

Órgano del Colegio de Escribanos
de la Ciudad de Buenos Aires

Fundada el 15 de noviembre de 1897

Director: **Álvaro Gutiérrez Zaldívar**

926

OCTUBRE|DICIEMBRE 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

Corrección y edición: Juan Pablo Álvarez y Agustín Rodríguez

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 1^{er} piso

Buenos Aires - República Argentina

+ 54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

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

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

Nº de Registro DNDA: 5287398

ISSN: 2362-6186

Diseño de tapa: Florencia Cardoso y Letizia Lemme

Diseño de interior: Liliana Chouza

Todos los derechos reservados.

Consejo Directivo

Ejercicio 2015-2017

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

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

Una interpretación jurídica del concepto de conjuntos inmobiliarios, por *Pablo E. Bressan* y *Martha Linares de Urrutigoity* | 10

Propiedad horizontal especial (countries y barrios cerrados), por *Horacio Colman Lerner* | 35

Sobre el carácter vinculante de las directivas médicas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con capacidad restringida, por *María M. Córdoba*, *Natalia A. Echecury*, *Marianela R. Graizzaro* y *Romina A. Rajmil* | 51

Régimen jurídico del asentimiento en el Código Civil y Comercial. Medio de protección de la familia y del patrimonio de la comunidad matrimonial, por *Eduardo M. Cursack*, *Juan Carlos Dallaglio*, *César L. Del Zoppo*, *Liliana I. Gatti* y *María Laura Rey* | 65

Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir, por *Martín Rachid* y *Pedro F. Sáenz* | 89

Estatuto de disciplinamiento y capitulaciones, por *Karen M. Weiss* y *Gastón A. Zavala* | 115

Dictámenes

Donación a hija del cónyuge. Código Civil, por *Ezequiel Cabuli* | 162

Historia

A cien años del Primer Congreso Notarial Argentino, por *Alberto G. Allende Iriarte* y *Enrique H. J. Garbarino* | 173

El valor del trabajo y el valor de las cosas

Hay momentos en la historia de los países, que por guerras, problemas económicos o lo que fuera, se producen situaciones en las que los inmuebles no se venden. Probablemente los compradores los encuentran caros y los vendedores piensan que lo que entregan está subvaluado para sus expectativas o para el precio abonado.

Hace unos años, escribimos un artículo junto con mi hijo Alfonso, donde analizábamos los pasos necesarios para vender un inmueble en los Estados Unidos. Lo redactamos con posterioridad a los problemas con las hipotecas mal constituidas con préstamos que superaban en mucho el valor de los departamentos y que desató una serie de sucesos que hicieron bajar los valores de plaza fuertemente. Hoy, aparentemente, en algunos lugares ocurre lo mismo. Pero, de acuerdo con los diarios, se debe a un exceso de oferta y a un retiro de la demanda. En realidad, nuestro trabajo en ese momento no apuntaba a si se vendían o no muchos inmuebles sino al papel de los *notaries*, los abogados, los *realtors* y los registros.

Lo cierto es que hay algunos tipos de inversiones que se pueden analizar bien en Estados Unidos. Especialmente en algunos estados, uno puede, con bastante facilidad, saber cuánto se ha pagado por una casa o un determinado departamento a los sucesivos propietarios y eso da una idea del valor en que se vendió por ejemplo, en los últimos quince años.

Claro que todos los departamentos o las casas no están en el mismo estado, pero si uno toma por ejemplo varios departamentos dentro de un edificio que tiene doscientos similares, teniendo en cuenta la altura en que están y las mejoras que tienen se puede obtener una idea bastante buena de su actual valor y sus posibilidades de venta futuras.

La situación de los profesionales independientes

Muchos de los que trabajamos como profesionales independientes tenemos a menudo dificultades para determinar el valor de nuestro trabajo. Es lo que más cuesta. Se utilizan distintos medios, lo que cambia también con las distintas profesiones: algunos arreglan un pago fijo y mensual sobre ciertos trabajos, otros cobran por hora de trabajo, otros un porcentaje sobre el trabajo hecho, que a veces puede ser bueno y otras, malo.

Dependiendo del valor de la operación, puede ser muy poco o puede ser mucho. La mayoría de los colegios profesionales tienen un arancel que trata de indicar una pauta, pero no es lo mismo hacer un poder a una compañía que nos pide uno solo o que nos pide quince poderes y los hace caducar a todos a fin de año para otorgar nuevos.

Es difícil valorar el trabajo. Hay trabajos chicos que nos dan muchos problemas y hay trabajos grandes que no tienen mucha complicación. Lo que hay, en efecto, es un aumento de responsabilidad. De cualquier manera, en nuestra profesión siempre somos responsables y no podemos alegar que hicimos un trabajo más o menos, no podemos entregar un “tal vez”, la persona es dueña de la casa que compró o no.

También nos afecta la situación del país al momento en que nos encomiendan el trabajo y su realización. Y con los años hemos visto momentos mejores y peores.

Hay que también tener en cuenta, al momento de fijar los honorarios, el tiempo que uno le dedica al estudio de cada tema. Es más fácil tasar el valor de las cosas que la responsabilidad profesional, el tiempo de estudio y análisis que nos lleva a decir esto está bien o está mal. En general es más fácil determinar el valor de una cosa por sus materiales que el valor del trabajo intelectual.

Hay varios economistas que me interesan y cuyos artículos leo recurrentemente, pero hay uno, Juan Carlos de Pablo, al que siempre leo. En su columna, cuyo título “Serio, pero no solemne” define su estilo, explica conceptos y situaciones que parecen complicados y los convierte en fáciles de entender. El artículo debe ya tener unos años, pero es totalmente vigente y se llama “Tato Bores enseña cómo se fijan los precios”.¹

Como siempre hace, para explicar un tema toma la opinión de otros economistas y utiliza lo que ellos escribieron para presentar todo de forma clara y simple. En este texto comienza explicando que el precio es el número en el que se realiza una transacción. Que se realiza, no que se oferta, y sufre después modificaciones. Hay bienes, por otra parte, que tienen su valor marcado todos los días y uno los ve fluctuar para arriba, para abajo o mantener su valor, mientras que otros no.

Los que fluctúan son fáciles de detectar. Se puede hacer eso todos los días con acciones de compañías que cotizan en la Bolsa, con el maíz, la soja, el trigo, el kilo de carne vacuna en pie y otros ejemplos que se les ocurran.

Esto puede dar lugar a alegrías o tristezas, puede descubrirse cualquier día hábil de la semana cuánto se ganó o perdió y encontrarse que en un solo día quizás se perdió más plata que la que ganada en todo el mes.

Nos dice que Tato Bores contaba la siguiente historia:

Una persona entra en un local y pregunta por el precio de un cenicero. “Diez pesos”, contesta el vendedor. “¡Cómo, si enfrente lo venden a siete!”, retruca el comprador. Entonces cómprelo enfrente. Lo que ocurre es que enfrente se terminaron. “Aquí, cuando se terminen, también los vamos a vender a siete”.

De Pablo concluye afirmando que “en épocas de control de cambios, el tipo de cambio oficial, es el precio al cual no se consiguen dólares [...] Lo que vale un inmueble

1. “Tato Bores enseña cómo se fijan los precios”, en diario *La Nación*, domingo 11/4/2010.

se sabe cuando el comprador y vendedor se juntan, uno paga el precio y el otro entrega las llaves”.

Nadie se levanta todos los días y calcula cuánto vale la casa donde vive. El valor de esa casa estará formado por el precio que usted obtenga en el momento que la decida vender. Si la vende muy pero muy barata, puede ser que ese tampoco sea el precio, pero por ahí usted necesita la plata y no tiene posibilidades de esperar.

Los precios relativos son el valor de una cosa en relación a otra, por ejemplo una plancha vale tres pizzas. La variación de los precios relativos obedece a causas reales y no inflacionarias, sube el precio del tomate si se quemó parte de la cosecha, sube el precio relativo de determinadas zapatillas si se ponen de moda, disminuye el precio de una computadora cuando aparece una más moderna.

A veces los gobiernos distorsionan los precios, por ejemplo con subsidios. Cuando se pone un precio máximo a la leche o a la electricidad o al gas, el usuario sabe que eso es barato pero que el costo de producción es más caro. “Esto puede generar derroche, total, se lo regalan”.

Otro tema

Cuando escribimos en nuestra *Revista* “La historia del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires”,² en homenaje a sus ciento cincuenta años, dudábamos de que la primera Buenos Aires hubiera sido fundada por Don Pedro de Mendoza como ciudad. No había acta de escribanos, no tenía Cabildo ni otros motivos. Sabíamos que con el fundador había por lo menos un escribano, pero no sabíamos si era más de uno ni sus nombres.

Encontramos por casualidad una carta dirigida al diario *La Nación* del escribano J. Eduardo Scarso Japaze³ donde señalaba algunos conceptos relacionados con la labor de los escribanos de la época de la Conquista. He aquí la parte pertinente de la nota:

... Es correcto —como señala Casabellas— que no se ha hallado documentación oficial de la que surja la denominación de “Río de la Plata” con la que ahora conocemos al otrora “Mar Dulce”, descubierto por Solís. “Solís muere (1516) a manos de los nativos junto a los oficiales reales, uno de éstos, el escribano Pedro Alarcón, con su protocolo a cuestras. El resto de la tripulación, decapitada, emprende el regreso a España, pero algunos de ellos naufragan frente a las costas de la isla de Santa Catalina”. La denominación de “Río de Solís” comenzó a utilizarse en homenaje a su descubridor, pero ello no fue reconocido por los portugueses que entendían tener derechos en el área merced al Tratado de Tordes-

2. Ver [aquí](#).

3. J. Eduardo Scarso Japaze fue director del Museo Notarial Argentino y presidente del Instituto de Investigaciones Históricas Notariales del ahora Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Esta nota se publicó en el diario *La Nación*, el domingo 19/9/1999.

llas. Comenzaron a merodear por el estuario (Martín Affonso de Souza), lo que originó una severa acta de advertencia vía notarial del rey de España hacia su vecino par de Portugal. Mientras tanto -sobre la base de ese no reconocimiento-, la versión portuguesa de “Río de la Plata” reemplazaba a la española de “Río de Solís”. Con ello dábese a entender que, remontando el río en dirección noroeste se podía llegar hasta la codiciada “Sierra de la Plata” (Potosí). Cuando Gaboto llega a la isla de Santa Catalina (1526) en pactado viaje a la isla de Las Especierías, cambiará de parecer influido por los naufragos de la expedición de Solís, Enrique Montes y Melchor Ramírez; desacatará las directivas de la Corona y emprenderá la impensada aventura de internarse por el estuario. Al arribar Pedro de Mendoza a estas costas (1536), lo acompañarán numerosos escribanos, entre ellos, el citado Melchor Ramírez, que había regresado a España con Gaboto. Otro de los escribanos sería el andaluz Pero Hernández que, además de ejercer el oficio notarial, tuvo el mérito de ser el primer cronista de estas latitudes, autor del libro “Comentarios de Alvar Núñez Cabeza de Vaca, adelantado y gobernador de la provincia del Río de la Plata”, publicado en 1555, es decir, doce años antes que el conocido “Viaje al Río de la Plata”, citado por Casasbellas, del soldado alemán Ulrico Schmidel.

Un libro que nos interesó

No quiero cerrar sin antes una referencia al libro del escribano y exdiputado nacional Alberto Allende Iriarte *Otras historias que hacen la historia*. Como José Claudio Escribano dice en el prólogo, “uno lo lee como si se tratara de un diario en cuya lectura se pudiera penetrar por la sección que más atrape el interés personal de quien lo tiene en sus manos”. Nos habla de la Academia Nacional del Notariado y hace reseñas de muchos notarios que llegamos a conocer, que fueron los artífices del cambio del notariado en nuestro país, en una búsqueda de jerarquización, conocimientos y exigencias que lo han llevado al nivel que ahora ocupa.⁴

Nos despedimos hasta el próximo número.

Afectuosamente,

EL DIRECTOR

4. ALLENDE IRIARTE, Alberto, *Otras historias que hacen la historia*, Buenos Aires, Eder, 2016.

Una interpretación jurídica del concepto de conjuntos inmobiliarios*

Pablo E. Bressan

Martha Linares de Urrutigoity

RESUMEN

La confusión terminológica que genera el CCCN al usar un idéntico nombre tanto para el género como para la especie de “conjuntos inmobiliarios” exige precisar sus características esenciales. A tal fin, se propone una interpretación del art. 2073, según las pautas del art. 2., armónica y coherente con todo el ordenamiento jurídico, literal, conforme a leyes análogas, finalista y conforme a valores y principios jurídicos. Se distingue con precisión qué son los conjuntos inmobiliarios como paso fundamental para saber a quiénes están dirigidos los imperativos legales del art. 2075. Se concluye en que son elementos esenciales de los CI propiamente dichos: 1) pluralidad de inmuebles (independencia funcional y vocación de pertenencia a distintos titulares); 2) organizados en UF (partes privativas con porcentaje de participación en los bienes comunes); 3) que comparten uso, goce, mantenimiento, administración y costo de bienes y servicios comunes, y derechos y obligaciones recíprocas (entre ellas, expensas); 4) con destinos predeterminados; 5) que generan una entidad dotada de personería jurídica suficiente (no requiere conformación ni inscripción); 6) que requieren instrumento de afectación y subdivisión y que establece su organización; 7) otorgado de acuerdo a un proyecto aprobado por las autoridades locales; 8) instrumentado en escritura pública; 9) con inscripción registral; 10) que confiere a sus adquirentes un derecho real autónomo (propiedad horizontal especial). Se explican asimismo aquellos elementos que revisten la calidad de contingentes para su configuración.

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Los conjuntos inmobiliarios como género. **2.1.** Notas comunes. **3.** Los conjuntos inmobiliarios strictu sensu. **3.1.** El objeto. Características y contingentes. Un problema de interpretación jurídica. **3.2.** Interpretación armónica y coherente con todo el ordenamiento. **3.3.** Interpretación literal. **3.4.** Interpretación conforme leyes análogas. **3.5.** Interpretación finalista. **3.6.** Interpretación conforme a los valores y principios jurídicos. **3.7.** Estructu-

* Versión revisada y corregida –especial para la *Revista del Notariado*– del trabajo presentado por los autores en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016), distinguido por el jurado de la Jornada con el Segundo Premio y publicado en *Revista Notarial* (Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, N° 94, 2016, pp. 357-402). Asimismo, se le han incluido desde la redacción hipervínculos a textos legales, jurisprudencia, doctrina e información de utilidad.

ra legal. 3.8. Breve síntesis de fundamentos de otros caracteres contingentes. 3.9. Análisis crítico de las normas locales en la provincia de Mendoza. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Sabido es que el Código Civil y Comercial (*Ley 26994*; en adelante, el nuevo Código o CCCN) **introduce nuevos derechos reales**, conservando su número cerrado y el carácter de orden público de su régimen jurídico (arts. 1882, 1884 y 1887). En este trabajo nos referimos específicamente a los denominados **conjuntos inmobiliarios**, previstos en el inciso d) del artículo 1887 CCCN. Cabe advertir que este último artículo denomina algunos nuevos derechos reales por su fenómeno y no por su nombre o tipo exacto. En este sentido, se refiere a los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos en lugar de referirse a la propiedad horizontal especial, al igual que en el caso de los cementerios en lugar de derecho real de sepultura y del tiempo compartido en lugar del derecho real de aprovechamiento periódico por turnos.

Partiendo del concepto que de derecho real proporciona el artículo 1882 CCCN¹, parece fundamental analizar cuál es el **objeto** de este nuevo derecho real y cuál es su **estructura legal** específica, ya que de ello depende su configuración como derecho real dentro del elenco cerrado de la ley de fondo (arts. 1882, 1887 y cc.). Para el estudio de los derechos reales que nos ocupan, debemos comenzar por distinguir entre el derecho real propiamente dicho (la estructura legal) y su objeto. A su vez, tanto uno (derecho real) como otro (objeto) presentan configuraciones especiales según estemos hablando de los conjuntos inmobiliarios como género (**título VI del libro IV**) o como especie (capítulo 1 en particular). Más allá de la confusión terminológica que provoca el uso de idéntico nombre para aludir tanto al género como a la especie de conjuntos inmobiliarios (los conjuntos inmobiliarios como género comprenden tres especies: los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos [en adelante, CI], el tiempo compartido y el cementerio privado), pretendemos con esta ponencia precisar cuáles son las **notas o características esenciales** (o tipificantes) de los CI, **tanto en relación al objeto como a su estructura legal**.

2. Los conjuntos inmobiliarios como género

Los conjuntos inmobiliarios, como género, engloban tres especies de derechos reales: los CI, el tiempo compartido y los cementerios privados. La estructura legal de cada uno de ellos está dada por el régimen jurídico que les delinea el Código (facultades

1. Art. 1882 CCCN: "Concepto. El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código".

que confieren a sus titulares; su tipificación específica como derechos reales principales, sobre cosa propia, sobre cosas registrables, que se ejercen por la posesión; su mecanismo de adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad; prohibición de constitución judicial; prescripción adquisitiva; transmisibilidad, etc.). En cuanto al objeto, *prima facie*, y casi en forma intuitiva, sabemos cuál sería el de cada uno de ellos y podemos diferenciarlos. Pero, para saberlo al modo jurídico –que apunta al porqué de las instituciones, a su fundamento–, debemos detectar qué tienen en común estos tres subtipos de conjuntos inmobiliarios que hace que sean absorbidos bajo un mismo nombre y sean tratados todos ellos en el mismo título VI del libro IV del nuevo Código.

2.1. Notas comunes

Vistos como género, los conjuntos inmobiliarios se caracterizan por implicar, como condición previa para su constitución, **un título de afectación a cada uno de sus regímenes**. Es necesario crear previamente, desde lo jurídico, las condiciones de viabilidad de estos derechos, pues no pueden recaer sobre objetos si estos no están previamente afectados a su régimen jurídico específico, si no han nacido a la vida jurídica mediante esta afectación (crear los estados de cada uno de los conjuntos inmobiliarios). No sucede esto con los otros derechos reales, los que –excepto la propiedad horizontal– se constituyen por un único título suficiente (además del modo suficiente cuando se ejercen por la posesión, art. 1892 CCCN). En la propiedad horizontal, los reglamentos integran el título y deben otorgarse “a los fines de la división jurídica del edificio” (art. 2038 CCCN). Algo similar sucede en todos los casos de conjuntos inmobiliarios. Todos ellos, además de recaer sobre un objeto en particular (de naturaleza inmobiliaria: el lote, la sepultura, el bien que se comparte en el tiempo) y de haber nacido de un título de adquisición del que emanan como causa generadora los derechos (títulos suficientes: compraventa, permuta, adjudicación, dación en pago, aporte de capital, etc.), suponen otro **título previo de conformación de las condiciones jurídicas para la constitución del derecho**: requieren un título, previo o simultáneo, de configuración jurídica que da nacimiento a la vida jurídica del objeto del derecho, provocando el “estado” de propiedad horizontal, de propiedad horizontal especial para los CI, de tiempo compartido o de cementerio privado (arts. 2075, 2080, 2089, 2104 CCCN).

Parece que estas escrituras de afectación, legalmente exigidas, lo son a los fines de destinar el o los inmuebles a sus finalidades específicas, y provocan que los objetos se conformen como tales en estado de ser tutelados por esos derechos. Ello es así por cuanto los objetos de estos derechos no se dan como tales por sí solos en la realidad, de modo natural o espontáneo, ya sea por la propia naturaleza o por la construcción del hombre –como sucede generalmente con los objetos de los otros derechos reales–, sino que requieren de un acto jurídico voluntario (no un simple hecho, ni siquiera un hecho jurídico) que tenga por fin inmediato producir determinadas con-

secuencias jurídicas: viabilizar estos derechos reales mediante la puesta a disposición de un inmueble a una finalidad o destino específico, volviendo los objetos en los estados aptos para que puedan ser titularizados por los sujetos de esos derechos. Sin tal acto jurídico previo, ellos no pueden nacer a la vida jurídica.

Estos regímenes jurídicos **deben crearse por un acto jurídico idóneo**, que debe reunir los requisitos de titulación suficiente: legitimación, capacidad, finalidad de afectación específica y forma legalmente impuesta. Para poder otorgar este título de afectación en los conjuntos inmobiliarios, es condición previa la registración del plano (con este objeto específico) ante el organismo competente: los catastros provinciales. La sola existencia del plano y su aprobación no configuran un cambio en la situación jurídica del dominio del inmueble reflejado en la planimetría, puesto que para la materialización de ese cambio será necesario que el plano se complemente con el otorgamiento de la escritura pública de reglamento que corresponda.² Recién una vez otorgada esta escritura pueden ver la luz estos nuevos derechos reales en cabeza de sus adquirentes, y concurrir entonces, además, una segunda titulación suficiente, según el título causa que fuere. Asimismo, ambos títulos complementarios, que integran un único título suficiente del derecho real de que se trate, deben tener publicidad registral, a los fines de su oponibilidad frente a terceros (arts. 1892, 1893, 2038, 2092, 2104 CCCN).

Los conjuntos inmobiliarios, como género, comparten asimismo la condición de consistir en un **haz de derechos reales** con vocación de pertenecer a diversos titulares, que convergen en un único régimen jurídico propio, formando un todo orgánico (o una unidad jurídica) compuesto por la suma de sus partes en forma inescindible. Esta nota distintiva de los conjuntos inmobiliarios como género también es compartida por la propiedad horizontal común. Desde los puntos de vista señalados, bien podría la propiedad horizontal haber quedado englobada bajo la misma denominación de conjunto inmobiliario, por lo que no se explica su tratamiento en un título independiente.

Otros denominadores comunes de los conjuntos inmobiliarios como género son: 1) el **uso, goce, mantenimiento, administración y costo compartido de los sectores comunes de cada conjunto**, independientemente de la coparticipación o no en el dominio o propiedad de dichos sectores; 2) la **existencia de un reglamento** que perfila y unifica los derechos y obligaciones de cada propietario dentro del sistema, tales como, entre otros, la necesidad de contribución al mantenimiento y los gastos de subsistencia y desarrollo del conjunto.

3. Los conjuntos inmobiliarios *strictu sensu*

En cuanto a la cuestión del **objeto de los CI**, una simple observación nos sirve para introducirnos en el tema de esta ponencia: **el inciso d) del artículo 1887 CCCN** es el

2. Ver ABELLA, Adriana N., *Derecho inmobiliario registral*, Buenos Aires, Zavallia, 2008, p.120.

único inciso de la nómina de los derechos reales que está expresado en **forma plural**. ¿Por qué esta diferencia? ¿Se trata de un simple error de tipeo o de redacción? ¿Es acaso que el resto de los derechos reales solo se configura en un único caso, agotando con él su especie? ¿Será que los CI incluyen en su denominación también diversas variantes o subtipos? Si fuera este el caso, como parece preliminarmente, ¿cuáles son sus **elementos comunes mínimos** como para categorizarlos como tales y englobarlos a todos en un mismo tipo legal de derecho real autónomo? La respuesta a estos interrogantes se verá facilitada por la distinción que es materia de esta ponencia.

3.1. El objeto. Características y contingentes.

Un problema de interpretación jurídica

El artículo 2073 CCCN³, cuyo epígrafe dice “concepto” (de conjuntos inmobiliarios), en lugar de definirlo en forma esencial y precisa, con su género próximo y sus diferencias específicas, o mediante una descripción exhaustiva y diferencial de otras instituciones jurídicas –como es usual en el Código para otros derechos–, solo enumera casos de posibles conjuntos inmobiliarios, sin agotar la especie, ya que termina la ejemplificación con el giro gramatical “cualquier otro emprendimiento urbanístico”. Además, hace una remisión legal expresa: “con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”.

Nos encontramos aquí, una vez más, frente a un desafío de interpretación jurídica de la norma. Debemos partir de las premisas que nos suministra el mismo cuerpo legal. El artículo 2 CCCN ordena:

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

3.2. Interpretación armónica y coherente con todo el ordenamiento

Haciendo una interpretación racional y en forma coherente de todo nuestro plexo normativo, mal podríamos concluir que la ley nacional delegó en las legislaciones locales la delimitación esencial de los conjuntos inmobiliarios, o la tipificación jurídica, o la conceptualización, o la captación intelectual de la esencia predicable al universo posible de conjuntos inmobiliarios. Ello vulneraría la jerarquía constitucional

3. En efecto, el art. 2073 CCCN expresa: “Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o **cualquier emprendimiento urbanístico independientemente del destino** de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, **con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales**”.

de la pirámide normativa (arts. 31, 75 inc. 12 y 126 CN). Jamás podrían las normas provinciales locales (generalmente reglamentos emanados de oficinas municipales o catastrales), so pretexto del ejercicio de su poder de policía sobre el suelo, delinear derechos reales privados, pues son de estricto resorte –regulación– nacional. Tal es el caso de los derechos reales en trato. De ahí nuestra negativa a reconocer que la materia delegada por las provincias a la Nación en el derecho de fondo, como lo son los derechos reales, pueda quedar a merced de la regulación dispar en el ámbito local.

Las provincias no pueden ya ejercer las facultades que delegaron. Ello llevaría al absurdo constitucional (art. 28) de que existieran tantas clases de conjuntos inmobiliarios cuantas regulaciones establecieran las veinticuatro jurisdicciones locales. ¿Sería compatible con las referidas normas constitucionales que una misma realidad fáctica y jurídica fuera considerada “conjunto inmobiliario” en una provincia, o en la Ciudad de Buenos Aires, y se la desconociera en otras? El sistema constitucional repele tal hipótesis. **Lo que es conjunto inmobiliario en Argentina lo es en virtud del Código de fondo.** No depende de la regulación local ni puede quedar a merced de ella. Si así fuera, se habría enervado el fin constitucional de mantener la unidad del derecho común en todo el territorio nacional, conforme la idea fundacional de su principal inspirador.⁴ El **nuevo Código** no tendría virtualidad para superar la situación previa a su vigencia, que tanto la doctrina como la jurisprudencia se encargaron de criticar, bregando, con razón, por una ley de fondo –de derecho común– específica y que abordara en forma uniforme este fenómeno –post Ley 13512– tan divulgado en nuestro país. Es ese viejo principio de que una institución o cuestión de ámbito nacional requiere de una regulación unitaria para todo el territorio nacional.

Sería lamentable que se repita este efecto, ya probado como disfuncional y claramente disvalioso. Intentaremos, por lo tanto, proponer la tipificación de los conjuntos inmobiliarios mediante una sana interpretación de las normas en juego, a partir de las premisas que nos da el Código, de modo de que ello revele la imposibilidad constitucional y legal de que se repitan situaciones como las que nos ocupan.

3.3. Interpretación literal

Cumpliendo con la premisa interpretativa del artículo 2 CCCN, para saber qué son los CI, se debe tener en cuenta el significado de las palabras que se utilizan en el artículo 2073 CCCN, referido a su “concepto”. Desde un análisis gramatical, este artículo presenta una superestructura formal de texto expositivo –según la categorización del lingüista van Dijk⁵–. Como consecuencia de ello, hace uso de las categorías procedi-

4. Ver ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, cap. XIV, pp. 129 y ss. [N. del E.: ver edición digital [aquí](#)].

5. GAZALI, Andrea y otros, “Cuadernillo de lingüística textual”, Mendoza, Facultad de Filosofía y Letras - Universidad Nacional de Cuyo, 2016.

mentales de “enumeración” y no de “definición” de un concepto, puesto que da una secuencia de casos que responden a conjuntos inmobiliarios a modo de ejemplificación. Se trata de una categoría procedimental diferente a la de definición. Hacia el final del artículo, utiliza la categoría procedimental de “descripción” de una nota esencial de todo conjunto inmobiliario: “emprendimiento urbanístico”. Sin embargo, a pesar de que expone una cualidad, no por ello se puede considerar una definición, ya que carece de género y de diferencia específica –según el modo de definir que sostiene Aristóteles desde una lógica clásica–. Así, ya que la enumeración de casos de “conjuntos inmobiliarios” termina con la locución *emprendimiento urbanístico*, que parece englobar todas sus posibles especies, no se puede desconocer su significado literal. Siguiendo las directrices interpretativas del Código, partiremos de una **interpretación gramatical o literal** (“teniendo en cuenta sus palabras” [art. 2 CCCN]). Como dijéramos, estamos ante un nuevo derecho real que incluye varios y diversos subtipos del fenómeno. Ello, por la redacción en plural; y el **plural** se repite no solo en el artículo 1887 inciso d), sino en el artículo 2073.

El fenómeno que subyace detrás de todos estos subtipos es el del **emprendimiento urbanístico**. Queda claro, desde la redacción misma de las normas, que no es el destino, en concreto, lo que funciona como elemento configurador (residencial, deportivo, industrial, comercial, etc.). Tampoco lo es el tipo de cerramiento o de pórtico de acceso, ni la cantidad de unidades, ni la zona donde se ubiquen, ni los servicios que prestan. De allí la importancia de la distinción que hemos formulado inicialmente, la trascendencia de preguntarnos cuáles son sus elementos esenciales, aquellos sin los cuales no se podría organizar un régimen de conjunto inmobiliario, en los términos de propiedad horizontal especial (PHE). *Simili modo*, ¿cuáles son los caracteres dispensables, es decir, aquellos contingentes que pueden tanto darse como no darse, sin que ello obste a su configuración como CI?

Ya hemos dicho que, *prima facie*, se debe estar ante un emprendimiento urbanístico. Siguiendo con una interpretación literal (que parte del significado de los vocablos), debemos saber qué se entiende por *emprendimiento*. La Real Academia Española dice⁶ que es “acción y efecto de emprender (acometer una obra)”; y, en este sentido, que *emprender* (del latín *in*: “en”, y *prendere*: “coger”) significa “acometer y comenzar una obra, un negocio, un empeño, especialmente si encierran dificultad o peligro”. El término nos remite asimismo a *empresa*:

1. f. Acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo.
2. f. Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios [...].
3. f. Lugar en que una empresa realiza sus actividades.
4. f. Intento o designio de hacer algo.

6. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* [online], <http://dle.rae.es/>.

En la oración que analizamos, el modificador directo de *emprendimiento es urbanístico*. Es decir que la nota característica de esta empresa, vista como una unidad de organización, está dada por su dedicación (o afectación) a una urbanización y a la prestación de los servicios funcionales a ella. El término *emprendimiento* da la idea del inicio de una obra, en base a un proyecto, para cuya consecución se requiere aunar esfuerzos (y capital): es una organización de medios dispuestos para esos fines; y de una obra que se inicia y que se prolonga en el tiempo. Por su parte, el término *urbanístico* que califica estos emprendimientos es un adjetivo: “perteneciente o relativo al urbanismo”; y este último,

1. m. Conjunto de conocimientos relacionados con la planificación y desarrollo de las ciudades.
2. m. Organización u ordenación de los edificios y espacios de una ciudad.
3. Concentración y distribución de la población en ciudades.

Si bien, en forma preliminar, podría pensarse que estos emprendimientos, para ser conjuntos inmobiliarios, deberían situarse en zonas urbanas (tipo ciudades), ello queda despejado *ab initio* por el mismo artículo que los conceptualiza, que permite todo tipo de usos, incluso mixtos. Ello es así, por cuanto, en estos casos, **el emprendimiento en sí mismo consiste en urbanizar, en convertir en urbano**, en el sentido de “civilizar” un inmueble mediante la incorporación de las mejoras necesarias para convertirlo en adecuado para el destino que pretende servir. En este sentido, todos los CI, vistos como **emprendimientos urbanísticos**, tienen como punto de contacto la conversión de uno o más inmuebles en otros aptos para los tipos de destino predeterminados (pueden ser muchos y múltiples) mediante la incorporación de las mejoras necesarias, conforme el proyecto originario y fundante del emprendimiento.

Se trata de la acción y efecto de emprender las obras de urbanización; de urbanizar inmuebles en el sentido de civilizar inmuebles, volviéndolos útiles a fines específicos de los hombres y manteniendo en el tiempo la organización necesaria para asegurar su perdurabilidad a sus fines prefijados. La causa final determinará el instrumento idóneo. **Según cuál sea la finalidad del emprendimiento inmobiliario serán las mejoras a incorporarse, la infraestructura y los servicios que deberán preverse, ejecutarse y mantenerse en el tiempo.**

Ya que el acento del emprendimiento inmobiliario –o de los CI– está en la organización (idea de orden inteligente, tributaria de un fin) adecuada de medios para la consecución de fines de amplio espectro, y que los **inmuebles** son la materia prima esencial de todos ellos y en la que se introducirán las **mejoras idóneas**, no parece una exigencia *sine qua non* para la afectación a este régimen que parta, necesariamente, de un solo y único inmueble, concebido como parcela en los términos de la Ley Nacional de Catastro 26209. Por el contrario, consideramos que los CI podrían configurarse independientemente del número de inmuebles que lo componen, tanto *ab initio* como sobre el final del proceso de urbanización (o civilización de tales inmue-

bles). El número o –más precisamente– la cantidad de inmuebles iniciales y finales es un elemento o característica contingente (irrelevante) de los CI.

3.4. Interpretación conforme leyes análogas

Otro elemento que consideramos dispensable para la configuración de los CI –dentro del estado de avance del proceso de urbanización o de civilización del inmueble– es la condición de estar “finalizadas las obras infraestructura y de provisión de servicios”. En efecto, el artículo 2039 CCCN, aplicable por remisión expresa, establece que la unidad funcional puede consistir en “pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino”. No parece inocente, o carente de sentido, esta última expresión incorporada, en consideración a los antecedentes doctrinarios, jurisprudenciales y la polvareda casuística que levantó la regulación de los viejos barrios privados como propiedad horizontal.

Hoy, parece haber quedado suficientemente aclarado, desde la norma de fondo, que no es esencial para la configuración de la propiedad horizontal que se trate de un edificio terminado, ya que esta bien podría afectarse sobre espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, independientemente del estadio de su construcción. Y si ello puede predicarse de la propiedad horizontal común, con la cual siempre se ligó la problemática de la superficie construida (por la exigencia del “edificio” de la Ley 13512), con mayor razón hoy debe atribuirse la misma consecuencia para los emprendimientos urbanísticos, en los que sus unidades funcionales podrían consistir en espacios susceptibles de aprovechamiento, sin necesidad de considerar el estado de avance de las obras de urbanización o las mejoras incorporadas.

Refuerza el anterior argumento la circunstancia de que en los CI, las partes privativas tienen existencia real, existen, por ser una porción de terreno; son inmuebles por naturaleza (art. 225 CCCN). A diferencia de la propiedad horizontal tradicional, donde las partes privativas requieren de su fabricación o construcción, por aquello de que se trataría de “cubos de aire”, en los CI, las partes privativas y las partes comunes de la unidad funcional se dan desde el inicio individualizadas y delimitadas fenoménicamente. Tienen per se contenido económico, sin perjuicio de las mejoras que en el futuro se les incorporen en virtud de la accesión. Al reunir los recaudos mínimos para ser objeto de derechos reales, más allá de la plusvalía que tendrían luego de las mejoras que se les incorporen fruto del emprendimiento inmobiliario, podrían verse afectados por este régimen sin esperar la culminación de las obras de urbanización.

Esta interpretación contrarresta la crítica de los derechos reales sin objeto que llevara al legislador a generar la ficción de inmuebles “en proceso de construcción” referida en el artículo 2077 CCCN. Pensamos que cuando el 2077 habla de que la unidad funcional “puede hallarse construida o en proceso de construcción”, tratándose los CI de emprendimientos urbanísticos y no de meras construcciones o edificios como la propiedad horizontal común, la interpretación coherente y armónica sería que tales unidades funcionales pueden hallarse **urbanizadas o en proceso de**

urbanización. Propiciamos esta interpretación por cuanto lo fundamental en los CI –como hemos dicho– es la urbanización o civilización pero no la construcción. Ello se debe a que, respecto de las partes privativas de las unidades funcionales, rige con todo vigor el principio de accesión, por cuanto serán de sus propietarios todas las mejoras constructivas y mejoras en ellas incorporadas (art. 2076 CCCN).

Por imperio del principio de especialidad de los derechos reales, concluimos que las partes privativas y las comunes de la PHE se describen notarialmente como superficies cuadradas (no se trata de superficies cubiertas presentes ni futuras), cumpliéndose en ellas las consecuencias de la accesión. Por ello, la innecesariedad de modificaciones de reglamentos ante los cambios de estados constructivos. Además, cabría preguntarse si no sería el objeto que nos ocupa un posible caso de utilidad práctica de constitución de derechos reales sobre partes materialmente determinadas de un objeto. Cabe recordar que el artículo 1883 CCCN establece que “el derecho real se ejerce sobre la totalidad o **una parte material** de la cosa que constituye su objeto”; a partir de ello, el operador jurídico –intérprete de la ley, como lo son el notario y los registros inmobiliarios– podría asumir la posibilidad de configurar este nuevo derecho real sobre partes materialmente determinadas de la cosa (partes privativas y comunes) conforme a un proyecto de subdivisión no desarrollado cabalmente en la realidad, por lo que no habría nacido todavía la calidad de “parcelas” o “sub-parcelas” de sus partes privativas.

Vemos así que en algún momento deberá definirse si en los conjuntos inmobiliarios se podrá permitir su afectación independientemente del grado de avance de su estado urbanístico. En tal caso, la pregunta sería ¿qué grado de avance de obra sería exigible desde las normas de policía locales?: ¿finalización de toda la infraestructura y servicios?, ¿sólo los servicios indispensables como el agua?, ¿los accesos?, ¿las vías de circulación?,⁷ ¿solo las factibilidades de provisión de servicios? Si se concluyera que serían viables los CI, como objeto del derecho real de PHE, sin necesidad de esperar hasta la obtención de los certificados finales de todas las obras de infraestructura y servicios, también quedaría descartado como elemento tipificante el estado de urbanización, siendo, por tanto, otro elemento dispensable la finalización de la urbanización, con todas las obras de división del suelo y de servicios de infraestructura que implica el proyecto.⁸

7. Podría discutirse si las vías de circulación tienen que ser privadas o pueden ser públicas. En este caso, los barrios cerrados con vías de circulación públicas también estarían obligados a adecuarse, máxime cuando el art. 2076 CCCN expresa que son necesariamente comunes o de uso común las partes o lugares de vías de circulación, acceso y comunicación. Este tema será abordado en un futuro trabajo; no obstante, debe tenerse en cuenta que la propiedad horizontal se caracteriza por tener partes privativas y otras de propiedad privada común de los consorcistas.

8. Queda pendiente para otro trabajo de investigación la determinación conceptual de cuál podría ser la determinación prudencial, razonada y razonable –en armonía con todo el ordenamiento jurídico– de los recaudos mínimos respecto del estado de avance de la urbanización y demás recaudos exigibles por los poderes de policía de las jurisdicciones locales que garanticen seguridades mínimas a sus habitantes, en orden a la aprobación del plano en base al cual se otorgue el título del acto jurídico que cree el estado de propiedad horizontal especial.

3.5. Interpretación finalista

La postura que se asuma en cuanto al grado de configuración del objeto CI (estado de avance de las obras de urbanización) reviste importantes consecuencias prácticas; y estas también deberían ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar la norma, por cuanto integran su finalidad (art. 2 CCCN). En caso de exigirse en forma inexorable la finalización de la urbanización, las principales consecuencias prácticas que debemos advertir son la posibilidad de otorgar las escrituras públicas de PHE e inscribir en los registros inmobiliarios estas afectaciones de los CI y las subsiguientes transmisiones de propiedad de las unidades funcionales resultantes con carácter de derechos reales (PHE), durante el proceso de urbanización, independientemente de la finalización de las obras de urbanización, infraestructura y provisión de servicios. De esta forma, los adquirentes en tales emprendimientos durante la ejecución de las obras (con cuyos fondos se financia el desarrollista) se encontrarán mucho mejor protegidos que si fueran simples acreedores de derechos personales, por más seguro de prehorizontalidad que además se pudieran contratar (arts. 2070-2072 CCCN). En este sentido, habría que conciliar interpretativamente este aspecto del fenómeno con el tema del sistema de seguros obligatorio de la nueva prehorizontalidad. La doctrina debería plantearse si estos se tratan de mecanismos de protección complementarios o excluyentes. Lo importante es encontrar un esquema de protección de los derechos de los adquirentes en los CI durante su *iter* de urbanización, ya que, si bien la sola publicidad registral no le agregaría garantía efectiva alguna a los futuros adquirentes que mantienen sus derechos en la órbita crediticia respecto de la urbanización prometida, cabría pensar si de esa forma quedaría en mejor resguardo el valor de los bienes que puedan incorporar a los inmuebles, en cabeza de sus titulares.

Asimismo, cabe hacerse el mismo interrogante frente a los posibles terceros, teniendo en cuenta que una interpretación que no exija la finalización de la urbanización también les favorecería, porque permitiría que estos bienes garanticen créditos (con hipotecas) y sean susceptibles de la acción de los acreedores (publicidad registral de las medidas cautelares sobre unidades funcionales en CI en urbanización). Habiendo quedado derogada la Ley 19724 de Prehorizontalidad, si bien ella no tuvo vigencia práctica, quedó aventada toda posibilidad de publicidad jurídica del destino del inmueble sobre el que se desarrollaría un CI y de los contratos celebrados por el desarrollador con los adquirentes en la etapa preconjunto inmobiliario.

3.6. Interpretación conforme a los valores y principios jurídicos

Creemos necesario que la comunidad jurídica logre una armonización en la interpretación de las normas que regulan el objeto del derecho real de PHE. Vemos como imperiosa la necesidad de cuestionarnos en qué medida podemos contribuir a dar mayor seguridad jurídica a los adquirentes en estos conjuntos inmobiliarios. Debe-

mos velar por asegurar los mismos derechos a todos los habitantes de nuestro país cuando ellos se desempeñan como adquirentes de propiedades en CI o como desarrollistas. Deberíamos poder concluir en una noción clara del objeto conjunto inmobiliario, única para todas las jurisdicciones en que se organiza nuestro territorio nacional. Desarrollistas e inversores de todos los lugares deberían poder gozar de un marco regulatorio único, claro y preestablecido, como se supone debe ser la legislación de fondo, de derecho común (a todas las provincias).

Los principios y valores jurídicos que están en juego son la garantía constitucional de defensa de la propiedad y la seguridad jurídica. La finalidad del notariado y del derecho inmobiliario registral es brindar seguridad jurídica. El Código Civil y Comercial nos presenta un gran desafío, que significa una oportunidad para el intérprete jurídico –entre ellos, los notarios, los registros inmobiliarios y los responsables de los poderes de policía inmobiliarios locales– de estar a la altura de estas circunstancias y coadyuvar en forma organizada al mejor logro de la publicidad y seguridad jurídicas en materia de CI –como en tantas otras– a través de una correcta interpretación de sus normas, según las directrices del artículo 2 CCCN, dentro de cuyos postulados se ubica la seguridad jurídica como valor jurídico y constitucionalmente protegido.

3.7. Estructura legal

En cuanto a la estructura legal de los CI, el nuevo Código (art. 2075) distingue con acierto entre:

- a) **Aspectos sometidos a las normas administrativas locales de cada jurisdicción:** zonas autorizadas (zonificación), dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos.⁹
- b) **Derecho de fondo aplicable:** único y de carácter nacional, por tratarse de materia delegada por las provincias a la Nación; deben someterse al derecho real de propiedad horizontal del mismo Código, con las modificaciones especiales que este establece para estos CI, a los fines de conformar un derecho real de PHE.

El artículo 2076 CCCN determina las partes comunes. El 2077, las partes privativas, con una particularidad muy importante para la ejecución de CI: pueden encontrarse construidas o en proceso de construcción, con la interpretación que hemos dado más arriba.

Celebramos las disposiciones del nuevo Código en esta materia. Ya hemos sostenido en trabajos anteriores las ventajas de su regulación de forma análoga a la pro-

9. En la provincia de Mendoza, rige en esta materia la Ley 4341 de Loteo y Fraccionamientos, y las normas municipales sobre zonificación, usos, etc. La Ley 8051 de Usos del Suelo todavía no ha entrado en vigencia por carecer de reglamentación.

piedad horizontal, siendo que comparte con ella los mismos elementos esenciales. Esta solución había sido completamente desechada en Mendoza por resultar incomprendida, especialmente por las oficinas catastrales.¹⁰ Mendoza y varias provincias deberán “aggiornarse” en este tema, tanto en la Dirección General de Catastro como en el Registro de la Propiedad Inmueble, para dar adecuada cabida a este nuevo derecho real con su nuevo marco regulatorio.

Por último, cabe acotar que el nuevo Código exige para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o “proyectadas” bajo el régimen de propiedad horizontal, aplicable a los CI –justamente, el caso bajo estudio– que el titular del dominio del inmueble constituya un seguro a favor del adquirente para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido, por cualquier razón, 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. Ya hemos comentado la perplejidad que nos causa ver cómo se introducen en nuestro derecho nociones características de legislaciones extranjeras, donde no existe el sistema latino de notariado y que, por tanto, no tienen otro mecanismo de solución para casos como estos más que recurrir al régimen de seguros (seguros de títulos), cuestión que en nuestro derecho no se suscita, justamente por la labor preventiva que realiza el notariado.

Es necesario tener en cuenta que para quien se involucra en un CI en estado de ejecución para acceder a su vivienda propia y cumplir así sus proyectos no resulta compensación suficientemente satisfactoria la indemnización que le pueda reportar el cobro de un seguro. Citando a Lorenzetti, podemos decir que “el adquirente ha confiado obtener un bien y no una indemnización”¹¹. Creemos que en este punto el Código no ha considerado nuestra realidad nacional y nuestro derecho patrio. Asimismo, nos aventuramos a conjeturar si sería –o no– factible que esta forma de regulación de la prehorizontalidad sufra la misma suerte que su antecesora, que no fue acogida con benevolencia por los operadores económicos y jurídicos.

10. Nos referimos a los Decretos 479/1951, 3300/1979 y 4903/1984, la Resolución DPC 130/1989 y otras normas complementarias y concordantes que exige para someter a propiedad horizontal la existencia de un único edificio construido (si no está terminado, se puede obtener su afectación parcial con los certificados de habilitación municipales, siempre que la obra gruesa estuviere totalmente terminada). Además, se entiende por edificio solamente al desarrollado por pisos o departamentos sobre un único terreno, que siempre se considera común. Este único edificio debe ser tal desde el punto de vista estructural, una unidad.

Para mayores precisiones, y para no abundar aquí en antecedentes doctrinarios y en experiencias del derecho nacional y comparado, remitimos a) LINARES DE URRUTIGOITY, Martha y PUJOL DE ZIZZIAS, Irene, “Las urbanizaciones privadas en Mendoza”, en *El Escribano*, Mendoza, Colegio Notarial de Mendoza, año 1, N° 13, 2010, pp. 4-10, y N° 14, 2010, pp. 10-12; b) LINARES DE URRUTIGOITY, Martha y PUJOL DE ZIZZIAS, Irene, “Barrios privados y otros conjuntos inmobiliarios en Mendoza. ¿Son útiles las soluciones de Buenos Aires en Mendoza?”, en *La Ley Gran Cuyo*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2008, p. 313, y junio 2008, p. 422; c) LINARES DE URRUTIGOITY, Martha y PUJOL DE ZIZZIAS, Irene, “Los complejos urbanísticos privados hacia una interpretación dinámica de la ley 13512”, en *Jurisprudencia Argentina*, 25/11/2009, suplemento revista LexisNexis [en la web del Sistema de Información Legal de Thomson Reuters, id. 0003/014774].

11. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 345-347.

3.8. Breve síntesis de fundamentos de otros caracteres contingentes

1) *Áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales*: La interpretación literal del artículo 2076 del CCCN (bajo el título de “cosas y partes necesariamente comunes”) solo permite comprender que los sectores afectados a dichos destinos deben ser incluidos por el desarrollista como áreas comunes indispensables. Entendemos que se trata de un error del legislador. Dichas áreas pueden o no ser partes o cosas comunes, pero de ninguna manera puede forzarse al emprendimiento a integrarlas necesariamente a las partes comunes. Podrán perfectamente ser unidades independientes afectadas o no al uso común. Lo contrario limita enormemente a este tipo de proyectos e incluso atenta contra la subsistencia económica de dichos sectores.

2) *Limitaciones, restricciones, reglamentaciones al uso de terceros, servidumbres con otros predios*: Dependerá de cada emprendimiento y de ninguna manera son vitales para su configuración. Cabe agregar que la redacción del artículo 2084 CCCN expresa la posibilidad de servidumbres de los CI entre sí o con terceros conjuntos, como si dichos derechos reales no pudieran configurarse con predios que no fueran conjuntos pero que pudieran generar algún tipo de utilidad. Propiciamos su interpretación amplia, en el sentido de que no solo podrían constituirse derechos reales de servidumbre con cualquier predio útil, sea o no CI, sino también otros tipos de derechos reales o personales que fueran beneficiosos para el proyecto.

3) *Accesos y vías de circulación*: Tal como la práctica nos ha enseñado, entendemos que los accesos y vías de circulación no son necesariamente comunes en su totalidad, dado que pueden existir emprendimientos que reconocen sus accesos y parte de sus circulaciones a través de servidumbres por otros predios o utilización de calles públicas.

4) *Derecho de preferencia en la adquisición*: Es facultativo, aunque remarcamos las dificultades prácticas de su falta de reglamentación. Sugerimos una redacción integral respecto de su procedimiento, incluyendo prioridades entre los interesados provenientes de vecindad y oportunidad de presentación de oferta de adquisición, entre otros. Deberían excluirse las transferencias que reconozcan una disposición familiar como negocio jurídico subyacente.

5) *Derecho de admisión*: La redacción del artículo 2085 incorpora el derecho de admisión, que deberá ser razonable y fundado, conforme las directivas de la jurisprudencia. Entendemos respetable el interés del desarrollista de aglutinar ciertos denominadores comunes en el complejo, tales como practicantes de ciertos artes, deportes, actividades intelectuales, religiosas, etc. Vedar estas elecciones sería discriminatorio.

6) *Obligación de transcripción de limitaciones y restricciones establecidas en el reglamento en las escrituras traslativas de PHE (art. 2080)*: Es una redundancia en la medida en que el reglamento en su totalidad es parte del título suficiente compuesto. Es una norma alejada de la realidad del tráfico inmobiliario o de laboratorio. Si el fundamento era su “visibilidad” expresa por parte del consumidor, resulta carente de

sentido, ya que la transcripción de estas cláusulas será tan extensa como casi toda la escritura de reglamento. Es suficiente con la referencia a la escritura del reglamento, la constancia de su entrega y el agregado como documento habilitante de la escritura de la unidad funcional. Esperamos que la doctrina y la jurisprudencia corrijan los términos determinantes de este artículo, sin perjuicio de la total aplicación del derecho de defensa del consumidor, no obstante que su aplicabilidad no se haya expresado en los artículos de CI y sí en los dos restantes (tiempo compartido y cementerios).

