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante.

Por su parte, Mosset Iturraspe<sup>34</sup>, anotando un fallo de 1977 en que se accionaba por incumplimiento de la vendedora, decía que no ignoraba que la situación planteada

33. CNCiv., en pleno, 28/2/1979, “Cotton, Moisés D. y otros c/ Tutundjian, Simón s/ Sumario - Compraventa inmobiliaria - Ley de Prehorizontalidad - Inscripción registral”. [N. del E.: acceder al fallo [aquí](#)].

34. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contrato de construcción de un departamento, compraventa de inmueble futuro o compraventa del terreno. ¿Unidad o pluralidad de contratos?”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, t. 1977-IV, p. 345.

en autos fuera común y que el estado de prehorizontalidad abarcara desde el momento en que se ofrece una unidad que todavía no está en construcción hasta aquel en que finaliza la edificación y se cumplen los trámites para adjudicar el dominio. Agregaba que la protección de los adquirentes en el período de prehorizontalidad apunta siempre al terreno, que es lo existente, y no al “cubo de aire”, sobre el cual no se puede constituir un derecho real actual sino eventual. Tampoco se la busca apuntando al edificio a construirse, ya que se trata solo de una cosa futura y prometida condicionalmente, y que en los sistemas que implican comercialización en la construcción por empresa promotora o administradora, la protección se busca por la inscripción de los boletos y la afectación del inmueble a la prehorizontalidad.

Si bien la situación fáctica sigue siendo la misma, es decir, el adquirente no puede inscribir su dominio y, por lo tanto, hacerlo inoponible a todos, la Ley de Prehorizontalidad 19724 ha sido derogada y es reemplazada en el Código Civil y Comercial por el Capítulo 10 del Título V, denominado “Prehorizontalidad”, y dispone en el artículo 2070 que los contratos anteriores a la constitución de propiedad horizontal están incluidos en las disposiciones de este capítulo, mientras que el artículo 2071 dispone que:

Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal el titular de dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o en su caso la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar. El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho sobre el adquirente a menos que cumpla íntegramente con las obligaciones pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante.

#### 5.3.4.1. Naturaleza del contrato con el adquirente

La doctrina y la jurisprudencia polemizan desde hace largo tiempo sobre la naturaleza del contrato por el cual un adquirente compra un departamento en construcción, atento a que todavía no puede ser considerado cosa. En el caso que estudiamos, se trata de derechos futuros sobre una cosa futura, si se lo considera objetivamente, por lo cual se ha dicho que se trata de un contrato de compraventa de cosa futura o bien que se trata de un contrato de locación de obra. Las consecuencias prácticas resultan distintas según se trate de un contrato u otro, ya que las normas a aplicar son distintas de acuerdo con cada caso.

El artículo 1125 CCCN finaliza con la discusión doctrinaria, ya que expresa que cuando una de las partes se compromete a entregar cosas por un precio, aunque estas hayan de ser manufacturadas o producidas, se aplican las reglas de la compraventa, a menos que de las circunstancias resulte que la obligación principal consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. Si la parte que encarga la manufactura

o producción de las cosas asume la obligación de proporcionar una porción sustancial de los materiales necesarios, se aplican las reglas del contrato de obra.

## 6. Normativa del Código Civil y Comercial. Contratos conexos

El CCCN define a la conexidad en el artículo 1073 como una situación en la que dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común, previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley expresamente pactada o derivada de la interpretación, conforme a lo que se dispone en el artículo 1074. Por su parte, el artículo 1074 establece que los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido.

En todas las etapas que mencionamos, en las que solamente hemos tomado algunos ejemplos de los contratos relacionados, se traban relaciones que dependen unas de otras, ya que no es posible que alguien adquiera un departamento en construcción sin que tenga especial interés en quién es el empresario que realiza la construcción del departamento. De esta situación puede derivarse la producción de efectos en la esfera jurídica de quienes no intervinieron directamente en el contrato. Así, un reciente fallo<sup>35</sup> estableció que la entidad financiera que se constituyó en fiduciaria y principal beneficiaria del contrato de fideicomiso en garantía celebrado con una empresa constructora era responsable, frente al comprador del inmueble fideicomitado, por las violaciones al régimen de defensa del consumidor. En el caso, el predio vendido no contaba con las tareas de obra previstas, dado que dicha entidad integró la cadena de comercialización del bien y no fue un mero agente financiero carente de vinculación con los eventuales clientes de la constructora fiduciante. En la sentencia, el juez sostuvo:

Desde otro ángulo, resulta acertada la imputación de responsabilidad a la entidad financiera con sustento en el art. 6 de la 24441, norma que dispone que el fiduciario deberá cumplir con sus obligaciones con la prudencia y la diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Su conducta quedará regida, entonces, por la directiva de la buena fe del art. 1198 del Código Civil (conf. Gregorini Clusellas, Eduardo, “Las obligaciones del fiduciario”, *La Ley*, del 3 de junio de 2005).

Entre sus obligaciones legales imperativas, de las que no puede liberarse contractualmente, podemos destacar: 1) rendición anual de cuentas; 2) prohibición de ad-

35. CNCont. Adm. Federal, Sala II, 14/6/2005, “Banco Hipotecario c/ Ciudad de Buenos Aires” (*La Ley*, 20/9/2005, p. 3; t. 2005-E; cita online AR/JUR/2478/2005; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2006-2, p. 342). [N. del E.: acceder al texto completo online [aquí](#)].

quirir para sí los bienes fideicomitidos y 3) imposibilidad de exoneración de su responsabilidad en las consecuencias dañosas de la conducta propia o de sus dependientes (conf. De Hoz, Marcelo, “Contrato de Fideicomiso - Alternativa para emprendimientos urbanísticos y productivos”, *La Ley*, 2003-A, 1067).

En el caso, el Banco Hipotecario recibió la propiedad fiduciaria del inmueble en construcción, asumiendo la obligación de transmitir el dominio de las unidades a sus respectivos compradores, con arreglo a las disposiciones de la ley 24.441 (artículos 1, 7, 25 y 26). Aceptar el criterio de la entidad sancionada en el sentido de que no se encontraba ligada contractualmente con el denunciante importaría desnaturalizar el funcionamiento del fideicomiso.

Por su parte, en nota al fallo, Malumión<sup>36</sup> dice que

Si el fiduciario no fuera fabricante, importador o productor o distribuidor del bien, asumiría un rol de mera administración del activo y quedaría amparado por la limitación de la responsabilidad. [...] En esta línea, el fallo que comentamos ha entendido que el fiduciario de un fideicomiso en garantía “no resultaba un simple tercero... [pues] integró la cadena de comercialización del inmueble objeto de autos y, por ende, desestimada la falta de legitimación pasiva, resulta solidariamente responsable por el incumplimiento de la ley 24240, en los términos de su art. 40... Es que por el rol asumido en la operatoria, el banco debió controlar que los bienes fideicomitidos –bajo su administración– se encontraran correctamente terminados, en los términos de los contratos celebrados con el consumidor o al menos hacerse cargo de las eventuales reparaciones inmediatamente de tomar conocimiento de su existencia, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondieren”.

Por nuestra parte, encontramos una explicación razonable en la conexidad contractual, en donde se relacionan los contratos dentro de la estructuración del negocio por su finalidad común. En el negocio de la construcción de departamentos para su comercialización se conectan todos los contratos que, siendo autónomos, se relacionan con la misma finalidad común, de manera que los contratantes de cada uno tienen acciones entre sí, pero, al mismo tiempo, se ven conmovidos por la conexidad de modo que el efecto relativo de los contratos se trasladó de la institución contractual al sistema global económico, lo que posibilita que los integrantes de la red, sin ser parte del contrato, puedan intervenir en el contrato que forma parte del sistema. El efecto relativo se mantiene pero se desplaza, lo que permite incorporar a todos los miembros de la red dentro del concepto de parte. Si el plexo contractual conexo tiene fuente legal, se habilitan acciones de terceros ante cada uno de los participantes en un negocio económico, generándose una situación de solidaridad pasiva de origen legal, como sucede con los derechos de los consumidores, situación que es amparada por la Ley de Defensa del Consumidor y por la normativa del contrato de consumo en el CCCN.

36. MALUMIÓN, Nicolás, “El fideicomiso en garantía y la responsabilidad del fiduciario frente al consumidor”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 20/9/2005, p. 3; t. 2005-E, p. 436; cita online AR/DOC/2669/2005.

# La evolución del estudio de antecedentes y el requisito de buena fe del artículo 392 del Código Civil y Comercial

Ezequiel Cabuli

---

## RESUMEN

Se estudia la evolución de la intervención notarial en el llamado “estudio de títulos”. Se analiza cómo el escribano ha adquirido a lo largo de su historia la calidad de especialista en dictaminar la legitimidad y legitimación de los antecedentes dominiales en materia inmobiliaria. Esta potestad de veto, como cualquier poder, debe ser ejercida con responsabilidad y, sobre todo, con razonabilidad. Es necesario entonces estudiar la inconveniencia de observar títulos antiguos por defectos formales o materiales. Se intenta justificar que el análisis que hacen los escribanos de los títulos debe ser realizado conforme a los principios generales de nuestro derecho, tales como el principio de conservación de los contratos, la teoría de los actos propios, la teoría de la apariencia, el principio de buena fe genérico de los contratos, el principio de coherencia y el derecho de propiedad consagrado constitucionalmente. Las conclusiones pretenden legitimar derechos de auténticos propietarios de dominio a quienes se les ha cuestionado su titularidad, cuando, en realidad, cualquier acción tendiente a destruir sus antecedentes se encuentra prescripta.

---

*Sumario: 1. Introducción. 2. El efecto inverso. La excesiva rigurosidad en la calificación notarial del estudio de títulos. La teoría de la apariencia como interpretación regular de los derechos adquiridos. 3. La importancia de los principios generales. 4. La evolución. El estudio de títulos digital. La incorporación de la tecnología al derecho. 5. Fundamentos de la legalidad y validez del estudio de títulos. 5.1. Obligatoriedad del estudio de título. La importancia de la buena fe. 6. Reflexiones finales.*

## 1. Introducción

La celebración de los 150 años del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires nos invita a reflexionar sobre la evolución de la función que desempeña el escribano en la sociedad.

El notariado representa un grupo de profesionales que tienen como objetivo principal que las relaciones jurídicas entre los particulares se realicen en un marco de legalidad y legitimidad. En el caso de transmisiones de derechos reales sobre inmue-

bles, la impronta notarial se ve reflejada a través de los años en las escrituras públicas. Ejerciendo la función, se busca la perfección en los títulos de propiedad, evitando futuros conflictos entre sus otorgantes y terceros.

Una de las cuestiones que se ha planteado en estos años de vida corporativa fue el dilema originado por la actuación del escribano frente a los antecedentes de un título de propiedad. Antes de la reforma del año 1968, nos preguntábamos si el escribano debía analizar todas las escrituras anteriores hasta llegar al periodo de prescripción adquisitiva o si le bastaba con calificar la última. Mucho se ha escrito sobre esta evolución. Respetados autores de nuestro entorno han destacado la importancia del estudio de títulos con valiosa doctrina. Los jueces lo consideraron vital para calificar la buena fe del adquirente de derechos reales sobre inmuebles, y así lograban brindar protección jurídica sobre el principio general de que nadie puede transmitir a otro un derecho más extenso del que posee. Esta calificación de buena fe consistía en la diligente investigación analítica y crítica de los antecedentes. Su dictamen favorable era determinante a la hora de repeler cualquier acción tendiente a privar los efectos propios de un acto jurídico cuyas consecuencias ya fueron devengadas y ejecutadas en el pasado.

El acto notarial está revestido de formalidades propias que emanan de normas que dictan su proceder. En los casos en que la ley impone la intervención de un escribano como requisito de validez de un determinado acto, su intervención conlleva poner en ejercicio su función, la cual está impregnada de regulaciones específicas que surgen de las normas de fondo, como así también de las legislaciones procesales especiales de cada jurisdicción.

Las normas específicas que hacen al actuar del escribano conviven con normas que rigen los contratos entre los particulares. En ese sentido, las reglas que imponen los actos jurídicos poseen una liberalidad jurídica que deja a los contratantes estipular cláusulas que se plasman en los contratos como resultado de una negociación privada. La ley deja libertad a las partes de establecer cláusulas y condiciones. Ahora bien, ¿esta libertad es absoluta? No, el derecho tiene principios generales y también reglas especiales, que hacen que los contratos tengan determinadas limitaciones.<sup>1</sup> Es ahí donde se resalta la importancia de la función notarial, que no se limita a formalizar actos solicitados por las partes para cumplir con la forma y servir de prueba, sino que demanda intervenir activamente en el contrato que se constituye.

Las mencionadas limitaciones que las leyes imponen y las reglas que regulan los contratos entre los particulares son interpretadas por el escribano mediante el aseso-

1. Ver art. 9 CCCN: "Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe"; y art. 10 CCCN: "Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

ramiento, la imparcialidad y la revisión del acto. El profesional encausa la voluntad de las partes para que el contrato pueda tener sus efectos propios entre los otorgantes y terceros.

El ejercicio de nuestra profesión está ligado a un valor superior para la sociedad, garantizando la seguridad jurídica del tráfico de inmuebles. A través de la función notarial, queda en manos del notario el análisis de la documentación antecedente de los títulos de propiedad. El escribano tiene la obligación de controlar, en forma previa al otorgamiento de la escritura, la capacidad, legalidad y legitimación, y solicitar la información registral a los fines de determinar si existen gravámenes y restricciones; luego, una vez que autoriza el documento, se encarga de inscribir y conservar el documento. Es justamente a partir del control de legalidad y legitimación donde surge la necesidad del estudio de títulos. A través del mismo se podrá determinar efectivamente si es correcta la disposición del transmitente.

La adquisición derivada de derechos reales en materia de inmuebles requiere del modo suficiente y del título suficiente. El título-causa en sentido material es el negocio jurídico, y el título documento en sentido formal es la escritura pública. Cuando hablamos de título-causa nos referimos al contenido del contrato, del cual pueden aparecer causales de nulidad e ineficacia, detectadas en el estudio de antecedentes.

El estudio de títulos es esencial para conocer si existe buena fe de parte del adquirente, quien reposa dicho estudio en el escribano como agente idóneo para realizarlo. El resultado positivo de tal dictamen va a justificar la titularidad de dominio de un propietario, como resultado del estudio de la anterior cadena dominial.

## **2. El efecto inverso. La excesiva rigurosidad en la calificación notarial del estudio de títulos. La teoría de la apariencia como interpretación regular de los derechos adquiridos**

El escribano ha adquirido a lo largo de su historia la calidad de especialista en dictaminar la legitimidad y legitimación de los antecedentes dominiales en materia inmobiliaria. El resultado del estudio de títulos y el asesoramiento notarial resultan determinantes para que un requirente tome la decisión de invertir su dinero en un título de propiedad que le otorga derechos sustantivos.

Esta evolución que hemos mencionado tuvo como corolario los fallos que destacan la importancia de nuestra función notarial a través del estudio de títulos. Dichas circunstancias han colocado al escribano y su dictamen en una posición de juzgar antecedentes.

Este poder de veto sobre los títulos, que ha ganado el escribano por su especialidad, hace necesario que sea ejercido en forma regular, razonable y justa. El afán por la diligencia no puede sobrepasar la razonabilidad. La excesiva rigurosidad técnica a la hora de calificar títulos no puede afectar los derechos adquiridos por los particula-

res, más teniendo en cuenta que el acto antecedente ha sido otorgado ante un colega en ejercicio, quien estudió, calificó y constató documentación original.

Muchas veces se olvidan dichos preceptos y se cuestionan, hasta el día de hoy, genuinos derechos de propiedad. Algunos ejemplos responden a circunstancias remotas como ser pérdidas de expedientes sucesorios antiguos por la imposibilidad de referenciarlos. Incluso se observa su pérdida en los supuestos de tracto abreviado, donde los mismos colegas lo han tenido a la vista y lo han relacionado en sus escrituras.

Otro ejemplo de exceso son las escrituras antiguas que se observan por falta de firma. Analizando el supuesto particular, y habiendo transcurrido el plazo donde cualquier acción tendiente a destruir el acto puede ser opuesta por la prescripción, ¿cuál es el orden público que justifica una nulidad absoluta?

En estos casos, se justifica la observación por no existir escritura, conforme una interpretación literal de la nulidad formal refleja que destruye el acto. Pero existen elementos que debemos considerar: si el acto fue otorgado ante un escribano, quién aseveró que las partes estaban presentes y manifestaron su voluntad de otorgar las prestaciones. Algún efecto jurídico debemos rescatar de dicho acto, aunque más no sea un principio de prueba de existencia, consolidada por el paso del tiempo. Un colega me recordaba un antiguo proverbio notarial, “las escrituras no pueden construirse sobre torres de arena”, como principio ancestral, sin darse cuenta de que en la actualidad y con ese criterio se afectan más derechos de los que se protegen. Afortunadamente, la solución llegó con recientes fallos basados en la extensión del principio de la apariencia jurídica. Estos fallos, en base a la buena fe y la interpretación regular de la nulidad absoluta, han calificado como válidos los derechos de propiedad en los que incluso faltaba la firma de un comprador en su título antecedente.<sup>2</sup>

No debemos recurrir a normas generales para interpretar los antecedentes, cada caso debe ser estudiado en forma particular conforme las circunstancias de tiempo y lugar en que fueron otorgados.

### 3. La importancia de los principios generales

El estudio de la legitimidad de los disponentes debe ser estudiado conforme a los principios generales de nuestro derecho, como lo son el principio de conservación de los contratos, la teoría de los actos propios, la teoría de la apariencia, el principio de buena fe genérico de los contratos, el principio de coherencia y el derecho de propiedad consagrado constitucionalmente.<sup>3</sup>

2. CNCiv., Sala B, 19/11/2014, “Maristany Dedesma, Paula Nancy c/ Torres, Ramón s/ sucesión ab-intestato y otros s/ prescripción adquisitiva”. [N. del E.: ver fallo y su comentario: “Una esperada solución a los títulos observables”, en *Revista del Notariado*, N° 918].

3. A) Teoría de los actos propios: “De acuerdo con esta teoría, nadie puede asumir en sus relaciones con otras personas una conducta que contradiga otra suya anterior, cuando esta haya despertado una legítima confianza

El Código Civil y Comercial (CCCN) incorpora los preceptos de la apariencia jurídica, que, como principio de buena fe, supera cualquier objeción técnica. Como lo indica la exposición de motivos, “se consagran facilidades o excepciones a favor de la apariencia en pro de los usuarios del sistema”.<sup>4</sup>

Vemos algunos ejemplos de la teoría de la apariencia en nuestro CCCN:

- a) En el artículo 292, cuando menciona los presupuestos para la validez del instrumento público, menciona que “la falta de los requisitos necesarios para su nombramiento e investidura no afecta al acto ni al instrumento si la persona interviniente ejerce efectivamente un cargo existente y **actúa bajo la apariencia de legitimidad del título**”.<sup>5</sup>
- b) En cuanto a los documentos firmados en blanco,

... si fuera sustraído contra la voluntad de la persona que lo guarda, el contenido del instrumento no podrá oponerse al firmante excepto por los terceros que acrediten su buena fe si hubieran adquirido derechos a título oneroso con base en el instrumento. Esta solución contrasta con el ordenamiento anterior, artículo 1019, última parte, seguida por el proyecto de 1987 (art. 1015, segundo párrafo), del proyecto de 1993 (PEN, art. 612) y del [proyecto de 1998](#) (art. 291). El texto ha sido tomado del anteproyecto de 1954 (art. 276, párrafo 2º) y persigue una adecuada y razonable tutela de la apariencia y del tráfico jurídico.<sup>6</sup>

en esas personas de que mantendrá una línea coherente con sus propios y anteriores actos. Es también una aplicación de la buena fe-lealtad”. (CAJARVILLE, Juan C., “La buena fe y su aplicación en el derecho argentino”, en *Prudentia Iuris*, n° 74, Buenos Aires, UCA, 2012, p. 254).

B) Art. 1066 CCCN: “Principio de conservación. Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato”.

C) Teoría de la apariencia: “De acuerdo con un viejo principio de origen romano y rezeptado en nuestro derecho, nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que se posee (v. ULPIANO, Domicio, *Digesto*, 50, 17, 54: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*). Pero ocurre a veces que una persona es titular aparente de un derecho y que sobre la base de este título, lo transmite a un tercero de buena fe. La aplicación estricta de aquel principio conduciría a privar a este tercero de lo que ha adquirido de buena fe, lo que es injusto, por lo que la ley lo protege. La misma deriva de la finalidad de cubrir las necesidades del tráfico y la buena fe”. (CAJARVILLE, Juan C., ob. cit., pp 254-255, donde a su vez se cita a CLUSELLAS, G L., “La apariencia y la buena fe en la relación del agente comercial con un tercero”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1997-E, p 301).

D) Art. 17 [Constitución Nacional](#): “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.

4. [N. del E.: ver los fundamentos [aquí](#)].

5. Art. 292 CCCN: “Presupuestos. Es presupuesto para la validez del instrumento que el oficial público se encuentre efectivamente en funciones. Sin embargo, son válidos los actos instrumentados y autorizados por él antes de la notificación de la suspensión o cesación de sus funciones hechos conforme a la ley o reglamento que regula la función de que se trata. Dentro de los límites de la buena fe, la falta de los requisitos necesarios para su nombramiento e investidura no afecta al acto ni al instrumento si la persona interviniente ejerce efectivamente un cargo existente y actúa bajo la apariencia de legitimidad del título”.

6. [N. del E.: fundamentos, cfr. nota 4].

- c) Muchas veces notamos estrictas observaciones generadas en errores materiales que describen el objeto del contrato o alguno de sus elementos. Como ejemplo, puede ser alguna descripción o dato del inmueble o de los otorgantes en poderes o incluso en títulos de propiedad. El CCCN precisa el significado que debe dársele a las palabras del contrato, la interpretación conforme al conjunto del acto, el principio de conservación, el principio de apariencia y el de coherencia; se consagran principios clásicos de la hermenéutica contractual. En este sentido, cabe resaltar la norma que sostiene: la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto. Este dispositivo es esencial en las relaciones mercantiles.<sup>7</sup>
- d) En los casos de negocios en participación que recepta el nuevo código, también se hace alusión al principio de la apariencia de la actuación del partícipe. En el artículo 1450, señala como partícipe a “la parte del negocio que no actúa frente a los terceros. No tiene acción contra éstos ni éstos contra aquél, **en tanto no se exteriorice la apariencia de una actuación común**”. El negocio en participación tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público.
- e) Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones solo respecto del gestor. Su responsabilidad es ilimitada.

También se observan defectos formales en antecedentes remotos, sin ninguna posibilidad de que se afecte el derecho de propiedad actual de los disponentes.

La década de los 90 representó el florecimiento de los créditos hipotecarios otorgados por entidades bancarias. Con el objetivo de asegurar a dichas empresas el cobro de sus créditos, se impuso a los escribanos de las instituciones un exagerado y riguroso estudio de antecedentes que originaron observaciones que hasta entonces se desconocían. El entorno generó, a nuestro entender, un efecto inverso al pretendido por el artículo 1051 del [Código Civil derogado](#) y el 392 CCCN. Un ejemplo de eso es la flexibilidad actual con la que manejan el tema antecedentes los departamentos de legales de los bancos. La importancia de antaño ya no es tal, los valores cambiaron y prima más evitar una dilación en la escrituración que ultimar detalles de expedientes o protocolos antiguos. La escasa estadística de observación de títulos en la República Argentina, producto del buen desempeño por parte de los escribanos en todo el país, ha impulsado a los departamentos de legales de los bancos a recapacitar y a percibir que económicamente les era más rentable otorgar más créditos sin demorar ni observar asumiendo la posibilidad (reiteramos escasa) que un título sea observable.

7. Ver nota 5.

La diligencia a la hora de estudiar antecedentes en busca de la buena fe debe tener como límite los derechos adquiridos por los particulares y no provocar un efecto inverso al querido por la norma y los fallos que avalan la realización del estudio de títulos; debemos evitar convertirnos en nuestros propios enemigos.

El poder que ejercemos al cuestionar derechos ya consolidados

... es indiferente a los juicios de valor, no hay poder bueno o malo, justo o injusto, es como todo valor abstracto, manifestándose no solo por su imposición, sino por la oposición a él.

El exceso de poder es considerado como defecto del acto, tiende a causar la violación de la ley, como también los derechos adquiridos o la cosa juzgada. La mejor medida que se puede tomar es restringir el exceso. El juez debe ser técnico, pero, como ningún otro, ser más que técnico para que en sus decisiones, por sobre la técnica, brille y se imponga la justicia. Sin técnica jurídica no hay buen juez ni buena justicia; pero un exceso de técnica suele terminar en una injusticia (CNCiv., B, 23/12/70, ED 37).<sup>8</sup>

#### **4. La evolución. El estudio de títulos digital.**

##### **La incorporación de la tecnología al derecho**

Uno de los cambios fundamentales que deberá enfrentar la ciencia jurídica moderna es la naturaleza jurídica de un concepto completamente nuevo de documento; más etéreo, espiritual, mucho menos material, diferente e independiente de todo soporte físico. El soporte ha pasado a ser completamente fungible, como un fragmento delimitado de información que puede a su vez volver a cambiar de soporte sin perder su esencia, autoría ni contenido.

En lo que atañe a nuestra tarea, una de las cuestiones a resolver será determinar si puede realizarse el estudio de títulos ante la imposibilidad material de tener a la vista en forma física un protocolo notarial o un expediente judicial. Debemos analizar si este acceso remoto es suficiente para abonar la buena fe requerida por la doctrina y jurisprudencia, conforme al artículo 392 del CCCN, para ser considerado un legítimo adquirente de buena fe y así repeler cualquier acción que pueda entablar quien alegue un mejor derecho.

En un futuro no muy lejano, los protocolos notariales serán digitales. Ya en provincia de Buenos Aires se implementó recientemente la digitalización de los expedientes judiciales.

Cuando se elimine el soporte papel, los originales serán creados digitalmente y bastará entonces con el acceso remoto a dicho soporte, tal como existe para cumplir con el estudio de antecedentes. Sin embargo tenemos que analizar qué pasa con la

8. SOGARI, Elena I., "Abuso del proceso y exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional" [online], Corrientes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, 2001.

transición de un soporte a otro. Hoy en día se vive un proceso de transformación en el que se escanea el papel y se lo convierte en “copia digital” haciendo necesario analizar qué validez jurídica tiene esa copia.

Evidentemente no pueden ignorarse los cambios operados en las relaciones humanas a través de la tecnología. El tema que tenemos que analizar y resolver es qué valor jurídico le asignamos a esas copias digitales, que no fueron creadas digitalmente sino escaneadas y que representan una fotografía o copia “derivada” de originales que pueden incluso haber sido destruidos.

La acumulación de documentación en el Archivo de Protocolos Notariales hace necesaria una pronta y progresiva digitalización de los protocolos notariales antiguos. Para lograr el acceso a su contenido y conocer su existencia, será suficiente con la obtención de una copia digital. Esto entra en colisión con el tradicional estudio de títulos en los que se analizan originales. No obstante, como parte de una evolución los mecanismos actuales tendrán que adaptarse al referido proceso de transformación.

## 5. Fundamentos de la legalidad y validez del estudio de títulos

Lo analizado en el punto anterior hace necesario un análisis pormenorizado de los principios rectores en materia de estudio de títulos y su cohesión jurídica con la validez del estudio de títulos digital.

No obstante las opiniones que puedan derivar de esta histórica discusión, en la actualidad, y conforme a la evolución de la doctrina y jurisprudencia a partir de la Ley 17711, y la modificación del artículo 1051 del antiguo Código Civil y su recepción mejorada por el nuevo CCCN en los artículos 1138 y 392, resulta impensado otorgar una escritura traslativa de dominio sin realizar el estudio de antecedentes.

El estudio de títulos tradicional comprende el análisis de los antecedentes jurídicos que legitiman el dominio que se alega, referenciándose las escrituras públicas y expedientes judiciales o administrativos que correspondan en sus originales, mediante un examen exhaustivo de todos los titulares anteriores, y las circunstancias por las que obraron, hasta hallar un título traslativo, desde cuya fecha haya transcurrido el término prescriptivo del CCCN.<sup>9</sup>

Conforme la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que se ha afianzado a partir de la reforma del artículo 1051 por la Ley 17711 (ahora 392 CCCN), la buena fe exigida al tercero adquirente no es la mera fe-creencia, sino la buena fe-diligencia o “buena fe, que **consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho**”, que deriva de una situación aparente, y la apariencia solo justifica la protección de los terceros en la medida en que se produce su error excusable.

9. ABELLA, Adriana N., “Estudio de títulos. Observaciones frecuentes. Formas de saneamiento”, en *Revista del Notariado*, N° 881, 2005, pp. 59-87.

Es entonces necesario que el adquirente pruebe haber obrado con la debida diligencia que le impone la adquisición del derecho. Esa diligencia refiere al estudio de los antecedentes a fin de poder determinar si existen vicios manifiestos que invaliden o lesionen el íter de la concatenación dominial.

Una diligencia razonable aconseja un estudio de títulos cuidadoso, que pueda determinar la bondad o revelar la existencia de vicios en la cadena de transmisiones, pues aun cuando no exista norma expresa que lo imponga, la prudencia surge de ponderar que nuestro régimen jurídico no recoge el principio de la fe pública registral.<sup>10</sup>

La jurisprudencia ha considerado al estudio de títulos como una operación esencial para configurar la buena fe del adquirente en los términos del artículo 1051 del Código Civil anterior y 392 del actual.<sup>11</sup>

10. Ver nota 1.

11. “No se configura la buena fe del artículo 1051 del Código Civil si no se realiza el estudio de títulos, a menos que se demuestre que tal examen no hubiera permitido conocer el vicio” (CNCiv., Sala D, 18/5/1994, “Quiroga M. c/ Inversiones Inmobiliarias SA y otros s/ Simulación” [*Jurisprudencia Argentina*, 1069906]).

“... la cantidad de problemas notariales similares al caso de autos indican la imprescindible necesidad de que los notarios deben agotar todos los medios a su alcance para dar garantía de los actos que pasan ante su presencia, no obstante de no existir disposición legal alguna que exige tales extremos...” (CNCiv., Sala F, 27/8/1979, “Sigfrido SA en: Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros c/ Lozada, Mario” [*La Ley*, t. 1980-D, p. 295]).

“Si la invalidez proviene del antecedente por un vicio susceptible de ser conocido al realizarse el estudio de títulos, no efectuando dicho examen el tercero, tampoco puede pretexto buena fe. Le son aplicables los principios establecidos en el artículo 902 Código Civil, y que un grado de diligencia razonable les hace necesario efectuar un estudio de títulos para que se configure la buena fe creencia, que consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho y que constituye presupuesto indispensable para obtener la protección legal” (CSJN, 11/12/1986, “Inverfin Compañía Financiera S.A. c/ Provincia de Buenos Aires” [*La Ley*, t. 1987-C, p. 144]). [N. del E.: ver fallo [aquí](#)].

“Se debe advertir al requirente que la ley no cubre la negligencia del comprador o acreedor que no se preocupa por verificar las condiciones del título, de inquirir su bondad, y la mejor prueba de tal preocupación consistirá en la realización del estudio de los antecedentes dominiales del inmueble” (CNCiv., Sala F, 8/8/1994, “Frantini, Vladimiro c/ Demetrio, Alicia s/ C.S.D.” [*Jurisprudencia Argentina*, 1434471]).

“La actuación del escribano que intervino en la operación que derivó el perjuicio sufrido por el actor, actuando con indisculpable negligencia, ya que no ajustó su proceder profesional a la diligencia que es exigible a un notario, pues no había efectuado un verdadero estudio de títulos, pese a figurar así en la factura de gastos, sino que se había limitado a tener a la vista el título antecedente del cual resultaba un aparente falso propietario” (CSJN, 27/08/1985, “Etcheberry, Oscar y otros c/ Provincia de Buenos Aires” [*La Ley*, t. 1985-E, p. 42]). [N. del E.: ver fallo [aquí](#)].

“Aun cuando en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires no existe obligación directa impuesta por la ley a los escribanos de efectuar estudio de títulos antes de autorizar el otorgamiento de escrituras de transmisión dominial, el Tribunal no comparte la aplicación absoluta del criterio según el cual la ausencia de estudio de títulos no exime de responsabilidad estatal por errores registrales ni la atenúa, en ningún caso, para que se configure en el adquirente del derecho la buena fe creencia que consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho y que constituye presupuesto indispensable para obtener la protección de la ley” (CSJN, 15/7/1997, “Terrabón SACIFIA c/ Provincia de Buenos Aires” [*La Ley*, t. 1999-A, p. 506], [N. del E.: ver fallo [aquí](#)]; CSJN, 19/12/1995, “Martínez, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires”, [N. del E.: ver fallo [aquí](#)]; CSJN, 23/06/1994, “Phalarope S.A. c/ Santiago del Estero”, [N. del E.: ver fallo [aquí](#)]).