3.9. Análisis crítico de las normas locales en la provincia de Mendoza

La Administración Tributaria Mendoza (ATM) (en ejercicio del poder de policía inmobiliario, catastral y cartográfico de la provincia de Mendoza, delegado a ella por la [Ley 8521](#)) dictó la Resolución general 59/2016¹², cuyo objeto es establecer la

... regulación procesal que determine el procedimiento administrativo para la visación de planos de Mensura en Propiedad Horizontal Especial en la Dirección General de Catastro de la Administración Tributaria Mendoza...

Según dice, asimismo, tiene por finalidad dar precisión a los artículos 2073 y 2074 CCCN para “restringir las zonas grises que pueden surgir de la aplicación de la mencionada norma”, y establece que las “características físicas” establecidas por el artículo 2077 CCCN (“la unidad funcional que constituye parte privativa, puede hallarse construida o en proceso de construcción”) “requieren ser precisadas a los efectos de determinar claramente la aplicación concreta de la norma”. De esta manera, esta resolución intenta “precisar” el contenido de artículos del nuevo Código y resulta totalmente relevante a los fines del tema de la presente ponencia.

De acuerdo con lo dispuesto por su artículo 1, quedan sujetas a sus prescripciones “el trámite y visación de las mensuras correspondientes a Propiedad Horizontal Especial, a realizarse en el territorio de la Provincia de Mendoza”. El artículo 2 interpreta, con acierto, el carácter **enunciativo** “de los supuestos que constituyen Conjuntos Inmobiliarios, definidos en el artículo 2073 del C. C. y C.”; pero, mediante su anexo I, procede a **definir descriptivamente** cada uno de esos supuestos, agregando caracteres que hemos calificado aquí como contingentes y no esenciales, sin necesidad alguna que lo justifique (al menos, la resolución no la explicita o fundamenta). Así, determina lo siguiente –los destacados son nuestros–:

1. Club de Campo: es un complejo destinado al uso residencial y recreativo, ubicado en zonas urbanas o sub-urbanas, **de perímetro cerrado urbanizado, integrado por terrenos construidos o a construirse**, independientes entre sí constituyendo unidades privativas; y que cuenta con una o varias entradas en común,

12. Publicada en el BO de la provincia de Mendoza del 12/7/2016, pp. 5900-5903 [N. del E.: ver [aquí](#) {pp. 8-11 del pdf}]

con espacios destinados a circulaciones, actividades deportivas, culturales y sociales que se constituyen en partes y usos comunes; existiendo entre los diversos espacios, privativos y comunes, una relación funcional y jurídica que lo convierte en un todo inescindible.

2. Barrios Privados o Cerrados: es un emprendimiento destinado a uso residencial **de perímetro cerrado urbanizado**, ubicado en zonas urbanas o sub-urbanas, integrado por terrenos construidos o a construirse, independientes entre sí constituyendo unidades privativas, y que cuenta con una o varias entradas en común y **con espacios destinados a circulaciones, que se constituyen en partes y usos comunes**, existiendo entre ambos espacios una relación funcional y jurídica que lo convierte en un todo inescindible.

3. Parques Industriales: Complejo destinado al uso industrial de perímetro cerrado urbanizado, ubicados en zonas industriales, **según zonificación** de la jurisdicción local que corresponda, integrado por lotes de dimensiones acordes al uso, **con edificios y plantas industriales construidos o a construirse**, independientes entre sí constituyendo unidades privativas, y que cuenta con una o varias entradas en común, que comparten infraestructura, servicios e instalaciones especiales y **con espacios destinados a circulaciones, que se constituyen en partes y usos comunes**, existiendo entre ambos espacios una relación funcional y jurídica que lo convierte en un todo inescindible.

4. Empresariales: Club de Fincas: es un complejo destinado al uso residencial, recreativo, turístico y agroindustrial (vitivinícola, olivícola, otros), ubicado en zona rural, **de perímetro cerrado**, integrado por parcelas de extensiones apropiadas para la producción agrícola, independientes entre sí constituyendo unidades privativas; y que cuenta con una o varias entradas en común, **con espacios destinados a circulaciones, actividades deportivas, culturales, sociales turísticas y agroindustrial vitivinícola, que se constituyen en partes y usos comunes**; existiendo entre los diversos espacios, privativos y comunes, una relación funcional y jurídica que lo convierte en un todo inescindible.

5. Náuticos: son variantes de los clubes de campo, caracterizados por ofrecer servicios náuticos, los que tendrán espacios comunes destinados a esos fines.

Es acertado que, al definir descriptivamente cada uno de los tipos de conjuntos inmobiliarios –lo que no sería necesario para este tipo de normas–, la resolución de la ATM se refiera a la **zonificación** adecuada, determinando la ubicación y las dimensiones apropiadas conforme al destino de sus unidades funcionales (residencial, industrial, agrario, etc.), de acuerdo a las normas municipales del lugar. Pero, como hemos subrayado, además de establecer los aspectos relativos a las zonas autorizadas o localización, dimensiones, limitaciones edilicias, usos, cargas, servidumbres y demás elementos urbanísticos (como reafirman los arts. 2073, 2075, 2079, 2080 y 2084 CCCN, que remiten a las normas administrativas locales, en sintonía con nuestra organización nacional constitucionalmente impuesta), parece haber avanzado sobre la legislación de fondo –conforme la hemos interpretado–, determinando como esenciales para los CI caracteres que hemos calificado como contingentes. Nos referimos especialmente al **cerramiento** y al **estado constructivo**, que parecen estar exigidos en

forma imperativa para todas las formas de CI, al requerírseles a los clubes de campo, a los barrios cerrados y privados y a los parques industriales, que sean “**de perímetro cerrado urbanizado**”, y a los empresariales, que sean “**de perímetro cerrado**”, y que cuenten con “**terrenos construidos o a construirse**” y “**edificios y plantas industriales construidos o a construirse**”.

El cerramiento previsto por el artículo 2074 CCCN –según interpretamos– debe entenderse como una delimitación física del inmueble, si bien reconocemos la precisión de algunos autores en el sentido de que dicho recaudo implica también el control de ingreso y egreso de la urbanización.¹³ Pero de ninguna manera puede entenderse el cerramiento en términos de muros, más o menos ciegos, o cierres perimetrales de ciertas características. Tan es así que el artículo 2079 CCCN dice expresamente que¹⁴

Los límites perimetrales de los conjuntos inmobiliarios y el control de acceso **pueden** materializarse mediante cerramientos en la forma en que las reglamentaciones locales, provinciales o municipales establecen, en función de aspectos urbanísticos y de seguridad.

Como se ve, el verbo *poder* implica posibilidad y no exigencia legal. Los mismos aspectos urbanísticos y de seguridad, a veces, pueden indicar en la práctica ausencia de materialización del cerramiento y ello ser acorde con el destino del emprendimiento inmobiliario, que es lo que debe prevalecer y orientar la interpretación de la norma.

Pensamos que lo esencial a los CI, por imperio del principio de especialidad de los derechos reales y del derecho notarial y registral, es la determinación y delimitación de su superficie, límites, linderos y medidas perimetrales, tanto de su contorno global como de cada una de sus unidades funcionales y partes comunes. Pero no parece determinante la existencia física del cierre perimetral. Al contrario, conforme las nuevas tendencias urbanísticas y de policía inmobiliaria, se califica como valioso contribuir a la integración de todas las áreas del territorio, sin fomentar divisiones, antagonismos y diferencias artificiales que no coadyuven a la integración de su población. Además, bien podrían darse en la realidad supuestos donde la exigencia de tales cerramientos sea antieconómica, o excesivamente onerosa, o contradiga el espíritu del emprendimiento inmobiliario de que se trate.

Sostenemos que esta característica no es esencial para la configuración de un CI y, por lo tanto, no debería exigirse desde la resolución administrativa reglamentaria. Es más, las calidades, materiales, tipos de cerramiento bien podrían variar, siempre que se quede perfectamente determinada cuál es el área de afectación del CI en cuestión. Ya hemos dicho que el estado constructivo de los terrenos que integran los

13. Ver DE HOZ, Marcelo A., “Conjuntos inmobiliarios”, en AA. VV., *LXX Seminario teórico práctico “Laureano A. Moreira”*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2015, pp. 33-39.

14. El destacado es nuestro.

CI es irrelevante a los efectos de su configuración, pues rige en ellos –con todo su vigor– el principio de la accesión, en virtud del cual se incorporarán a esas propiedades todas las mejoras adheridas al suelo de forma permanente, por lo que en nada inciden el estado de avance de obra ni las superficies cubiertas de ellas, ni siquiera el proyecto de las mismas, para el cumplimiento del principio de especialidad.

La Resolución ATM 59/2016 establece un procedimiento de aprobación de los conjuntos inmobiliarios, que pasa por dos etapas: 1) aprobación del proyecto de PHE (arts. 7-10); 2) aprobación de la PHE (arts. 11-14).

Para la primera aprobación, exige tramitar un expediente técnico realizado por profesional con incumbencia en agrimensura (debidamente habilitado por el Colegio de Agrimensores), acompañado de: las instrucciones municipales (incluyen el ofrecimiento de las donaciones para espacios de equipamiento), copia del plano del proyecto, aprobaciones por parte de los organismos provinciales competentes del sistema de riego hidráulico, aviso de proyecto de impacto ambiental, certificado de factibilidad de servicios emitido por la municipalidad o la entidad prestataria del servicio que corresponda, constancia de cumplimiento fiscal de los propietarios emitida por ATM. Este proyecto debe ser aprobado en sus aspectos técnicos y legales por la Dirección General de Catastro, con vista al Consejo de Loteo, y las obras comprometidas deben ejecutarse dentro del plazo de ejecución, el que debe estimarse inicialmente; las obras de urbanización podrán ejecutarse en etapas, si así lo autorizare el municipio. La resolución de aprobación del proyecto pierde validez si no se cumple con las obras en el plazo prefijado, debiendo iniciarse nuevamente el expediente.

La segunda etapa exige la existencia de los certificados finales de obras, servicios, urbanización e infraestructura emitidos por el municipio o la entidad prestataria del servicio que corresponda. Asimismo, requiere ordenanza municipal donde consten los certificados finales de obras de red de agua potable domiciliaria y red de distribución de energía eléctrica, cualquiera sea la característica o emplazamiento del CI, certificados finales de obras de red colectora de cloacas, gas natural en todos los lugares donde sea factible la provisión de estos servicios, certificados finales de obras de defensa aluvionales, sistemas de riego, obras de infraestructura, obras viales, certificado final de impacto ambiental y ofrecimiento en donación del espacio de equipamiento.

Como vemos, recién se hace posible el otorgamiento de la escritura de afectación del CI al régimen de PHE una vez obtenida la aprobación del plano, que exige la previa obtención de todos los certificados finales de obras y servicios: es decir, “urbanización terminada” (como en su época se exigió “edificio terminado”).

Nos preocupa la reglamentación o interpretación que del artículo 2077 CCCN realiza la Resolución ATM 59/2016. En su artículo 4 dice:

A los fines del artículo 2077 del C. C. y C., entiéndase por “en proceso de construcción”, el hecho de tener ejecutadas las obras de urbanización y redes de servicios en la entrada de cada parte privativa de la unidad funcional.

¿Es esto lo que quiso decir el nuevo Código cuando aclaró que las unidades funcionales podían estar construidas o en proceso de construcción? El artículo 2077 literalmente dispone:

Cosas y partes privativas. La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta.

Queda claro, haciendo una interpretación literal y armónica, que la referencia al estado constructivo se está aplicando a las partes privativas. Por lo tanto, no puede traducirse en la urbanización terminada de la Resolución ATM 59/2016, ya que las obras de infraestructura y servicios de los CI son siempre partes necesariamente comunes (art. 2076 CCCN).

Conociendo los antecedentes de esta norma, podremos darnos cuenta de que se estaba refiriendo al estado constructivo del edificio interno de cada parte privativa, por el uso de esa locución específica, al modo de los antecedentes normativos que conocemos que hacían extensiva la aplicación de la Ley 13512 de Propiedad Horizontal a los barrios privados y demás urbanizaciones especiales. El término *construcción* no es idéntico semánticamente a *urbanización*, desde los significados que reportan los diccionarios de la lengua castellana; y el artículo 2 CCCN nos exhorta a iniciar la tarea de interpretación normativa desde las palabras que utilizan las leyes. Es decir que, para la Resolución ATM 59/2016, la expresión “construida o en proceso de construcción” del 2077 CCCN **significa “urbanizada”**, de forma tal que su estado de avance de las obras de dicha urbanización sea el de “finalizada”, ya sea de **todo el conjunto**, o de la parte que se intenta afectar.

Creemos que con esta forma de reglamentación se corre el grave riesgo de repetir viejas enfermedades ya sufridas en nuestra provincia cuando se exigió (a través de los Decretos 479/1951, 3300/1979, 4903/1984, la Resolución DPC 130/1989 y otras normas complementarias y concordantes), para poder someter a propiedad horizontal, la existencia de un único edificio construido (si no estaba terminado, se podía obtener su afectación parcial, con los certificados de habilitación municipales, siempre que la obra gruesa estuviere totalmente terminada). Además, se entendió por *edificio* solamente al desarrollado por pisos o departamentos sobre un único terreno, que siempre se considera común. Este único edificio debería, por esta normativa catastral, ser tal desde el punto de vista estructural. Se eliminó así toda posibilidad de utilización de la propiedad horizontal cuando no se estaba ante un único edificio como estructura y agregando la condición de que este estuviera terminado, si bien posteriormente se permitieron habilitaciones parciales cuando la totalidad del edificio estuviera en estado de obra gruesa terminada.

Cabe recordar que el nuevo Código ofrece la posibilidad de constituir derechos reales sobre **partes materialmente determinadas de un inmueble**. En efecto –como ya vimos–, su artículo 1883 establece que “el derecho real se ejerce sobre la

totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa”. Advertimos que se presenta a primera vista como desproporcionada la exigencia provincial de exigir la culminación de las obras de urbanización para dar el alta catastral a las unidades funcionales del CI, máximo cuando esta falta de determinación de la cosa inmueble trae aparejadas las graves consecuencias prácticas de la falta de publicidad y registración. En efecto, si desde las reglamentaciones locales no se prohibiera –como no pudieran prohibir– constituir derechos de propiedad sobre unidades funcionales de conjuntos inmobiliarios, ya sea bien mediante toda eliminación de exigencias en cuanto al avance de las obras de urbanización o bien mediante la viabilización catastral de la permisión legal de constitución de derechos reales sobre partes materiales del inmueble catastralmente indiviso, no habría necesidad de esperar hasta la culminación de las obras de urbanización para obtener la subdivisión catastral del CI para poder titularizar la propiedad de una unidad funcional. Así, se podría incluso gozar de las ventajas del acceso al crédito hipotecario.

Como hemos visto, el nuevo Código admite que las partes privativas de los CI se encuentren construidas o en proceso de construcción (art. 2077), interpretado –como hemos hecho– como urbanizadas o en proceso de urbanización, ya que es sabida la irrelevancia del estado de construcción del edificio interno de cada unidad privativa, con lo que sería posible la afectación de los CI al régimen de propiedad horizontal especial sin esperar la finalización de las obras de urbanización. Una vez afectado el inmueble global a este nuevo régimen, podrían sus unidades funcionales resultantes, en proceso de construcción, o en proceso de urbanización de las partes comunes, ambas materialmente determinadas, ser objeto de derechos reales.

El artículo 13 de la Resolución ATM 59/2016 intenta paliar el rigorismo de la exigencia de la finalización de la urbanización para la aprobación del plano de propiedad horizontal especial, permitiendo el inicio de la “ejecución de obras de urbanización y construcción de viviendas u otras edificaciones en forma simultánea, previa autorización de la Subdirección de Gestión Catastral”, siempre que estuviese aprobado el proyecto y el certificado final de obra de red de agua potable. El resultado que provoca en los particulares adquirentes de estos CI este criterio de reglamentación es propiciar la entrega de posesiones de carácter irregular y la construcción (e introducción de mejoras) en inmueble ajeno, con todas las consecuencias jurídicas que conocemos.

Por último, la resolución que comentamos parece exigir la existencia de un único inmueble inicial a los efectos de conformar un CI, ya que siempre habla en singular cuando se refiere a este inmueble y por el criterio del catastro de considerar inexorablemente dividido un inmueble en dos o más cuando es atravesado por una vía pública u otro hito relevante, sin considerar el criterio de unidad económica del inmueble, que creemos no debe dejarse de lado en este tema.

Acudiendo una vez más al régimen de propiedad horizontal como régimen supletorio y análogo al de conjuntos inmobiliarios: lo esencial a ambos regímenes,

como ha quedado demostrado desde la técnica legislativa del nuevo Código, no es ni el destino ni el hecho de estar desarrollado en forma vertical u horizontal en uno o más planos, con o sin acceso directo a la vía pública o por un pasaje común, ni el estado constructivo, ni el de urbanización, sino que **se trata de unidades inmobiliarias** (con independencia funcional) **interconectadas jurídicamente por el hecho de pertenecer a un mismo emprendimiento inmobiliario en forma organizada**. Y ello implica partes propias y partes comunes, servicios comunes, ciertas limitaciones a la propiedad, reglamento, y personería jurídica como lo hemos definido. Dentro de esa enumeración de caracteres esenciales, no consideramos ni la materialización del cerramiento, ni la finalización de todas las obras de urbanización, ni el estado de avance de obra de las construcciones de las unidades privativas. Estas cuestiones son totalmente irrelevantes, siempre que se trate de una delimitación física y en base a un proyecto de urbanización que goza de las aprobaciones administrativas que correspondan a una prudente y razonable reglamentación local.

4. Conclusiones

- Una interpretación jurídica del concepto que de CI (propriadamente dichos) nos proporciona el CCCN (arts. 2073, 2074 y ss. CCCN), conforme a las directivas de su artículo 2 (es decir, teniendo en cuenta las palabras, las leyes análogas, las finalidades de la ley, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento), permite distinguir en ellos características esenciales de otras meramente contingentes o irrelevantes para configurar un CI.
- Incluimos entre las características esenciales exclusivamente las siguientes:
 - 1) Los CI recaen sobre una pluralidad de inmuebles, con independencia funcional y con vocación de pertenencia a distintos titulares del derecho real de PHE.
 - 2) Los CI están organizados mediante sus reglamentos, en torno a uno o varios destinos predeterminados que confieren unidad a todas sus partes.
 - 3) Los reglamentos de los CI (Reglamentos de PHE) son otorgados de acuerdo a un proyecto aprobado por las autoridades administrativas locales en ejercicio de su poder de policía.
 - 4) Los CI requieren de un acto jurídico de afectación a su destino y subdivisión del suelo, instrumentado en un título (reglamento) que crea el estado de PHE del CI, y complementa los títulos suficientes de propiedad de sus unidades funcionales, estableciendo además su organización (regímenes de administración, expensas, límites a la propiedad, etc.); que requiere de inscripción registral inmobiliaria, a los efectos de su oponibilidad.
 - 5) Los CI están constituidos por unidades funcionales, que consisten en partes propias y un porcentaje –accesorio– de participación en los bienes comunes, en forma no escindible.

- 6) Los titulares de las unidades funcionales de los CI comparten el uso, goce, mantenimiento, administración, costo de bienes, servicios y partes comunes, en una proporción prefijada, generando derechos y obligaciones recíprocas.
 - 7) Los CI generan una entidad dotada de personería jurídica suficiente, acorde a sus fines, que sirve a su funcionamiento y a su perdurabilidad en el tiempo, y que no requiere conformación ni inscripción en los organismos encargados de dichas tareas para personas jurídicas.
- La reunión de todos estos elementos en un CI determina inexorablemente la configuración del derecho real de PHE, y no otros derechos. Los CI así constituidos generan el derecho real autónomo de PHE, que es un derecho real principal, sobre cosa propia, que se ejerce por la posesión y recae sobre inmuebles.
 - Los demás caracteres, ubicados fuera de los precedentemente enumerados, son contingentes o irrelevantes para la configuración de un CI como PHE, por no estar exigidos por la ley de fondo. **Pueden –o no– concurrir, sin que ello obste la tipicidad jurídica del CI, el que debe regularse como derecho real de PHE; no pudiendo las normas locales de policía inmobiliaria impedir su regulación bajo este régimen, mediante exigencias no contempladas en la ley común** (garantía de supremacía constitucional de las leyes y normas jurídicas, arts. 31 y cc. Constitución Nacional).
 - Las notas que hemos denominado “contingentes” (cualquier otra fuera de los enumerados caracteres esenciales) no pueden erigirse en condicionamientos policiales por las jurisdicciones locales para la aprobación de un CI, como derecho real de PHE.
 - Son características contingentes e irrelevantes para la configuración de un CI como PHE las siguientes:
 - 1) la materialización del cerramiento (art. 2079 CCCN);
 - 2) la cantidad de inmuebles iniciales y resultantes;
 - 3) la finalización de las obras de urbanización;
 - 4) el estado constructivo de las partes privativas;
 - 5) el régimen disciplinario;
 - 6) la salida a la vía pública (en forma directa o por partes comunes);
 - 7) el carácter público o privado de las vías de circulación o acceso, siempre que sean de uso común;
 - 8) las limitaciones y restricciones a los derechos de los particulares extrañas al uso normal y conjunto de las cosas y partes comunes;
 - 9) las áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales (además, estas pueden ser no necesariamente comunes);
 - 10) las reglamentaciones sobre el uso y el goce de partes y cosas comunes por parte de terceros.

- 11) el derecho de preferencia de adquisición para el consorcio y los restantes propietarios del conjunto;
 - 12) las servidumbres con otros predios que pudieran aportar alguna utilidad.
- Evidentemente, no todos los caracteres enunciados en el artículo 2074 CCCN tienen el mismo peso específico, y existen otros que, si bien no están en el 2074, como hemos visto, resultan esenciales, por surgir de otros artículos del mismo capítulo (arts. 2073-2077).
 - La Resolución general 59/2016 de la Administración Tributaria de la Provincia de Mendoza, que establece el procedimiento para la aprobación de planos de CI a efectos de su afectación al régimen de propiedad horizontal especial, exige algunas características que no son esenciales a ellos, conforme surge de la ley de fondo o de derecho común, y que merecerían su revisión, en aras de su constitucionalidad. Nos referimos al estado de avance constructivo de las unidades funcionales, la exigencia de la finalización de las obras de urbanización y la materialización de los cerramientos. Ello reportaría seguridad jurídica a los sujetos involucrados en los CI.
 - La obligación de transcripción de las limitaciones y restricciones establecidas en el reglamento en las escrituras traslativas de propiedad horizontal especial (art. 2080 CCCN) es una redundancia en tanto en cuanto el reglamento, en su totalidad, es parte del título suficiente compuesto que tiene inscripción registral.
 - El derecho de admisión está permitido, conforme a lo dispuesto por el artículo 2085. Debe ser razonable y fundado.
 - La previsión contingente de derecho de preferencia en la adquisición de unidades privativas en favor del consorcio y los restantes propietarios debe ser reglamentada minuciosamente. Entre otras, deberán excluirse las transferencias que reconozcan una disposición familiar como negocio jurídico subyacente.
 - La generación de subconsorcios prevista en el régimen de propiedad horizontal común es viable en la propiedad horizontal especial.

Reafirmamos una vez más la lucidez del doctor Jorge Horacio Alterini, quien tiene dicho que

... las pertinentes matizaciones del derecho de propiedad por el derecho administrativo local [...] deben ser **prudentes**, para no agrietar insensatamente el derecho de propiedad y desnaturalizar los rasgos distintivos que le imprime el derecho federal a través de la legislación de fondo.¹⁵

La finalidad del derecho inmobiliario registral es brindar seguridad jurídica. El nuevo Código nos presenta un gran desafío, que significa una oportunidad para el intérprete jurídico –entre ellos, el notario, los registros inmobiliarios y los responsables de los poderes de policía inmobiliarios locales– de estar a la altura de estas circunstan-

15. El destacado es nuestro.

cias y coadyuvar en forma organizada al mejor logro de la publicidad y la seguridad jurídicas en materia de CI –como en tantas otras–, a través de una correcta interpretación de sus normas, según las directrices del artículo 2 CCCN, dentro de cuyos postulados se ubica la seguridad jurídica como valor jurídico y constitucionalmente protegido, y de una sana reglamentación local, en sintonía con nuestro esquema constitucional de división de competencias.

Como ha dicho Recaséns Siches: “Sin seguridad jurídica no hay derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase”.¹⁶

5. Bibliografía

- ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, cap. XIV.
- DE HOZ, Marcelo A., “Conjuntos inmobiliarios”, en AA. VV., *LXX Seminario teórico práctico “Laureano A. Moreira”*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2015, pp. 33-39.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h) y SPAGNOLO, Lucía, [ponencia presentada en este mismo XIII Congreso de Derecho Societario], Mendoza, 2016.
- GAZALI, Andrea y otros, “Cuadernillo de lingüística textual”, Mendoza, Facultad de Filosofía y Letras - Universidad Nacional de Cuyo, 2016.
- LINARES DE URRUTIGOITY, Martha y PUJOL DE ZIZZIAS, Irene, “Las urbanizaciones privadas en Mendoza”, en *El Escribano*, Mendoza, Colegio Notarial de Mendoza, año 1, N° 13, 2010, pp. 4-10, y N° 14, 2010, pp. 10-12.
- “Los complejos urbanísticos privados hacia una interpretación dinámica de la ley 13512”, en *Jurisprudencia Argentina*, 25/11/2009, suplemento revista LexisNexis [en la web del Sistema de Información Legal de Thomson Reuters, id. 0003/014774].
- “Barrios privados y otros conjuntos inmobiliarios en Mendoza. ¿Son útiles las soluciones de Buenos Aires en Mendoza?”, en *La Ley Gran Cuyo*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2008, p. 313, y junio 2008, p. 422.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* [online], <http://dle.rae.es/>.¹⁷

16. RECASÉNS SICHES, Luis, *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 20.

17. Bibliografía complementaria:

- ABELLA, Adriana N., “Propiedad horizontal. Código Civil y Comercial de la Nación”, en AA. VV., *LXIX Seminario teórico práctico “Laureano A. Moreira”*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2015, pp. 205-214; y en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 979, 2015, pp. 205-214; y *Derecho inmobiliario registral*, Buenos Aires, Zavalía, 2008.
- ALTERINI, Jorge H., “Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, supl. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 27/6/2016 (t. 2016-D; AR/DOC/1050/2016).
- ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., “Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/5/2007 (t. 2007-C, p. 1076; AR/DOC/1610/2007).
- ARENAS, Pablo, “Concursabilidad del consorcio de propietarios a la luz del nuevo Código unificado” [online], en *microjuris.com. Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 2/6/2015, MJ-DOC-7246-AR, MJ7246.

-
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Negocio de apoderamiento, facultades y límites. Las potestades del administrador de un consorcio de copropietarios”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 24/2/2016, p. 17 (AR/DOC/4536/2015).
- CAUSSE, Federico J. y PETTIS, Christian R., *Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial”, dirigida por Alberto J. Bueres).
- CAUSSE, Jorge R., “Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios”, en Kiper, C. M. (dir.) y DAGUERRE, L. O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 823-886.
- COLMAN LERNER, Horacio, *Propiedad horizontal especial (countries y barrios cerrados)*. Modelos, Buenos Aires, Di Lalla, 2016.
- *Conjuntos inmobiliarios. Countries y barrios cerrados*, Buenos Aires, Di Lalla, 2016.
- “Clubes de campo y barrios cerrados en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial. Eliminación de la bolilla negra” [online], en microjuris.com. *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 26/7/2012, MJ-DOC-5890-AR, MJD5890.
- CÓRDOBA, Lucila I., “La personalidad del consorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 24/7/2012 (t. 2012-D, p. 1092; AR/DOC/3726/2012).
- CROVI, Luis D., “La parte general de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2, 2015, pp. 11-40.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “¿Qué va a pasar con los clubes de campo preexistentes cuando empiece a regir el nuevo Código Civil y Comercial?” [online], en *Favier Dubois & Spagnolo. Abogados y Consultores* [portal], Buenos Aires, [ed. del autor], 4/6/2015.
- GUIDA, María E. y BARRIVIERA, Natalia L., “La personalidad del consorcio de propietarios en la jurisprudencia de los últimos veinte años”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 950, 2005, pp. 247-268.
- MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., “Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/4/2015 (t. 2015-B, p. 869; AR/DOC/677/2015).
- NISSEN, Ricardo A., “La situación jurídica de los ‘clubes de campo’ luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Punto final para las asociaciones bajo forma de sociedad”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2015, t. 263, p. 960.
- PUERTA DE CHACÓN, Alicia y NEGRONI, María L., “Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/5/2016 (t. 2016-C, p. 724; AR/DOC/976/2016); RESQUI PIZARRO, Jorge C., “Los órganos del consorcio de propietarios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en microjuris.com. *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 19/8/2015, MJ-DOC-7360-AR, MJD7360.

Propiedad horizontal especial (countries y barrios cerrados)*

Horacio Colman Lerner

RESUMEN

Se analiza la regulación de los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial, puntualmente los countries y barrios cerrados. La ley señala la obligación de la adecuación. Sin embargo, los conjuntos organizados en propiedad horizontal y aquellos encuadrados en las disposiciones del Decreto 9404/1986 de la provincia de Buenos Aires no tienen esta obligación. Es optativa. Las nuevas disposiciones rigen imperativamente y retroactivamente para todos los emprendimientos, cualquiera fuera la forma en que se hubiesen organizado.

Sumario: **1.** Enunciados del Código Civil y Comercial. Libro IV, título VI, “Conjuntos inmobiliarios”. **2.** Desarrollo del tema. Análisis de la ley y comentarios. **2.1.** Acotaciones y aclaraciones. **3.** Retroactividad de la ley. **4.** Conclusiones. **5.** Bibliografía.

1. Enunciados del Código Civil y Comercial. Libro IV, título VI, “Conjuntos inmobiliarios”

Artículo 2073

Concepto. Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.

* Versión revisada, corregida y ampliada –especial para la *Revista del Notariado*– del trabajo homónimo presentado por el autor en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016) y publicado bajo el título “Nuevo derecho real de propiedad horizontal especial”, en microjuris.com. *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 22/9/2016, MJ-DOC-10012-AR, MJJD10012. En esta versión, se han incluido, además, hipervínculos a textos legales, jurisprudencia, doctrina e información de utilidad.

Artículo 2074

Características. Son elementos característicos de estas urbanizaciones, los siguientes: cerramiento, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible.

Artículo 2075

Marco legal. Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

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

Artículo 2076

Cosas y partes necesariamente comunes. Son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad horizontal que regula el emprendimiento.

Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes.

Artículo 2077

Cosas y partes privativas. La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta.

Artículo 2078

Facultades y obligaciones del propietario. Cada propietario debe ejercer su derecho dentro del marco establecido en la presente normativa, con los límites y

restricciones que surgen del respectivo reglamento de propiedad horizontal del conjunto inmobiliario, y teniendo en miras el mantenimiento de una buena y normal convivencia y la protección de valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos.

Artículo 2079

Localización y límites perimetrales. La localización de los conjuntos inmobiliarios depende de lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables.

Los límites perimetrales de los conjuntos inmobiliarios y el control de acceso pueden materializarse mediante cerramientos en la forma en que las reglamentaciones locales, provinciales o municipales establecen, en función de aspectos urbanísticos y de seguridad.

Artículo 2080

Limitaciones y restricciones reglamentarias. De acuerdo a las normas administrativas aplicables, el reglamento de propiedad horizontal puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, crear servidumbres y restricciones a los dominios particulares, como así también fijar reglas de convivencia, todo ello en miras al beneficio de la comunidad urbanística. Toda limitación o restricción establecida por el reglamento debe ser transcrita en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial. Dicho reglamento se considera parte integrante de los títulos de propiedad que se otorgan sobre las unidades funcionales que componen el conjunto inmobiliario, y se presume conocido por todo propietario sin admitir prueba en contrario.

Artículo 2081

Gastos y contribuciones. Los propietarios están obligados a pagar las expensas, gastos y erogaciones comunes para el correcto mantenimiento y funcionamiento del conjunto inmobiliario en la proporción que a tal efecto establece el reglamento de propiedad horizontal. Dicho reglamento puede determinar otras contribuciones distintas a las expensas legalmente previstas, en caso de utilización de ventajas, servicios e instalaciones comunes por familiares e invitados de los titulares.

Artículo 2082

Cesión de la unidad. El reglamento del conjunto inmobiliario puede establecer condiciones y pautas para el ejercicio del derecho de uso y goce de los espacios e instalaciones comunes por parte de terceros en los casos en que los titulares del dominio de las unidades particulares ceden temporariamente, en forma total o parcial, por cualquier título o derecho, real o personal, el uso y goce de su unidad funcional.

Artículo 2083

Régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios. El reglamento puede establecer la extensión del uso y goce de los espacios e instalaciones comunes a aquellas personas que integran el grupo familiar del propietario de la unidad funcional y prever un régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios de dichos bienes, con las características y bajo las condiciones que, a tal efecto, dicte el consorcio de propietarios.

El uso de los bienes comunes del complejo por terceras personas puede ser pleno, parcial o limitado, temporario o permanente, es siempre personal y no susceptible de cesión ni transmisión total o parcial, permanente o transitoria, por actos entre vivos ni mortis causa. Los no propietarios quedan obligados al pago de las contribuciones y aranceles que a tal efecto determine la normativa interna del conjunto inmobiliario.

Artículo 2084

Servidumbres y otros derechos reales. Con arreglo a lo que dispongan las normas administrativas aplicables, pueden establecerse servidumbres u otros derechos reales de los conjuntos inmobiliarios entre sí o con terceros conjuntos, a fin de permitir un mejor aprovechamiento de los espacios e instalaciones comunes. Estas decisiones conforman modificación del reglamento y deben decidirse con la mayoría propia de tal reforma, según la prevea el reglamento.

Artículo 2085

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

Artículo 2086

Sanciones. Ante conductas graves o reiteradas de los titulares de las unidades funcionales violatorias del reglamento de propiedad horizontal, el consorcio de propietarios puede aplicar las sanciones previstas en ese instrumento.

2. Desarrollo del tema. Análisis de la ley y comentarios

Se ha incorporado al Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) la tipificación y regulación de los emprendimientos modernos llamados *countries* y barrios cerrados, que se denominan conjuntos inmobiliarios. De esta manera, se conforma el nuevo derecho real de propiedad horizontal especial. El principal objetivo es que el encuadre legal preexistente y futuro sea claramente oponible frente a terceros y a los parti-

participantes del complejo, tal como corresponde a un derecho real, imperando el orden público. **Los participantes deben tener derechos reales sobre propiedades residenciales y áreas comunes.**

Del artículo 2075 se desprende la obligación para los conjuntos inmobiliarios preexistentes, que estuviesen organizados con un encuadre legal de derechos personales y/o derechos reales en combinación con derechos personales, de adecuarse a la nueva normativa para conformar un derecho real de propiedad horizontal especial. Con exactitud, se expresa que “se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”. Asimismo, en el mismo artículo que relacionamos, se expresa que

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Existen muchos complejos inmobiliarios preexistentes, *countries* y barrios cerrados, ciudades satélites, mega-emprendimientos náuticos, etc., organizados de diferente forma respecto del tratamiento legal y los títulos de propiedad de sus parcelas residenciales y áreas recreativas deportivas comunes. Por ejemplo:

- a) Propiedades de una sociedad anónima, tanto áreas residenciales como recreativas, deportivas y sociales: los participantes construyen sus viviendas en sitios preseñalados, y, como título de sus derechos, poseen acciones de la sociedad (combinación de derecho real con derecho societario personal).
- b) Sectores del emprendimiento organizados en propiedad horizontal (Ley 13512, hoy derogada) con partes residenciales y áreas comunes y/o el mismo sector organizado como un loteo residencial, con un condominio indiviso sobre inmuebles afectados a usos comunes recreativos: en ambos casos, se tienen áreas destinadas a recreación y deportivas con un sector lindero; el sector común, propiedad de una sociedad anónima y/o de una asociación civil. Entre los primeros sectores mencionados y los linderos la vinculación es **la calidad de socio de la sociedad anónima y/o asociación civil** (se trata de un conjunto inmobiliario que combina derechos reales con personales).
- c) Predios encuadrados en propiedad horizontal (Ley 13512, hoy derogada) integrados por sectores residenciales, unidades funcionales y áreas comunes recreativas, deportivas y sociales que pertenecen en copropiedad a los titulares del sector residencial (se trata de un derecho real).
- d) *Countries* o barrios cerrados conformados según el Decreto 9404/1986 de la provincia de Buenos Aires (reglamentario del Decreto-ley 8912/1977 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo):¹ hay una parcelación residencial,

1. El Decreto 9404/1986 de la provincia de Buenos Aires (24/12/1986, BO 19/1/1987) se puede ver transcrito en COLMAN LERNER, Horacio, *Clubes de campo y barrios cerrados*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2005,

propiedad y dominio de los participantes, inmuebles afectados a recreación, deportes, sociales e infraestructura, propiedad y dominio de una entidad jurídica, generalmente una asociación civil en forma de sociedad anónima (art. 3 Ley 19550), en la que participan todos los titulares del sector residencial como accionistas; y, finalmente, para vinculación jurídica y funcional entre los inmuebles, parcelas residenciales y sectores de inmuebles afectados como de uso común, recreativo, esparcimiento, se constituye una servidumbre predial, perpetua y gratuita. Se trata de tres derechos reales: 1) dominio sobre la parcela destinada a la construcción de la vivienda y/o sobre la construcción ya existente; 2) las áreas e inmuebles recreativos, deportivos y sociales, que están en el dominio de una entidad jurídica (asociación civil en forma de sociedad anónima y/o asociación civil, cultural, social y deportiva); 3) derecho real servidumbre predial sobre áreas comunes recreativas a favor de los inmuebles residenciales, como vinculación jurídica, conformando un todo inescindible y asegurando el destino y afectación del uso y disfrute. La tenencia accionaria es un derecho personal al efecto interno establecido para integrar la sociedad anónima o el derecho societario cuando se trata de una asociación civil cultural. Ni las acciones ni la calidad de socio otorgan ni propiedad, ni dominio, ni derechos reales sobre las áreas comunes, que siguen estando en cabeza de la entidad jurídica). Lo que hace al encuadre legal es la servidumbre predial vinculante, que es derecho real. Por eso, se sugiere controlar los títulos de los titulares del área residencial para establecer si se configuró la servidumbre predial de referencia y se inscribió en el Registro de la Propiedad. La participación de los residentes como accionistas (derechos societarios personales) no es el sustento del encuadre legal, pudiendo no existir. El verdadero derecho que determina el encuadre legal es la servidumbre predial (derecho real).

2.1. Acotaciones y aclaraciones

Hay que tener cuidado al expresar “servidumbres recíprocas” (generalmente, se constituyen sobre inmuebles recreativos, para garantizar el uso y disfrute y que no se innove ni se subdividan los inmuebles afectados a recreación y deportes). Simultáneamente y por separado, se constituye servidumbre urbanística sobre las parcelas residenciales, para garantizar el cumplimiento de las reglamentaciones de los códigos de edificación privados de los emprendimientos: alturas, espacios libres, linderos, techos, tipos de materiales de construcción, cuidado del medio ambiente. No se trata de servidumbres con reciprocidad en obligaciones.

pp. 88-93. Asimismo, la formulación jurídica propuesta por el autor, que ha significado la autoría intelectual que ha sido tenida en cuenta por la Gobernación de la Provincia de Buenos Aires, de la sanción del decreto, se puede ver en COLMAN LERNER, Horacio, “Nuevas formas de contratación. Clubes de campo (country clubs)”, en *Revista del Notariado*, N° 801, 1985, pp. 471-485.

Roca Sastre, en el Primer Congreso de Derecho Registral (Madrid, 2-6 de mayo de 1961),² expresó:

En una palabra, en el caso de servidumbres recíprocas no hay supeditación o vínculo de causalidad obligacional entre ellas, ya que tan pronto hayan quedado constituidas subsisten por sí mismas. Lo contrario sería atribuir a la servidumbre predial un contenido obligacional de prestaciones recíprocas correlativas que no se da en ellas. Evidentemente, en la hipótesis contemplada hay solidaridad entre las servidumbres constituidas por ser elementos integrantes de un estatuto global que afecta a todas las fincas, pero esta solidaridad no entraña la correlatividad propia de las obligaciones recíprocas, y más bien puede afirmarse que la solidaridad es tal que sólo permite el juego de la acción de cumplimiento, lo que guarda consonancia con el carácter naturalmente estable de las servidumbres prediales.

Las servidumbres no se pueden entender como recíprocas.

Los comercialistas opinan que la forma de concretar la adecuación es la reforma de los estatutos de la entidad jurídica, asociación civil en forma de sociedad anónima, y conformar un reglamento de propiedad, en base a planos de mensura y subdivisión previos, incorporando las normativas del nuevo derecho real de propiedad horizontal especial a las cláusulas estatutarias de la sociedad anónima. En realidad, la adecuación requerida por la ley trata de cuestiones del derecho civil, derechos reales, con referencia a la propiedad y el dominio y a su toma de razón en el Registro de la Propiedad Inmueble, previa constitución del nuevo organigrama y organización del derecho real por escritura pública. Es mi opinión que la reforma del estatuto de la sociedad administradora no sería un mecanismo de adecuación. El objetivo fundamental es garantizar la eficacia de derechos perfectamente oponibles frente a terceros y de orden público, como los derechos reales, sin ánimo de menospreciar la utilidad de los derechos societarios ni los personales. En este sentido, cabe recordar que los derechos reales, en nuestro país *numerus clausus*, solo los determina, crea y sanciona como ley de fondo el Congreso Nacional.

No podemos tener dudas acerca de que el CCCN incorporó y creó el derecho real de propiedad horizontal especial, particularizando el derecho real de propiedad horizontal (normativa que derogó la Ley 13512) como solución apropiada a la falta de regulación y legislación nacional para las urbanizaciones modernas. Es equivocada la posición de los juristas que invocan jornadas y congresos que consideran inconveniente la creación indefinida de derechos reales por conspirar expresamente contra el *numerus clausus*: tenemos un verdadero nuevo derecho real, el de propiedad horizontal especial.

No caben dudas de que los derechos reales equivalen a mayor seguridad jurídica que los derechos personales, y el artículo 2075 CCCN determina que los con-

2. ROCA SASTRE, Ramón M., "La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas urbanísticas", en AA. VV., *Primer Congreso de Derecho Registral. Ponencias, actas, conferencias*, t. I, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, 1965, p. 101.

juntos inmobiliarios preexistentes organizados como derechos personales y combinación de los derechos reales con personales deben adecuarse a las normativas para conformar el derecho real de propiedad horizontal especial. El CCCN es preciso y prolijo al pretender que los *countries* y barrios cerrados se encuadren dentro de los derechos reales, únicamente atento a que no son sugeribles los derechos personales. Esto último es lo que finalmente se entendió en la Comisión Bicameral del Congreso Nacional, que consideró el proyecto de ley y finalmente fue sancionado por el Congreso por [Ley 26994](#) con vigencia a partir del 1 de agosto de 2015 ([Ley 27077](#)).³ En este sentido, es oportuno comentar que era un error el proyecto de ley pretendido por la Federación Argentina de Clubes de Campo, que configuraba un derecho real en combinación con el derecho personal disciplinario y de admisión. Los derechos reales deben abastecerse únicamente por sí solos, ya que no resultan combinables con derechos personales.

Ha sido curioso explicar el encuadre del Decreto 9404/1986 como la combinación de derecho real con derecho personal:

- 1) Dominio y propiedad de las parcelas residenciales.
- 2) Una entidad jurídica con dominio y propiedad de los inmuebles afectados a uso común (áreas recreativas, deportivas, sociales, infraestructuras generales). Debe entenderse que se trata de derecho personal porque la propietaria de las partes comunes, una asociación civil en forma de sociedad anónima, está integrada por socios accionistas que tienen, en lógica consecuencia, derechos societarios personales.
- 3) Finalmente, se constituye el derecho real de servidumbre predial, que vincula jurídica y funcionalmente los sectores residenciales y recreativos comunes para constituir un único conjunto inescindible.

¿Cuáles son los derechos reales?:

- a) Propiedad de los participantes de las parcelas residenciales
- b) Propiedad y dominio de la asociación civil en forma de sociedad anónima con respecto a las áreas de uso común
- c) Servidumbre predial vinculante de los sectores residencial y común

El encuadre del Decreto 9404/1986 ya quedaría conformado.

¿Cuáles son los derechos personales?: ser parte y accionista de la sociedad anónima, que tiene en cabeza el derecho real de dominio sobre áreas comunes. Queda claro que el derecho de propiedad de las áreas comunes no les pertenece a los accionistas, ni individualmente ni en conjunto, sino solo a la entidad jurídica y/o sociedad anónima. Los socios y/o accionistas solo tienen derechos personales con respecto a la sociedad. Como dijimos, tienen derecho real y dominio sobre sus parcelas, no por

3. [N. del E.: el lector podrá confrontar a continuación: a) el [anteproyecto](#) elaborado por la comisión de juristas designada por Decreto [191/2011](#); b) el [proyecto](#) de CCCN elevado por el PEN al Congreso Nacional a través del Mensaje 884/2012; c) el [texto](#) que recibió media sanción del Senado en noviembre de 2013].

el hecho de ser accionistas. Ser accionista, aunque se estipule una obligación inescindible con la propiedad de la parcela, no tiene consecuencias jurídicas, como si fuera un derecho real. La estipulación obligacional referida es creación de los particulares desarrolladores y organizadores, y no es previsto como un derecho real legislado la unión de la acción como un inmueble conformando un todo.

Afortunadamente, tuvimos una conversación –casi un seminario privado– con la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci –prestigiosa jurista que integró la comisión redactora del CCCN con los doctores Elena Highton y Ricardo Lorenzetti–, en la que fue una satisfacción personal esclarecer el punto en análisis y concluir que el encuadre referido (Decreto 9404/1986) conforma un encuadre en base a derechos reales. No hay derechos personales en combinación.

El encuadre se perfecciona con la vinculación jurídica funcional por la constitución de la servidumbre predial perpetua y gratuita, conformándose un conjunto inescindible entre las propiedades que pertenecen en dominio a los participantes del sector residencial y la propiedad de uso común que es propiedad y dominio de la entidad jurídica asociación civil en forma de sociedad anónima. Esto tiene mucha importancia, ya que, conforme a la letra del artículo 2075 del CCCN, los emprendimientos (Decreto 9404/1986) no tendrán obligación de adecuarse. Pueden optar por declarar, con acuerdo privado y/o particular, en forma individual y/o en asamblea unánime de sus participantes, que componen una propiedad horizontal especial: encuadre consorcial. No hará falta una instrumentación notarial de transformación al nuevo derecho real de propiedad horizontal especial.

La doctora Kemelmajer, en oportunidad de disertar en la sede del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en el mes de agosto de 2016, refirió y opinó que la ponencia presentada por el autor de este trabajo se ajustó doctrinariamente a lo que se interpreta que la ley quería decir y expresar en el texto del artículo 2075 sobre “adecuación”.

La nueva normativa rige con aplicación inmediata, imperativamente y retroactivamente, para todos los conjuntos inmobiliarios preexistentes, se hayan o no adecuado, y no se necesita la conformidad de los integrantes de esos complejos para su aplicación inmediata. Son normativas de fondo y retroactivas, como por ejemplo: expensas ejecutivas, reglas de administración, consejo de propietarios, derecho de admisión “bolilla negra”, terreno propio, área residencial; resulta lo mismo sin construcción y/o a construir y/o construido. **No se necesita inscribir altas de construcción en el Registro de la Propiedad Inmueble** (Decreto 947/2004 de la provincia de Buenos Aires, derogado de hecho por CCCN) con referencia a clubes de campo y barrios cerrados (ver leyes de catastro). Ha sido notable el reconocimiento que siempre tuvo el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires al inscribir en forma individual las unidades de la propiedad horizontal (a pesar del condominio del terreno establecido por la Ley 13512). El Registro inscribió que **la unidad funcional comprendía el terreno** (opinión de Kemelmajer de Carlucci). Si el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires exige previamente, para inscribir una

reventa de una unidad funcional en propiedad horizontal, que se otorgue y se inscriba una escritura de obra nueva - acta de construcción finalizada, deberá recurrirse y apelarse (con sustento en el CCCN).

Abella y Mariani de Vidal⁴ plantean que

... la exigencia de adecuación, impuesta por el art. 2075, último párrafo, relativa a los conjuntos inmobiliarios preexistentes, a la entrada en vigencia del nuevo Código, impresiona como de muy dudosa constitucionalidad, lesiva de la garantía de la propiedad (art. 17, Constitución Nacional) e incluso contraria a lo dispuesto por el art. 7 del propio Código.

Asimismo, se refieren a la aplicación del encuadre del Decreto 9404/1986, provincia de Buenos Aires, como la “combinación de derechos reales y personales”. Repitiendo conceptos vertidos anteriormente, ratificamos que, a los efectos de organizar jurídicamente el conjunto inmobiliario bajo la figura prevista en la normativa del Decreto 9404/1986, el conjunto parcelario residencial y recreativo-deportivo es inescindible, por la vinculación jurídica de la servidumbre predial constituida sobre las áreas comunes de esparcimiento a favor de los inmuebles residenciales. Concretamente, se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria el dominio de cada parcela residencial, la titularidad del dominio de la asociación civil en forma de sociedad anónima, de los inmuebles afectados a espacios recreativos-deportivos y calles de circulación interna, y, finalmente, se inscribe el derecho real de servidumbre con respecto a fundos sirvientes a favor de fundos dominantes. Cumpliendo la formalidad notarial y registral pertinente referida, tenemos únicamente derechos reales que configuran el encuadre legal del conjunto inmobiliario. Los derechos de los accionistas socios de la entidad y/o asociación referida se toman nota en un registro de accionistas y/o libro de asociados.