### 5.1. Obligatoriedad del estudio de títulos. La importancia de la buena fe

La doctrina se ha referido a la importancia de realizar el estudio de títulos para determinar la buena fe requerida por el artículo 1051 del Código Civil derogado y el 392 del CCCN.<sup>12</sup>

No obstante, al no existir una norma legal que obligue a los adquirentes a realizar el estudio de títulos, podemos encontrar, conforme la doctrina y jurisprudencia analizada, que existen varias posturas que analizan los alcances del mismo, que podemos sintetizar en:<sup>13</sup>

- a) Para algunos, la realización del estudio de títulos es indispensable para configurar la buena fe del tercero en los términos del artículo 1051 del Código Civil.
- b) Otra postura es la que considera al estudio de títulos como un medio más para acreditar esa buena fe, con cierta jerarquía e importancia respecto de otros me-

12. Convención Notarial de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 1969): “La reforma del 1051 protege los derechos del adquirente de buena fe y título oneroso con el propósito de preservar la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. La buena fe requerida para lograr dicha protección consiste en la íntima convicción del sujeto de actuar conforme a derecho, unida a la diligencia que razonablemente deba poner para la celebración del negocio jurídico. Para que exista la buena fe requerida es menester que el vicio que causa la nulidad no sea manifiesto (ostensible, visible) porque en ese caso pudo y debió haber sido advertido por el adquirente al estudiar el título, lo que eliminaría la presunción de buena fe. Es irrelevante que el acto sea nulo o anulable y que la nulidad pueda estimarse absoluta o relativa. En cualquier caso, el tercero está protegido siempre que el vicio no sea visible. La protección del tercero de buena fe lo pone a cubierto de reivindicaciones sin modificar el régimen del Código en materia de nulidades. La reforma se limita a legitimarlo en razón de su buena fe, unida a la adquisición onerosa. La circunstancia de que el transmitente tenga su título inscripto no hace presumir la buena fe del adquirente teniendo en cuenta que el 4º de la 17.801 establece que la inscripción no convalida el título nulo, ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes. Para que el tercero pueda demostrar su diligencia –como requisito es justificante de su buena fe– el estudio de títulos tiene, después de la reforma, mayor trascendencia que antes de ella. También parece conveniente que el adquirente quede documentado en cuanto a la realización de dicho estudio y su resultado”; Jornada Notarial Argentina (Santa Fe, 1970, Tema II, Actos Jurídicos): “La buena fe debe existir en el momento de la adquisición careciendo de importancia que posteriormente tenga conocimiento del vicio que enerva la eficacia jurídica de su título”; VI Reunión Jurídico-Notarial (Rosario, Provincia de Santa Fe, 1974): “El estudio de títulos y antecedentes resulta conveniente hasta en algunos supuestos necesarios para la caracterización de buena fe que menciona el referido artículo en función de la conducta cuidadosa y previsor, por parte del subadquirente”; XXI Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 1977, Tema V, Estudio de Títulos): “El estudio de títulos juega un rol esencial en el camino de la seguridad jurídica, empero no debe ser obligatorio por cuanto la apreciación acerca de la bondad del título no puede basarse en una prueba tasada sino en el sistema de las libres convicciones tradicionalmente aplicado por el cuerpo notarial argentino, en un país que se caracteriza por su excelente titulación”; Jornada Notarial Argentina (Salta, 1980, XII Reunión Jurídico Notarial): “Es aconsejable la realización del examen de los antecedentes dominiales vinculados a negocios jurídicos relativos a derechos reales sobre inmuebles, ya que coadyuva de modo significativo a la certeza y seguridad de la transmisión inmobiliaria. (...) El estudio de títulos no se puede considerar un elemento determinante para tipificar la buena fe que el 1051 requiere del adquirente. (...) El examen de los antecedentes dominiales, vinculados a negocios jurídicos relativos a derechos reales sobre inmuebles, que los notarios efectúan, coadyuva de modo significativo a la certeza y seguridad de la transmisión inmobiliaria”; Jornada Nacional Notarial (Córdoba, 2001): “El estudio de títulos no es un elemento determinante de la buena fe que exige el artículo 1051 del Código Civil, pues el actuar diligente es cumplido por el notario con la calificación y control de legalidad del último título que legitima al transmitente el que, a su vez se funda en sus antecedentes”; DE HOZ, Marcelo, “El estudio de títulos desde la óptica jurisprudencial: tendencias y análisis de los casos más trascendentes”, trabajo presentado en el LXVI Seminario Laureano Moreira, noviembre 2008; en *Revista del Notariado*, N° 897, 2009, pp. 75-97.

13. Ver nota 2.

dios, pero nunca como forma excluyente de configuración de la buena fe del tercero.

- c) Por último, una tercera postura propone que, con la expedición de los certificados registrales, el tercero adquiere bien, en los términos del artículo 1051 CCCN.

Es decir que existen tres posturas que van desde una primera muy estricta, que considera indispensable el estudio de títulos para abonar la buena fe del tercero, una intermedia, la segunda, que sostiene que el estudio de títulos coayuda a la buena fe pero no la determina en forma indispensable, y por último la tercera, que directamente le resta importancia al estudio de títulos, pudiendo basarse el adquirente en el asiento registral.

Debemos señalar que actualmente, y conforme los fallos relacionados, esta última postura que implica la “fe pública registral” carece de todo fundamento, ya que nuestro registro no convalida el derecho real en cabeza del adquirente, y la circunstancia de que el transmitente tenga su título inscripto no hace presumir su buena fe teniendo en cuenta que el artículo 4 de la [Ley 17801](#) establece que la inscripción no convalida el título nulo, ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes. En cambio, la postura intermedia solo considera la buena fe que rodea al acto, sin importar si puede o no revisarse un determinado antecedente en forma física.

Con la entrada en vigencia del CCCN, el artículo 392 contiene los preceptos esenciales del antiguo 1051 del Código Civil velezano. Consideramos que se encuentra vigente la doctrina que emana de los fallos antes mencionados; por lo tanto, resulta trascendental estudiar los antecedentes.

## 6. Reflexiones finales

Conforme la legislación, doctrina y jurisprudencia analizada, concluimos que, más allá de la postura que pueda tomarse en cuanto a la obligatoriedad de realizar el estudio de títulos, este puede cumplirse mediante el acceso a copias digitales emitidas por el Archivo de Actuaciones Notariales o expedientes judiciales electrónicos, con el mismo efecto jurídico que el acceso al soporte físico.

En la actualidad existen elementos idóneos para acreditar esa necesaria actitud diligente del adquirente, quien ha relevado los antecedentes mediante pruebas de su existencia y legalidad de su contenido.

No existe un procedimiento legal que nos indique la técnica que debe aplicarse al momento de realizar el estudio de títulos. Si lo realizamos cotejando sus copias digitales, sería perfectamente compatible para dar cumplimiento al requisito fundamental del artículo 392 del CCCN, que es la buena fe.

Es en definitiva el acercamiento a la convicción lo que da por cumplido el mecanismo de protección del artículo 392. ¿Cómo se cumple? Acercándonos a la verdad

de lo acontecido. El acceso a una copia digital del Archivo de Actuaciones Notariales o, por copia digital, de expedientes judiciales del juzgado, nos acerca a la verdad del acto celebrado por las partes de la misma forma que el procedimiento actual de acceso a los originales.

Estos elementos digitales son los que en definitiva deberán convencer al adquirente de estar obrando conforme a derecho, mediante la certeza de que no existe duda sobre la legitimidad del disponente.

El soporte ha pasado a ser completamente fungible, como un fragmento delimitado de información que puede a su vez volver a cambiar sin perder su esencia, autoría ni contenido.

En ese sentido, el CCCN incorpora en su articulado la validez de la utilización de medios electrónicos, adaptando su texto a los cambios que hemos señalado. El artículo 286 establece:

La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

Asimismo, el artículo 288, referido a la firma, establece:

La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento.

La redacción de la nueva normativa civil anticipa definitivamente la utilización del documento electrónico firmado digitalmente para contratar en forma segura, consolidando el esperado acompañamiento que debe hacer el derecho a los acontecimientos digitales de los últimos tiempos.

# Algunas omisiones en el Código Civil y Comercial

José C. Carminio Castagno

## RESUMEN

Se señalan varias omisiones en las que han incurrido los autores del Código Civil y Comercial –con los alcances que se explican en la inicial advertencia–, las que –por desconocer fundados aportes de la dogmática nacional– constituyen cuestionables retrocesos y, en algunos casos, hasta lamentables contradicciones o graves errores.\*

**Sumario:** 1. Advertencia preliminar. 2. Análisis del Código Civil y Comercial. 2.1. Forma y prueba del acto jurídico. 2.2. Instrumentos públicos. 2.3. Escritura pública y acta. 2.4. Instrumentos privados y particulares. 2.5. Acerca de la forma del apoderamiento. 2.6. Los contratos formales. 2.7. ¿Qué fue del testamento cerrado? 2.8. El alcance de la forma de la dispensa de colación. 2.9. La transcripción del contrato de fideicomiso. 3. La llamada “inoponibilidad” de la personalidad jurídica.

## 1. Advertencia preliminar

Cumplo en aclarar que no solo detallaré las omisiones en que el [Código Civil y Comercial](#) incurre respecto de la *magna obra* de Vélez Sarsfield (en adelante, ex Código Civil), sino también, como real antecedente, del tan valioso cuan olvidado [Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales](#)<sup>1</sup> –máximo aporte del entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial, de cuya redacción tuve el privilegio de participar–, de otros anteriores proyectos, especialmente [el de 1998](#) –confesada base del que hoy rige<sup>2</sup>–, de algunas leyes –mayoritariamente notariales– y de mis propios aportes sobre dichos precedentes –todos publicados con anterioridad y a los que remito–. Asimismo, advierto –sin perjuicio de un posterior tratamiento mucho más extenso– que me limitaré aquí solo al análisis de las normas, incisos o párrafos del Código Civil y Comercial en los que considero que se dan omisiones de cierta entidad.

\* Especial para la *Revista del Notariado*, en cálido homenaje al sesquicentenario de la fundación del hoy Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

1. [N. del E.: el hipervínculo dirige a la versión publicada en *Revista del Notariado*, N° 765, 1979, pp. 909-973].

2. Cuerpo que analicé parcialmente en la conferencia “La forma de los actos jurídicos en el proyecto de Código Civil de 1998”, dictada en la sede del entonces Colegio de Escribanos de la Capital Federal el 7/9/1999.

## 2. Análisis del Código Civil y Comercial

### 2.1. Forma y prueba del acto jurídico

#### *Artículo 285*

Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.

La conversión substancial se da, precisamente, en casos de invalidez del negocio, que –en virtud de ella– se transforma en un acto jurídico distinto, el cual genera la obligación de cumplir con la forma omitida (tal como ocurría en ex Código Civil, según el juego sistemático de los arts. 1044, 1184 y 1185). Al admitir el Código Civil y Comercial la inexistencia de un acto jurídico,<sup>3</sup> sugerí el siguiente agregado final: “excepto que ella se exija como requisito de **existencia**”.

#### *Artículo 288*

Firma. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.

Sostengo desde hace muchos años que las definiciones tienen que recoger las notas esenciales, por lo que critiqué la que la considera como “la forma en que cada uno escribe su nombre, su apellido y la rúbrica, de manera habitual”, agregándose que si no hay nombre, apellido ni rúbrica, también lo es.<sup>4</sup> ¿Y si no es habitual? La persona que deliberadamente un día la cambia, ¿no tiene firma? Por ello, propuse en 1970<sup>5</sup> reemplazar aquella noción descriptiva de los presuntos elementos que la integran por

3. Art. 406 CCCN: “Requisitos de **existencia** del matrimonio. Para la **existencia del matrimonio** es indispensable [...] El acto que carece de este requisito **no produce efectos civiles**”. Al respecto, observo que no constituye un supuesto de **ineficacia**, sino de “inexistencia” (o “inesencia”, como he propuesto denominarlo). Vide “En torno a la teoría de la inexistencia”, en AA. VV., *Colegio de Escribanos de Entre Ríos. 50º aniversario. Libro de oro*, Paraná, Colegio de Escribanos de Entre Ríos, 1995, pp. 127-130).

4. Vélez así lo dice en su nota al art. 3639: “La firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido; es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad. Regularmente la firma lleva el apellido de la familia; pero esto no es de rigor si el hábito constante de la persona no era firmar de esta manera. Los escritores franceses citan el testamento de un obispo, que se declaró válido, aunque la firma consistía únicamente en una cruz seguida de sus iniciales, y de la enunciación de su dignidad. Véase Demante, t. 4, núm. 115 bis, § 3”.

5. En una de las dos ponencias que presenté en la Comisión II –que trató el tema “Nulidad o anulabilidad por razones instrumentales” y de la que fui relator ante el plenario– de la Jornada 25 Aniversario del Colegio de Escribanos de Entre Ríos (Paraná, 10-14 de marzo de 1970).

una definición **teleológica**, que toma en cuenta su finalidad: la firma es toda grafía de propio cuño<sup>6</sup> mediante la cual se manifiesta, según el caso, consentimiento, presencia y/o autoría.

#### Texto sugerido:

La firma es todo autógrafo escrito como tal e implica la asunción de la declaración expresada en el texto al que accede.

## 2.2. Instrumentos públicos

### Artículo 289

Enunciación. Son instrumentos públicos:

- a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios;
- b) los demás instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes;
- c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión.

Se ha mejorado la enumeración del artículo 979 del ex Código Civil, de cuyos diez incisos la doctrina se había disconformado solo con el 3º (referido a los asientos en los libros de los corredores). Por mi parte, además, descalifiqué del 5º al 9º, sosteniendo que en verdad son instrumentos públicos únicamente los mencionados en los incisos 1º, 2º, 4º y 10º, acorde al concepto que se podía extraer del artículo 993.<sup>7</sup> ¿Cuáles son, para mí, los tres requisitos esenciales del instrumento público?:

- 1) **Autoría de un oficial público** –entendido como el funcionario investido específicamente de la función “factidiccional” (potestad de declarar hechos por él sensorialmente percibidos, con autoridad de fe pública<sup>8</sup>)–. Al respecto, señalo que el Código Civil y Comercial menciona correctamente, en su artículo 2646, verdaderos oficiales públicos ante quienes puede formalizarse un testamento (escrito) hecho en país extranjero por un argentino o por un extranjero domiciliado en nuestro país.<sup>9</sup>

6. No digo “puño” –como alguien sugirió– porque hay quienes firman con la boca o con un pie.

7. Art. 993 CCIV: “El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia”.

8. Y no cualquier otra función, por elevada que ella sea (v.g.: la de declarar el derecho). Sobre este punto, remito a mis “Reflexiones en torno al concepto de instrumento público”, conferencia dictada en la Academia Matritense del Notariado el 18/5/1995 (publicada en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 35, 1996, pp. 511-526).

9. Art. 2646 CCCN: “... un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios o un cónsul...”.

- 2) **Forma escrita:** No hay instrumentos públicos orales, ya que con tales documentos se tiende a lograr –amén de la certeza del acaecimiento de los hechos– la perdurabilidad de esa certidumbre.
- 3) **Contenido “factidiccional”:** constituido por declaraciones coetáneas de hechos sensorialmente percibidos por el autorizante.<sup>10</sup> Siendo así, el inciso c) –tomado del 5º de dicho artículo 979 (que son títulos de circulación pública que no contienen una coetánea declaración de un oficial público de hechos sensorialmente percibidos por él)– no enuncia instrumentos públicos en sentido estricto –acorde a mi sistematización tripartita: a) por la protección penal, b) por su origen, y c) en sentido estricto– (clasificación que C. Pelosi, después de repasar las de varios autores,<sup>11</sup> afirmó generosamente que es “la mejor lograda”).

#### Texto sugerido:

Son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b) los otros instrumentos que autorizan los escribanos y los funcionarios **investidos de potestad fedante**. Los documentos autorizados por los demás funcionarios públicos únicamente gozarán de plena fe en cuanto al lugar, fecha y autoría y, en relación al contenido, sólo de presunción de veracidad, hasta la simple prueba contraria.

#### Artículo 290

Requisitos del instrumento público. Son requisitos de validez del instrumento público: [...]  
b) las firmas del oficial público,

Siendo la firma del oficial público, como se ha visto, uno de los requisitos esenciales del instrumento público –ya que, sin ella, como expresa Vélez en la nota al artículo 987 de su Código, aquel “no tiene ni la apariencia de un instrumento público”– **debe suprimirse su mención**.

[290 b]\* de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos.

10. Por ello, considero que la aserción con la que concluyen las “actas de notoriedad” –en las que el escribano da por notorio cierto hecho o circunstancia– no observa este requisito, por constituir un **juicio de valor** (v. g.: [Ley 404 de la CABA](#), art. 88, inc. d): “Finalmente, si, a su criterio, los hechos hubieren sido acreditados, **así lo expresará en el acta**, previa evaluación de todos los elementos de juicio que hubiere tenido a su disposición...”. Remito a la introducción y a la nota 6 de mi estudio “Invalides de los instrumentos notariales” (vide mi obra *Teoría general del acto notarial y otros estudios*, t. II, Paraná, [ed. del autor], 2006, pp. 31 y ss.).

11. PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 104-106.

\* Se indica el número de artículo y el inciso entre corchetes. El mismo criterio se utilizará en adelante para aquellos artículos cuyo análisis se realice por partes.

La su redacción es innecesariamente farragosa, por lo que debe substituirse por otra de mayor claridad. Además, creo que vuelve a incurrirse en la confusión que advertí en el artículo 988 del ex Código Civil entre el “negocio contenido” y el “instrumento” (o “acto público factidiccional”). En efecto: si A le ofrece en venta a B un inmueble, y B no contesta ni firma, no cabe duda de que no existe compraventa; pero tampoco la hay, para mí, de que la oferta queda autenticada.<sup>12</sup>

### Texto sugerido:

Requisitos del instrumento público. Son requisitos de validez del instrumento público: [...] b) Que lleve las firmas de los comparecientes. En caso de faltar algunas de ellas, el juez podrá resolver la validez parcial del instrumento y del negocio jurídico contenido respecto de los firmantes.

### Artículo 291

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

No mantiene la excepción dispuesta en la segunda parte del artículo 985 del ex Código Civil<sup>13</sup>. Además, omite legitimar al notario para autorizar actos unilaterales en los que tenga interés personal.<sup>14</sup>

### Artículo 292

Presupuestos. Es presupuesto para la validez del instrumento que el oficial público se encuentre efectivamente en funciones. **Sin embargo**, son válidos los actos instrumentados y autorizados por él antes de la notificación de la suspensión o cesación de sus funciones hechos conforme a la ley o **reglamento** que regula la función de que se trata.

Un requisito de validez del acto es que el oficial público esté efectivamente en funciones. ¿Y por qué son válidos los actos antes de la notificación del cese? Por la misma razón: porque está efectivamente en funciones –como disponía el artículo 983 del ex Código Civil–; por tal motivo, “sin embargo” no procede. Además, si antes de la no-

12. Vide “La falta de algunas firmas, ¿provoca siempre la invalidez del instrumento público?”, en mi ya citada obra (cfr. nota 10), t. II, pp. 139 y ss.

13. Remito a mi trabajo “¿Qué dice el artículo 291 del Código Civil y Comercial?”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 18/9/2015 (t. 2015-E, p. 819; cita online AR/DOC/3183/2015).

14. V.g.: conferir un poder o formalizar su testamento, como está dispuesto en el art. 139 del [Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado](#) de España, con la usual fórmula “Por mí y ante mí”.

tificación son válidos, pregunto: ¿y después de ella? Podría inferirse que –según el Código Civil y Comercial– son **inválidos**, aunque verdaderamente –como ya he explicado– después de la notificación **ya no hay “acto del oficial público”**.

Asimismo, la remisión a las reglamentaciones me parece peligrosa. Sobre la base de la nota al artículo 997 del ex Código Civil –que mencionaba “las leyes y las ordenanzas municipales”–, pienso que hay que mantener el requisito de que se trate siempre de tales normas **de superior jerarquía** (sin perjuicio de que el Código pueda remitir expresamente a la legislación local la reglamentación de algún aspecto).

### Artículo 293

Competencia. Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado.

Este artículo comienza con un mal título –“competencia” (ya que se refiere a eficacia)– y continúa igual, al emplear el vocablo “jurisdicción”, que técnicamente significa la potestad de los jueces de declarar el derecho.<sup>15</sup> Además, la norma es innecesaria, ya que reproduce el texto que el artículo 68 de la [Ley 24441](#) agregó como párrafo final al 980 del ex Código Civil.

Finalmente, sumo a tales razones la de que constituye una innecesaria reiteración de lo dispuesto en el artículo 7 de la [Constitución Nacional](#), que comienza así: “los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás”, principio categórico que parece entenderse como que no gozan de ella en la misma en la que fueron formalizados (me refiero a los estudios de título<sup>16</sup>).

Por todo ello, considero que este artículo debe ser eliminado.

### Artículo 294

Defectos de forma. Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas.

Uno lo lee y parece correctísimo. Pero hay varios aspectos observables. El primero, de redacción: antes de las firmas “requeridas”. Se puede haber requerido una firma y la persona no firmar; basta decir, entonces, “antes de las firmas”. Además, repruebo

15. Ese error se reitera en este Código varias veces (p.ej.: arts. 196, 214, 320, 511, 561, 716, 1235, 1970 y 2075).

16. Sobre ellos versa mi trabajo “[Estudio de títulos y responsabilidad notarial](#)”, en *Revista del Notariado*, N° 852, 1998, pp. 27-33.

otras cuestiones de mayor importancia: me pregunto, ¿cuáles son las partes esenciales?, ¿con qué procedimiento se “salva”, mecanografiado o manuscrito?, ¿quién salva, el oficial público o su secretaria?

Finalmente, algo increíble: si así no se hace, carece de valor el instrumento público. Creo que no se ha advertido que esto es en verdad gravísimo: si no está salva da alguna enmendadura, entrelineado o testadura, el instrumento carece de validez. Ello significa que si a una escritura perfecta el deudor hipotecario –por ejemplo– le escribe algo entre líneas en parte “esencial”, el instrumento deja de valer (porque lo agregado está sin salvar). Analicemos el asunto: si al mencionarse el monto la escritura, se dice “trescientos mil dólares”, se testa la frase y se pone entre líneas “cincuenta mil pesos”, ¿qué es lo que corresponde que ocurra? Que lo que está testado valga y la testadura no, por no estar salvada, y que el entrelineado no valga, porque no está salvado, **pero jamás que carezca de validez el instrumento**. Creo, además, que es de una gravedad extraordinaria que directamente –copiando el artículo 270 del Proyecto de 1998, que cuestioné muy severamente en la ya citada conferencia de 1999– se disponga la **nulidad**, mientras que el artículo 989 del ex Código Civil –que también critiqué– solo preveía su **anulabilidad**. Pero debo resaltar que fue el mismo Vélez quien expresó –con certera razonabilidad, en la nota al artículo 3640– que si en un testamento ológrafo hay algo escrito por mano extraña sin orden del testador, el testamento no queda invalidado, “porque no se puede dar a un tercero la facultad de anular por ese medio un testamento regular”.

Por ello, considero que este artículo **debe suprimirse**.

[294] El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes.

#### Texto sugerido:

Defectos de forma. El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes, **excepto si se trata de la inobservancia de una forma esencial**.

La excepción que propongo incorporar refiere a los casos en que la forma del instrumento público es impuesta *ad solemnitatem* –como todavía algunos gustan decir–, por lo que no cabría la conversión substancial. Así lo disponía el artículo 1810 del ex Código Civil y ahora el 1552 del Código vigente: “Forma. Deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias” (normas con las que se ejemplifica –también con mi solitaria disidencia<sup>17</sup>– aquella especie).

17. Remito a mi artículo “Algunas disquisiciones sobre la forma jurídica”, en *Revista del Notariado*, N° 850, 1997, pp. 23-47.

### Artículo 296

Eficacia probatoria. El instrumento público hace plena fe:  
 a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal;

Constituye un evidente progreso:

- a) La aclaración de que no basta la mera **interposición** de la acción de falsedad, sino que –como se propició en el artículo 94 del Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales– es menester la **declaración** en tal sentido.
- b) La expresa inclusión de la **data** o **fecha**, palabras que refieren, vale aclararlo, a **tiempo y lugar**.

Sin embargo, se substituye el vocablo “acción” –también presente en el artículo 993 del ex Código Civil– por “juicio”, lo que –lejos de reducirse a un tema de mera redacción– constituye una relevante cuestión **conceptual y práctica**, al habilitar las vías de la **excepción** y la **reconvención**.

[296] b) en cuanto al contenido de las declaraciones

Observo: “**de los demás intervinientes**”.

[296] sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaci-ones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.

Esto es lo que denomino “fuerza probatoria provisional”, de la que gozan las declaraciones **de las partes** sobre hechos que en forma **directa se vinculan al acto que hace al objeto principal** (a pesar de que el art. 995 del ex Código Civil rezaba “hacen plena fe [...] no sólo entre las partes sino también respecto de terceros”). Con aquella expresión, quiero significar que **se tienen por verdad hasta la simple prueba en contrario** (v. g.: cuando las partes dicen que el precio ya se pagó o declaran que ya se hizo la tradición del inmueble). De no darse esa **directa relación con el acto jurídico formalizado**, dicha presunción –*iuris tantum*– no opera.

### Artículo 297

Incolumidad **formal**. Los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron **u otorgaron** el acto siendo víctimas de dolo o violencia.

Esta norma también comienza con un mal título, ya que la incolumidad que trata no refiere a la forma sino a la substancia, por lo que propongo suprimir su califica-

ción. En cuanto al texto, mejora la redacción del artículo 992 del ex Código Civil, que empleaba inadecuadamente el término “testificaron” (ya que el oficial público no testifica). Pero también lo empeora, al agregar “otorgaron” –que es lo que hacen las partes, a quienes no se les aplica la prohibición–, omitiéndose “autoriza” (que es, precisamente, el quehacer del oficial público).<sup>18</sup>

### 2.3. Escritura pública y acta

#### *Artículo 299*

Escritura pública. Definición. La escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que **contienen**

Debe utilizarse el singular, porque refiere a “la escritura” y al “instrumento matriz”.

[299] uno o más actos jurídicos. La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden **los escribanos...**

Debe agregarse “y funcionarios” (me refiero, obviamente, a los que pueden expedirlas).

[299] es instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz. Si hay alguna variación entre ésta y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la **escritura** matriz.

Esto es correcto en la medida en que recoge la distinción entre escrituras públicas y actas (las cuales –como también pueden labrarse en escrituras– fueron denominadas por Pelosi “escrituras-actas”). Por mi parte, señalo que lo que se autentica –siempre y en todos los casos, incluso en las escrituras– son solo **hechos sensorialmente percibidos**, como lo decía claramente el artículo 993 del ex Código Civil.<sup>19</sup>

En punto al quid de la distinción entre ambas especies instrumentales, sostuve –mientras regía aquel código (y con el actual, lo sigo haciendo)– que en las **actas** los hechos pueden configurar tanto **actos jurídicos en sentido lato** (los del art. 899 del ex Código Civil: *v. g.*: acta de los trabajos que ordeno para evitar el derrumbe de una construcción en el predio lindero) cuanto **actos jurídicos en sentido estricto** (los del ex artículo 944; *p. ej.*: actas de notificación o intimación). Y que en las **escrituras** se formalizan **negocios jurídicos**, expresión que no es equivalente a la de “acto jurídico” –como supone la doctrina nacional–, sino que corresponde –según he propuesto– a

18. Remito a mi conferencia de 1999 (cfr. nota 2).

19. Remito a la conferencia que dicté en 1995 (cfr. nota 8).

una especie de dicho género, que constituye la máxima manifestación de la autonomía privada.<sup>20</sup>

#### Artículo 300

Protocolo. El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto.

Se omite algo importante: la anexión “por disposición del notario”, como lo hacía el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales (art. 16-I-4), lo que me parece importante.

[300] Corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo.

Destaco que la más remota fuente de esta norma –muy anterior al Proyecto de 1998– es el artículo 16-II del Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales, que prudentemente agregaba: “Podrán establecer la división del protocolo **exclusivamente sobre la base del contenido o clase de los documentos**” (y no, p. ej., uno para el titular y otro para el adscripto).

#### Artículo 301

Requisitos. El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes,

Esto es obvio, dado que se trata de **hechos que debe percibir**.

[301] sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes.

No es necesario enumerarlos, ya que todos son “comparecientes”.

[301] Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente.

20. *Vide* mi tesis doctoral “El concepto de negocio jurídico” (Primer Premio en el concurso “José María Moreno”, bienio 1999-2000).

Estas son meras recomendaciones igualmente innecesarias, dado que se sobrentienden. En efecto: si presto la función, es que considero que están dados dichos presupuestos y elementos (que fui el primero en calificarlos y enumerarlos en forma sistemática y completa).<sup>21</sup>

[301] Las escrituras públicas, que deben **extenderse**

Para evitar interpretaciones como la de Llerena –basadas en la quinta acepción del vocablo: “poner por escrito”–, es mejor “otorgarse y autorizarse”.

[301] en un único acto, pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse mecanismos electrónicos de procesamiento de textos, siempre que en definitiva la redacción resulte estampada **en el soporte exigido por las reglamentaciones**, con caracteres fácilmente legibles.

Reitero lo de las “reglamentaciones”, advirtiendo que ahora la cuestión es más grave, ya que el Código Civil y Comercial se aparta aquí de la fórmula empleada en su propio artículo 292 (“la ley o reglamento”), eliminando “la ley”.

[301] En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas **en presencia del notario**,

Reitero que esto es obvio.

[301] los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día **de su otorgamiento**.

Me parece sobreabundante; basta “del mismo día”.

[301] Este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto **definitivo** al tiempo de la primera firma.

Si se modifica el texto, es que no era **definitivo**. Lo que se quiere decir es que **no se lo puede modificar luego de la primera firma**, idea que se halla en el artículo 34 del Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales.

### Artículo 302

Idioma. La escritura pública debe hacerse en idioma nacional.

Tal como ocurría con el ex Código Civil (art. 1004), la escritura en otro idioma hoy tampoco es nula, al no estar expresamente incluida como causal de invalidez.

21. Remito a mi ya citada *Teoría general* (cfr. nota 10).

[302] Si alguno de los otorgantes declara ignorarlo, la escritura debe redactarse conforme a una minuta firmada, que debe ser expresada en idioma nacional por traductor público, y si no lo hay, por intérprete que el escribano acepte. Ambos instrumentos deben quedar agregados al protocolo. Los otorgantes pueden requerir al notario la **protocolización**

Se trata de “incorporación”, “agregación” o “anexión” al protocolo, ya que no es por orden judicial. Esta necesaria distinción la efectúa –por ejemplo– la Ley 6200 de la provincia de Entre Ríos en el artículo 63.<sup>22</sup>

[302] de un instrumento original en idioma extranjero, siempre que conste de traducción

Se recoge la observación que efectué al artículo 279 del Proyecto de 1998, proponiendo que **siempre debía ser traducido**.

[302] efectuada por traductor público, o intérprete que aquél acepte.

En los **dos casos en que el notario puede aceptar un “intérprete”** –que no es “traductor público”–, ¿por qué no se mantiene la posibilidad de que él mismo lo traduzca?

Pese a que el Código hoy en vigor no contiene una disposición similar a la del artículo 275 del Proyecto de 1998, que fuera agregada al artículo 997 del ex Código Civil por el 69 de la Ley 24441,<sup>23</sup> tan discutible norma continúa vigente, ya que el Código Civil y Comercial solo derogó los artículos 1 a 26 de aquella ley.

### Artículo 303

Abreviaturas y números. No se deben dejar espacios en blanco, ni utilizar abreviaturas, o iniciales, excepto que estas dos últimas consten en los documentos que se transcriben, se trate de constancias de otros documentos agregados o sean signos o abreviaturas científicas o socialmente admitidas con sentido unívoco. Pueden usarse números, excepto para las cantidades que se entregan en presencia del escribano y otras cantidades o datos que corresponden a elementos esenciales del acto jurídico.

22. Art. 63, Ley 6200 Entre Ríos: “La protocolización de documentos públicos o privados decretados por resolución judicial en los términos del Código Civil así como las incorporaciones requeridas por particulares o dispuestas por otras leyes para darles fecha cierta o con otros motivos...”.

23. Art. 997 CCIV (párr. incorporado por Ley 24441): “Cuando un acto fuere otorgado en un territorio para producir efectos en otro, las leyes locales no pueden imponer cargas tributarias ni tasas retributivas que establezcan diferencias de tratamiento, fundadas en el domicilio de las partes, en el lugar de cumplimiento de las obligaciones o en el funcionario interviniente”.

Si bien se mejora la redacción del artículo 280 del Proyecto de 1998, receptándose mi postura acerca de los **espacios en blanco** y la inclusión de las **iniciales**, no se extiende a los **elementos esenciales del instrumento** (v.g.: la “data”, que no lo es del acto jurídico).

#### Artículo 304

Otorgante con discapacidad auditiva. Si alguna de las personas otorgantes del acto tiene discapacidad auditiva, deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante.

Este párrafo me llevó a preguntar: ¿cómo pueden los “**dos testigos** [...] dar cuenta del **conocimiento y comprensión del acto**” por parte del otorgante?, ¿por telepatía? Y, además y muy importante: ¿de qué manera puede el **notario verificar la idoneidad de dichos testigos** para tal afirmación (o sea, que son sujetos “telepáticos”)?

[304] Si es alfabeto, además, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella y el **escribano debe dar fe de ese hecho**.

Es obvio, por lo antes señalado.

[304] La minuta debe quedar **protocolizada**.

Amén de reiterar que se trata de **anexión** al protocolo, señalo que, tratándose de un otorgante **alfabeto**, resulta **innecesaria** la minuta. En efecto: basta que aquel suscriba la escritura, lo que significará indudablemente que allí se expresa lo que declaró, ya que –de no ser así– no habría firmado.

#### Artículo 305

Contenido. La escritura debe contener: [...]  
c) la naturaleza del acto y la **individualización** de los bienes que constituyen su objeto;

Me parece mucho mejor “determinación de los bienes”, como se expresaba en el artículo 23-5 del Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales.

[305] d) la constancia **instrumental**

Es obvio, ya que es la **única forma de hacer constar algo en el “contenido” de la escritura**.

[305] d) de la lectura que el escribano debe hacer **en el acto del otorgamiento de la escritura;**

Sugiero “del **texto proyectado**”, ya que debe hacerse **antes** del otorgamiento, lo que significa que **aún no hay escritura**. Señalo, asimismo, algo **mucho más importante**: se omite mi sugerencia de dejar en claro que dicha lectura deba hacerla el notario **a los comparecientes**, y no –por ejemplo– para sí, sin pronunciar palabra.

e) las enmiendas, testados, borraduras, entrelíneas, u otras modificaciones efectuadas al instrumento en partes esenciales, que deben ser realizadas de puño y letra del escribano y antes de **la firma;**

Observo: “Las firmas”, en plural.

f) la firma de los otorgantes, del escribano y de los testigos si los hubiera; si alguno de los otorgantes no sabe o no puede firmar, debe hacerlo en su nombre otra persona; debe hacerse constar la manifestación sobre la causa del impedimento y la impresión digital del otorgante.

Observo, en general, que se receptan las siguientes propuestas de correcciones que –acerca del artículo 282 del Proyecto de 1998– efectué:

- Respecto del inciso b): “apellidos” (en plural), la supresión de humanas, las constancias del número del DNI y del domicilio, que solo se exigían para el firmante a ruego y los testigos.
- Respecto del inciso f): Amén de que debería mejorarse la redacción, corresponde agregar cuál dedo y de qué mano es la impresión digital, suprimiéndose lo de la firma omitida y en presencia del escribano.

No han sido acogidas las siguientes sugerencias: constancia de los datos del mero compareciente y la que efectué acerca de limitar la constancia a la causa próxima que impide firmar (la que ahora resulta sustituida, en el inciso f, por una manifestación del imposibilitado). Además –modificando incorrectamente, a mi juicio, el Proyecto de 1998–, el Código Civil y Comercial reemplaza “las firmas” por “la firma” –ya que habrá al menos dos: la del otorgante, si es el único, y la del notario– en el inciso e) y también en el f), donde es claro que así igualmente ocurrirá, en el que tampoco se exige ningún dato identificatorio de esa “otra persona” firmante a ruego.

### Artículo 306

Justificación de identidad. La identidad de los comparecientes debe justificarse por cualquiera de los siguientes medios:

- a) por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes;
- b) por afirmación del conocimiento por parte del escribano.

En cuanto al inciso a), me referiré primeramente a algo que se repite entre notarios: que gracias a él, **ahora ya no es posible que el escribano pueda incurrir en “falsedad ideológica”**. Lamento muchísimo verme obligado a desilusionar a quienes crean que es así, con un simple ejemplo: si el escribano conoce a A, quien justifica su identidad con el DNI de B que aquel le presenta, su conducta –consistente en una divergencia dolosa entre lo percibido y lo declarado<sup>24</sup>– encuadra estrictamente en el respectivo tipo penal.

Por lo que hace a la agregación al protocolo de las copias certificadas, se trata de una curiosa exigencia que tampoco se le impone a ningún otro oficial público (sean, por poner solo dos ejemplos, los secretarios judiciales en las audiencias o los funcionarios del Registro Civil al celebrar matrimonios), quienes no suelen ser denunciados como falsarios. Y –a pesar de que el notariado la aplaude con fervor, como una medida que lo favorece– tengo la convicción de que será usada siempre –se trate de un documento auténtico o falsificado– para condenar al escribano por haber sido negligente o cómplice en un ardid defraudatorio.

La redacción del inciso b) no deja duda alguna de que la supresión de la frase “el escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes” –contenida en el artículo 1001 del ex Código Civil– **no implica ningún cambio** acerca de la denominada “fe de conocimiento” (discutible y riesgosa carga que a ningún otro oficial público se le impone). En efecto: ella solo significó –para mí, desde siempre– que el notario debe decir **que lo conoce**<sup>25</sup>. Y si es necesario sumar un sólido argumento de autoridad, recorro al artículo 24 del Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales: “El notario afirmará en la escritura que conoce a los otorgantes”.

Finalmente, **se suprime** –sin que razón alguna lo justifique, implicando un lamentable retroceso– la individualización por los testigos de conocimiento que mantenía el Proyecto de 1998 en su artículo 283 y sostuvo esta Academia en 1999 (sugiriendo la agregación del párrafo “quienes justificarán su identidad por uno de los medios establecidos”). Defendí esa postura –además, para los casos improbables pero no imposibles de carencia de documento legalmente idóneo de alguien no conocido por el notario– en 2006<sup>26</sup>.

### Artículo 307

Documentos habilitantes. Si el otorgante **de la escritura** es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento **original** que lo acredite,

24. Así defino ese delito en mi ya citada *Teoría general...* (cfr. nota 10), pto. 3.1.8.

25. “El escribano simplemente narra; el Estado le imprime un valor absoluto de exactitud y veracidad a la narración. Así, precisamente, se «da fe»”. (Vide mi *Teoría general* [cfr. nota 10], pto. 2.2., *in fine*).

26. Vide “La reciente reforma del artículo 1002 del Código Civil”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 8/11/2006, p. 751 (cita online AR/DOC/3578/2006).

La expresión “de la escritura” debe suprimirse, por obvias razones. Además, ¿debe presentarse el **original** –o sea, la escritura– y agregarse esta, efectuando una especie de transferencia entre protocolos? El Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales mencionaba –por mi sugerencia– “documento **fehaciente**” (art. 25-I-2).

[307] el que ha de quedar agregado al protocolo, excepto que se trate de **poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución,**

Debe decir: “salvo que se trate de documentos que deban ser devueltos”, sean poderes o lo que fueren.

[307] supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano.

También por mi sugerencia, el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales dice “u otro funcionario competente”, en el artículo 25-I-2.

[307] En caso de que los documentos habilitantes ya estén **protocolizados** en el registro del escribano interviniente, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año.

Reitero que no se trata de **protocolización** sino de **agregación o incorporación al protocolo**. Además, ¿realmente **basta** con lo que se indica? No lo creo, ya que es menester **confrontarlos** para estar seguro de que es el mismo documento y que no tiene alteraciones. Cuando redactábamos el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales, mi idea fue receptada en su artículo 25-III, disponiendo que el escribano deberá “tenerlo a la vista”, lo que significa que no es suficiente la simple remisión al lugar donde se encuentre agregado. Se omite prever que los representantes de entes de derecho público podrán ser legitimados por notoriedad, como lo hace el Anteproyecto en el artículo 25-I-1.

### *Artículo 308*

Copias o testimonios. El escribano **debe dar** copia o testimonio de la escritura a las partes.

Salvo que las copias deban inscribirse, ¿siempre y obligatoriamente –aunque nadie lo solicite– debe darse una de ellas a cada persona con derecho a solicitarla (v.g.: las cuatro que intiman y las cinco que son intimadas? Porque el artículo 1006 del ex Código Civil decía que se las debía dar “a las partes que lo pidiesen”; y el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales también impone la solicitud (art. 90-I).

[308] [...] Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes. En este caso, se debe requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico.

Tengo bastante para puntualizar aquí, ya que este tema me toca muy de cerca. En efecto: en 1970<sup>27</sup> me impuse desentrañar el sentido del artículo 1007 del ex Código Civil, cuya nota remite a “L.5, Tít. 23, Lib. 10, Nov. Rec.” (Ley 5 del Título 23 del Libro 10 de la Novísima Recopilación, que constituye el Capítulo V de la Pragmática de Alcalá<sup>28</sup>), concluyendo en que solo es necesaria la autorización judicial cuando –en virtud de la nueva copia– pueda exigirse nuevamente el cumplimiento de la obligación (imaginé un ejemplo en que ella se convierte en una especie de “título-valor”, como antes lo era la “carta” de Las Siete Partidas): reconocimiento de deuda por escritura pública, con la expresa constancia de que la misma será satisfecha a la presentación de la primera copia, y contra entrega de esta, que oficiará de recibo.

Esta tesis no se recoge en el Código Civil y Comercial, pero sí ya lo ha sido en la legislación de la provincia de Entre Ríos, en los artículos 85 de la Ley 6200 y 807 del Código Procesal Civil y Comercial. Además, omite legislar sobre la **copia simple** y no se establece la **verdadera diferencia** de ellas con las **primeras o ulteriores**<sup>29</sup>, consistente en que si bien **todas las copias** –incluso las “simples”– **prueban** la existencia y contenido de la matriz, **las copias simples no la subrogan en su eficacia**, lo que sí ocurre con las primeras y ulteriores. Esta postura, que fue receptada en el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales (arts. 85 y 86) y en la Ley 6200 de Entre Ríos (art. 90), no lo ha sido, lamentablemente, en algunos fallos de la Cámara Civil de la Capital Federal, en los que se sostuvo la siguiente doctrina:

La fotocopia autenticada con su firma por el escribano que intervino en su otorgamiento, quien ha certificado que cada hoja por él suscripta es copia fiel y auténtica del original que ha tenido a la vista, es instrumento hábil para promover una ejecución hipotecaria [...] la simple copia carbónica de un contrato hipotecario, autorizada por el escribano, es hábil para promover la ejecución...<sup>30</sup>

27. Vide “Algo más sobre segundas o ulteriores copias (o la importancia de las fuentes y las comas)”, en *Revista del Notariado*, N° 716, 1971, pp. 455-466.

28. La que doña Isabel la Católica dictó el 7/6/1503 (y en cuyo Capítulo I impuso el protocolo).

29. La di a conocer en la conferencia “El artículo 1008 del Código Civil”, que dicté 1972 en la ciudad de Rosario –con los auspicios del Instituto de Derecho Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción– y que reiteré en la sesión del Ateneo del entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial el 26/11/1973 (cuyo texto está publicado en mi ya citada obra [cfr. nota 10], t. II, pp. 321 y ss.).

30. Así se decidió en CNCiv., Sala F, 21/10/1996, “Vijnovich, Boris c/ Benmaman, León y otros”. En nota al fallo, Ricardo J. BLANCO LARA menciona la coincidente tesis que Highton –que integraba el tribunal– sus-

Distingo, además, la “copia simple” –que es un documento notarial y, por ende, “fehaciente”– de la “simple copia”, que es la que hace cualquier persona, escribiendo lo que un documento expresa (copia que, obviamente, ni prueba ni subroga).

### Artículo 309

Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas,

Se omite excepcionar los casos en que el lugar o el tiempo pueden **inferirse**, como propuse ya<sup>31</sup>:

- *Lugar inferido*: “Ciudad Capital del Distrito Tal, del Departamento Z, de la provincia X”.
- *Tiempo inferido*: “En el sesquicentenario de la Revolución de Mayo” o “el Viernes Santo del año en curso”. Y un caso más extremo aún: a pesar de que no se mencione la fecha, sostengo desde entonces que si la escritura anterior y la posterior son del 3 de febrero, la intermedia es de ese mismo día.<sup>32</sup>

En el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales mi idea fue aceptada: “no tuviere **ni pudiere inferirse** la designación del tiempo y lugar en que fue hecho” (art. 96-5).

[309] [...] la firma del escribano

Insisto con que sin ella **no hay documento notarial**.

[309] y de las partes,

Critiqué la conjunción “y” utilizada, ya que engendra consecuencias ridículas: parece que para que la escritura sea **nula** deben faltar **la firma del escribano y de los sujetos negociales**, por lo que propuse que se **cambiara la “y” por la “o”**. Además –y sin perjuicio de que lo atinente a quienes no firmaron, y todo lo necesariamente vinculado a ellos, no quede autenticado–, también sostengo desde 1972 que **los demás hechos declarados por el notario gozan de “plena fe”**, postulando la **invalidez parcial** de los instrumentos públicos (o sea, de los actos factidiccionales), tema que debe analizarse

tenta en su obra *Juicio hipotecario* (Buenos Aires, Hammurabi, 1994, t. 1, p. 103). (Vide *Revista del Notariado*, N° 849, pp. 185-191, con transcripción del texto completo). En similar sentido hubo pronunciamiento en CN-Civ., Sala D, el 9/10/2002, “Miguel, Raúl A. c/ Banda, José D. y otro” (publicado a texto completo en *Revista del Notariado*, N° 872, pp. 103-104, con nota a fallo de María V. Gonzalía).

31. Ver mi *Teoría general...* (cfr. nota 10).

32. Ídem, pto. 4.3.A.

**hecho por hecho** y con una muy precisa distinción **del de la nulidad del negocio jurídico formalizado**.<sup>33</sup>

[309] la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida.

Aquí también cabe substituir la “y” por la “o”.

[309] La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.

**Inobservancia del orden cronológico:** Al igual que el Proyecto de 1998, el Código Civil y Comercial omite esta causal de invalidez, prevista en el artículo 1005 del ex Código Civil.<sup>34</sup>

#### *Artículo 310*

Actas. Se denominan actas los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos.

En armonía con la noción de **escritura pública** que propuse al analizar el artículo 299, sugerí en la misma conferencia<sup>35</sup> que debía agregarse al final del texto del que ahora analizo “**que no configuran negocios jurídicos**”.

#### *Artículo 311*

Requisitos de las actas notariales. Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones:  
a) se debe hacer constar el **requerimiento** que motiva la intervención del notario y, en su caso, la manifestación del requirente respecto al interés propio o de terceros con que actúa;

Siendo el **requerimiento** –aun implícito– **una exigencia común a todos los documentos notariales**, señalo que lo que se debe hacer constar es el **objeto** de dicha rogatoria.

33. Ídem, pto. 3.4.

34. Art. 1005 CCIV: “Es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía ser hecha”.

35. Cfr. nota 8.

[311] [...] f) no requieren unidad de acto ni de redacción; pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, **pero en el mismo día**, y pueden separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico;

Aunque sé que algunos profesores enseñan que debe interrumpirse el acto a la hora 24, pasarse las notas tomadas al protocolo –si aún no lo están–, leerse y firmarse, y luego continuar en la siguiente acta –a partir de la hora 0:15, por ejemplo–, considero errada dicha tesis (y, en algunas situaciones, hasta absolutamente impracticable<sup>36</sup>). Por mi parte, pienso que la expresión “pero en el mismo día” significa aquí **dentro del mismo día de finalización del acto notarial**, como frecuentemente ocurre en las audiencias judiciales y en las sesiones de comisiones legislativas del Congreso Nacional o de las legislaturas provinciales (donde el procedimiento que impugno no se observa, pasándose sin interrupciones de un día al siguiente).

[311] g) pueden autorizarse aun cuando **alguno de los interesados rehúse** firmar.

Debe utilizarse el plural: “**algunos de los interesados rehúsen**”, ya que pueden ser varios.

Advierto: A pesar de que el Código vigente no reproduce el contenido del artículo 288 del Proyecto de 1998, que –siguiendo la prevalente tendencia del notariado de la Capital Federal, receptada en el despacho de la XIII Jornada Notarial Argentina (Santa Fe, septiembre de 1970)– disponía: “Sólo las actas protocolares tienen el valor probatorio de los instrumentos públicos”, pienso que el inicio del precepto que estoy analizando (“Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones”) no implica la prohibición de su existencia, por no referir a la **forma** sino a otros aspectos. Y lo demuestro así: en el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales se dice lo mismo<sup>37</sup> y **hay actas extraprotocolares**<sup>38</sup>; y también lo decía el Proyecto de 1998, que **las prohibía expresamente** (lo que no hace el Código Civil y Comercial).

36. Imaginemos lo que podría ocurrir de procederse así durante una asamblea de gran tensión en un club, un consorcio o un sindicato.

37. Art. 42 ALDN: “Las actas que constituyen documentos matrices están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones...”

38. Art. 41 ALDN: “Las actas pueden ser protocolares y extraprotocolares...”

*Artículo 312*

Valor probatorio. El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario **tiene a la vista**, a la **verificación de su existencia y su estado**. En cuanto a las personas, **se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten**. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial.

Como esta norma exhibe –amén de ciertas falencias conceptuales– una muy lamentable redacción, propongo la substitución de las siguientes expresiones:

- “tiene a la vista” por “**percibe**” –palabra más precisa y abarcadora de todos los sentidos–, seguida de la conjunción “y”;
- “a su identificación si existe” por “**a su identificación y existencia**”, concluyendo en un punto, a continuación del cual la oración sería: “**Debe dejarse constancia de los juicios y declaraciones que se emitan, las cuales [o sea, solo las declaraciones] deben referirse como meros hechos, sin contenido negocial**”. Como la palabra “circunscribe” aparece repetida, sugiero reemplazarla la segunda vez por “**limita**”.

**2.4. Instrumentos privados y particulares***Artículo 313*

**Firma de los instrumentos privados.** Si alguno de los firmantes de un instrumento privado **no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento.**

No se comprende a qué apunta este artículo, ya que:

- 1) El epígrafe resulta redundante.
- 2) Contradice la noción de “firma” plasmada en el artículo 288 (“Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo”, obviamente autógrafo del firmante).
- 3) Desconoce la naturaleza del “instrumento privado”, cual **especie del género** “instrumentos particulares”, según surge del artículo 287 del mismo Código.<sup>39</sup>

En consecuencia, se aparta –sin base alguna– de la tradicional y correcta caracterización plasmada en el artículo 1012 del ex Código Civil, que disponía que la firma “es una condición **esencial** para la **existencia** de todo acto bajo forma privada” (significando que un escrito no firmado **no es “instrumento privado”**). Sugiero **suprimirlo**.

39. Art. 287 CCCN: “Instrumentos privados y particulares no firmados. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados”.

*Artículo 315*

[...] Cuando el documento firmado en blanco es sustraído **contra la voluntad de la persona que lo guarda**, esas circunstancias pueden probarse por cualquier medio.

Dado que “sustraer” lleva implícita la idea de una acción fraudulenta –que, obviamente, se efectúa contra la voluntad del perjudicado (por lo que está de más explicitarlo)– y considerando que, además, debe preverse la **pérdida** del documento, propongo la siguiente redacción: “Cuando el documento firmado en blanco le es sustraído a la persona que lo guarda **o ésta lo pierde**, esas circunstancias pueden probarse por cualquier medio”.

*Artículo 317*

Fecha cierta. La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez.

Esta norma padece del mismo defecto de los artículos 1034 y 1035 del ex Código Civil: ¿se trata realmente de **fecha cierta**, lo que significa **absoluta certidumbre del lugar y día en que fueron hechos los documentos**? Sostengo desde hace muchos años<sup>40</sup> que no, señalando que se trata de casos que en que se acredita **la existencia de tales documentos a esa fecha** (o sea, de una cierta fecha), careciendo de la **incontrovertible certeza** que dan a ese respecto los instrumentos públicos.

## 2.5. Acerca de la forma del apoderamiento

*Artículo 363*

Forma. El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar.

40. “Que el documento adquiriera existencia cierta a esa fecha no lo transforma en «público»”, dije en la mencionada conferencia de 1995, agregando lo que se recoge como nota 88 en el texto publicado (cfr. nota 8 del presente trabajo): “Así lo expresamos, ya que no se le imprime certidumbre de su fecha –día, mes y año en que el documento fue hecho (o «fecho»)–, lo que propiamente constituye «fecha cierta» (cualidad de todo instrumento público). Rompiendo la unanimidad que exhibe la dogmática nacional, pensamos que los casos descritos en el artículo 1035 del Código Civil no son de «fecha cierta» sino de existencia cierta a esa fecha, como decimos en el texto (o –según nueva denominación que proponemos– de «cierta fecha»)”.

Este artículo –que luce original, ya que el Proyecto de 1998 no contiene una norma similar ni en el capítulo de la forma de los contratos<sup>41</sup> ni en el del mandato<sup>42</sup>– aparenta ser muy criterioso. Sin embargo, omite algo que –con toda razonabilidad– estaba dispuesto en el inciso 7 del artículo 1184 del ex Código Civil, que imponía la forma de la escritura pública para los “poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes”, por lo que propuse –como aspiración mínima– la siguiente redacción:

*Artículo 363.* Forma. El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar. Los poderes generales o para varios negocios deben formalizarse por escritura pública, cualquiera sea su objeto.

### Fundamento de la propuesta:

Resulta conveniente –especialmente por los riesgos de extravío, además de la exigencia de certeza respecto de la autoría, fecha y contenido– que los poderes que habrán de utilizarse varias veces (como los generales o para pluralidad de actos jurídicos) consten en instrumentos públicos con matricidad.

## 2.6. Los contratos formales

### *Artículo 969*

Contratos formales. Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no impongan una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato.

Este precepto –de muy cuestionable originalidad– tampoco tiene como antecedente el Proyecto de 1998, de cuyo artículo 961 –que emplea expresiones de mayor precisión conceptual– puede inferirse que llega a una conclusión que coincide con el criterio que vuelco en la siguiente propuesta.

41. Arts. 958-961. [N. del E.: acceder al texto del Proyecto de 1998 [aquí](#)].

42. Arts. 1241-1257. [N. del E.: acceder al texto del Proyecto de 1998 [aquí](#)].

### Texto sugerido:

*Artículo 969.* Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la ley dispone su conversión substancial por inobservancia de la forma, los contratos no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no impongan una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato.

### Fundamento:

Cuando la ley impone una determinada forma para cualquier especie de acto jurídico (v.g.: un contrato), lo hace generalmente como **requisito de validez** –salvo expresa mención de que lo sea para su “existencia”, “eficacia”, “conversión” o “prueba” (como ocurría en el ex Código Civil)–, según he demostrado<sup>43</sup>, por lo que su inobservancia acarrea la nulidad. Frente a dicha invalidez, la ley puede optar por desechar el acto o –en determinados casos, expresamente indicados– convertirlo en otro negocio, cuyo objeto es únicamente el cumplimiento de la forma omitida (ejemplificando con normas del Código velezano, eso es lo que ocurría –respectivamente– con los contratos mencionados en los artículos 1810 y 1184, dado que la conversión substancial del artículo 1185 operaba solo para estos últimos)<sup>44</sup>.

43. Ver ob. cit. (cfr. nota 18); remito especialmente al punto V “La forma en el derecho”, en el que me explayo acerca de las distintas “funciones” de la forma, a saber: a) para su **existencia** (para “ser”); b) para su **validez** (para “valer”); c) para su **conversión** (para “transmutar”); d) para su **eficacia** (para “trascender”); e) para su **prueba** (para “aparecer”).

44. Ver ídem; transcribo, sin sus notas, el punto V.6.2. “Forma para ‘valer’”: “La imposición formal reviste en este caso el carácter de requisito de validez del *factum* (que –como tal– existirá, a pesar de su inobservancia). Quiere esto decir que aquí la forma impuesta no hace a la “esencia” del hecho, sino a su valor. En referencia al Código Civil argentino, ya hemos consignado que nuestra visión de los casos mentados en el artículo 1810 difiere de la de algún importante sector de la doctrina, habida cuenta que los conceptuamos de la especie que estamos analizando (y no del anteriormente expuesto). Con otras palabras: consideramos que la exigencia de la escritura pública para las donaciones ‘de bienes inmuebles’ o ‘de prestaciones periódicas o vitalicias’ (incisos 1º y 2º, respectivamente, de la citada norma) reviste idéntica naturaleza –en punto a la función de la forma impuesta– que en los once incisos del artículo 1184 del mismo código. No se nos escapa que existen diferencias entre ambas hipótesis, en tanto lo preceptuado en el artículo 1185 rige para los actos mencionados en el precedente y no para los que mienta el artículo 1810 (que expresamente excluye su aplicación). Pero nos apresuramos a señalar que esa perceptible diversidad repercute en otro elemento del acto –el contenido– y no en la forma, que es lo que estamos aquí considerando. Como el asunto ha sufrido una defectuosa inteligencia por parte de un nutrido sector de la dogmática nacional –según explicaremos más abajo– conviene que nos detengamos a exponer la interpretación que corresponde, según nuestro punto de vista. Pensamos que no cabe duda de que el artículo 1184 impone una determinada forma para los actos jurídicos que se mencionan en sus once incisos, y que su inobservancia –no obstante la supresión de la frase ‘bajo pena de nulidad’ por la ley N° 17711– provoca su ‘invalidez’, como surge del juego sistemático de otras normas del mismo cuerpo (v.g.: los artículos 977 y 1044). Además, sostenemos que esos negocios ‘nulos’ se transforman –en virtud de lo dispuesto por el artículo 1185– en preliminares válidos, que obligan a cumplimentar la omitida exigencia formal (en el caso, la escritura pública). El fenómeno que así se verifica no es otro que el de la ‘conversión substancial’ del negocio, según hemos sostenido con anterioridad. Recapitulando: la diferencia entre ambos casos no estriba en la idén-

En el Código Civil y Comercial –ya desde el anteproyecto presentado por la comisión redactora– parecen desconocerse tales mecanismos, a tenor de los textos del artículo 285 y del que aquí analizo. En efecto, la oración “Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad” parece referir –por ejemplo– a los supuestos previstos en el artículo 1184, del cual la Ley 17711 eliminó la frase “bajo pena de nulidad”. Sin embargo, el juego sistemático de otros artículos (v. g.: 976 a 978 y, especialmente, el 1044 –en tanto prescribía: “Son nulos los actos jurídicos [...] cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley”–) tornó inoperante dicha supresión, por lo cual tales contratos **continuaron siendo tan nulos como antes de la reforma**. Ocurría, sí, que se trataba de casos en que se producía la **conversión substancial** del negocio inválido –como ya he explicado– y se propone en el texto sugerido.

Tal como anticipé, de la primera parte del artículo 961 del Proyecto de 1989 (“Contratos solemnes relativos. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto como formalidad solemne relativa comporta una obligación de hacer”), puede deducirse que tales actos –sin perjuicio de la señalada conversión– padecen de “originaria nulidad”, como afirma también Gherzi.<sup>45</sup>

## 2.7. ¿Qué fue del testamento cerrado?

Vélez Sarsfield le dedicó a esta forma testamentaria seis artículos: el 3622 y del 3665 al 3670. ¿Cuál fue la causa de su desaparición, dispuesta ya en el Proyecto de 1998 e imitada por el hoy vigente? En los fundamentos de ambos<sup>46</sup> se expresa escuetamente lo que sigue: “Se suprime la forma testamentaria denominada «testamento cerrado» por carecer de uso en la práctica y la complejidad de sus requisitos”.

---

tica ‘invalidez’ comercial, sino en que en uno se produce un efecto conversivo (1184) –lo que dará lugar a otra ‘función’ de la imposición formal (de la que nos ocuparemos en el punto siguiente)– y en el otro no (1810) del contrato que incumple la forma impuesta. Pasando a otro asunto, no podemos dejar fuera de consideración la idea que el prestigioso González Palomino expresa en el sentido de que las formas de valer son ‘un añadido al negocio mismo, algo que es sumado al negocio, posterior al negocio; por más que surjan en el mismo instante, muchas veces, negocio perfecto y forma superpuesta de eficacia’. Y ello para señalar –sin perjuicio de coincidir en punto a que en tales casos ‘no cabe hablar de forma constitutiva del negocio’ –que la categoría formal que estamos analizando implica –al igual que la por él denominada de ser– ‘forma de la declaración’, que el nombrado notarialista reserva exclusivamente a la especie ‘constitutiva’. Para aclarar la cuestión, creemos que se debe tomar otro criterio distintivo: el de la función de la exigencia formal (que, como forma, en todos los casos lo es de la ‘manifestación’), o –dicho de otro modo– desentrañar el ‘para qué’ de la imposición formal, en substitución del ‘sobre qué’ ella recae (ya que, invariablemente lo será el hecho). Y bien: acorde a ese fundamento funcional hemos propuesto las clasificaciones de la forma: ‘para la existencia’, ‘para la validez’, ‘para la eficacia’ y ‘para la prueba’ del *factum* (cualquiera sea su índole). Diferentes son los casos de ‘tradicón, publicidad, etc.’ –que aquel autor incluye entre las ‘formas de valer’– que en nuestro enfoque no encuadran en ninguna de las cinco especies formales señaladas (puesto que no integran el *factum*, como ya hemos explicado)”.

45. GHERZI, Carlos A., *Contratos. Problemática moderna. Nulidades contractuales y cláusulas abusivas*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 153.

46. [N. del E.: ver respectivamente los fundamentos del [CCCN](#) y del [Proyecto 1998](#)].

Al respecto, señalo que la primera afirmación no parece basarse en ninguna estadística –la que habría demostrado, por el contrario, que se sigue utilizando– y, acerca de la segunda, que podrían haberse simplificado los recaudos (al menos en cuanto al número de testigos, tal como se hizo –reduciendo de tres a dos (art. 2479)– en el testamento por acto público). A todo ello añado algo que considero de real importancia: se trata de la forma **que más ventajas ofrece**: 1) en cuanto al **secreto** de su contenido (ya que en el “por acto público” lo conocen –mínimamente– el notario, el protocolista, los testigos y, finalmente, el inspector del protocolo); 2) en materia de su **seguridad** (dado que el “ológrafo” puede ser ocultado y destruido).

De cualquier manera, creo que seguirá siendo viable entregar un testamento ológrafo en un sobre cerrado a un escribano, ya que –si bien el Código Civil y Comercial no establece cuáles son los tipos de actas– es muy probable que todas las leyes orgánicas locales continúen previéndolas –entre ellas, la de depósito (como se propuso en el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales<sup>47</sup> y lo hace, p. ej., la Ley Orgánica 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>48</sup>)–.

## 2.8. El alcance de la forma de la dispensa de colación

Resulta notorio que –además de la forma testamentaria, la única admitida por el ex Código Civil (art. 3484<sup>49</sup>)– el Código vigente prevé la dispensa de colación formalizada “en el acto de la donación” (art. 2385). Creo que –aunque en la nueva norma se omite decirlo– la frase transcripta precedentemente **debe ser interpretada con carácter general**, incluyendo **todos los actos que obliguen a colacionar**, como, por ejemplo, los del artículo 2461 (a los que he denominado “onerosos sospechados”<sup>50</sup>), tema que paso a tratar.

### 2.8.1. Negocios onerosos y gratuitos con legitimarios

Principios generales:

- a) Los **actos onerosos puros son inocuos** (ya que el valor del bien que sale del patrimonio del padre, por ejemplo, se compensa con el del bien que ingresa). Solo cabe atacarlos **por simulación** (si son “inocuos”). Los coherederos pueden con-

47. Art. 58 **ALDN** (cfr. nota 1) “Actas de depósito y consignación”: “I. El notario podrá documentar en acta el depósito o custodia de dinero, cosas, valores y documentos. Las circunstancias atinentes al depositante, a los fines del depósito y a la individualización de lo depositado y estipulaciones de los interesados e igualmente si lo es por plazo o no. Se exceptúa el caso en que ello pueda hacerse constar mediante certificado o recibo. II. Su admisión es voluntaria y sujeta a las condiciones que se determinen cuando no exista obligación legal”.

48. Art. 21 **Ley 404 CABA**: “En ejercicio de tal competencia, los escribanos de registro pueden: [...] c) Expedir certificados sobre: [...] IV. La recepción de depósitos de dinero, valores, documentos y otras cosas”.

49. Art. 3484 **CCIV**: “La dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible.”

50. Al exponer, en conferencias y cursos, sobre negocios onerosos y gratuitos con legitimarios.

currir a su celebración, al solo efecto de manifestar “que les consta la onerosidad del acto” (ya que no consienten ni asienten).

- b) Respecto de los actos a título gratuito, el ex Código Civil disponía: “Toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importa una anticipación de su porción hereditaria” (art. 3476). “Los ascendientes y descendientes deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto” (art. 3477).
- c) Los actos onerosos sospechados son –en el Código Civil y Comercial– los siguientes:

#### Artículo 2461

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.

La posibilidad de que el legitimario adquirente “demuestre” que ha pagado **equivale a admitir la prueba en contrario** (a pesar de que el texto la rechaza). En consecuencia, la presunción que la norma consagra es solo *iuris tantum*. Este serio error no tiene precedentes, ya que en el ex Código Civil el carácter de la **presunción** no aparecía en el texto del artículo 3604,<sup>51</sup> sino en la **parte final de la nota**, donde Vélez daba su opinión (que carecía de naturaleza normativa).<sup>52</sup>

#### Imputación:

[2461] El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación.

#### Excepción:

[2461] 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.

51. Art. 3604 CCIV: “Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima”.

52. “Esta presunción es *iuris et de jure* contra la cual no se admite prueba”.

La inclusión de los negocios a **título gratuito** no se compadece con la tipología que la norma diseña como principio general: actos “**entre vivos a título oneroso**”. Además, la hipótesis de que los legitimarios **consientan** dichos negocios **gratuitos** –caso que tampoco contenía el artículo 3604 del ex Código Civil– implica admitir los **pactos sobre herencia futura**, que el artículo 1010 del Código Civil y Comercial condena expresamente.<sup>53</sup>

Me adelanto a aclarar que los “pactos” autorizados en la segunda parte de la norma citada no alteran mi anterior conclusión, dado que dichos pactos “son válidos [...] si no afectan la **legítima hereditaria**, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

## 2.9. La transcripción del contrato de fideicomiso

### *Artículo 1669*

Forma. El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.

Hago notar que la inscripción del contrato fue incorporada al texto del anteproyecto de la Comisión por el Poder Ejecutivo Nacional.

Situándonos solo en los casos en que el fideicomiso **refiere a bienes inmuebles**, aparece excesiva y carente de utilidad la transcripción del contrato, dado que –por formalizarse en una escritura pública (cuyo autorizante y registro notarial, fecha, número y fojas se hallan precisamente detallados en el folio real y en la posterior escritura de transferencia)– permite una fácil compulsión del contrato de fideicomiso, de ser necesaria. Siendo así, una interpretación lógica del precepto concluiría **limitando** dicha exigencia a los casos en que el contrato de fideicomiso se formaliza en **instrumento privado**, dada la opción formal prevista en la norma. De no compartirse ese criterio, sostengo que la mencionada transcripción podría válidamente sustituirse

53. Art. 1010 CCCN: “Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa. Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

por la **agregación o incorporación al protocolo de una copia autenticada del contrato** (con o sin entrega de un ejemplar, junto con la primera copia de la escritura), ya que –de negarse tal posibilidad– se incurriría en lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha descalificado por el vicio de “exceso ritual manifiesto” o “excesivo rigor formal”.

### 3. La llamada “inoponibilidad” de la personalidad jurídica

A ella refiere el siguiente párrafo del artículo 54 de la [Ley 19550](#):

La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Basándome en que la “inoponibilidad” se predica de los **actos o negocios jurídicos** –y que jamás puede serlo un sujeto de derecho–, lamento que se haya omitido adecuar el texto a la tesis que expuse en 1973,<sup>54</sup> oportunidad en la que desarrollo una nueva teoría en sentido diametralmente opuesto a las doctrinas de la penetración y de la redhibición, **reafirmando la personalidad de los entes colectivos**, que –por serlo– pueden comportarse como **sujetos activos en negocios viciados** por simulación ilícita, interposición real y fraudulenta de persona o ilicitud causal, enfoque que adopto íntegramente Zannoni siete años después.<sup>55</sup>

54. “Las doctrinas de la penetración y de la redhibición de la personalidad societaria, a la luz de la teoría general del negocio jurídico” (elaborado para el XII Congreso Internacional del Notariado Latino [Buenos Aires, 1-9 octubre 1973]; integra el estudio presentado por la Delegación Argentina como contribución al pto. 4 del temario, “Sociedades comerciales”, pp. 207-241), en *Revista del Notariado*, N° 735, 1974, pp. 861-888.