El artículo 2075 CCCN excluye de la obligación de adecuación a los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos bajo derechos reales como propiedad horizontal Ley 13512, y al encuadre Decreto 9404/1986, con la servidumbre predial, dominio de las parcelas y dominio de la propiedad común. El derecho personal societario de los accionistas no es fundamental para ser tenido en cuenta en el encuadre legal, ya que aun si los titulares del sector residencial no fueran accionistas de la asociación civil en forma de sociedad anónima, propietaria de las áreas comunes, igualmente existirá la vinculación jurídica y funcional, conformando un conjunto único inescindible del complejo inmobiliario, con la constitución del derecho real de servidumbre. Al dictarse el Decreto 9404/1986, se dispuso –y nunca se cumplió– que el Registro de la Propiedad Inmobiliaria debía tomar nota de la afectación al referido encuadre.

4. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, “Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/4/2015 (t. 2015-B, p. 869; AR/DOC/677/2015).

¿Continuaría sosteniéndose una presunta inconstitucionalidad de la nueva normativa? Sin perjuicio de lo antedicho, los titulares del emprendimiento que se organizan en el marco del Decreto 9404/1986 pueden querer adecuarse al sistema consorcial de propiedad horizontal especial. En ese supuesto, tendría que haber acuerdo unánime, expresado en documentación privada o por escritura pública; y, asimismo, en mi opinión, el representante legal del complejo, también por escritura pública, **declararía que todas las propiedades existentes integran y componen un “consorcio de propiedad horizontal especial, Código Civil y Comercial de la Nación”**, sin necesidad de que se realicen actos notariales de transformación de los derechos reales vigentes en el derecho real de propiedad horizontal especial. Debe haber una conformidad unánime expresa de todos los titulares de las parcelas residenciales. **Si el registro publicita el terreno de las unidades funcionales propias, entonces no hay que rectificar ni readecuar porque esto es, precisamente, lo que ahora dice la ley** (opinión de Kemelmajer de Carlucci).

La Ley 13512 expresaba que el total del terreno o suelo del emprendimiento es propiedad común. Lo que se pretendió con la nueva normativa (art. 2075 CCCN) es que los emprendimientos constituidos como derechos personales y/o como combinación de derechos personales con derechos reales, obligatoriamente y por razones de seguridad jurídica, organización y principalmente oponibilidad frente a terceros, queden únicamente establecidos como constituidos en base a derechos reales, señalándose **propiedad horizontal con las particularidades de propiedad horizontal especial**. No sería obligatoria la adecuación formal para los que están organizados por propiedad horizontal (Ley 13512) ni para los que estuviesen correctamente encausados, según el Decreto 9404/1986, como dominio de parcelas residenciales, dominio de áreas comunes, propiedad de la asociación civil en forma de sociedad anónima y/o cualquier otro tipo societario y servidumbre predial sobre fundos áreas de uso común como sirvientes y sector residencial fundos dominantes, y, accesoriamente, servidumbre urbanística constituida sobre parcelas residenciales, fundos sirvientes a favor de inmuebles comunes y fundos dominantes.

Debe quedar claro que tener acciones o títulos societarios de la entidad jurídica propietaria de las áreas comunes no introduce ni mejora la vinculación jurídica funcional que conforma un complejo inescindible entre los sectores. No importa si se considera la acción inescindible del título de propiedad de la parcela residencial. Tal argumento convencional no tiene fuerza de derecho real. Podría existir el complejo inmobiliario inescindible, frente a terceros, con la servidumbre predial vinculante sin que los residentes sean socios de la propietaria de las áreas comunes.

Finalmente, es interesante observar que en los conjuntos inmobiliarios encuadrados linealmente por el Decreto 9404/1986, los titulares del sector residencial conforman una organización comunitaria consorcial, atento a que todos son titulares de fundos dominantes con derecho al uso y goce sobre las áreas de uso común, fundos sirvientes, según resultaría de la constitución de la servidumbre predial vinculante. En este último carácter de titulares de derecho por la servidumbre real, estarían con-

formando un consorcio similar a la propiedad horizontal, en la cual un conjunto de propietarios de unidades o parcelas residenciales son, a la vez, titulares de derechos reales de uso y goce que otorga la servidumbre, sobre los inmuebles afectados al uso recreativo y deportivo del emprendimiento. Y con esa organización de hecho ya estarían adecuados a las normativas de un régimen “consorcial”. Deberán tener en cuenta que son de aplicación inmediata: el título ejecutivo de las expensas y el régimen de administración y opción de elección de consejo de propietarios para controlar la administración, y, desde ya, debiéndose cumplir con todas las estipulaciones de fondo que tienen vigencia imperativa, retroactiva y de orden público: derecho de admisión-bolilla negra, etc.

Se está dando que algunos autores, incluso instituciones y academias vinculadas con el notariado, sustentan jurídicamente, en forma tremendamente equivocada, que el cumplimiento de la obligación de adecuación referida en el artículo 2075 CCCN es dificultoso o imposible. Esperan una ley aclaratoria o complementaria y/o una reglamentación. Me permito expresar que no todas las situaciones son iguales.⁵ Lo que debe criticarse es que, en defensa de intereses o situaciones particulares, se pretenda convalidar la suspensión de la aplicación de la ley. De todas maneras, el orden jurídico y la norma imperativa y retroactiva harán sentir sus efectos de aplicación inmediata.

El Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires emitió la [Orden de Servicio 45/2015](#), que calificó de “cumplimiento imposible el acceso registral de la adecuación de los conjuntos preexistentes” (p. 37).

Abella y Mariani de Vidal agregan:

... si el conjunto inmobiliario fue creado con arreglo a las normas en vigor en un momento anterior, tal creación constituye una situación jurídica consolidada [de derechos adquiridos]

Hoy, en lugar de derechos adquiridos, se habla de garantías constitucionales que de ser afectadas hay que probarlas por parte del afectado.

Independientemente de que no se concrete la instrumentación formal de la adecuación dispuesta en el artículo 2075 CCCN, la ley de propiedad horizontal especial es imperativa, retroactiva, de orden público y de aplicación inmediata, operativa o funcional respecto de las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes en los conjuntos inmobiliarios, cualquiera fuere su formato jurídico, si ello redundaría en soluciones más favorables para el emprendimiento. Los profesionales del derecho deben aplicar el nuevo régimen legal, que a mi consideración es muy bueno y superior a las reglamentaciones que regían con anterioridad al 1 de agosto de 2015.

Las obligaciones del pago de expensas tendrán título ejecutivo; las administraciones podrán renovarse sin personajes perpetuos ni con mayorías accionarias de

5. Ver COLMAN LERNER, Horacio, “Complejos inmobiliarios”, en diario *La Nación* (suplemento “Propiedades”), 24/9/2016. [N. del E.: ver [aquí](#)].

oro; es muy importante el consejo de propietarios controlador; no podrá subsistir la bolilla negra-derecho de admisión. En propiedad horizontal, el terreno área residencial es propio, ya no es más común, etc.

Si los complejos organizados con el encuadre de la Ley 13512 y los que adoptaron la normativa provincial del Decreto 9404/1986, como hemos explicado, no necesitan adecuarse cumpliendo lo dispuesto en el CCCN, los que restan y quedan, realmente organizados como derechos personales combinados con derechos reales, serán pocos, y no existen dificultades de que se encuadren dentro de los derechos reales exclusivamente, como es el propósito legislado. No es necesaria adecuación en los PH ni tampoco en los encuadres del Decreto 9404/1986.

Los encuadres legales preexistentes se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real.

3. Retroactividad de la ley

Artículo 7

Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Lorenzetti⁶, analiza la interpretación del artículo 7 CCCN y expresa, entre varias afirmaciones, que

Es una regla dirigida al juez para proteger la seguridad jurídica. Esta regla está dirigida al juez y le indica qué ley debe aplicar al resolver un caso (en cambio no está dirigida al legislador que puede dictar una ley diferente a la del Código, de la misma jerarquía normativa, estableciendo una retroactividad expresa), y establece que debe aplicar la ley de modo inmediato y que no tiene efecto retroactivo, con las excepciones previstas [...]

La ley entra en vigencia a partir de la fecha que establece (art. 5º) [...] La segunda regla general es que la ley no puede tener efectos retroactivos. La excepción es que una ley lo establezca expresamente, pero en ese caso, no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales [...]

En el sistema actual la noción de retroactividad es una derivación del concepto de aplicación inmediata. Por lo tanto, la ley es retroactiva si se aplica a una relación o situación jurídica ya constituida o extinguida, o a efectos ya cumplidos bajo la ley anterior. La regla general es que la ley no tiene efectos retroactivos. La excepción es que la misma ley lo establezca, pero en este caso hay un límite: no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

6. LORENZETTI, Ricardo L., [comentario al art. 7], en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, pp. 45-49.

Kemelmajer de Carlucci expresó con referencia a los conjuntos inmobiliarios (countries y barrios cerrados):

El artículo 2075, última parte, dispone expresamente: “Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”.

Ése es un caso en que el CCyC ha dispuesto expresamente su aplicación retroactiva [...] Como se explicó, la retroactividad está permitida. Quien pretenda que la aplicación de esta norma lo priva de un derecho constitucional, tiene la carga de acreditarlo.⁷

Asimismo, dijo:

Si las leyes gobiernan el contenido o los efectos, cabe distinguir, con la opinión doctrinal predominante, entre situaciones legales y convencionales; la aplicación inmediata de la ley para los efectos que se produzcan en situaciones que tienen origen en actos de los particulares, la regla es que los rige la ley vigente al momento de la constitución.⁸

Y, refiriendo a Moisset de Espanés, conceptuó:

... algunos cambios de legislación son sólo aparentes, pues el texto se limita a incorporar una solución (doctrinal o jurisprudencial) que ya integraba el sistema jurídico, de manera que no se ha producido un cambio real en el Derecho vigente y la nueva norma no encuentra dificultades para su aplicación inmediata, pues los problemas continúan solucionándose en el mismo sentido que antes de su incorporación.⁹

A veces, la retroactividad tiene por finalidad transar en una jurisprudencia contradictoria y, de este modo, terminar con situaciones litigiosas. La finalidad es legítima y razonable.

4. Conclusiones

- En los casos de los emprendimientos inmobiliarios, countries y barrios cerrados, la incorporación de normas regulatorias al CCCN ha conformado la legislación que estaba ausente y faltaba como ley de fondo.
- Ha tenido en cuenta la realidad, usos y costumbres, reglamentaciones provinciales, municipales y resoluciones ministeriales.

7. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 164.

8. Ídem, p. 34.

9. Ídem, pp. 53-54.

- Tuvo muy en cuenta las inconveniencias prácticas, las observaciones y cuestionamientos doctrinarios, diversos anteproyectos y proyectos de ley y finalmente impuso con acierto, en opinión del autor, una mejor reglamentación, que superó a la preexistente.
- Con el mismo techo normativo, se solucionaron simultáneamente los encuadres preexistentes: propiedad horizontal Ley 13512 y Decreto 9404/1986. Ha ocurrido lo expresado precedentemente: cambio de situación y enfoque jurídico, aparente, atento a que se incorpora una solución que ya se pensaba y era tenida en cuenta.
- La nueva normativa, retroactiva, no encuentra dificultad de aplicación.
- El organigrama legal para los clubes de campo y barrios cerrados continúa solucionándose con el mismo objetivo y sentido preexistente.
- La ley entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. Es retroactiva e imperativa y de orden público. Desde esa fecha, no es necesario instrumentar altas de construcción (Decreto [947/2004](#) derogado) ni modificar planos y reglamentos de copropiedad (hoy de propiedad).
- Se sustentan legalmente los subconsorcios para los edificios que en un country tienen independencia funcional.
- No se podrá impedir la reventa de las propiedades dentro del complejo. No va más el derecho de admisión.
- Se podrán constituir servidumbres prediales sobre inmuebles recreativos, asegurando aprovechamiento entre emprendimientos vecinos.
- El terreno en los sectores residenciales PH ya no es más común.
- Las unidades se edifican en terreno propio y exclusivo.
- Las expensas las deben los propietarios y también todos los ocupantes de las unidades por cualquier título y/o derecho.
- El cercado perimetral para resguardo y seguridad es legal.
- Para mejorar infraestructuras y/o aumentar el área residencial y para incrementar la superficie de la propiedad ampliando, se regula el derecho de preferencia para comprar en las reventas, a favor del consorcio y/o de los propietarios.
- Como expresó el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Buenos Aires, en la Orden de Servicio 45/2015, hay distintos criterios y opiniones académicas que responden a diferentes intereses.
- Algunos desarrolladores y particulares demorarán en aplicar la nueva normativa, pero la mayoría se impondrá, potenciando el derecho fuente de toda razón y justicia.
- Las disposiciones estructurales imperativas y de orden público que el legislador integró en los derechos reales no requieren para ser inmediatamente aplicadas del consentimiento de los habitantes.

5. Bibliografía

- ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, “Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/4/2015 (t. 2015-B, p. 869; AR/DOC/677/2015).
- COLMAN LERNER, Horacio, “Complejos inmobiliarios”, en diario *La Nación* (suplemento “Propiedades”), 24/9/2016.
- *Clubes de campo y barrios cerrados*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2005.
- “Nuevas formas de contratación. Clubes de campo (country clubs)”, en *Revista del Notariado*, N° 801, 1985, pp. 471-485.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- LORENZETTI, Ricardo L., [comentario al art. 7], en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- ROCA SASTRE, Ramón M., “La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas urbanísticas”, en AA. VV., *Primer Congreso de Derecho Registral. Ponencias, actas, conferencias*, t. 1, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, 1965.

Sobre el carácter vinculante de las directivas médicas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con capacidad restringida*

María M. Córdoba

Natalia A. Echecury

Marianela R. Graizzaro

Romina A. Rajmil

RESUMEN

En el presente trabajo, se sostiene que adolescentes y personas con capacidad restringida tienen derecho a hacer manifestaciones en actos de autoprotección, las que serán tenidas en cuenta al momento de prestarse el consentimiento para el acto médico. Este derecho constitucional a ser oído no debe ser limitado en modo alguno. Los actos de autoprotección que contengan directivas anticipadas de salud otorgadas por adolescentes mayores de dieciséis años y personas con capacidad restringida a quienes no se ha limitado expresamente su capacidad para otorgarlas tienen carácter vinculante y son de cumplimiento obligatorio si han cumplido con la forma requerida por la Ley 26529, modificada por la 26742, que exige que sean efectuadas ante escribano público o juez de primera instancia, con la presencia de dos testigos.

Sumario: **1.** Introducción. **2.** El sistema de capacidad en el Código Civil y Comercial. **3.** Capacidad y competencia bioética. **4.** Diferencias entre el consentimiento informado y las directivas anticipadas. **5.** Conclusiones. **6.** Bibliografía.

* Versión revisada y corregida –especial para la *Revista del Notariado*– del trabajo presentado por las autoras en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016). Asimismo, se le han incluido desde la redacción hipervínculos a textos legales, jurisprudencia, doctrina e información de utilidad.

1. Introducción

Toda persona tiene derecho a proyectar su propio plan de vida y a decidir sobre cuestiones referidas a su salud. Se trata de un derecho personalísimo, que solo puede ser ejercido por su titular; por tal motivo, consentir o rechazar tratamientos médicos es tarea exclusiva del paciente y de nadie más. Sin embargo, cuando un niño, un adolescente o una persona con capacidad restringida quiere tomar decisiones referentes a estos derechos tan trascendentales, como lo son su vida y su propio cuerpo, ya no nos parece tan natural y cuestionamos su decisión, sin advertir que es esta y la de nadie más la que debe prevalecer.

Entendemos que nadie puede ser privado de su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Como expresan Llorens y Rajmil,¹

El derecho de las personas menores de edad a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez es reconocido con la amplitud suficiente para abarcar todos los asuntos de su interés, tanto en la CDN (art. 12) como en la Ley 26061 (artículos 2, 3, 19, 24 y 27).

También agregan que

El art. 2 inc. e) de la ley 26529 admite la competencia bioética de los niños, niñas y adolescentes para participar en la toma de decisión en materia de salud conforme con las disposiciones de la ley 26061, esto es, cuando tienen el discernimiento necesario para ello.

Le asisten los mismos derechos a las personas con alguna restricción en su capacidad siempre que tengan la aptitud suficiente para comprender el acto y este no se encuentre expresamente vedado en la sentencia respectiva (arts. 3 y 12, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - Ley 26378 [CDPD]; y art. 7 inc. k, art. 10 Ley 26657). Esto en base a los postulados de la CDPD, tales como:

- El artículo 3, inciso a), que establece como principio general “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”;
- El artículo 7, párrafo 3, que acuerda el derecho de niños y niñas con discapacidad a expresar su opinión;
- El artículo 12, que plasma el principio de igual reconocimiento como persona ante la ley, acordando tanto el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica como al de igualdad de condiciones ante la ley, adoptando el régimen de apoyos para lograr el efectivo ejercicio de los derechos. (Es importante destacar que cuando refiere a “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos”, agrega que “esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas

1. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., “Derecho de autoprotección y directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en microjuris.com. *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 22/2/2016, MJ-DOC-7622-AR, MJ7622.

al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”.

Tradicionalmente, el derecho civil con su sistema de sustitución de la voluntad en el régimen de la representación legal (padres o tutores para los menores y curador para el incapaz) ha silenciado a quienes deberían ser los mayores interesados en que su plan de vida sea respetado y valorado.

En la XXXI Jornada Notarial Argentina (Córdoba, 7-9 agosto 2014) se concluyó que

Las directivas anticipadas de salud constituyen una especie dentro del género de los actos de autoprotección.

Por mayoría: Se reconoce el derecho del menor a ser oído en los tratamientos médicos que lo involucren. Las directivas anticipadas de salud, sólo pueden ser otorgadas por personas capaces, mayores de edad, conforme lo establecido por el art. 11 de la ley 26529 modificada por ley 26742.

Por minoría: Es posible el otorgamiento de directivas anticipadas de salud por menores de edad, según el grado de madurez y desarrollo, sin efecto vinculante. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires y provincia de Chaco).²

¿Por qué surge la duda acerca de qué actos pueden o no otorgar los adolescentes y personas con capacidad restringida en cuestiones vinculadas con su salud? Porque el sistema completo de capacidad equipara incapacidad con minoridad; siguen usándose como sinónimos *capacidad* y *discernimiento*, y no internalizamos que la regla en nuestro derecho es la capacidad de ejercicio con excepciones. Esperamos que sea la norma quien habilite el ejercicio, cuando el pensamiento debería ser que todo lo que no está expresamente prohibido para el menor o persona con capacidad restringida está permitido.

Otro motivo que puede llevar a la errónea interpretación de negarles a los adolescentes y personas con capacidad restringida la oportunidad de expresar directivas anticipadas es la equiparación de directivas anticipadas con consentimiento informado, error que incluso encontramos en alguna legislación. A dos años de las referidas jornadas, ¿podemos seguir afirmando lo mismo o ha cambiado algo el panorama, a la luz de la sanción del Código Civil y Comercial y el avance jurisprudencial? ¿Podemos seguir opinando que los niños y personas con capacidad restringida no pueden comparecer en actas notariales para expresarse y que, si lo hacen, su manifestación puede ser dejada de lado sin más?

El propósito de este trabajo es reflexionar sobre cómo los principios constitucionales deben calar en la práctica jurídica para que niños y personas con capacidad restringida puedan ejercer sus derechos a la vida y la salud de la manera más plena y autónoma posible.

2. XXXI Jornada Notarial Argentina (Córdoba, 7-9 agosto 2014), *Conclusiones*, Comisión IV, de *lege lata*, punto 7), p. 19.

2. El sistema de capacidad en el Código Civil y Comercial

El **Código Civil y Comercial** (en adelante, CCCN o el Código) recepta los postulados adoptados por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (**Ley 23849**) y la **CDPD**, erigidos sobre la presunción de capacidad de toda persona, quien podrá hacer todo lo que desee, pueda o quiera hacer, con la única restricción proveniente de la imposibilidad propia de su naturaleza (tal como es el caso de los nonatos), o de su natural inmadurez (niños), o de la sentencia (en los supuestos de restricción a la capacidad). Es inapropiado asimilar capacidad de ejercicio con discernimiento. Como expresan Llorens y Rajmil,

La confusión entre capacidad de ejercicio y discernimiento no es sólo terminológica. Al no aceptarse ella conceptualmente en plenitud, resulta imposible comprender que la *capacidad* para ejercer determinados derechos per se no le puede ser vedada a persona alguna. Distinto es que la naturaleza le permita efectivamente ejercerlos, esto es, que tenga el *discernimiento* necesario y pueda exteriorizarlo de manera apropiada.³

El sistema de capacidad instaurado por el Código es tratado en los artículos 22 al 50 y se divide en tres secciones: la primera, de principios generales, la segunda trata la menor edad y la tercera regula las restricciones a la capacidad. Si bien deja de lado el sistema binario de capacidad-incapacidad y la clasificación de menores púberes, impúberes y adultos que reguló Vélez Sarsfield –y, más tarde, la reforma de 1968– continúa utilizando la palabra *incapaz*, aunque en forma residual, y establece un criterio mixto de determinación de incapacidad para los niños, agregando al parámetro etario fijo el parámetro flexible de grado de madurez suficiente.⁴

Luego de reconocerle a todo ser humano la capacidad de derecho, se encarga de anticipar que la ley puede establecer incapacidades (art. 22 CCCN). Son estas las incapacidades de derecho. Luego, proclama de manera amplia la capacidad de ejercicio, pero prevé limitaciones, que también podrán ser establecidas por los jueces en una sentencia (art. 23). A continuación, el artículo 24 enuncia quiénes son los incapaces de ejercicio y parece borrar con el codo lo que se escribió en el artículo anterior. El artículo 25 define que menor es la persona que no ha cumplido dieciocho años y llama adolescente al menor que ha cumplido trece años, incorporando así esta nueva categoría.

El artículo 26 regula el ejercicio de los derechos por parte de la persona menor de edad, expresando como norma general que el menor de edad ejerce sus derechos a

3. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., “¿Existen personas humanas incapaces de ejercicio en el derecho civil argentino?”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2016 (marzo), p. 145 (AR/DOC/326/2016).

4. Ver ECHECURY, Natalia A., GRAIZZARO, Marianela R. y RAJMIL, Romina A., “Reuniones de estudio del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Rosario, Instituto de Derecho e Integración - Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, N° 11, 2015, p. 182. [N. del E.: ver aquí {extraído del portal oficial del IDEI en <http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/>}].

través de sus representantes legales, invirtiendo de esta manera la regla plasmada en el artículo 23. Lejos de ser la regla, debería ser la excepción, ya que esta representación solo tendría sustento cuando el menor no pueda ejercerlos por sí mismo, solo o con asistencia. Es decir, se trataría de una figura residual, que tiene sus raíces en el deber de cuidado, intrínseco en las relaciones parentales. El segundo párrafo precisa que “no obstante, la [persona menor de edad] que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. Vemos así que el artículo reviste una contradicción literal, ya que por un lado amplía la capacidad del menor con los conceptos de edad y grado de madurez suficiente, pero, desafortunadamente, por el otro, la restringe con esa última expresión.⁵

La restricción a la capacidad para determinados actos puede ser dictada judicialmente a partir de los trece años y, siguiendo los principios convencionales, el Código Civil y Comercial establece el sistema de apoyos y salvaguardias. Excepcionalmente, en los casos de pérdida total de discernimiento, el juez puede restringir totalmente la capacidad de ejercicio y nombrar un curador (art. 32 CCCN). Consideramos que esta categoría residual de incapacidad absoluta va de plano contra los postulados convencionales; nadie debería ser declarado incapaz –reiteramos– porque la limitación no es jurídica sino propia de la naturaleza.

La CDPD incorpora en su artículo 12 los conceptos de apoyo y salvaguardia. Se ha identificado el primero como la asistencia necesaria para que la persona pueda ejercer sus derechos por sí misma. La noción de apoyo no solo remite a lo jurídico sino a todo aquello que ayude al ejercicio autónomo de los derechos de las personas vulnerables, sin que su voluntad sea reemplazada, a diferencia de la figura del curador, que sustituye la voluntad de la persona. Los apoyos son los instrumentos que ayudan o acompañan a una persona para ejercer sus derechos de modo pleno. Por su parte, las salvaguardias apuntan a aquellas medidas necesarias para impedir los abusos y garantizar la efectiva protección de los derechos de las personas con discapacidad.⁶

La Asociación Americana sobre Discapacidades Intelectuales y de Desarrollo (AAIDD), en el año 2002, definió los *apoyos* como los recursos y estrategias que pretenden promover el desarrollo, educación, intereses y bienestar personal de una persona y que mejoran el funcionamiento individual. Los servicios son un tipo de apoyo que proporcionan los profesionales y las instituciones. La importancia de los apoyos reside en el hecho de que estos permiten proporcionar una base natural, eficiente y continua para mejorar los resultados personales.⁷

5. Ídem, p. 184. [N. del E.: ver [aquí](http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/) {extraído del portal oficial del IDEI en <http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/>}].

6. Ídem, pp. 194 y 195. [N. del E.: ver [aquí](http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/) {extraído del portal oficial del IDEI en <http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/>}].

7. VERDUGO ALONSO, Miguel Á., “Aportaciones de la definición de retraso mental (AAMR, 2002) a la corriente inclusiva de las personas con discapacidad” [online], publicado en Servicio de Información sobre Discapacidad [portal web de la Universidad de Salamanca], [s. f.], [s. e.].

No dudamos que un sistema de apoyos adecuado y personalizado es fundamental para garantizar la plena participación de las personas en situación de vulnerabilidad en el proceso decisivo.

3. Capacidad y competencia bioética

Llevada la cuestión al ejercicio del derecho a la salud y, más precisamente, a la posibilidad de prestar el consentimiento informado a una práctica o tratamiento médico y otorgar directivas médicas anticipadas, es preciso determinar si para ello se debe contar con capacidad desde el punto de vista civil o si es suficiente el discernimiento. Ballarini explica que el niño, la niña o el adolescente, aun no contando con la mayoría de edad, puede ser autónomo para decidir sobre las prácticas médicas que lo afecten. La noción bioética de competencia se asienta en examinar la existencia de un discernimiento suficiente para poder recibir información acorde a la edad y tomar una decisión libre. Separada de la clásica idea de capacidad-incapacidad, la competencia analiza si el sujeto puede entender acabadamente si puede razonar alternativas y si tiene valores para poder juzgar; en otras palabras, como dice Rivera, que pueda entender lo que es bueno o malo para su salud, independientemente del régimen de capacidad vigente.⁸

Ciruzzi⁹ considera que

... la capacidad civil supone la posibilidad de celebrar por sí actos jurídicos, esto es, ser titular de derechos (capacidad de derecho) y la facultad de poder ejercer esos derechos (capacidad de hecho) [...] En cambio, la competencia bioética es un concepto que pertenece al área del ejercicio de los derechos personalísimos y supone poseer la capacidad necesaria para hacer efectivo el derecho personalísimo a la salud y a la vida, tomando por sí mismo decisiones que hacen a su cuidado y asistencia. Esta aptitud que posee toda persona no se adquiere en un momento determinado sino que se va formando y requiere una evolución que solo se alcanza con el transcurso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez.

La distinción entre capacidad y competencia se funda en la teoría de la mayoría médica anticipada, que sostiene que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes que su mayoría de edad. Tiene sus orígenes en el resonante caso “Gillick”,¹⁰ en el cual la Corte de los Lores del Reino Unido sostuvo que el de-

8. BALLARINI, Luciano A., “Autonomía de la voluntad en materia de salud de niños, niñas y adolescentes (en la ley 26529, texto según ley 26742)”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 23/4/2014 (t. 257, p. 725).

9. CIRUZZI, María S., *La autonomía del paciente pediátrico, ¿mito, utopía o realidad?*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2011, p. 31.

10. United Kingdom House of Lords, 17/10/1985, “Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority” [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

recho de los padres a elegir si sus hijos siguen o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta. Es así que, a partir de este caso, comenzó a utilizarse la expresión “*Gillick competent*” para referirse a aquella persona que ha alcanzado suficiente aptitud para comprender e inteligencia para expresar su voluntad respecto del tratamiento específicamente propuesto.¹¹

En nuestro país, las leyes de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (26061), Salud Pública (26529) y Salud Mental (26657) legislan estas materias, incorporando el concepto de competencia bioética y equiparando en todos los casos a los adolescentes mayores de 16 años con los “adultos”, “mayores” o “plenamente capaces”. El ya analizado artículo 26 CCCN también recepta toda esta doctrina y establece la regla de la competencia progresiva en materia de cuidado del propio cuerpo. Así, el adolescente mayor de trece años decidirá por sí mismo y sin asistencia, aun en contra de la opinión de sus progenitores, en cuestiones que no impliquen prácticas invasivas ni pongan en riesgo su vida. En caso de que el tratamiento propuesto sea invasivo o ponga en riesgo su vida, el consentimiento se conformará con la asistencia de sus responsables parentales. En este último supuesto, se deja a un lado el instituto de la representación y se incorpora el concepto de asistencia, en la cual la voluntad del menor no es sustituida por la de sus padres sino que ellos son llamados conjuntamente en el ejercicio de sus derechos.¹²

Excede a este trabajo conceptualizar cuales son los tratamientos considerados invasivos, ya que creemos que es materia de la ciencia médica y de cada caso en concreto la ponderación del riesgo de vida para el adolescente. Este punto nos hace inclinarnos especialmente por el carácter vinculante de la directiva médica anticipada, ya que al momento de su valoración, es decir, cuando el adolescente o persona con capacidad restringida se encuentre sin discernimiento, la directiva expresará la voluntad del interesado para conformar su consentimiento.

4. Diferencias entre el consentimiento informado y las directivas anticipadas

Las diferencias entre ambos institutos son sutiles, a tal punto que ha llegado a decirse que las directivas anticipadas son consentimientos informados expresados por anticipado. Sin embargo, no creemos que pueda hacerse tal asimilación. En primer lugar, el consentimiento informado debe ser expresado luego de la ponderación de la información, en el momento en que es necesaria la declaración del paciente para aprobar o rechazar un tratamiento. El consentimiento es contemporáneo a la enfer-

11. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en Bergel, S. D. y Minyersky, Nelly (coords.), *Bioética y derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 115-119.

12. ECHECURY, Natalia A., GRAIZZARO, Marianela R. y RAJMIL, Romina A., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 188.

medad o práctica de salud; la directiva anticipada de salud se expresa para una eventualidad que puede o no concretarse. Otra diferencia entre ambos institutos analizados es que el consentimiento informado no necesita cumplir ningún requisito de forma, excepto la forma escrita para el rechazo de tratamientos o procedimientos en los supuestos del artículo 5, inciso g), de la Ley 26529 (sustituido por Ley 26742), si bien es costumbre adoptar la forma escrita para el aseguramiento de la prueba. Por su parte, la directiva anticipada de salud requiere la forma escrita ante escribano público o juez de primera instancia, y dos testigos.

La directiva anticipada es un acto unilateral, mientras que el consentimiento informado es bilateral. Así, Berbere¹³ conceptualiza las directivas anticipadas como

... la expresión cierta de un derecho con operatividad eventual aunque irrevocable, que permite la sustentabilidad de una decisión personalísima respecto de cuestiones vinculadas a la salud o la propia vida, frente a una situación futura donde se tornaría imposible expresar la voluntad, es una exteriorización cruda de la voluntad donde los elementos propios de los actos jurídicos se manifiestan de manera previa a la realización del acto. Tal decisión, a priori, en definitiva, se constituye en un acto jurídico unilateral en su esencia, pero que debe complementarse con la participación de un profesional de la salud que cumple con la directiva final del paciente, quien será notificado de la existencia de la directiva a través medios idóneos instrumentados por la propia normativa vigente o por intermedio de un tercero habilitado por el paciente, quien informará sobre la directiva.

El consentimiento informado puede darse por terceras personas, sean representantes legales, apoyos, cónyuges, convivientes, parientes o allegados que acompañen al paciente (art. 59 CCCN). Las directivas anticipadas no pueden ser otorgadas por otro, no pueden darse por apoderado ni por representante legal; tampoco es necesario que así sea, ya que no hay obligatoriedad de otorgarlas. Nuestra jurisprudencia ha establecido que no es posible ejercer los derechos personalísimos a través de representantes legales en el importante fallo “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina” (2003),¹⁴ en el que se estableció que las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles

13. BERBERE DELGADO, Jorge C., “Las directivas anticipadas sobre la salud, su autenticidad y validez jurídica en un marco de especial significación”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 13/5/2015 (t. 2015-II) (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters [ex La Ley Online], id. AP/DOC/297/2015).

14. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14/10/2003, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, causa N° 480/00 (*La Ley*, t. 2004-B, con nota de Andrés Gil Domínguez; *Doctrina Judicial*, t. 2004-1, p. 258, con nota de Laura Julieta Casas y Claudia Inés López; AR/JUR/3606/2003). [N. del E.: descargar [sumarios oficiales](#) en pdf {pp. 5-31} y [texto completo](#)].

de ser ejercidos por representantes, pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad (del voto de la jueza Ana María Conde).

Asimismo, en el fallo “P, V. A.” (1996)¹⁵ se dijo que

La disposición [...] de los derechos personalísimos que corresponden a los menores de edad, especialmente cuando se trata de menores de catorce años, o sea, carentes de discernimiento para los actos lícitos (art. 921, Cód. Civil), es manifiestamente antijurídica y debe ser prevenida para afianzar la protección integral de la niñez, que en nuestro ordenamiento jurídico está ratificada por la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a la Constitución Nacional... [Sumario Nº 1]

Aun sin desconocer el carácter de personalísimo del derecho a dar el consentimiento informado, son muchas las veces que este debe ser prestado por terceros. Cuando son adolescentes de entre trece y dieciséis años de edad o personas con capacidad restringida los que deban otorgarlo, se torna imprescindible, ya que la ley establece el accionar conjunto, en un claro régimen de asistencia.

La asistencia es la función por la cual el representante legal complementa un acto jurídico otorgado por el menor o persona con capacidad restringida para perfeccionarlo:

... aparece como un paso intermedio entre la representación necesaria de quien se considera incapaz para su debida protección y el reconocimiento de una plena capacidad de obrar. Constituye un carácter esencial de la asistencia su relatividad, traducida en que siempre se abre la posibilidad de que sea sustituida por la autorización judicial otorgada supletoriamente cuando sea negada o haya imposibilidad de que la presten los representantes legales.¹⁶

El sistema de asistencia permite que adolescentes y personas con capacidad restringida ejerzan sus derechos personalísimos por sí mismos a medida que van adquiriendo mayor autonomía:

... de lo contrario, la imposibilidad para el niño de ejercer por sí sus derechos, aunada a la imposibilidad de que un tercero actúe en su nombre ejerciendo derechos personalísimos que, por propia definición, son inalienable e intransferibles, transformarían al derecho a la salud (y consecuentemente a la vida) en derechos meramente declarativos, sin posibilidad de ejercicio, privando –por esa misma razón– al menor de edad de su propia dignidad.¹⁷

El Código regula el consentimiento informado (art. 59) y las directivas anticipadas (art. 60). No se han derogado las leyes 26529 ni 26742 (reglamentadas por el Decreto

15. CNCiv., Sala C, 3/10/1996, “P, V. A.” (*La Ley*, t. 1997-D, p. 100; AR/JUR/3711/1996).

16. D'ANTONIO, Daniel H., *Derecho de menores*, Buenos Aires, Astrea, 1994, p.149.

17. CIRUZZI, María S., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 64.

1089/2012), por lo que, al tratarse de leyes especiales, deben aplicarse en cuanto no sean inconstitucionales. La Ley de Salud Mental 26657 y su reglamentación (Decreto 603/2013) también contienen regulación del consentimiento informado para tratamiento e internación, enunciando los principios de no presunción de incapacidad en razón de enfermedad mental y la plena participación del paciente en la toma de decisiones. Ambos sistemas remiten a la Ley 26061 cuando se encuentren involucrados niños y adolescentes. Como expresan Rajmil y Torrens, se puede afirmar que, como consecuencia de esa disposición, que los principios establecidos en la Ley 26061 (que receptan, a su vez, los contenidos en la CDN, principalmente el derecho a ser escuchado, el interés superior del niño y la autonomía progresiva) deben respetarse en el ámbito de la atención médica del paciente.¹⁸

En ambas reglamentaciones se establece que el consentimiento debe ser dado por el sujeto involucrado o su representante en intervención conjunta; esto es, en un régimen de asistencia. Residualmente, en caso de no poderse recabar la opinión del paciente, el consentimiento será dado exclusivamente por el interlocutor más próximo. Para el caso de conflicto entre pacientes y representantes legales, el artículo 2, inciso e), del Decreto 1089/2012 establece la elevación a opinión consultiva de los comités de ética. En el sistema del Código, el consentimiento informado deberá ser otorgado por adolescentes, solos y equiparados a los plenamente capaces los mayores de dieciséis años; y con la concurrencia del consentimiento de los padres para los casos de niños entre trece y dieciséis, distinguiendo si se trata de prácticas invasivas o no. Como dijimos, es un perfecto sistema de asistencia: decide el menor y el progenitor o tutor acompaña o autoriza la decisión.

En cuanto a las personas con capacidad restringida no dudamos que el artículo 25, inciso d), de la CDPD es de aplicación:

Los Estados Partes [...] d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado.

A partir de la lectura del artículo, consideramos que la mejor manera de garantizar la aplicación de este derecho es que el paciente otorgue el consentimiento con la conformidad o asistencia del apoyo. Este principio se recepta en los artículos 7, inciso j), y 10 de la Ley 26657.

18. RAJMIL, Alicia B. y TORRENS, Claudia, "Comentario a fallo. El interés superior del niño en relación a los derechos del paciente pediátrico. Sus implicancias en los ámbitos privados" [online], en microjuris.com. *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 7/8/2014, MJ-DOC-6827-AR, MJD6827.

Es criticable que el decreto reglamentario de la Ley 26529 sancione con la nulidad las directivas otorgadas por menores de edad e incapaces. Entendemos que, siendo el Código el que regula la capacidad de las personas y que solo la sentencia puede precisar los alcances de la restricción a ella, toda interpretación debe ser hecha en base a los principios constitucionales. En este sentido, no dejemos de recordar que tanto la ley como su decreto reglamentario son anteriores a la sanción del Código. Con esos mismos argumentos, criticamos que el inciso k) del artículo 7 del Decreto 603/2013 utilice la expresión “plena capacidad”. Este artículo no puede ser tomado en cuenta en forma literal, ya que se colegiría que los representantes podrían dar directivas anticipadas por sus representados. Nuevamente, a la luz del Código, entendemos que la plena capacidad en materia de salud se adquiere a los dieciséis años.

Tanto la incapacidad sobreviniente como la pérdida temporal o definitiva del discernimiento están previstas en el Código (arts. 59 y 60). Todo el sistema del consentimiento informado por representación está basado en la pérdida temporal o permanente del discernimiento. Solo en el caso de ausencia de discernimiento el consentimiento informado no será otorgado por el propio paciente. El momento en que se otorgan directivas anticipadas es un momento de pleno discernimiento y para ser aplicadas en caso de pérdida de este y aun en el caso de declaración judicial de incapacidad. El discernimiento no está ausente en la menor edad; incluso, se presume para todos los adolescentes. Aun en situaciones de discapacidad intelectual la persona puede tener pleno discernimiento.

Podemos concluir que todas las directivas anticipadas, incluidas las de mayores de edad sin ninguna restricción a su capacidad, deben ser otorgadas con pleno discernimiento para ese acto concreto. Una interpretación razonable y armónica nos debe llevar a la conclusión de que las personas con competencia bioética y discernimiento, con los apoyos que necesite, serán quienes otorgue el consentimiento informado y otorgarán, en su caso y si lo desean, directivas anticipadas.

¿Quién debe dar el consentimiento en caso de que no haya una expresión inequívoca de voluntad anticipada? En el fallo “D. M. A.” (2015)¹⁹, la Corte Suprema de Justicia resalta que nunca habrá una transferencia del poder de decisión a los representantes llamados a dar el consentimiento. Los valores a ser sopesados al momento de integrar la voluntad no son los de los autorizados, quienes solo pueden dar testimonio bajo declaración jurada en qué consiste la voluntad de aquel. No deciden ni en lugar ni por el paciente sino comunicando su voluntad. El fallo remite a la “Guía para el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en

19. CSJN, 7/7/2015, “D., M. A. s/ Declaración de incapacidad” (CSJ 376/2013) (*Fallos*, t. 338, p. 556 [N. del E.: ver dictamen de la procuradora [aquí](#) y [texto completo del fallo](#) {la referencia a la “Guía...” del Consejo de Europa se ubica en pp. 19 y ss. Ver también a continuación los datos del fallo de la provincia de Neuquén que dieron lugar al recurso extraordinario: TSJ de Neuquén, 19/4/2013, “D., M. A. s/ Declaración de incapacidad” {sumarios y texto completo [aquí](#)}}).

situaciones del final de la vida”, del Consejo de Europa (2014),²⁰ donde se clarifican los conceptos de representación y apoderamiento para el cuidado de la salud y demás autorizados a la toma de decisiones. La guía pone énfasis en la necesidad de que el paciente integre el equipo de toma de decisión y que su voz sea tenida en cuenta en todo momento. La toma de decisión es un proceso complejo; no siempre se reduce a responder preguntas por sí o por no, por lo que no en todos los casos el representante será un mero nuncio de la opinión del paciente. En esta línea de pensamiento, siempre que un niño, niña, adolescente o una persona con capacidad restringida otorgue directivas anticipadas por escrito, deberán respetarse y solo podrán ser dejadas de lado con fundamento en la violación de principios legales o constitucionales.

Cabe recordar que el artículo 60 del Código establece que la persona puede designar representante para expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Puede elegir a cualquier persona, sin limitación. Solo en caso de que no haya designado representante se aplicará supletoriamente la regla del artículo 6 de la Ley 26529. Asimismo, este derecho puede ser conculcado solo en el caso de que la sentencia contuviese restricciones al ejercicio del derecho personalísimo a dar consentimiento informado, designar representante para el acto médico u otorgar directivas anticipadas.²¹

5. Conclusiones

- No nos cabe ninguna duda de que el sistema de capacidad establecido por el Código Civil y Comercial, interpretado a la luz de la Constitución y de las Convenciones Internacionales (tal como lo ordena en su art. 2) es el de presunción de capacidad de todas las personas, con límites o excepciones legales o por orden judicial.
- En virtud de los principios convencionales, niños, niñas, adolescentes y personas con capacidad restringida tienen derecho a ser oídos y a que sus manifestaciones queden plasmadas en actas notariales o judiciales.
- Los notarios deberemos obligatoriamente recepcionar las manifestaciones que hagan aquellos a fin de que puedan ser ponderadas al momento de una eventual pérdida total de discernimiento.
- La asistencia es el único modo que tienen niños y personas con restricción a su capacidad de ejercer por sí los derechos personalísimos.
- A mayor autonomía se debe propender al mayor ejercicio personal de los derechos.

20. [N. del E.: ver [aquí](#)].

21. Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala III, 22/12/2015, “D., J. s/ Insania y curatela”, expte. 159079 (*El Derecho*, t. 267, p. 107; *La Ley Online*, AR/JUR/62305/2015; ver también en <http://www.scba.gov.ar/>, código RSD 283/15 [texto completo [aquí](#)]).

- Por el principio de autonomía progresiva consagrado legislativamente en el artículo 26 del Código, la competencia bioética plena se adquiere a los dieciséis años, al equipararse al adolescente con el adulto en cuanto al cuidado del propio cuerpo. Debido a ello, las declaraciones que efectúen con respecto a su vida y su salud en previsión de su propia falta de discernimiento serán verdaderas directivas anticipadas con carácter vinculante. No hay contradicción alguna con el artículo 60, ya que son plenamente capaces en materia bioética.
- Las personas con restricciones a la capacidad solo podrán ser privadas de la posibilidad de otorgar directivas anticipadas cuando la sentencia expresamente lo señale. Esta deberá contener los parámetros de la asistencia que otorgará el apoyo en materia de cuidado de la salud.
- La directiva anticipada de salud otorgada por una persona con alguna restricción a la capacidad que no implique el ejercicio del cuidado del propio cuerpo deberá ser otorgada con las formalidades requeridas y tendrá carácter vinculante.

6. Bibliografía

- BALLARINI, Luciano A., "Autonomía de la voluntad en materia de salud de niños, niñas y adolescentes (en la ley 26529, texto según ley 26742)", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 23/4/2014 (t. 257, p. 725).
- BERBERE DELGADO, Jorge C., "Las directivas anticipadas sobre la salud, su autenticidad y validez jurídica en un marco de especial significación", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 13/5/2015 (t. 2015-II) (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters, id. AP/DOC/297/2015).
- CIRUZZI, María S., *La autonomía del paciente pediátrico, ¿mito, utopía o realidad?*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2011.
- D'ANTONIO, Daniel H., *Derecho de menores*, Buenos Aires, Astrea, 1994.
- ECHECURY, Natalia A., GRAIZZARO, Marianela R. y RAJMIL, Romina A., "Reuniones de estudio del Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Rosario, Instituto de Derecho e Integración - Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, N° 11, 2015, pp. 179-224.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El derecho del niño a su propio cuerpo", en Bergel, S. D. y Minyersky, Nelly (coords.), *Bioética y derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 105-163.
- LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., "Derecho de autoprotección y directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación" [online], en microjuris.com. *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 22/2/2016, MJ-DOC-7622-AR, MJD7622.
- "¿Existen personas humanas incapaces de ejercicio en el derecho civil argentino?" en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2016 (marzo), p. 145 (AR/DOC/326/2016).
- RAJMIL, Alicia B. y TORRENS, Claudia, "Comentario a fallo. El interés superior del niño en relación a los derechos del paciente pediátrico. Sus implicancias en los ámbitos privados" [online], en microjuris.com. *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 7/8/2014, MJ-DOC-6827-AR, MJD6827.

VERDUGO ALONSO, Miguel Á., “Aportaciones de la definición de retraso mental (AAMR, 2002) a la corriente inclusiva de las personas con discapacidad” [online], publicado en [Servicio de Información sobre Discapacidad](#) [portal web de la Universidad de Salamanca], [s. f.], [s. e.].²²

22. Bibliografía complementaria:

AA. VV., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015.

CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. XX, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *Derecho de autoprotección. Previsiones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 2010.

Régimen jurídico del asentimiento en el Código Civil y Comercial*

Medio de protección de la familia y del patrimonio de la comunidad matrimonial

Eduardo M. Cursack

Juan Carlos Dallaglio

César L. Del Zoppo

Liliana I. Gatti

María Laura Rey

RESUMEN

La ineficacia puede plantearse tanto en el acto jurídico asentimiento como en el acto dispositivo que lo requiere. La ineficacia del acto dispositivo por la omisión del asentimiento lo es por una nulidad relativa, y puede ser subsanada y confirmada. El acto jurídico de asentimiento puede ser efectuado a través de un representante por no tratarse de un acto personalísimo a tal fin. El representante no debe ser el cónyuge. El poder otorgado entre cónyuges para asentir debe contener los elementos constitutivos del acto dispositivo. Se lo puede considerar como un asentimiento anticipado por la conversión sustancial del apoderamiento. Los asentimientos anticipados dados sobre bienes determinados durante la vigencia del CCIV serán válidos; lo mismo que los poderes para asentir con determinación del objeto dados a favor del otro cónyuge en vigencia del CCIV. No será necesaria la solicitud de libre inhibición por el cónyuge no titular en los casos de disposición de bienes gananciales durante la indivisión poscomunitaria. Ante la ausencia de pacto entre los cónyuges, se aplican las reglas de la comunidad.

* Versión revisada y corregida –especial para la *Revista del Notariado*– del trabajo presentado por los autores en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016). Asimismo, se le han incluido, desde la redacción, hipervínculos a textos legales y doctrinarios digitales.

Sumario: 1. Introducción. 2. Desarrollo. 2.1. Concepto. 2.2. Caracteres. 2.3. Naturaleza jurídica. 2.4. Régimen patrimonial matrimonial. Disposiciones. 2.5. Gestión de bienes en la comunidad. Asentimiento conyugal en la disposición de bienes gananciales. 2.6. Uniones convivenciales. 2.7. Ineficacias. 2.8. Poder especial con facultades expresas para asentir. 2.9. Aplicación temporal de la ley respecto de los asentimientos anticipados dados con anterioridad a la vigencia de la Ley 26994. 2.10. Asentimiento en la indivisión poscomunitaria. 3. Conclusión. 4. Bibliografía.

1. Introducción

El asentimiento conyugal ha suscitado distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales desde su origen con la modificación al artículo 1277 del derogado *Código Civil* (en adelante, CCIV o la legislación anterior), introducida por la *Ley 17711*. El requisito del asentimiento conyugal para los negocios jurídicos de mayor trascendencia económica constituye, desde el año 1968, un resguardo eficaz del derecho de los cónyuges.

El CCIV tutelaba los intereses del cónyuge no titular al limitar la libre disposición de los bienes gananciales del titular y establecía la protección del hogar conyugal, condicionada a la existencia de hijos menores de edad o incapaces, sin importar la naturaleza del inmueble.

El *Código Civil y Comercial* (en adelante, CCCN o la nueva legislación) amplió la protección de los bienes gananciales a otros supuestos no previstos en la antigua ley y mejoró también el régimen de protección de la vivienda familiar, independientemente de la existencia de hijos menores o incapaces, extendiendo el amparo a sus bienes muebles indispensables e incluyendo en esta última previsión las uniones convivenciales inscriptas. A su vez, como novedad, introdujo la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas posteriormente al matrimonio o la inscripción de la unión convencional, si no fueron contraídas por ambos cónyuges o convivientes o uno con el asentimiento del otro.

Uno de los fundamentos del asentimiento es la idea de igualdad entre cónyuges y convivientes, que se presenta en la ley no solo en términos de equiparación de derechos y deberes sino de respeto mutuo, de consideración y de colaboración de uno hacia el otro. También la protección patrimonial es argumento basal para la instauración del asentimiento conyugal en la disposición de los bienes gananciales, sirviendo de límite al principio de libre disposición de los acervos que componen la masa ganancial de titularidad de cada cónyuge. Sin embargo, es la protección de la familia y de la vivienda en un sentido amplio, y de todos los bienes muebles que la componen, el principal argumento en que se apoyan el CCCN y el sistema del asentimiento, que en este contexto no va a diferenciar el carácter de los bienes tutelados ni el estado del disponente. Puede tratarse de bienes propios o gananciales, dentro del régimen matrimonial de comunidad, o de bienes personales, dentro del régimen matrimonial de separación de bienes o dentro del régimen de uniones convivenciales inscriptas.