55. Ver ZANNONI, Eduardo A., *Sociedad entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario*, Buenos Aires, Astrea, 1980, en algunas de cuyas notas y la bibliografía cita mi estudio. Existe una generalizada creencia de que dicho enfoque es original del mencionado jurista, lo que se refleja en menciones como la siguiente, efectuada en Verón, Alberto V. y Zunino, Jorge O., *Reforma al régimen de sociedades comerciales. Comentario a la ley 22903*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 54 y notas 106 y 107: «Agregando un nuevo elemento interpretativo dice Zannoni que “así como si un deudor transfiere fraudulentamente bienes de su patrimonio para quedar en insolvencia, la acción revocatoria o pauliana no pone en cuestión la ‘personalidad’ del insolvente –ni a nadie se le ocurriría decir que la inoponibilidad de los actos de disposición fraudulentos derivan de los ‘límites normativos a su capacidad’–, de igual modo, los actos fraudulentos de una sociedad serán en su caso inoponibles, ineficaces en razón del vicio propio de aquéllos sin que esa inoponibilidad o ineficacia comprometa la disciplina normativa de la sociedad. En suma: para atacar el fraude no es conducente ni ‘destruir’ la personalidad jurídica ni ‘reputarla ineficaz’. Lo que hay que desestimar es el ‘acto’, no la ‘persona’». Lo mismo ocurrió en Cám. Civ. y Com. de Concepción del Uruguay, 9/2/1979, “Morrogh Bernard, Juan F. c/ Grave de Peralta de Morrogh Bernard, Eugenia y otros” (*La Ley*, t. 1979-D, p. 237). En efecto: el Dr. Oscar R. M. Caffa, en su voto, expresó: “Comentando precisamente este caso en *Rev. La Ley*, t. 1978-B, p. 195, Eduardo A. Zannoni propone para su solución la consideración de la interposición fraudulenta de persona”. Por su parte, la eminente y siempre recordada profesora Josefa Méndez Costa –en su nota a ese fallo, publicada conjuntamente (cita online AR/DOC/11923/2001)– escribió en la segunda parte del pto. 9: “Para el caso propone Zannoni la aplicación de

---

un concepto genérico y unitario del fraude que estaría consumado mediante la interposición real de persona. «La constitución de la sociedad es válida en las relaciones internas de los socios, apunta, pero si ella importa el medio para realizar un acto en fraude de terceros, habrá de ser inoponible respecto a éstos», lo cual «no compromete la personalidad de la sociedad como tal, ni implica plantear la desestimación de ella: simplemente, la inoponibilidad del aporte fraudulentamente realizado en perjuicio de esos herederos forzosos que reclaman la integridad de su legítima en el haber hereditario», con cita de la obra de Zannoni en la nota 27.

# ¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?

Eleonora R. Casabé

---

## RESUMEN

El artículo 2459 del Código Civil y Comercial pretende poner fin a la problemática de las donaciones tachadas de inoficiosas, con una calificación del efecto saneatorio que despierta dudas en cuanto a su correcta utilización. Parece ser contradictoria en su articulado, optando por una defensa a ultranza de la legítima y pretendiendo poner fin a un conflicto que podrá de algún modo enfrentar judicialmente a quienes crean legítimamente tener derechos a resguardar: poseedor donatario o subadquirente por diez años versus legitimario afectado en su porción legítima.

---

**Sumario:** **1.** El origen del problema. **2.** Las posibles soluciones. **3.** La problemática en el Código Civil y Comercial. **4.** La prescripción adquisitiva. **5.** Caducidad. **6.** Conclusiones.

## 1. El origen del problema

Desde hace ya muchos años, el notariado muestra su profunda preocupación por el impedimento en la libre circulación de los títulos provenientes de donaciones. Sería injusto mencionar una sola corriente interpretativa, cuando se han ensayado diversas propuestas a lo largo de tanto tiempo sin que pudiera ponerse punto final a la discusión.

El derogado **Código Civil** (CCIV), producto de una inmejorable redacción de Vélez Sarsfield –fiel a la filosofía de su época–, introdujo en su articulado una previsión que, lejos de simplificar las posibles situaciones de conflicto, produjo abundante y contrapuesta doctrina, a punto tal que dividió las aguas del notariado de acuerdo a la tendencia mayoritaria vigente en cada demarcación. Nos referimos al artículo 3955 CCIV, que no sufriera ninguna modificación pese a las numerosas modificaciones introducidas en el Código y que establecía:

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

La problemática ha girado alrededor de la interpretación que la doctrina y alguna jurisprudencia produjeron respecto de las donaciones efectuadas a quienes serán considerados *a posteriori* legitimarios y de las realizadas a extraños, que algunos han dado en llamar “terceros”.

El antecedente más importante es, sin dudas, el fallo plenario “Escary c/ Pietranera”<sup>1</sup>, en el que se resolvió: que la acción de reducción se acuerda contra el donatario que no es heredero forzoso por inoficiosidad de la donación; que la colación tiene por objeto mantener la igualdad de las porciones legítimas entre herederos forzosos; y que la acción reivindicatoria compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación inoficiosa sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero. Bueno es recordar que, en sus consideraciones, algunos de los brillantes votos de los opinantes dejaron ya entrever lo peligroso de interpretar en forma amplia la *reivindicabilidad* de los bienes, debido a que afecta la circulación documental y, por ende, el derecho de propiedad. Basta para ello la afirmación del doctor Helguera:

Considerada la mencionada disposición legal como acordando una acción reivindicatoria al heredero contra los terceros poseedores de inmuebles donados, importa indirectamente hacer ineficaces y peligrosas las donaciones y afectar a los títulos de propiedad de vicios que los invaliden e impidan su transmisión. Las consecuencias de tal sistema no pueden traer sino trastornos y dificultades y mantener perpetuamente sobre los dueños de bienes raíces una amenaza que hace ilusorio su derecho y los priva de disponer de lo que les pertenecen.

Es por ello que el notariado de la Capital Federal adhirió sin más a la tesis de que los títulos de donación efectuados a los que revestirían el carácter de herederos forzosos no podrían provocar objeciones en su circulación, no serían observables y, por ende, implicarían, sin más, su aceptación en el mercado inmobiliario. Así, el reconocido notarialista Francisco Cerávolo<sup>2</sup> afirma:

Coincidimos con el criterio de que nuestro Código organizó dos regímenes distintos en materia de donaciones; uno para las donaciones a extraños y otro para las hechas a favor de herederos forzosos; en éstas el dominio queda definitivamente adquirido por el donatario y sólo se considera el valor del inmueble en la cuenta de partición. El incumplimiento de la obligación del donatario de reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto origina un crédito del perjudicado contra su coheredero por el valor de los inmuebles, que debe computarse al tiempo de la apertura de la sucesión y actualizarse, como toda obligación de valor, con su-

1. CNCiv, en pleno, 11/6/1912, “Escary c/ Pietranera” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1). [N. del E.: ver plenario [aquí](#)].

2. CERÁVOLO, Francisco, “Los títulos provenientes de donaciones a herederos forzosos no son observables”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/10/2010; t. 2010-F, p. 689; y en *Derecho de Familia y de las Personas*, 2010, p. 171; cita online AR/DOC/6057/2010.

jeción a las variaciones del poder de cambio de la moneda. No tiene derecho a la cosa, sino a su valor, ni acción real alguna contra el tercer adquirente; ésta es la solución en nuestro régimen legal, emanada de la letra del art. 3477 y de su espíritu.

Frente a esta postura, se alzó otra corriente notarialista que hizo hincapié en la posibilidad de que todo título de donación pudiera reputarse válido y no observable en la medida en que no se conociera la existencia de herederos legitimarios o cónyuge que pudieran ver afectados sus derechos. La mala fe, dicen quienes sostienen esta teoría, no puede presumirse ni tampoco la mera sospecha. Afirma Lamber:<sup>3</sup>

No hay norma alguna que condene la donación como contrato prohibido, y la supuesta condición resolutoria implícita lo es, desde la óptica de los que la admiten, en los supuestos en que el donante tuviera herederos legitimarios o cónyuge. Pero quien no los tiene no está condenado por condición alguna. Es libre de contratar como mejor disponga y el absurdo es la prohibición por las dudas.

Así las cosas, la discusión se centró finalmente en determinar el carácter de la acción de reducción y sus efectos:

- a) Si la acción es personal y no tiene efectos reipersecutorios.
- b) Si la acción es real, en cuyo caso lo perseguido es el inmueble.
- c) Si la acción es siempre personal, pero despliega sus efectos reipersecutorios.

Baste recordar los fundamentos del doctor Zannoni cuando afirma que los que sostienen que las donaciones efectuadas al legitimario no están comprendidas en la reducción, por cuanto estarían sujetas a colación, ceden frente a la posibilidad de que el heredero afectado en su legítima por aquel acto pueda dirigir su acción de reducción contra el coheredero o contra el tercer adquirente, no importa la onerosidad o gratuidad del acto y de su buena fe. Esta postura llevó a que parte de alguna doctrina civilista concluyera que las donaciones siempre comportan un dominio esencialmente resoluble, pues conllevan la posibilidad de que, desplegada la acción, el efecto reipersecutorio alcance también a los posteriores adquirentes.

Coincidimos con Solari<sup>4</sup> cuando afirma que estas conclusiones, que tanto impactan en el tráfico documental, no tienen más fundamento que una exacerbada protección de la legítima:

... esa defensa de la legítima no solamente se podría lograr con una acción reivindicatoria, una acción real en este caso, sino que también podría quedar satisfecha con una acción personal.

3. LAMBER, Rubén A., *Donaciones*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

4. [Su intervención en] ALTERINI, J. H. y SOLARI, N. E., “¿Es observable el título del heredero forzoso donatario?” (conferencia organizada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires [septiembre, 2010]); el material se publicó en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata “Donaciones a herederos forzosos”, diciembre 2010, pp. 39-63.

Y concluye, entonces, que traer el excedente a la masa no necesariamente debe ser en especie sino también en valor, para afirmar que la insolvencia, que también se invoca como sustento del efecto real, es una vicisitud o riesgo que puede darse pero que no puede dejar abierta la situación del título, fundamentalmente porque se presume la buena fe.

De los pocos antecedentes jurisprudenciales en los que el conflicto se planteara, no podemos dejar de recordar “Yebra, Patricia E. c/ Gasparini de Roca, María Marta E.” y otros *s/ acción de reducción*<sup>5</sup>. Allí, el voto del doctor Kiper recuerda la postura planteada por Di Lella al sostener que en nuestro derecho no se ha creado una colación “*sui generis*” que prive al legitimario de la acción de reducción frente a otro heredero forzoso, para luego admitir: “coincido con la doctrina que visualiza en estos supuestos un caso de dominio revocable. Toda donación está sometida a la condición tácita de no ser inoficiosa”.

## 2. Las posibles soluciones

Frente a estas discrepancias interpretativas, se buscó solucionar el pretendido defecto de los títulos provenientes de donación para darles circulabilidad ante la posibilidad de detener el tráfico negocial por la sola suposición de la existencia de otros futuros legitimarios o por exceder el valor de lo donado al momento del fallecimiento del donante la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario. Bueno es recordar que la donación es uno de los contratos más utilizados en la mayor parte de las provincias del país, a la que recurren no solo los padres que desean transmitir en vida alguno de sus bienes a sus hijos, sino los parientes que quieren permitirles a sus familiares más jóvenes y cercanos a ellos en el afecto que de algún modo exploten los inmuebles.

Se intentaron soluciones alternativas, que surgieron del ámbito del notariado, tales como la figura del distracto, la transformación del acto gratuito en oneroso y la posibilidad de probar la existencia de cargos no explicitados en la formalización del contrato. Ninguna de ellas fue totalmente satisfactoria; en algún caso, por no compartir la idea de que el distracto, tal como lo planteara el Codificador, no implicara una nueva donación; en otros, por necesitar probanzas imposibles de lograr o por las implicancias impositivas que acarrearaban.

Frente a todas ellas, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias concordaban en que, transcurridos diez años desde la muerte del donante, el defecto de observabilidad quedaba definitivamente subsanado.

5. CNCiv, Sala H, 12/5/1998, “Yebra, Patricia E. c/ Gasparini de Roca, María Marta E. y otros *s/ Acción de reducción*”.

### 3. La problemática en el Código Civil y Comercial

Frente a la inminente presentación del proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial, el notariado nacional acercó sus ideas y explicó la importancia de dar una solución definitiva que terminara con la incertidumbre de las distintas corrientes de opinión. Puso por encima de toda convicción el valor *seguridad jurídica* y recordó los esfuerzos intentados en reiteradas oportunidades para lograr, durante la vigencia del CCIV, una modificación legal que permitiera unificar criterios y conciliar intereses. Basta para ello recordar los proyectos de modificación de los artículos 3955, 1830, 1831 y 1832 que se presentaron para su tratamiento legislativo y que no obtuvieran nunca aprobación definitiva.

Sin perjuicio de ello, los autores del proyecto se inclinaron por la solución más restrictiva, al consagrar en el artículo 2458 el claro efecto reipersecutorio:

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

Es decir, se adopta la posición más estricta, no resultando ya discutible el carácter reipersecutorio de la acción, pero con un carácter más atenuado, al brindar la posibilidad de desinteresarse al legitimario afectado entregando el dinero suficiente para cubrir la parte excedente. Desde ya, la solución brindada ha puesto por encima del valor *circulación documental*, lo que ha considerado como valor superior, esto es, la *protección de la legítima*.

En los **fundamentos** del proyecto, los autores no brindan una explicación muy detallada:

Se proyecta solucionar un problema oscuro en la doctrina nacional: el de si las donaciones que exceden la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario están sujetas a reducción o si sólo se debe el valor del excedente a modo de colación. Se ha estimado preferible la solución según la cual, aunque haya dispensa de colación o mejora, esa donación está sujeta a reducción por el valor del exceso.

Ahora bien, puesto un punto final a la discusión relacionada, resta saber qué postura adoptar frente a las donaciones efectuadas con anterioridad a la vigencia del **Código Civil y Comercial** (CCCN), cuando –sobre todo, en el ámbito capitalino– se entendió que las efectuadas a los futuros legitimarios no podían estar alcanzadas por la acción de reducción.

Autores de la talla de Alterini no dudan en afirmar que si tales donaciones no eran observables a la fecha de entrada en vigencia del CCCN, no pueden serlo ahora, porque ello implicaría afectar una situación jurídica consumada antes y sería violatorio del amparo constitucional que merecen los derechos así nacidos. Funda su postura en lo dispuesto en el artículo 7 del código vigente.

A igual conclusión se llegó en la 41ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (junio 2015),<sup>6</sup> en la que se afirmó:

El “donatario legitimario” de un bien inmueble que se le haya transmitido a título de donación en vigencia del Código Civil de la Nación (Vélez Sarsfield); y/o el subadquirente de un bien inmueble, que tiene como antecedente una donación a heredero legitimario; tienen y tendrán, una vez que entre en vigencia la Ley 26994, nuevo Código Civil y Comercial, un “dominio perfecto”, no pasible de ser atacado por los distintos alcances de las acciones de protección de la legítima que prevé el nuevo régimen.

Pero, más allá de considerar si estas conclusiones satisfacen a toda la doctrina civilista y en especial a los acérrimos defensores de la legítima, el CCCN ha intentado poner un límite temporal a los temidos efectos reipersecutorios, consagrando una solución novedosa en su artículo 2459:

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

Dicen los autores en sus **fundamentos**:

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

#### 4. La prescripción adquisitiva

La prescripción adquisitiva es tratada en el CCCN como un modo de adquirir los derechos reales y su tratamiento específico se aborda en las disposiciones del Libro Cuarto “Derechos reales”, artículos 1897 a 1905, así como en el Libro Sexto “Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”, Título I, Capítulo 1, donde se establecen las disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva. El artículo 1897 expresa:

Prescripción adquisitiva. La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley.

Mantiene dos clases de prescripción, la breve (arts. 1898, 1902 y 1903) y la larga (artículos 1899 y 1905). Con respecto a los inmuebles, conserva el plazo de diez años

6. [N. del E.: acceder a las conclusiones de la Convención [aquí](#)].

para la prescripción breve, conjugados con el justo título y la buena fe, y el de veinte años para la prescripción larga. La primera sirve como perfeccionadora de los títulos, pero siempre en la medida en que al plazo de ley se le agreguen los otros dos elementos. Es de destacar que el artículo 1902 CCCN, referido al justo título y la buena fe, consagra un principio desarrollado ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia al establecer que la buena fe consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a la relación posesoria. A diferencia de ello, la prescripción larga les confiere fuerza a los estados posesorios que se proyectan en el tiempo frente a la inacción del verdadero propietario.

Asimismo, cabe hacer notar que el CCCN incorpora disposiciones procesales relativas a la prescripción en los artículos 2551 a 2553, introduciendo, entre otras novedades, la posibilidad de articular la prescripción por la vía de la acción y/o de la excepción, respondiendo a lo reclamado por la doctrina jurídica. Ahora bien, el artículo 1905 determina que la sentencia de prescripción adquisitiva debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo, aclarando que no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión.

A la luz de lo normado para este instituto, parece errónea la calificación del plazo previsto como de prescripción adquisitiva en el artículo 2459, pues esta necesariamente requiere de sentencia judicial que la declare. No compartimos tampoco la idea de que estamos en presencia de una aplicación de la prescripción breve, pues no podríamos calificar el título proveniente de donación como de “justo título”. No hay en este caso un supuesto como el que califica el artículo 1902, dado que no estaríamos en presencia de un otorgante que no es capaz o que no está legitimado para el acto trasmitivo. La donación está permitida y será la muerte del donante el momento en que se pueda establecer si afectó o no el derecho de algún otro legitimario.

Coincidimos con Guardiola<sup>7</sup> cuando expresa que

... de la letra del precepto en cuestión, independientemente de la igualdad del plazo (10 años), no resulta la necesidad de concurrencia de los otros dos requisitos de aquella (justo título y buena fe). El primero se encontrará necesariamente superado en tanto habrá un título suficiente de adquisición de la donación (no es nula), aunque se trate de un dominio imperfecto, resoluble por una condición legal. En relación a la buena fe, soslaya –más allá de la genérica remisión al art. 1901 de unión de posesiones para ambas clases de prescripción– las distintas situaciones entre donatarios directos y subadquirentes y según haya sido a legitimarios o extraños, sin suministrar criterios de apreciación en relación al comportamiento frente a un hecho incierto (el perjuicio a la legítima) independiente del conocimiento o no que se tenga de la existencia de eventuales perjudicados. Las directrices de los art. 1902 y 1918 CCCN en cuanto a la buena fe se revelan insuficientes:

7. GUARDIOLA, Juan J., “La usucapión en el nuevo Código”, en *Revista Código Civil y Comercial*, n° 2, 2016, pp. 19-43 (cita online AR/DOC/566/2016).

el derecho a la posesión resulta de una causa jurídica idónea y válida, del examen de la documentación y constancias registrales (estudio de títulos) raramente resultara una sospecha que dé lugar a un error inexcusable y no se indican los actos concretos de verificación que debiera realizar.

¿Podemos hablar entonces de un plazo de caducidad?

## 5. Caducidad

La caducidad es tratada en el CCCN en los artículos 2566 a 2572 y definida como aquella que extingue el derecho no ejercido. El artículo 2459 ha querido establecer que las donaciones en las cuales el donatario y los subadquirentes hubieran poseído la cosa por más de diez años no son reducibles. ¿Podemos decir que este plazo es de caducidad dado que el legitimario todavía no tiene nacido el derecho, pues su legitimación solo se dará al momento del fallecimiento del donante y esto puede ocurrir mucho tiempo después de transcurridos los diez años de posesión por parte del donatario y los eventuales subadquirentes? ¿Será esta una forma peculiar de caducidad? O, como se pregunta algún civilista, ¿es que la acción del legitimario nació muerta?

Nos inclinamos a pensar que estamos en presencia de un verdadero plazo resolutorio. El CCIV diferenciaba entre el plazo suspensivo y el resolutorio por el modo en que influía en el ejercicio de un derecho. Hoy la distinción se suprime y el CCCN refiere que el plazo determina cuándo serán exigibles los derechos y cuándo se extinguen. Parece que estamos en presencia de un verdadero plazo resolutorio legal que operará transcurrido el lapso previsto por la ley si se acredita que ha habido posesión durante diez años.

Sin perjuicio de la presunción legal de que la posesión se inicia en la fecha del título, podrá ocurrir que esta haya precedido largamente la formalización de aquel, y esto nos llevará necesariamente a una vía probatoria que se desenvolverá en sede judicial. Posiblemente el legitimario afectado desista de intentar su acción sabiendo que el plazo decenal ha transcurrido, pero creemos que esto no obsta que la plantee más allá de excepcionarse el titular dominical.

Si la intencionalidad ha sido desalentar las donaciones, y por otra parte aminorar el impacto de la solución del Código, creemos que se ha desconocido una realidad cara a la sociedad argentina. Basta para ello con mirar el espectro documental y los antecedentes jurisprudenciales del país para arribar a la conclusión de que la figura de la donación, utilizada para responder a una saludable intención de favorecer en vida no solo a los legitimarios sino a aquellos a los que el donante bien puede gratificar sin lesionar derechos, no ha presentado en muchos años conflictos serios de reivindicación que hayan llegado en forma asidua a nuestros tribunales.

## 6. Conclusiones

La solución brindada por el CCCN:

- Pone fin a la discusión referida a los efectos reipersecutorios de la acción que pueda intentar el legitimario que se sienta afectado por la donación efectuada en exceso de la porción disponible del donante y la porción legítima del forzoso.
- Instala la inquietud con respecto a la calificación de las donaciones a legitimarios efectuadas con anterioridad a su entrada en vigencia, en especial para aquellos que siempre sostuvieron la observabilidad de esos títulos.
- Pretende poner fin a la problemática de las donaciones tachadas de inoficiosas, con una calificación del efecto saneatorio que despierta dudas en cuanto a su correcta utilización.
- Parece ser contradictoria en su articulado, optando por una defensa a ultranza de la legítima y pretendiendo poner fin a un conflicto que podrá de algún modo enfrentar judicialmente a quienes crean legítimamente tener derechos a resguardar: poseedor donatario o subadquirente por diez años versus legitimario afectado en su porción legítima.

El camino recién se inicia y, como siempre, el consejo será advertir con un prolijo asesoramiento toda la gama de posibilidades interpretativas que se abren con estas nuevas previsiones. La jurisprudencia mayoritaria tendrá la última palabra, pero a los profesionales nos toca la delicada tarea de encaminarla a soluciones acordes con el resguardo de la seguridad jurídica y la libre circulación documental.

# El notario y el juicio de capacidad del requirente frente al Código Civil y Comercial de la Nación

Natalio P. Etchegaray



## RESUMEN

Mientras el Registro de Sentencias de Incapacidad a que se refiere el artículo 39 del Código Civil y Comercial no se organice a nivel nacional y en condiciones de brindar una información idónea en tiempo y forma, no se innovará en la responsabilidad notarial en esta materia, la que seguirá ligada al deber de cerciorarse de la capacidad de los requirentes, dentro de los límites de hecho y de derecho que en el desempeño de sus funciones le obligan al notario a apreciarla o reconocerla.

**Sumario:** **1.** El juicio de capacidad de los comparecientes como acto propio del notario. **2.** Antecedentes notariales. **3.** Doctrina notarial. **3.1.** El juicio de capacidad del requirente del notario no requiere constancia documental. **4.** Las sentencias de incapacidad y su registración y publicidad en el Código Civil y Comercial. **5.** Conclusión.

## 1. El juicio de capacidad de los comparecientes como acto propio del notario. Declaración del mundo interior

El maestro Carlos Pelosi, refiriéndose a las “calificaciones”, expresó:

El ejercicio profesional está absorbido por una densa cantidad de actividades de juicio, sin las cuales quedaría baldío de su más trascendente dimensión [...] estos juicios o calificaciones consisten en afirmaciones del notario “ex intelecto suo”, que se proyectan en su mayor parte al ámbito de la legalidad. Junto a la versión formal de las realidades del mundo físico, realiza el notario su función de asistencia jurídica para asegurar la eficacia de su contenido. Las cumple en su condición de perito en derecho y custodio de la certeza en cuanto a la legalidad del acto o negocio instrumentado, que es labor engarzada a su quehacer documental.<sup>1</sup>

1. PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 2006.

Cita a continuación a García-Bernardo Landeta, quien manifestó con acierto que el notario no puede dar fe de un acto o contrato sin emitir juicio acerca de la **capacidad de los contratantes**, de su identidad, la naturaleza del acto y, en su caso, la legitimación. Recuerda también a De la Cámara Álvarez, quien destacó que el notario no solo afirma evidencias en los instrumentos, sino que, además, por exigencia legal o reglamentaria, formula juicios, bien sobre circunstancias de hecho que le constan o sobre ciertas cualidades jurídicas de las personas que ante él comparecen (juicio de capacidad). Ese juicio queda cubierto por la fe pública, aunque su error no puede incluirse en los delitos de falsedad documental (“verdad supuesta”, para Núñez Lagos, porque es una presunción que admite prueba en contrario sin necesidad de acción de falsedad).

Recordemos cómo claramente lo expone Vélez Sarsfield en su nota al artículo 993 del derogado **Código Civil** (CCIV), antecedente directo de artículo 296 del CCCN:

Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento, pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe, y admite prueba en contrario.

Y lo reitera en el artículo 3616, cuando dice: “La ley presume que toda persona está en su sano juicio, mientras no se pruebe lo contrario”; y en la nota:

El estado de demencia puede probarse por testigos, aunque el escribano haya expresado en el testamento que el testador se hallaba en su perfecta razón, pues los escribanos no tienen misión para comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan.

## 2. Antecedentes notariales

- *La ley española:* En España, la **Ley del Notariado**, pionera en la materia, no exige la mención de la capacidad de los otorgantes, pero sí lo hace el artículo 156, inciso 8, del **Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado**, por lo que la doctrina y la jurisprudencia solo consideran una falta disciplinaria su omisión en la escritura.
- *Congreso Internacional del Notariado de 1950:* En el II Congreso Internacional del Notariado Latino (Madrid, 1950), en sus recomendaciones respecto de normas funcionales, en el apartado 2º “Juicio de capacidad de los otorgante”, se dijo:

1º: Antes de autorizar cualquier acto o contrato, el notario habrá de apreciar la capacidad legal y civil de los comparecientes y de las partes.

2º: Cuando en el documento exista afirmación hecha por el notario de la capacidad de los comparecientes con referencia al momento de la autorización, sólo podrá ser desvirtuada dicha afirmación por pruebas referidas a tal momento que sean plenamente cumplidas y convincentes.

- *Congreso Internacional del Notariado de 1954*: En las conclusiones del III Congreso Internacional del Notariado Latino (París, 1954), y respecto de la **responsabilidad profesional del notario**, se resolvió:

A) Que en los países adheridos a la Unión, el legislador obre teniendo en cuenta el logro de los modos materiales prácticos, susceptibles de facilitar la tarea de los notarios, especialmente en lo que se refiere a la organización de un procedimiento propio, bajo la forma que mejor convenga, y tendiente [...]: a) a determinar en forma precisa las incapacidades que puedan afectar a los contratantes...

- *Congreso Internacional del Notariado de 1961*: En el VI Congreso Internacional del Notariado Latino (Montreal, 1961), el notariado argentino, con la coordinación de Pelosi, presentó un trabajo de equipo, en el que tuvo la oportunidad de participar, donde se examinaban y comparaban las reglas de la forma notarial. En el capítulo II, referente al notario, en la parte destinada al juicio de capacidad, realizada por los notarios Cerávolo y Pondé, se trata largamente el tema.<sup>2</sup> En primer lugar, se expone la regla proyectada:

Con prescindencia de que las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos obliguen o no al notario hacer constar en el texto del instrumento la capacidad legal de los comparecientes y de las partes, es su deber cerciorarse de la misma dentro de los límites de hecho y de derecho que en el desempeño de sus funciones le permitan apreciarla o reconocerla.

Al comparar las reglas, los autores destacan que el CCIV –hoy derogado– no mencionaba entre los deberes del notario mencionar la capacidad de los otorgantes, exclusión que mantiene el CCCN. Ya en la parte expositiva destacan que la capacidad de los intervinientes es un presupuesto indispensable de la actividad documental y que funciona como requisito de validez del negocio. También señalan que su eficacia no depende solo de la forma, sino también de su perfecta celebración, demostrando la necesidad de poder establecer si las partes y otorgantes tienen la idoneidad necesaria para emitir las declaraciones que corporiza el documento, cumpliendo así lo que el II Congreso Internacional pedía que hicieran los notarios antes de autorizar escrituras. Acertadamente, expresan como un límite de la responsabilidad del notario cuando no se han organizado registros que le permitan cerciorarse, por me-

2. AA. VV., [trabajo de la delegación argentina], en *VI Congreso Internacional del Notariado Latino*, t. 1, Unión Internacional del Notariado Latino, Montreal, 1961, p. 291.

dios idóneos y seguros, de la existencia o no de la incapacidad, sobre todo cuando se dan situaciones diversas y complejas en las que interdicciones e inhabilitaciones adquieren caracteres singulares; bregan así por la concreción de la recordada declaración del III Congreso, donde se pide que la obra de los legisladores logre la creación de los medios materiales prácticos susceptibles de facilitar la tarea de los notarios, permitiéndoles determinar con precisión las incapacidades que puedan afectar a los contratantes.

### 3. Doctrina notarial

González<sup>3</sup>, refiriéndose a la actividad de las partes, expresa que deben demostrar que son capaces jurídicamente para el acto que van a realizar. La capacidad será la que exactamente exija el acto objeto de la escritura, sin que exista una capacidad especial para comparecer en instrumento público. El conocimiento de la capacidad acarrea numerosos problemas, cuya dilucidación es algunas veces difícil y es el escribano a quien corresponderá la calificación de la capacidad legal, como atributo principal de su función fedataria.

Giménez Arnau<sup>4</sup> sentencia que la capacidad del compareciente se determina por la calificación autónoma del notario, atendidas las circunstancias de cada caso. Insiste con que en el derecho notarial latino, por la función propia del notario, no es necesario, como en Estados Unidos o Inglaterra, un acto externo que acredite la capacidad del otorgante del documento para considerarlo válido y eficaz. Sobre la importancia y efectos de la calificación de capacidad formulada por el notario, es requisito fundamental para la eficacia del instrumento notarial y es el fundamento de la responsabilidad del notario en el orden moral y en el civil, sin necesidad de argumentársela exclusivamente en la órbita del delito de falsedad. Sobre el ámbito del juicio de capacidad, lo determina como un juicio jurídico y psicológico bastante complejo, que se apoya en una serie de hechos, unos positivos (como la edad) y otros negativos (inexistencia de incapacidad expresa o prohibición). Además, en el actuante, hay que atender no solo la aptitud o posibilidad de tenencia de derechos, sino la inmediata posibilidad de ejercerlos por sí mismo. Los elementos que han de ser examinados para formular la afirmación de capacidad son los siguientes:

- 1) La capacidad de goce.
- 2) La capacidad de ejercicio para el acto jurídico del que se trate.
- 3) La inexistencia de prohibiciones expresas de la ley.
- 4) La conciencia libre y la voluntad actual: La existencia de vicios de la voluntad vicia el acto; antes de autorizarlo, el notario debe investigar discreta pero escru-

3. GONZÁLEZ, Carlos E., *Teoría general del instrumento público*, Buenos Aires, Ediar, 1953, p. 225

4. GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *Instituciones de derecho notarial*, Madrid, Reus, 1948, pp. 102 y ss.

pulosamente el ánimo de cada uno de los otorgantes, para evitar que el instrumento pueda luego ser anulado por ausencia o vicio del consentimiento.

- 5) En los casos especiales en los que la ley exige determinadas asistencias (apoyos) o complementos de capacidad al compareciente, el cumplimiento de estas circunstancias ha de servir al fedatario para afirmar la plena aptitud del compareciente.

Alfredo García-Bernardo Landeta<sup>5</sup> distingue entre la capacidad de obrar y la legitimación. La capacidad de obrar es la aptitud del sujeto de derecho para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, atribuida por la ley en atención a su experiencia, medida por la edad. Es general; no se refiere a una relación concreta, sino a todas las del mismo tipo. La legitimación es la posibilidad de un sujeto de derecho de constituir, modificar o extinguir una relación jurídica concreta válidamente, y deriva fundamentalmente de la titularidad. Algunas hipótesis, como en las disposiciones testamentarias, no plantean más cuestión que la de la capacidad de obrar, porque la previa titularidad de algún derecho tendrá trascendencia en un momento posterior. Aclara que ambas, capacidad y legitimación, se distinguen perfectamente en las relaciones reales. Una persona capaz solamente puede transmitir el dominio de una cosa propia, de la que es titular; para transmitir una cosa ajena, no alcanza con la capacidad, se requiere estar autorizado legalmente.

### 3.1. El juicio de capacidad del requirente del notario no requiere constancia documental

La [Ley 404](#) de la Ciudad de Buenos Aires, reguladora de la función notarial, en su artículo 77 expresa:

Además de los requisitos formales, de contenido y de redacción impuestos por la legislación de fondo y por la presente u otras leyes especiales, las escrituras públicas deberán expresar: [...] d) Las menciones que correspondieren relativas a los actos de ciencia propia del notario y a los que hubiere presenciado o ejecutado. El juicio de capacidad de las personas físicas no requerirá constancia documental.

Como valioso antecedente de este artículo, tenemos el anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales y el gran trabajo doctrinario que lo complementa,<sup>6</sup> obras del entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial –hoy, Academia Nacional del Notariado–. Los cinco incisos del artículo 23 del anteproyecto que se refieren sucesivamente a los datos que debe expresar la escritura no mencionan el juicio de capacidad.

5. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, *Técnica jurídica y práctica notarial*, Oviedo, M. Pons Gráfica Luc., 1964, p. 341.

6. AA. VV., *Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, s. f.; publicado en *Revista del Notariado*, N° 765, 1979, pp. 909-973. [N. del E.: ver [aquí](#)].

Ello en consonancia con el artículo 9, inciso 25, según el cual el notario, en su carácter de autorizante en la formación del documento, debe, como función privativa, “examinar, en relación al acto a instrumentarse, la capacidad y legitimación”, sin referirse a su mención en el documento, lo que sí realiza, luego, en el inciso 1 del artículo 31, donde expresamente aclara que “la capacidad legal de las personas no requiere constancia documental”. Y en el comentario doctrinario al citado artículo 31, se indica que “el llamado juicio de capacidad no requiere constancia documental” y que se lo hace en forma expresa “para concluir con el erróneo concepto que es obligatorio observar esa formalidad”.

El recordado Pelosi, en un extraordinario trabajo<sup>7</sup>, se refiere a los actos propios del notario que contribuyen a calificar como público al documento notarial de la siguiente manera:

Hay cuestiones de técnica que no se reflejan en el documento; verbigracia: la rogación, la determinación de competencia, el **juicio de capacidad** y hasta el modo de conducir los actos preparatorios en el orden administrativo o de citar a los interesados...