Si bien el CCCN ha sistematizado la regulación del instituto, previendo situaciones especiales no contempladas en la anterior legislación, hay variadas cuestiones que quedan libradas a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Por ello, el tema que abordaremos en este trabajo no se agota en la letra de la norma, sino que es relevante argumentar y abrir el debate al respecto, a fin de arribar a conclusiones que sirvan para una aplicación armónica de esta importante herramienta de protección familiar y patrimonial. Cuestiones como la nulidad como sanción por la invalidez del acto de asentimiento y del negocio jurídico que lo requiere, cuando aquel se hubiere omitido; la caducidad del derecho del cónyuge no titular a reclamar la nulidad del acto jurídico ante la omisión de asentimiento y la prescripción de la acción cuando se ha eliminado la posibilidad de caducidad del derecho; la validez de la representación dada a favor de quien no sea el cónyuge, con la determinación del objeto como único requisito; la validez de la representación dada a favor del cónyuge titular únicamente cuando la misma verse sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos; la validez de los asentimientos anticipados con determinación de bienes, dados durante la vigencia de la anterior legislación; y la posibilidad de dar el asentimiento conyugal durante la indivisión poscomunitaria, por divorcio o modificación del régimen matrimonial sin solicitar libre inhibición del excónyuge no titular, son temas que abordaremos en el desarrollo del presente.

2. Desarrollo

2.1. Concepto

Asentir es aceptar, acceder, aprobar, suscribir, adherir a la opinión o iniciativa ajena. Según el Diccionario de la Real Academia Española, asentir es “admitir como cierto o conveniente lo que otra persona ha afirmado o propuesto antes”. Asentimiento es la manifestación de conformidad que se da o se presta para la celebración de un contrato o para la realización de un acto jurídico.

2.2. Caracteres

El asentimiento es un acto jurídico unilateral, recepticio, expreso, revocable y no personalísimo. Es unilateral porque no depende de la voluntad de otro sujeto. Es recepticio porque su eficacia quedará supeditada a la recepción del mismo por el destinatario interesado y su utilización. Es expreso ya que debe manifestarse por escrito en todas las etapas de la contratación con las formalidades que sean exigibles en cada una. Es revocable mientras no se otorgue el acto jurídico para el que se dio, salvo los casos de negocios concluidos en los que podrá ser irrevocable y póstumo si reúne los supuestos legales. Es no personalísimo, ya que puede delegarse la manifes-

tación en un representante o pedirse la intervención judicial en los casos previstos legalmente.

2.3. Naturaleza jurídica

El cónyuge o conviviente que asiente solo debe manifestar su conformidad con el acto jurídico que su consorte o cohabitante va a celebrar, sin que ello lo haga parte, es decir que su voluntad no integra el acuerdo que supone el contrato.

En tal sentido, el asentimiento dado por el cónyuge o conviviente es un presupuesto de validez llamado a deponer los impedimentos con los que colisiona el poder dispositivo del consorte o cohabitante titular del bien.

2.4. Régimen patrimonial matrimonial. Disposiciones comunes

2.4.1. Actos que requieren asentimiento

En el régimen primario, se destaca el deber de contribución, la responsabilidad solidaria, la protección de la vivienda, del hogar, de los hijos comunes, en proporción a sus recursos, y de los cónyuges entre sí. Se extiende tal obligación a las necesidades de los hijos del otro cónyuge siempre que haya convivencia y minoría de edad, capacidad restringida o discapacidad.

El CCCN contiene normas de orden público aplicables a ambos regímenes patrimoniales matrimoniales (comunidad y separación de bienes), que tienen por objeto evitar que cualquiera de los cónyuges realice unilateralmente actos dispositivos (enajenación o gravamen) sobre la vivienda familiar y sobre sus bienes muebles indispensables. Sin importar cuál sea el régimen patrimonial elegido por los cónyuges (antes o después de la celebración del matrimonio), cualquier forma de disposición sobre los derechos de la vivienda familiar requiere del asentimiento del cónyuge no titular, siendo irrelevante la calificación del bien (puede ser propio, ganancial de titularidad exclusiva, personal e, incluso, de titularidad de un tercero).

La protección de la vivienda familiar no solo ampara el derecho de los propietarios del inmueble asiento del hogar conyugal, sino también el derecho a la vivienda que tienen quienes no son propietarios pero detentan sobre el inmueble asiento del hogar familiar un derecho real de disfrute (usufructo, uso y habitación) o un derecho personal (locación, comodato). Además, como ya lo hemos mencionado, la exigencia del asentimiento conyugal se extiende a la disposición de los derechos sobre los bienes muebles indispensables de la vivienda y a su traslado fuera de ella.

El artículo 456 CCCN refiere a la “disposición de los derechos sobre la vivienda familiar”, de manera tal que introduce la exigencia del asentimiento conyugal respecto de determinados actos (antes no contemplados), tales como la cesión de un contrato de locación o la cesión de un boleto de compraventa. El artículo 456 es una

norma más amplia y mucho más tuitiva de la vivienda familiar que el derogado artículo 1277 CCIV, que requería, con el fin de hacer operativo el amparo en los bienes propios, el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble en que estaba radicado el hogar conyugal, siempre que hubiera hijos menores o incapaces. Por último, la norma en estudio dispone la inejecutabilidad de la vivienda familiar por los acreedores de uno solo de los cónyuges y establece que puede ser embargada por deudas contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio o bien por deudas posteriores a su celebración si fueron contraídas por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

2.4.2. Requisitos del asentimiento

El cónyuge que presta asentimiento (tanto en el supuesto de vivienda familiar como de bienes gananciales en general) manifiesta su aprobación o anuencia con el negocio que su consorte va a celebrar, sin que ello lo haga parte. Es decir, el cónyuge titular del bien, a quien le corresponde decidir sobre el acto dispositivo, y su consorte no titular, quien manifiesta su conformidad con el acto dispositivo de aquel, enfrentan distintas responsabilidades. En virtud de ello, el cónyuge que da asentimiento no se obliga ni responde por las deudas que origine el negocio, ni tampoco responde por evicción ni vicios redhibitorios.

En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge, aquel debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (art. 457 CCCN). Asimismo, el sentimiento no necesita ser concomitante o simultáneo con el acto para el cual se otorga; puede ser anterior o posterior.

Los requisitos establecidos para el asentimiento en el artículo 457 CCCN se aplican tanto para el caso del artículo 456 como para los regulados en el artículo 470, por la expresa remisión que hace el último párrafo de este último. La expresión “el acto en sí” del artículo 457 hace improcedente el asentimiento general anticipado.

Los elementos constitutivos son aquellos que permiten ejercer el control que la ley le otorga de manera irrenunciable al cónyuge no titular, siendo estos la naturaleza del acto jurídico o negocio, los sujetos, el bien sobre el cual versa, el precio mínimo y, eventualmente, la forma y el plazo de pago.

2.4.3. Autorización judicial

A fin de evitar el congelamiento del régimen patrimonial matrimonial, el CCCN, en el artículo 458, prevé la autorización judicial como una solución legal para aquellos casos de actos jurídicos que requieren del asentimiento del cónyuge y este no puede prestarlo o se encuentra involuntariamente impedido para otorgarlo o se niega a darlo, y esa negativa causa un perjuicio al interés familiar o al interés patrimonial del cónyuge titular. La actuación del juez, en sustitución del cónyuge que se encuen-

tra impedido o se niega injustificadamente a prestar asentimiento, debe ser solicitada por el cónyuge titular del bien o del derecho sobre la vivienda familiar. El acto jurídico otorgado por el cónyuge titular con autorización judicial es oponible a su consorte, sin que ello le imponga obligación personal alguna a su cargo, salvo la obligación de desocupar el inmueble.

2.5. Gestión de bienes en la comunidad. Asentimiento conyugal en la disposición de bienes gananciales

El régimen de comunidad es de carácter supletorio, por ser al que se someterán los cónyuges en caso de no optar por el de separación de bienes. En este régimen continúa la existencia de las masas de bienes de cada cónyuge con respecto a los gananciales y a los propios.

Los principios rectores para la calificación de los bienes siguen vigentes: el tiempo y el título de adquisición determinarán su carácter, ya que este variará si son adquiridos antes o durante la existencia de la comunidad o si su origen es gratuito u oneroso.

El CCCN revalida el régimen de gestión separada que estatuyó el CCIV¹. En el artículo 469, establece, respecto de los bienes propios, que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición, excepto lo dispuesto en el artículo 456 (la exigencia del asentimiento conyugal se extiende a los actos de disposición sobre la vivienda familiar, sobre sus bienes muebles indispensables y sobre su traslado fuera del hogar). Y, en el artículo 470, estipula que la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido pero siendo necesario el asentimiento del otro, como excepciones al principio general, para enajenar o gravar: a) los bienes registrables; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública (sin perjuicio de la aplicación del art. 1824); c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios; y e) las promesas de los actos anteriores.

El CCCN utiliza en su artículo 470 el vocablo *asentimiento* con precisión, corrigiendo un error terminológico en el que incurría el artículo 1277 del derogado CCIV,² que exigía el *consentimiento* del cónyuge. La normativa actual es exacta,

1. Art. 1276 CCIV: "Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277".

2. Art. 1277 CCIV: "Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes. También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar

puesto que el consentimiento es prestado por el cónyuge que es parte del contrato (es decir, el cónyuge titular del bien ganancial), mientras que el cónyuge no titular presta su asentimiento, es decir, su conformidad con el negocio jurídico del consorte. Queda claro, entonces, que el cónyuge no titular no es parte del contrato y, en consecuencia, no se obliga, por lo que no puede ser demandado por incumplimiento, evicción o vicios redhibitorios. Asimismo, el artículo 470 CCCN determina con una redacción más precisa que el derogado 1277 las limitaciones o restricciones al poder dispositivo del cónyuge titular del bien ganancial, al utilizar las terminologías *enajenar* y *gravar* en lugar de *disponer* y *gravar*, puesto que los actos de disposición comprenden los actos de gravamen.

En el régimen de separación de bienes, regulado en los artículos 505 a 508 del CCCN, cada cónyuge será dueño exclusivo de los bienes que adquiera. Estos no se encontrarán sometidos a ningún tipo de régimen de ganancialidad, por lo que no corresponde hablar de bienes propios o gananciales, sino de bienes personales de cada uno de los cónyuges. Asimismo, en caso de cotitularidad o condominio, no es aplicable lo dispuesto por el artículo 471, por lo que las decisiones deberán tomarse atendiendo a la proporción indivisa que cada uno posea. La libre administración y disposición de los bienes de cada cónyuge solo encuentra su limitación en el supuesto de la vivienda familiar (art. 456 CCCN).

Con respecto a la posibilidad de contratar entre cónyuges, el CCCN establece un sistema de prohibición, de manera que solo algunos actos quedan expresamente autorizados legalmente. En el régimen de separación de bienes existe plena libertad de contratación entre cónyuges. En consecuencia, el asentimiento conyugal es una declaración unilateral autónoma, que tiene como finalidad complementar la voluntad del cónyuge titular del derecho. Hoy, ese asentimiento se exige no solo a los cónyuges, en los dos regímenes patrimoniales, sino también a los convivientes. Y ese requisito que la ley anterior imponía para la disposición de bienes inmuebles, muebles y derechos registrables se amplía a otros actos que lo exigen, al regularse además los requisitos para el asentimiento, los poderes para otorgarlo y las consecuencias en el caso de su omisión.

2.6. Uniones convivenciales

En la República Argentina, las uniones convivenciales están presentes en la comunidad en un número cada vez más relevante, como ocurre en casi todas las sociedades occidentales. En este sentido, advertimos que la visualización del matrimonio como arquetipo esencial e irremplazable para fundar una familia se fue dejando paulatinamente de lado. En la actualidad, las uniones de hecho son una modalidad de con-

conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, tratase en este caso de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido”.

vencia plenamente aceptada, no solo como forma alternativa al matrimonio, sino que muchas veces lo preceden o se intercalan como modo de vida entre dos matrimonios de una persona.

El CCCN, que consolida normativamente el proceso de constitucionalización del derecho privado, ofrece una plataforma reglamentaria que protege no solo los derechos de la familia matrimonial, sino también los de otras formas de familia, entre ellas, la basada en una unión convivencial.

2.6.1. Relaciones patrimoniales

El artículo 518 CCCN dispone que, ante la existencia de un pacto de convivencia, la administración y disposición de los bienes se regirá de conformidad a lo allí acordado por los convivientes,³ priorizándose la autonomía de la voluntad. A falta de pacto (régimen supletorio), cada integrante de la unión convivencial ejerce con total libertad la administración y disposición de los bienes de su propiedad (salvo lo dispuesto en el art. 522, única restricción a ese poder dispositivo, en aras de proteger la vivienda familiar y los muebles indispensables que se encuentren en ella).

2.6.1.1. Protección de la vivienda familiar

El artículo 522 CCCN dispone que, en las uniones convivenciales inscriptas, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento de su cohabitante, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar⁴ ni de los bienes muebles indispensables, ni transportarlos fuera de ella. La norma en análisis, al igual que el artículo 456, no requiere para la aplicación de este principio tutelar la existencia de hijos menores o incapaces. Los convivientes por pacto de convivencia no pueden modificar las reglas establecidas en el artículo 522 CCCN. Asimismo, para que opere el amparo, es requisito esencial que la unión convivencial esté registrada.

Para el supuesto de que el conviviente no titular se niegue a prestar el asentimiento o no pueda hacerlo, este puede suplirse con autorización judicial si el bien es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. La negativa a prestar el asentimiento debe apoyarse en justa causa, correspondiéndole al conviviente que lo niega la carga de la prueba y demostrando los motivos de su oposición.

Nuestro ordenamiento jurídico garantiza en las uniones convivenciales inscriptas, al igual que en las uniones matrimoniales, el amparo de los derechos sobre la vivienda familiar, tanto en la relación entre convivientes, exigiendo el asentimiento, como frente a terceros acreedores, estableciendo la inejecutabilidad de la vivienda

3. Los convivientes pueden pactar libremente un régimen de administración y disposición separado, conjunto o indistinto de los bienes.

4. Consideramos que el asentimiento del conviviente será necesario tanto para los actos de enajenación o gravamen como para aquellos actos que comprometan el uso de la vivienda familiar (locación o comodato) u otorguen sobre ella un derecho real de disfrute (usufructo, uso y habitación).

por deudas contraídas después de la inscripción de la unión (excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro).

2.7. Ineficacias

La ineficacia de los actos jurídicos vinculada al asentimiento conyugal para la disposición de la vivienda familiar, los muebles que la componen (art. 456) y los bienes gananciales (art. 470) puede analizarse desde dos puntos de vista: a) ineficacia del acto jurídico asentimiento conyugal; b) ineficacia del acto jurídico de disposición de la vivienda familiar o bienes gananciales que requieren el asentimiento conyugal, por la omisión o declaración de invalidez del acto jurídico asentimiento conyugal.

La doctrina mayoritaria coincide en que el asentimiento conyugal es un acto jurídico **unilateral, autónomo, recepticio y revocable**. Al ser un acto jurídico unilateral y autónomo, el asentimiento conyugal puede ser dado con anterioridad al acto de disposición, cumpliendo los requisitos legales exigidos por el artículo 457 CCCN; puede ser dado en forma coetánea o simultánea, o a posteriori, lo que muchos califican como una especie de aprobación o confirmación del negocio dispositivo.

El artículo 456 CCCN pone fin a la vieja discusión relacionada a la sanción del acto dispositivo de los bienes gananciales y el inmueble que es sede del hogar conyugal, hoy vivienda familiar, y los muebles que la integran por la falta del asentimiento conyugal del cónyuge no titular. Esta discusión se daba en torno a si se trataba de un acto sancionado con nulidad relativa o si era un acto inoponible para el cónyuge no titular, que derivaba en un crédito para este último a hacer valer al momento de la liquidación de la sociedad conyugal. El CCCN sanciona el acto con la nulidad relativa. Por consiguiente, podemos decir que el asentimiento conyugal es exigido en el CCCN como un requisito de validez del acto de disposición de la vivienda familiar y del acto por el cual se enajenan o gravan los bienes gananciales que así lo exigen.

Frente a las premisas planteadas, se analizará primero la ineficacia del asentimiento conyugal dado en distintos momentos y, luego, la ineficacia del negocio por la falta de asentimiento conyugal y sus efectos.

2.7.1. Ineficacia del acto jurídico asentimiento conyugal

Es sabido que el CCCN desarrolla una teoría general de la ineficacia a partir del artículo 382 (libro I, “Parte general”, título 4, capítulo 9).

Como expresamos, el asentimiento puede ser dado en forma anticipada, coetánea o a posteriori del acto dispositivo de la vivienda familiar o bienes gananciales que lo requieran. En cuanto al contenido del acto jurídico asentimiento conyugal, el artículo 457 CCCN aclara que “debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos”. Por consiguiente, despeja toda duda, receptando soluciones jurisprudenciales y dejando de lado la posibilidad de dar un asentimiento conyugal genérico. Por su

parte, en cuanto a la forma de exteriorización del asentimiento conyugal, el CCCN no establece alguna, por lo que rige el principio de libertad de formas (art. 284), situación que es entendible ante la inmensidad y complejidad de los bienes que pueden ser objeto del acto dispositivo que requieren el asentimiento conyugal (derechos, inmuebles, muebles, participaciones societarias, etc.), ya sea por exigencia de lo normado en el artículo 456 (vivienda familiar) o en el artículo 470 (bienes gananciales).

2.7.1.1. Asentimiento conyugal anticipado

La falta de asentimiento causa la nulidad relativa del acto jurídico por el que se transfiere la vivienda familiar, los muebles indispensables que la componen u otros bienes gananciales. El acto quedará subsanado por la caducidad del derecho, por la prescripción de la acción o por el asentimiento posterior. Como expresamos, el asentimiento debe referirse al acto de disposición para el que se otorga y debe precisar sus elementos constitutivos. En caso de no cumplimentar los extremos establecidos, será nulo.

El CCCN establece que todas las nulidades deben sustanciarse. La sentencia declarativa de la nulidad traerá aparejada la ineficacia del acto jurídico asentimiento conyugal (art. 382). Ante un asentimiento conyugal dado en forma anticipada y genérica, que no cumple con los extremos consagrados en el artículo 457, nos preguntamos ¿de qué tipo de nulidad se trata? A nuestro criterio, debido a que se encuentran en juego regímenes patrimoniales matrimoniales, principios y normas de orden público, el caso amerita que la sanción encuadre dentro de la clasificación de nulidades absolutas, definidas en el artículo 387 CCCN. Por consiguiente, el acto puede ser declarado nulo de oficio por el juez y es inconfirmable.

Hacemos referencia aquí únicamente a la invalidez del acto jurídico asentimiento conyugal y no a la invalidez del acto de disposición que se efectúe omitiendo el asentimiento. En el primer caso, por la nulidad absoluta que acarrea su invalidez, la única solución posible será la realización de un nuevo acto jurídico de asentimiento válido por parte del no titular. Ante la invalidez del acto jurídico de disposición por omisión del asentimiento o por resultar inválido el otorgado, la sanción prevista legalmente es la nulidad relativa, por lo que podrá ser subsanado mediante el otorgamiento del asentimiento posterior y la confirmación del acto por el no titular.

En cuanto a la forma del asentimiento conyugal anticipado, reiteramos que rige el principio de libertad de formas, la que debe analizarse en función de la forma documental exigida para el acto dispositivo al cual debe referirse el asentimiento conyugal. No es el mismo rigor formal para la venta de una heladera indispensable para la vivienda familiar que para la venta del inmueble donde radica la vivienda familiar o para ceder las cuotas de participación de naturaleza ganancial de una sociedad de responsabilidad limitada.

La doctrina anterior al CCCN está de acuerdo con que la forma del asentimiento conyugal anticipado esté determinada por la del negocio que asiente. Los

problemas que se pueden presentar son, por ejemplo, el asentimiento conyugal dado en el boleto de compraventa. ¿Podría el escribano autorizar la venta de un inmueble ganancial de titularidad de uno de los cónyuges y relacionar el boleto donde el cónyuge no titular dio su asentimiento, sin hacerlo comparecer en la escritura de compraventa? Consideramos que el asentimiento dado en el boleto servirá de expresión de la voluntad a la que le falta la forma, aplicándose el artículo 1018 CCCN. Por ello, entendemos que el asentimiento conyugal anticipado debe exteriorizarse respetando la forma documental del negocio que asiente, en virtud de que el documento que exterioriza el negocio sirve para acreditar la titularidad del derecho subjetivo que se alega (título formal) y este tiene que despejar todo tipo de duda en cuanto al cumplimiento de los requisitos de validez del mismo, ya que será objeto de calificación constante por futuros adquirentes, terceros interesados y registros públicos donde se inscriben dichos documentos para su publicidad, según la naturaleza de los bienes objeto del acto.

Teniendo en cuenta este criterio, si el asentimiento conyugal anticipado no es dado respetando la forma documental del negocio que asiente, el adquirente se encontraría facultado para exigir judicialmente la forma documental pertinente, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 1017 y 1018 CCCN. No se debe confundir esta acción que tiene el adquirente con la acción prevista en el artículo 458 CCCN, que se refiere a la autorización judicial que puede solicitar uno de los cónyuges para otorgar un acto que requiere el asentimiento del otro cónyuge que se encuentra ausente, es persona incapaz, está impedido transitoriamente de expresar su voluntad o su negativa no está justificada por el interés familiar.

2.7.1.2. Asentimiento conyugal coetáneo o simultáneo

Con respecto al asentimiento conyugal en forma simultánea al negocio dispositivo, no hay muchos inconvenientes ya que hay unidad de texto leído, consentido por las partes y asentido por el cónyuge no titular. Lo que hay que analizar en la hipótesis planteada es cuando el cónyuge no titular da su asentimiento al negocio que lo requiere por medio de un representante convencional. Es importante que se cumplan los requisitos de validez del acto de apoderamiento, ya que, de lo contrario, el asentimiento dado en el negocio que lo requiere sería nulo. Hipótesis:

- a) *Apoderamiento a favor de un tercero*: Hay que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 375, inciso b, del CCCN, donde se requieren facultades expresas para otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, debiendo identificar los bienes objeto del acto. Esta norma es aplicable tanto para la disposición de la vivienda familiar y los bienes muebles que la integran en el régimen de comunidad y en el de separación de bienes como para la disposición de los bienes gananciales.
- b) *Apoderamiento a favor del cónyuge*: ¿Puede un cónyuge apoderar a otro para que se dé a sí mismo el asentimiento conyugal cuando el acto lo requiera? Tan-

to en relación a la disposición de la vivienda familiar y sus muebles como con respecto a la disposición de bienes gananciales, un cónyuge no puede apoderar al otro para dar asentimiento. Pero si en el apoderamiento se referenció el acto y todos sus elementos constitutivos, como reza el artículo 457 CCCN, puede considerarse válido o aplicarse la teoría de la conversión prevista en el artículo 384 –como veremos en el punto 2.8–.

¿Qué forma debe cumplir el acto de apoderamiento para asentir? ¿Debe realizarse por escritura pública si quien asiente no es parte del negocio, no dispone, no consiente? El artículo 363 CCCN establece que la forma del apoderamiento está condicionada a la forma del acto que debe celebrar. A pesar de que estamos de acuerdo en que, en materia de asentimiento conyugal, rige el principio de libertad de formas, a nuestro entender, como expresamos oportunamente, el poder para asentir debe respetar la forma documental del negocio que el apoderado asiente.

2.7.1.3. Asentimiento conyugal *a posteriori*

El asentimiento conyugal dado posteriormente al acto o negocio que lo requiere importa la confirmación del negocio jurídico cuya validez está afectada por la omisión del mismo o por haber sido dado sin cumplir con los requisitos de validez (p. ej., el asentimiento anticipado genérico, la falta de poder expreso para darlo, el incumplimiento de la forma impuesta por el negocio que se asiente, etc.). Como expresamos oportunamente, el asentimiento conyugal es exigido por el nuevo ordenamiento como un requisito de validez del negocio que lo requiere y, en caso de omisión o de haber sido dado con defectos, la sanción prevista es la nulidad relativa del negocio que se asiente. Por lo tanto, para la subsanación del acto jurídico, deberá otorgarse un asentimiento conyugal posterior válido.

No se trata de un acto jurídico de confirmación, sino un acto jurídico de asentimiento conyugal que tiene efectos confirmatorios del acto nulo. Para ser de confirmación, debería cumplirse con los requisitos legales exigidos en los artículos 393 y 394 CCCN. Por lo tanto, debería haber desaparecido la causal de nulidad antes de otorgarse el acto de confirmación, pero esto ocurre recién luego del asentimiento *a posteriori*.

La confirmación debe contener la mención precisa de la causa de la nulidad, su desaparición y la voluntad de confirmar el acto; en el asentimiento posterior no es necesario mencionar la causa de la nulidad del acto jurídico que se asiente, ni su desaparición, ya que aún persiste hasta que se otorgue el asentimiento, ni la voluntad de confirmar el acto, ya que solo habrá que expresar la voluntad de asentir. La confirmación es el acto jurídico por el que el titular de la acción de nulidad relativa (cónyuge no titular) manifiesta en forma expresa o tácita su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad.

Podríamos concluir que **al dar el asentimiento *a posteriori*, este importa un acto de confirmación, ya que desaparece el vicio que afecta la validez del mismo.**

Por consiguiente, si el asentimiento del cónyuge no titular implica un acto complejo que requiere además otorgar la confirmación, en cuanto a la forma o instrumentación del mismo, debemos observar lo establecido en el artículo 394 CCCN, es decir, que la forma del acto jurídico de confirmación está determinada por la forma del acto que se sanea. Por consiguiente, la doctrina en cuanto a la forma del acto del asentimiento debe respetar la misma forma establecida para el acto o negocio que se asiente. También existirá asentimiento conyugal, como confirmación tácita del negocio, si el cónyuge titular dispone del inmueble propio que es la vivienda familiar y el cónyuge no titular procede a la desocupación del mismo con el retiro de sus pertenencias; esta conducta exterioriza el asentimiento.

2.7.2. La ineficacia del acto jurídico a causa de la omisión o invalidez del asentimiento conyugal

En la primera parte, se analizó la ineficacia del acto jurídico asentimiento conyugal por existencia de defecto o vicio al momento de otorgarlo, sea con anterioridad, en forma coetánea o posteriormente. Ahora, se analiza la ineficacia del acto o negocio jurídico que requiere el asentimiento causada por su omisión o invalidez.

El acto o negocio que requiere el asentimiento conyugal y no lo tiene o es inválido es sancionado con nulidad de carácter relativo. Declarada judicialmente la nulidad, todo debe volver al estado en que se encontraba al momento de la celebración del acto inválido. Pero no siempre es así, ya que existen excepciones, como las plasmadas en el artículo 392 CCCN, que se relaciona con los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe. Al respecto, debemos hacer las siguientes consideraciones:

- a) *Tratándose tanto de la vivienda familiar como de los bienes gananciales*, quien tiene que dar el asentimiento no es parte del negocio, por lo que no podrán ampararse o fundar su defensa en la última parte del mencionado artículo respecto de los terceros subadquirentes, ya que no codisponen (el art. 392 reza: “los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”).
- b) *Cuando se trata de la disposición de la vivienda familiar*, el expresado destino del bien consiste en una situación de hecho ajena a la instrumentación, por lo que puede estar o no exteriorizada en la dimensión papel. De no estarlo, la omisión del asentimiento por el cónyuge o conviviente inscripto no titular le permitirá al tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe ampararse en el primer párrafo del artículo 392 CCCN. En este supuesto, la buena fe del subadquirente consistirá en el desconocimiento o la imposibilidad de conocer que el bien enajenado o gravado era la vivienda familiar. Agregamos que también se encontraría amparado el adquirente a título oneroso y de buena fe si el cónyuge o conviviente titular manifiesta en el acto dispositivo que el mismo no es asiento de la vivienda familiar.

- c) *En relación con la omisión del asentimiento en la enajenación o gravamen de bienes gananciales que lo requieran*, el adquirente y el subadquirente a título oneroso no podrán ser considerados de buena fe, ya que el vicio es ostensible, excepto que el cónyuge titular haya declarado falsamente su estado civil tanto en la adquisición como en la enajenación del bien. Por consiguiente, el tercero subadquirente podrá ampararse en la norma contemplada, y el adquirente a título oneroso y de buena fe, en la teoría de la apariencia. La buena fe en el supuesto contemplado consistirá en el desconocimiento o imposibilidad de conocer el estado civil del enajenante, que lo ha declarado falsamente.

2.7.3. Caducidad y prescripción

El artículo 456 CCCN impone un plazo de caducidad de seis meses para el ejercicio del derecho del cónyuge no titular que no dio el asentimiento para la disposición de la vivienda familiar y los muebles indispensables de ella y para la disposición de los bienes gananciales comprendidos en las previsiones del artículo 470. Una vez cumplido el plazo de caducidad sin haber exteriorizado fehacientemente la voluntad de ejercer sus derechos, desaparece el derecho y el acto jurídico respecto del que se omitió el asentimiento queda subsanado. Pero si, dentro del plazo de caducidad, el interesado comienza a ejercer su derecho mediante la interposición de medidas judiciales o extrajudiciales dirigidas a hacerlo valer, la posibilidad de caducidad desaparecerá, ya que esta no puede suspenderse ni interrumpirse pero sí eliminarse al ejercer el derecho. Sin embargo, el hecho de haber iniciado maniobras tendientes al ejercicio de un derecho no significa que haya sido inmediatamente satisfecho. Más aún, distintas vicisitudes pueden hacer que dicho período sea más o menos prolongado, según el impulso que el interesado tenga, la resistencia de la contraparte y la celeridad que el sistema judicial aplique al caso. Una vez ejercido un derecho o iniciado el camino para su ejercicio efectivo, no habrá más posibilidad de caducidad, sino que comenzarán a correr los plazos de la prescripción.

La prescripción tiene un efecto totalmente distinto a la caducidad. Mientras esta última hace desaparecer el derecho si se cumple el plazo sin haberlo ejercido, aquella afecta a la acción, quedando el derecho íntegro y subsistente. Por lo tanto, transcurridos los seis meses previstos en la norma sin haber ejercido el derecho a pedir la nulidad del acto jurídico por el que se omitió el asentimiento, desaparece el derecho del cónyuge no titular y queda subsanado el acto. Pero si dentro del plazo estipulado se comienza a ejercer dicho derecho, lo que desaparece es la posibilidad de caducidad, comenzando a contarse el plazo de prescripción. Transcurrido dicho plazo, que por tratarse de nulidad relativa será de dos años (art. 2362, inciso a, CCCN), el acto quedará subsanado por la prescripción.

2.8. Poder especial con facultades expresas para asentir

En los poderes con facultades expresas para asentir dados a favor de terceros, bastará con la determinación del bien objeto del asentimiento y es el representante quien estipula los demás elementos constitutivos del acto.

Para abordar este tema, debemos diferenciar claramente los distintos actos jurídicos involucrados. Por un lado, la representación voluntaria, por la que una persona faculta a otra para representarlo en uno o varios actos jurídicos. Esto es regulado por el artículo 375 CCCN, que establece que para el caso de la representación voluntaria para dar asentimiento deberá otorgarse poder especial con facultades expresas y determinación del bien objeto del asentimiento. No impone ningún otro requisito ni condición. Por otro lado, la norma del artículo 457 CCCN establece que el asentimiento conyugal debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos. Lo que debemos diferenciar es que en esta última norma citada se hace referencia al asentimiento propiamente dicho, que por no tratarse de un acto personalísimo podrá ser dado por el propio cónyuge no titular o por su representante (art. 375 inc. b CCCN). El asentimiento, con todos sus elementos presentes, podrá brindarse con anterioridad al acto jurídico que se asiente, concomitantemente con él o con posterioridad.

Si el asentimiento es anticipado, en él deberá mencionarse para qué acto, incluyéndose los elementos constitutivos de dicho acto. Por lo tanto, deberá expresarse si se trata de compraventa, donación, dación en pago, permuta, etc., con identificación de los sujetos involucrados, el objeto, el precio y la forma de pago, de corresponder. Si el asentimiento es coetáneo al acto jurídico respectivo, efectuado en el mismo instrumento, bastará con referir que el cónyuge no titular asiente el negocio jurídico realizado por su cónyuge en la misma escritura. Si el asentimiento es posterior, habrá que individualizar el instrumento por el que se efectuó el acto jurídico que adolece de asentimiento y que se quiere confirmar mediante el otorgamiento del asentimiento posterior. Si el acto en el que se omitió el asentimiento fue efectuado por escritura pública, bastará con relacionarla identificándola con su número, fecha y escribano autorizante. Con esa remisión, estarán cumplidos los requisitos del artículo 457 CCCN. Si el asentimiento es dado por el representante no cónyuge, sea anterior, simultáneo o posterior al acto que se asiente, será el representante quien identifique los elementos constitutivos del acto jurídico, ya que su calidad de tal lo faculta a tal determinación.

Pensar que en el poder para asentir deban estar los elementos constitutivos del acto jurídico llevaría a la conclusión de que no tiene sentido nombrar un representante para tal fin, ya que sería un representante que solo puede reproducir la voluntad expresada por el representado. El artículo 358 CCCN establece que los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante, excepto en los casos en que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho. Estos últimos son los llamados derechos personalísimos, los que únicamente podrán ser ejecutados por su titular, sin posibilidad de delegación en otra persona. El asentimiento conyu-

gal, claramente, no está incluido dentro de los actos personalísimos, ya que el inciso b) del artículo 375 CCCN prevé la delegación del asentimiento conyugal en la figura de un representante: “el asentimiento conyugal no es un acto personalísimo, por lo que el cónyuge no titular puede ser representado en dicho acto”⁵. El cónyuge no titular podrá otorgar poder a favor de otra persona para que esta otorgue el asentimiento conyugal. La actuación del representante tendrá los efectos establecidos por el artículo 359 CCCN en cuanto los actos del representante celebrados en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento producen efecto directamente para el representado.

Como en todo poder, el representado podrá limitar las facultades conferidas al acotar el campo de acción del representante, estableciendo en el poder, por ejemplo, a favor de quién y por qué monto puede brindar el representante el asentimiento. Sería el caso en el que hubiera un negocio jurídico ya celebrado entre el cónyuge titular y el adquirente del bien ganancial o que es asiento de la vivienda familiar, respecto del que faltara solamente otorgar la escritura pública. En este caso, el cónyuge no titular podrá otorgar un poder especial irrevocable para asentar, identificando todos los elementos del acto y haciendo referencia al negocio celebrado, que tendrá subsistencia póstuma por reunir las exigencias del inciso b) del artículo 380 CCCN. Este poder podría ser dado a favor de un tercero, de su propio cónyuge e incluso a favor del adquirente; es indistinta la persona del apoderado en virtud de que el negocio jurídico ya está celebrado y el cónyuge está adelantando su voluntad y cumpliendo con los requisitos legales previstos en el artículo 457 CCCN. Estamos en presencia de un poder que podría calificarse como de asentimiento anticipado con persona designada para hacerlo valer en el momento oportuno.

También podemos encontrarnos con la situación de un acto jurídico en proceso de ejecución, respecto del cual el cónyuge no titular tenga algunas precisiones pero no tenga claramente definidos todos los elementos constitutivos del negocio. En este caso, podrá otorgar poder con determinación del inmueble y precio mínimo por el cual podrá el apoderado dar el asentimiento en su representación.

Otra es la situación cuando el cónyuge no titular está de acuerdo con la disposición del bien, sea ganancial o asiento de la vivienda familiar, pero no está iniciado el negocio jurídico correspondiente, por lo que ignora sus detalles. Puede ocurrir que no esté en condiciones de otorgar personalmente ese asentimiento al momento de formalizarse el negocio, por lo que la ley le permite nombrar un representante para que dé el asentimiento por él en el momento en que se celebre el negocio jurídico respectivo. En este caso, no será posible, ni necesario, determinar los elementos constitutivos del acto jurídico por el que se asiente; queda facultado el apoderado no cónyuge a hacerlo oportunamente, asumiendo la responsabilidad de la conveniencia o no del negocio.

5. DALLAGLIO, Juan C., “La representación voluntaria”, en Kiper, Claudio M. (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t.2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p.91.

El artículo 457 CCCN hace referencia al asentimiento y no al poder para asentir, que se legisla en el inciso b) del artículo 375. El artículo 457 regula el asentimiento conyugal, que es el momento en que el cónyuge no titular o su representante dan la conformidad con el acto jurídico realizado, que realiza o que realizará el cónyuge titular. El poder para asentir no es el asentimiento sino la representación otorgada a otra persona para otorgarlo. En los poderes con facultades expresas para asentir, se deberá determinar el bien objeto del asentimiento y no los demás elementos del acto que asentirá el representante, ya que será este quien deba cumplir con las disposiciones del artículo 457 al momento de ejercer el poder, para lo que estará facultado conforme a la extensión conferida por el artículo 360.

El artículo 360 CCCN establece que la representación alcanza los actos objeto del apoderamiento, las facultades otorgadas por la ley y también los actos necesarios para su ejecución. Por lo tanto, las facultades de determinar los elementos constitutivos del acto jurídico correspondiente están implícitas en el apoderamiento dado para asentir. Es aconsejable que estas facultades sean conferidas expresamente en el apoderamiento; pero, si se omiten, por aplicación del mencionado artículo 360, las facultades de fijar los elementos constitutivos del acto jurídico que se asiente estarán implícitas en el poder.

El artículo 372 CCCN establece las obligaciones y deberes del representante, dentro de los que se incluyen los de fidelidad, lealtad y reserva; de realización de la gestión encomendada, que exige la legalidad de su prestación, el cumplimiento de las instrucciones del representado y el desarrollo de una conducta según los usos y prácticas del tráfico; y de comunicación, que incluye los de información y de consulta. El representante debe cumplir con el encargo y, para ello, deberá informarse sobre el acto jurídico que realizará el cónyuge de su poderdante. Debe evaluar la conveniencia o no de la prestación del asentimiento, siempre teniendo en consideración los intereses de su representado, analizando la situación y decidiendo conforme a su propio criterio. Debe luego rendir cuentas de su actuación, por lo que, si fue negligente en el cumplimiento de la encomienda, responderá frente a su representado, sin perjuicio de la validez del acto celebrado en ejercicio de la representación si esta se ejerció dentro de los límites y facultades conferidas.

Será válido el poder otorgado para dar el asentimiento con relación a determinados bienes, facultando al representante a decidir sobre la oportunidad en la que se brinde este asentimiento con relación al negocio jurídico especialmente determinado en cuanto a sus elementos en cumplimiento del artículo 457 del Código Civil y Comercial.⁶

2.8.1. Poder entre cónyuges para asentir

El poder para asentir dado al otro cónyuge será válido si versa sobre el acto jurídico en sí y sus elementos constitutivos. Por aplicación de la teoría de la conversión, pre-

6. *Ibidem*.

vista en el artículo 384 CCCN, podría considerarse el acto de apoderamiento como un asentimiento anticipado.

La nulidad ante la falta de asentimiento, la caducidad del derecho a pedirla, las previsiones que debe contener el asentimiento, la autorización judicial en caso de ser requerida y la prohibición de otorgar poder para asentir a favor del cónyuge se aplican tanto para la disposición de la vivienda familiar y los muebles indispensables que la componen como para la disposición de los bienes gananciales, por la aplicación supletoria de los artículos 456 a 459, establecida en el último párrafo del artículo 470. La prohibición de otorgar poder a favor del otro cónyuge para dar el asentimiento incluye los casos de asentimiento en interés familiar y los de asentimiento para la disposición de bienes gananciales. El último párrafo del artículo 470 CCCN establece la aplicación supletoria de lo normado por los artículos 456 a 459, por lo que, como en toda aplicación supletoria del derecho, el texto supletorio deberá releerse a la luz del texto del que fue derivado.

Igual situación ocurre en otros casos de aplicación supletoria del derecho, como, por ejemplo, lo establecido en el artículo 1124, por el que las normas del capítulo destinado a la compraventa se aplicarán supletoriamente a los contratos por los cuales una parte se obliga a transferir a la otra derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso, o a constituir los derechos reales de condominio, superficie, usufructo, uso, habitación, conjuntos inmobiliarios o servidumbre, y dicha parte, a pagar un precio en dinero. También existe aplicación supletoria respecto de la cesión de derechos cuando el artículo 1614 CCCN establece que se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según se hayan realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las del capítulo destinado a la cesión de derechos.

En cualquiera de estos casos no sería consecuente con lo normado si quisiera argumentarse la no aplicación de cualquier situación regulada respecto de la compraventa razonando que el artículo respectivo habla de venta y no de cesión. Claramente, la aplicación supletoria impuesta legalmente hace que la interpretación de la norma supletoria deba hacerse relacionando las palabras con el instituto del que deriva. Por ejemplo, el artículo 1132 CCCN regula la venta de la cosa total o parcialmente ajena, diciendo que es válida en los términos del artículo 1008 y que el vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador. Por la aplicación subsidiaria establecida en el artículo 1614, por el que se aplican a la cesión de derechos las normas de la compraventa cuando exista contraprestación en dinero, se le aplica a la cesión de derechos el artículo 1132, que refiere a la venta de cosa ajena. Así, si la cesión versa sobre derechos ajenos, recibiendo a cambio un precio, la cesión será válida y el cedente se obliga a transmitir o hacer transmitir la propiedad del derecho al cesionario, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1629 respecto de la restitución de lo recibido con sus intereses o las consecuencias resultantes del actuar

malicioso del cedente si no cumple con la transmisión del crédito (según lo dispuesto en el art. 1008). No podría negarse la posibilidad argumentando que el artículo 1132 habla de “venta”, “cosa”, “vendedor” y “dominio” y no de “cesión”, “derecho”, “cedente” y “propiedad”.

Llevando el ejemplo a la cuestión que nos interesa, diremos que el artículo 470 CCCN, en su último párrafo, hace una aplicación supletoria de cuatro artículos que están incluidos en la sección tercera sobre “disposiciones comunes a todos los regímenes”, señalando que al asentimiento conyugal y a su omisión se les aplicarán las normas de los artículos 456 a 459. No se hace una aplicación subsidiaria a un solo artículo sino a un conjunto de normas, por lo que la lectura habrá de hacerse conforme a lo expresado en los párrafos anteriores. Todo lo normado en el núcleo común de artículos (456 a 459) será aplicable al asentimiento y su omisión respecto de los bienes gananciales que requieren asentimiento conyugal y no solamente a la vivienda familiar. La nulidad ante la falta de asentimiento y caducidad del derecho a pedirla, las previsiones que debe contener el asentimiento, la autorización judicial en caso de ser requerida y la prohibición de otorgar poder para asentir a favor del cónyuge se aplican también en los casos del artículo 470 CCCN, ya que la aplicación supletoria de los artículos 456 a 459 hace que donde dice “vivienda familiar” deba leerse “bien ganancial”.

Fundamentamos lo dicho en cuestiones de técnica legislativa respecto de la aplicación subsidiaria de normas, según lo expresado anteriormente, y en que las necesidades familiares no quedan solo aseguradas con la vivienda familiar y los muebles que la componen, sino que cualquier detrimento que ocurra en los bienes de la comunidad matrimonial afectará el bienestar familiar. El CCCN no quiso dar una mayor protección a la vivienda familiar que a los bienes gananciales, sino que quiso protegerla aun cuando se trate de bienes propios o los cónyuges estén sometidos a un régimen de separación de bienes. La regulación de un mismo instituto en capítulos distintos responde a cuestiones exclusivamente metodológicas.

La disposición legal inserta en el último párrafo del artículo 459 respecto de que en los apoderamientos entre cónyuges el representante no está obligado a rendir cuentas, la importancia económica que revisten los bienes gananciales y la aplicación supletoria establecida en el último párrafo del artículo 470 hacen que la prohibición de otorgar poder para asentir a favor del otro cónyuge deba aplicarse también para los bienes gananciales. Un poder para asentir a favor del otro cónyuge únicamente será válido si versa sobre el acto jurídico en sí y sus elementos constitutivos, ya que en este caso habría una determinación del asentimiento que haría improbable todo desvío y aprovechamiento, pudiendo también aplicarse la teoría de la conversión del negocio (art. 384).

2.9. Aplicación temporal de la ley respecto de los asentimientos anticipados dados con anterioridad a la vigencia de la Ley 26994

El asentimiento es un acto jurídico unilateral, autónomo y recepticio. La ley aplicable respecto de su validez y eficacia será la vigente al momento de su otorgamiento. El artículo 7 CCCN mantiene la irretroactividad de la ley respecto de las relaciones o situaciones jurídicas ya concluidas.

Es revocable mientras no se otorgue el acto jurídico para el cual se dio y se configura sin necesidad de la existencia de aquel. Los efectos propios del asentimiento se producirán con la concreción del acto jurídico asentido, lo que no disminuye su autonomía.

Se está ante una situación jurídica agotada y el efecto y consecuencia del acto unilateral quedó cumplido al momento de su otorgamiento.⁷

La aplicación a un acto jurídico concluido y agotado de una ley distinta a la vigente al momento de su otorgamiento sería lesiva de derechos constitucionales: habría una aplicación retroactiva de la ley y se estaría juzgando como inválido aquello que nació a la vida jurídica como un acto válido de acuerdo con la ley vigente al momento de su celebración.

El efecto y consecuencia de haber autorizado el cónyuge a la disposición de estos bienes es inmediato si se ha otorgado en la forma prevista para el acto final permitido...⁸

Por el carácter autónomo del asentimiento, la ley aplicable respecto de su validez y eficacia será la vigente al momento de su otorgamiento y no la ley vigente al momento de la producción de los efectos. Esta conclusión no puede llevarnos a aceptar un asentimiento general anticipado, ya que no estaba previsto en la legislación anterior. Más allá de que cierta doctrina lo calificaba como válido, son abundantes la doctrina y la jurisprudencia que lo estimaban contrario a derecho. **Por lo tanto, deberán receptarse favorablemente los asentimientos anticipados con determinación del inmueble o los poderes para asentir dados a favor del cónyuge titular durante la vigencia del CCIV, aunque no cumplan los demás requisitos del artículo 457 CCCN.**

2.10. Asentimiento en la indivisión poscomunitaria

En la disposición de bienes incluidos en una indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial con asentimiento del no titular, no corres-

7. LAMBER, Néstor D., [comentario al art. 457], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 422.

8. *Ibidem*.

ponde solicitar libre inhibición, ya que se aplican las reglas de la comunidad entre los cónyuges y respecto de sus acreedores. El artículo 482 CCCN permite que se otorgue el asentimiento conyugal en los actos de disposición de bienes sujetos a una indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial cuando los excónyuges no acordaron las reglas de administración y disposición de los bienes. El asentimiento conyugal para la disposición de bienes sujetos a indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial permite la aplicación del artículo 458, solicitando el excónyuge titular la autorización judicial cuando el no titular niegue injustificadamente el asentimiento, lo que no podría aplicarse si se tratara de la codisposición de bienes sujetos a una indivisión.

En el caso del asentimiento conyugal para la disposición de bienes incluidos en una indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial, no corresponde solicitar libre inhibición por el excónyuge no titular, en virtud de que es de aplicación lo establecido en los artículos 486 y 487 CCCN. El artículo 486 establece que en las relaciones con terceros acreedores, durante la indivisión poscomunitaria, se aplican las normas de los artículos 461, 462 y 467, sin perjuicio del derecho de estos terceros de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común. El artículo 487 expresa que la disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integridad del patrimonio de su deudor. La parte final del artículo 461 del CCCN dice que, salvo disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro. En relación con la responsabilidad, el primer párrafo del artículo 467 CCCN expresa que cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales adquiridos.

En consecuencia, observamos que, ocurrida la indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial, cuando no existe pacto de división y administración de los bienes sujetos a la indivisión, se continúan aplicando las reglas de la comunidad, no solo entre los cónyuges, por lo cual el titular es quien dispone y el otro da su asentimiento, sino también en relación a los terceros acreedores de los excónyuges. Estos no pueden verse perjudicados por la nueva situación de los bienes de su deudor, es decir, que un acreedor del cónyuge titular de bienes gananciales, que tiene dichos bienes como garantía del cumplimiento de la obligación por parte de su deudor, no podrá encontrarse con que esta garantía se ve disminuida por la intromisión de los acreedores del otro cónyuge, sin perjuicio de la distribución que se haga de los bienes en la partición, en la que el acreedor tendrá derecho a participar. Aun luego de la comunidad, durante el estado de indivisión, ninguno de los cónyuges responderá por las obligaciones del otro, salvo por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos.

La referencia a los artículos 486 y 487 demuestra que los acreedores solo podrán subrogarse en el derecho de peticionar la partición, por lo cual el régimen de responsabilidad y gestión se mantiene frente a ellos como si no hubiese acaecido cau-

sal de extinción alguna. Y, por ello, se debe proceder de igual modo en las acreditaciones registrales; es decir, basta con solicitar solo inhibiciones por el titular; el otro no tiene derecho sobre el bien en particular, sino únicamente sobre el resultado de la liquidación de la masa de gananciales.

La disposición de un bien no importa en modo alguno la partición del bien, y el precio de él obtenido se mantiene por subrogación del bien enajenado en la masa de gananciales en estado de liquidación y pendiente de partición, del mismo modo que los frutos de los gananciales durante este período acrecen en la indivisión (art. 485).

Por ello, si el titular de estado civil divorciado, sin haber celebrado partición y adjudicación de las masas, pretende reinvertir ese dinero en la adquisición de otro bien registrable, éste será de carácter ganancial e integrará la indivisión...⁹

En consecuencia, mientras los bienes se encuentren en estado de indivisión, sin la existencia de un convenio de administración, se aplicarán las reglas de la comunidad, tanto en la relación interna entre los excónyuges como en la relación respecto de sus acreedores. Ello se debe a que no se constituye un condominio forzoso; el excónyuge tiene una acción de partición y su acreedor, derecho a subrogarse en sus derechos en caso de inacción de aquel.

Ante un acto dispositivo de un bien comprendido en las previsiones del artículo 470 CCCN, corresponderá exigir el asentimiento del excónyuge no titular, sin la solicitud de libre inhibición respecto de este, ya que si un acreedor quisiera subrogarse en sus derechos para pedir la partición, debería haber trabado las medidas cautelares correspondientes sobre los bienes que componen la masa de indivisión, no siendo la inhibición de bienes la medida cautelar adecuada a tal fin.