También Zinny<sup>8</sup>, al distinguir las partes de una escritura, ubica, entre las que denomina “situaciones preexistentes”, las que se refieren no ya a las declaraciones de los otorgantes sino al juicio del escribano (fe de conocimiento), y prescinde del juicio de capacidad, pues piensa que va implícito en la autorización del documento. Si la parte carece de cualidades para comportarse (incapacidad) o no está legitimada para colocarse en la situación pretendida, es evidente que el escribano no permitirá la celebración del acto. Ello también surge del criterio de González Palomino<sup>9</sup>, quien estima que solamente la identificación, que también es un presupuesto de la prestación de funciones, requiere mención documental por ley. Recuerda también Pelosi<sup>10</sup> que, aunque se incluya en la conocida fórmula de Azpitarte (“dónde, cuándo, ante quién, quiénes, conocidos, capaces y para qué”), no es imprescindible expresar el juicio de capacidad, que en la práctica se traduce en la expresión “hábiles”.

7. PELOSI, Carlos A., “Técnica de la redacción escrituraria”, en *Cuadernos Notariales*, La Plata, Universidad Notarial Argentina, N° 15, s. f., serie “Técnica Notarial”, p. 17.

8. ZINNY, Mario A., “Documento notarial. Orden vigente y dogmática jurídica”, en *Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos*, Paraná, Colegio de Escribanos de Entre Ríos, N° 51, 1964, p. 346 (citado por PELOSI, Carlos A., ob. cit. [cfr. nota 7], p. 121).

9. Citado por PELOSI, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 107.

10. Ídem, p. 137.

#### 4. Las sentencias de incapacidad y su registración y publicidad en el Código Civil y Comercial

El CCCN establece los siguientes principios rectores:

- La capacidad general de ejercicio se presume (art. 31, inc. a).
- El menor que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (art. 26).
- Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (art. 31, inc. b).
- La sentencia que declare la incapacidad debe inscribirse en el Registro de Estado y Capacidad de las Personas; se debe dejar constancia en el acta de nacimiento y produce efectos recién a partir de su inscripción en el Registro (art. 39).

Es ilustrativo recordar los **fundamentos** expuestos por la comisión redactora del anteproyecto:

El Anteproyecto distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio [...] De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como “edad y grado de madurez”, la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc. [...] se señala que la noción de incapacidad, en la que juega mayormente la figura de la representación, se reserva para casos extremadamente excepcionales, configurados por aquellos supuestos en los que, lamentablemente, la persona se encuentra en situación de absoluta falta de habilidad para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Asimismo, para otorgar efectos a una inscripción en un determinado registro, no alcanza con crearlo en la ley de fondo, sino que, con posterioridad, debe legislarse sobre todos y cada uno de los pasos necesarios para que ese registro cumpla con su función publicitaria y recién entonces sus constancias puedan ser oponibles a los terceros que eventualmente contraten con el sujeto de la inscripción; en este caso, aquel que es declarado incapaz por sentencia judicial.

Es oportuno recordar lo que ocurrió con la reforma de 1968 al CCIV en lo referente al Registro de la Propiedad Inmueble. La modificación al artículo 2505 asignó a la registración inmobiliaria efectos sustantivos para el reconocimiento del derecho de propiedad por parte de los terceros; y recién pudo ser operativo gracias a la inmediata sanción de la **Ley Registral 17801**, quince días después de la vigencia de la reforma del Código Civil y basada esencialmente en el proyecto de Ley Registral de Miguel Falbo y Edgardo Scotti.

Un registro tiene que estar organizado de manera tal que responda a principios registrales generales y especiales de la materia de su competencia. No puede prescindir de aquellos principios esenciales como el de prioridad indirecta o reservada, que produce los efectos de anotación preventiva o de reserva para los alcances jurídicos

del acto que se va a instrumentar, produciéndose a su respecto la anotación condicional, por el plazo que se establezca, de la sentencia que se presentare al registro declarando la incapacidad de la persona sobre la que se ha solicitado el certificado. Como expresa Villaro<sup>11</sup>,

... la publicidad registral, en tanto publicidad de los asientos, necesita, obviamente, la existencia de un asiento previo para ser efectuada, y se cumple cada vez que algún interesado solicita información por alguna de las vías previstas (certificados e informes, principalmente) [...] y se la suele llamar en un primer sentido publicidad material (la del asiento) y en el segundo publicidad formal (la del informe o el certificado) y así se la usa cuando se habla de publicidad de los asientos.

En consecuencia, el Registro de Sentencias de Incapacidades debe organizarse sobre la base de asientos y certificados o informes de los mismos. Hasta tanto ello no ocurra, no existirá como tal.

En cuanto a la solución que se sugiere de incorporar a las escrituras declaraciones de los comparecientes asegurando su capacidad, estimo que carece de toda validez jurídica, por constituir una situación idéntica a la que se presentaría en el caso en que el transmitente de un bien libere al notario de la responsabilidad que tiene respecto de su legitimación para disponer de ese bien. Y si efectivamente el requirente fuera un incapaz, su declaración carecía de validez.

## 5. Conclusión

Frente a la situación actual, se puede afirmar que mientras el Registro de Sentencias de Incapacidad al que se refiere el artículo 39 CCCN no se encuentre organizado a nivel nacional y en condiciones de brindar una información idónea en tiempo y forma, no se innovará en la responsabilidad notarial en esta materia, la que seguirá ligada al deber de cerciorarse de la capacidad de los requirentes, dentro de los límites de hecho y de derecho que en el desempeño de sus funciones le obligan al notario a apreciarla o reconocerla.

11. VILLARO, Felipe P., *Derecho registral inmobiliario*, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 159 (colección "Función notarial" [dir.: Natalio Pedro Etchegaray], v. 2).

# Nuevas disposiciones del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y el Código Civil y Comercial



María C. Herrero de Pratesi

---

## RESUMEN

Esquema descriptivo de las disposiciones técnico-registrales e instrucciones de trabajo dictadas a partir del año 2016.

---

**Sumario:** **1.** Introducción. **2.** Disposiciones técnico registrales. **3.** Instrucciones de trabajo. **4.** Palabras finales.

## 1. Introducción

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), se tornó indispensable adecuar, modificar e incorporar nuevas disposiciones técnico-registrales (DTR) e instrucciones de trabajo (IT) tendientes a regular con carácter general su aplicación a la registración inmobiliaria, ya que, en muchos casos, la normativa registral reglamentaria existente no se ajustaba a las novedades incorporadas por el nuevo CCCN.

Con el propósito de que la tarea reglamentaria sea una herramienta útil para los operadores del derecho, un equipo de trabajo integrado por asesores del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (RPI)<sup>1</sup> analizó qué cuestiones resultaba más urgente regular y de qué forma se resolverían, atendiendo no solo a las opiniones doctrinarias que comenzaron a surgir desde la sanción del CCCN y la jurisprudencia aplicable, sino también a las cuestiones o casos que mayormente consultados por los profesionales que interactúan con el RPI. El desafío entusiasmó y comprometió a sus actores a trabajar escuchando todas las opiniones que podían surgir. Se

1. Los escribanos León Hirsch, Antonio A. Iapalucci y Ángel F. Cerávolo y la doctora Liliana Pérez conforman este excelente equipo de trabajo. El RPI también cuenta con la colaboración de la escribana Paula Vassena y el doctor Rodolfo Carol Lugones, entre otros profesionales que aportan su experiencia y conocimiento.

organizaron distintos encuentros de trabajo con destacados profesionales en la materia<sup>2</sup> para lograr un intercambio enriquecedor y creativo; va a todos ellos un sincero agradecimiento por toda la disposición brindada.

Paralelamente, la labor encarada se orientó a asegurar que la función registral y el servicio que presta se asienten en las bases que motivaron la sanción de la [Ley 17801](#) y rigen, como principios, la tarea del registrador. En muchos casos, se resolvió también la derogación de aquellas DTR en las que las causas o circunstancias que habían motivado su sanción variaron de tal forma que su aplicación no se ajustaba a la normativa sustancial vigente. En ese sentido, se dictaron las DTR 1, 3 y 8 y la IT 1, a las que nos referiremos brevemente.

Nos detendremos en aquellas nuevas DTR dictadas durante el 2016 que reciben, en función de las disposiciones del CCCN, modificaciones significativas respecto de la normativa registral anterior, con un sintético desarrollo de su contenido y sus fundamentos. Para concluir, nos referiremos brevemente a aquellas IT que, a partir de la normativa del CCCN, han fijado criterios registrales para los calificadores y que impactan en la actividad notarial.

## 2. Disposiciones técnico registrales

### *DTR 1/2016, del 29 de marzo*

Deja sin efecto las [DTR 2/2006](#) y su ampliatoria, [DTR 2/2012](#), que establecían la obligación de transcribir en la minuta rogatoria los datos de identificación de los poderes cuando las partes actuaban mediante apoderados.

El fundamento considerado fue, principalmente, brindar información ante el requerimiento de autoridades judiciales, administrativas, etc., en el caso que se requiriera. No obstante, sin lugar a dudas, es el profesional autorizante del acto quien debe consignar y calificar la legalidad y el alcance de la representación invocada, y los datos requeridos no revisten trascendencia registral. Adicionalmente, esa información debe constar en el documento portante y puede ser solicitada a su autorizante.

### *DTR 2/2016, del 29 de marzo*

Ante la derogación de la [Ley 13512](#) de Propiedad Horizontal y su reemplazo por la legislación de la propiedad horizontal como derecho real en el CCCN (Libro Cuarto, Título V, arts. 2037-2072), se revieron los criterios aplicados por la [DTR 2/2015](#) –la que ha sido sustituida por la [DTR 2/2016](#)– para la calificación e inscripción de documentos relativos al nuevo régimen de propiedad horizontal, en aquellos supuestos con trascendencia registral.

2. Un agradecimiento especial para los doctores Jorge H. Alterini y Daniel R. Vítolo, y los escribanos Norberto R. Benseñor, Agustín M. Ceriani Cernadas, Federico J. Leyría y Nicolás A. Soligo Schuler.

En tal sentido, la registración de los reglamentos de propiedad horizontal (art. 2038 CCCN) requiere la presentación del plano de mensura y división horizontal registrado en el organismo catastral de la Ciudad de Buenos Aires; y la solicitud de inscripción debe referir los datos requeridos por los artículos 8 y 11 del Decreto PEN 2080/1980 (t. o. Decreto PEN 466/1999) y, asimismo: a) la determinación del terreno, b) la determinación y descripción de las unidades funcionales y complementarias, y c) el nombre de la persona jurídica consorcio (arts. 148 y 2044 CCCN). Estos elementos serán consignados en los asientos registrales respectivos. Asimismo, en la escritura de modificación del reglamento de propiedad horizontal, debe constar que se han cumplido las mayorías y demás requisitos exigidos para ello por la normativa de fondo y por el reglamento de propiedad horizontal, en su caso, según la naturaleza de lo que se haya modificado.

*DTR 3/2016, del 29 de marzo*

Deroga la [DTR 3/2003](#) y, en consecuencia, el RPI deja de requerir que los escribanos identifiquen en el certificado de inhibiciones (formulario rogatorio) los datos de inscripción del inmueble o el acto a autorizar.

*DTR 4/2016, del 29 de marzo*

El régimen de protección de la vivienda, regulado en los artículos 244 y concordantes del CCCN, motivó la conveniencia de reformular y adecuar la reglamentación, considerando los cambios que aportó la nueva legislación. Como resultado de ello, se dictó la DTR 4/2016, sustitutiva de toda la normativa registral anterior que estuviera relacionada. Asimismo, esta DTR se vio complementada por las IT [6/2016](#) (26/4/2016) y [10/2016](#) (1/8/2016). Los criterios aplicables a la calificación de los documentos presentados a registración por los que se afectaba a régimen de bien de familia –hoy derogado– estaban previstos en la [DTR 4/2015](#), las [IT 6/2007](#) y [2/2010](#) y los Memorandos internos [8/2012](#) y [15/2012](#).

La nueva normativa registral, dada la continuidad que el régimen mantiene en general, recepta aquellos criterios elaborados a lo largo de los años por fallos jurisprudenciales y la doctrina en la medida en que conservan su vigencia por no haber sido alterados por la norma de fondo:

- La afectación al nuevo régimen se hará mediante petición ante el RPI o por escritura pública.
- La posibilidad de afectar aun cuando existan medidas cautelares o hipotecas.
- La afectación por condóminos debe ser efectuada por todos.
- Los supuestos de inmueble complementario y su posibilidad de afectación conjunta cuando la vivienda está integrada por más de una unidad funcional, que se complementan conformando una sola unidad vivienda.

- Las unidades complementarias siempre quedan comprendidas en la afectación.
- Las partes indivisas de unidades funcionales destinadas a cocheras o bauleras podrán afectarse si son parte del mismo edificio que la vivienda.
- La ampliación y exclusión subjetiva (beneficiario) y objetiva (inmueble).
- La posibilidad de afectar por apoderado con poder general y la de facultades especiales para desafectar.
- La afectación por los herederos del titular si está inscrita la declaratoria o testamento o se ruego simultáneamente con su inscripción, etc.

Las novedades a destacar son:

- I. La establecida en el artículo 244 CCCN (2º párr.), donde se dispone que “la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional de registro inmobiliario”. En tal sentido, la LII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (La Plata, 2015<sup>3</sup>) interpretó que dicha norma se refiere tanto a la prioridad directa como indirecta, habilitando a cada RPI a darle a la inscripción el carácter que considere conveniente. La DTR zanja la cuestión, disponiendo que, si la afectación al régimen se hace por escritura pública, si se solicitara la certificación referida en el artículo 23 de la Ley 17801, esta se expedirá con los efectos previstos en dicha ley (art. 22, 24, 25 y ss., prioridad indirecta). En los casos en que no se solicitare, se estará a la prioridad directa, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Registral.
- II. La posibilidad de afectar un inmueble al régimen previsto sin necesidad de establecer más beneficiarios que el propio constituyente, y la de que, cuando los titulares sean condóminos, no resulte necesaria la existencia de parentesco entre ellos.
- III. La posibilidad de afectar un inmueble adquirido en condominio, rogada por la totalidad de los titulares de dominio, diferenciando los efectos temporales de dicha protección si uno o más condóminos invocan subrogación de una afectación previa, lo que se hará constar en el asiento registral.
- IV. La facultad de transmitir la afectación a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, por subrogación real. Varias son las cuestiones que suscitan la aplicación del artículo 248 CCCN y las discusiones que surgieron en las distintas reuniones de trabajo como producto de la redacción de dicha norma. Sin embargo, hubo total consenso en reconocer que esta facultad no requiere de ninguna reserva para su ejercicio en oportunidad de la desafectación, no solo porque la norma no la impone, sino también porque, a nuestro criterio, se excedería la competencia registral. Por lo tanto, tal reserva no es necesaria y, de existir, no es registrable. Ante un posible conflicto entre acreedor y afectante, será solo en el ámbito jurisdiccional donde se deberá resolver por la vía probatoria que corresponda sobre el regular y legítimo derecho de la subrogación que la ley permite.

3. [N. del E.: ver conclusiones [aquí](#)].

V. La posibilidad de afectar un inmueble (en su totalidad) hasta una parte de su valor (art. 244 CCCN), en cuyo caso tal circunstancia deberá surgir del documento, debiéndose requerir en el formulario de inscripción la porción en términos fraccionarios que, respecto del total del inmueble, representa dicha parte de valor.

*DTR 5/2016, del 30 de marzo, y 6/2016, del 25 de abril*

La primera se refiere a los trámites online que pueden obtenerse a través del sistema SIPEL en la [página web](#) del RPI y que, sin lugar a dudas, agilizan de manera significativa la obtención de informes tales como, por ejemplo, el denominado “número 3”. La segunda dispone reducciones y exenciones en las tasas registrales con respecto a las escrituras que se otorguen en el barrio Los Piletones.

*DTR 7/2016, del 6 de mayo*

Esta norma comenzó a regir el 1 de octubre de 2016. Ha merecido numerosas jornadas de trabajo para su análisis y proyección y, de las distintas DTR dictadas, es la que ha demandado mayor esfuerzo para su implementación. A través de ella, se resolvió que cuando se presenten a registración documentos que contengan declaratorias de herederos o testamentos sin que exista partición, con relación a los sucesores y –en su caso– el cónyuge supérstite, solo se tomará razón de sus datos personales, sin consignarse proporción alguna.

Sus considerandos exponen las razones y necesidad de su dictado. Allí se expresa que el objeto del proceso sucesorio, entre otros, es la identificación de los sucesores (art. 2335 CCCN), que la indivisión hereditaria solo cesa con la partición (art. 2363 CCCN) y que si bien el Decreto PEN 2080/1980 (t.o. [Decreto PEN 466/1999](#)) dispone que al inscribirse la declaratoria de herederos o el testamento, en caso de existir pluralidad de herederos, debe consignarse la proporción que a cada uno corresponda en la titularidad del asiento respectivo, ello contradice lo dispuesto por el Código. Mantener el criterio del decreto y exponer en el asiento registral las proporciones en la titularidad de dominio de cada sucesor hace suponer que la partición ya se cumplió, cuando en realidad hasta que no sea otorgada por los comuneros o copartícipes, ellos tienen una porción ideal sobre la universalidad hereditaria.

Se advierte también sobre la posibilidad de otorgar actos de enajenación de la totalidad de un inmueble integrante del acervo sucesorio, los cuales revisten carácter liquidatorio y, por lo tanto, eximen de partir a los comuneros, fuere la adquisición hecha por un tercero o uno de los comuneros. En cambio, la disposición de una parte indivisa o la constitución de gravámenes sobre todo o una parte indivisa requieren necesariamente la previa o simultánea partición del bien.

Esta nueva DTR requiere de una amplia difusión entre abogados y escribanos, por lo cual desde su dictado se han desarrollado charlas explicativas en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Además, en su implementación interna, se han debido efectuar complejos cambios en los sistemas del RPI que determinaron la conveniencia de dilatar hasta el 1 de octubre su entrada en vigencia.

### La inscripción de la cesión de acciones y derechos hereditarios

Conforme a lo dispuesto por el artículo 2302 CCCN, la cesión de acciones y derechos hereditarios produce sus efectos

- a) entre los contratantes, desde su celebración;
- b) respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio;
- c) respecto al deudor de un crédito de la herencia, desde que se le notifica la cesión.

Si bien alguna doctrina ha sostenido que esta norma deroga las disposiciones registrales que autorizan la inscripción de la cesión, no compartimos tal criterio, ya que la publicidad adicional que pueda surgir de esta registración no impide la que debe efectuarse en el expediente sucesorio para que produzca sus efectos, conforme lo dispone la norma citada. Por otra parte, podría darse el supuesto de que se cedan derechos hereditarios no habiéndose iniciado aún el expediente sucesorio y, por ello, resulte de interés al cesionario, entre tanto, publicitar tal acto jurídico en relación a la persona del cedente. En este sentido, el RPI, a través de las DTR 6/1999 y 8/1999, reglamentó lo dispuesto por el artículo 137 del Decreto 2080/1980 (t.o. Decreto 466/1999), la posibilidad de registrar por el nombre del cedente el otorgamiento de cesión de derechos hereditarios.

Cabe agregar que, a través de la IT 2/2016, se derogó la IT 1/2010. Los fundamentos expuestos en la instrucción derogada indicaban que toda cesión de derechos, acciones y hereditarios entre coherederos era un acto partitivo parcial o total, según las circunstancias, cuando la declaratoria de herederos o el testamento estaban inscritos en el RPI. En consecuencia, la IT 1/2010 establecía que si se presentaba a registración una cesión general de derechos hereditarios, pero en relación a un bien determinado, ya inscrita la declaratoria de herederos, solo se tomaba razón si el cesionario era un coheredero, pero se rechazaba si era un tercero.<sup>4</sup> La IT 2/2016, siguiendo el claro precepto dispuesto en el artículo 2363 CCCN, que establece que la indivisión hereditaria solo cesa con la partición, habilita la inscripción de cesiones de herencia en todos los casos si así se ruega. El cesionario, sea coheredero o tercero, queda subrogado en los derechos que corresponden al cedente y será un comunero

4. Con sustento en lo dispuesto por el art. 99 del Decreto PEN 2080/1980 (t.o. Decreto 466/1999).

más en caso de pluralidad de herederos, debiendo luego todos ellos poner fin a la in-división mediante la correspondiente partición.

La cesión de derechos hereditarios exclusivamente sobre un bien determinado, y por lo dispuesto en el artículo 2309 CCCN, no se rige por las reglas de la cesión de herencia y queda sujeta a las del contrato que corresponda (compraventa, permuta o donación). Además, la norma aclara que “su eficacia queda sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición”. La remisión hecha por la norma importa que la enajenación que se pretenda formalizar bajo el encuadre de cesión de derechos hereditarios sobre un inmueble determinado será regida, en lo que hace a la normativa registral, por analogía, por la nueva [DTR 7/2016](#).

*DTR 8/2016, del 10 de mayo*

Deroga la [DTR 6/2002](#) y dispone que las certificaciones dominiales que se soliciten para autorizar actos a otorgarse en forma simultánea por quienes aún no son titulares registrales no generan, en ningún caso, la reserva de prioridad a que hace referencia el artículo 25 de la Ley 17801 y se expedirán como informes. Sin embargo, en esos casos, sí será necesario efectuar la solicitud de certificación sobre el estado jurídico de las personas (inhibiciones).

*DTR 9/2016, del 31 de mayo*

Esta disposición determina que serán observadas aquellas escrituras por las cuales el titular registral, al efectuar la transmisión de la nuda propiedad, además de reservarse para sí el usufructo, hace extensiva la reserva al cónyuge no titular, siempre que se trate de esposos regidos por el régimen de comunidad entre sí. Los fundamentos están dados por lo dispuesto en los artículos 2131, 2134 y siguientes del CCCN y en los [despachos](#) de la XXII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (Neuquén, 1985).

*DTR 10/2016, del 31 de mayo*

Para dotar de mayor seguridad jurídica a la información registral brindada, se establece que en los documentos que se presenten para la anotación de inhibiciones generales de bienes sobre una persona jurídica debe consignarse su CUIT, además de los datos establecidos en el artículo 13 del Decreto 2080/80 (t. o. Decreto 499/1999). El documento será observado ante la falta de ese dato (art. 9, inc. b, Ley 17801). En caso de no contarse con dicha información, se deberá dejar constancia de que se han realizado los trámites de información ante los organismos correspondientes sin haberse podido obtener la CUIT. Igual regla se aplica a la solicitud de certificaciones e informes de inhibiciones.

*DTR 11/2016, del 31 de mayo*

Dispone la obligación de requerir certificado de inhibiciones (art. 23, Ley 17801) para la renuncia o transmisión del derecho real de usufructo por parte de su titular. Su fundamento es la adecuada integración de las facultades jurídicas que el usufructo le otorga a su titular (art. 2142 del CCCN) y el derecho de los acreedores de ejecutar forzosamente ese derecho (art. 2144 del CCCN), siendo que la renuncia o transmisión de usufructo importa, entonces, un acto de disposición.

*DTR 12/2016, del 1 de julio*

Dispone reducciones y exenciones en las tasas registrales en relación con las escrituras del Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

*DTR 13/2016 y 14/2016, del 1 de julio, y 16/2016, del 16 de agosto. Sociedades*

La DTR 13 dispone, con una extensa y clara fundamentación –a los fines de adecuar la titularidad de dominio sobre inmuebles en los supuestos de transformación de sociedades comerciales, como también la subsanación de las comprendidas en el capítulo IV de la Ley General de Sociedades–, que será instrumento suficiente la copia o testimonio de la escritura otorgada por el representante legal de la sociedad que se ha transformado o subsanado y de la que resulten los datos del instrumento de transformación o subsanación, con la referencia de la inscripción en el registro público pertinente y la descripción de los inmuebles que integren su patrimonio, con sus gravámenes si los hubiera. Será requisito para autorizar esta escritura la solicitud de informes de dominio e inhibiciones por el nombre de la sociedad objeto de la transformación o subsanación, dejándose constancia en la escritura de su número, fecha y constancias que resulten de los mismos.

Por su parte, la DTR 14 regula la posibilidad, conforme lo prevén los artículos 21 y siguientes de la Ley de Sociedades, de que las sociedades comprendidas en el Capítulo IV puedan ser titulares de bienes registrables. En tal sentido, esta DTR distingue lo que es materia de calificación por parte del RPI y la publicidad registral que corresponde a esa titularidad. En relación con la calificación de documentos que instrumenten actos por los cuales ese tipo de sociedad adquiere el dominio o cualquier otro derecho real, deberán constar en ellos la existencia de la sociedad, las facultades de su representante y el nombre y proporciones de quienes afirman ser los socios. El asiento registral se practicará a nombre de la sociedad, consignándose expresamente que está comprendida en el Capítulo IV de la Ley 19550, su CUIT y los datos del instrumento donde conste el reconocimiento que requiere el artículo 23 de la ley. En relación con el acto de reconocimiento, se ha adoptado un criterio amplio en el sentido de que podrá surgir del mismo documento que se ruega inscribir, o bien haciendo

este referencia al contrato constitutivo y sus eventuales modificaciones o a cualquier otro instrumento otorgado con anterioridad que cumpla con los requisitos establecidos por la norma y que permita su identificación.

Por último, la DTR 16, aplicable a los supuestos de variación en la titularidad registral como consecuencia de procesos de fusión y escisión, dispone, por fundamentos análogos a los indicados en la DTR 13, que será considerado documento idóneo para variar la situación registral el documento notarial que contenga la relación de todos los antecedentes respectivos y la constancia de inscripción de la fusión y/o escisión en el registro público. Serán necesarias la individualización de los bienes, las constancias de inscripción correspondientes y la solicitud de informes de dominio e inhibiciones por el nombre de la sociedad fusionante o escidente (art. 27, Ley 17801).

#### *DTR 15/2016, del 12 de agosto. Derecho de superficie*

Modifica parcialmente la DTR 3/2015 en relación con:

I. No exigir la registración del plano confeccionado por un profesional con título habilitante (agrimensor) en el organismo catastral la Ciudad de Buenos Aires para el supuesto de constitución de derechos reales de superficie sobre una parte del inmueble.

El criterio adoptado se sostiene por la falta de reglamentación de la Ley 26209 en la Ciudad de Buenos Aires<sup>5</sup> y las demoras que tal registración ocasionaría, siendo que el derecho real de superficie será suficientemente anoticiado en el RPI y la parte determinada del inmueble suficientemente identificada, ya que la nueva DTR requiere su descripción en la escritura, transcribiendo allí las medidas, áreas y demás constancias que la individualizan, conforme a plano, el cual también debe ser referido en el título.

II. La manera de registrar el derecho real de superficie.

Se mantiene el criterio que había establecido la DTR 3/2015 en cuanto a que se inscribirá en el rubro gravámenes y restricciones, pero no se procederá a la apertura de la submatrícula “superficie” (manteniendo el mismo número de la de origen) hasta tanto no se ruegue la inscripción de transferencia, constitución de derechos reales de garantía o afectación al régimen de propiedad horizontal sobre el derecho de superficie, conforme lo permite el artículo 2120 del CCCN.

5. Conforme determina el art. 17 de la Ley 26209, “las normas pertinentes referidas a la constitución del estado parcelario y su registración, serán de aplicación gradual y progresiva según lo determinen los organismos catastrales de cada jurisdicción”, no siendo de aplicación aún en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de la Resolución N° 167/SECPLAN/15, del 21 de mayo de 2015, que dispone: “Prorrógase el plazo establecido en el art. 1° de la Resolución N° 112 SECPLAN 2015, hasta tanto se dicte la Resolución que reglamente el procedimiento establecido en la Ley N° 3999, a aplicar en la constitución de los estados parcelarios”.

*DTR 17/2016, del 22 de agosto*

Dispone reducciones y exenciones en las tasas registrales de las escrituras del “Área de desarrollo sur” de la Ciudad, a través de la Corporación Buenos Aires Sur S. E.

*DTR 18/2016, del 13 de septiembre*

Dispone la extensión del servicio web (SIPEL) para la expedición de certificados de inhibiciones y anotaciones personales, en cuyo caso deben ser solicitados por los escribanos utilizando firma digital.

*DTR 19/2016, del 13 de septiembre*

En coordinación con el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, como ente cooperador Ley 17050, se resolvió la creación del servicio web que facilita a los escribanos de esa demarcación la acreditación ante el RPI de su condición de sujetos obligados con inscripción vigente ante la Unidad de Información Financiera (UIF). Por esta disposición, aquellos escribanos que informen tal condición en el sector restringido de la web del Colegio de Escribanos estarán eximidos de adjuntar dicha constancia en los documentos ingresados al RPI.

*DTR 20/2016, del 22 de septiembre*

Frente a la sanción de la [Ley 27271](#), por la que se crean los instrumentos de ahorro, préstamos e inversión denominados “unidades de vivienda” (UVIs), esta disposición regula lo atinente a la publicidad de los asientos registrales de hipotecas cuyos importes estén alcanzados por la cláusula de actualización referida en el artículo 6 de la citada ley, como también a las certificaciones que de dichos asientos expida el RPI.

Además, dado que la ley referida modificó el artículo 2210 del CCCN, estableciendo que los efectos del registro de hipoteca se conservan por el término de treinta y cinco años, si antes no se renueva, siendo este un plazo de caducidad de la inscripción de la hipoteca, y por tanto, consecuencia no agotada de la situación jurídica existente (art. 7 CCCN), la DTR resuelve que el nuevo plazo de treinta y cinco años aplica para las inscripciones hipotecarias vigentes al día 15 de septiembre de 2016, fecha de entrada en vigencia de la Ley 27271.

### 3. Instrucciones de trabajo

#### *IT 3/2016, del 7 de marzo*

Tiene en miras establecer el criterio a aplicar en la calificación de los documentos traídos a registración en los que se otorguen actos de administración y disposición de bienes gananciales, producida la disolución de la sociedad conyugal sin partición, con ambos cónyuges o excónyuges en vida.

En tal sentido, el artículo 482 del CCCN establece las reglas de administración y disposición de los bienes durante la indivisión poscomunitaria, y en esa línea la IT que comentamos dispone que, al subsistir las reglas de la comunidad, en principio, la disposición de un inmueble debe ser otorgada por el titular registral con el asentimiento de su cónyuge o excónyuge. En este supuesto, no será necesario pedir inhibiciones por quien presta el asentimiento. Pero se admite también la codisposición por ambos cónyuges o excónyuges, entendiéndose que, en el caso, han acordado modificar las reglas del régimen de comunidad, conforme lo posibilita el primer párrafo del artículo 482 CCCN. En ese supuesto se exigirán inhibiciones por ambos disponentes.

#### *IT 4/2016, del 28 de marzo*

Se refiere a la transcripción del contrato de fideicomiso en la incorporación de bienes al fideicomiso, conforme lo dispuesto por el artículo 1669 CCCN. Al respecto, la IT dispone que en la calificación de documentos donde se incorporen bienes inmuebles al patrimonio fiduciario, si el contrato de fideicomiso no hubiere sido otorgado en escritura pública, se admitirá la transcripción del contrato dentro de la misma escritura de transmisión de dominio fiduciario o bien la referencia o relación de la escritura pública en que se hubiere transcripto, por protocolización, dicho contrato.

#### *IT 9/2016, del 1 de julio*

Atendiendo lo dispuesto por el artículo 2667 CCCN, que suprime la exigencia de la protocolización, previo contralor judicial (conforme lo disponía el art. 1211 del Código Civil derogado), dispone la aplicación de las prescripciones del artículo 8 de Ley 17801 y el artículo 24 del Decreto 2080/1980 (t.o. Decreto 466/1999). Aclara que será materia de calificación la manifestación del autorizante respecto del carácter de instrumento público que revista el documento presentado, según la ley del lugar de su otorgamiento. Además, la identificación de los informes de dominio e inhibición utilizados para el acto deberá constar en la minuta rogatoria de registración (art. 27, Ley 17801). Dichos documentos deben presentarse debidamente legalizados y su ingreso al RPI será comunicado, para los fines que pudiere corresponder, a la Ad-

ministración Federal de Ingresos Públicos y a la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos de la Ciudad, con la intervención de la Dirección de Interpretación Normativa y Procedimiento Recursivo.

*IT 10/2016, del 1 de agosto*

Admite la posibilidad de que el efecto temporal de la afectación al régimen de protección de la vivienda (art. 249 CCCN) resulte diferenciado para alguno de los propietarios del inmueble objeto de la solicitud, cuando pertenece en condominio a varias personas. En este sentido, cabe destacar que si bien la rogación de la afectación debe ser requerida por la totalidad de los condóminos, la protección puede resultar diferente en función de invocar alguno o algunos de los condóminos subrogación de afectación previa distinta (art. 248 CCCN).

*IT 11/2016, del 9 de septiembre*

Surge a raíz de una práctica inveterada del RPI de no inscribir la cesión del derecho real de hipoteca que accedía a un derecho litigioso, aun cuando la cesión del derecho litigioso fuera instrumentada en escritura pública.

En tal sentido, la hipoteca es un derecho real de garantía, accesorio de un crédito principal, y, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2186 CCCN<sup>6</sup>, “los derechos reales de garantía [...] son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal”. Por ello, esta IT clarificó que serán registradas las escrituras públicas que instrumenten cesiones de derechos litigiosos cuyos créditos se encuentran garantizados con derecho real de hipoteca. En tales supuestos, el documento y la rogación deben contener idénticos requisitos que los requeridos para la cesión de cualquier crédito hipotecario y el asiento registral contendrá la leyenda “Cesión de crédito litigioso con garantía hipotecaria”.

*IT 12/2016, del 30 de septiembre*

Aplicable a las operaciones de préstamos de entidades financieras reguladas por el Banco Central de la República Argentina, comprendidas en la Comunicación A “6069” de fecha 16 de septiembre de 2016, por la cual se sustituyeron párrafos de la Comunicación A “5945” de la misma entidad bancaria, en lo relativo a las “unidades de valor adquisitivo” (UVA) actualizables por el coeficiente de estabilización de referencia (CER) (Ley 25827).

En tal sentido, de manera análoga a lo resuelto en la [DTR 20/2016](#) dada la simetría en la materia objeto de regulación, esta instrucción dispone que deberá de-

6. [N. del E.: Ver normativa actualizada del BCRA sobre depósitos e inversiones a plazo [aquí](#)].

jarse constancia en el asiento registral correspondiente de que los importes cubiertos por la garantía hipotecaria se encuentran sujetos a las UVA actualizables por CER.