3. Conclusión

- Consideramos que la ineficacia puede plantearse tanto en el acto jurídico asentimiento como en el acto dispositivo que lo requiere. La ineficacia del acto dispositivo por la omisión del asentimiento es provocada por una nulidad relativa, y dicho vicio puede ser subsanado por un acto complejo del cónyuge no titular, consistente en el asentimiento posterior y la confirmación del acto.
- Concluimos que el acto jurídico de asentimiento puede ser efectuado a través de un representante por no tratarse de un acto personalísimo. A tal fin, es necesario un poder especial con facultades expresas y con determinación del inmueble, quedando facultado el representante para establecer los demás elementos del acto jurídico al momento de ejercer la representación. Este representante no debe ser el cónyuge.

9. LAMBER, Néstor D., [comentario al art. 482], en Clusellas, Gabriel (coord.), ob. cit., p. 502.

- No podrán darse los cónyuges entre sí poder para asentir en la disposición de la vivienda familiar ni en la disposición de cualquier tipo de bien ganancial, salvo que verse sobre los elementos constitutivos del acto jurídico, cumpliendo con el artículo 457 CCCN. También se lo podrá considerar como un asentimiento anticipado por la conversión sustancial del apoderamiento.
- No podrá aplicarse retroactivamente la ley. Por ello, los asentimientos anticipados dados sobre bienes determinados durante la vigencia del CCIV serán válidos aunque no refieran a los demás elementos constitutivos del acto jurídico; lo mismo que los poderes para asentir con determinación del objeto dados a favor del otro cónyuge en vigencia del CCIV.
- Vimos también que no será necesaria la solicitud de libre inhibición por el cónyuge no titular en los casos de disposición de bienes gananciales durante la división poscomunitaria, ya que no hay un condominio forzoso en relación a los bienes de la comunidad, sino que el cónyuge no titular tiene una acción para exigir la partición. Ante la ausencia de pacto entre los cónyuges, se aplican las reglas de la comunidad, conforme a lo normado por el artículo 482 CCCN.

4. Bibliografía

DALLAGLIO, Juan C., “La representación voluntaria”, en Kiper, Claudio M. (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp.67-106.

LAMBER, NÉSTOR D., [comentario al art. 457], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t.2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp.419-424.

— [Comentario al art. 482], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t.2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp.499-506.¹⁰

10. Bibliografía complementaria:

ÁLVAREZ JULIÁ, Luis y SOBRINO REIG, Ezequiel, [comentario a los arts. 358 a 381], en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dirs.) y Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp.799-845.

CASABÉ, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 [serie “Incidencias del Código Civil y Comercial”, dirigida por Alberto J. Bueres].

CERÁVOLO, Ángel F. y DI CASTELNUOVO, Gastón R., “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Pautas y criterios para el ejercicio de la función notarial frente a las nuevas normas y cambios que implica”, en *Revista Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino*, Buenos Aires, CFNA, N° 56, 2015, pp. 14-21.

CERNIELLO, Romina I. y GOICOECHEA, Néstor D., “Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 922, 2016.

FALBO, Marcelo, [comentario a los arts. 382 a 400], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp.170-222.

GIRALT FONT, Jaime, “Mandato entre cónyuges”, en AA. VV., “Informe del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires respecto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (aprobado por el Hono-

-
- rable Senado de la Nación el 28 de noviembre de 2013”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 914, 2013, [dossier], pp. 71-72.
- “Requisitos para el otorgamiento del asentimiento conyugal”, AA. VV., “Informe del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires respecto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (aprobado por el Honorable Senado de la Nación el 28 de noviembre de 2013)” [dossier], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 914, 2013, pp. 68-70.
- HERNÁNDEZ, Lidia B., [comentario a los arts. 1217 a 1322], en Bueres, alberto J. (dir) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3C, Buenos Aires, Hammurabi, 2007 (2ª reimpresión), pp. 77-253.
- HERRERA, Marisa, “Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más contexto que texto”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2014-3, pp. 11-58.
- [Comentario a los arts. 446 a 593], en Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- “El nuevo Código y las diversas realidades familiares” [online], en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [portal web], 15/12/2014.
- “El poder de contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad en el banquillo” [online], en *Rubinzal on-line* [portal web], RC-D 351/2014.
- “Las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: una opción legal válida” [online], en *Rubinzal on-line* [portal web], RC-D 1062/2014.
- “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss (AR/DOC/3846/2014).
- HERRERA, Marisa y PELLEGRINI, María V., “La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial” [online], en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [portal web], 30/5/2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino de 2014”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/10/2014 (t. 2014-E, p. 1267, AR/DOC/3592/2014); también puede verse online en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*.

Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir*

Martín Rachid

Pedro F. Sáenz

RESUMEN

El Código Civil y Comercial ha introducido una serie de normas destinadas a regular el asentimiento conyugal, brindando a los operadores jurídicos pautas novedosas cuyo cabal conocimiento resulta insoslayable en orden a la correcta aplicación práctica de esta figura. El propósito principal del presente artículo –sin dejar de lado un abordaje completo y sistemático del andamiaje legal aplicable en materia de asentimiento conyugal– radica principalmente en analizar los recaudos a observar en el caso de asentimiento otorgado anticipadamente y el poder para asentir –temática esta que ha generado cierta discordia desde la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento–, que configuran situaciones jurídicas distintas que acarrearán consecuentemente tratamiento legislativo también diverso, intentando a tal fin brindar las pertinentes consideraciones, atendiendo a la evolución experimentada en esta materia tanto en la doctrina como en los diferentes proyectos legislativos.

Sumario: 1. Introducción. 2. Desarrollo. 2.1. Asentimiento conyugal del artículo 470 CCCN. 2.2. Asentimiento conyugal del artículo 456 CCCN. 2.3. Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir. 3. Conclusión. 4. Bibliografía.

1. Introducción

El objeto principal de este trabajo es analizar, a la luz del régimen actualmente vigente, lo atinente al asentimiento conyugal, en qué casos se requiere, las consecuencias de su omisión y las pautas aplicables al otorgamiento del asentimiento de manera anticipada y al poder especial para asentir.

El Código Civil y Comercial (CCCN) –siguiendo las consideraciones de la mayoría de la doctrina especializada y los lineamientos también consagrados en los últi-

* Versión revisada, corregida y ampliada –especial para la *Revista del Notariado*– del trabajo homónimo presentado por los autores en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016). Asimismo, se le han incluido, desde la redacción de la *Revista*, hipervínculos a textos legales, jurisprudencia, doctrina e información de utilidad.

mos anteproyectos de reforma del Código Civil (en adelante CCIV)– marca el abandono del régimen legal único, forzoso, inmutable e inderogable que, en materia de régimen patrimonial del matrimonio venía rigiendo la vida de los argentinos desde la sanción del Código Civil velezano. En efecto, procurando reafirmar el principio de autonomía de la voluntad del individuo y la igualdad jurídica de los cónyuges, ha consagrado la posibilidad de optar por un régimen de separación de bienes y, en caso de que los cónyuges no hayan manifestado su voluntad de acogerse a dicho régimen convencional, se aplica de manera automática el régimen de comunidad históricamente vigente en nuestro país, régimen que de imperativo ha pasado a ser supletorio, toda vez que se aplica a aquellas personas que no han optado expresamente por el régimen de separación de bienes.

Tanto en el régimen de comunidad como en el de separación de bienes, la normativa actualmente vigente, siguiendo el criterio legislativo rector del CCIV a partir de la sanción de la *Ley 17711*, ha mantenido el principio de gestión separada, es decir, que cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes de su titularidad (art. 469 y 470 primer párrafo, para el régimen de comunidad, y art. 505, para el régimen de separación de bienes). No obstante, en algunos casos se exige el asentimiento del cónyuge no titular para poder otorgar válidamente determinados actos jurídicos.

El asentimiento conyugal, en el régimen del CCCN, se erige como una instrumento tuitivo, puesto en manos del cónyuge no titular, a los fines de satisfacer dos intereses claramente diversos. En efecto, por un lado, encontramos la exigencia del asentimiento conyugal consagrada en el artículo 470, aplicable solo a aquellos matrimonios que se encuentran sometidos al régimen de comunidad, supuesto en el cual lo que se procura es garantizarle al cónyuge no titular el control sobre los actos de mayor trascendencia económica a los fines de resguardar sus eventuales derechos gananciales; de ahí que el citado artículo exclusivamente cobre virtualidad respecto de los bienes de tal carácter.¹ Y, por otro lado, el asentimiento conyugal se presenta como una herramienta de protección de la vivienda familiar en el artículo 456, el cual, debido a tal finalidad tuitiva, resulta aplicable independientemente del régimen patrimonial al cual se hayan sometido los cónyuges y sin distinguir entre bien propio o ganancial.

De esta forma, puede advertirse que el asentimiento conyugal, como requisito de validez de determinados actos jurídicos, puede tener como objeto la protección de intereses estrictamente patrimoniales del cónyuge no titular (art. 470) o bien la salvaguarda del interés familiar, que excede las tensiones estrictamente económicas derivadas naturalmente de la ganancialidad (art. 456).

1. Al respecto, se ha dicho que, con el asentimiento conyugal exigido por el art. 470, “se pretende asegurar el respectivo control de ciertos negocios realizados durante la vigencia de la comunidad, que pueden afectar los derechos eventuales sobre los gananciales de titularidad del cónyuge que la ley confiere, los que se actualizarán al momento de la disolución de la comunidad” (HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y LLOVERAS, Nora [dirs.], *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 645).

A los fines del presente trabajo, parece más adecuado metodológicamente abordar en primer lugar el artículo 470 CCCN, a efectos de analizar su ámbito de aplicación y hacer algunas consideraciones específicas, para después adentrarnos, con mayor profundidad, al estudio de los artículos 456 y siguientes, que constituyen el andamiaje legal aplicable a todos los supuestos en los que se requiere el asentimiento conyugal, por expresa remisión legal establecida en el artículo 470 *in fine*.

2. Desarrollo

2.1. Asentimiento conyugal del artículo 470 CCCN

Tal como se adelantara, el artículo 470 CCCN se enmarca dentro de las disposiciones atinentes al régimen de comunidad, en la sección 4ª, capítulo 2, título II del libro segundo, de manera tal que resulta aplicable a todos los matrimonios que no han optado por el régimen de separación de bienes.

Lógicamente, el artículo 469 se encarga de consagrar expresamente el principio de gestión separada respecto de los bienes propios, salvo lo dispuesto en el artículo 456, referente a la vivienda familiar que más adelante se tratará. En ese mismo orden de ideas, el artículo 470 –en su primer párrafo– reitera idéntico principio en materia de bienes gananciales, encargándose a continuación de establecer la excepción a la regla, especificando en qué casos deberá requerirse el asentimiento del cónyuge no titular. La norma literalmente establece:

Bienes gananciales. La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido.

Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar:

- a) los bienes registrables;
- b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824.
- c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior;
- d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios.

También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.

Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459.

2.1.1. Naturaleza jurídica del asentimiento conyugal

En primer lugar, cabe destacar que el CCCN depura la terminología legal, acogiendo la crítica unánime que oportunamente recibió el artículo 1277 del CCIV luego de la reforma de la Ley 17711, en cuanto a que la norma en análisis –al igual que el artículo 456– deja bien en claro que la manifestación de voluntad del cónyuge no titular constituye “asentimiento” y no “consentimiento”, como establecía el derogado 1277 CCIV. Efectivamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargo

de destacar que el consentimiento es un elemento esencial del contrato, atribuible a las partes del mismo, que hace a la formación y existencia del negocio contractual, en tanto que el cónyuge no titular se limita a manifestar su conformidad con relación a la voluntad negocial del disponente.²

El asentimiento del cónyuge no titular se limita a remover un obstáculo con que tropieza el poder dispositivo del cónyuge disponente, obstáculo legalmente establecido para permitirle ejercer el control de los actos de mayor trascendencia económica que pretenda realizar su consorte, pero siempre ejerciendo ese contralor dentro de los límites inherentes al ejercicio regular de los derecho subjetivos. Como consecuencia de esta distinción, el cónyuge no titular no codispone; pese a intervenir en el negocio jurídico a los fines de asentir, no asume ningún tipo de responsabilidad frente al cocontratante, no tiene derecho a percibir o exigir la mitad del precio, su inhibición no impide concretar el negocio, y, por último, en caso de no poderse obtener el asentimiento por ausencia, incapacidad, impedimento transitorio o negativa injustificada de su parte, se habilita la autorización judicial (art. 458), lo que sería inadmisibles con relación al cónyuge propietario, cuya voluntad, como titular del derecho y parte del negocio, no podría ser sustituida por una decisión del juez.³

2.1.2. Actos comprendidos

Siguiendo el análisis del texto del artículo, aparece otro acierto en materia de redacción, toda vez que el asentimiento conyugal es exigido para realizar actos encuadrables en la categoría de enajenación y gravamen, superando de esta forma otra crítica formulada tradicionalmente al artículo 1277 CCIV, que requería el asentimiento conyugal para “disponer y gravar” los bienes gananciales, cuando en realidad el acto jurídico por el cual se grava un bien ya está comprendido dentro del concepto genérico de “acto de disposición”.

2. Al respecto, se ha sostenido durante la vigencia del CCIV: “Cabe acotar aquí que el uso de la expresión *consentimiento* –gramaticalmente correcta, pues consentir es permitir o autorizar, en su primer acepción– ha sido criticado porque jurídicamente puede producir confusión, ya que el consentimiento, como elemento de los contratos, es el que proviene de las partes del acto. Por ello, se prefiere el vocablo *asentimiento*, que da mejor idea de que se trata de la conformidad de un tercero que no es parte” (BELLUSCIO, Augusto C. [dir.] y ZANNONI, Eduardo A. [coord.], *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 6, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 172).

3. Ver PELOSI, Carlos A., “Artículo 1277 del Código Civil. Cuestiones relativas al consentimiento”, en *Revista del Notariado*, N° 700, 1968, pp. 738-767, y en Alterini, Jorge H. (dir.) y Alterini, Ignacio E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 51 y ss.). El autor sostiene: “Asentir es mostrarse conforme con el parecer ajeno, lo que implica que el consentimiento es totalmente extraño a quien asiente”. En el mismo sentido, ver SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de derecho de familia*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 120 y ss. Del mismo modo, la jurisprudencia ha resuelto: “El cónyuge que debe dar su asentimiento no es parte en el contrato de compraventa, con lo cual no deja de ser un tercero por mucho que tal asentimiento se exija” (Cám. Civ. y Com. de San Martín, Sala II, 20/1/2009, “Alegre, Alejo c/ Quintana, Ramón Jesús y otro” [Lexis N° 1/70067396; citado en AZPIRI, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012 {3ª ed. act. y ampl.}, p. 187]).

Asimismo, al no existir en el CCIV definición normativa de actos de administración y disposición, fueron los doctrinarios y los jueces quienes debieron intentar un concepto para establecer el límite entre ambas categorías, no existiendo acuerdo incluso acerca de los parámetros aptos para definir cada especie en particular.

En este sentido, en materia de actos de disposición –que es lo que aquí nos interesa– mientras algunos sostienen una tesis restrictiva, considerando actos de este tipo solo aquellos que implican la enajenación de un bien, es decir, el desplazamiento de un bien de un patrimonio a otro (incluyendo actos abdicativos), otros propugnan una concepción más amplia, considerando acto de disposición a todo aquel negocio jurídico que, sin implicar un desprendimiento, conlleva la alteración sustancial de los elementos que integran el patrimonio o compromete gravosamente el patrimonio de la persona.⁴

Con relación a la interpretación que debe hacerse de los términos utilizados por la actual norma legal, debemos recordar que la enajenación es el acto por cual se transmite la propiedad de una cosa o un derecho, pasando esa cosa o derecho del patrimonio de una persona al de otra, por una justa causa.⁵ Asimismo, entendemos incluida también en este concepto a la renuncia, entendida como dejación voluntaria que, de manera expresa o tácita se hace de una cosa o derecho.⁶

Medina ha incluido dentro del concepto de “enajenar” a los actos de transferencia de derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso, como así también los actos de constitución de derechos reales de condómino, superficie, usufructo, uso, habitación y servidumbres, y los actos de transferencia de titularidad de los títulos valores registrables, ya sea a título oneroso o gratuito. En tanto que los actos que gravan son todos aquellos actos de constitución de derecho real de garantía, así como también los de dación de embargo y desmembramiento del dominio.⁷ Por nuestra parte, y conforme a la letra del artículo 1888, consideramos que los actos por los cuales se constituyen derechos reales de

4. Las disquisiciones conservarán vigencia pues la actual legislación tampoco se encarga de delimitar estos conceptos. Al respecto, cabe aquí recordar que “El concepto de los mismos (actos de disposición) es una construcción teórica, registrándose divergencias en los autores argentinos. Se ofrece un criterio objetivo-funcional, orientado por Orgaz y seguido por la mayoría de la doctrina, que conceptúa el acto de disposición por sus efectos sobre el capital, que disminuye o modifica sustancialmente o cuyo porvenir compromete por largo tiempo, no persiguiendo simplemente la productividad de los bienes o haciéndolo de un modo anormal o extraordinario. Dentro de este criterio, López de Olaciregui subraya lo objetivo de manera que el acto de disposición es el que recae sobre el capital y el de administración, el que lo hace sobre los frutos o rentas. Spota, el gobierno normal (administración) o riesgoso (disposición)” (D’ANTONIO, Daniel H. y MÉNDEZ COSTA, María J., *Derecho de familia*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 214).

5. FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo, *Diccionario jurídico*, t. 2, Buenos Aires, Abecé, 1961, 2ª ed., Buenos Aires, 1961, p. 295.

6. Ídem, t. 6, p. 281.

7. MEDINA, Graciela [comentario a los arts. 454-474, y 638-647], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), ESPER, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 80.

disfrute sobre bienes ajenos, han de incluirse –junto a los que dan origen a derechos reales de garantía– en el concepto de “gravar”, pues, respecto del dueño de la cosa, tales derechos reales constituyen gravámenes de acuerdo al artículo citado, razón por la cual, llegamos a la misma conclusión, esto es, exigir el asentimiento del cónyuge del titular constituyente, pero en base a otra categorización jurídica del acto.

De esta manera se pone fin a una ya vieja polémica acerca de la exigencia de asentimiento conyugal en el acto de afectación de un inmueble al régimen de propiedad horizontal (incluyendo ahora la figura de los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos), toda vez que mientras los sostenedores de un concepto amplio de acto de disposición lo encuadraban dentro de esta categoría, por implicar una alteración sustancial de un elemento del patrimonio (el inmueble queda sujeto a un nuevo régimen jurídico), otros lo consideraban un acto de administración, pues la sola afectación a ese régimen no implicaba desprendimiento ni comprometía el patrimonio del titular. Efectivamente, dado que el CCCN solo requiere asentimiento para enajenar o gravar, claramente el acto jurídico por el cual se afecta un inmueble al régimen de propiedad horizontal ha quedado fuera del ámbito de aplicación del artículo 470.

Mención especial merece el acto de afectación al régimen de tiempo compartido o cementerio privado, toda vez que los mismos conllevan una importante restricción a las facultades del titular dominial, impidiendo que el bien sea aprovechado o comercializado a través de mecanismos ajenos al régimen especial al cual queda sometido, lo que podría llevar a considerar necesaria la conformidad del cónyuge no titular, requisito que –pese a las gravosas consecuencias que tiene la afectación– no puede ser exigido pues tales manifestaciones de voluntad no constituyen enajenación ni gravamen. De haberse mantenido la terminología del CCIV, indudablemente la afectación a estos regímenes especiales, sin implicar enajenación, habría quedado comprendida dentro del concepto de actos de disposición, resultando exigible el asentimiento del cónyuge del titular, pero con la nueva redacción antes destacada no encuadra en ninguna de las dos categorías de negocios jurídicos que abren la puerta a esta exigencia.

Consideramos, en cambio, que cuando se transfieren los periodos de disfrute en el tiempo compartido o las parcelas del cementerio privado, sí será necesario contar con el asentimiento conyugal pues precisamente constituyen actos de enajenación.

La constitución del derecho real de superficie, solo admitida por contrato oneroso o gratuito conforme al artículo 2119, sí necesita del asentimiento del cónyuge del titular, pues implica un desmembramiento al derecho de dominio, o, en otras palabras, un gravamen. Lo mismo sucede cuando, siendo el derecho real de superficie de carácter ganancial, el superficiario decide transmitirlo.

En materia de división de condominio, también se ha planteado similar debate que el referido a la afectación al régimen de propiedad horizontal, pues, en virtud de este acto el derecho indiviso –alícuota inmaterial– pasa a ser una parte materialmente determinada, ante lo cual debemos ser más cautos ya que, tras una aparente

división de condominio podría encubrirse una enajenación, adjudicándose a un comunero una materialidad que no representa proporcionalmente el valor real de su participación en el condominio extinguido. Desde luego que en la división de condominio podrían entrar en juego, a la hora de establecerse los lotes a adjudicar a cada comunero, cuestiones que el notario no podrá evaluar acabadamente, tales como aspectos afectivos, potencialidad productiva de los bienes involucrados, ubicaciones de los lotes de terrenos, etc., que podrían justificar las adjudicaciones de partes materiales que, sin coincidir aritméticamente con el porcentaje de derecho indiviso que correspondía al adjudicatario, no implican por ello una verdadera enajenación o acto abdicativo.

Ante esto, consideramos conveniente que, ante la eventual posibilidad de que se plantee la existencia de una enajenación encubierta, se requiera el asentimiento de los cónyuges de los condóminos involucrados.

2.1.3. Bienes alcanzados

En lo atinente a los bienes gananciales respecto de los cuales el CCIV exige asentimiento conyugal para su enajenación o gravamen, el artículo 470 CCCN hace una enumeración en cuatro incisos que se analizarán brevemente a continuación:

- a) *Los bienes registrables*: ya el artículo 1277 CCIV exigía el asentimiento conyugal para disponer y gravar bienes cuyo registro hubieran “impuesto las leyes en forma obligatoria”, de manera tal que el artículo 470 CCCN parece ser más comprensivo en este sentido, pues se refiere a bienes registrables, sin distinguir si la registración es o no obligatoria. No obstante ello, se ha sostenido que si el registro no es obligatorio, no se puede exigir el asentimiento.⁸
- b) *Las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824*: en este caso la ley viene a solucionar una cuestión que había generado opiniones encontradas en el régimen jurídico anteriormente vigente, toda vez que se discutía si el asentimiento conyugal era exigible a la hora de realizar actos de disposición sobre acciones nominativas no endosables. Cabe advertir que no se requerirá asentimiento cuando se trata de acciones correspondientes a una sociedad autorizada para la oferta pública, lo que se complementa con lo dispuesto en el artículo 1824 CCCN.⁹
- c) *Las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior*: este inciso se aplica a todos los tipos societarios, incluyéndose en consecuencia las so-

8. Ídem, p. 181.

9. Art. 1824 CCCN: “Incumplimiento del asentimiento conyugal. El incumplimiento del requisito previsto en el art. 470, inciso b) en los títulos nominativos no endosables o no cartulares, no es oponible a terceros portadores de buena fe. Al efecto previsto por este artículo, se considera de buena fe al adquirente de un título valor incorporado al régimen de oferta pública”.

ciedades no constituidas regularmente legisladas en la sección IV capítulo I de la Ley 19550 y la sociedad de un solo socio. Aquí también podemos incluir los actos de transformación y fusión de esta clase de sociedades.

- d) *Los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios*: esta disposición tiene directa relación con la transferencia de fondo de comercio regulada en la Ley 11867, de manera tal que, si se trata de un bien ganancial, no podrá otorgarse válidamente la transferencia sin el asentimiento del cónyuge del disponente. Cabe destacar que este inciso incluye también el caso de enajenación y gravamen del establecimiento agropecuario, lo que no está comprendido en la citada Ley 11867.

2.1.4. Boleto de compraventa

Durante la vigencia del CCIV no existía acuerdo, ni en la doctrina¹⁰ ni en la jurisprudencia¹¹, acerca de la exigibilidad del asentimiento conyugal en caso de que el consorte propietario celebrara boleto de compraventa con relación a un bien ganancial. El CCCN se ha encargado de dejar aclarado que el asentimiento conyugal no solo debe ser otorgado con relación al acto de enajenación o gravamen definitivo, sino también en las promesas de los actos de referencia. En consecuencia, será necesario que el cónyuge no titular preste su conformidad en oportunidad de firmarse boletos de compraventa que tengan por objeto bienes registrables.¹²

No parece tan clara la solución cuando se trata de ceder los derechos emergentes del boleto de compraventa inmobiliaria. En este sentido, cuando el inmueble objeto del boleto constituye la vivienda familiar del cedente, resultaría exigible el asen-

10. “Es controvertido si el acto de enajenación por boleto de venta, requiere el asentimiento del cónyuge. Para quien sostiene que la firma del boleto no es un acto de disposición, sino un negocio de obligación, el asentimiento no es de rigor (Zannoni, Fass-Bossert, Guaglione, Gattari, Pelosi). Para quienes es un acto de disposición si se requiere y más cuando se entrega la posesión del bien (Méndez Costa, Fleitas Ortiz de Rozas-Roveda, Guastavino, Belluscio, Borda, Cifuentes)” (CIFUENTES, Santos [dir.] y SAGARNA, Fernando A. [coord.], *Código Civil. Comentado y anotado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 223). Las mismas divergencias se han dado respecto de la cesión de derechos y acciones emergentes de boletos de compraventa.

11. A título ilustrativo, podemos citar la siguiente jurisprudencia. Se ha considerado necesario el asentimiento del cónyuge en los siguientes casos: CNCiv., Sala C, 1/8/1973 (*El Derecho*, t. 47, p. 694); CNCiv., Sala B, 14/12/1971 (*El Derecho*, t. 42, p. 609). En el otro extremo, se ha entendido innecesario el asentimiento conyugal en: CNCiv., Sala F, 24/2/1972 (*El Derecho*, t. 42, p. 608); CNCiv., Sala F, 26/5/1998 (*La Ley*, t. 1999-B, p. 161).

12. No obstante la terminología empleada en este artículo, no consideramos el boleto de compraventa como una mera promesa de contrato en los términos del art. 995 CCCN, sino un verdadero contrato de compraventa perfeccionado, del que nace definitivamente la obligación de transmitir el dominio, siendo la escritura pública un elemento integrante de la faz ejecutiva de las obligaciones emergentes de aquel. Ese parece ser el criterio del legislador teniendo en cuenta la ubicación metodológica de las normas destinadas a abordar la cuestión de la oponibilidad del boleto de compraventa de inmueble (arts. 1170 y 1171, sección 8° del capítulo 1 del libro IV referente al contrato de compraventa) y los términos empleados en estas normas (“derechos del comprador”; “adquisición”; “concurso o quiebra del vendedor”; etc.). Cfr. CHURRIARIN, Mariano L. y MOIA, Ángel L. en Kiper, Claudio M. (dir.) y DAGUERRE, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 142 y ss.

timiento conyugal por la aplicación directa del artículo 456 que –como se analizará oportunamente– es más abarcativo en cuanto a los actos alcanzados por este recaudo al utilizar la genérica fórmula “disponer de los derechos sobre la vivienda”.

Distinto es el caso en el que el inmueble objeto del boleto de compraventa que se pretende transferir no es la vivienda familiar del cedente, pues allí no resulta aplicable la disposición del artículo 456 –con su amplio ámbito de alcance– sino que la cuestión debe resolverse a la luz del artículo 470.

En este sentido, la última norma citada exige el asentimiento para “enajenar” “bienes registrables”, lo que nos permite hacer las siguientes consideraciones. En primer lugar, claramente la cesión constituye un acto de enajenación pues se le transmiten al cesionario los derechos y obligaciones emergentes del boleto, sacando del patrimonio del cedente la posición contractual adquirida en virtud del mismo. Ahora bien, esa cesión no tendrá por objeto inmediato bienes registrables, pues los derechos subjetivos patrimoniales emergentes del contrato cedido son estrictamente de carácter personal –no real– por lo que, en principio, no tienen publicidad registral. No obstante, a la luz de una interpretación teleológica de la norma, parece claro que su objetivo es acordarle al cónyuge no titular un poder de contralor sobre los actos de enajenación y gravamen que tuvieren por objeto los bienes de mayor relevancia patrimonial y, en este orden de ideas, consideramos conveniente tener presente que, si bien el objeto inmediato de la cesión serán derechos personales no registrables, no cabe duda que el objeto del contrato de compraventa consiste en una obligación de transferir el dominio de un bien inmueble (bien registrable)¹³ –aunque lógicamente se debe cumplir a tal fin con el otorgamiento de la escritura pública pertinente (art. 1017 inc. a)–, lo que lleva a considerar pertinente la exigencia del asentimiento conyugal para los actos de cesión de los boletos de compraventa inmobiliaria por tener la virtualidad jurídica de sustraer del patrimonio del cedente todo derecho sobre el inmueble. Esto no puede resultar indiferente al cónyuge de aquel, pues claramente configura un acto de gran trascendencia económica que no podría ser otorgado sin atender al interés legítimo del cónyuge del titular de la relación contractual, ya que, de lo contrario, se abriría la puerta a la negociación inconsulta de bienes inmuebles gananciales mediante la simple maniobra de no otorgar la respectiva escritura traslativa de dominio a favor del comprador.

13. Al respecto, conviene tener en cuenta que “Hay que admitir, no obstante, que es posible diferenciar en el contenido (del contrato) un objeto inmediato y un objeto mediato [...] El primero es el contenido concreto e integral, las prestaciones que se intercambian, con todas las circunstancias que las rodean, porque las partes no solo quieren la obligación, sino todas las circunstancias especiales que pactaron para el cumplimiento de las mismas. Por otro lado, está el *objeto mediato*, que son las cosas o los hechos que constituyen el objeto de las prestaciones que, a su vez, son objeto de las obligaciones que nacen del contrato” (LAFAILLE, Héctor, en *Derecho civil. Contratos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2ª ed. [actualizada por Alberto J. BUERES y Jorge A. MAYO], § 171-172 bis, p. 314).

2.1.5. Remisión

Por último, respecto de los efectos de la falta de asentimiento, el propio artículo 470 remite a lo dispuesto en los artículos 456 a 459, razón por la cual se tratará a continuación.

2.2. Asentimiento conyugal del artículo 456 CCCN

Hasta aquí hemos analizado el asentimiento conyugal exigido para enajenar o gravar los bienes gananciales comprendidos en el artículo 470, de manera que solo rige en aquellos casos en los que los cónyuges no han optado por el régimen de separación de bienes y, en consecuencia, quedaron sometidos al régimen de comunidad.

Ahora nos proponemos abocarnos al estudio del asentimiento conyugal exigido por el artículo 456, que no tiene como objetivo la protección de los derechos gananciales del cónyuge no titular sometido al régimen de comunidad, sino la protección de la vivienda familiar, con independencia del régimen patrimonial matrimonial al cual se encuentran sometido los cónyuges y sin atender al carácter propio o ganancial que pudiere revestir el bien.

2.2.1. Régimen primario y fundamento de la norma

Es por ello que este artículo se ubica dentro de la sección 3ª, capítulo 2, título II del libro segundo, correspondiente a las disposiciones comunes a todos los regímenes. Esta sección, compuesta de nueve artículos imperativos, configura lo que se denomina “régimen primario”, “estatuto patrimonial de base” o “estatuto fundamental”, el que consiste en un sistema jurídico, basado en normas inderogables por convención de los cónyuges, tendientes a armonizar la autonomía personal del individuo con los principios de solidaridad y cooperación que informan la relaciones familiares, procurando así garantizar la igualdad entre los cónyuges y la consecución del bien común familiar.¹⁴

Dentro de este régimen primario se ubica el [artículo 456 CCCN](#) que, en su primer párrafo, prevé una herramienta legal para la protección de la vivienda y sus muebles indispensables.

Esta protección encuentra fundamento constitucional, no solo por lo dispuesto en el artículo 14 bis de nuestra [Carta Magna Nacional](#), sino también por lo establecido en numerosas convenciones internacionales que, con jerarquía constitucional, integran nuestro derecho interno.

14. Este sistema primario diseñado refleja la intrínseca interacción que existe entre la autonomía personal y solidaridad familiar, de modo que el ejercicio de la autodeterminación y el respeto por el proyecto de vida autorreferencial no pueden avasallar las exigencias de cooperación dentro de la esfera familiar (HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y LLOVERAS, Nora [dirs.], ob. cit. [cfr. nota 1], p. 603).

Más allá de las directrices de origen constitucional, la protección de la vivienda familiar es indispensable para garantizar el resguardo del grupo familiar y los derechos humanos de sus integrantes, toda vez que “la vivienda familiar tiene para el individuo un gran valor no solo en el aspecto patrimonial sino también en el ámbito extrapatrimonial, en cuanto le da amparo a su integridad física, garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad y es el centro de la esfera de su intimidad”.¹⁵

El citado artículo, literalmente reza:

Artículo 456. Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.¹⁶

2.2.2. Actos jurídicos alcanzados

El primer párrafo del artículo transcrito viene a prestar protección a la vivienda familiar independientemente del carácter de bien propio o ganancial que revista el inmueble o los muebles indispensables.

En este sentido se asemeja a la *ratio iuris* del artículo 1277 CCIV, segundo párrafo, que exigía el asentimiento conyugal para disponer de un bien propio de alguno de los cónyuges, siempre que allí estuviere radicado “el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces”. De todos modos, es dable destacar que la norma positiva actualmente vigente no requiere, para tornar exigible el asentimiento, que haya hijos, pues existe familia merecedora de protección desde el momento en que se contrae matrimonio.¹⁷

Adviértase además que la aplicación de este artículo se basa en una cuestión estrictamente fáctica, es decir, se torna operativo por el solo hecho de estar el inmueble destinado a vivienda familiar, no siendo necesario que el mismo se encuentre afectado formalmente a vivienda en los términos del artículo 244 y ss. CCCN. En consecuencia, la norma positiva se muestra más generosa, en cuanto a su extensión, que el régimen del CCIV.¹⁸

15. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 29.

16. No abordaremos el análisis del segundo párrafo del artículo, pues excedería el objeto del presente trabajo.

17. Adviértase que la protección de la vivienda familiar también se extiende al caso de uniones convivenciales inscriptas (art. 522 CCCN).

18. La mayor diferencia de la norma con su antecesora es que basta que sea vivienda familiar, sin otro requisito, y se deroga el requisito de que existan hijos menores o incapaces (LAMBER, Néstor D. en Clusellas, Gabriel

Del mismo modo, reafirmando el mayor alcance de la normativa vigente, el artículo de referencia requiere el asentimiento para “disponer de los derechos”, fórmula que pone claramente de manifiesto que ahora han quedado alcanzados, dentro del requisito del asentimiento conyugal, supuestos que anteriormente no lo estaban, debiéndose incluir en el alcance de la norma todo acto jurídico que tuviese como consecuencia impedir total o parcialmente, en forma permanente o transitoria, el efectivo uso de la vivienda familiar o sus muebles indispensables.

En el mismo orden de ideas quedan englobados los actos jurídicos que tuvieren por objeto la constitución, transferencia, modificación o extinción tanto de derechos reales como personales.

Del mismo modo, correlativamente a lo antes dicho, el artículo 456 no atiende al título jurídico en virtud del cual se está habitando la vivienda familiar; en consecuencia, el asentimiento se torna exigible sea el disponente propietario del inmueble, usufructuario, usuario, locatario o comodatario. De ahí, por ejemplo, sería necesario el asentimiento del cónyuge del locatario si este pretendiera celebrar convenio de desahucio, o rescisión o cesión del contrato de locación sobre el inmueble que sirve de vivienda familiar o si, inversamente, el cónyuge propietario decidiera ceder en locación el inmueble en que está radicada su vivienda familiar.

Cuestión de vital importancia resulta establecer qué debe entenderse por vivienda familiar, a la luz de los principios que informan el nuevo régimen.

En este sentido, no solo debemos considerar incluidos los bienes inmuebles por su naturaleza, sino también aquellas cosas muebles (trailers, casas rodantes, embarcaciones, etc.) que estén destinadas a vivienda familiar, es decir, lo determinante será que esa cosa, mueble o inmueble, sea el espacio físico en el que la familia ha emplazado su vivienda.¹⁹

2.2.3. Consecuencias jurídicas de la omisión del asentimiento

El artículo 456 –aplicable en este aspecto también a los casos sometidos al asentimiento conyugal del 470– dispone que en caso de que no se haya prestado el asentimiento conyugal, el cónyuge que debió asentir y no lo hizo puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

En consecuencia, con el texto de la norma, se supera una larga controversia suscitada durante la vigencia del derogado *CCIV*, consagrándose expresamente la sanción de nulidad del acto²⁰; por lo tanto, en caso de prosperar la acción de nulidad,

[coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 412).

19. Ver MEDINA, Graciela, ob. cit. (cfr. nota 7), p. 121.

20. “Por mayoría, la doctrina y la jurisprudencia establecen que, la falta de asentimiento en los casos en que es exigida, importa un vicio del consentimiento que da motivo a una nulidad relativa del acto o negocio realiza-

las cosas han de retornar al estado anterior al otorgamiento del acto invalidado, razón por la cual el derecho transmitido vuelve a integrar el patrimonio del disponente, el gravamen queda sin efecto alguno, o bien los muebles indispensables de la vivienda familiar deben ser restituidos.²¹

Corresponde destacar que si bien el artículo 456 se ubica dentro de la sección correspondiente al régimen primario, constituido por normas inderogables, eso no debe llevarnos a encuadrar este supuesto de nulidad dentro de las absolutas, por el contrario, estamos frente a un caso de nulidad relativa, conforme al criterio de distinción de las nulidades establecido en el artículo 386, pues la nulidad consagrada en el artículo 456 está impuesta solo en protección del interés de personas determinadas.

Al tratarse de nulidad relativa, esta solo podrá ser declarada a solicitud del cónyuge que no prestó al asentimiento o sus herederos y el acto es susceptible de confirmación posterior. Otra consecuencia del carácter relativo de la nulidad es que se ha consagrado un plazo de caducidad de seis meses para intentar judicialmente la pretensión nulificante, contado el mismo desde que el cónyuge preterido tomo conocimiento del acto susceptible de impugnación o desde la extinción del régimen matrimonial, lo que ocurra primero.

Siguiendo a Lamber debe tenerse presente que “en cuanto a la disposición de derechos reales sobre el inmueble sede de la vivienda familiar que requiere inscripción en el Registro de la Propiedad, son oponibles a terceros desde su toma de razón en él (art. 1983), y si se le suma la publicidad posesoria por haberse hecho a su favor tradición sin oposición alguna, no puede omitirse alegremente la buena fe registral, y debería ser el actor (cónyuge) quien deba probar la falta de efectivo conocimiento o la justa causa que le impidió tomar conocimiento, invirtiendo la carga de la prueba”.²² No obstante esto, parece difícil lograr una aplicación práctica de la reflexión precedente, toda vez, que si bien resulta absolutamente lógica desde el punto de vista teórico, nos encontraremos con el escollo de que los registros inmobiliarios, avalados por lo resuelto en el plenario “Feidman”²³, no darán inscripción definitiva a

do, confirmable por el cónyuge interesado (arts. 1058 a 1060) (Borda, Belluscio, Fleitas Ortiz de Rozas-Roveda, Dassi-Bossert, Guastavino, Moisset De Espanes, Mendez Costas, Mosset Iturraspe, Cifuentes). Minoritariamente, se estima que se trata de un caso de inoponibilidad frente al cónyuge que debe asentir, siendo válido el acto entre las partes (Cichero, Venini, Vidal Taquini, Cafferata, Alterini J.H.). En jurisprudencia tampoco hay uniformidad de criterio, habiéndose dictado fallos un uno y otro sentido” (CIFUENTES, Santos [dir.] y SAGARNA, Fernando A. [coord.], ob. cit. [cfr. nota 10], p. 224).

21. Parece criticable la redacción del art. 456 CCCN al emplear una conjunción disyuntiva y establecer que el cónyuge preterido “puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles”, ya que la restitución sería una consecuencia de la nulidad del acto, no resultando lógico suponer la posibilidad de que se exija restitución de los muebles sin demandar la nulidad del acto que sirvió de causa jurídica al traslado de los mismos. Al respecto, cabe destacar que los proyectos de reforma del código civil del año 1993 y 1998, en sus artículos 506 y 448 respectivamente, que son la fuente inmediata del actual 456, no tenían en su redacción la opción disyuntiva antes mencionada.

22. LAMBER, Néstor D., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 416.

23. CNCiv, en pleno, 27/7/1977, “Feidman, Mauricio s/ recurso de recalificación” (*La Ley*, t. 1977-C, p. 391; *El Derecho*, t. 74, p. 253 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

un título en el que se haya omitido asentimiento del cónyuge no titular, por lo que el acto viciado no recibirá la publicidad registral suficiente para poder comenzar a contar el plazo de caducidad de seis meses.

Ante esto, consideramos que la única herramienta para sanear el título es lograr una declaración judicial, ya sea a través de la acción declarativa de certeza, buscando que el juez sea el que declare bonificado el título por el transcurso del plazo legal dispuesto para ejercer la acción de nulidad.

Entendemos que esa sería la herramienta procesal adecuada ya que no podrá recurrirse a la autorización judicial consagrada en el artículo 458, pues tal decisión jurisdiccional deber ser previa al otorgamiento del acto, resultando inviable pretender la confirmación del negocio jurídica viciado a través de esta acción.²⁴

2.3. Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir

Normalmente el cónyuge no titular otorga su asentimiento concomitantemente con el acto jurídico principal, actuando conjuntamente ambos cónyuges. No obstante ello, puede ocurrir que el cónyuge asintiente no pueda o no quiera estar presente al momento de otorgarse el negocio jurídico, pudiendo brindar su conformidad con anterioridad o posterioridad, supuesto este último en el cual se configuraría una confirmación convalidando el acto viciado.

Si el cónyuge no titular no pudiere o quisiere estar presente al momento de perfeccionarse el negocio jurídico y las partes del mismo no están dispuestas a quedar sometidas a la necesidad de un acto jurídico confirmatorio posterior, existen dos opciones posibles: a) otorgar el asentimiento conyugal de manera anticipada o; b) conferir poder para que otra persona, en nombre y representación del cónyuge no titular, preste la conformidad exigida por ley, configurándose evidentemente dos actos jurídicos distintos, es decir, y haciendo un juego de palabras, debe distinguirse, por un lado, el acto jurídico de asentir y, por otro, el acto jurídico de apoderamiento destinado a que un representante otorgue el acto de asentimiento.²⁵

Adviértase que todo lo que aquí se trate respecto de los requisitos del asentimiento, poder para asentir y mandato entre cónyuges, se aplica tanto a los casos alcanzados por el artículo 456 como por el 470, salvo las disquisiciones respecto del mandato entre cónyuges.

24. En este sentido, al comentar el art. 458 CCCN, se ha sostenido: “Es necesario señalar que el juez no tiene la facultad de confirmar un acto anulable por lo cual la autorización del magistrado no puede ser otorgada con posterioridad a la realización del acto” (MEDINA, Graciela, *ob. cit.* [cfr. nota 7], p. 127).

25. Ver PELOSI, Carlos A., *ob. cit.* (cfr. nota 3).

2.3.1. Doctrina durante la vigencia del Código Civil

Conocida es la gran controversia originada durante la vigencia del CCIV acerca de la posibilidad de otorgar asentimiento conyugal genérico de manera anticipada, ya sea a través de la figura del asentimiento conyugal anticipado propiamente dicho, o bien a través del mandato general.

Al respecto, un posición doctrinaria minoritaria, consideraba que era viable la figura del asentimiento general anticipado esgrimiendo que si es posible que un esposo puede otorgar al otro un poder de carácter general para disponer de los bienes de su titularidad, sería incoherente impedirle que preste anticipadamente el asentimiento conyugal con relación a los actos dispositivos que tuvieren por objeto todos los bienes gananciales pertenecientes al otro cónyuge.

En el mismo orden de ideas, Cichero sostenía:

Sería llevar muy lejos la protección que el artículo 1277 dispensa a estas personas capaces, impedirles realizar actos que la ley no prohíbe, cuando no ofrecen indicios de ser el resultado de una voluntad viciada. Tanto más, cuanto que ese precepto prevé situaciones de excepción e importa una limitación al principio general del artículo 1276, de modo que su interpretación debe hacerse con criterio restrictivo, evitando generalizaciones que pueden ser perturbadoras de la armonía familiar.²⁶

Por último, quienes se enrolaban en esta tesis, agregaban que aquellos que negaban la validez del asentimiento general anticipado partían de una débil valoración de la autonomía de la voluntad de la mujer casada, a quien aun veían, en la faz de los negocios, carente de la libertad decisoria, por las posibilidad de verse influenciada o manipulada por su marido, circunstancia que no podía admitirse ante los nuevos paradigmas sociales y matrimoniales regidos modernamente por el principio de igualdad jurídica. Entre los doctrinarios del notariado que defendieron la posibilidad del asentimiento general anticipado se destacan dos figuras colosales como las de Pelosi y Gattari.²⁷

En el otro extremo, encontramos a la corriente doctrinaria mayoritaria, que negaba validez al asentimiento general anticipado,²⁸ alegando principalmente que un acto de esta naturaleza implicaría modificación de las normas de orden público que regulan el régimen de comunidad de bienes del matrimonio –siendo aplicable lo dicho durante la vigencia del CCCN al régimen consagrado por el actual artículo 469

26. CICHERO, Néstor, “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 63, pp. 475 y ss.

27. Carlos PELOSI defendió su postura a favor del asentimiento general anticipado en el *trabajo* citado (cfr. notas 3 y 25). Por su parte, Carlos N. GATTARI hizo lo propio en su obra *Práctica notarial*, v. 15 (ver GATTARI, Carlos N., *Práctica notarial consolidada*, t. 4, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp. 3932 y ss).

28. Ver al respecto recopilación de argumentos en este sentido realizado por SAMBRIZZI, Eduardo A., ob. cit. (cfr. nota 3), pp. 146 y ss. (con citas de Belluscio, Borda, Vidal Taquini y Azpiri, entre otros).

y ss.–. Además, se frustraría el propósito tuitivo de la ley, facilitando el despojo del cónyuge no titular o la concreción de decisiones contrarias al interés familiar, toda vez que de hecho quedaba anulada la facultad de contralor que, a tal fin, se acordaba al consorte asintiente.

En ese mismo orden de ideas, se sostuvo que la admisibilidad de un poder general de administración y disposición, otorgado a favor del cónyuge para que disponga de todos los bienes, propios o gananciales, del otro (cónyuge poderdante), no puede conllevar a la aceptación del poder general otorgado para prestar asentimiento a los actos de disposición de los bienes gananciales del consorte (apoderado), ya que, mientras en el primer caso existe la obligación de rendir cuentas entregando al mandante lo producido, en el segundo caso, siendo el cónyuge disponente (y apoderado) el titular de los bienes objeto del negocio jurídico, lo percibido le pertenece y podría sustraerlo con toda facilidad del patrimonio común, no existiendo acción apta para ejercer control alguno.

Por último, merece destacarse lo resuelto en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971), donde la postura aprobada por mayoría consideró que

... no es válido el asentimiento general y anticipado dado por uno de los cónyuges para los actos del otro, comprendidos por el artículo 1277 del Código Civil, y, por lo tanto, tampoco lo es ningún otro acto que bajo cualquier forma, incluido la del mandato a favor del otro cónyuge o de un tercero, equivalga a dicho asentimiento general anticipado.²⁹

2.3.2. Requisitos del asentimiento conyugal en el Código Civil y Comercial

Siguiendo la posición mayoritaria, el artículo 457 CCCN, que reproduce íntegramente al artículo 449 del [proyecto de reforma de 1998](#), constituye la partida de defunción del asentimiento general anticipado, como se verá a continuación. El citado artículo, literalmente dispone:

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

En consecuencia, siempre que se otorgue el asentimiento conyugal deberá especificarse: a) el acto en sí y; b) los elementos constitutivos del mismo.

Cuando el asentimiento es concomitante al acto o posterior al mismo, el presente artículo no genera hesitación alguna, pues en ambos casos el cónyuge no titular puede tomar acabado conocimiento del acto jurídico con todos sus detalles, de modo que las controversias se suscitarán en caso de que se pretenda prestar el asentimiento conyugal de manera anticipada.

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

2.3.3. Asentimiento conyugal anticipado

Con relación al primer requisito, la norma no acarrea mayores inconvenientes interpretativos, toda vez que se refiere a la necesidad de indicar la naturaleza jurídica del acto respecto del cual existe conformidad de parte del cónyuge no titular (por ejemplo, compraventa, permuta, dación en pago, donación, constitución de derecho real de hipoteca, etc.).

Ahora bien, el segundo requisito a determinar, consistente en los “elementos constitutivos” del acto, puede generar algunas dudas, dada la amplitud de la fórmula, cabiendo preguntarse si es preciso que se especifiquen todos los elementos del acto jurídico en cuestión o solo aquellos de mayor relevancia.

Al respecto, entendemos que una interpretación teleológica de la norma lleva a considerar que los elementos constitutivos que deberán estar presentes al momento de asentir son aquellos que el cónyuge no titular debe conocer a los fines de hacer una valoración adecuada del acto atendiendo al interés familiar (en el caso asentimiento exigido por el art. 456) o sus intereses patrimoniales fundados en la ganancialidad (en el caso del asentimiento exigido por el art. 470). En definitiva, los elementos constitutivos sobre los cuales ha de versar el asentimiento conyugal son aquellos que le permitan al cónyuge no titular tomar conciencia del acto jurídico principal y sus consecuencias, para así poder ejercer el contralor que la ley le acuerda, atendiendo a los distintos intereses por ella protegidos.

Desde esta perspectiva, evidentemente al cónyuge no titular no le interesa saber quién es el comprador del inmueble en el que está radicada la vivienda familiar pero sí el precio y la forma de pago. En este orden de ideas, resultan sumamente ilustrativas las reflexiones vertidas por Lamber al comentar el artículo 457:

Compartimos que debe establecer (sic) en el acto de asentimiento el acto para el que se confiere –p. ej., compraventa, donación, etc.–, pero deja a lugar a una interpretación abierta la frase “elementos constitutivos” [...] No todos los elementos constitutivos son relevantes para decidir el asentimiento conyugal.³⁰

Finalmente, el citado autor concluye:

Por ello bastarán solo esos elementos básicos que permitan apreciar la lesión o no al interés familiar, no siendo exigible todos los elementos del acto jurídico, y en caso de duda se deberá estar siempre al elemento más favorable al que prestó asentimiento. Por ejemplo, si no se dice que puede ser de ejecución diferida o a plazo, debe entenderse de cumplimiento inmediato y completo, es decir, pago del precio de contado.³¹

Ahora bien, las tratativas previas encaminadas a la concreción de alguno de los actos jurídicos que requieren asentimiento suelen ser dinámicas y en ocasiones se dilatan

30. LAMBER, Néstor D., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 420.

31. *Ibidem*.

por mucho tiempo e incluso pueden fracasar total o parcialmente, de manera tal que las expectativas de realizar determinado negocio bajo ciertas pautas pueden extinguirse definitivamente o luego ser reflotadas o modificadas y terminar concretándose un acto jurídico diverso al originariamente planeado.