#### **4. Palabras finales**

Debe destacarse que la tarea encarada es fruto del esfuerzo mancomunado de todo el personal del RPI, que sostiene con su labor diaria la función que lleva adelante el organismo y que, desde su experiencia, nutre la dinámica del servicio que se presta a la sociedad. Al asumir esta responsabilidad, la propuesta en relación con la normativa registral fue la de aportar criterios claros a los operadores del derecho que faciliten y den precisión a la aplicación de las normas sustantivas.

Esperamos, también, que este trabajo ayude a ese fin.

# Inexistencia del estado de propiedad horizontal

## El comienzo y fin de la existencia del consorcio, su organicismo y capacidad

Mario G. Szmuch

### RESUMEN

Las soluciones a las que se arriba a través de la negación del dogma del estado de propiedad horizontal lucen valiosas a la hora de resolver los conflictos que pudieran suscitarse entre los poseedores y ocupantes de unidades y frente a terceros. La naturaleza jurídica del reglamento de propiedad horizontal, el momento del nacimiento del consorcio, el organicismo interno y externo y la operatividad del consorcio unipersonal, la inoperatividad de la confusión como causal de extinción del sistema de propiedad horizontal, entre otros, son piezas que –a partir de dicha negación– se articulan armoniosamente para brindar soluciones que atienden debidamente el interés de los diversos actores involucrados.

La ciencia no es sino una perversión de sí misma a menos que tenga como objetivo final el mejoramiento de la humanidad.

Nikola TESLA (1856-1943)

**Sumario:** **1.** Afectación al sistema de propiedad horizontal. **2.** ¿La afectación es un acto de administración o dispositivo? **3.** ¿Es necesario el asentimiento del cónyuge o conviviente? **4.** Nacimiento del sistema de propiedad horizontal. **5.** Cuestionamientos a la teoría del estado de propiedad horizontal. **6.** Naturaleza del reglamento de propiedad horizontal. **7.** Ámbito de la teoría contractualista. **8.** Imposición judicial de la afectación. **8.1.** Partición en especie. **8.2.** Usucapión. **8.3.** Adecuación de conjuntos inmobiliarios. **9.** Obligatoriedad del reglamento de propiedad horizontal. **10.** Consecuencias del encuadre propter rem. **11.** Legitimación para otorgar el reglamento de propiedad horizontal. **12.** Forma del reglamento de propiedad horizontal. **13.** Forma y efecto del acto de modificación jurídico-real objetiva inmobiliaria. Similitudes y diferencias con el reglamento de propiedad horizontal. **14.** Promesa de reglamento de propiedad horizontal. **15.** Contenido del reglamento de propiedad horizontal. **16.** Inscripción declarativa del reglamento de propiedad horizontal. **17.** Efectos erga omnes del reglamento de propiedad horizontal.

**18.** Personalidad del consorcio. **19.** Comienzo de la existencia del consorcio. **20.** Funcionamiento del consorcio unipersonal. **21.** Capacidad. Objeto. **22.** Nombre. **23.** Domicilio. **24.** Patrimonio. **24.1.** ¿Puede el consorcio adquirir unidades funcionales del edificio? **24.2.** ¿Puede el consorcio adquirir otros inmuebles? **24.3.** ¿Puede el consorcio adquirir otros bienes registrables? **24.4.** ¿Puede el consorcio ceder créditos por expensas? **24.5.** Imposibilidad lógica de inscribir unidades funcionales del edificio a nombre del consorcio “en formación”. **25.** Estructura orgánica del consorcio de propiedad horizontal. **26.** Objeto de la afectación a propiedad horizontal. Variantes. **27.** Afectación de la superficie al régimen de propiedad horizontal con separación del terreno perteneciente al propietario. **28.** Extinción del consorcio. **28.1.** Disolución. **28.2.** Liquidación. **28.3.** Extinción. **28.4.** Desafectación. **28.5.** Disolución por vencimiento del plazo. **28.6.** Fusión de consorcios. **28.7.** ¿Extinción por consolidación?

## 1. Afectación al sistema de propiedad horizontal

Conforme resulta del artículo 2038 del CCCN<sup>1</sup>, el RPH se otorga a los fines de dividir jurídicamente el inmueble por el régimen de PH. El RPH es el acto jurídico por el cual se afecta a dicho régimen un inmueble divisible.<sup>2</sup> Se trata de un acto voluntario que emana del titular del DR, pero excepcionalmente puede ser impuesto por el juez para liquidar un condominio o una comunidad hereditaria.<sup>3</sup>

En general, la doctrina entiende que la afectación a PH –el otorgamiento del RPH– es una condición necesaria pero no suficiente para dividir jurídicamente el inmueble en unidades. Para que esto ocurra, sería necesario, además, según tal doctrina, que se transmita o adjudique una UF. Mientras ello no ocurra, se entiende que el titular del DR afectado a PH no se convierte en propietario de UF, sino que continúa siendo titular del mismo DR sobre el inmueble pero en estado de PH.<sup>4</sup> Este estado

1. A lo largo del presente artículo, se emplearán las siguientes abreviaturas, indistintamente para el singular y el plural: CCCN (Código Civil y Comercial); DR (derecho real); DTR (disposición técnico-registral); PH (propiedad horizontal); RPH (reglamento de propiedad horizontal); RPI (registro de la propiedad inmueble); UC (unidad complementaria); UF (unidad funcional).

2. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales (art. 228 CCCN).

3. Señala Néstor J. MUSTO que cuando la PH se origina en una partición, si no hay acuerdo unánime para la redacción del RPH, el juez puede ordenar la redacción por un perito y lo pondrá a observación de parte, bajo apercibimiento de aprobación en caso de silencio y si hay impugnaciones a algunas cláusulas las resolverá el juez, ordenando luego su elevación a escritura pública (*Derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 726).

4. Para Fabián M. LOIZA, el estado de PH es una “situación de hecho transitoria” que comienza al inscribirse el RPH en el RPI y culmina al perfeccionarse la adquisición de la primera UF (“Constitución del sistema. Reglamento de copropiedad”, en Kiper, Claudio M. [dir.], *Propiedad horizontal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 188). El fallo que cita el autor (CNCiv., Sala F, 18/9/1997, “Díaz, María Elisa c/ Polich, Rodolfo s/ Redargución de falsedad” [*La Ley*, t. 1998-C, p. 259]) no sirve de apoyo, a nuestro juicio, a su tesis, pues en dicha causa el inmueble afectado a PH se remató en bloque no por una imposibilidad jurídica de disponer de las UF sino porque la afectación a PH resultó inoponible al acreedor, dado que este trabó embargo antes de que se otorgue e inscriba la afectación, de manera que pudo proceder como si ella no existiera. Papaño, Dillon, Kiper y Causse, si bien entienden que el estado de PH “no altera el dominio” sobre la totalidad del inmueble, el cual

implica una situación de tensión entre el DR afectado y los DR de PH, por una parte, y entre el inmueble objeto de aquel y las unidades sobre las que estos recaen, por otra.<sup>5</sup> Estando el DR en estado de PH, su titular queda en la disyuntiva de disponer de las UF o sacarlo de ese estado –a través del acto de desafectación–, para volver a poder enajenarlo o gravarlo.

La teoría del estado de PH implica, pues:

- 1) la subsistencia del DR afectado (dominio, etc.) y del objeto sobre el que este recae (inmueble general), cuya división jurídica estaría latente;
- 2) una severa restricción en las facultades del titular, que no puede disponer del inmueble si previamente no lo desafecta del régimen de PH;
- 3) que al adjudicarse o transferirse la primera UF, opera la efectiva división del inmueble por dicho régimen, lo que se traduce en una modificación jurídico-real objetiva, consistente en el cambio del DR afectado (dominio por PH) y la cosa sobre la que recae (inmueble general vs. unidades objeto de los DR de PH).

## 2. ¿La afectación es un acto de administración o dispositivo?

En general, se entiende que el RPH es un acto de administración. Sin embargo, la afectación, en cuanto restringe severamente las facultades de disposición jurídica del titular del DR, luce como acto de verdadera disposición. La afectación no es la mera redacción del RPH como parece surgir de la letra del artículo 2038 CCCN, sino el otorgamiento de un acto jurídico con trascendencia real, en cuanto –según la teoría del estado de PH– restringe las facultades del titular al colocarlo en la disyuntiva de disponer jurídicamente de las UF o desafectar el inmueble del régimen de PH para volver a poder disponer de él.

---

continúa sin modificación, ni provoca la división del edificio en las unidades que lo componen, con atribución de un derecho distinto sobre cada uno de los sectores privativos, expresan que el “efecto secundario” del estado de PH es que solo se podrá disponer de las unidades y todo acto de disposición del inmueble solo será posible si previamente se deja sin efecto la afectación al régimen (CAUSSE, Jorge R. y otros, *Derechos reales*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 12). O sea que la predicada “no alteración del dominio” no implica la falta de efecto alguno (modificación del contenido del derecho) sino que el inmueble no sea sustituido aún por las UF. Notamos cierta inconsistencia en negar el nacimiento de los DR de PH, es decir la no división jurídica del edificio, con el solo otorgamiento del RPH y afirmar, a la vez, la eficacia jurídico-real (entre partes y terceros desinteresados e interesados de mala fe) del título y la tradición posesoria (título y modo suficientes) anteriores a la inscripción de la afectación a PH. Los actos causales anteriores a la inscripción del RPH no serían suficientes para el nacimiento del DR de PH; y la inscripción del RPH integraría el modo para que sea suficiente la tradición posesoria basada en un título suficiente.

5. Laureano A. MOREIRA (*Contratos sobre departamentos en construcción*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 336) y MUSTO (ob. cit. [cfr. nota 3], pp. 721 § 356 *in fine*, y 723 § 358) opinan en forma aislada que al otorgarse “e inscribirse” el RPH se extingue el dominio y nacen los DR de PH, aunque una sola persona sea la propietaria de todas las UF. En abono de esta tesis, Moreira cita el fallo CNCiv., Sala A, 20/4/1959 (*La Ley*, t. 95, p. 64), con voto del Dr. Llabrás.

### 3. ¿Es necesario el asentimiento del cónyuge o conviviente?

Si bien la afectación a PH es un acto de disposición, si el inmueble es ganancial, no es necesario el asentimiento del cónyuge no titular, pues no implica una enajenación o gravamen (art. 470, inc. a, CCCN). Además, al no poner en riesgo la vivienda de los cónyuges o convivientes, no debe considerárselo un acto de “disposición de los derechos sobre la vivienda familiar”, en los términos de los artículos 456 y 523, razón por la cual tampoco resulta exigible el asentimiento que estos prevén.

### 4. Nacimiento del sistema de propiedad horizontal

La teoría del estado de PH entiende que el nacimiento del régimen se produce al enajenarse o adjudicarse la primera UF, momento en el que se extingue el dominio en estado de PH y también el inmueble sobre el que recae, para dar origen a los DR de PH sobre las UF.

### 5. Cuestionamientos a la teoría del estado de propiedad horizontal

Dado que, una vez otorgado el RPH, el propietario no puede disponer de su derecho sin antes desafectarlo, nos preguntamos: ¿implica la afectación una desmembración del dominio? No, pues la facultad de disposición no se transmite a nadie y el propietario puede autorrecuperarla mediante el acto unilateral de desafectación. Entonces, ¿es la afectación una “restricción autoimpuesta” que coloca al titular en la disyuntiva de disponer de los DR de PH o desafectar?

Llegados a este punto, notamos que la teoría del estado de PH resulta inconsistente y que, además, como más adelante pondremos de relieve, conduce en los hechos a soluciones disvaliosas. Si el afectante no puede disponer del dominio mientras está en estado de PH pero sí de las UF, ¿por qué negar la existencia de estas y reconocer la de aquel –respecto del cual solo puede otorgar la desafectación–? ¿No es más coherente reconocer la existencia de los DR de PH y negar la del dominio o derecho afectado? ¿Cuál es la utilidad práctica de la teoría del estado de PH? No notamos, además, cuál es el sustento normativo actual de tal teoría.

A nuestro juicio, el sistema de PH se origina –si bien con un funcionamiento atenuado, caracterizado por el auto-organicismo consorcial– al otorgarse el RPH, aun antes de inscribírsele. Esta proposición nos impone revisar la naturaleza jurídica del RPH.

### 6. Naturaleza del reglamento de propiedad horizontal

La doctrina del estado de PH entiende, en general, que el RPH es un contrato en el que las voluntades son en un tramo paralelas, pues tienden a formar una comunidad

en vez de intercambiar prestaciones. Por ello, lo considera un contrato plurilateral de organización, con la particularidad de servir de causa al nacimiento de una nueva persona, cuyos órganos estructura. El RPH otorgado por el único propietario es, según esta teoría, una oferta de contrato, aceptada por los adquirentes al otorgar el título a su DR de PH.

Sin embargo, aun los defensores de la teoría del estado de PH deberían admitir que el RPH es algo más que un contrato, pues, como acto unilateral, conduce *per se* el DR afectado a ese estado. Esto sucede antes de que se transmita o adjudique alguna UF, o sea, antes de que se perfeccione “el contrato de RPH” por la aceptación del adquirente. Antes que un contrato, el RPH es –aun según la teoría del estado de PH– un acto jurídico con transcendencia real, que restringe la facultad dispositiva del propietario, colocándolo en la disyuntiva de ejercer dicha facultad respecto de las UF o desafectar el inmueble del régimen para poder disponer jurídicamente de él, situación a la que antes de otorgar el RPH “unilateral” (el “no contrato” de RPH) no estaba sometido.

## 7. Ámbito de la teoría contractualista

Notado que el RPH es un acto jurídico real<sup>6</sup>, queda por delante analizar su contractualidad. En línea con la teoría contractualista, el artículo 2038 CCCN establece que el RPH se integra al título suficiente sobre la UF. Pero si, en un edificio afectado a PH, la UF se adquiere por usucapión, no hay, por definición, título suficiente<sup>7</sup> y, sin embargo, el usucapiente está obligado a cumplir el RPH (art. 2046, inc. a).

Al usucapirse el DR de PH, el adquirente se incorpora como miembro del consorcio, pues forma parte del conjunto de propietarios (art. 2044). En este caso, la obligación de respetar el RPH no es la consecuencia de otorgar un título (contrato) sino de adquirir la UF. En este punto, la contractualidad del RPH presenta un escollo difícil de superar, máxime si se tiene en cuenta que i) al ser el RPH un acto formal, también lo es la adhesión al mismo (doctrina art. 1017, inc. a CCCN), y ii) el poseedor usucapiente no otorga acto alguno, sino que simplemente posee (hecho jurídico) y, a causa de ello, adquiere el DR de PH.

Dado que el propietario debe cumplir con las disposiciones del RPH, cualquiera sea el modo por el que haya adquirido el DR de PH (art. 2046, inc. a, CCCN), para superar esta vacía de la teoría contractualista podría interpretarse que el RPH se integra a la normatividad del DR afectado a PH, o sea al estatuto legal del derecho en cuyo seno se gestan los DR de PH, y que por conducto de aquel se trasvasa a estos.

6. Sobre este tema, ver ALLENDE, Guillermo L., “El acto jurídico real (con acotaciones sobre el acto jurídico familiar y las nulidades)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 110, p. 1062.

7. El testimonio de la sentencia de usucapión es un título meramente instrumental, simple prueba de la adquisición extradocumental del derecho real, judicialmente comprobada, pero no un título suficiente en el sentido del art. 1892 CCCN.

De esta manera, el RPH formaría parte del contenido del DR de PH y por ello, publicidad suficiente mediante, obligaría al propietario de la UF cualquiera sea el modo por el que haya adquirido el DR. Mas esta teoría, que llamamos “de la integración” o “incorporación”<sup>8</sup>, según la cual el contenido del RPH integra el del DR, parece no ajustarse al principio de estructura legal de los DR (art. 1884 CCCN).

Concluimos entonces que la obligación de respetar el RPH que pesa sobre quien adquirió el DR de PH por usucapión no tiene causa en un contrato ni en la circunstancia de integrar el RPH el contenido del DR. La naturaleza contractual del RPH luce insostenible, al menos respecto del usucapiente.

A esta altura, no nos queda otro camino que reconocer el origen legal de dicha obligación, al menos para quien adquirió vía usucapión<sup>9</sup>. Pero el tema no termina aquí, pues la obligación de cumplir el RPH no reconoce como única causa la adquisición de una UF por cualquier modo que sea, dado que también rige para todos los ocupantes de las UF (art. 2069 CCCN), sean o no miembros de la persona jurídica consorcio. O sea que, en definitiva, el RPH obliga no solo a los miembros del consorcio sino que, publicidad suficiente mediante, también a quienes no integran el consorcio pero son tenedores o poseedores de UF, sea que hayan accedido a su relación de poder en forma legítima o ilegítima. Tal, a nuestro juicio, la razón por la que se exige la inscripción registral del RPH: para publicidad a los efectos de su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe. En efecto, siendo el RPH una norma que obliga a quienes no lo otorgaron o no lo consintieron formalmente, es preciso que puedan conocerla para que sea legítimo exigirles que la respeten.

El RPH se evidencia entonces como una norma jurídica de origen privado pero con alcances generales, es decir con eficacia *erga omnes*, pues obliga aun a quienes acceden unilateral o ilegítimamente a la relación de poder con la cosa.

En este punto adherimos sin duda a la postura minoritaria que considera que el RPH no es un contrato sino otra especie de norma jurídica, un estatuto o conjunto de normas que obligan incluso a quienes no prestaron su consentimiento.<sup>10</sup>

8. Según Nelson G. A. COSSARI, el RPH “forma parte del propio contenido del dominio, o mejor dicho, del derecho de propiedad horizontal de cada consorcista” ([comentario al art. 2038], en Alterini, J. H. [dir.], *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015). Nosotros juzgamos que de la circunstancia de que el RPH se integre al título no se deduce que este forme parte del propio contenido del dominio o del derecho de propiedad horizontal.

9. El DR de PH puede adquirirse no solo por título y modo suficientes sino también por cumplimiento de un legado, prescripción adquisitiva, etc. Expresa MOREIRA: “La división de un edificio por el sistema de la propiedad horizontal puede originarse de distintas maneras, por aplicación de los modos originarios o derivados de adquisición de dominio de los inmuebles en general. No existe pues una modalización específica de la propiedad horizontal” (ob. cit. [cfr. nota 5], p. 329).

10. Según Guillermo A. BORDA, el RPH no es un contrato, sino el conjunto de normas jurídicas que rigen la “vida interna” del consorcio (*Tratado de derecho civil. Derechos reales*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, 3ª ed., p. 626). Sin embargo, el reglamento no se circunscribe a la “vida interna”, pues también se proyecta a terceros interesados, p. ej., acreedores del consorcio, a quienes resulta oponible la personalidad que resulta del ente nacido del RPH.

Refiriéndose a los estatutos de las personas jurídicas privadas, Llambías expresa que la explicación contractualista no es satisfactoria porque median diferencias sustanciales entre el contrato y el estatuto. Este excede el marco propio del contrato, observándose las siguientes diferencias esenciales: 1) en el contrato, las partes contratantes reglan sus propios derechos, en tanto que el estatuto regla derechos ajenos a la o las personas que lo sancionan; 2) el contrato solo puede modificarse por la voluntad de todos los contratantes, mientras que el estatuto puede modificarse por el modo indicado en él o en la ley; 3) el contrato resulta de una tensión de voluntades contrapuestas, cada una de las cuales busca obtener un beneficio exclusivo, mientras que en el estatuto resalta una voluntad colectiva que responde a una finalidad común y no individual; 4) el contrato tiene una vida más o menos efímera, destinada a desaparecer con la extinción de las obligaciones que creó, en tanto que los estatutos están llamados por su propia función a perdurar indefinidamente; 5) el estatuto tiene estructura normativa en cuanto su aplicabilidad es general y abstracta, mientras que el contrato carece de esa estructura, pues su contenido es concreto y se agota su virtualidad en la realización de los hechos previstos por los contratantes; lo típico de la norma es su vigencia indefinida con respecto a quienes indeterminadamente se encuentren en una situación determinada.<sup>11</sup>

En suma, el RPH constituye una ley en sentido material, originada en la voluntad del afectante y sancionada por la ley que habilita a aquel a dictarla; es una ley, un ordenamiento específico de segundo grado, de raíz privada.

Si bien cuando dos o más personas otorgan el RPH efectivamente están acordando en otorgarlo y en su contenido, no todo acuerdo es un contrato. Se trata, en ese caso, de un acto plurilateral mediante el cual cada uno de los que concurren a su formación declara una voluntad igual a la de cada uno de los demás, para obtener un efecto jurídico igual para todos. Y si es otorgado por una sola persona se trata de un acto individual, pues es obra de una sola persona y basta su voluntad para producir los efectos jurídicos propios. Estos serán, según una u otra teoría, el nacimiento del estado de PH o el de los DR de PH.

Señala Highton que de la doctrina jurisprudencial sentada por los tribunales civiles de la Capital Federal surge la aplicabilidad del sistema de PH a efectos de llevar a cabo una partición en especie, aun en caso de oposición de algún miembro de la comunidad.<sup>12</sup> Esta posibilidad de imponer el RPH choca con la noción misma de contrato y con el principio de libertad de contratación (art. 958). Del lado contrario, la no contractualidad del RPH conjuga perfectamente con la posibilidad que la ley da al juez de imponer la constitución del DR de PH derivada del artículo 2374

11. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, ed. 19, actualizada por Patricio Raffo Benegas, pp. 95-96, n° 1186.

12. HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, 2ª ed. renovada y ampliada, p. 160.

CCCN<sup>13</sup>. Podría buscarse un atisbo de consentimiento del condómino, para justificar la imposición judicial del RPH, en el acto por el cual aceptó constituir el condominio, pero tal consentimiento es inimaginable en el caso de la comunidad hereditaria, lo que nos obliga a dar marcha atrás.

Siendo que todo propietario, cualquiera sea el modo por el que adquirió su DR de PH, está obligado a respetar el RPH (art. 2046, inc. a, CCCN) parece superflua la previsión del artículo 2038 de que el RPH se integra al título suficiente sobre la UF. Sin embargo no sería así si se interpreta, como lo hacemos, que el RPH obliga a quien otorgó el título suficiente pero no adquirió aún el DR de PH por faltarle el modo suficiente; en esta situación el *tradens* sigue siendo miembro del consorcio pero, frente a este, antes de verificar el modo están obligados tanto el *tradens* como el *accipiens*.

En definitiva, nuestro cuadro queda así completado:

- a) El RPH tiene carácter contractual para quien tenga un título suficiente otorgado a su favor, haya o no adquirido el DR de PH. El título no conlleva el traspaso del carácter de miembro, pues este se adquiere con el modo suficiente. Otorgado el título, el consorcio puede accionar contra el *accipiens* antes de que este haya adquirido el DR de PH (cumplimiento del modo); el artículo 2038 excepciona el efecto relativo del contrato que implica el título otorgado a favor del *accipiens*, en aras de preservar y mejorar el correcto funcionamiento del régimen de PH.
- b) Para el usucapiente, en cambio, el RPH no es un contrato. Sí lo es para quien otorgue con el usucapiente propietario un título suficiente para adquirir el DR de PH (el RPH se integra *ex lege* a su título).
- c) Para quien está poseyendo u ocupando sin ser titular de un DR tampoco es un contrato.

## 8. Imposición judicial de la afectación

Como *supra* adelantáramos, ciertas situaciones le permiten al juez imponer la afectación a PH. A falta de acuerdo, el RPH será redactado por el perito que se designe en el proceso. Descartada la universalidad de la teoría contractualista del RPH, queda despejado el campo para que opere la excepción que prevé el artículo 1896: el juez no puede constituir un DR o imponer su constitución, “excepto disposición legal en contrario”.

### 8.1. Partición en especie

La decisión de los comuneros (condóminos, etc.) de afectar requiere unanimidad (arts. 1990 y 2325 CCCN) pero si no acuerdan privadamente, por el principio de par-

13. Art. 2374 CCCN: “Principio de partición en especie. Si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta...”.

tición en especie, el juez, a requerimiento de parte y en ciertas situaciones, puede imponer la afectación (arts. 1996 y 2374).<sup>14</sup>

Ha dicho la jurisprudencia que corresponde el rechazo de la división del condominio de un inmueble en PH cuando existe una notable diferencia de metrajes de cada una de las unidades y de los valores asignados por prueba pericial a los mismos, violándose el principio de igualdad en proporción a las partes indivisas de cada condómino.<sup>15</sup> Deberá evaluarse si corresponde o no morigerar esta doctrina a la luz de las normas referentes a la atribución preferencial (arts. 2377, 2381 y cs.). Además, la afectación a PH podría ser el paso previo no a la división en especie sino para subastar las UF sucesivamente y repartir el producido entre los condóminos para liquidar la comunidad con una mayor ventaja económica para los comuneros, especialmente si entre estos hay alguna persona que por ley merezca mayor protección (sujetos con incapacidad, capacidad restringida, discapacidad u otra especie de vulnerabilidad). Además, si el valor de las unidades no es proporcional a las cuotas, el equilibrio puede lograrse mediante la venta de una de las UF resultantes y la distribución del producido obtenido para ajustar la o las diferencias por la adjudicación en especie de las demás UF. El principio de división en especie impone esta solución, aunque la partición no fuera en especie pura sino con saldo, ajustable vía la distribución del dinero procedente de la venta en remate de una o más unidades. Consideramos que en este caso la afectación a PH y división en especie con saldo, tendiente a satisfacer en la medida de lo posible el principio de partición en especie, puede imponerse judicialmente, es decir no requiere el consentimiento de todos los condóminos.<sup>16</sup> Máxime si en el caso concreto entran a jugar las reglas de la atribución preferencial.

## 8.2. Usucapión

El 23 de diciembre de 1987, la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil, con el voto de la Dra. Conde, sentenció que es posible poseer y adquirir por prescripción “unidades” (partes materiales) de un edificio aún no dividido en PH si están determinadas en un plano de división y en base a ello ordenó realizar los trámites para concretar la afectación.<sup>17</sup>

14. Cfr. nota 3.

15. CNCiv., Sala C, 14/10/1999, “Palopoli, Alejandro José María y otro c/ Palopoli, Marcelo Cayetano y otros s/ División de condominio” (*La Ley*, t. 2000-C, p. 737; *Doctrina Judicial*, t. 2000-2, p. 1040).

16. Ver PAPAÑO, Ricardo J., en Kiper, Claudio M., *Código Civil comentado. Doctrina, jurisprudencia, bibliografía. Derechos reales*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 232.

17. CNCiv., Sala F, 23/12/1987, “Paiuzza, Domingo J. B. y otros c/ Montenegro Cabezas, Francisco A. R. y otros” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1989-I, p. 580; *La Ley*, t. 1989-B, p. 72). El fallo generó el comentario favorable de Lidia M. R. GARRIDO CORDOBERA (“Problemática de la prescripción adquisitiva y la publicidad posesoria. Un fallo ajustado a derecho”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 1989-B, p. 71); y fue criticado por Claudio M. KIPER ([comentario al art. 2410], en Zannoni, E. A. [dir.] y Kemelmajer de Carlucci, A. [coord.], *Código*

### 8.3. Adecuación de conjuntos inmobiliarios

Otro supuesto de excepción en el que la afectación a PH es ordenada por la ley y, consecuentemente, el juez puede imponerla es el de los conjuntos inmobiliarios que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales (art. 2075 CCCN).<sup>18</sup>

## 9. Obligatoriedad del reglamento de propiedad horizontal

Como ya vimos, no es difícil justificar el carácter vinculante del RPH para quien adquiere el DR de PH con causa remota en un título suficiente, pues aquel se integra a este (art. 2038).<sup>19</sup> La obligatoriedad del RPH para los demás propietarios resulta del inciso a) del artículo 2046, que expresamente los obliga a cumplir con las disposiciones de aquel. Respecto de los poseedores no propietarios, el RPH también es obligatorio, pues de lo contrario no cabe que el artículo 2050 los obligue al pago de los gastos y contribuciones de la PH. Y para los simples ocupantes la obligatoriedad resulta de los artículos 2047 y 2069.

En este punto, ya estamos en condiciones de afirmar que la obligación de respetar el RPH para quienes no tienen otorgado un título suficiente a su favor es *propter rem*, sean propietarios, poseedores u ocupantes.<sup>20</sup> En efecto, esta obligación tiene origen en la ley (tipicidad) y la prestación se origina por existir una conexión con la cosa (propiedad, posesión o tenencia) y en razón de la cosa (mantenimiento, conservación y reparación de las cosas y partes comunes).<sup>21</sup> Con agudeza se observó que

---

*civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 10, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 334.), y severamente por Fernando F. PRÓSPERI y Domingo N. ROTONDARO (“La prescripción adquisitiva frente a la inexistencia de correlación entre la cosa y el derecho real pretendido”, en *Revista del Notariado*, N° 818, 1990, p. 1106). Por su parte, el Dr. Guardiola se expidió en abstracto a favor de la factibilidad jurídica (ver su voto en Cám. Civ. Com. de Junín, 27/9/2011, “Oviedo, María de los Ángeles c/ De Giulio, José y otro s/ Prescripción adquisitiva vicinal / Usucapión” [N. del E.: ver fallo [aquí](#)]). Por nuestra parte, consideramos que la sentencia fue arreglada a derecho y justa, pues declarar adquirido por prescripción el inmueble por una parte indivisa hubiese conducido a un juicio de división de condominio en el que hubiere jugado el principio de partición en especie y eventualmente el de atribución preferencial. Al evitar un segundo pleito, la magistrada con plausible acierto impartió justicia preventiva.

18. Ver nuestro trabajo “Adecuación operativa y programática de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Constitucionalidad, naturaleza y contenido de la obligación de adecuar; ¿quién, cómo y cuándo?”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2016 (julio), p. 44, cita online AR/DOC/1731/2016.

19. Al señalar la ley que el RPH se integra “al título”, de alguna manera expresa también que no integra el contenido del DR de PH (no dice que integre el contenido del DR). Trátase este de un argumento más para desechar la teoría de la “incorporación”.

20. Respecto del administrador, la obligación de respetar el RPH surge del contrato de locación de servicio de administración que celebra con el consorcio al aceptar su designación.

21. BUERES, Alberto J., “Obligaciones ‘propter rem’ y sus relaciones con otras figuras”, en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, N° 90, 2012, p. 99-127, N° 18.

en la *ob rem* la prestación se implica en función de un más ordenado y sistemático ejercicio del derecho de propiedad.<sup>22</sup> Indudablemente los fines de la PH se cumplen mejor otorgando a la obligación de respetar el RPH carácter *propter rem*.

## 10. Consecuencias del encuadre *propter rem*

Esta propuesta es fructífera en consecuencias, pues si las normas del RPH son *ob rem* –en razón de que su titularidad activa o pasiva viene dada por ser propietario, poseedor o tenedor de una UF–, cabe reconocerles a quienes no sean propietarios, por ejemplo usufructuarios, usuarios, meros poseedores o tenedores de UF, legitimación para exigir su cumplimiento en caso de que no la tengan por el artículo 2069 del CCCN o el artículo 623 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El vocablo *propietario* que emplea el artículo 2069 sería abarcativo, pues, de todo DR que se ejerza por la posesión.<sup>23</sup>

Puede ocurrir que entre el RPH y las “escrituras de transmisión” de las UF transcurra un largo tiempo, por ejemplo por haberse anotado una medida de no innovar. Habiéndose dado las posesiones de las UF, nuestra interpretación permite aplicar las normas de convivencia que resultan del RPH entre los ocupantes del edificio y las que regulan el cobro de las expensas comunes, aunque no se haya transmitido ninguna UF. Aunque no se haya otorgado un título suficiente a los poseedores, quedan obligados por el RPH, no contractualmente sino *ex lege*.

Quienes entienden que el consorcio nace con la primera transferencia o adjudicación de una UF deben calificar la comunidad de poseedores que se origina antes de ello como “consorcio de hecho”. Pero si se admite que el consorcio existe desde el otorgamiento del RPH, no cabe esa calificación; bien que los meros poseedores u ocupantes de UF no son miembros del consorcio, pues solo lo son los propietarios de UF, pero igualmente están obligados, *ex lege*, a respetar el RPH.

## 11. Legitimación para otorgar el reglamento de propiedad horizontal

Están legitimados para afectar a PH el dueño, los condóminos y el propietario superficiario (arts. 2038 y 2120 CCCN). Tratándose de un inmueble ya afectado al régimen de PH, quienes están legitimados para incorporar a este la obra nueva (ampliación objetiva de la afectación) son todos los titulares de los DR de PH, en cuanto titulares del *ius aedificandi* que emana de su derecho. Esto es así incluso en el caso del llamado “derecho de sobreelevar”, pues su concesión implica transferir el ejercicio

22. *Ibidem*.

23. En este sentido, recuérdese que Vélez Sársfield aludía con la frase “derecho de propiedad” a todos los DR que se ejercían por la posesión (art. 2351 CCIV).

mas no la titularidad del *ius aedificandi*. Por tal razón es que el contrato de construcción que implica el derecho de sobreelevación, suele contener un poder irrevocable a favor del concesionario o constructor para que en representación de aquellos modifique el RPH para efectuar dicha incorporación y transfiera la nueva UF con causa en dicho contrato.

## 12. Forma del reglamento de propiedad horizontal

El RPH debe redactarse en escritura pública (art. 2038), o sea, la voluntad de quien otorga el acto jurídico de afectación a PH –que implica la redacción del RPH– debe exteriorizarse en escritura pública como requisito de validez. La exigencia se justifica en la certeza que implica esta especie documental, que luce razonable por estar en juego el interés de los terceros a quienes se opondrán los efectos de un RPH que no otorgaron. Además, como el RPH integrará el título y este último debe otorgarse en escritura pública, es comprensible que aquel tenga la misma forma.

El CCCN no da margen para suplir la escritura. Si bien en materia de herencia la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad los comuneros estimen conveniente (art. 2369), la especificidad del artículo 2038 no deja margen alguno. Es nulo el RPH que se otorgue bajo otra especie documental, por ejemplo instrumento privado homologado por el juez de la sucesión o de la división de condominio.

## 13. Forma y efecto del acto de modificación jurídico-real objetiva inmobiliaria. Similitudes y diferencias con el reglamento de propiedad horizontal

La necesidad de otorgar por instrumento público –que, en la generalidad de los casos, se traduce en una escritura pública– el acto jurídico de modificación jurídico-objetiva del DR inmobiliario es una norma incontestable en nuestro sistema. Si bien no surge de manera específica y expresa, su existencia se extrae fácilmente de diversas normas que confluyen a estatuirlo y está plenamente justificada.