Previendo esto es que puede parecer adecuado fijar parámetros mínimos, que constituyan una directriz que le marque al cónyuge disponente ciertos límites dentro de los cuales el consorte no titular está conforme con el otorgamiento del acto; de esta forma podría armonizarse el derecho de contralor que compete al cónyuge asintiente con la libertad que necesariamente debe tener el cónyuge titular a la hora de tratar las condiciones del negocio.³²

Sin embargo, el derecho no puede ser analizado prescindiendo de la realidad que pretende regular, lo que nos lleva a manifestar nuestros reparos en cuanto a considerar cumplimentadas las exigencias del artículo 457 indicando solo parámetros mínimos, pues las condiciones económicas argentinas suelen ser cambiantes, caracterizadas desde hace ya varios años por una marcada inflación y depreciación monetaria, razón por la cual lo que hoy parece ser un precio razonable para la venta de un bien inmueble, pasado unos años será poco menos que irrisorio.

Si la prohibición del asentimiento general anticipado fue propugnada por la doctrina y jurisprudencia, y finalmente consagrada en el derecho positivo a través del artículo 457, para evitar la desprotección de los intereses del cónyuge no titular y/o los del grupo familiar, parece adecuado cerrar la puerta a indeterminaciones que pudieran poner en situación de indefensión a las personas que se pretende resguardar.

Ante estas dudas, e incluso frente a situaciones en las que el cónyuge no titular se ve en la obligación de ausentarse por un tiempo más o menos prolongado, cabe preguntarse cómo hacer para que el cónyuge propietario de la vivienda familiar o del bien ganancial, que tiene pensado negociarlo en el corto plazo, pueda eventualmente entrar en tratativas y realizar alguno de los actos jurídicos alcanzados por el artículo 456 o 470. Ejemplo: ambos cónyuges están de acuerdo en mudarse de casa, pero no saben aún si les convendrá vender la vivienda familiar y con el producido comprar otro inmueble o realizar una permuta con otra casa.

En hipótesis como la planteada, entendemos que podrá acudir a otorgar un mandato con representación, a través de la figura del poder, para que el propio cónyuge disponente (salvo lo dispuesto en el art. 459) o un tercero, preste el asentimiento conyugal en nombre y representación del cónyuge no titular.³³

32. En esa tesitura se ha afirmado: “Las enunciaciones deben demostrar los parámetros mínimos tenidos en cuenta por el cónyuge que presta su asentimiento, lo cual también queda suficientemente acreditado, por ejemplo con la mención de vender en un precio no menor a determinada suma de dinero, o si no se abonase de contado” (ibídem).

33. Sobre la diferencia y relación entre mandato y poder, ver ZINNY, Mario A., “Mandato, apoderamiento y poder de representación”, en *Revista del Notariado*, N° 903, 2011, pp. 15-27.

2.3.4. Poder para dar asentimiento conyugal y mandato entre cónyuges

Caben hacer dos observaciones preliminares: por un lado nada impide que el asentimiento conyugal sea prestado a través de un representante, de hecho tiene tratamiento legislativo específico; en consecuencia, el acto de apoderamiento con tal fin es perfectamente válido (art. 358, 375 inciso b) y 459) y, por otro lado, y tal como lo adelantáramos al comienzo del presente, no es lo mismo otorgar asentimiento conyugal anticipado que apoderar a una persona para que, en nombre y representación del cónyuge no titular, preste asentimiento en los casos que la ley lo requiera.³⁴

Partiendo de la base de la distinción entre ambos actos jurídicos, entendemos que las reglas aplicables al poder para asentir no son las mismas que las que rigen respecto del asentimiento propiamente dicho.

En tal sentido, adviértase que en el artículo 375 inciso b) se regula específicamente el poder para prestar asentimiento conyugal, estableciendo que entre los actos respecto de los cuales son necesarias facultades expresas de representación se encuentra el “otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere”.

De la norma transcripta surge que el único requisito que debe llenar el poder para prestar asentimiento es la identificación de los bienes sobre los cuales ha de versar.

No parece apropiado extender los recaudos del artículo 457 CCCN al acto de apoderamiento en cuestión, pues el mencionado artículo regula los requisitos que debe reunir el acto de asentimiento considerado en sí mismo, que en la hipótesis que estamos planteando será otorgado precisamente por el apoderado.

Es decir, los recaudos del 457 deberán ser observados recién en el momento en que el apoderado, en ejercicio de las facultades de representación, concurra a prestar el asentimiento que se le ha encomendado³⁵; será el apoderado el que, según las circunstancias negociales concretas, otorgue el asentimiento respecto del acto jurídico principal, siempre que el mismo convenga a los intereses de su mandante o de su grupo familiar.³⁶

A ello cabe agregar que si el poder para asentir debiera llenar los mismos requisitos exigidos para prestar el asentimiento, no habría en definitiva diferencia entre

34. En este sentido, se ha dicho que “el consentimiento o asentimiento *a priori* no debe ser confundido con el poder y, por lo tanto, deberá tener una redacción acorde con su objeto y finalidad” (PELOSI, Carlos A., ob. cit. [cfr. nota 3], p. 52).

35. Este es el criterio seguido por la escribana Susana V. SIERZ en *Nuevo Código Civil unificado. Instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015, p. 221.

36. En idéntico sentido, se ha sostenido que “será válido el poder otorgado para dar el asentimiento con relación a determinados bienes, facultando al representante a decidir sobre la oportunidad en la que se brinde este asentimiento con relación al negocio jurídico especialmente determinado en cuanto a sus elementos, en cumplimiento del artículo 457 del Código Civil y Comercial” (DALLAGLIO, Juan C., “La representación voluntaria”, en Kiper, Claudio M. [dir.] y Daguerre, Luis O. [coord.], *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 91).

ambas figuras, pues el acto de apoderamiento configuraría en realidad el asentimiento conyugal anticipado,³⁷ además de enfrentar al interesado a una serie de variantes que resultan imposibles de prever, tal como dijéramos más arriba.³⁸ De hecho, es de advertir que el apoderado estará en mejores condiciones para defender los intereses del cónyuge no titular, pues recién otorgará el asentimiento una vez impuesto de los detalles del negocio jurídico, contando con información más completa que aquella con la que posiblemente cuente el cónyuge que decide prestar un asentimiento de manera anticipada.

En el mismo orden de ideas, no debe perderse de vista que el mandatario debe actuar siempre procurando satisfacer los intereses de su mandante, de manera que la confianza es la base del contrato de mandato, circunstancia que justifica la admisión de actuar a través de un representante, aun en materia sensibles como la que estamos analizando.³⁹

Completando la regulación del otorgamiento de asentimiento a través de representantes voluntarios, el artículo 459 se encarga de regir específicamente el mandato entre cónyuges. El mentado artículo establece:

Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.

El artículo transcrito consagra una regla que, desde el punto de vista de los cónyuges sujetos al régimen de comunidad, resulta permisiva, autorizando el mandato entre ellos, configurando esto una excepción a la inhabilidad consagrada en el artículo 1002 inc. d), pero, respecto de los cónyuges que han optado por el régimen de separación de bienes, constituye una limitación a su total libertad de contratación recíproca.

Se prevé expresamente la posibilidad de que una persona otorgue poder a su cónyuge para que este, en su nombre y representación, otorgue todos los actos patri-

37. Sería como exigir que en un poder otorgado para afectar un inmueble al régimen de propiedad horizontal se dejaran ya cumplimentadas las exigencias del artículo 2056.

38. En igual sentido, se ha dicho: "Compartimos la opinión de quienes sostienen que el apoderamiento para prestar el asentimiento es válido con la sola mención del bien. Nótese que el inciso b) del artículo 375 es el único supuesto en el que el CCCN solicita el llamado poder específico o especialísimo, requisito que no ha sido mantenido ni siquiera en materia de donación inmobiliaria. Imponerle al apoderamiento los requisitos del asentimiento es un sinsentido, pues no sería necesario otorgar el poder de contarse con todos los requisitos para otorgar el asentimiento anticipado" (CERNIELLO, Romina I. y GOICOECHEA, Néstor D., "Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación" [online], en *Revista del Notariado*, N° 922, 2016).

39. Recuérdese que entre las obligaciones legalmente impuestas al representante están las de fidelidad y lealtad (art. 372 inc. a CCCN).

moniales de su competencia, eximiendo al apoderado de rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos, salvo pacto expreso en contrario.

Si bien en ello es claro el artículo, lo referente a la posibilidad de que el apoderado se preste a sí mismo el asentimiento ha sido uno de los temas que más controversia ha generado.

En efecto, algunos intérpretes han entendido que la prohibición contenida en el artículo bajo análisis se extiende a todos los casos en que es necesario el asentimiento conyugal y no solo cuando se trata de disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, argumentando que, como el artículo 470, última parte, remite a las disposiciones de los artículos 456 a 459, por una especie de doble remisión, la prohibición se torna operativa en todos los supuestos. Es decir, como el artículo 470 (referente al asentimiento que gira en la órbita del régimen de comunidad) hace remisión al artículo 456 (atinente a la vivienda familiar y aplicable tanto al régimen de separación de bienes como al de comunidad) se concluye que la prohibición contenida en el artículo 459, al aplicarse a los casos alcanzados por el artículo 456, se aplica también al asentimiento regulado en el artículo 470.⁴⁰

No concordamos con este modo de interpretar la norma, pues entendemos que el artículo 459 CCCN ha buscado limitar la prohibición a los supuestos en los que el asentimiento conyugal es exigido para resguardar los derechos sobre la vivienda familiar o sus muebles indispensables, no así en los casos en que el asentimiento conyugal se torna exigible por imperio del artículo 470. Tomando las consideraciones hechas por los autores que se enrolan en la corriente contraria, que basan su posición en la remisión hecha por el artículo 470 *in fine*, entendemos que precisamente por esa remisión es que el legislador, sabiendo que iba a operar tal envío, es que se encargó de aclarar, en el artículo 459, que la prohibición se limita a los supuestos del asentimiento conyugal exigible en atención a la protección de la vivienda familiar y sus muebles indispensables. En igual sentido se ha afirmado, con relación al artículo 459 aquí analizado: “Expresamente prohíbe la facultad de darse a sí mismo el asentimien-

40. Se ha afirmado: “La discusión en torno a este tema deriva de la remisión que el artículo 470 (asentimiento de los bienes gananciales) hace a las disposiciones de régimen general en materia de regímenes patrimoniales, que se refieren al asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda. Como vimos, el artículo 459 prohíbe dar mandato al cónyuge para asentir ‘en los casos en que se aplica el artículo 456’, es decir, para la disposición de la vivienda. Asimismo, el último párrafo del artículo 470 dispone que ‘al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459’. Contrapuestas las dos normas, lo que hay que interpretar es si la prohibición alcanza los supuestos en que se dispone de bienes gananciales que no sean el inmueble que constituye la vivienda familiar. Quienes opinan que en este caso no es aplicable la prohibición fundan su opinión en la letra del propio artículo 459, que dice que se aplica a los casos del 456, y expresan que la remisión solo tiene por fin ratificar la regla general que les permite a los cónyuges celebrar el contrato de mandato. Respecto de este argumento, la remisión expresa del artículo 470 al 459 no puede tener como objetivo la repetición de una regla general que de todas formas se aplicaría, justamente por encontrarse entre las normas aplicables a todos los regímenes. La remisión al artículo 459 se torna trascendente si se entiende que se refiere a la prohibición de que el mandato verse sobre el asentimiento conyugal. Esta interpretación es la que, lamentablemente, más se adapta a la idea global adoptada por el legislador. Por otro lado, también le es aplicable el argumento vertido con respecto al artículo 459 de que se estaría delegando el control en el sujeto que debe controlarse, que parece ser lo que el legislador buscó evitar” (CERNIELLO, Romina I. y GOICOECHEA, Néstor D., *ob. cit.* [cfr. 38]).

to en los casos del art. 456, es decir para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, de los muebles indispensables de ésta o transportarlos fuera de ella.”⁴¹

De haberse querido hacer extensiva la restricción a todos los casos en que se exige el asentimiento del cónyuge no titular hubiese alcanzado la primera parte de la oración: “Pero no para darse a sí mismo el asentimiento”, pues precisamente por la remisión ya destacada hubiera alcanzado tanto a los supuestos del artículo 456 como a los del artículo 470. Pero al incluir la aclaración “en los casos en que se aplica el artículo 456”, parece lógico interpretar que se ha buscado establecer una valla a la prohibición, limitándola únicamente a los casos del asentimiento previsto para protección de la vivienda familiar y sus muebles indispensables.

Consideramos que al momento de otorgar el poder para que el cónyuge se preste a sí mismo el asentimiento, será el poderdante quien deberá manifestar que el inmueble objeto del mandato no es su vivienda familiar, no siendo admisible que sea el apoderado el que, al momento de ejercer la representación, haga tal manifestación, pues entendemos que dicha declaración hace a la legitimación subjetiva del poderdante que deberá verificarse en acto de apoderamiento.

En lo referente a este mandato entre cónyuges, la norma además se encarga de aclarar que no es posible pactar la irrevocabilidad en este tipo de poder, para evitar dejar al cónyuge no titular en una situación de desprotección. Al respecto, cabe distinguir este pacto de irrevocabilidad prohibido en el mandato entre cónyuges del caso en que se configura el supuesto fáctico previsto en el artículo 380 inciso c),⁴² de manera tal que cumplidos los requisitos para otorgar un poder irrevocable es perfectamente válido el poder que en tal carácter otorgue el cónyuge no titular para asentar, siempre que el apoderado no sea su propio consorte.

Cabe destacar que en el proyecto de 1998, el artículo 451 CCCN regulaba el mandato entre cónyuges, admitiendo en los mismos términos que el actual 459 la posibilidad de que un cónyuge le otorgue al otro poder para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero para poder darse

41. Ver ALTERINI, Jorge H. (dir.) y ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 215. En igual sentido, DALLAGLIO, Juan Carlos, ob. cit. (cfr. nota 36), p. 95: “Pero el mismo artículo prohíbe que este apoderamiento a favor del otro cónyuge tenga por objeto dar el asentimiento conyugal en los casos de disposición de la vivienda familiar y de los muebles que la componen”. Este es el criterio consagrado también en el *Digesto de Normas Técnico-Registrales* del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor (título I, capítulo VIII, sección 2ª, art. 1, inc. c). En idéntica tesitura: “En lo que respecta al mandato entre cónyuges a los fines del asentimiento conyugal, el artículo 459 es claro: se impide a uno de los cónyuges expresar el asentimiento en representación del otro cuando se trata del supuesto especial previsto en el artículo 456, es decir, disponer de la vivienda familiar” (HERRERA, Marisa y MOLINA DE JUAN, Mariel, en KIPER, Claudio M. [dir.] y DAGUERRE, Luis O. [coord.], *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 333).

42. Art. 380 CCCN: “Extinción. El poder se extingue: [...] c) por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa”.

asimismo el asentimiento debía aplicarse el artículo 449 que regulaba los requisitos del asentimiento en iguales términos literales que el actual artículo 457.

2.3.5. Evolución histórica a la luz de los proyectos legislativos

Sobre el poder para asentir y mandato entre cónyuges, parece oportuno hacer un breve análisis de la evolución histórica experimentada en los últimos proyectos de reformas al Código Civil, pues consideramos que podemos extraer pautas útiles de interpretación para las normas actualmente vigentes.

El proyecto de reforma del año 1987, en su artículo 1886, al mencionar los actos para los cuales eran necesarias facultades expresas de representación, incluía, en su inciso 5º, el prestar asentimiento conyugal, supuesto en el cual se exigía identificar precisamente al acto y el bien a que se refiere.

En el mismo sentido, el proyecto de 1993 también exigía facultades expresas para prestar el asentimiento conyugal, pero solo requería la identificación del bien (art. 679 inc. 6). Por su parte, el artículo 507 era textualmente idéntico al actual 457 (el asentimiento debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos) y, con relación al mandato entre cónyuges, el artículo 509 autorizaba a que se confiriese entre ellos para el ejercicio de los actos que el régimen matrimonial atribuía, pero no para darse a sí mismo el asentimiento del mandante en los casos en que la ley lo requería, es decir, se establecía una prohibición absoluta.

Por su lado, el [proyecto de 1998](#), regulaba el tema que aquí nos ocupa, básicamente, en los artículos 366, 449 y 451.⁴³ De la conjunción de estos tres artículos puede deducirse que –tal como se dijera más arriba– el asentimiento debía versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos, en tanto que en el poder para asentir, en principio, solo debían identificarse los bienes a que se refiere, pero cuando el poder fuera otorgado a favor del cónyuge para prestarse a sí mismo el asentimiento, se debían llenar los recaudos del 449.

Del análisis de los proyectos puede advertirse la siguiente evolución: en un primer momento (P. 1987), se exigió la identificación, no solo de los bienes sino también del acto, al momento de otorgarse el acto de apoderamiento. Posteriormente (P. 1993), se eliminó la exigencia de identificar el acto al momento de apoderar, limitándose únicamente a exigir la identificación de los bienes sobre los cuales habría de versar el asentimiento. Agregándose sí, al momento de asentir, la necesidad de es-

43. Art. 366 P. 1998: “Facultades expresas. Son necesarias facultades expresas para: [...] i) otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, debiendo identificarse los bienes a que se refiere”.

Art. 449: “Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos”.

Art. 451: “Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero para darse a sí mismo el asentimiento del poderdante en los casos en que se requiere se aplica el artículo 449. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones.- Salvo convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos”.

pecificar el acto y los elementos constitutivos (art. 507), prohibiéndose, en todos los casos en que se exigía asentimiento, la posibilidad de otorgar poder al cónyuge para que este se lo prestara a él mismo. Es decir, se podía apoderar a un tercero pero no al cónyuge del poderdante a los fines de prestar el asentimiento conyugal. Por último (P. 1998), repitió el criterio de 1993 en el sentido de conformarse con la individualización de los bienes al momento de apoderar y de exigir la individualización del acto y sus elementos constitutivos al momento de asentar. No obstante esa coincidencia de criterio con el citado anteproyecto, se apartó de la prohibición absoluta en materia de mandato entre cónyuges, admitiendo la posibilidad de otorgarse poder para que el apoderado se prestara asentimiento a sí mismo (art. 451), exigiéndose en ese caso –y solo en tal caso– que se cubrieran los recaudos del 449, es decir, especificar el acto en sí y sus elementos constitutivos. En consecuencia, el proyecto de 1998 discriminaba, en cuanto a poder para asentar se refiere, dos casos: 1) cuando el apoderado era un tercero, es decir, no era el cónyuge del poderdante, alcanzaba con la especificación de los bienes sobre los que debía versar el asentimiento y; 2) cuando el apoderado era el propio cónyuge del poderdante, se requería, además, se identificara el acto en sí y sus elementos constitutivos.

El actual CCCN, tomando esos antecedentes y caracterizado por un mayor respeto a la autonomía de la voluntad de los individuos, en nuestra opinión adopta –comparativamente– el sistema más flexible o permisivo. Efectivamente, al igual que los proyectos de 1993 y 1998, al momento de otorgar el acto de apoderamiento para asentar, solo exige la determinación de los bienes (art. 375 inc. b) y, del mismo modo, recién al momento de asentar requiere la individualización del acto y sus elementos constitutivos (art. 457).

En materia de mandato entre cónyuges, se acepta ampliamente tal contrato, incluso el destinado a permitir que el apoderado se preste a sí mismo el asentimiento conyugal (sin requerir el cumplimiento de los recaudos del 457, a diferencia del P. 1998), prohibiendo exclusivamente ese mandato cuando se trata de asentar respecto de los actos de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar o los muebles indispensables de esta.

3. Conclusión

- En el CCCN el asentimiento conyugal constituye una herramienta de control, atribuida al cónyuge no titular, tendiente a resguardar dos bienes jurídicos distintos, aunque muchas ocasiones interrelacionados, a saber: por un lado, los eventuales derechos gananciales del consorte no titular (artículo 470) y, por otro lado, la vivienda familiar (artículo 456).
- Como consecuencia de ello, el artículo 470 solo resulta aplicable a los cónyuges sometidos al régimen de comunidad y solo respecto de los actos jurídicos que tuvieren por objeto alguno de los bienes gananciales enumerados en la norma.

El artículo 456, en cambio, se inserta dentro de un régimen primario, inderogable, aplicable con independencia del régimen patrimonial matrimonial y sin distinguir entre bienes propios y gananciales.

- La consecuencia jurídica establecida en caso de omisión del asentimiento conyugal es la nulidad relativa del acto, fijándose un plazo de caducidad de seis meses para intentar judicialmente la pretensión nulificante, contado el mismo desde que el cónyuge preterido tomó conocimiento del acto susceptible de impugnación o desde la extinción del régimen matrimonial, lo que ocurra primero.
- El artículo 457 exige que el asentimiento conyugal verse sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos, impidiendo de esta manera el otorgamiento de asentimientos conyugales generales.
- Con relación al acto jurídico principal, el asentimiento conyugal puede otorgarse concomitantemente, o bien con anterioridad o posterioridad al mismo.
- Si se otorga con posterioridad se configura un acto confirmatorio que convalida el acto viciado de nulidad relativa.
- Si el cónyuge decidiera otorgar el asentimiento conyugal de manera anticipada deberá dar cumplimiento a los requisitos del artículo 457. Al respecto cabe destacar, por un lado, que no es necesario que se especifiquen absolutamente todos los elementos del acto, sino aquellos indispensables para la adecuada valoración del impacto que el negocio pueda tener en los intereses patrimoniales del cónyuge asintiente y/o el interés familiar y, por otro lado, que no resulta suficiente consignar parámetros mínimos o de referencia.
- El asentimiento conyugal puede ser otorgado a través de un representante convencional, supuesto en el cual alcanza con que el poder indique los bienes sobre los cuales ha de versar.
- En caso de que el poder haya sido otorgado a favor del cónyuge del poderdante, este puede prestarse a sí mismo el asentimiento, salvo que se tratara de actos de disposición de derechos sobre la vivienda familiar o sus muebles indispensables, supuesto en el cual el apoderado necesariamente deberá ser un tercero.

4. Bibliografía

- ALTERINI, Jorge H. (dir.) y ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- AZPIRI, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012 (3ª ed. act. y ampl.).
- BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 6, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- CERNIELLO, Romina I. y GOICOECHEA, Néstor D., “Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, N° 922, 2016.

- CHURRIARIN, Mariano L. y MOIA, Ángel L. en Kiper, Claudio M. (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- CICHERO, Néstor, “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 63, pp. 475 y ss.
- CIFUENTES, Santos (dir.) y SAGARNA, Fernando A. [coord.], *Código Civil. Comentado y anotado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- D’ANTONIO, Daniel H. y MÉNDEZ COSTA, María J., *Derecho de familia*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001.
- DALLAGLIO, Juan C., “La representación voluntaria”, en Kiper, Claudio M. (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo, *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, Abecé, 1961.
- GATTARI, Carlos N., *Práctica notarial consolidada*, t. 4, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012.
- HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y LLOVERAS, Nora (dirs.), *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- HERRERA, Marisa y MOLINA DE JUAN, Mariel, en Kiper, Claudio M. (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2ª ed. [actualizada por Alberto J. BUERES y Jorge A. MAYO].
- LAMBER, Néstor D. en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- MEDINA, Graciela [comentario a los arts. 454-474, y 638-647], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- PELOSI, Carlos A., “[Artículo 1277 del Código Civil. Cuestiones relativas al consentimiento](#)”, en *Revista del Notariado*, N° 700, 1968, pp. 738-767; y en Alterini, Jorge H. (dir.) y Alterini, Ignacio E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 51 y ss.
- SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de derecho de familia*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- SIERZ, Susana V., *Nuevo Código Civil unificado. Instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015.
- ZINNY, Mario A., “[Mandato, apoderamiento y poder de representación](#)”, en *Revista del Notariado*, N° 903, 2011, pp. 15-27.

Estatuto de disciplinamiento y capitulaciones*

Karen M. Weiss

Gastón A. Zavala

RESUMEN

Análisis de la materia en el Código Civil y Comercial. Las convenciones matrimoniales son actos jurídicos familiares patrimoniales típicos, formales, facultativos y registrables, sujetos a la condición del matrimonio válido y a otras condiciones suspensivas. La escritura pública es el instrumento adecuado para convenciones matrimoniales, uniones convivenciales, y para quienes hayan capitulado o casado en el extranjero, trasladen su domicilio a la argentina y opten por este derecho. La protección de la vivienda habitual de la familia no requiere registro ni publicidad jurídica. No es causa de observación del título del inmueble la falta de asentimiento si el cónyuge o conviviente titular manifiesta que no constituye vivienda familiar. Es factible otorgar el asentimiento anticipado siempre que se consignen en el acto los elementos constitutivos. Se diferencia el asentimiento para el otorgamiento de actos que afecten a la vivienda del que enajene un ganancial. El poder especial entre cónyuges para dar el asentimiento respecto de bienes gananciales se encuentra admitido. Se posibilita la autorregulación de intereses patrimoniales para las uniones convivenciales a través de la celebración de un pacto escrito. La convención prenupcial y matrimonial no realizada por escritura pública es inválida. Se considera adecuado que antes del trámite de divorcio, los cónyuges bajo el régimen de comunidad cambien al régimen de separación y liquiden la comunidad sin necesidad de quedar atados a la indivisión post comunitaria. La división del patrimonio poscomunitario puede realizarse de manera perfecta.

Sumario: 1. Introducción. 2. Orden público y autonomía de la voluntad. 3. Eficacia en el país de las convenciones celebradas en el extranjero. 4. Es-tipulaciones capitulares. 4.1. Críticas. 4.2. Convenciones atípicas. 4.3. Ob-jeto. 4.4. Capacidad. 4.5. Pluralidad de regímenes. 5. Régimen patrimonial primario. 5.1. Deber de contribución. 5.2. Inejecutoriedad de la vivienda. 5.3. Asentimiento. 6. Régimen patrimonial de las uniones convivenciales.

* Trabajo presentado por los autores en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016), distinguido con un accésit por el jurado de la Jornada y publicado en *Revista Notarial* (Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 94, 2016, pp. 403-469). Se le han incluido desde la redacción de la *Revista del Notariado* hipervínculos a textos legales, jurisprudencia, doctrina e información de utilidad.

7. Forma instrumental de las convenciones y la función notarial. 8. Registración y publicidad. Publicidad formal. Técnica publicitaria. 9. Contratación entre cónyuges y excónyuges. 10. Divorcio y régimen de comunidad. 11. Disolución de la comunidad inter vivos y mortis causa. 11.1. Principio general. 11.2. Indivisión poscomunitaria. 11.3. Incidencia de la porción legítima hereditaria. 11.4. Partición privada de bienes gananciales. 11.5. Inscripción registral de la partición. 12. Eficacia del acuerdo particionario conyugal previo al divorcio. 13. Bibliografía.

1. Introducción

La unión en matrimonio y la simple convivencia conllevan una noción sociológica fundamental, generadora de un sinfín de efectos económicos, culturales y normativos que caracterizan la sociedad contemporánea. La sanción de la Ley 26618 modificó los requisitos del acto jurídico matrimonial, que tradicionalmente debía celebrarse entre hombre y mujer (art. 172 CCIV), *aggiornándolo* a contrayentes sin mención de género.

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, el Código o CCCN) reitera que el consentimiento conjunto de ambos contrayentes es indispensable para la existencia del matrimonio y destaca, dentro del capítulo “Principios de libertad e igualdad” del matrimonio, que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de sus integrantes y los efectos que este produce, y concluye con la aclaración que puede ser constituido por “dos personas de distinto o igual sexo” –debió decir *género*–. Este encuadre liberador de los requisitos y efectos personales del matrimonio, incluso de la familia, evidencia un desajuste con la regulación conservadora que se mantuvo en cuanto a sus efectos económicos. Para Basset, debería eliminarse toda regulación, asignar plena libertad a los cónyuges y establecer un sistema de separación cuyo único gravamen a las libertades individuales de disposición estuviera dado por la protección de los derechos de los niños.¹

El Código evoluciona en esta temática frente a su antecedente de 1869.² En su metodología normativa del segundo libro (destinado a las relaciones de familia) diagrama un título destinado al matrimonio, otro al régimen económico y otro a uniones convivenciales (además de otros cinco títulos que componen el libro). Se destierra el desafortunado concepto de sociedad conyugal. Brinda la posibilidad de optar entre dos regímenes patrimoniales tasados para el matrimonio y se contempla un estatuto patrimonial de base, aplicable a cualquiera de los estatutos económicos o de

1. BASSET, Úrsula, “Régimen patrimonial del matrimonio”, en Laferriere, Jorge N. (comp.), *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 235-240.

2. El cambio era necesario; la sociedad contemporánea a Vélez Sarsfield, el contexto económico y las relaciones laborales y comerciales son diametralmente diferentes a las actuales. [N. del E.: el lector podrá acceder a las notas del Codificador [aquí](#)].

disciplinamiento que rija al matrimonio. Este régimen imperativo fija las contribuciones para la satisfacción de las necesidades económicas de la familia y genera una comunidad de intereses patrimoniales que limita la autonomía de la esfera de acción de los cónyuges de diversas formas.

Podemos definir el régimen patrimonial matrimonial como el conjunto de relaciones jurídicas de orden –o de interés– patrimonial que el matrimonio establece entre los cónyuges y entre estos y terceros.³ Con la sola celebración del matrimonio, ante la ausencia de convención matrimonial, de manera subsidiaria rige el régimen de comunidad. En el Código Civil, este estatuto era imperativo, la voluntad de los cónyuges no incidía en su estructura ni en la fecha de entrada de vigencia; solo se circunscribía a dar nacimiento al régimen o en la decisión de ponerle fin a la relación matrimonial que lo sustentaba (sin perjuicio de los supuestos de excepción para cambiarlo).

Sin importar el régimen económico que se adopte, dos son los tipos de relaciones esenciales que deben preverse: las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de estos con terceros. Es esencial satisfacer internamente los requerimientos fundamentales de orden económico que provoca la unión matrimonial: la contribución a los gastos comunes (sostenimiento del hogar, educación de los hijos, etc.) y la gestión de los bienes de cada uno de los cónyuges. En las relaciones con terceros, lo prioritario es mantener un adecuado equilibrio entre el interés patrimonial de cada cónyuge (o el de ambos) y el de quienes han establecido con ellos relaciones jurídicas de orden patrimonial.⁴

2. Orden público y autonomía de la voluntad

Lejos del criterio restrictivo e imperativo sentado por Vélez Sarsfield, el X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998) consideró que

La autonomía de la voluntad no se contrapone con el orden público en el derecho de familia, sino que este último resulta un límite preciso y útil para la realización eficaz de aquella.

No se menoscaba el orden público ni se afecta la seguridad jurídica por el solo hecho de dársele cabida a la autonomía de la voluntad y permitir optar por un determinado régimen patrimonial que se ajuste a las aspiraciones de los contrayentes, siempre que no se alteren ciertos límites y principios (protección de la familia, hijos menores

3. Para Santiago C. FASSI, el régimen patrimonial matrimonial es el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio (*Regímenes patrimoniales*, t. 22, p. 242). En igual sentido, BELLUSCIO, Augusto C., "Regímenes matrimoniales", en AA. VV., *Enciclopedia jurídica*, t. XXIV, Buenos Aires, Omeba, 1967, p. 410.

4. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 377.

de edad o incapaces, derechos de terceros).⁵ Admitida la posibilidad de elección, se abre el interrogante sobre si él supone una inflexible y única regulación jurídica o no.

La compatibilidad se presenta según que la ley posibilite elegir entre dos o más regímenes alternativos específicamente regulados hasta contraer nupcias, impidiéndoles luego cambiarlo o establecer modificaciones; hacer combinaciones entre los regímenes tipo para introducir variaciones o para pactar un régimen distinto a los ofrecidos por la legislación local; o una vez casados, mutar de un régimen a otro, sin introducir alteraciones. La última de las variables expuestas, que conjuga el consentimiento personal-matrimonial con el interés público, es a la que adhirió el Código de 2014.

La faz pública se encuentra en la determinación de la estructura legal que diagrama el Estado y en la que podrá posicionarse patrimonialmente cada matrimonio, especificándose en cada uno de ellos los derechos, los deberes, las cargas comunes, etc. que imperarán, y, a través de la justicia, evaluar el cumplimiento al marco de ejercicio. La autonomía de la voluntad oscilará entre los contrayentes, permitiéndoles escoger entre un estatuto económico matrimonial u otro o simplemente no optar por ninguno, para quedar enmarcados dentro del legal supletorio; y entre los cónyuges, permitiéndoles variar de régimen por considerar que se equivocaron en su decisión u omisión inicial o porque las circunstancias económico-matrimoniales que valoraron con anterioridad se modificaron y consideran entonces oportuno mutar de régimen.

Los cónyuges son los más capacitados para planear su futuro, organizarlo y proteger su patrimonio familiar. El Estado no puede contemplar en su espectro jurídico la vida interna de cada matrimonio ni prever su organización o administración hogareña o si uno solo o ambos cónyuges serán los que aporten bienes para el mantenimiento del hogar, ni evitar que ellos lo determinen. No obstante, sí puede imponer límites, que van desde el respeto al orden público, las buenas costumbres, la igualdad de los cónyuges, hasta la elaboración de un estatuto patrimonial primario en protección de la familia y su hogar. Medina⁶ expresa:

... estaríamos en presencia de un sistema jurídico perverso si sólo se legislara para la mayoría y se impidiera a la minoría arbitrariamente la regulación de sus derechos.

El estatuto económico del matrimonio debe adecuarse a la laxa disciplina que la ley le impone a la institución, pero el tono de imperatividad de sus normas debería sincerarse con la realidad de que el matrimonio civil, declinante por obra misma del

5. Según Aquiles H. GUAGLIANONE, “el orden público matrimonial se empequeñece o agranda, se debilita o fortalece, según la legislación de que se trate” y el grado de orden público del derecho matrimonial está en relación inversa con el campo de actuación de la autonomía de la voluntad (*Régimen patrimonial del matrimonio*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 18).

6. KANEFSCK, Mariana y MEDINA, Graciela, “Autonomía de la voluntad y elección del régimen patrimonial matrimonial”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1999-III, p. 958 (en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters, ver id. 0003/000113).

legislador, no puede estar regulado respecto de sus aspectos económicos, como en los tiempos de su esplendor.⁷

3. Eficacia en el país de las convenciones celebradas en el extranjero

Hasta la sanción de la Ley 26994, la República Argentina era el único miembro del Mercosur (y uno de los pocos en América) que vedaba la autonomía de la voluntad para escoger un estatuto de *disciplinamiento* matrimonial. El esquema de Vélez Sarsfield (según Ley 2393) necesitaba una adecuación de las normas de derecho internacional privado para evitar conflictos entre soberanías legislativas distintas que ya se habían suscitado.⁸

La Ley 23515 incorporó un punto de conexión fundamental (art. 163 CCIV) y unificó en el primer domicilio conyugal todo el régimen de bienes del matrimonio, incluyendo las convenciones matrimoniales. Así, fueron aplicables en nuestro país las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero y también se posibilitó que esas convenciones fueran celebradas aquí si el primer domicilio conyugal fijado en país extranjero las admitía y allí fuera aplicable la convención formalizada.⁹

El Código sancionado en 2014 sigue con el lineamiento del artículo 163 del Código Civil, en consonancia con los Tratados de Montevideo de 1889 (Ley 3192)¹⁰ y de 1940 (Decreto-ley 7771/1956): el artículo 2625 CCCN establece que el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal, también aplicable para las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio, y que las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su cele-

7. Ver ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 585; MAZZINGHI, Jorge A., “Necesaria adecuación del régimen de bienes a la actual disciplina del matrimonio civil”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 902, 1989, p. 189; conclusiones de las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987); y proyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la comisión designada por Decreto 468/1992.

8. Goulart (expresidente de Brasil) y su cónyuge celebraron capitulaciones prematrimoniales, pactando separación de bienes. Ella, casada, adquiere un inmueble en Argentina y lo vende siendo viuda. El registrador capitalino denegó la inscripción definitiva de la escritura de venta por no considerar el inmueble como propio de la viuda (art. 6 Ley 2393), lo que fue confirmado por la Sala F de la CNCiv. en fallo del 2/2/1982 (*El Derecho*, t. 99, p. 676). Werner GOLDSCHMIDT califica la resolución como visualmente acertada, pero duda si el resultado es satisfactorio (“Derecho internacional privado referente al régimen de bienes en el matrimonio”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 99, p. 676).

9. Jorge A. MAZZINGHI destaca esta particularidad y califica de saludable la modificación (“Convenciones matrimoniales. Régimen legal aplicable”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2004-D, p. 1300, AR/DOC/1510/2004). En igual sentido, ver RAPALLINI, Liliana E., “Régimen internacional del patrimonio conyugal en el Código Civil argentino”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 951, 2005, pp. 619-628).

10. Tratado de Montevideo (1889), Ley 3192; el art. 40 establece que “Las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes [...] en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación”; mientras que el art. 41 prevé que dichas relaciones serán regidas por la ley del domicilio conyugal que los contrayentes hubieren fijado, de común acuerdo, antes del matrimonio.

bración.¹¹ Si los cónyuges deciden cambiar su domicilio a este país, puedan hacer constar en “instrumento público” (no se especifica cuál) su opción de aplicar el derecho argentino. Pensamos que la escritura pública cumple acabadamente con la garantía que la norma requiere de que el ejercicio de esta facultad no afecte el derecho de terceros. Ese primer domicilio es el hecho que condiciona la aplicabilidad del régimen convenido, sin importar que luego muden el lugar de residencia del matrimonio, sea ocasional o constante. En virtud de esto, un matrimonio celebrado e instalado en nuestro territorio y que luego se radica en otro país que tuviese un régimen único podría celebrar convención matrimonial y cambiar de régimen económico.

El Tratado de Montevideo de 1940 aclara como límite al régimen de bienes convenido aplicable de fuente foránea según el primer domicilio conyugal, todo lo que sea de estricto carácter real que esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes. Esto no implica una contradicción, sino que conjuga el estatuto patrimonial matrimonial con aspectos de los bienes inmuebles distintos de aquellos que considera el régimen económico, y respeta la normativa local cuando estuviese en contradicción con la ley extranjera aplicable (p. ej., la determinación de la calidad de los inmuebles, la capacidad para adquirirlos, el modo de transferirlos, solemnidades que deben acompañarlos, etc.; así, no podrían constituir en nuestro país un derecho real no reconocido por nuestra ley).¹²

Con respecto a la forma de las convenciones, continúa vigente el principio “*lex loci regit actum*”, por lo que se aplica la ley del lugar del otorgamiento del acto, por ser un acto jurídico, mientras no se viole el orden público internacional.

4. Estipulaciones capitulares

4.1. Críticas

Vélez Sarsfield consideraba que en esta nación nunca se habían visto contratos de matrimonio, que no aparecían como necesarios y podían conservarse las costumbres del país. Eligió regular las convenciones matrimoniales con los contratos ordinarios (sección tercera del libro II del CCIV).¹³ Pensamos que si no hubo costumbre a favor de las convenciones, es porque el marco legal no lo permitía.

11. Art. 2625 CCCN: “En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal”. Debió decir “que no hicieran opción de régimen”, ya que la convención prematrimonial puede contener otras previsiones.

12. Si los contrayentes celebran capitulación matrimonial en el extranjero, optan por el régimen de comunidad y, además, convienen por ejemplo la asignación de bienes post mórtem, de conformidad a la ley extranjera. Se plantea el interrogante si en nuestro país es factible declarar la nulidad parcial de la última estipulación. Consideramos la invalidez parcial (por lo dispuesto en el art. 389); la aplicación del régimen legal argentino limita como objeto de las convenciones “únicamente” los establecidos en el art. 446. No puede verse afectado el orden público interno.

13. El sistema del CCIV limitó las convenciones al inventario de bienes propios, reserva de administración por la esposa, donaciones del marido a la mujer y donaciones entre esposos para después de su fallecimiento.

La distribución de la riqueza de los cónyuges no debe ser una cuestión a resolver por la ley; se trata de otorgarles a las partes el derecho a convenir otra solución que resguarde la independencia de cada uno y no lo convierta, al momento de la ruptura, en un acreedor del patrimonio formado por las ganancias del otro.¹⁴ En el mismo sentido que el régimen anterior, los futuros esposos solo pueden celebrar las convenciones que expresamente se permiten¹⁵ y no pueden prever cómo se solucionarán sus relaciones en caso de ruptura o fallecimiento (el art. 447 CCCN es determinante). Si los futuros esposos realizan una convención sobre otro objeto relativo a su matrimonio distinto a los autorizados por el artículo 446 CCCN, aquella se verá afectada de nulidad, aunque relativa (arts. 279, 386 y 388), ya que la sanción es en protección del interés de los esposos.¹⁶

Las convenciones matrimoniales son actos jurídicos familiares, patrimoniales; acuerdos o pactos que en algunas ocasiones podrán constituir un contrato (los enumerados en los incs. c] y d] art. 446) o, simplemente, consistir en una declaración de los futuros esposos con respecto a los bienes que cada uno lleva al matrimonio o las deudas que tuvieran (incs. a] y b], art. 446). Más allá de las restricciones legales, su naturaleza jurídica y su esencia están vinculadas a las estipulaciones contractuales, y, en función de la definición del artículo 957 CCCN, pueden caracterizarse como contratos. De allí que se les apliquen las normas generales en materia contractual.¹⁷

4.2. Convenciones atípicas

Las convenciones atípicas o no previstas por el sistema jurídico están prohibidas en el nuevo Código al decidirse por un sistema opcional restrictivo (similar al *numerus clausus*), ya que las convenciones antes del matrimonio únicamente pueden versar sobre determinados objetos (art. 446).

to. Nada más podía pactarse y menos aún luego de celebrado el matrimonio (arts. 1218 y 1219). Vélez estructuró la sociedad conyugal como una suerte de contrato obligatorio; lo cierto es que siendo un régimen imperativo, no se aviene con la idea de contrato.

14. En España, los cónyuges tienen la obligación de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimiento de la actividad económica que desarrollan. Es causal de disolución de la sociedad de ganancias su incumplimiento reiterado. (Ver *Código Civil* de España, arts. 1381 y 1393).

15. BASSET, Úrsula C., ob. cit. (cfr. nota 1): “Dado que en las diversas subcomisiones se trabajó en forma separada, la regulación del matrimonio y sus consecuencias personales no responde en absoluto al perfil de matrimonio que subyace a la regulación de los efectos económicos. El desajuste es evidente.”

16. En el mismo sentido que lo establecía el Código Civil en los arts. 953, 1044 y 1218.

17. Su efecto vinculante, el principio de buena fe, la posibilidad de someterlas a condiciones o plazos. O también hacerles aplicables las normas sobre ineficacia y, en su caso, declarar la nulidad parcial si alguna estipulación transgrede el objeto reservado para las convenciones, y si esta es separable del resto, manteniendo incólume el resto de la convención matrimonial.

4.3. Objeto

El régimen vigente amplía –parcialmente– el objeto tradicional de las convenciones matrimoniales. Los futuros cónyuges pueden pactar:

- a) *La designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio.* Es un medio para preconstituir la prueba en relación con el carácter de los bienes inventariados y así evitar cuestionamientos futuros.¹⁸
- b) *La enunciación de deudas.* Es otra forma de acreditar su existencia y así, al momento de la extinción de la comunidad, se transforma en el derecho de recompensa que tiene el cónyuge si una deuda personal del otro fue solventada con fondos gananciales (arts. 489, 490 y 468).
- c) *Las donaciones que se hagan entre ellos.* Este tipo de donaciones se rige por las normas relativas al contrato de donación y solo tienen efecto si el matrimonio se celebra.¹⁹ La convención pre matrimonial es la oportunidad que tienen los contrayentes para hacerse donaciones, ya que luego de celebrado el matrimonio, rige para ellos la prohibición del artículo 1002, inciso d), si quedan sujetos al régimen de comunidad. Esta limitación no rige si su régimen es el de separación.

Si el matrimonio no se celebra, todas las donaciones contenidas en la convención o fuera de ella pero en miras al futuro matrimonio podrán considerarse pagos sin causa y el donatario deberá restituir lo donado y sus accesorios. Las donaciones que, en razón del matrimonio futuro, les efectuaron los terceros también llevan implícita la condición de que el matrimonio se celebre y sea válido (art. 452); si no se celebra, deberán restituírsele al tercero los objetos donados.

El plazo de validez de la oferta de donación que un tercero haga a uno de los novios o a ambos se fija en un año; transcurrido, queda sin efecto si el matrimonio no se celebra. La oferta puede ser revocada antes de ser aceptada.

- d) *La opción que los futuros esposos hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos.* Los contrayentes solo pueden optar como estatuto regulador de sus relaciones patrimoniales por el de separación de bienes; si no celebran capitulación prematrimonial quedarán sujetos al régimen de comunidad.

18. Principalmente, en el proceso de liquidación de la comunidad, sobre la calidad propia de los bienes, en especial si son bienes no registrables (dinero, joyas, obras de arte), en la cuantificación de las recompensas, etc. De conformidad con el art. 466 CCCN, se presumen gananciales los bienes al momento de la extinción de la comunidad, salvo prueba en contrario.

19. El art. 451 CCCN refiere a las donaciones efectuadas en la convención; el 452, a las donaciones efectuadas por terceros o entre novios fuera de la convención, con respecto a los efectos de las mismas frente a la celebración o no del matrimonio. Consideramos que la referencia del art. 451 es innecesaria, ya que el art. 448 aclara que las convenciones matrimoniales solo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio y en tanto no sea anulado.

4.4. Capacidad

Para celebrar las convenciones prematrimoniales y matrimoniales, la capacidad se determina por la aptitud nupcial y la general para otorgar actos de administración y disposición. Los sujetos de la convención matrimonial son los esposos mayores de edad con vínculo vigente.²⁰ Como acto bilateral, es suficiente que uno de los cónyuges sea incapaz para impedir su celebración.

Los menores de edad pueden contraer nupcias con autorización de sus representantes legales si tienen más de dieciséis años o con dispensa judicial si falta la mencionada licencia o si no han alcanzado la citada edad (art. 404, 645 CCCN). El artículo 28 del Código es el que limita los actos que el menor emancipado puede realizar: enumera aquellos que no puede llevar adelante ni aún con autorización judicial, y entre ellos se encuentra el de hacer donaciones de los bienes que hubiere recibido a título gratuito (inc. b). Los menores que han sido autorizados judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención ni optar por el régimen de separación de bienes (art. 450 CCCN).

El **anteproyecto** disponía que todas las personas menores de dieciocho años debían solicitar autorización judicial para contraer matrimonio, pero en el trámite parlamentario²¹ se introdujo la modificación que estableció las dos categorías de autorizaciones (art. 404 CCCN) según que el menor de edad no haya cumplido los dieciséis años y que para casarse requiere dispensa judicial, del menor de edad de dieciséis o diecisiete años, que podrá contraer nupcias con la sola autorización de sus representantes. Este último supuesto no se encuentra contemplado en la restricción del artículo 450, por lo que cabría interpretar que podrían celebrar convenciones matrimoniales optando por el régimen alternativo o efectuar donaciones al contrayente.²²

No obstante este criterio, la doctrina mayoritaria considera que la prohibición de efectuar la opción por el régimen patrimonial y efectuar donaciones en la convención matrimonial es para todos los menores de edad que hayan contraído matrimonio, con autorización judicial o parental. Dichas prohibiciones –taxativas– rigen hasta alcanzar la mayoría de edad y si los menores hubieran obtenido la autorización

20. La edad de los contrayentes es una limitación tenida en cuenta por la mayoría de las legislaciones del derecho codificado, aunque con variantes. En algunos países, se impide la opción a los menores sin distinción; en otros, se les permite optar por intermedio de su representante, con homologación judicial; mientras que otros ordenamientos le impiden la opción a los menores de determinada edad. Ver MEDINA, Graciela, “El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 1/11/2012, AR/DOC/5230/2012.

21. [N. del E.: ver [aquí](#) información sobre el trámite parlamentario; asimismo, el lector podrá confrontar: a) el CCCN sancionado por [Ley 26994](#); a) el **texto** con media sanción del Senado en noviembre de 2013; b) el **proyecto** elevado por el PEN a través del Mensaje N° 884 del año 2012, b) el **anteproyecto** elaborado por la comisión redactora elevado a consideración del PEN en ese mismo año; c) sus **fundamentos**; d) el **proyecto** de 1998].

22. El **CCIV** (art. 1222) permitía que los menores de edad pudieran hacerse donaciones en las correspondientes convenciones matrimoniales, concurriendo a su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesitaba para contraer nupcias.

judicial para casarse siendo menores de edad y se casaran luego siendo mayores, la restricción no operaría.²³ Ninguna limitación se ha previsto para los mayores de una determinada edad, partiendo de la base de que la capacidad es la regla en materia de derecho civil.²⁴

4.5. Pluralidad de regímenes

Tanto el proyecto de reformas como el proyecto de Código Civil mantuvieron como régimen legal el de comunidad de ganancias. En el primero, se permitió elegir entre el de separación de bienes y el de participación en las ganancias; en el segundo, la única opción es por el de separación de bienes.²⁵ Podemos tomar diferentes criterios para clasificar los distintos regímenes patrimoniales, y podrá serlo por la inmutabilidad, según la normativa, la propiedad o gestión y administración de los bienes. Nos limitaremos aquí a los siguientes.

4.5.1. Comunidad de ganancias

El espíritu societario lo anima. Se caracteriza por una masa de bienes que pertenece a los esposos, quienes participarán de la buena o mala fortuna del matrimonio. En este régimen, se forma una masa de bienes que, al momento de la disolución, se dividirá entre los cónyuges o entre uno y los herederos del otro. Hay una expectativa común sobre los bienes adquiridos. La titularidad sobre los bienes se vincula al régimen de administración y disposición. No se trata de copropiedad o condominio sobre ellos, y, según su extensión, determina distintos tipos de comunidad.

El principio de administración separada, establecido por el artículo 469 CCCN, retrasa la formación de la masa común hasta que se liquide la comunidad.

23. En caso de que los menores, no obstante la prohibición, hubieran optado por el régimen de separación de bienes, la opción devendrá nula, los esposos quedarán sujetos al régimen de comunidad, y una vez llegados a la mayoría de edad, podrán confirmar el acto. La única convención que pueden celebrar es para casos de avalúo de bienes y deudas.

24. Si la capacidad de personas de edad avanzada se reduce por disposición judicial por insuficiencia o debilitación de sus facultades psíquicas, podrá ser interdicta y la sentencia que la declare determinará la extensión y límites de la interdicción; especificará los actos que pueda realizar por sí o con asistencia de apoyos, considerando el sistema de incapacidad gradual.

25. Las reformas previas han agregado capas legislativas al texto originario del CCIV, muchas veces incoherentes entre sí y cuya compatibilización ha sido una tarea doctrinaria y jurisprudencial bastante ardua. Los regímenes matrimoniales vigentes son el resultado de los mayores cambios en relación a cualquier otro período histórico. La mayoría de las legislaciones contemporáneas sigue el principio de libertad de convenciones matrimoniales, y como excepciones tenemos con régimen obligatorio único a Bolivia, Rusia, República Federal de Yugoslavia, Hungría y otros países socialistas del este; o Portugal, que impone como régimen de separación a los matrimonios *in articulo mortis*; o por la edad de los contrayentes, como en el caso de Brasil, cuando el hombre tiene más de sesenta años o la mujer más de cincuenta. En todos los países existe uno de dichos regímenes que asume un predominio respecto de los restantes, y termina por constituirse en cada país, en un régimen nacional, dominante y tradicional.

Es allí donde los cónyuges actualizan sus expectativas comunes sobre los bienes que la componen. Según la extensión de la masa común (los bienes que integran la comunidad, el porcentaje a dividir a su finalización y la administración), se describen diferentes tipos de comunidad: universal,²⁶ restringida de muebles y ganancias²⁷ y restringida de ganancias,²⁸ que es el vigente en nuestro país.

4.5.2. Separación de bienes

Existe independencia patrimonial entre los cónyuges. El matrimonio no modifica la propiedad de los bienes (no hay masa común partible) y no da a los consortes expectativas comunes sobre ellos. Cada uno conserva la propiedad de los bienes que poseía antes de la celebración de las nupcias y de los que adquiera con posterioridad por título gratuito u oneroso. La administración y disposición es libre, salvo disposición de la vivienda familiar, que forma parte del estatuto primario. Ambos cónyuges tienen exclusiva responsabilidad por las deudas contraídas, excepto las cargas del hogar y ciertos casos de responsabilidad común; no hay calificación de los bienes, ni derechos sobre los bienes del otro, ni derecho a las ganancias.²⁹ Es el sistema que más se acomoda a la plena capacidad de la mujer, a la igualdad de aptitudes de los esposos para producir bienes sin la colaboración del otro.

El fallecimiento de uno de los cónyuges no altera el patrimonio del supérstite; de la misma manera, el divorcio no involucra división patrimonial. Nuestro régimen sucesorio se encarga de otorgarle al supérstite un reconocimiento a la cooperación, el esfuerzo común y la solidaridad al incluirlo como heredero de los bienes propios del causante o permitir mejorarlo vía testamentaria.

26. Este régimen abarca todos los bienes que llevan los cónyuges al matrimonio y los que adquieran después, sin importar el origen. Hay responsabilidad común por las deudas que ellos contraigan. La proliferación de divorcios lo hace actualmente injusto e inaplicable.

27. Los bienes muebles llevados al matrimonio, los frutos de los bienes propios y las ganancias o adquisiciones que realicen los cónyuges durante el matrimonio, son comunes. Los bienes propios son los inmuebles que cada cónyuge lleva al matrimonio y las adquisiciones gratuitas que realicen durante la unión. Se forman tres masas de bienes: los bienes inmuebles propios de la mujer; los bienes inmuebles propios del marido; y los comunes o gananciales formados por los bienes muebles llevados al matrimonio o adquiridos luego y los inmuebles que no sean propios. Los bienes comunes se dividirán al terminar la comunidad entre los esposos, sin atención a su origen.

28. Todas las ganancias o adquisiciones a título oneroso que realicen los cónyuges durante el matrimonio y los frutos de los bienes propios son comunes. Son bienes propios los que sean llevados al matrimonio (sean muebles o inmuebles), o los adquiridos con posterioridad a título gratuito (herencia, legado o donación), o por permuta con otro bien propio o adquirido con el producido de la venta de un bien propio o por causa anterior al matrimonio. Hay tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer, y los gananciales.

29. En muchas legislaciones se han atenuado las consecuencias de la separación a los efectos de proteger el patrimonio familiar común, restringiendo el poder de disposición o el destino final de estos bienes. Nació en el derecho romano, luego se desarrolló en los países del *common law*. Hoy es el régimen opcional en algunos países y en otros el legal básico.

4.5.3. Participación de ganancias

Durante la vida del matrimonio, cada cónyuge mantiene la libre administración y disposición de sus bienes, al igual que en el régimen de separación; pero, al momento de la disolución y a los efectos de equiparar las ganancias obtenidas, quien tuvo menos ganancias tiene un crédito contra el otro, hay un reparto de ganancias.³⁰ Es el sistema que más prestigio ha adquirido en los últimos años, pero no se ha impuesto, por las dificultades que plantea el cómputo de los patrimonios inicial y final.

4.5.4. La opción de mutabilidad del régimen

El Código vigente³¹ establece que los contrayentes pueden elegir exclusivamente uno de los regímenes previstos. No pueden modificar el que eligen, crear uno o substraerse a régimen alguno.³²

Las convenciones son facultativas. Pueden modificarse antes de la celebración del matrimonio, en cualquier momento que consideren y las veces que lo deseen, siempre que se ajusten a las disposiciones preestablecidas. También pueden dejarlas sin efecto y casarse sin convención alguna.

Los cónyuges pueden cambiar el régimen patrimonial matrimonial aplicable (comunidad o separación) luego de la celebración del matrimonio (art. 449 CCCN), pero debe transcurrir al menos un año desde esa fecha (no desde la fecha de la convención matrimonial anterior que incluyera la elección del régimen de separación de bienes, porque el artículo mencionado señala que dicho plazo se cuenta desde la aplicación del régimen, y ello ocurre recién cuando el matrimonio es celebrado) o desde la aplicación del elegido si fuera con posterioridad. Los efectos de las convenciones se producen desde la celebración del matrimonio y siguen su suerte. El cambio de régimen tiene como consecuencias inmediatas la extinción y el cese del régimen anterior, debido al reemplazo por el nuevo.

Las convenciones están sujetas a la primera condición, que es la celebración del matrimonio válido. También pueden establecerse condiciones distintas siempre que

30. Se valúan los bienes aportados al matrimonio, se comparan con los bienes del patrimonio al momento de la disolución y la diferencia entre esos valores da como resultado la pérdida o ganancia de cada uno durante el matrimonio, equiparándose las ganancias obtenidas.

31. En el CCIV, los pactos prenupciales no podían ser modificados luego de celebrado el matrimonio (art. 1219). Los motivos de esta inmutabilidad eran evitar que el marido abusara de su autoridad para imponer a su mujer que durante el matrimonio lo favoreciera con beneficios o ventajas; para seguridad de los terceros que efectuaban donaciones *propter nuptias* teniendo en mira la vigencia de un determinado régimen matrimonial elegido en el contrato original; y para que estos no vieran alterada la garantía de sus créditos por cambios sobrevenidos.

32. En el derecho español, está permitido modificar, sustituir o pactar cualquier disposición relativa al mismo. [N. del E.: ver Código Civil de España [aquí](#)]. En el régimen francés, análogo y anterior al español, los consortes pueden convenir estipulaciones especiales que deroguen el régimen. [N. del E.: ver Código Civil de Francia [aquí](#)].

no sean prohibidas, contrarias a la moral o las buenas costumbres, o que dependan exclusivamente de la voluntad del obligado (art. 344 CCCN). Se tendrán por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona (p. ej., elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil, o cambiar o no de género – esta última no esté incluida expresamente–). Las condiciones podrán ser suspensivas o resolutorias.³³ Los futuros esposos pueden acordar sujetar el régimen de comunidad o el de separación de bienes a un plazo, que no podrá ser menor a un año, ya que es el mínimo de vigencia de cualquiera de esos regímenes.³⁴

Pensamos, con Mazzinghi, que una convención podría contener un pacto relativo a la explotación o el destino de un establecimiento luego de la muerte de uno de los cónyuges, en el marco del artículo 1010 (segundo párrafo) y en la medida en que no se vean afectados los derechos de algún heredero legítimo. Aun cuando no fuere una estipulación permitida por el artículo 446, puede ser considerada de naturaleza contractual como un pacto sobre herencia futura permitido.

El acuerdo de cambio de régimen debe ser bilateral y no se permite la imposición del cambio por uno solo de los esposos. No existe límite a la cantidad de veces que los esposos pueden modificar el régimen económico, únicamente que dicha modificación solo puede ser practicada luego de transcurrido el plazo legal. Para una doctrina,³⁵ debió existir un límite de cambios expreso para evitar la inseguridad jurídica que provocaría frente a terceros acreedores de los cónyuges, opinión que no compartimos.³⁶ El cambio de régimen no es en sí fraudulento, aunque responda a la motivación de proteger razonablemente el futuro del patrimonio de los esposos.

33. Consideramos aplicables cláusulas como en España, donde se aceptan las condiciones suspensivas o resolutorias o los plazos, por ejemplo: si se tienen o no hijos, si uno de los cónyuges llega a ejercer profesión u oficio, etc.

34. En la doctrina española, CASTAN TOBEÑAS enseña que “no parece haber inconveniente para admitir la validez del término inicial o final [...] si los cónyuges han acordado determinado régimen por cierto tiempo de duración, habrá que entender que antes del vencimiento del plazo estarán obligados a pactar de nuevo, y si no lo hacen, que regirá el legal; por el contrario, si acuerdan antes de casarse que el régimen que convienen solo regirá a partir de tal año de su matrimonio, ello equivaldrá a acogerse al régimen de gananciales hasta que llegue tal momento”. (Citado por MEDINA, Graciela, ob. cit. [cfr. nota 20]).

35. SAMBRIZZI, Eduardo A., “Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/11/2014 (t. 2014-F, p. 757, AR/DOC/3941/2014). ROVEDA, Eduardo G., “El régimen patrimonial del matrimonio”, en Rivera, Julio C. (dir.) y Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp. 349-369.

36. En igual sentido, ver SOLARI, Néstor E., “La elección del régimen patrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, N° 46, 2015, pp. 18-19. Según Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, podrían darse varias posibilidades en la legislación: a) plena libertad sin límites en cuanto al número de cambios, con régimen conveniente de publicidad (Dinamarca, Escocia, España, Finlandia, Francia, Israel, México, Noruega, Holanda, Suiza, Turquía, Alemania, Polonia); b) elegido un régimen en la convención nupcial, solo puede cambiarse por el legal supletorio; c) inmutabilidad del régimen oportunamente elegido (Bélgica, Brasil, Uruguay, Japón, Sudáfrica y países de la denominada África negra). (“Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al Código Civil [Decreto 468/1992], en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1993-IV, p. 842 [en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. 0003/011997]).

Para que pueda ser calificado de fraudulento, el acreedor debe ser de causa anterior a la convención, salvo que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores y que la convención haya causado o agravado su insolvencia, conociéndolo el otro cónyuge.

Garrido de Palma³⁷ sostiene que el notario tiene una actuación cautelar, de protección preventiva, que ha de procurar que la modificación del régimen de capitulaciones posnupcias sea en interés genuino de la familia y sin perjudicar los derechos de terceros. Las causas que podrían llevar a los cónyuges a optar por otro régimen podrían ser: a) alteración de la tipología familiar; b) modificación de la residencia familiar; c) variación de circunstancias profesionales o actividades de uno u otro cónyuge; d) previsión de reveses de fortuna o de riesgos profesionales o políticos en la actividad de uno de ellos y el deseo de que el consorte no los comparta o sufra, separando patrimonios; e) discrepancias en la dirección económica del patrimonio familiar; f) disminución de la capacidad física o mental del cónyuge gestor del caudal común o del que viniera rigiendo el suyo privativo; g) separación de hecho de los cónyuges o su propósito de separarse o divorciarse.³⁸

El régimen patrimonial solo puede modificarse por escritura pública y anotarse marginalmente en el acta de matrimonio para producir efectos frente a terceros (art. 449). Justamente, en miras a esa protección de los terceros, se prevé que los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año, a contar desde que lo conocieron. Este plazo de caducidad puede generar una inseguridad importante, ya que no se cuenta desde la anotación marginal sino desde que el acreedor conoció efectivamente la modificación.

5. Régimen patrimonial primario

La igualdad en la solidaridad y la dependencia recíproca dan lugar a la aparición de un régimen primario, también llamado estatuto patrimonial de base o estatuto fundamental, a través del cual se pretende un equilibrio entre la libertad de los esposos y la protección mínima del grupo familiar, cualquiera sea el régimen secundario que hayan elegido. Es posible elegir este último pero prohibido derogar el primero.

Se contemplan una serie de pautas inderogables comunes a todos los estatutos de *disciplinamiento* matrimonial, con las que pretende concretar la protección mínimamente indispensable a la institución familiar. Estas normas, de naturaleza im-

37. GARRIDO DE PALMA, Víctor M., "La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial", en Delgado de Miguel, J. F. (coord.), *Instituciones de derecho privado*, t. 4, v. 1, Madrid, Civitas, 2001, p. 213.

38. Ver VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna" (conferencia en la inauguración del XXV Curso de Perfeccionamiento de la Abogacía, Secretaría de Práctica Jurídica).

perativa, permanente y de orden público, prevén un deber de contribución de los cónyuges para afrontar las cargas del hogar y los gastos propios de los hijos; la responsabilidad por la actividad de cada cónyuge, según que la obligación se haya generado o por el beneficio que produjo o pudo producir para la familia, etc.,³⁹ advirtiéndose que fuera de los casos previstos –excepto disposición en contrario– ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

5.1. Deber de contribución

5.1.1. Objeto

El Código fija cómo contribuirán los consortes a las necesidades económicas de la familia (entendida en sentido restringido a cónyuges e hijos) y del hogar.

- *Hogar*: Debe entenderse como sede de la familia, ya sea que esta resida en una vivienda construida sobre un inmueble propio de uno u otro cónyuge, o una edificación locada de manera constante u ocasional (habitación de hotel o pensión); incluso la residencia en una casa ambulante (circo o caravana).⁴⁰
- *Hijos*: Se introduce expresamente la asistencia y obligación alimentaria no solo entre los cónyuges sino también hacia los hijos en común o a los hijos menores de edad con discapacidad o capacidad restringida de uno de ellos que convivan en el hogar (art. 676 CCCN). La contribución respecto de los hijos comunes se extiende: a) en el caso de los incapaces, mientras dure la incapacidad; b) hasta los veintiún años, aun cuando no convivan con sus padres y siempre que no cuenten con recursos suficientes para proveérselos a sí mismos (art. 658); y c) hasta los veinticinco años si prosiguen sus estudios o se capacitan en un arte u oficio (art. 663), siempre que no puedan sustentarse de manera independiente. El deber de contribución hacia los hijos de uno solo de los cónyuges cesa si concluye la convivencia en el hogar común⁴¹ y no se extiende al perfeccionamiento o los estudios de los mayores de edad menores de veinticinco años.
- *Familiares*: El estatuto fundamental no comprende la manutención de otros familiares a cargo de uno de los cónyuges. No obstante, según destaca Medina,

39. Tanto el proyecto de código elaborado por la comisión designada por Decreto 468/1992 como el *redactado* por la Comisión designada por Decreto 685/1995 proponían una regulación fundamental o base.

40. MEDINA sostiene que el hogar puede ser normal o transitorio; p. ej., cuando se traslada por motivos laborales, de enfermedad o estudio y reside en un lugar que no es el habitual.

41. Esta obligación se correlaciona con la obligación alimentaria instituida al progenitor afín que vive con el progenitor biológico que tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente (art. 676 CCCN) y el deber de cooperar en su crianza y educación, realizar actos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones en caso de urgencia. Ver LAMBER, Néstor D., [comentarios] en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 407-410.

en el supuesto de que se encuentren en el hogar común transitoriamente, los gastos pueden ser considerados como propios del sostenimiento del hogar.

- *Alimentos*: El artículo 659 CCCN establece una enumeración –que consideramos meramente enunciativa– de las necesidades de los hijos, que incluye la manutención, la educación, el esparcimiento, la vestimenta, la habitación, la asistencia, los gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Pero, ampliándolos a la familia, comprende los bienes y servicios para cubrir las necesidades vitales como el entretenimiento, el transporte, los suministros corrientes, el servicio doméstico, las reparaciones ordinarias.

5.1.2. Forma

Basada en la igualdad entre los esposos, se regula la obligación de los cónyuges de contribuir con todo su patrimonio a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos sin que importe el origen de la deuda o el cónyuge contratante. La forma de la contribución será en proporción a sus recursos.⁴²

El pasivo del régimen económico matrimonial tiene dos aspectos: con qué bienes responden los cónyuges frente a sus acreedores (obligación o pasivo provisorio) y quién soportará, en definitiva, el peso de la deuda en la relación interna matrimonial (contribución o pasivo definitivo).

En un principio, la unidad de responsabilidad frente a los acreedores se vinculaba al régimen de unidad de administración en cabeza del marido (art. 1275 CCIV). La Ley 11357 (arts. 5 y 6) introdujo la regulación de la responsabilidad de cada cónyuge frente a sus acreedores, estableciendo su separación en función de la titularidad de los bienes. Cada uno respondía por sus deudas con los bienes propios y gananciales adquiridos y que administraba,⁴³ sin que los acreedores pudieran extender la responsabilidad a los del otro. Solo en ciertos casos podía extenderse, en forma limitada, a los frutos del patrimonio del que no contrajo la obligación (art. 6) y este no podía impedir la ejecución íntegra de un bien ganancial de su cónyuge,⁴⁴ limitación que hoy es superada por la solidaridad en la responsabilidad solo en cuanto a las deudas enmarcadas en el deber de contribución primario.

- *Extensión*: El límite de hasta dónde cada cónyuge responderá con todo su patrimonio en esta solidaridad familiar que impera en el estatuto fundamental frente a los acreedores dependerá de evaluar y determinar una serie de elementos característicos sobre los que no hay uniformidad de opiniones. Medina sin-

42. El art. 1300 CCIV establecía que la contribución era proporcional a los bienes de cada cónyuge.

43. CNCiv., Sala C, 28/11/1995, “N., R. c/ R., R.” (*La Ley*, t. 1996-C, 123; AR/JUR/1744/1995): la responsabilidad por deudas es propia del cónyuge que las contrajo y afecta su patrimonio, sin importar el carácter de los bienes.

44. CNCom., en pleno, 19/8/1975, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Sztabinski, Simón s/ ejecutivo” (*El Derecho*, t. 63, p. 496 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

tetiza en el fin del gasto su razonabilidad en relación al estándar de vida de la familia, que se trate de necesidades ordinarias y sean gastos usuales.

- *Proporción de la contribución de cada esposo*: Los aportes de uno y otro consorte no se regulan desde el punto de vista económico, ni con la determinación de una cuota, sino con el aporte con el que deben contribuir a diario para el sostenimiento de las erogaciones habituales y propias de la convivencia familiar. Cada cónyuge contribuirá en la medida de sus recursos económicos. Estos aportes pueden ser tanto económicos como mediante el trabajo en el hogar o personal en general (colaborar en la actividad del otro), aunque lo complejo aquí es cuantificar el trabajo personal en el hogar (inciden las capacidades físicas y espirituales y la disponibilidad de tiempo).

5.1.3. Exigibilidad

El deber de contribución puede presentarse en su faz externa (relación con acreedores) o subsistir en la órbita interna de las relaciones entre cónyuges. A diferencia de la legislación anterior, donde cobraba vigencia al tiempo de la disolución de la comunidad, ahora la exigibilidad es constante, ya que el cónyuge incumplidor puede ser demandado judicialmente por su consorte para que cumpla con su deber de contribución (art. 455 CCCN). No se establece el momento en el que puede ser pasible el reclamo, pero las características y naturaleza de la obligación harán a la inmediata y necesaria celeridad resolución judicial.

5.1.4. Responsabilidad solidaria

El artículo 461 CCCN rige el aspecto externo de las deudas de los cónyuges respecto de los acreedores y determina como principio general que “ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro”, sea cual fuere el estatuto económico. Pero también incorpora la solidaridad entre los cónyuges para responder con todo su patrimonio cuando las obligaciones sean contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes y no comunes que convivan con ellos, además del sustento propio.⁴⁵

45. Por atención de las necesidades del hogar se entiende asistencia médica del grupo familiar, adquisición de muebles para el hogar, vestimenta para los hijos y los cónyuges, gastos de vacaciones familiares, la obligación contraída para la adquisición del inmueble donde se radica el mismo (el acreedor que no tiene garantía hipotecaria sobre el bien o es insuficiente, puede procurar el cobro de su acreencia de los frutos del otro cónyuge); si hay convivencia. La educación de los hijos abarca pago de aranceles de colegios, profesores particulares, compra de material escolar, gastos por actividades deportivas o recreativas. El término *hijos* abarca los hijos comunes, los de un matrimonio anterior y extramatrimoniales de un cónyuge que integren y convivan con el grupo familiar (ver CNCiv., Sala C, 21/12/1995, “D. la A., M. C. c. R., U” [La Ley, t. 1996-D, p. 467]). Con respecto a los ascendientes de uno de los esposos, los alimentos debidos obligarán al cónyuge del deudor cuando exista convivencia de aquellos con el matrimonio. Con respecto a la conservación de los bienes comunes, no hay coincidencia doctrinaria, pero la mayoría opina que se trata de los bienes gananciales de cualquiera de los cónyuges. Ver FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo, *Régimen de bienes del matrimonio*, Buenos

Como se trata de una excepción al principio general, el criterio de interpretación es restrictivo y no puede extenderse a otros supuestos no contemplados expresamente. Estará a cargo del acreedor probar que la obligación asumida por uno de los cónyuges es para solventar cargas familiares.⁴⁶ Es un caso de responsabilidad por deuda ajena y es concurrente; el acreedor no debe agotar los bienes del cónyuge contratante para luego realizar los bienes del otro.⁴⁷

5.2. Inejecutoriedad de la vivienda

La protección de la vivienda habitual de la familia es uno de las novedades del **Código**; supera el régimen de vivienda del artículo 244, ya que no solo se la protege de los actos de disposición que realice uno de los cónyuges o convivientes, sino que se la ampara de la agresión externa de los terceros acreedores. La razón de la protección es ponderar el derecho constitucional a la vivienda –incluido el matrimonio sin hijos–, presumiéndose el carácter familiar.⁴⁸ Esta protección legal no requiere registro previo ni publicidad jurídica alguna.

5.2.1. Aplicabilidad

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o de la inscripción de la unión convivencial, excepto que la deuda haya sido generada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el asentimiento del otro (arts. 456 y 522). Pero si la deuda de uno de los cónyuges se generó con anterioridad al 1 de agosto de 2015 (p. ej., accidente automovilístico ocurrido el 1 de marzo de 2014) y el matrimonio se celebró en 2010, época desde la cual residen en su vivienda familiar, ¿habrá de primar el derecho constitucional a la vivienda o el derecho del acreedor anterior a la entrada en vigencia del Código que refleja específicamente la manda constitucional? A nuestro criterio, el derecho a la vivienda es un derecho constitucional fundamental del hombre, de vital necesidad, de disfrutar de un espacio habitable suficiente para desarrollar su personalidad y que debe ser protegido.⁴⁹ La

Aires, *La Ley*, 2006, p. 136. En caso de reparación de bienes propios, solo responde el cónyuge que contrajo la deuda, aunque se trate de una carga de la sociedad conyugal.

46. LAMBER, Néstor D., ob. cit. (cfr. nota 41), p. 461.

47. El cónyuge no contratante solo discutirá si la deuda encuadra dentro del deber de contribución familiar, ya que no es parte en el juicio según la jurisprudencia.

48. Coincidimos con MEDINA en que el inmueble puede ser ejecutado por deudas que deriven de tasas, contribuciones, expensas, obligaciones por reformas en el inmueble, ya que se entiende que ambos han asentido la prestación o la mejora o se han beneficiado con ella, porque hacen al sostenimiento del hogar familiar y los cónyuges responden solidariamente con su patrimonio.

49. En este sentido, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI predica que el art. 456 también rige para las obligaciones contraídas antes del 1 de agosto de 2015, porque la vivienda familiar integra el bloque de constitucionalidad

claridad del precepto se empaña con la realidad práctica, que deberá dirimirse en una prudente apreciación judicial entre ambos derechos constitucionales.⁵⁰

5.2.2. Extensión dinámica de la vivienda común

El concepto de vivienda familiar debe interpretarse en sentido amplio, dinámico e integral, resguardando *ministerio legis* el derecho sobre la vivienda y también el derecho a la vivienda. Así, se entiende como vivienda la propia de uno de los cónyuges donde resida el hogar conyugal; el inmueble de propiedad de ambos o alquilado, prestado, usufructuado, entregado como parte de pago de un contrato de trabajo; el mueble, casa rodante o embarcación donde los cónyuges residan habitualmente; el lugar donde cada uno de ellos resida cuando han resuelto no cohabitar.⁵¹

La singularidad de la protección no reside en que hayan de ser los cónyuges cotitulares de la propiedad o del inquilinato, sino en la indisponibilidad de los derechos de un esposo por voluntad unilateral. De tal modo, el cónyuge arrendatario no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad, traspasarlo, cederlo en los casos que la ley o el pacto lo permiten, subarrendar, etc. Este criterio dinámico de vivienda familiar no alcanza viviendas o residencias alternativas o secundarias, como la casa de fin de semana o de vacaciones.⁵²

5.2.3. Cosas muebles

La inejecutoriedad de la vivienda familiar incluye los muebles indispensables (ajuar y mobiliario de uso ordinario siempre que subsista como tal) frente a deudas contraídas luego de celebrado el matrimonio.

(*La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 136).

50. La Corte Suprema de Justicia advierte que en la tensión entre los derechos constitucionales de propiedad y protección de la vivienda, el legislador no se ha desentendido de los derechos de ambas partes de la relación jurídica, además de contemplar el del deudor a no verse privado de su vivienda por causa de la emergencia; procura que, al percibir su crédito, el acreedor sufra el menor perjuicio patrimonial posible en el contexto descripto. (CSJN, 15/3/2007, “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra y otro s/ ejecución hipotecaria” [*Fallos*, t. 330, p. 855 {ver texto completo [aquí](#)]}).

51. MEDINA, Graciela, ob. cit. (cfr. nota 20).

52. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI señala que en la *Family Home Protection Act N° 27 de Irlanda*, del 12/7/1976, el término *vivienda* (*dwelling house*) incluye cualquier edificio, vehículo, nave, estructura móvil o inmóvil o parte de ellos, utilizados como vivienda, así como las porciones de terreno, jardines, etc. unidos a la misma y utilizados usualmente con la vivienda. (*La protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 181).

5.2.4. Prueba

Las primeras interpretaciones notariales –posición en la que nos enrolamos– sostienen que no es causa de observación del título del bien transmitido la ausencia de asentimiento si el cónyuge o conviviente titular del inmueble manifiesta que el mismo no constituye vivienda familiar.⁵³ Si eventualmente el cónyuge no titular cuestionase el acto, estará a cargo del disponente probar que dicho bien prescinde del asentimiento por no verse afectado el interés familiar.

5.3. Asentimiento

El **Código** prevé un tratamiento diferencial para el asentimiento según las circunstancias: el asentimiento del cónyuge para enajenar o gravar bienes gananciales, el asentimiento del cónyuge o del conviviente para disponer los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de esta o transportarlos fuera de ella, y el asentimiento del cónyuge o del conviviente para desafectar y cancelar la inscripción del inmueble del régimen de vivienda (art. 255 CCCN). Es una declaración de conformidad con un acto concluido por otro, una declaración de voluntad que no forma parte del supuesto de hecho del acto o negocio principal, sino condición jurídica para su validez.

Quien lo presta no codispone, ni asume responsabilidad ni deuda por ese acto; el único que dispone es el titular. Esto se advierte nítidamente en el artículo 456 CCCN *in fine*, cuando distingue que el acto haya sido contraído “por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”. El cónyuge no titular no puede decidir sobre el acto de disposición porque no es parte en el negocio (no se solicita por él certificado de anotaciones personales para disponer), ni podrá exigir la mitad del producido de la venta si se trata de un bien ganancial, pues este ingresará a la masa de administración del disponente. Solo asiente o niega, o se podrá solicitar la venia judicial supletoria por el cónyuge titular.

Se exige el asentimiento para los actos *inter vivos* (no en disposiciones de última voluntad) que pretenda realizar el cónyuge titular del bien.⁵⁴ No hay imposición normativa en cuanto a la forma de su otorgamiento (podrá ser por instrumento público o privado, incluso verbalmente [art. 262]), pero se impone la escritura pública cuando el acto que lo requiera deba ser formalizado con esa forma (art. 1017). Puede ser otorgado simultánea o anticipadamente y revocado hasta el otorgamiento

53. 38 Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 2013) [N. del E.: ver despachos [aquí](#)]. 39 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2012).

54. Cám. 1ª Civ. y Com. de La Plata, Sala II, 13/6/1972 (*El Derecho*, t. 44, p. 543); CNCiv, Sala B, 7/5/1996, “M., J. c. P., H. y otro” (*La Ley*, t. 1996-D, p. 732). Los casos de expropiación o de ejecución forzada no quedan comprendidos en la previsión.

del acto de disposición (art. 459, 1^{er} párrafo, *in fine*).⁵⁵ El asentimiento anticipado requiere contener no solo el acto para el que se otorga sino también sus elementos constitutivos: precio, plazos para el pago, entrega de la posesión, etc. (art. 457). Junto con la restricción impuesta para que un cónyuge otorgue poder al otro para darse a sí mismo el asentimiento en los casos del artículo 456 (art. 459), se busca evitar el asentimiento general anticipado.⁵⁶

5.3.1. Asentimiento y vivienda familiar

Se protege imperativamente la sede de la vivienda familiar con los muebles que lo conforman y se deja de lado la denominación de *hogar conyugal*, por no abarcar las uniones convivenciales. No se permite disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y tampoco se admite transportar el mobiliario fuera de ella. *Disponer de los derechos sobre la vivienda* es más abarcador que *actos de disposición*, dado que engloba tanto actos disposición de contenido real (venta, permuta, constitución de derechos reales de garantía) como actos de disposición de tipo personal (locación, comodato, cesión de boleto).

Es intrascendente para proteger a la vivienda familiar la existencia de hijos menores o incapaces; es suficiente con el matrimonio (sin que importe el régimen económico) o la unión convivencial inscripta y su habitación en el bien. La protección de la vivienda procede sin que importar tampoco que la titularidad del inmueble se encuentre en uno de los integrantes del matrimonio o en la unión o en un tercero. El fin tuitivo integral a la familia se centraliza en la garantía constitucional del derecho de acceso a la vivienda, extendiéndose a cada uno de los muebles indispensables que la integran. Se evita de esta manera que uno de los cónyuges disponga forzosamente del bien sede familiar, eludiendo la restricción a la facultad de disponer impuesta, como también de las deudas reales o simuladas contraídas por uno de ellos con posterioridad a la celebración del matrimonio.⁵⁷ Distinto es el supuesto en el que se pretende la desmembración del dominio (constitución de usufructo, uso, habitación o servidumbre); si bien se exige este asentimiento para cuando se pretenda gravar o enajenar el bien, consideramos que es extensivo para estos casos si se afecta la vivienda familiar.

55. Se ha admitido el asentimiento tácito si ambos cónyuges comparecen juntos a la escritura de constitución de hipoteca (Cám. Civ y Com. de Rosario, Sala II, 29/8/1969 [*El Derecho*, t. 33, p. 598]).

56. Se sanciona la actitud fraudulenta de un cónyuge que pretende burlar las legítimas expectativas del otro cónyuge a participar en la división por mitades de los bienes gananciales. (Cám. Civ. Com. Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala II, 1/2/2016, "G., A. M. c/ M., H. T. s/ ordinario [microjuris.com, MJ]-JU-M96924-AR]).

57. Graciela MEDINA plantea el interrogante si correspondería requerir este asentimiento cuando uno de los cónyuges va a vender el inmueble con reserva de usufructo, pronunciándose en forma negativa porque si bien el acto encierra un acto de disposición, la reserva de usufructo preserva los derechos sobre el bien (ob. cit. [cfr. nota 20]).

5.3.1.1. Nulidad

En aquellos actos en los que se disponga sin el asentimiento previsto en el artículo 456, el Código prevé la posibilidad de demandar su nulidad o la restitución de los muebles dentro del plazo de seis meses de haber conocido la situación,⁵⁸ término de caducidad que no puede extenderse más allá de los seis meses de haberse extinguido el régimen matrimonial.

Preocupa la situación jurídica dinámica en la que quedarán los inmuebles objeto de un acto dispositivo (venta) cuando el vendedor no cuente con el asentimiento previsto en el artículo 456 CCCN, en particular cuando el primer adquirente lo vuelva a transmitir. Este asentimiento está impuesto, no en protección del interés de un cónyuge regido por la comunidad de gananciales, sino en el interés supremo de la familia. Por ello, se impone la sanción de nulidad por sí sola, que en un primer momento queda bajo el contralor del cónyuge (o conviviente) no titular del bien pero que en los casos de omisión, negativa injustificada o imposibilidad, el Estado asume como potestad y el órgano judicial pasa a desarrollar la función tuitiva.

El artículo 392 CCCN incorpora una protección para ese subadquirente al establecer que todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. La autoridad judicial evaluará si la adquisición de ese tercero se realizó a título oneroso y de buena fe, para conservarlo en su posición, o si el acto fue a título gratuito o conocía que allí se encontraba la vivienda familiar (mala fe), circunstancias por las que no se aplicará la protección del 392.

La omisión de prestar el asentimiento puede ser subsanada mediante la confirmación expresa que otorgue el cónyuge asintiente a través del acto instrumental que reúna las formas del acto que se sanea (art. 394), con expresa mención de la causa de invalidez y de su voluntad de confirmarlo.⁵⁹

5.3.1.2. Venia judicial

En caso de negativa injustificada a prestar el asentimiento o si el cónyuge está ausente, es persona incapaz o se encuentra transitoriamente impedido de expresar su

58. El art. 506 del [proyecto de 1998](#) fijaba un plazo de un año. En este caso, tratándose de bienes inmuebles o muebles registrables, transcurridos los seis meses contados desde la venta inicial, creemos que debe considerarse suficiente la publicidad registral prevista en el art. 1893 CCCN y la posesión pacífica otorgada al subadquirente.

59. Los actos de obligación no provocan por sí mismo la pérdida o gravamen de un derecho, sino que solo obligan a ellos, solo produce relaciones obligatorias. Se ha decidido que si se prevé que sería prestado en el momento de firmarse la escritura, constituye un contrato preliminar en el cual el titular ofreció el hecho de un tercero, sin el cual no puede otorgarse válidamente la escritura. CNCom., Sala A, 23/11/1976 (*El Derecho*, t. 73, p. 229).

voluntad, y si no está comprometido el interés familiar, se puede solicitar la venia judicial supletoria y el juez se limita a dar su autorización. Esta solo puede ser dada para que el cónyuge titular disponga, pero no es válida para autorizar al no titular a realizar el acto de disposición. La jurisprudencia ha coincidido en que cuando el acto priva al cónyuge o a sus hijos de la habitación, contraría el interés familiar, y la autorización solo procede si se otorga otro hogar de comodidad suficiente según el estándar de la vida familiar.⁶⁰ El acto otorgado con esta autorización judicial no requiere ratificación posterior ni suscripción por parte del cónyuge que debió prestar el asentimiento. Es un acto eficaz y oponible al cónyuge.

La distinción que opera entre el asentimiento requerido en relación con la vivienda familiar y su mobiliario y el previsto en el artículo 470 radica en que, en este último caso, el asentimiento se asimila a un control de mérito fundado en las expectativas de la participación común en los gananciales y de la disolución del régimen y prevenir que un cónyuge pueda sustraer sin control alguno y deliberadamente bienes de significativo valor económico del haber común.

5.3.2. Asentimiento y bienes gananciales

Dentro del régimen de comunidad se busca proteger al cónyuge no titular de los bienes, contra los actos del otro que por fraude, ignorancia o impericia tiendan a disminuir el patrimonio ganancial en forma no razonable o lo pongan en peligro; a diferencia del supuesto anterior analizado de la protección del interés familiar.

El artículo 470 CCCN se presenta con un principio general, donde aclara que la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Se requiere el asentimiento del otro para “enajenar o gravar” a) los bienes registrables; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública (sin perjuicio de la aplicación del art. 1824); c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios; e) las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.⁶¹ El precepto concluye con una remisión global a lo normado en los artículos 456 a 459, lo que apareja incluso la sanción legal de invalidez para los actos que se celebren sin el asentimiento conyugal.

60. CNCiv., Sala C, 27/5/1986, “M., J. M c/ M., D. M. (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1986-IV, p. 150).

61. Queda cerrada así la discusión de si se requiere el asentimiento para la celebración del boleto de compra-venta. La Sala B de la CNCiv. consideró al boleto como un acto de disposición (14/12/1971 [*El Derecho*, t. 42, p. 608]). Pero, en realidad, hay que distinguir el boleto que obliga válidamente al cónyuge otorgante, quien deberá al momento de la transferencia del dominio, obtener el asentimiento, y si no lo obtiene y el tercero desconocía que era casado o falseó su estado, la obligación en este caso se resolverá. De igual forma, si se obligó a obtener el asentimiento, a excepción que hubieran subordinado la transferencia de dominio a la obtención del asentimiento y luego no se obtiene. Si el cónyuge hubiera prestado el asentimiento en el boleto y luego rehúse prestarlo al escriturar, el adquirente puede demandar la escrituración del asentimiento. Si no fue prestado en el boleto y se rehúsa a darlo en la escritura, el adquirente tiene la acción subrogatoria para lograr la venia judicial. Para otros, la acción en este último caso es directa.

5.3.3. Asentimiento y bienes gananciales

Todo acto de disposición que se refiera a los bienes gananciales enumerados no queda librado a la sola potestad del titular, sino que requiere el asentimiento del cónyuge, aun extinguida la comunidad, ya que durante la indivisión poscomunitaria, si los excónyuges no acuerdan las reglas de disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad (art. 482 CCCN). Se impone en esta etapa la obligación de informar con antelación razonable la intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria.

5.3.4. Asentimiento y poder

¿Puede un cónyuge conferir poder especial al otro para que se otorgue a sí mismo el asentimiento previsto en el artículo 470 cuando dicho poder contiene los elementos específicos y constitutivos del acto? La respuesta merece un análisis integral, aunque anticipamos nuestra respuesta afirmativa.⁶²

Literalmente, el artículo 470 CCCN *in fine* remite genéricamente a los artículos 456 a 459. Una lectura apresurada del artículo 459 nos conduciría a considerar la imposibilidad de admitirlo. Pero esta disposición se inicia admitiendo la posibilidad de otorgarse poderes entre ellos para ejercer facultades referidas al régimen matrimonial, permisión que corresponde sostener frente al artículo 1002, inciso d),⁶³ con la restricción de que no se admiten para darse el asentimiento a sí mismo “en los casos en los que se aplica el artículo 456”. Es decir, fuera de este supuesto, el apoderamiento se encuentra admitido, lo que afirma el artículo 375, inciso b. Se establece la imposibilidad de otorgarse poderes irrevocables entre ellos en este sentido, ya que la facultad de revocación no puede ser objeto de limitaciones; pero en el supuesto de que exista un tercero (p. ej., comprador), se le puede conferir este tipo de poderes en virtud de lo previsto en el artículo 380, inciso c). Finalmente, se concluye, como regla, que el apoderado no está obligado a rendir cuenta de los frutos y rentas percibidos, salvo convención en contrario.

6. Régimen patrimonial de las uniones convivenciales

Se contemplan los efectos jurídicos de las uniones convivenciales, otorgándoles una regulación específica para todo el país y reconociéndoles el carácter de familia a esos

62. En igual sentido, ver LAMBER, Néstor D., ob. cit. (cfr. nota 41).

63. Jorge H. ALTERINI argumenta que la restricción del art. 1002 inc. d) no puede ser aplicable para casos expresamente permitidos; fundamenta que en el antiguo régimen el contrato de mandato entre cónyuges era uno de los pocos permitidos y que ahora el CCCN lo regula expresamente, sea expreso o tácito, y concluye que se trata aquí de un supuesto de representación voluntaria y no estrictamente de contrato de mandato ([comentario al art. 459] en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015).

vínculos afectivos y jurídicos. De esta manera, las uniones coexisten a la par del modelo matrimonial familiar, que ha dejado de ser la única forma relevante de desarrollo de un proyecto nacional.⁶⁴ La unión convivencial se rige por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer (art. 2628 CCCN). Se posibilita la autorregulación de los intereses patrimoniales de los convivientes en base al principio de la autonomía de la voluntad.⁶⁵ Quizás el fundamento para justificar la conformación contractual de un estatuto disciplinario patrimonial para una unión *more uxorio* sea la eficacia que esa convención pueda tener para la liquidación de los intereses resultantes de esa unión, ya que es utópico pensar en la continuidad de un régimen que nació y se conformó en base a una unión de sentimientos apartados de toda estructura formal.⁶⁶

Tanto las uniones convivenciales registradas como aquellas que no se han registrado tienen la posibilidad de celebrar pactos y, así, diseñar su propio estatuto legal, aunque con limitaciones impuestas (art. 513 CCCN). El principio general se encuentra en el artículo 518, que señala que las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. Estos pactos son contratos (bilaterales, consensuales, formales) destinados a regular las relaciones entre los convivientes. Deben ser realizados por escrito y pueden prever un régimen de administración y disposición conjunta, separada o indistinta, todo lo relativo a la contribución de las cargas del hogar durante la vida en común, la atribución del hogar común, la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común (estos últimos, en caso de ruptura), ya sea por mitades o en forma desigual. Podrán recurrir a las normas prescriptas para la división de bienes de la comunidad como los cónyuges (las que regulan la partición de herencia [art. 508), aplicarlos a todos los

64. La base o fundamento de la regulación de esta institución, ha sido la constitucionalización del derecho privado, asegurando el respeto a diferentes opciones de vida. Quienes optan por un sistema de organización familiar de tipo no matrimonial se autoexcluyen de la regulación legal derivada del matrimonio basando su vínculo familiar en la libertad y autonomía de la libertad.

65. La unión convivencial podemos considerarla, por defecto, como la existencia voluntaria de una comunidad de vida estable entre dos personas que no han contraído nupcias de conformidad a la legislación civil. Implica la independencia patrimonial de cada uno, no están regidos por ningún régimen económico típico. En 1997, el Tribunal Supremo de España rechazó la aplicación analógica de las normas fundadas sobre matrimonio y dijo: “no se sabe qué clase de analogía es la que se invoca cuando ninguna obligación pesa sobre los convivientes que, en uso de su libertad, han optado por esta forma de unión, no sujetándose al cúmulo de derechos y deberes que componen el estado civil de casado. Es contradictorio que en el momento en que se disuelve la unión extramatrimonial se quiera la aplicación (ahora beneficiosa) de las normas sobre los efectos económicos de la desaparición de aquel estado cuando el matrimonio también se disuelve”.

66. El Alto Tribunal de España, en sentencia del 21/10/1992, cuando permite acudir a alguno de los regímenes económico matrimoniales, exige que quede patentizado por pacto expreso o tácito que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que la Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por pacto expreso o por *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común), los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes algunos bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho.

bienes, excluir otros de dicha regulación, etc.⁶⁷ La enumeración del artículo 514 es enunciativa, por lo que podrán incluir cuestiones que no sean solamente patrimoniales, gastos que sean ajenos a la vida familiar, ocupación de la vivienda común por el no titular luego de la ruptura por un plazo establecido, proporciones en la titularidad de los bienes que se adquieran más allá del origen de la adquisición, compensaciones económicas, crear su régimen económico, etc.

La escritura pública no está prevista como forma impuesta, pero consideramos que es conveniente por sus bondades y necesaria respecto para los pactos que involucren bienes que requieran su registración (los registros públicos requerirán la escritura pública para cumplir con su rogación [art. 3 Ley 17801 y DTR 11/2016 {de la pcia. de Buenos Aires} ⁶⁸] y sin ella no podrán producir efectos frente a terceros), o conlleven restricciones a la libre disponibilidad,⁶⁹ o derecho de oposición, o asentimiento.

El régimen de estas uniones tiene un desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad mucho más amplio que el régimen matrimonial, ya que podrían pactarse participaciones desiguales. El *Código* no contempla las consecuencias del incumplimiento de los pactos, por lo que podría ser aconsejable una cláusula que indique que se intimará judicialmente el cumplimiento o se dará por finalizada la convivencia y la unión, o indicar que la parte cumplidora dejará de cumplir sus obligaciones, etc.⁷⁰

Estos pactos podrían otorgarse cuando lo consideren oportuno, incluso antes del inicio de la convivencia (y lo será bajo condición suspensiva sujeta al reconocimiento de la unión convivencial, retrasando además la inscripción pertinente si hubiera bienes registrables, prever la inclusión de bienes adquiridos apenas iniciada la convivencia) y luego, más allá, registrada o no la unión convivencial. Podrán ser modificados durante el curso de la unión y no se requiere un plazo mínimo de vigencia

67. En caso de fallecimiento de uno de los convivientes, si existiera un pacto de convivencia que hubiera adjudicado un inmueble al cónyuge superviviente, este provoca la exclusión del bien del acervo hereditario, y la posibilidad de adjudicación del bien por el superviviente sin necesidad de tramitación del proceso sucesorio, ya que la adjudicación opera por el hecho de la muerte que provoca el cese de la convivencia, sin ser considerada una donación –ya que proviene de un convenio que reconoce el esfuerzo y aporte común–, por lo que tampoco es observable por no ser colacionable, y no estar sometido a ninguna condición resolutoria. (LAMBER, Néstor D., ob. cit. [cfr. nota 41], p. 601).

68. El art. 13 de la *DTR 11/2016* (pcia. de Buenos Aires) señala que serán susceptibles de registración las escrituras públicas o documentos judiciales que contengan pactos de convivencia, sus modificaciones, su rescisión y extinción, siempre que se refieran a bienes inmuebles.

69. Patricia GIOVANNETTI y Eduardo ROVEDA se plantean la posibilidad que el pacto incluya restricciones a la facultad de disponer de un bien inmueble por parte de alguno de los integrantes de la pareja y que el mismo deba registrarse, y concluyen en la necesidad de la escritura pública. (“Pactos de convivencia”, en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela [dirs.] y Esper, Mariano [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 268). En igual sentido, ver CASABÉ, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 [serie “Incidencias del Código Civil y Comercial”, dirigida por Alberto J. Bueres], p. 139.

70. Patricia GIOVANNETTI y Eduardo ROVEDA consideran que también el deber de fidelidad recíproco podría ser incluido, incluso con cláusulas de resarcimiento por incumplimiento (ob. cit. [cfr. nota 69], p. 515).

para ello. Se rescinden por acuerdo de ambos, aun sin cese de la convivencia; pero el cese de la convivencia implica la extinción de pleno derecho de los efectos del pacto para el futuro.

A falta de regulación y como régimen supletorio, el Código establece una administración y disposición separada de la propiedad de los bienes de cada uno de los convivientes, y la única restricción es la vivienda familiar (art. 522).

Estos pactos no podrán ser contrarios al orden público ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de sus integrantes,⁷¹ ni dejar sin efecto las disposiciones del llamando régimen primario (art. 515), que está dado por la asistencia durante la convivencia (art. 519), la contribución a los gastos del hogar, la responsabilidad por las deudas frente a terceros –en ambos casos, igual que a los cónyuges– (arts. 520-521). Este marco obligatorio se aplica a todas las uniones convivenciales, se encuentren registradas o no, a excepción de la protección a la vivienda, que funcionará solo ante las uniones convivenciales registradas. Las cláusulas contrarias a este marco obligatorio se tendrán por no escritas.

La eficacia que podrían llegar a tener estos pactos, su modificación y su extinción sería *inter partes*, ya que, para desplegar efectos frente a terceros, será necesaria la inscripción del artículo 511 y en el registro de bienes en su caso.⁷² Creemos que esta previsión solo tendrá trascendencia en aquellos casos en que se impongan restricciones a la disposición de los bienes de titularidad de uno de ellos, o que hayan pactado gestión conjunta de los bienes adquiridos durante la unión, o cuando la titularidad de uno de ellos esté condicionada al cese de la convivencia. Con respecto a los terceros, el ejercicio de buena fe de los derechos generará una apariencia y, así, quienes contraten con los convivientes lo harán como si fueran individuales, sin importar los pactos, salvo su oponibilidad en caso de que proceda su registración.

Las normas sobre uniones convivenciales rigen para las uniones vigentes al 1 de agosto de 2015; es decir que si la unión convivencial se extinguió antes, no serían aplicables las reglas del Código Civil y Comercial.⁷³

71. Cláusula que contraríen el art. 515 sería, por ejemplo, pactar el deber de fidelidad solo para una de las partes o la prohibición de trabajar a uno de ellos.

72. Federico J. CANTERO NÚÑEZ expresa que “las posibles inscripciones en los distintos Registros Administrativos de Uniones Civiles no son verdadero medio de publicidad frente a terceros. En esta situación, la eficacia sería meramente interna”. (“Uniones de hecho”, en Delgado de Miguel, J. F. [coord.], *Instituciones de derecho privado*, t. 4, v. 1, Madrid, Civitas, 2001, p. 411).

73. Se resolvió en un pleito iniciado antes de la vigencia del CCCN que la normativa aplicable era la de una disolución de una sociedad de hecho entre quienes habían convivido, bajo el régimen del Código Civil. (CNCiv., Sala J, 3/11/2015, “E. M. L. c/ N., R. H. s/ disolución de sociedad” [*La Ley*, 1/2/2016, AR/JUR/61316/2015]). En otro caso, se aplicaron las pautas del art. 518 CCCN para acoger la acción para dividir bienes que estaban en condominio, pero se rechazó el planteo respecto a los inmuebles que figuraban a nombre de uno de ellos, y dispuso que ante la inexistencia de pactos, se aplican las normas del 528 CCCN, y tuvo por cierto que existió entre ellos un acuerdo para proceder en el sentido de adquirir unos bienes a nombre de uno y otros a nombre de otro, ya que tener a los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión, en partes iguales sin más, sería asimilar la unión convivencial al régimen patrimonial matrimonial. (Cám. Civ. Com. Minas, de Paz y Tributaria de San Rafael, 9/9/2015 [*La Ley Gran Cuyo*, 2016, p. 95, AR/JUR/29558/2015]).