Por un lado, nos encontramos con los artículos 1 y 4 a 7 de la [Ley Nacional de Catastro 26209](#). Según el artículo 1, el organismo catastral administrará los datos relativos a los objetos territoriales con, entre otras, la finalidad de registrar la ubicación, límites, dimensiones, superficie y linderos de los inmuebles “con referencia a los derechos de propiedad emergentes de los títulos invocados o de la posesión ejercida”. El artículo 4 prevé que la poligonal de límites que deslinda la cosa inmueble “debe surgir de uno o más títulos jurídicos” y el artículo 5 que los límites del inmueble –que constituyen un elemento esencial de la parcela– se establecen en relación a las causas

jurídicas que les dan origen. Estas causas jurídicas o títulos son los actos jurídicos que deben instrumentarse públicamente.

El plano de mensura (art. 6 Ley 26209) constituye la pieza cuya registración en el organismo catastral provoca la constitución del estado parcelario (art. 7 Ley 26209). El efecto de la registración catastral del plano no es otro que la constitución de ese estado, mas no la mutación jurídico-real objetiva. La poligonal de límites que deslinda el inmueble debe surgir de un título jurídico (art. 4), el cual debe instrumentarse públicamente conforme se desprende del inciso a del artículo 1017. Si bien este se refiere a los contratos, la configuración jurídica del objeto del DR inmobiliario es un acto accesorio preparatorio de todo contrato que se pretenda otorgar a su respecto. En efecto, para poder disponer del objeto inmobiliario es preciso, previamente, configurarlo jurídicamente, determinarlo, pues no se concibe el ejercicio de un poder sobre una cosa que no esté determinada.<sup>24</sup>

A su vez tal determinación permitirá matricular el inmueble en el RPI para que se puedan inscribir los documentos por los que se constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre aquel (art. 2, Ley 17801). Para que dichos documentos puedan ser inscriptos deberán estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda (art. 3).

El título a la adquisición del DR inmobiliario, que debe otorgarse bajo la especie de instrumento público que legalmente corresponda, contiene la determinación del tipo de DR y de los elementos de este (objeto y titular). Cualquier acto que implique un cambio en estos **debe instrumentarse públicamente**; esta es la regla que revela la constelación normativa constitutiva del subsistema jurídico-real inmobiliario. El evidente interés general involucrado en la materia justifica plenamente la imposición de esa forma.

Esta es una de las razones por las cuales la ley exige la sanción del RPH: para cambiar el tipo de DR y el objeto sobre el que recae, es decir para pasar del dominio sobre el edificio a la PH sobre las UF. Cambian pues el tipo y la cantidad de DR y los objetos de los nuevos DR. Se parte de una situación inicial de un DR de dominio sobre un inmueble y se culmina con dos o más DR de PH sobre dos o más UF. Anotamos la extinción del dominio y de la cosa sobre la que recae y el consecuente nacimiento por suplantación-subrogación de dos o más DR de PH sobre las UF.

Algo similar sucede cuando en base a un plano de mensura registrado catastralmente el dueño otorga una escritura de división del dominio. Parte de un DR de dominio que recae sobre un inmueble y culmina con dos o más DR de dominio, es decir de la misma especie, que recaen sobre cosas distintas, nacidas por subrogación con el inmueble de origen. Se extinguen el dominio y el inmueble de origen y nacen a sus expensas, por suplantación-subrogación, dos o más dominios y dos o más inmuebles. Materialmente, la situación no cambió pero en el plano jurídico-real opera-

24. GATTI, Edmundo, *Teoría de los derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 61; ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967, p. 19.

ron la extinción y el correlativo nacimiento de DR y cosas. Esta división del dominio también debe inscribirse en el RPI para ser oponible a terceros.

Luego, uno y otro acto de división (la división del dominio en dos o más dominios y el RPH) si bien tienen un contenido diverso –pues en la PH la mayor proximidad de las UF, la existencia de cosas y partes comunes a dos o más UF y la necesidad de contribuir a su conservación y la personificación del conjunto de propietarios de UF imponen una especial regulación–, desde el punto de vista jurídico-real de su plantación–subrogación de DR y cosas no presentan diferencias. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con la PH, para el dominio que se divide en dos o más dominios no se predica la existencia de ningún “estado”. Los nuevos dominios existen aunque la escritura no se inscriba o no se enajene ninguno de ellos. ¿Cuál es la razón para apartar de este esquema al dominio cuando se pretende dividirlo por el régimen de PH?

#### 14. Promesa de reglamento de propiedad horizontal

La promesa de RPH es una pieza que suele aparecer en la gestación de la PH. El desarrollador inmobiliario con sano criterio, al entregar los departamentos a los promitentes adquirentes –acto anterior a la registración catastral del plano de mensura horizontal que posibilita otorgar el RPH– suele incorporar al acta de entrega un proyecto de RPH que los promitentes adquirentes expresamente se obligan a cumplir. Si bien estos no son quienes suscribirán la escritura de RPH, el afectante queda obligado a otorgar el RPH en base a ese proyecto. (Este esquema estaba previsto en la derogada [Ley 19724](#)<sup>25</sup>).

Un supuesto de ineficacia que da lugar a una suerte de promesa de RPH se presenta cuando el instrumento del acto de afectación adolece de algún vicio que apareja su nulidad, por ejemplo la incompetencia del oficial público autorizante o la falta de su firma, caso en el cual si hubiera “enajenado una o más UF” queda obligado frente a los “adquirentes de UF” a cumplir con la formalidad (art. 285 CCCN). Verificado esto, las UF nacen a la vida jurídica (arts. 280 y 1885 CCCN).

#### 15. Contenido del reglamento de propiedad horizontal

El contenido del RPH está en gran medida impuesto por la ley (art. 2056 CCCN) en miras al correcto funcionamiento del sistema que el afectante pretende instituir y

25. Art. 3 [Ley 19724 de Prehorizontalidad](#): “Al otorgarse la escritura de afectación, el propietario del inmueble debe entregar al escribano la siguiente documentación que se agregará a aquella: [...] e) Proyecto de reglamento de copropiedad y administración”. Art. 28: “Mientras no se constituya definitivamente el consorcio, se aplicarán en cuanto sean compatibles, las disposiciones del proyecto de reglamento de copropiedad y administración previsto en el artículo 3º, inciso e)”.

para la protección de los terceros. Dado que algunos efectos del RPH son *erga omnes*, juega fuertemente el orden público en protección del interés general (art. 1884)<sup>26</sup>; de allí que la imposición de cierto contenido esté plenamente justificada.

## 16. Inscripción declarativa del reglamento de propiedad horizontal

La escritura de afectación a PH debe inscribirse en el RPI con fines de publicidad para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe. Mientras no se inscriba, el registro no abrirá las submatrículas de las UF. Pero de esto no se sigue que esa inscripción sea constitutiva del estado de PH (cuya existencia descartamos). Se trata de una cuestión de tracto registral: no inscripto el RPH no se inscribe de manera definitiva ningún acto que tenga por objeto una UF. Mientras tanto, el título que tenga por objeto una UF, que es válido, se inscribe provisionalmente en la matrícula del inmueble general. Es decir que, aunque el RPH no esté inscripto, se puede disponer válidamente de las UF pero los títulos no se inscribirán definitivamente en las respectivas submatrículas<sup>27</sup>. La modificación del RPH también debe inscribirse, con fines de publicidad para su oponibilidad a terceros (art. 157 CCCN). Por otra parte, si el surgimiento del estado de PH dependiera de la inscripción del RPH, mientras esto no suceda no podría disponerse válidamente de las UF. Es más, la inscripción del RPH se erigiría, al lado de la tradición posesoria, en modo suficiente para transmitir la primera UF (art. 1892 CCCN)<sup>28</sup>.

## 17. Efectos *erga omnes* del reglamento de propiedad horizontal

Advertimos un triple orden de efectos *erga omnes* que produce la afectación a PH. Por un lado, la negación de la existencia del estado de PH implica que el acto de afec-

26. KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, pp. 647 y ss.; HIGHTON, Elena I., ob. cit. (cfr. nota 12), p. 171, § 23.

27. Art. 111 del [reglamento](#) de la Ley del RPI para la Capital Federal (Decreto 2080/1980 - t. o. 1999): "Cuando se realizare escritura de constitución de reglamento de copropiedad y administración simultáneamente con la de transmisión o gravamen de unidades de dominio exclusivo, la solicitud de certificación deberá consignar tal circunstancia, con indicación de las unidades objeto de la venta o gravamen. Los documentos conteniendo los actos arriba expresados deberán ser presentados simultáneamente, salvo el caso de inscripción anterior del reglamento". Lo establecido en este artículo endereza la postura asumida por el RPI porteño en la [DTR 3/1972](#), cuyo artículo 1 dispone: "A partir del día 1º de julio de 1972, toda vez que sea rogada la toma de razón de documento relativo a una unidad funcional, cuando aún no existiere registración definitiva del Reglamento de Copropiedad y Administración pertinente, será rechazada sin más trámite, a mérito de lo expuesto en la presente".

28. Art. 1892 CCCN: "Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. [...] La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. [...] La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos...".

tación produce *per se* la extinción del DR afectado. Si su titular no puede disponer del inmueble es porque tanto el DR afectado como su objeto dejaron de existir. Correlativamente, si puede disponer de las UF es porque efectivamente existen y sobre ellas recaen los DR de PH. Es decir que, con el otorgamiento del RPH, tanto el DR afectado como su objeto se extinguen y en su lugar, simultáneamente, nacen los DR de PH y las UF. Tales son los **efectos reales-objetivos**: la suplantación–subrogación del DR afectado y su objeto por los DR de PH y las unidades.

Por otro lado, la obligación de respetar el RPH a cargo de los propietarios, poseedores y ocupantes de UF tiene un componente real, cifrado en que los sujetos de la obligación están determinados por la sola circunstancia de detentar una relación real con la UF: propiedad, posesión o tenencia. Este es un efecto *erga omnes* de índole **real-obligacional**.

También incluimos entre los efectos *erga omnes* del RPH el nacimiento y la oponibilidad de la persona jurídica consorcio, que llamamos efecto **real-institucional**. El consorcio está indisolublemente unido al acto de afectación –que implica la constitución de aquel y que contiene su estatuto–, al inmueble objeto del derecho afectado y a los DR de PH que nacen en reemplazo de este.<sup>29</sup>

Precisamente para oponer estos efectos a los terceros interesados de buena fe es que la ley exige la inscripción del RPH. No para producir el efecto sino para darle mayor alcance o eficacia subjetiva.

## 18. Personalidad del consorcio

El reconocimiento de la personalidad del consorcio surge expresa y específicamente de la ley (art. 148, inc. h CCCN). El RPH contiene el estatuto de esta persona jurídica, por medio del cual se estructuran sus órganos de gobierno, administración, representación y fiscalización interna (art. 158).

No debe confundirse el estatuto del consorcio con su acto constitutivo (RPH); hay entre ellos la misma relación que media entre la parte y el todo. El acto constitutivo es más amplio pues contiene otras previsiones ajenas al estatuto como la individualización e identificación del propietario afectante, la designación del primer administrador u otras resoluciones igualmente circunstanciales. El estatuto integra el acto constitutivo en cuanto reciben ese nombre todas las disposiciones que se adoptan genéricamente para regir la vida futura de la institución y que por ello no agotan su virtualidad en la consecución de un objetivo concreto determinado. En suma, el estatuto integra el acto constitutivo y condensa todo cuanto tiene de durable y de estructura normativa.<sup>30</sup>

29. De aquí que la ley prescriba que el consorcio tenga (deba tener) allí su domicilio. No estamos de acuerdo con la posibilidad de constituir el domicilio en otro lado (ver nota 43).

30. LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 95, n° 1185 bis.

El consorcio es la única persona jurídica privada de carácter necesario, pues su existencia es consubstancial al régimen de PH. Es inadmisibles la configuración del sistema de PH si falta alguno de los términos del binomio “dos o más DR de PH”<sup>31</sup> y “consorcio”. La pluralidad de propietarios no es un requisito esencial del sistema pero sí de operatividad de algunas de sus normas de funcionamiento interno. Más aún, del juego armónico de los artículos 1907 y 2055 resulta la subsistencia del binomio pese a la destrucción total del edificio (las UF), a menos que la asamblea por mayoría que represente más de la mitad del valor resuelva la demolición y venta del terreno y los materiales.<sup>32</sup>

## 19. Comienzo de la existencia del consorcio

El momento del nacimiento del consorcio es un tema discutido. La cuestión excede lo meramente doctrinario pues si se entiende que el ente nace al otorgarse el RPH, puede de ahí en adelante adquirir bienes, contratar dependientes, etc.

Según la teoría del estado de PH, el consorcio no nace con el RPH sino al enajenarse o adjudicarse la primera UF. La literalidad del artículo 2044 le sirve de apoyo al prever que “el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio”. El artículo refiere no a uno sino a varios propietarios y no menciona el inmueble sino las UF.<sup>33</sup>

Según Moreira, al otorgarse “e inscribirse” el RPH, se extingue el dominio y comienza su aplicación el régimen de PH.<sup>34</sup> Por ello considera que el RPH es un acto de disposición y no de mera administración, al operar una metamorfosis sobre la esencia misma de los derechos que detenta el propietario. A partir de ese momento, el edificio queda dividido en unidades y el titular de dominio se convierte en propietario de UF. Algunas de estas, expresa Moreira, pueden estar alquiladas o gravadas con usufructo a favor de distintas personas, en cuyo caso tendrán vigencia algunas normas

31. Nos referimos a “los” DR de PH pero no a los “propietarios”, pues admitimos la existencia y vigencia del sistema de PH aunque una sola persona sea titular de todas las UF. La afectación a PH parte de “un” inmueble y lógicamente no se concibe la división jurídica de este si de tal operación no resultan por lo menos dos UF.

32. Esto evidencia que, como se expresa en los fundamentos del anteproyecto, la personalidad jurídica es conferida por el legislador como un recurso técnico según variables circunstancias de conveniencia o necesidad que inspiran la política legislativa.

33. Según Mario ZELAYA, el nacimiento del consorcio como persona jurídica se reconoce en dos fases: primero, cuando se otorga e inscribe el RPH (que coloca al edificio en estado de PH), y luego, cuando la comunidad está integrada por al menos dos consorcistas –cada uno de ellos titular de su propio DR de PH–, o sea, cuando es posible que funcione el sistema horizontal, tornándose aplicable el régimen de mayorías y minorías, de sectores privativos y de bienes comunes, y de derechos y obligaciones en general (“La propiedad horizontal”, en Kiper, Claudio M. [dir], *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación [Ley 26994]*, Santa Fe, Rubinzal-Cuzoni, 2015, pp. 9-94).

34. MOREIRA (ob. cit. [cfr. nota 5]) cita en apoyo de su tesis el fallo CNCiv., Sala A, 20/4/1959 (*La Ley*, t. 95, p. 64), con voto del Dr. Llambías.

del RPH, por ejemplo, las que regulan la convivencia y el pago de las expensas comunes. Otras unidades pueden ser hipotecadas a diferentes acreedores; otras estar ocupadas por intrusos. También puede haber UF embargadas por distintos jueces. Con este panorama, parece difícil negar la virtualidad jurídica de la división del edificio y el nacimiento de los DR de PH, aunque se trate de un solo dueño, y “en los hechos el consorcio de propietarios está latente por carecer de pluralidad de sujetos”.<sup>35</sup>

En línea con nuestra tesis negatoria del estado de PH, entendemos que tanto el consorcio como los DR de PH nacen con el otorgamiento del RPH válido<sup>36</sup>, antes de su inscripción registral. Esta se impone al solo efecto de la oponibilidad a terceros interesados de buena fe. Mientras el RPH no se inscriba, no se abrirán las submatrículas y los títulos de las UF no lograrán emplazamiento registral definitivo, pero los DR de PH preexisten a esa inscripción y pueden oponerse a todos salvo a los terceros interesados de buena fe. De todas formas, mientras esté vigente la inscripción provisional de dichos títulos en la matrícula del inmueble general, no podrá invocarse contra ellos la inoponibilidad de lo no inscripto. Está claro que, para que nazcan los DR de PH, es preciso que el RPH sea válido<sup>37</sup>. Afectación al régimen de PH, DR de PH y consorcio se erigen en un trinomio fundamental inescindible que da coherencia al sistema.

El artículo 154 CCCN sustenta acabadamente nuestra tesis de que el consorcio nace sin necesidad de inscribir el RPH, por cuanto: a) al permitir a la persona jurídica en formación inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables supone la personalidad; b) la permisión está dirigida a la persona jurídica y ello implica que esta existe; y c) la frase “en formación” implica la falta de inscripción. En conclusión, el consorcio preexiste a dicha inscripción.

Si bien es cierto que mientras una sola persona sea titular de todas las UF no habrá “en los hechos” cosas y partes “comunes”, no lo es menos que esta es una observación que no permite atender los problemas de la convivencia en el período que transcurre desde el otorgamiento del RPH hasta la escrituración de las UF y que pone a cargo de los terceros una diligencia exagerada para poder conocer la existencia del consorcio, cual es averiguar si se enajenó o adjudicó alguna UF.<sup>38</sup> Sin embargo, la ley

35. Ídem, t. 2 p. 336.

36. Según las conclusiones del Tema 15 (“Propiedad horizontal”) de la 39ª Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015): “El nuevo Código no se expide sobre el inicio de la persona jurídica consorcio, sin embargo cabe interpretar que se inicia con el otorgamiento del reglamento aun cuando el inmueble tenga un solo propietario, por aplicación de lo que dispone el artículo 142 del CCyCN relativo al comienzo de la existencia de la persona jurídica en general”.

37. En este sentido, ZELAYA señala: “... para la adquisición del ‘derecho real de propiedad horizontal’, es condición imprescindible que el edificio se halle en ‘estado de propiedad horizontal’, en virtud del previo otorgamiento del reglamento, el cual podrá estar inscripto o en condiciones de serlo...” (“Superficie”, en Kiper, Claudio M. [dir.] y Daguerre, L. O. [coord.], *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. III, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 171).

38. El tercero que pretenda contratar con el consorcio debería requerir además del RPH alguna escritura de transmisión o adjudicación de una UF, pues de lo contrario se expone a contratar con una persona inexistente

permite a los terceros –como recaudo suficiente– exigir que el representante suscriba y les entregue copia firmada por él del instrumento del que resulta su representación (art. 374), pero no de la escritura de enajenación o adjudicación de la primera UF. Ello quiere decir que es irrelevante para el tercero la enajenación o adjudicación de la primera UF. El administrador opone a los terceros su carácter de representante orgánico del consorcio con el RPH inscripto (doctrina art. 381). Es impertinente, pues, exigirle al tercero que verifique si se enajenó o adjudicó alguna UF para determinar la existencia del consorcio con el cual pretende contratar. A su respecto, el consorcio existe a partir del otorgamiento del RPH (sin perjuicio de que el tercero interesado de buena fe puede invocar la inoponibilidad de lo no inscripto; es decir, no se le podrá oponer la existencia del consorcio si el RPH no está inscripto, a menos que sea de mala fe).

Adviértase que el CCCN, a diferencia de la [Ley 13512](#)<sup>39</sup>, no prevé un condominio sobre las llamadas “partes comunes” ni que cada titular sea copropietario de estas. Surge del CCCN que las cosas y partes son comunes “a las unidades funcionales” (art. 2040) o propias “con respecto a la unidad funcional”, las partes son privativas o comunes “de un edificio” (art. 2037).

Esta clasificación, desubjetivada, es puramente normativa pues las partes no son comunes o propias con relación a las personas sino en orden a la configuración del objeto del DR, que en la PH es **siempre un inmueble propio** (art. 2037) y no las diversas partes que se integran para conformarlo. El objeto de la PH es el todo que resulta de la integración de esas partes. Si bien se habla de cosas o partes del edificio privativas y comunes como si se tratara de propiedades separadas, la realidad es otra; unas y otras forman una unidad, están indisolublemente unidas, y no hay más que un solo bien (art. 2037)<sup>40</sup>. Por lo tanto, no faltan las “partes comunes” por el hecho de que una persona sea la dueña de todas las UF. Las partes “comunes” son tales por estar así referidas en la ley o el RPH, no por pertenecer en copropiedad a dos o más personas. Prueba suficiente de que basta la existencia “normativa” de las cosas y partes propias o comunes para que el régimen de PH esté operativo es que en caso de que la asamblea apruebe la reconstrucción si ocurrió la destrucción total del edificio, los DR de PH no se extinguen (arts. 1907 y 2055), existen aunque “materialmente” no haya partes propias por haber sido destruidas. Además la ausencia de la pretendida copropiedad sobre las partes comunes en el CCCN también se daría en el caso en que las partes sean comunes a “algunas unidades” y estas pertenezcan a un mismo

---

y el administrador a responder personalmente por invocar una representación inexistente. Además debería verificar que se cumplió el modo suficiente.

39. Art. 2 [Ley 13512 de Propiedad Horizontal](#): “Cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y **copropietario** sobre el terreno y sobre todas las cosas de uso común del edificio, o indispensables para mantener su seguridad...”. Art. 10 LPH: “Los asuntos de interés común que no se encuentren comprendidos dentro de las atribuciones conferidas al representante de los **condominios**, serán resueltos, previa deliberación de los propietarios, por mayoría de votos...”.

40. HIGHTON, Elena I., ob. cit. (cfr. nota 12), p. 139 § 15.

titular: con el criterio subjetivo no serían “comunes” por pertenecer a un único titular. En definitiva, las partes son “normativamente” propias o comunes (a todas o a algunas unidades) por recibir esa calificación de la ley o del RPH y no por la pluralidad subjetiva pretendida por la teoría del estado de PH.

## 20. Funcionamiento del consorcio unipersonal

Mientras todas las UF pertenezcan a una sola persona, el funcionamiento interno del consorcio se ve atenuado por el auto-organicismo que dicha situación provoca. La falta de pluralidad subjetiva causa la inercia de algunas normas que regulan el funcionamiento intraconsorcial de los órganos, lo que conduce a una gran concentración de competencias en la asamblea. Así, por ejemplo, la asamblea unipersonal puede autoconvocarse, incorporar al orden del día redactado por el administrador los puntos que desee, resolver en todos los casos por unanimidad y decidir sobre todas las cuestiones (arts. 2058 y 2059). Sin embargo, resultan plenamente aplicables algunas reglas que conectan internamente a los órganos, por ejemplo la que establece la necesidad del administrador de recabar el acuerdo de la asamblea para nombrar y despedir al personal del consorcio (art. 2067, inc. f). Si bien es imposible integrar el consejo de propietarios por faltar el sustrato subjetivo necesario para ello, las funciones que la ley o el RPH le atribuyen no quedan vacantes sino que serán desempeñadas por la asamblea unipersonal. En consecuencia, el administrador debe pedir autorización al propietario de todas las UF para disponer del fondo de reserva ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios (art. 2064, inc. c). La falta de pluralidad de miembros del consorcio no obsta la existencia de dicho fondo, pues este puede haberse recaudado de los poseedores compradores por boleto (art. 2050).

Pero en la esfera externa, el auto-organicismo no opera pues la representación legal del consorcio corresponde únicamente al administrador (arts. 358, 2º párr., y 2065), si bien la asamblea unipersonal puede removerlo en cualquier momento. Pero mientras el consorcio no ponga, a través del nuevo administrador, la revocación en conocimiento de los terceros por medios idóneos, no es oponible a estos, es decir que el anterior administrador obliga al consorcio frente a los terceros, a menos que se pruebe la mala fe de estos en el momento de celebrar el acto jurídico con el anterior administrador (art. 381).

Dentro de este esquema si bien la asamblea es soberana y puede “internamente” desplazar a los demás órganos para resolver las cuestiones atribuidas a estos, en las “relaciones exteriores” no puede ejercer la competencia adjudicada al administrador, pues en ese ámbito el interés preponderante merecedor de protección es el de los terceros.

No notamos que la interpretación de que el consorcio nace al otorgarse el RPH apareje consecuencias desfavorables, sino al contrario:

- 1) Se ajusta a lo que sucede en la realidad<sup>41</sup>, en la que el administrador desde ese momento obra en nombre del consorcio para tramitar la rúbrica de los libros, cumple las obligaciones derivadas de la legislación laboral, previsional y tributaria (p. ej., obtención de CUIT, registración de empleados), abre la cuenta bancaria para recaudar las expensas y abonar los gastos operativos, etc.
- 2) Brinda mayor seguridad a los terceros, quienes contratan con el administrador sin necesidad de indagar si se enajenó o adjudicó la primera UF.
- 3) Abre más vías para facilitar la composición de los conflictos que se susciten, pues legitima al administrador para accionar vía el artículo 2069 contra el ocupante que infringe las prohibiciones establecidas en la ley o en el RPH. Como ejemplo, imagínese el supuesto de un edificio recién construido, cuyo propietario dio la posesión de los departamentos a los promitentes compradores y lo afectó al régimen de PH pero antes de escriturar las UF se anota una prohibición de innovar.
- 4) Contribuye a la conservación del inmueble pues legitima al administrador para perseguir el cobro ejecutivo de las expensas a los poseedores (art. 2098).
- 5) Posibilita constituir superficie “sobre construcciones ya existentes aun **dentro del régimen de propiedad horizontal**” con anterioridad a la enajenación o adjudicación de la primera UF.<sup>42</sup>

Las soluciones que derivan de la teoría negatoria del estado de PH se exhiben valiosas; nos preguntamos entonces ¿cuáles son las ventajas que derivan de la teoría afirmativa? y ¿cuál es el sustento normativo de esta?<sup>43</sup>

## 21. Capacidad. Objeto

El objeto del ente consorcial no puede ser otro que el mantenimiento, conservación y reparación de las cosas y partes comunes. La ley impone dicho objeto y por el orden público que campea en la materia no puede modificarse por voluntad de los miembros. En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, el objeto pue-

41. Según MOREIRA, los DR de PH nacen al inscribirse el RPH y esta solución contempla más adecuadamente la realidad (ob. cit. [cfr. nota 5], p. 345) pese a que “en los hechos el consorcio de propietarios está latente por carecer de pluralidad de sujetos” (p. 336).

42. ZELAYA, pese a ser partidario de la teoría del estado de PH, afirma la posibilidad de constituir superficie por parte del titular único del inmueble sometido al régimen de horizontalidad cuando ya hay división jurídica del edificio pero aún no hay titulares del DR de propiedad horizontal que puedan ejercer la facultad de constituir la superficie en los términos del art. 2118 (ob. cit. [cfr. nota 37], p. 171).

43. Según MUSTO (ob. cit. [cfr. nota 3], p. 723 § 358), “no es indispensable que se enajene –por lo menos– una unidad para que nazca la propiedad horizontal y, aunque el dominio de todas las unidades pueda parecer una situación anómala o de transición, sostenemos que exigir la existencia de al menos una enajenación, importa una **petición de principio**, ya que esa enajenación no se podría realizar si la cosa no está sometida al sistema”. [El destacado nos pertenece].

de ir un poco más allá y consistir, por decisión de la asamblea, en su reconstrucción (art. 2055). Dado que el objeto del consorcio no puede ser otro que el impuesto por la ley, su mención en el RPH tiene un propósito solo docente.

El accionar del consorcio debe estar enderezado al cumplimiento de esos fines. Este aspecto no debe perderse de vista cuando se pretende aplicar el principio de especialidad a la capacidad del consorcio de PH.<sup>44</sup> De allí que admitamos que el consorcio, con miras a satisfacer su objeto, pueda adquirir UF del mismo inmueble.

El acto otorgado por el administrador en nombre del consorcio no debe evaluarse en sí sino a la luz del fin perseguido.<sup>45</sup> Por tal razón, es aconsejable que conste claramente expresado en el acto otorgado y en el acta que contenga la decisión orgánica de otorgarlo.

El ámbito de actuación del representante y la extensión de su competencia frente a los terceros comprende: a) el acto incluido en el objeto consorcial; b) el acto accesorio de otro comprendido en el objeto; c) el acto que tenga por finalidad preparar la ejecución de un acto del objeto; y d) el acto que tienda a facilitar la realización de otro incluido en el objeto o el cumplimiento del objeto en sí.

## 22. Nombre

Toda persona jurídica debe tener un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada (art. 151). El nombre debe satisfacer los recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva. De allí que el nombre del consorcio suela incluir la ubicación del inmueble. También puede usarse un nombre de fantasía, que responda a la marca empleada para comercializar el producto inmobiliario. Notarios y registradores deben controlar la legalidad de la denominación al otorgarse e inscribirse el RPH.<sup>46</sup>

Si bien en el título del CCCN correspondiente a la PH se alude al ente con la palabra “consorcio” o la frase “consorcio de propietarios”, el artículo 148, al enumerar las personas jurídicas privadas, lo refiere como “consorcio de propiedad horizontal”, frase que satisface adecuadamente el recaudo de veracidad. Descartamos el uso de la palabra “consorcio” a secas, para distinguir mejor esta persona del contrato de consorcio de cooperación (art. 1470 y sigs.) que si bien carece de personalidad

44. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 26), p. 580.

45. Art. 144 CCCN: “Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”.

46. Ver en este sentido el art. 2 *in fine* de la DTR 2/2016 del RPI de la Capital Federal.

(art. 1442) tiene denominación, la que se forma con un nombre de fantasía integrado con la leyenda “consorcio de cooperación” (art. 1474, inc. d). También descartamos la frase “consorcio de propietarios” por resultar incompleta al no especificar que se trata de una PH ni cuál es el objeto de la propiedad (las UF); además si se afecta a PH la propiedad superficiaria con separación del suelo (art. 2120, 2º párr.), podría erróneamente interpretarse que la palabra “propietarios” alude no solo a los de las UF sino también al *dominus soli*, quien en tal carácter no integra el consorcio.

Por otra parte, para cumplir los recaudos de veracidad y aptitud distintiva, si lo afectado a PH es la propiedad superficiaria con separación del suelo, opinamos que, en la denominación del consorcio, a la frase “consorcio de propiedad horizontal” debe agregarse la calificación superficiaria, o sea “consorcio de propiedad horizontal superficiaria”.

### 23. Domicilio

El artículo 2044 prevé que el consorcio tiene su domicilio –la sede, según el artículo 152– en el inmueble. Entendemos que es imperativo que el domicilio se establezca allí, pues el artículo 2056, que especifica cuál debe ser el contenido del RPH, no menciona el domicilio como un dato que pueda elegir el afectante. La imposibilidad jurídica de cambiarlo obedece a evidentes razones de seguridad jurídica.<sup>47</sup>

### 24. Patrimonio

La composición del patrimonio del consorcio debe estar mencionada en el RPH (art. 2056, inc. e).

Las cosas y partes comunes no integran el patrimonio del consorcio sino que pertenecen a los propietarios de las UF; de aquí que las rentas que de ellas provengan no corresponden al consorcio, salvo que el RPH o los propietarios dispongan lo contrario.<sup>48</sup>

#### 24.1. ¿Puede el consorcio adquirir unidades funcionales del edificio?

El CCCN no prevé expresamente para la PH común la posibilidad de que el consorcio adquiera la propiedad de una UF del edificio. Está claro que el consorcio no puede perseguir el lucro como fin, ni para sí ni para sus miembros o terceros. Sin em-

47. Para KIPER, nada impediría que pueda constituirse en otro lado, aunque no le parece muy práctico hacerlo (ob. cit. ob. cit. [cfr. nota 26], p. 580).

48. Ídem, p. 581.

bargo, el reconocimiento de su personalidad implica admitir que tiene aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones en orden al cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (art. 141). En la medida que el acto otorgado por el consorcio no esté destinado a la consecución de fines que le sean ajenos, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona debe imputarse al consorcio (art. 144).

La adquisición, titularidad y ejercicio del DR de PH sobre unidades no resultan *per se* un acto contrario al objeto y fines consorciales. Consideramos que mal puede predicarse la incompatibilidad o inidoneidad sujeto-acto si no se evalúa la finalidad que aquel busca satisfacer con este, pues el acto no es en sí inválido o ilícito ni por sí escapa a una vinculación con el objeto consorcial. Podría pensarse que el consorcio se autofagocita al adquirir las unidades que pertenecen al inmueble respecto del cual está justificada e indisolublemente unida su existencia, mas este pensamiento parece extremista. El caso presenta cierta analogía con la hipótesis regulada en el artículo 220 de la *Ley General de Sociedades*, que regula la posibilidad de la SA de adquirir sus propias acciones. Pero la intención de la ley de que las acciones no permanezcan en el patrimonio de la sociedad, evidenciada por la imposición de su cancelación o enajenación, se justifica razonablemente en la inutilidad de dicha situación. En el caso del consorcio, la diversa naturaleza del bien de que se trata, el rédito que de él se puede extraer y el débil impacto que el ente consorcial tiene como sujeto en el tráfico jurídico nos alejan de esa solución legislativa. En la medida que el producido del alquiler se aplique a la prosecución del objeto consorcial, la negativa nos resulta poco sostenible bajo una mirada finalista de sostenimiento del sistema y ante la falta de una norma prohibitiva expresa. Además, adviértase que la Ley de Sociedades no restringe la adquisición de sus propias acciones por la SA cuando está en juego el interés social. La prohibición en el ámbito societario apunta a otro objetivo, el de evitar generar confusión en los terceros que contraten con la sociedad que muestra un capital que está aguada al respaldarse en acciones emitidas por ella misma.<sup>49</sup> Esta situación no se da en el caso del consorcio, en el cual el capital no existe como elemento estatutario y los terceros que contratan consideran no el patrimonio consorcial sino el buen nombre del edificio y, a lo sumo, el patrimonio de los consortes, evidenciado por el tipo de edificio de que se trate (ubicación, calidad, etc.).

Cabe admitir que el consorcio pueda adquirir UF por dación en pago para evitar que tenga que sacar a remate los bienes de los deudores para obtener el cobro y sufrir los perjuicios que suele causar el obrar de la “liga”. El producido de la posterior venta o alquiler de las unidades permitirá equilibrar las cuentas del consorcio.

Por otra parte, el artículo 2085 CCCN prevé expresamente para los conjuntos inmobiliarios la posibilidad de que el consorcio adquiera una unidad.<sup>50</sup> Considera-

49. De allí que la ley prohíba a la sociedad recibir de los directores en garantía acciones representativas de su propio capital (art. 222 LGS).

50. KIPER, Claudio M. ob. cit. (cfr. nota 26), p. 583.

mos que ello no hace a la diferencia específica entre la PH común y la especial, es decir que rige para ambas especies de PH. Por otra parte, no hay norma prohibitiva expresa que obste la adquisición de UF del edificio sino que, por el contrario, el artículo 154 CCCN contempla la posibilidad de que la persona jurídica en formación pueda inscribir preventivamente a su nombre bienes “registrables”.

Para despejar las dudas que en la praxis puedan suscitarse al respecto consideramos conveniente incluir en el RPH una cláusula que expresamente faculte en determinadas situaciones al consorcio a adquirir, enajenar o alquilar UF del edificio.

#### 24.2. ¿Puede el consorcio adquirir otros inmuebles?

No advertimos inconveniente en que el consorcio adquiera inmuebles adyacentes, por cualquier modo que sea, incluida la usucapión, siempre que el acto esté enderezado a la consecución de los fines que justifican su existencia y no choque con la norma del artículo 2041 CCCN.<sup>51</sup> Hacemos extensiva a este supuesto la recomendación efectuada en el último párrafo del subinciso anterior.

#### 24.3. ¿Puede el consorcio adquirir otros bienes registrables?

La respuesta es afirmativa. Reiteramos, el artículo 154 CCCN contempla la posibilidad de que la persona jurídica inscriba a su nombre bienes registrables, incluso antes de la inscripción del RPH. Imagínese el supuesto no descabellado de un conjunto inmobiliario que se desarrolla en una fracción de tierra de gran tamaño, que requiere de uno o más vehículos para que el personal de seguridad pueda trasladarse más velozmente (art. 2079 *in fine*). En la medida en que el consorcio no tercerice los servicios de, por ejemplo, jardinería o seguridad, deberá reconocérsele aptitud legal para adquirir los bienes no registrables o registrables a emplear para el desarrollo de tales actividades en la órbita espacial circunscripta por los límites del inmueble general. Por el principio de especialidad, el consorcio no puede prestar servicios a otros conjuntos inmobiliarios pero sí atender sus propios requerimientos en una materia indudablemente vinculada a su objeto y los fines de su creación.

51. Según Marcela H. TRANCHINI, el consorcio puede adquirir otros inmuebles en la medida de su concordancia con sus fines, ejemplifica con la adquisición de un terreno lindero para espacios guardacoches, que beneficia a todas las unidades de un edificio que carece de cocheras ([comentario al art. 2039], en Clusellas, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 57). Creemos que el consorcio puede adquirir la propiedad del terreno en esas condiciones **pero que debe incorporarlo sin demora al régimen de PH en calidad de parte común** (art. 2041, inc. 1, CCCN). Aceptamos que el consorcio mantenga la titularidad del terreno mientras se tramita el plano de modificación de la mensura horizontal a tal efecto y la escritura de reforma del RPH. Mientras tanto, parece que el inmueble está más a resguardo en el patrimonio del consorcio que en el de todos y cada uno sus miembros en condominio.

#### 24.4. ¿Puede el consorcio ceder créditos por expensas?

Cabe admitir que el consorcio ceda el crédito por expensas para evitar tener que sacar a remate los bienes de los deudores para obtener el cobro y sufrir los perjuicios que suele causar el obrar de la “liga”. El producido de la cesión permitirá equilibrar las cuentas del consorcio. La cesión permite al consorcio hacerse más rápidamente de fondos líquidos para la atención de su objeto.

#### 24.5. Imposibilidad lógica de inscribir unidades funcionales del edificio a nombre del consorcio “en formación”

Una de las consecuencias de admitir que el consorcio nace al otorgarse el acto de afectación a PH es que a partir de entonces el afectante pueda transferirle la UF que el RPH mencione como un bien integrante del patrimonio consorcial (art. 2056, inc. e). Sin embargo, la UF no se inscribirá a nombre del consorcio “en formación” pues el registro no abrirá las submatrículas mientras no se inscriba el RPH, momento a partir del cual el ente deja de estar “en formación”. Es decir que si bien la UF se transfiere a favor del consorcio en formación, se inscribe cuando deja de estarlo.

### 25. Estructura orgánica del consorcio de propiedad horizontal

La asamblea y el administrador son los órganos necesarios del consorcio. Puede prescindirse del consejo de propietarios (art. 2058, inc. d *in fine*) pero conviene instituirlo en los inmuebles que cuenten con no poca cantidad de UF.

Desde la afectación a PH, aunque sea otorgada por el único titular, el consorcio debe contar con los órganos de gobierno y de administración integrados. Si bien no es lógicamente posible que aquel no lo esté (asamblea unipersonal) puede ocurrir que el administrador designado en el RPH rechace su nombramiento. En tal caso, tratándose de un administrador profesional, requisito que hoy exigen diversas normas locales (por ejemplo, la [Ley 941](#) modificada por las Leyes 3254 y 3291 de la CABA), debe tomar las providencias conservatorias urgentes (doctrina art. 1324 *in fine*).

### 26. Objeto de la afectación a propiedad horizontal. Variantes

El dueño y los condóminos pueden afectar a PH el inmueble general. Puede ocurrir que haya construcciones en este que no se afecten a PH por diversas causas:

A) Por violar las reglas del poder de policía de la construcción.<sup>52</sup> Podemos clasificarlas de la siguiente manera:

52. Véase, para el ámbito de la CABA, la [Ordenanza Municipal 26134](#) (15/11/1971, Boletín Municipal N° 14172, p. 19547). Se sugiere prever en el RPH un poder especial irrevocable para tramitar la incorporación

- a) **Construcciones precarias en partes comunes.** Si se incorporaron al edificio construcciones precarias, no se computan en el plano ni se afectan al régimen de PH. Sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, la Municipalidad podrá ordenar demoler lo construido en contravención. En este caso, sugerimos incorporar al RPH una cláusula que regule todo lo atinente a la demolición: quién la hará, quién la costeará, remoción y venta de los escombros, plazos, etc.
- b) **Construcciones no precarias en partes privativas.**
- b.1) **Que no afectan la funcionalidad.** Si alguna unidad tiene parcialmente construcciones no precarias, efectuadas sin permiso, que no hacen a su funcionalidad, solo se computarán las superficies aprobadas. El alta de dichas construcciones solo se hará por aprobación de la autoridad municipal en cuyo caso deberá presentarse el plano modificadorio de la mensura horizontal.
- b.2) **Que afectan la funcionalidad.** Si existen una o más unidades de construcción no precaria, que no posean permiso de obra en su totalidad o tengan construcciones sin permiso que hacen a su funcionalidad, serán registradas en carácter de “proyecto” hasta que se obtenga la aprobación de las construcciones mencionadas por intermedio de la autoridad competente. Obtenida la misma se les dará el alta respectiva.

B) Por conformar un objeto jurídicamente distinto. Si el inmueble que se afecta, parte integrante de otro, está dissociado jurídicamente por uno o más derechos reales de superficie, cada una de las propiedades superficiarias constituidas podrá, cumplidos los requisitos de la ley, tener su propia afectación, sin perjuicio de la posibilidad de integrar luego los objetos sobre las que recaen bajo una sola afectación.

## **27. Afectación de la superficie al régimen de propiedad horizontal con separación del terreno perteneciente al propietario**

El propietario superficiario puede afectar la construcción al régimen de PH con separación del terreno perteneciente al propietario, salvo pacto en contrario (art. 2120).

Esta posibilidad suscita las siguientes primeras observaciones:

- i. La finalidad de la norma va más allá de legitimar al propietario superficiario para afectar a PH el objeto sobre el que recae su DR. Decimos esto dado que la legitimación surge de otra norma: la que prescribe aplicar a la propiedad superficiaria las reglas del dominio revocable (art. 2128). Ergo, si el dueño revocable puede afectar a PH, también puede hacerlo el propietario superficiario.

---

de estas construcciones al régimen de PH y sus consecuencias (cambio de porcentajes de participación en las partes y cosas comunes, en la contribución al pago de las expensas comunes, etc.).

Entonces la norma del 2120 no debe verse como una simple reiteración de la legitimación que resulta del artículo 2128 sino que habrá de buscarse en ella otro significado.

- ii. La norma no emplea la palabra “terreno” a secas, refiere al “terreno perteneciente al propietario”. Por propietario entendemos al superficiante, al *dominussoli*. La aclaración que hace el artículo de que el terreno que queda afuera de la afectación es el del *dominussoli* no conduce a que la propiedad superficiaria no deba recaer en parte del terreno del inmueble de origen.
- iii. Consideramos que la ley en el artículo 2120 emplea la palabra “terreno” para contrarrestar de cierta manera la previsión del artículo 2041 según la cual el “terreno” debe ser una parte necesariamente común. Lo que el artículo 2120 permite dejar afuera de la afectación no es “el terreno” sino el “perteneciente al propietario”. Habrá de considerarse, pues, que hay un terreno “perteneciente al propietario” y otro perteneciente al superficiario.
- iv. En caso de que el superficiario otorgue el RPH con separación del terreno perteneciente al propietario, lo que queda fuera de la afectación no es solo dicho “terreno” sino todo lo que jurídicamente forma parte de él (subsuelo, accesiones, etc.); estrictamente, queda afuera todo aquello que conforma el objeto sobre el que recae el derecho real del *dominussoli*, o sea el objeto constituido por el negativo fotográfico del objeto de la propiedad superficiaria, que por ley recibe el nombre de “suelo”<sup>53</sup>. El terreno perteneciente al *dominussoli*, su subsuelo y accesiones integran el “suelo”, que es lo que verdaderamente queda afuera de la afectación otorgada solo por el superficiario.
- v. El suelo no necesariamente incluye el terreno, pues la propiedad superficiaria puede extenderse desde el subsuelo hasta un nivel superior a la cota cero. Es más, la superficie puede abarcar el inmueble en toda su extensión (art. 2116: puede constituirse sobre todo el inmueble), en cuyo caso el objeto del suelo debe concebirse infinitesimalmente, en el plano de la pura abstracción, como impalpable piel que rodea el cuerpo de la propiedad superficiaria.
- vi. En el caso del artículo 2120 que comentamos el objeto de la propiedad superficiaria debe incluir una parte del terreno del inmueble de origen, pues en la PH el terreno es una parte necesariamente común (art. 2041 inc. a). Sin terreno las UF que resulten de la construcción superficiaria no cumplen con el requisito establecido en el artículo 2039: tener “comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común”. Esto exige que el objeto de la propiedad superficiaria esté integrado, a nivel de cota cero, por una parte del terreno del inmueble de origen<sup>54</sup>. Sin una parte del terreno los “superficiarios subterrá-

53. Refieren al suelo y al DR que recae sobre ellos (arts. 2115, último párrafo, 2125 y 2126).

54. ZELAYA (ob. cit. [cfr. nota 33], p. 22) entiende que la recepción legal del derecho real de superficie puede dar lugar a una edificación en PH sin terreno. En cambio, KIPER (“Superficie” en ob. cit. [cfr. nota 33], p. 268) expresa “puede darse la situación de que el superficiario [...] edifique unidades que cumplan con los recaudos

- neos” no pueden emerger al nivel cero, ni descender a él los “superficiarios aéreos”. La posibilidad de constituir una servidumbre de paso sobre el suelo o de ampliar la extensión del inmueble gravado para que el aprovechamiento de la superficie pueda ser útil (art. 2116 *in fine*) no conmueve la necesidad de que las unidades tengan comunicación con la vía pública “directamente o por un pasaje común” (art. 2039). El pasaje debe ser necesariamente común a las UF superficiarias (art. 2041 inc. b).
- vii. Si se admitiera que la propiedad superficiaria afectada a propiedad horizontal no tuviera contacto inmediato con el terreno no podría darse cumplimiento a lo prescripto en el artículo 2039 del CCCN: la propiedad de la UF comprende la parte indivisa de a) el terreno y b) las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad. Si admitimos que la propiedad superficiaria se emplace por encima del nivel de terreno, la estructura que la sostenga no integrará las UF superficiarias violándose así la prescripción de que integren las UF las partes indispensables para mantener su seguridad. Dicha estructura tampoco podría ser parte necesariamente común, infringiéndose el artículo 2041 inciso d<sup>55</sup>.
- viii. “la construcción” referida en el artículo 2120 es comprensiva de:
- a. “lo construido” que preexista a la constitución de la superficie, cuya propiedad el superficiario adquiera derivativamente, por transmisión efectuada a su favor por el constituyente y
  - b. “lo que construya” el superficiario en ejercicio del *iusaedificandi*, cuya propiedad adquiera de manera originaria por la accesión que implica la construcción que *iure proprio* realice en base al derecho de superficie;
- ix. Habida cuenta de lo prescripto en el artículo 228, las reglamentaciones locales no deberían exigir que el ancho y largo de la parte del terreno comprendida en la parcela superficiaria para conformar el pasaje común que posibilite la salida a la vía pública sea mayor que la necesaria a tal fin (emplazamiento de la entrada y el hall de entrada del edificio, que comprenda las escaleras y el o los ascensores, o el ancho para la entrada y salida de vehículos si tuviere un estacionamiento).
- x. El suelo y la superficie en cuanto objetos distintos<sup>56</sup> pueden tener cada uno su propia afectación a PH, siempre que cada uno cuente con una parte del terreno del inmueble de origen que posibilite el cumplimiento del precitado requi-

necesarios para poder someterse al régimen de P.H. (v.g.: independencia, salida a la vía pública, reglamento, administración, etc.)...”

55. Art. 2041 CCCN: “Cosas y partes necesariamente comunes. Son cosas y partes necesariamente comunes: [...] d) los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispensables para mantener la seguridad”.

56. No hablamos de objetos “independientes” dado que la propiedad superficiaria nunca logra independizarse del todo del derecho gravado con superficie (nuestro sistema no admite la superficie perpetua y mantiene la fuerza gravitacional y expansiva del dominio). El objeto de uno y otro están destinados fatalmente a unirse.

sito del artículo 2039. Esta interpretación permite armonizar la posibilidad de afectación a PH que brinda el artículo 2120 con la exigencia de que el terreno sea una parte necesariamente común. Por supuesto que cada afectación incluye solo la parte del terreno que integra su objeto y no la correspondiente al objeto del otro derecho.

- xi. Si la construcción superficiaria no cumple el requisito de comunicación con la vía pública directamente o por un pasaje común, no podrá afectarse a PH, por no cumplirse lo prescripto en el artículo 2039. En ese caso habrá que resolver un problema de funcionalidad, pues de lo contrario se habrían gastado recursos de la economía en un objeto que por no poder accederse a él resultaría inútil. Para esto puede acudir a alguno de los siguientes expedientes, sin perjuicio de otros:
  - a. ampliar la extensión del inmueble gravado con superficie en los términos del segundo párrafo del artículo 2116; o
  - b. gravar con servidumbre de paso el suelo como fundo sirviente, que dure todo el plazo de la superficie. Tratándose el suelo y la superficie de dos inmuebles que si bien vinculados son distintos, si alguno de ellos carece de comunicación suficiente con la vía pública la constitución de servidumbre real es forzosa (art. 2166); o
  - c. incorporar la construcción al régimen de propiedad horizontal, sea afectando conjuntamente el suelo y el objeto de la superficie, o incorporando la superficie a la afectación a PH preexistente que recaiga sobre el suelo, en ambos casos previa unificación parcelaria<sup>57</sup>.
- xii. Otro tanto sucede si el suelo queda en toda su extensión material fuera del nivel de cota cero del terreno, pero en esta hipótesis no es de aplicación lo previsto en el inc. a) anterior.

57. Se trata de un contrato por el cual el *dominussoli* y el propietario superficiario unen las dos cosas colindantes de su propiedad, los objetos sobre los que recaen sus respectivos derecho real, para constituir una nueva cosa con el fin de atribuir a cada uno, en la cosa resultante y como pago de su aportación, derechos de distinto tipo sobre esta, en proporción al valor de cada una de las cosas integrantes.

Es un único acto que conceptualmente puede descomponerse en dos fases que si bien simultáneas son diferenciables: la primera, de aportación, que en razón de la identidad de fin perseguido por los titulares al emitir una declaración de voluntad del mismo contenido jurídico tiene carácter unilateral, y la segunda, en la que los titulares determinan el tipo y la extensión de su derecho en la cosa resultante, teniendo esta fase un matiz más contractual. Esta segunda fase encierra una partición en especie por la cual la propiedad sobre el inmueble resultante se divide cualitativamente en suelo y superficie.

Se trata de un negocio de comunicación de bienes mediante el que los propietarios ponen en común sus respectivos inmuebles. No hay necesidad de que tal comunicación comercial de bienes tenga carácter expreso ya que se entiende tácitamente convenida con la reunión de los inmuebles y la determinación de la participación de cada uno de los aportantes en la nueva finca. No se constituye un condominio pues los derechos que recaen sobre los objetos que se fusionan, si bien compatibles, son de distinta especie, sino una comunidad económica cuya liquidación opera en el momento mismo de su formación.

Juzgamos que no hay necesidad de acudir al rodeo de que el superficiario transmita la propiedad superficiaria al superficiante (para obtener de esa forma la fusión objetiva) para que este, luego de afectar a PH el inmueble resultante de la automática reunión del suelo y la superficie, constituya a favor de aquel, como contraprestación, derecho de superficie sobre las diversas UF que se originen.

- xiii. Si se afecta a PH el inmueble resultante de la unificación parcelaria del suelo y la propiedad superficiaria, el RPH debe ser redactado por el *dominussoli* y el superficiario. Si no arriban a un acuerdo, será impuesto judicialmente. De allí la conveniencia de que el proyecto de RPH esté previsto en el contrato de superficie (téngase presente el carácter *propter rem* de las obligaciones del superficiario).
- xiv. La prohibición que el constituyente de la superficie puede imponer al superficiario es de afectar “con separación del terreno perteneciente al propietario”, pero no “de afectar”. Adviértase: la coma separa las frases “puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal” y “con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario” y la prohibición se encuentra en esta última, no en la primera frase. Si se hubiera querido alcanzar con la prohibición a la afectación, la coma debería estar luego de la frase “con separación del terreno perteneciente al propietario”. ¿Cuál sería además el interés legítimo del propietario del suelo en prohibirle al superficiario la afectación? No se nos ocurre ninguno, se trataría pues de una prohibición incausada, caprichosa, incompatible con el ejercicio regular del derecho de propiedad del *dominussoli*<sup>58</sup>. En cambio sí habría interés legítimo si está previsto que bajo la misma afectación queden comprendidos el suelo y la superficie (previa su unificación).
- La prohibición de afectar con separación del terreno perteneciente al propietario se traduce a nuestro juicio en la obligación del propietario y del superficiario de unificar ambos objetos y afectarlos bajo un mismo régimen de PH, sea que el sistema se constituya sobre ambos o que el objeto superficiario se incorpore a la afectación que recaiga sobre el suelo.<sup>59</sup>
- xv. Conforme *supra* expresamos, para que el titular del suelo y el superficiario puedan afectar conjuntamente, o incorporar la superficie a la afectación que recae sobre el suelo, deben reunirse ambos objetos, es decir unificar las dos parcelas a las que refiere el artículo 2125.<sup>60</sup>
- xvi. Si no media prohibición de afectar, no puede prohibirse al superficiario transmitir o gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas que resulten de la afectación de la construcción superficiaria. Si se le prohíbe afectar, va de suyo que no podrá transmitir ni gravar las unidades, pues estas no existen.

58. COSSARI opina que el título de la superficie podría también limitar la posibilidad de enajenar o gravar las unidades y requerirse el consentimiento del superficiante para ello (punto b.3 *in fine* de su comentario al art. 2120, en ob. cit. [cfr. nota 8]).

59. COSSARI parece admitir la prohibición absoluta al expresar que “La facultad de afectar la construcción a la P.H. existe salvo disposición en contrario en el título constitutivo. No cercenada esta posibilidad, el superficiario no necesita del consentimiento del propietario para enajenar o gravar las unidades. Entendemos que el título podría también limitar esta posibilidad y requerirse el consentimiento para enajenar o gravar” (ibídem).

60. Ver nota 57.

- xvii. Si bien no se puede prohibir al superficiario que puede afectar a PH transmitir o gravar las unidades resultantes, sí se puede establecer opciones de compra o de venta o pactos de preferencia a favor del superficiante.
- xviii. Si coexistieran dos derechos de superficie sobre parte determinada, por ejemplo para construir en el inmueble gravado un edificio en torre cada superficiario, el propietario puede imponer la prohibición tanto a su favor como en provecho del otro superficiario, como estipulación a favor de tercero, para asegurar la afectación a PH de todo el conjunto en un solo acto.

## 28. Extinción del consorcio

En este tema confluyen diversos conceptos que debemos distinguir: la extinción del DR de PH, la disolución, la liquidación y la extinción del consorcio y la desafectación del régimen de PH. Si bien se trata de fenómenos jurídicos diversos, guardan relación entre sí.

### 28.1. Disolución

El nacimiento de los DR de PH produce el coetáneo nacimiento del sujeto de derecho consorcio de PH. Las relaciones que genera la afectación a PH no conciernen solo a sus miembros ni se agotan entre estos y el consorcio, sino que implican a terceros, quienes no pueden perjudicarse por el corte instantáneo de esas relaciones. Al cumplirse ciertas situaciones previstas en la ley (art. 163) o el RPH, habrá que realizar operaciones para desarticular las relaciones con esos terceros. La disolución es un momento dentro de la vigencia de la persona jurídica, que no implica un estado sino un hecho instantáneo que conduce al ente a otra etapa, en este caso la de liquidación<sup>61</sup>; no desintegra la persona jurídica sino que la conduce a un estadio tendiente a desatar los vínculos, primero con los terceros y luego entre los miembros, a cuyo término aquella se extingue. La disolución no implica, en el caso del consorcio, que la persona jurídica deje de atender su objeto y los asuntos pendientes, sino que, a partir de ese instante, sus órganos deberán adoptar las medidas necesarias y conducentes a iniciar la liquidación.

61. En el trabajo referido (cfr. nota 18), expresamos: “Entiéndase por disolución el evento (acto o instante) dentro del íter de la persona jurídica, que detiene el proceso normal de cumplimiento de su objeto. Como consecuencia del acaecimiento de la causal disolutoria, la actividad específica del ente se ve modificada. El momento disolutivo se produce como consecuencia del acaecimiento de algún condicionante previsto como tal en la ley o el contrato, que opera como referente de un nuevo estado (liquidación [...] adecuación) sin implicar la inmediata extinción de la persona jurídica”.

## 28.2. Liquidación

Resulta aplicable al consorcio lo prescrito en el artículo 167 CCCN:

Liquidación y responsabilidades. Vencido el plazo de duración, resuelta la disolución u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes.

La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley.

En caso de infracción, responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto.

La disolución de la persona jurídica no produce la extinción de las relaciones jurídicas en las que funge como titular o sujeto activo o pasivo, pues ello sería fuente de desórdenes sociales y obstáculo insuperable para el tráfico. Dichas relaciones necesitan un destino, que encauza el procedimiento liquidatorio.

La liquidación debe concebirse como un estado. Importa un procedimiento técnico mediante el cual se realiza una serie de operaciones conducentes a conocer y determinar las titularidades activas y pasivas del ente (inventario y avalúo), realizar el activo para cancelar el pasivo y distribuir el remanente que quede. La persona jurídica en liquidación conserva su personalidad a este efecto. El estado de liquidación debe anotarse a terceros; ello se logra, en el caso que el nombramiento de liquidador no deba inscribirse, mediante la utilización de la frase “en liquidación” en la utilización de su nombre (art. 151).

Sin embargo, puede ocurrir que el procedimiento liquidatorio se omita por extinguirse el ente en el momento mismo de su disolución, sin ninguna gradualidad en su desarticulación. Tal omisión determinada por la decisión de los miembros del consorcio extingue igualmente el consorcio pero responden ilimitada y solidariamente su administrador y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación –la lesión de derechos de terceros– y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto (art. 167 *in fine*). Al extinguirse el consorcio se produce una novación legal subjetivo-pasiva de la obligación que estaba a cargo de aquel, con los alcances previstos en el citado artículo (art. 941).

Si el RPH no prevé el destino de las cosas que integran el patrimonio del consorcio al extinguirse este y se omite distribuirlas con arreglo a derecho, los muebles pasan a ser *res nullus*. Respecto de las UF de titularidad del consorcio, la hipótesis es de imposible ocurrencia pues la intervención notarial o judicial en la desafectación

obra como freno para que suceda, encausando a los miembros del consorcio a tomar una decisión al respecto.

### 28.3. Extinción

La extinción de la persona jurídica sucede normalmente como último momento del procedimiento de liquidación, en el que la persona jurídica se desintegra con la distribución *de iure* de los bienes remanentes. Una vez cumplida, el sujeto se extingue por quedar despatrimonializado, es decir, por desaparecer un elemento constitutivo de la personalidad (art. 154, 1<sup>er</sup> párr.).

Puede ocurrir que por desconocimiento u otra causa los miembros del consorcio otorguen la desafectación omitiendo cumplir previamente el procedimiento liquidatorio. Esto no obsta la extinción del ente pero los responsabiliza ilimitada y solidariamente por los pasivos consorciales (art. 167 *in fine*).

Para que la extinción del ente sea oponible a terceros interesados de buena fe, debe inscribirse en el RPI, lo que se traduce en la desmatriculación de las unidades, la cancelación de la inscripción del RPH y la inscripción del dominio o condominio a nombre de quienes al momento de la extinción son miembros del ente consorcial.

### 28.4. Desafectación

El artículo 2044 establece que la personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de PH, sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscrita en el RPI. El artículo 2044 no refiere a la disolución del ente sino a su extinción, es decir al instante último de su existencia. Sin embargo la extinción supone la disolución y ambas pueden suceder en el mismo momento, por ejemplo, al otorgarse el acuerdo disolutorio y la desafectación en un mismo acto.

#### 28.4.1. Desafectación y régimen de vivienda

¿Qué sucede si al desafectarse el edificio del régimen de PH alguna unidad está afectada al régimen de vivienda del artículo 244? En general, se entiende que el régimen no puede subsistir, atento a su supuesta indivisibilidad (arg. arts. 245 y 255 inc. c).<sup>62</sup> Nosotros opinamos, por el principio de primacía de la realidad (la parte material del inmueble que constituía la UF sigue siendo la vivienda) y en razón del bien jurídi-

62. Sobre la inconstitucionalidad de interpretar que la norma establece una prohibición de afectar al régimen de vivienda por una parte indivisa, ver nuestro trabajo "Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia" [online], en *Revista del Notariado*, N° 919, 2015, pto. 11.2.7.

co que reclama protección, que el régimen subsiste por la parte del valor correspondiente al condómino que era titular de la UF afectada.<sup>63</sup> Esto se traduce en que si se remata el inmueble, por ejemplo por división de condominio, la parte proporcional del producido líquido queda afectada por subrogación. No se trata de que uno de los condóminos solicite la afectación sin el concurso de los demás condóminos, pues ello implicaría violar lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 245, sino de la transmisión *ope legis* de la afectación de un DR a otro, manteniendo el asiento material de la vivienda.

### 28.5. Disolución por vencimiento del plazo

Los consorcios de PH se constituyen normalmente por tiempo indeterminado. Pero si se afecta a PH un dominio fiduciario o revocable o la propiedad superficiaria, al vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición el régimen de PH se extingue aunque no se otorgue un acto de desafectación. En el caso de la disolución, extinción por vencimiento del plazo –si este es cierto–, la extinción es oponible aunque no se cancele la inscripción del RPH, pues el plazo de duración se publicita en el asiento registral del dominio fiduciario o revocable o derecho de superficie<sup>64</sup> de manera que los terceros interesados no pueden alegar buena fe. Distinto es el caso de la disolución–extinción por cumplimiento de la condición o si el plazo es incierto, pues el acaecimiento de la condición o cumplimiento del plazo, en principio, no pueden ser conocidos por los terceros; máxime si el RPI no publicita cuál es el hecho condicionante o determinante del vencimiento del plazo. Si el administrador no es lo suficientemente previsor, el procedimiento liquidatorio quedará omitido merced a su negligencia, sin descartar la de los miembros, lo que se traduce en la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos ellos. Para darle coherencia al sistema, en cuanto impone la extinción *ipso iure* del régimen de PH, del consorcio y de los DR de PH al producirse el vencimiento del plazo cierto de duración del derecho afectado, entendemos que el acto de desafectación es en este caso innecesario por contar la sujeción a plazo del derecho afectado con suficiente publicidad registral. Es decir la extinción del derecho afectado –en rigor los DR de PH que lo suplantán– y la consecuente au-

63. El art. 245 CCCN dispone que la afectación puede ser solicitada por el titular registral, pero nada obsta que lo haga quien resulta titular por la modalidad abreviada del tracto sucesivo registral (ver art. 16 Ley 17801).

En caso de comunidad (condominio, etc.), la afectación debe ser solicitada por todos los comuneros. El CCCN no exige que haya parentesco entre ellos. En general, se entiende que en caso de comunidad la afectación debe recaer sobre todo el inmueble; sin embargo, esto no es lo que dice la ley, que solo exige que sea “solicitada” por todos. No se advierte cuál es la razón para prohibir la afectación por una parte indivisa si el acto es consentido por todos, máxime teniendo en cuenta que pueden pactar la suspensión del ejercicio de la acción de división por el término de diez años (art. 2000) y el uso y goce exclusivo y excluyente de la cosa por uno de los condóminos (art. 1987).

64. Ver art. 91 del reglamento aprobado por el Decreto PEN 466/1999 para el RPI de la Capital Federal y el art. 22 de la DTR 3/2015 del RPI de la Capital Federal.

tomática desafectación están suficientemente publicitados *ab initio*. A fin de facilitar el conocimiento de la situación por los terceros, el plazo de duración del DR de PH debería hacerse constar no solo en la submatrícula cero sino también en todas las submatrículas de las unidades.

## 28.6. Fusión de consorcios

Podría pensarse que al integrarse la PH superficiaria al suelo afectado a PH, el consorcio de PH de este último absorbe el consorcio de PH superficiaria. Pero la fusión de consorcios de PH no está prevista en la ley (art. 162), por lo que cabe descartar la fusión como causa de disolución. Sin embargo, nada obsta que, una vez cancelados todos los pasivos del consorcio superficiario, el consorcio superficiante adquiera cada uno de los bienes que integran el remanente de sus bienes, en orden a la liquidación de aquel y el cumplimiento de los fines de este.

## 28.7. ¿Extinción por consolidación?

Una postura entiende que si una persona reúne la titularidad de todas las UF, se extinguen los DR e incluso el sistema en sí, pues ya no habría partes exclusivas y comunes, asambleas, etcétera. Pero ello no implicaría el fin del régimen, por lo que quien devino propietario único puede transmitir las UF y hacer renacer los DR y el sistema de PH.<sup>65</sup> Si se sigue esta línea debe entenderse que la consolidación se produce también si todas las UF son adquiridas en condominio por las mismas personas si coinciden sus porciones indivisas en todas las UF.

Sin embargo la consolidación como medio de extinción de los DR está prevista únicamente para los DR sobre cosa ajena (art. 1907 *in fine*) de modo que siendo la PH un DR sobre inmueble propio (art. 2037) la invocación de la consolidación en función extintiva luce por lo menos de dudosa procedencia. Si bien el artículo 2044 exige que la desafectación sea otorgada por “los propietarios”, opinamos que si una persona adquiere todas las UF puede interpretarse que subsiste el consorcio, ya que esta circunstancia no está mencionada como causal de extinción de dicho ente en el segundo párrafo del artículo 2044.<sup>66</sup>

Adviértase que la adquisición de todas las UF por una sola persona es objeto de publicidad registral en las submatrículas, por lo que los terceros interesados no pue-

65. ZELAYA, Mario, ob. cit. [cfr. nota 33], p. 83; HIGHTON, Elena I., ob. cit. [cfr. nota 12], p. 687. Asimismo, para Adriana N. ABELLA y Marina MARIANI DE VIDAL, si una persona reúne en su cabeza la titularidad de todas las unidades, el derecho de propiedad horizontal se extingue, pero el inmueble sigue afectado al régimen de PH y en estado de PH (“Algunos temas de propiedad horizontal en el Proyecto de Código 2012”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 253, p. 870).

66. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 26), p. 584; CORNEJO, Américo A., “Asambleas de consorcio”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2015-B, p. 617.

den desconocer su acaecimiento y la supuesta extinción del ente que de aquella derivaría *ipso iure*. Sin embargo, aun así la ley exige que la desafectación se inscriba. Juzgamos que el mantenimiento de la personalidad del consorcio resulta necesario en resguardo de los terceros interesados, quienes al no encontrarse con la desafectación inscrita en la matrícula general pueden sentirse con derecho, por ejemplo, a demandar al consorcio, pese a que en las submatrículas de todas las UF conste un mismo titular, circunstancia que podría oponérsele por estar debidamente publicitada (sin perjuicio de lo *supra* expresado respecto de la desafectación de pleno derecho por vencimiento del plazo cierto de duración del derecho afectado). El mantenimiento de la personalidad se impone por el efecto *erga omnes* institucional que la vigencia de la inscripción del RPH provoca (art. 2044), para protección de los terceros interesados. Mientras haya submatrículas, es decir, mientras no se cancele la inscripción del RPH, los terceros de buena fe pueden quedarse tranquilos de que el consorcio existe. La inexistencia del consorcio se traduce en la cancelación del asiento de afectación y en la desmatriculación de todas las unidades; de encontrarse las submatrículas, el consorcio se reputa existente en seguridad de los terceros de buena fe.

La registración de la desafectación carece de efectos constitutivos. El régimen de PH se extingue fuera del RPI, que a su vez es el reflejo administrativo diferido de lo ocurrido fuera de él. Mientras no se desmatriculen las UF y no se cancele la inscripción de la afectación a PH, los terceros interesados de buena fe podrán demandar al consorcio y contratar con este, pues su extinción les resulta inoponible.

Producida la “consolidación”, habrán de aplicarse las reglas de funcionamiento del consorcio unimembre *supra* mencionadas. Es decir, el consorcio no pierde virtualidad sino que es dominado por el auto-organicismo que implica la asamblea unipersonal.

Quienes entienden que la consolidación produce la extinción del consorcio deberán responder, entre otras preguntas, ¿cuál es el destino de sus bienes al perfeccionarse la adquisición de la última unidad en caso de que el RPH nada disponga?, ¿cuál es la responsabilidad del adquirente por haber provocado dicha extinción sin haber previamente cumplido con el procedimiento liquidatorio (art. 167)?, y para el caso de que luego se enajene una UF, ¿revive el mismo consorcio o se trata de otra persona? Y en este último caso, ¿es o no continuadora del patrimonio del consorcio anterior?