Con respecto a la capacidad para celebrar este tipo de actos, el Código no les reconoce efectos a los pactos –ni a las uniones convivenciales– celebrados por menores de edad (art. 510 inc. a). Los incapaces de ejercicio (art. 24) dependerán de la restricción que surja de la sentencia respectiva.

A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, ya que no se establece un régimen supletorio. De allí la trascendental importancia de las previsiones en el pacto convivencial y de que sea otorgado por escritura pública, ya que al cese de la convivencia y al momento de proceder a la distribución de los bienes, las partes podrán otorgar una escritura de adjudicación por cese de la unión convivencial cuya causa será el pacto previo donde haya sido previsto, requiriendo los certificados registrales correspondientes. Asimismo, podrán reconocer el aporte o el esfuerzo compartido al momento de la adquisición, las mejoras, el mayor valor en los bienes, etc. En caso de que dicha distribución de bienes no hubiera sido prevista en el pacto –o no hubiera pacto–, las partes podrían otorgar una escritura de adjudicación de bienes a los efectos de proceder a la distribución de los adquiridos durante aquella, ya que no existe límite de tiempo para efectuar esa convención, y podría ser otorgada en forma simultánea a la adjudicación.

Finalmente, se unifican las soluciones jurisprudenciales construidas en torno al reclamo de los bienes posruptura y sienta la regla básica de adjudicación en cabeza del titular registral, sin perjuicio de dejar expeditas las vías que marcan los principios generales como enriquecimiento sin causa, interposición de personas y otros como el fraude, la inoponibilidad de la persona jurídica, etc.⁷⁴

7. Forma instrumental de las convenciones y la función notarial

Para la autorización de un documento que contenga una convención, el notario interviniente habrá de interpretar la voluntad de los comparecientes, analizar las causas que los conducen hasta esa instancia y asesorarlos sobre las implicancias, los efectos y las consecuencias del acto a otorgar. Si el acuerdo se celebra entre contrayentes, corresponde denominarlos convenciones prematrimoniales, nupciales o entre contrayentes, mientras que las convenciones entre cónyuges son aquellas que solo modifican el régimen patrimonial que rige el matrimonio.⁷⁵

El funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas deberá dejar constancia en el acta de matrimonio (art. 420) acerca de si los contrayentes han celebrado capitulaciones matrimoniales, si han optado por el régimen de separación

74. HERRERA, Marisa, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 371.

75. La designación y avalúo de los bienes, enunciación de deudas y donaciones no pueden formar parte de una convención posterior a la celebración del matrimonio.

y, en caso afirmativo, la fecha y el registro notarial en el que se otorgó.⁷⁶ La convención prenupcial relativa al régimen patrimonial matrimonial debe realizarse por escritura pública (art. 446 CCCN), al igual que su modificación. En caso de incumplimiento, dicha convención es inválida, por aplicación del 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.

Para Mazzinghi⁷⁷ –postura que compartimos–, el concepto de solemnidad relativa respecto de las convenciones remite a lo prescripto en los artículos 285 y 1018 CCCN, por lo que si las partes extienden una convención en instrumento privado, la convención no es perfecta ni plena, pero tiene valor y faculta a cualquiera de las partes a reclamar de la otra el cumplimiento de la formal legal. Si la convención es anterior al matrimonio, el firmante del instrumento privado tiene la opción de no casarse o exigir cumplir la forma. Sin embargo, si esa convención se realiza durante el matrimonio para cambiar de régimen, la firma del instrumento privado obliga a las partes a extender la escritura respectiva.

Con acierto, el Código no exige homologación judicial de la convención otorgada en escritura notarial –el proyecto de reformas y proyecto de Código Civil sí lo preveían–.⁷⁸ Como causales de la nulidad de la convención *in totum* encontramos las siguientes: 1) falta de asistencia al acto de ambos o uno de los contrayentes, por sí o por medio de apoderados especiales; 2) vicio de forma; 3) incapacidad de alguno de los cónyuges o de ambos; 4) otorgamiento de la convención antes del plazo de un año desde el principio de vigencia del régimen anterior, legal o convencional; 5) vicios del consentimiento (error, dolo o violencia). No son causales de nulidad sino de caducidad de contrato válido y no producirá efectos, la falta de celebración ulterior

76. En el régimen de Vélez, la forma para la celebración de convenciones matrimoniales se regía por la que establecía la ley del lugar de su celebración (art. 1205 CCIV). El art. 1223 –conc. con el art. 1184 inc. 4– establecía que las convenciones matrimoniales debían hacerse en escritura pública, so pena de nulidad, según el valor de los bienes o si se constituyeren derechos sobre bienes raíces si no era suficiente formalizarla por instrumento privado. Para un sector de la doctrina, la forma notarial era constitutiva (*ad solemnitatem*), es decir, no existía la convención si faltaba la escritura. También lo habían propuesto las comisiones creadas por Decretos 468/1992 y 685/1995. Considerar la escritura como forma *ad probationem* podría haber significado la posibilidad de que los cónyuges pudiesen reclamarse entre sí el cumplimiento de la forma, después de celebrado el matrimonio, en violación al art. 1219.

77. MAZZINGHI, Jorge A. M., “Las convenciones matrimoniales”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 16/12/2015, p. 41, AR/DOC/4259/2015. Para Eduardo A. SAMBRIZZI (ob. cit. [cfr. nota 35]), la falta de otorgamiento de escritura pública provoca la nulidad, aunque de carácter relativo, porque solo está en juego el interés de las partes.

78. Se deja así de lado la posibilidad de modificar también las convenciones por medio de homologación judicial, con previa audiencia con el juez en forma separada, quien debía oír a las partes con asistencia letrada. KIPER, Claudio M, *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 319.

del matrimonio o si se lo declara nulo.⁷⁹ Si la convención es declarada nula, se considera que los cónyuges están casados sin capitular.

El Código deja de lado los requisitos particulares que debe contener la escritura pública de convención –como lo hacía el artículo 1225 CCIV–, por lo que aquellos serán los de las escrituras públicas en general (art. 305 CCCN).

8. Registración y publicidad. Publicidad formal. Técnica publicitaria

Para que produzca efectos frente a terceros, la convención posterior a la celebración del matrimonio que modifique el régimen debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. El notario autorizante tiene la obligación de inscribirla en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas,⁸⁰ mencionando el número de escritura en que se instrumentó, la fecha, el folio y el registro notarial ante el cual pasó y el régimen patrimonial en el que se encuentra el matrimonio. El registrador solo habrá de calificar la forma pero no el contenido. Pensamos que las partes podrían asumir la responsabilidad de su inscripción.

Respecto de la convención anterior al matrimonio, el notario no se encuentra obligado a efectuar los trámites inscriptorios, porque existe imposibilidad material y jurídica de hacerlo y son los contrayentes quienes deben declarar al momento de contraer nupcias que han celebrado convención matrimonial y, en su caso, si han optado por el régimen de separación (art. 420 incs. i] y j] CCCN). No se prevé que pueda efectuarse la opción simultáneamente con la celebración del matrimonio.⁸¹ Entre las partes y quienes hubieran participado del acto, produce efectos desde el momento de su celebración por el principio de buena fe que rige todas las relaciones patrimoniales.⁸²

El régimen patrimonial adoptado y su posterior mutación (convencional o judicial) deben anotarse por nota marginal. La publicidad cartular y la de las copias

79. Eduardo A. SAMBRIZZI (ob. cit. [cfr. nota 35]) interpreta, en cambio, que en el caso de que los esposos fueran de buena fe, y de conformidad con los arts. 428 y 429 CCCN, el matrimonio anulado produce todos los efectos del matrimonio válido con respecto al cónyuge de buena fe hasta el día en que se declare su nulidad. Los arts. 1238-1240 CCIV dejaban a salvo los derechos del cónyuge de buena fe en el matrimonio putativo.

80. En el mismo sentido se expidieron las 39 Jornadas Notariales Bonaerenses (Mar del Plata, 2015) [N. del E.: ver conclusiones [aquí](#)]. El art. 51 de la Ley 26413 establece la inscripción por nota de referencia en las actas de matrimonio en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

81. Los fundamentos del anteproyecto señalan que la elección entre los dos regímenes se realiza por escritura pública, antes de la celebración del matrimonio, o frente al funcionario del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, lo que no surge del articulado sancionado.

82. Así se encuentra previsto en el *Código Civil de Francia*, que establece en su artículo 1397 que el cambio homologado tiene efecto entre las partes a partir de la fecha de la resolución judicial y frente a terceros tres meses después que el cambio sea inscripto en el margen del acta de matrimonio. En ausencia de esta mención el cambio no es opuesto a los terceros salvo que en el acto celebrado con los terceros los esposos manifiesten que han modificado su régimen.

expedidas no es suficiente como para solidificar un sistema eficaz de información a terceros y su oponibilidad. Consideramos que la implementación de un registro especial –como en algunos países europeos–⁸³ no es el remedio más apto.⁸⁴ Esta publicidad meramente *indicativa* es eficaz en un sistema en el que se puede optar entre regímenes económicos preestablecidos por la ley, ya que no se publicita el contenido de la convención. La eficacia protectora de quien confía en las constancias del Registro Civil se limita a la inoponibilidad de lo no inscrito.⁸⁵ El tercero tiene que ser de buena fe (desconocer el cambio de régimen) y haber adquirido sus derechos con anterioridad a la modificación (no meras expectativas). Son terceros los acreedores de los cónyuges (con crédito a término o condicionado) y los que hayan adquirido de ellos derechos reales.

Si bien la dispersión geográfica de las oficinas del Registro Civil no es realmente adecuada, la anotación allí se justifica por la naturaleza del acto⁸⁶ y el registro de tipo personal. Habrá que implementar una nueva técnica, la forma de practicar los asientos, “ordenar sus índices”⁸⁷ para proporcionar una información ágil a los terceros. El punto medular de la cuestión radica en publicitar el régimen adoptado en la convención prematrimonial o su cambio posterior y consagrar frente a terceros la presunción de que la falta de publicidad de un régimen convencional significa que el régimen es el legal supletorio.⁸⁸ Así, se logrará evitar la utilización de las convenciones o mutaciones en perjuicio de terceros de buena fe. No se garantiza la certidumbre del asiento, ya que pueden existir modificaciones posteriores aún no mencionadas (publicidad negativa).⁸⁹

El tercero de buena fe es cualquier persona que entable una relación jurídica con los cónyuges y, por no haber intervenido en las convenciones matrimoniales, no

83. Además de la inscripción de la convención en el acta de matrimonio, otras legislaciones han previsto su inscripción en el Registro de la Propiedad o de Comercio. Así, por ejemplo, el *Código Civil español*, en su artículo 1333, dispone que “si las convenciones o sus modificaciones afectaran a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad”. Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, “La publicidad en el régimen económico del matrimonio”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, abril 1984, p. 365: “después de la ley 1 de julio de 1959, Alemania instituyó un registro de capitulaciones matrimoniales; Suecia desde el Cód. matrimonial de 1920; Noruega desde 1927; Holanda desde julio de 1956; y Portugal desde su nuevo Código”.

84. El despacho de la Comisión V de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995), declaró: “las modificaciones al régimen patrimonial del matrimonio requieren un régimen de publicidad adecuado, siendo insuficiente el que actualmente se practica”. [N. del E.: ver conclusiones [aquí](#)].

85. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las deudas de una persona casada cuando se producen modificaciones en el régimen patrimonial del matrimonio”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 12, 1996, p. 75.

86. Igual en España. Ver BELLO JANEIRO, Domingo (citando a ROJAS MONTES), “Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Madrid, Consejo General del Notariado, N° 7, 1993, p. 39.

87. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit. (cfr. nota 36).

88. Arts. 463 y 449 *in fine*.

89. ZAVALA, Gastón A., “Registración y publicidad del régimen patrimonial matrimonial” [ponencia presentada a las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Mar del Plata, 1995}].

tiene información de las alteraciones al régimen;⁹⁰ si la tuviera, habría que probar su conocimiento para destruir la presunción de buena fe.

Consideramos inadecuado el registro de la propiedad inmueble o de bienes como medio publicitario para dar a conocer el régimen patrimonial del matrimonio, por ser ajeno a su naturaleza. Solo admitimos la mención del régimen matrimonial del titular registral como publicidad complementaria (p. ej., la DTR 11/2016 [de la pcia. de Buenos Aires]), consignándose en el asiento registral el régimen patrimonial que hubiese pactado el titular adquirente del inmueble o derecho inscripto,⁹¹ o toda capitulación que incida en el patrimonio del titular registral o de su cónyuge –según su régimen patrimonial– y la publicidad de la decisión (p. ej., la adjudicación de un inmueble en la partición de la comunidad por mutación de régimen).⁹²

La conveniencia de ingresar convenciones matrimoniales a registros especiales, como el registro de la propiedad (publicidad material), es asignarle autosuficiencia a la publicidad formal frente a casos singulares (transferencia de inmuebles o muebles registrables con efectos frente a terceros *registrales*), y agiliza la actividad del registro al prescindir de la presentación del documento cada vez que el titular registral otorgue actos dispositivos.⁹³ Consideramos oportuna su mención en el asiento inmobiliario registral por apreciar que este registro ofrece una mayor seguridad jurídica dinámica, tanto por su organización como por la costumbre de consultarlo cuando se pretende la celebración de algún acto jurídico o la adquisición de algún derecho sobre bienes raíces. El asiento registral será eficaz protegiendo solo al tercero –registral– interesado en ese bien (p. ej., el constituyente de un derecho real), pero no será eficaz frente al tercero ligado al cónyuge por derechos personales.

Sería oportuna⁹⁴ la exigencia de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas previa a la toma de razón en el Registro de la Propiedad y, así, evitar el planteo de inconvenientes por la oponibilidad o inoponibilidad por no haber sido mencionada la convención en el Registro Civil y sí en el de la Propiedad.

90. Cfr. SOTO BISQUERT, Antonio, “La publicidad del régimen matrimonial de bienes”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, t. 51, 1967, p. 517.

91. Se hace constar en el Registro de la Propiedad el régimen patrimonial matrimonial del titular registral en relación a ese bien al momento de adquirirlo o el cambio posterior. El art. 1317 del Código Civil español dispone que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará los derechos adquiridos por terceros (arts. 1401 y 1402); si la capitulación afectare a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad (art. 1333).

92. MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, “Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por separación y derechos de los acreedores”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, N° 548, p.52.

93. PRESA DE LA CUESTA, Alfonso, “Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, N° 564, 1984, p. 1222.

94. Art. 5 de la DTR 11/2016 (pcia. de Buenos Aires). Ver asimismo art. 266/6 del Reglamento del Registro Civil de España.

En el caso inverso, cuando se hubieran otorgado capitulaciones mencionadas en el Registro Civil que tengan alguna incidencia sobre un inmueble y que no figuren en el Registro de la Propiedad, será irrelevante frente a los terceros (civiles) acreedores del/os cónyuge/s la falta de toma de razón en el Registro de la Propiedad, pero si fuesen terceros registrales, adquirirá trascendencia la fecha del asiento de las convenciones en el Registro Inmobiliario.⁹⁵

No desconocemos la falta de practicidad de exigir una partida de matrimonio actualizada cada vez que un cónyuge desee realizar un acto que la requiera, sumado a que los registros que llevan estas inscripciones son provinciales. Tampoco ignoramos la validez temporal de estas partidas. La modificación del régimen actual patrimonial solo podría modificarse luego de transcurrido un año desde el nacimiento o la modificación del mismo, y esto sería un dato a tener en cuenta. Pero pensemos que luego de ser expedida una partida y hasta que llega a manos de algún oficial interviniente, se podría registrar una modificación al régimen. Esto generaría conflictos que deben ser previstos estableciendo un sistema nacional registral de expedición en plazos breves y una vigencia temporal de dichas certificaciones que permita dar seguridad al tráfico jurídico.

9. Contratación entre cónyuges y excónyuges

En el Código Civil la regla general era la libertad de contratar de personas capaces y esto incluía a los cónyuges.⁹⁶ La incapacidad de derecho para contratar en ciertos contratos expresamente prohibidos se fundaba en la naturaleza que implicaba una alteración del régimen patrimonial del matrimonio o del carácter de los bienes, o que resultaban de ellos relaciones jurídicas, derechos u obligaciones incompatibles con las características de la relación matrimonial.

El proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial, adhiriendo a un sistema de gestión patrimonial no imperativo, permitía que los cónyuges eligieran el régimen que creyeran más conveniente y eliminaba todas las prohibiciones específicas para contratar entre ellos. La limitación en la posibilidad de elegir solo entre dos regímenes económicos se veía flexibilizada por esa libertad, ya que, a través de contratos, los esposos podían cambiar el carácter propio o ganancial de los bienes en el régimen de comunidad y aumentar sus deberes en orden a la contribución de los gastos o a la distribución de los bienes, con lo cual indirectamente se podían configurar regímenes intermedios. Al tratarse el proyecto en el Congreso, si bien se mantuvo la

95. MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, ob. cit. (cfr. nota 92), p. 56.

96. La Sala D de la CNCom. dijo: “si no existe una prohibición expresa o si el fundamento del contrato no repugna a los principios legales en que se funda el régimen patrimonial, no es posible hacer pesar sobre los cónyuges una verdadera incapacidad de derecho, como es la de no poder contratar entre ellos” (*El Derecho*, t. 57, p. 567).

posibilidad de pactar el régimen patrimonial, se le agregó⁹⁷ al artículo 1002 el inciso d), que establece la prohibición de contratar en interés propio para los cónyuges bajo el régimen de comunidad. Flagrante contradicción si se lo evalúa con la facultad que el artículo 449 les brinda a los cónyuges de mutar al régimen de separación de bienes.

Coincidimos con Casabé⁹⁸ en que, frente a esta situación, debemos interpretar que las normas especiales que permiten la contratación entre cónyuges prevalecen sobre la inhabilidad especial consagrada en el artículo 1002, inciso d), al igual que las marcadas en los artículos 459 (poder de un cónyuge a otro), 474 (mandato tácito). Asimismo, los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo, incluso las reguladas en la Sección IV, Capítulo I, de la [Ley General de Sociedades](#).

La restricción incorporada⁹⁹ marca un profundo retroceso, basada en el temor infundado de la generación de fraude a los terceros, ya que la protección a estos no se encuentra en el rigor del régimen matrimonial de los cónyuges bajo el régimen de comunidad, sino en su publicidad y la de sus cambios. El andamiaje jurídico posee mecanismos suficientes para combatir la mala fe de los cónyuges en el ejercicio de su derecho de contratación. En su caso, no se entiende por qué no fue incorporada esa restricción a todos los matrimonios independientemente del régimen matrimonial adoptado, ya que aquellos que se encuentran bajo el régimen de separación, tienen libertad en la contratación y también podrían generar actos fraudulentos en perjuicio de terceros.¹⁰⁰

10. Divorcio y régimen de comunidad

Para transitar el camino hacia el divorcio, los cónyuges que se encuentren bajo el régimen de comunidad tienen dos posibilidades: efectuar una propuesta, en el conve-

97. [N. del E.: el lector podrá confrontar: a) el CCCN sancionado por [Ley 26994](#); a) el [texto](#) con media sanción del Senado en noviembre de 2013 e información del [trámite parlamentario](#); b) el [proyecto](#) elevado por el PEN a través del Mensaje N° 884 del año 2012, b) el [anteproyecto](#) elaborado por la comisión redactora elevado a consideración del PEN en ese mismo año; c) sus [fundamentos](#); d) el [proyecto](#) de 1998].

98. CASABÉ, Eleonora R., ob. cit. (cfr. nota 69), p. 113.

99. El predictamen presentado en noviembre de 2013 por el partido oficialista ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, justificaba al sostener “la eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges propicia conductas fraudulentas. El fin principal de la prohibición es tratar de evitar los fraudes a los acreedores de alguno de los cónyuges, por lo que se sugiere su inclusión”. (Fuente: [parlamentario.com](#), 14/11/2013 [N. del E.: dado que el hipervínculo aportado por los autores se ha desactivado, se ofrece al lector otra fuente del texto, con la advertencia de que no consiste en una fuente oficial; ver [aquí](#), p. 64]).

100. La eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges es una línea legislativa seguida por los ordenamientos jurídicos más modernos que además adoptan remedios a los efectos de evitar los abusos y proteger a los terceros. Ejemplos de legislaciones: Alemania, Canadá (Quebec), Italia, Bolivia, Colombia, Francia, España, Código Civil Suizo, Panamá. En nuestro país, los proyectos de reforma de 1998 y 1993. Ver HERRERA, Marisa, “El poder de contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad en el banquillo” [online], en Rubinzal on-line [[portal web](#)], RC-D 351/2014; y KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 78), t. 1, p. 322.

nio regulador del artículo 439, de la distribución de los bienes y resolverlo durante ese proceso; o llegar a dicho momento con la cuestión de los bienes, la adjudicación de la vivienda familiar y las recompensas ya resuelta. Como expresan Herrera y Kermelmajer de Carlucci,¹⁰¹ el contenido del convenio regulador no está impuesto por la ley y el mismo incluirá aquellas materias que han llegado al momento de la propuesta sin ser resueltas, por lo que quedarían afuera aquellas cuestiones que sí han tenido resolución previa.

Consideramos adecuado que los cónyuges bajo el régimen de comunidad cambien, antes del trámite de divorcio, al régimen de separación y liquiden la comunidad sin necesidad de quedar atados a la indivisión poscomunitaria, que podría ser fuente generadora de conflictos. Se podrían evitar así todas aquellas cuestiones que se plantean en el manejo y disposición de los bienes durante el período de indivisión, donde la problemática de los bienes suele entorpecer el tráfico negocial, sobre todo frente a terceros.

11. Disolución de la comunidad *inter vivos* y *mortis causa*

11.1. Principio general

Al cesar el estatuto de comunidad por su cambio o por la disolución del matrimonio, la partición de los bienes indivisos se realizará por el acuerdo entre los cónyuges o con los herederos, o, en su defecto, mediante la aplicación de las normas prescriptas para la partición de herencias.¹⁰²

11.2. Indivisión poscomunitaria

La comunidad se extingue por muerte, anulación del matrimonio putativo, divorcio, separación judicial de bienes y cambio de estatuto económico (art. 475 CCCN). Se califica al estado de indivisión poscomunitaria como una universalidad jurídica similar a la hereditaria, aunque con particularidades que las diferencian. El régimen de comunidad, luego de su extinción, convertirá los bienes gananciales en la masa indivisa poscomunitaria hasta su partición entre los cónyuges o excónyuges –según el caso–.

101. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, “Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 17/3/2015 (t. 2015-B, p. 1134), AR/DOC/754/2015: “si uno de los pilares sobre los cuales se edifica el régimen matrimonial es el de evitar conflictos y lograr que los divorcios sean lo menos destructivos posible, es innegable que no se puede obligar a los cónyuges a pactar todos los efectos que se derivan de su matrimonio siendo que ello podría ser un factor de disputa y enfrentamientos, cuando es lo que se pretende evitar”.

102. En el régimen de separación de bienes, al momento de cambiar de régimen o de cesar la unión matrimonial, podrá existir algún reclamo entre ellos en virtud de las obligaciones solidarias de los arts. 461 y 462 CCCN, pero no a disolución alguna, ya que no existe una masa indivisa.

La Ley 26994 distingue la indivisión formada a partir de la muerte de uno de los cónyuges –o de los dos–, situación que se regirá por las reglas de la indivisión hereditaria, o en vida de ambos, la que estará enmarcada por las disposiciones de las secciones 6ª, 7ª y 8ª del capítulo “Régimen de comunidad”. Durante la indivisión, se mantienen las dos masas formadas por las respectivas adquisiciones de los cónyuges, y cada masa soporta frente a los acreedores su propio pasivo, con excepción de las cargas definitivamente comunes, que podrán ser reclamadas a uno u otro cónyuge. La liquidación de la masa indivisa requerirá separar bienes comunes suficientes para el pago de esas cargas y los acreedores podrán oponerse a la partición y entrega de los bienes liquidados hasta que no se satisfagan sus créditos, ya que no se puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores (arts. 487, 467, 461 y 462).¹⁰³

11.2.1. Tratamiento normativo

La Ley 26994 es continuadora del sentido incorporado al CCIV por las leyes 11357, 17711 y 23515. En la separación judicial de bienes, el interés tutelado ante la mala administración se refiere al peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales. Conserva el caso del concurso preventivo o la quiebra,¹⁰⁴ incorpora la separación de hecho por parte de alguno de los cónyuges sin voluntad de unirse, y tipifica además al supuesto de que, ante la incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se le designe curador a un tercero.

El nuevo Código determina el momento en el que se produce la extinción de la comunidad y, para ello, fija tanto pautas precisas como elementos que merituará el juez en su resolución cuando su intervención sea imprescindible. Los efectos de la anulación del matrimonio, divorcio o la separación de bienes se producen desde el día de notificación de la demanda o la petición conjunta de los cónyuges;¹⁰⁵ y le confiere al juez la facultad de modificar la extensión del efecto retroactivo fundado

103. Surgirán también las compensaciones entre los cónyuges (arts. 488, 491, 495 CCCN). Si una deuda definitivamente común fue pagada vigente la comunidad con bienes gananciales de titularidad de un cónyuge, la cuestión queda agotada.

104. Interpretamos que no tendría efecto pedir la separación de bienes, porque con el desapoderamiento de los bienes del deudor, tanto propios como gananciales, quedan afectados al derecho de los acreedores. No habría ningún tipo de protección legal entonces.

105. Se incorpora expresamente el reconocimiento de los bienes gananciales anómalos, los cuales podrán ser considerados privativos si se remontan los efectos de la sentencia al día de la separación de hecho sin voluntad de unirse. Decisión acertada, porque en estos casos está ausente el elemento común y coparticipativo con el que se erigen los bienes gananciales, el proyecto de unidad que le dio origen ya no está presente. “Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges desde la celebración del matrimonio hasta la separación de hecho son bienes gananciales puros en tanto están alcanzados por la regla del art. 1315 del C.C., en cambio, desde la ruptura de la unión fáctica hasta la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que aumentan el patrimonio de cada cónyuge son gananciales anómalos y no sujetos a división” (CNCiv., Sala B, 20/10/05, “H., M. B. c/ G. S., M. R.” [La Ley, t. 2006-A, p. 679]).

en la existencia de fraude o abuso del derecho.¹⁰⁶ Si el matrimonio es putativo, produce todos los efectos del matrimonio válido hasta la fecha de anulación si ambos cónyuges fueran de buena fe (art. 428). Si uno de los cónyuges es de buena fe, el Código determina que esos efectos solo se producen respecto del cónyuge de buena fe y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad (art. 429), asignándosele una serie de derechos. Si ambos contrayentes son de mala fe, el matrimonio anulado no produce efecto alguno y los bienes adquiridos hasta el momento de resolverse la nulidad se distribuyen como si fuese una sociedad no constituida regularmente, y queda sin efecto el régimen económico convenido sin perjuicio de los derechos de terceros.

La separación judicial de bienes decretada solo le pone fin al régimen de comunidad pero no al vínculo matrimonial. Es por eso que el artículo 480 determina simplemente que quedan sometidos al régimen de separación de bienes. La extinción del régimen de comunidad no puede afectar los derechos de terceros adquirentes de buena fe que no sean a título gratuito. Para ello, esto se debe complementar con la publicidad específica prevista en el artículo 1893.

11.2.2. Indivisión en vida de ambos cónyuges o excónyuges

La gestión de administración y disposición de los bienes que integran la masa indivisa queda sometida al acuerdo que los cónyuges o excónyuges puedan celebrar; en su defecto, se establece la aplicación del régimen de comunidad (arts. 470 y cc.) en cuanto no se le determine un tratamiento específico. En la relación interna se inicia un período de liquidación, en el que se determinan las cargas entre ellos y la masa y sus eventuales recompensas (arts. 488 y cc.), para concluir con la partición de la comunidad. Esta masa estará integrada con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge (art. 497), que se dividirá en partes iguales, sin consideración del monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales, aunque si los interesados son plenamente capaces se aplica el acuerdo arribado.¹⁰⁷

Durante este interregno, perdura un régimen de comunidad sobre la universalidad con fines liquidatorios, pero con una variante sustancial según la comunidad se haya extinguido por la disolución del matrimonio (divorcio) o perdurando este, porque se encuentren sujeto al régimen de separación judicial de bienes o convenido otro régimen económico, y es que a partir de esta circunstancia ellos recuperarán la plena capacidad para contratar entre sí. El Código determina que en la relación de

106. La CNCiv. sostuvo que si ambos cónyuges son los causantes de la ruptura matrimonial, ninguno tiene derecho a los bienes adquiridos por el otro después de la separación. Conclusión fundamentada en razones de equidad y de orden lógico y moral. (CNCiv., en pleno, 29/9/1999, “C., G. T. c/ A., J. O. s/ liquidación de sociedad conyugal” [*La Ley*, t. 1999-F, p. 3; *Doctrina Judicial*, t. 1999-3, p. 754 {N. del E.: ver [aquí](#)]}).

107. La indivisión poscomunitaria es una situación transitoria que se produce de pleno derecho y no es viable pacto alguno que tienda a prolongarla; característica que la diferencia del derecho hereditario (cfr. arts. 2380-2383).

ellos y sus bienes indivisos, frente a los terceros, se mantiene la integralidad del patrimonio del deudor frente a los acreedores anteriores a la indivisión (arts. 461, 462 y 467) y cada uno, la gestión separada de sus bienes, como también responde por sus deudas con el patrimonio de su titularidad, sin perjuicio del derecho de los acreedores de subrogarse en los derechos de su deudor de requerir la partición de la masa común. Si se dispone de bienes registrables indivisos de titularidad de uno –no habiendo pacto al respecto–, no habrá codisposición, aun cuando en la relación interna se tenga derecho a la mitad de la masa, sino que se requerirá el asentimiento del otro.¹⁰⁸ En este caso, el producido de la disposición –por ejemplo, precio de la venta– ingresará a la masa indivisa con el carácter de ganancial. Si hubiese arribado a un acuerdo en relación a estos bienes, el mismo deberá estar formalmente otorgado y publicitado para ser oponible y eficaz a los terceros.

Cuando en el convenio regulador presentado al trámite del divorcio, se hubiese acordado la partición del acervo y la adjudicación de los bienes, una vez aprobado el mismo, ese acto procesal implica el cese del estado de indivisión aun cuando esté pendiente su reflejo registral –con las implicancias que esa omisión conlleve–. Ante la futura disposición de uno de esos bienes por parte del adjudicatario, éste deberá previamente inscribirlo o en su defecto disponer mediante la modalidad del tracto sucesivo abreviado.

La relación externa con terceros acreedores continúa rigiéndose por las normas de la comunidad de gananciales y estos no pueden verse perjudicados por la situación de los cónyuges o excónyuges cuyo patrimonio sigue siendo la garantía común de sus créditos y les será inoponible toda alteración al respecto.

11.2.3. Indivisión por fallecimiento de alguno de los cónyuges

Si fallece uno de los cónyuges el vínculo matrimonial se disuelve y finaliza *ipso iure* la comunidad (art. 475); nace la indivisión poscomunitaria (art. 481) coincidentemente con la apertura de la sucesión. Si el sobreviviente y los herederos del premuerto no proceden a liquidarla,¹⁰⁹ se configura entre ellos una universalidad hereditaria, y el patrimonio del causante se transmite a sus herederos y nace la comunidad hereditaria.¹¹⁰ Si el proceso de divorcio ya se hubiera iniciado (sin sentencia), la disolución

108. En este sentido se expidieron las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979): “En cualquier caso el cónyuge que administre bienes gananciales está obligado a rendir cuentas al otro de la administración ejercida después de la disolución de la sociedad conyugal. V. Los actos de disposición de bienes gananciales, con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, deberán ser otorgados conjuntamente por ambos cónyuges”. [N. del E.: ver todas las conclusiones [aquí](#)]. Participan de este criterio Belluscio, Guaglianone, Mazzinghi y Vidal Taquini –entre otros–.

109. La DTR 8/2015 (Pcia. de Buenos Aires) prevé la liquidación y partición del divorciado supérstite junto con los herederos del excónyuge, y, además, la codisposición a favor de un tercero en el caso de disolución por divorcio sin liquidación de la masa ganancial.

110. FASSI, Santiago C., *Estudios de derecho de familia*, La Plata, Platense, 1962, p. 349.

opera con el fallecimiento y la comunidad debe ser liquidada en el contexto de la sucesión universal del premuerto (art. 481).¹¹¹

Las remisiones a las disposiciones hereditarias son constantes, como a la forma de hacer el inventario y partir (arts. 500, 2341). En caso de existir hijos menores, el progenitor superviviente debe, dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento del cónyuge o del conviviente, hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio o del progenitor conviviente fallecido. Allí deben determinarse los que correspondan a los hijos, bajo pena de multa pecuniaria a ser fijada judicialmente (art. 693). Los herederos del cónyuge fallecido reciben un derecho en la indivisión poscomunitaria, junto con la universalidad del patrimonio propio del causante, patrimonios que permanecen separados hasta que la comunidad se liquide.¹¹² La liquidación y partición de la masa ganancial debe ser previa aritméticamente a la partición hereditaria, porque en tanto no se efectúe esa liquidación, se ignorará la cuantía de la masa poscomunitaria que pase a integrar la herencia del fallecido, y en tanto no se efectúe la partición del haber comunitario, se ignorará qué bienes singulares han quedado transmitidos a los herederos.¹¹³

Los derechos de los acreedores del causante recaerán sobre la cuota (mitad) que a este le correspondería en la liquidación de los gananciales, siendo indiferente que los gananciales hayan sido adquiridos por uno u otro cónyuge. El Código prevé qué excepción dispuesta es aplicable a la vivienda que ha sido la residencia de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales. Los herederos podrán convenir la indivisión del acervo hereditario y poscomunitario por un término que no podrá exceder los diez años (pueden ser renovados una vez finalizado el lapso establecido), así como cualquiera de los herederos puede solicitar la división de la universalidad si existen causas justificadas. Algunos autores se han planteado el problema del momento en que la indivisión poscomunitaria puede ser oponible a los acreedores de los cónyuges; para ello, establecen la necesidad de una publicidad de tal indivisión como requisito de oponibilidad a terceros. Se impone aquí la aplicación de las normas de derecho sucesorio, ya que se trata de un tema propio de esa área del derecho, donde la transmisión de los bienes del causante opera *ipso iure* desde el momento de

111. Se reconoce la vocación sucesoria de los cónyuges fundada en el matrimonio que surge de las sucesiones (2433). Si el vínculo matrimonial se disuelve por muerte de uno de los consortes, se distinguen los derechos del sobreviviente que nacen del régimen matrimonial preexistente, de los que le corresponda como heredero por el sistema de la transmisión *mortis causa*.

112. La comunidad hereditaria constituida en cabeza de los herederos es, al mismo tiempo, cuota de una indivisión mayor, en la que interviene alguien que no es necesariamente otro heredero, o por lo menos otro heredero en los bienes; y en parte un conjunto de bienes propios reunidos en la unidad del haber transmitido. Ver GUAGLIANONE, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Buenos Aires, Ediar, 1965, p. 20.

113. El art. 4 de la DTR 7/2016 (Capital Federal) dispone que la publicidad de proporciones en los asientos registrales de declaratorias de herederos o testamentos no cesa la indivisión hereditaria, ya que esta solo concluye con la partición.

su muerte. Incluso, contempla el ordenamiento jurídico que el acto escriturario con vocación registral que merecerá la inscripción en el registro público correspondiente solo tiene un efecto declarativo de la transmisión que se efectúa *ministerio legis*.¹¹⁴

Para Pérez Lasala, el estado de indivisión por muerte de un cónyuge entre sus herederos y el cónyuge sobreviviente produce sus efectos *erga omnes* sin necesidad de publicidad alguna. La indivisión poscomunitaria es oponible a terceros acreedores desde la muerte del causante.¹¹⁵ Forman el activo de la indivisión poscomunitaria los bienes gananciales existentes al momento de la extinción de la comunidad y los créditos gananciales de uno y otro cónyuge contra terceros (los frutos de los bienes gananciales del causante integran la masa hereditaria). El pasivo de la indivisión poscomunitaria está formado por dos géneros de obligaciones, las deudas personales y las cargas familiares. Las deudas nacidas durante la indivisión o con motivo de ella por causa de muerte integran las cargas sucesorias.

11.3. Incidencia de la porción legítima hereditaria

Los herederos legitimarios tienen un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia, de la que no pueden ser privados sino por las causas que la ley ha juzgado bastante graves para declararlos indignos. En relación con los bienes propios, le corresponderá al cónyuge supérstite igual parte indivisa respecto de la universalidad que cada descendiente. Con respecto a los bienes que integran la masa poscomunitaria, al cónyuge supérstite le corresponderá la mitad del saldo líquido de esa masa, y la mitad restante tendrá como destinatarios a los descendientes, en partes iguales entre ellos (art. 2433).¹¹⁶ El cónyuge nunca fue excluido por ningún otro orden sucesorio, sino que concurre con ascendientes y descendientes (art. 2424). Ante la ausencia de descendientes y ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los colaterales (art. 2435) –como en el Código de Vélez–. Si concurre con ascendientes, el cónyuge heredará la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales del fallecido (art. 2434).

El vínculo matrimonial debe estar vigente al momento del fallecimiento del causante. Pero si un cónyuge muriese de alguna enfermedad existente en el momento de la celebración y conocida por el otro consorte, que fuere de desenlace fatal previsible dentro de los treinta días de contraído el matrimonio, el cónyuge supérstite perderá la vocación hereditaria, salvo que ese matrimonio hubiese estado precedido de una unión convivencial (art. 2436). La hipótesis cuenta con presupuestos deter-

114. Es lo que dispone la DTR 7/2016 (Capital Federal).

115. PÉREZ LASALA, José L., *Liquidación de la sociedad conyugal por muerte y partición hereditaria*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 146.

116. Esto podría resultar injusto en el régimen de comunidad de gananciales, al considerar que, en la gran mayoría de los casos, el patrimonio hereditario se integra con bienes gananciales.

minados, algunos de tipo objetivo: enfermedad de uno de los cónyuges al momento de la celebración; gravedad de la afección que hiciera prever un desenlace fatal; muerte dentro de los treinta días de celebrado el matrimonio. También incorpora una faceta subjetiva, como lo es requerir el conocimiento de la enfermedad por el cónyuge supérstite.¹¹⁷

Si el vínculo matrimonial concluye por divorcio, los cónyuges pierden los derechos hereditarios,¹¹⁸ pero si ha sido excluido de la herencia, conserva su derecho a disolver el régimen patrimonial matrimonial mantenido con el causante. Cesa también la vocación hereditaria en caso de que viviesen separados de hecho sin voluntad de unirse, causal objetiva de exclusión hereditaria entre cónyuges (art. 2437). La Ley 26994 se aparta del criterio que la Ley 17711 le había asignado al artículo 3575, retomándose el cauce jurídico de interpretar que la vocación hereditaria se resolvía ante el hecho objetivo de la separación.¹¹⁹ El Código determina de manera imprecisa que cualquier tipo de decisión judicial que implique cese de convivencia excluye el derecho hereditario entre cónyuges.¹²⁰

11.4. Partición privada de bienes gananciales

El Código Civil no trató específicamente el tema. El nuevo Código incorpora una sección dentro del capítulo “Régimen de comunidad” en la que se deja plasmado que la partición puede ser solicitada en todo tiempo y la remite a las normas del derecho sucesorio aplicables a la división de la masa poscomunitaria.

La partición es el acto jurídico mediante el cual la porción ideal de gananciales de cada cónyuge se concreta en bienes determinados. Es un negocio jurídico

117. La doctrina clásica interpretaba que el CCIV suplía los argumentos del “desconocimiento” de la enfermedad perceptible con signos de la misma que hayan sido exteriorizados; además de sostener algunos que el ánimo de captar la herencia debía estar presente; criterio este que no cuenta con uniformidad de opiniones y no es un requisito legislado.

118. “La disolución del vínculo matrimonial importa la desaparición del fundamento objetivo de la vocación hereditaria, desde que su conservación sin correspondencia con la comunidad de vida y efectos que da razón de ser y sustento al llamamiento, sería al cabo, una pura especulación patrimonial” (CNCiv., Sala A, 11/2/1988, “K. de P. A., I. E. c/ P. A., A.” [La Ley, t. 1988-B, p. 18]). “Ante el fallecimiento del bigamo, la cónyuge putativa concurre a la sucesión con los herederos del causante”. “Excluida la cónyuge supérstite como heredera de los bienes gananciales del causante (por su carácter de socia de la sociedad conyugal), la cónyuge putativa concurre a la sucesión del 50% restante de esos bienes juntamente con los demás herederos”. (CNCiv., Sala G, 12/4/1988, “De O. P., C. E., suc.” [La Ley, t. 1990-B, p. 135]).

119. SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. II, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1881, p. 543. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) concluyeron (comisión 7) que “resultan absolutamente irrelevantes las causas que llevaron a dicha separación de hecho. Esta causal [...] es coherente con el régimen de divorcio incausado”.

120. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) afirmaron que esta es una causal autónoma de exclusión, con la aclaración que debe tratarse de una resolución judicial firme, efectivizada y definitiva. Si se dictan medidas transitorias que implican el cese de la convivencia durante un tiempo, o son provisionales, o resuelven coyunturalmente un conflicto conyugal, no puede interpretarse que exista separación de hecho, que cause la extinción de la vocación hereditaria. [N. del E.: ver las conclusiones completas [aquí](#)].

que pone fin a la comunidad poscomunitaria –y en su caso hereditaria– mediante la distribución del activo líquido entre los cónyuges o excónyuges y, eventualmente, entre el cónyuge superviviente y los herederos del otro o solo entre coherederos, determinando el haber concreto de cada uno. Cualquiera de los cónyuges –y sus sucesores– puede pedir en todo momento la partición, excepto disposición legal en contrario (art. 496), o que un juez –a petición de un copartícipe– disponga su postergación total o parcial si su realización puede redundar en perjuicio del valor de los bienes indivisos (art. 2365).

Los bienes adjudicados entre cónyuges que acuerdan regirse en lo sucesivo por el estatuto de separación de bienes o entre excónyuges que concluyen con la indivisión de los bienes comunitarios, o al cónyuge superviviente, se juzgan extraños al otro cónyuge –eventualmente causante y herederos–, como si nunca hubiera tenido derechos sobre esas adjudicaciones y viceversa (art. 2403).¹²¹ La división de bienes que integran la masa común no guarda formas sacramentales y puede hacerse por el acto que juzguen conveniente. El nuevo Código, luego de pregonar que se divide por partes iguales entre los cónyuges –sin consideración respecto del monto de los bienes propios ni de la contribución de cada uno a los gananciales–, concluye de manera rotunda que “si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado” (art. 498).¹²²

La partición puede acordarse de manera privada, aunque debe instrumentarse por escritura pública cuando tuviese por objeto bienes inmuebles (art. 1017 inc. a), o judicial si no acuerdan realizarla privadamente (art. 2371). La división del patrimonio indiviso puede realizarse de manera perfecta en igualdad de bienes en especie para cada uno, con compensación de diferencias. Pero también es factible que ante la imposibilidad de la división igualitaria, resulte un beneficio para alguno, lo que no implica violación alguna cuando hubiese consenso. Una de las partes puede recibir una porción menor de la adjudicada al otro cónyuge –o sus herederos si proviene de un acuerdo de voluntades–.¹²³ Disuelto el vínculo nupcial –si subsiste, lo es bajo el régimen de separación de bienes–, los cónyuges recobran su autonomía para reglar las relaciones recíprocas, en un terreno que no permita sospechar que uno ejerce un dominio invencible sobre la voluntad del otro. El cónyuge superviviente tiene amplia libertad para acordar la partición del acervo poscomunitario con los herederos del fa-

121. Cada cónyuge responde frente a sus acreedores por las deudas contraídas con anterioridad con sus bienes propios y la porción que se le adjudicó de los gananciales (art. 502 CCCN).

122. Cualquiera sea la naturaleza atribuible al conjunto de bienes y deudas resultantes de la disolución de la comunidad, rigen iguales procedimientos, formas y técnicas que en caso de herencia (arts. 500, 2369 y cc. CCCN). “Una vez disuelta la sociedad conyugal, si no existe convenio entre los cónyuges, la liquidación se regirá por las normas de liquidación y división de las herencias” (CNCiv., Sala A, 2/8/1984, “M., J. M. A. c/ R., E. M. A.” [La Ley, t. 1985-B, p. 492]). En el mismo sentido, ver el despacho de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979). [N. del E.: conclusiones completas [aquí](#)].

123. Ver, p. ej., partición del único bien que compone el patrimonio ganancial en D’ALESSIO, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 916.

llecido –siempre que estos sean capaces–, sin perjuicio de la acción pauliana de cualquier tercero perjudicado.¹²⁴

La jurisprudencia ha considerado que si la partición de bienes homologada judicialmente no está inscrita en el Registro de la Propiedad, es inoponible al acreedor de buena fe de uno de los cónyuges, aunque la deuda haya sido contraída por este con posterioridad a dicha homologación.¹²⁵ Este es el sentido conformado por el Código sancionado en 2014, en el que se dispone que la adquisición de derechos reales constituidos no es oponible a terceros interesados y de buena fe mientras no tenga publicidad suficiente (art. 1893). Nada impide que la partición se efectúe solo en cuanto a una parte del acervo (arts. 2367 y 2369); por ejemplo, que se adjudiquen algunos de los bienes que integran la masa indivisa o que se disponga la venta de ellos conservando otros bienes dentro de la masa poscomunitaria.

El legislador estableció mediante una presunción *iuris tantum* (art. 472 CCCN [similar al art. 1271 CCIV]) que pertenecen a los dos cónyuges por mitades indivisas cuando ninguno de ellos pueda justificar la propiedad exclusiva. La composición de la masa común queda fijada al día en que se disuelve la comunidad y, a partir de ese momento, deja de ser una universalidad abierta, susceptible de enriquecerse con nuevas adquisiciones. Se convierte así en una masa indivisa cerrada, en la cual pueden producirse acrecentamientos y sustituciones pero no aumentos por virtud de nuevas adquisiciones que no tengan su fuente en uno de los valores constitutivos de ese patrimonio.¹²⁶ A su vez, el pasivo se compone de las obligaciones nacidas durante la vigencia del régimen económico del matrimonio y no canceladas y por las nacidas durante la indivisión y con motivo de ella –originadas en la actuación conjunta de los dos copartícipes o dentro de los límites de la administración ejercida por uno de ellos con mandato, gestión de negocios o enriquecimiento incausado que obligue directamente a la masa común–.

Formalizada la escritura partitiva del acervo poscomunitario o firme el auto que aprueba la partición judicial, corresponde que el título respectivo sea inscripto en el registro público pertinente, a fin de publicitar la nueva situación dominial.¹²⁷

11.5. Inscripción registral de la partición

La partición del acervo indiviso es meramente declarativa y no traslativa de derechos. Así se expide el Código respecto de la partición hereditaria, a la que se remite, al juzgar que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela –y en los que se le atribuyen por licitación– y que no

124. CNCiv., Sala B, 30/12/1970, “Yacone, Rosa M., suc.” (*La Ley*, t. 142, p. 416).

125. Cám. Civ. y Com. de Junín, 1/11/1979 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1980-II, p. 503).

126. GUAGLIANONE, Aquiles H., ob. cit. (cfr. nota 5), t. 1, p. 218.

127. Art. 10 DTR 11/2016 (de pcia. de Buenos Aires).

tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos.¹²⁸ Solo si el cambio de régimen implica el paso de comunidad al de separación de bienes, provoca la extinción de la comunidad (art. 475 inc. e) y es necesaria la liquidación de los bienes, lo que conlleva la necesaria publicidad registral correspondiente a cada uno de los bienes que contenga.

Mientras no tenga publicidad suficiente la partición, no es oponible a terceros interesados y de buena fe. La disolución o cambio del régimen no publicitado no puede perjudicar los intereses de terceros que contratan con uno de los excónyuges motivado por la titularidad registral de un bien y menos aún si la relación obligacional es anterior al cambio de régimen económico del deudor.

12. Eficacia del acuerdo particionario conyugal previo al divorcio

Varios son los pilares jurídicos sobre los que corresponde posicionarse para adoptar una posición fundada. Espontáneamente, se afirma en la plataforma dispositiva la restricción genérica para contratar entre cónyuges bajo el régimen de comunidad (art. 1002 inc. d). Se prevé la exigencia de acompañar con la petición de divorcio un “convenio regulador” que contenga las cuestiones relativas a la distribución de los bienes y compensaciones económicas, entre otros varios aspectos (art. 438).¹²⁹ Si bien este convenio es meramente una propuesta que será evaluada por el juez, evidencia el protagonismo que les corresponde a los cónyuges, concedores del acervo comunitario, autores de las negociaciones iniciales del acuerdo y principales interesados en la forma de distribuirlo.

En el otro margen jurídico, se incorpora la posibilidad de que los cónyuges celebren una capitulación matrimonial en la que elijan empezar a regirse por el estatuto de separación de bienes, lo que implica a su vez liquidar y adjudicarse los bienes comunitarios (art. 449). Esta innovadora alternativa no evidencia otra cosa que la capacidad y la facultad que poseen los cónyuges de celebrar un acuerdo liquidatorio de los bienes comunitarios para, en lo sucesivo, regirse por otro estatuto disciplinario. Consideramos que no se infringe el inciso d) del artículo 1002 CCCN si, constante el matrimonio y antes de la sentencia de divorcio o separación judicial de bienes, celebran un acuerdo particionario de los bienes gananciales, por escritura pública o por instrumento privado, aclarándose expresamente que esa convención queda sujeta a la posterior homologación judicial, para ser ejecutable un vez disuelto el matrimonio y sin perjuicio de los derechos de terceros.

128. El XVI Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario, 2011) concluyó que son actos declarativos, entre otros, la partición de herencia y la cesación del estado de indivisión poscomunitaria del patrimonio matrimonial ganancial, producido por divorcio o separación personal.

129. A pesar de la imperatividad del “debe” del art. 438, la doctrina considera que debe leerse como “puede”, y le da el verdadero sentido a la disposición y a la autonomía de la voluntad.

El acuerdo es ineficaz hasta su homologación, salvo que decidiesen proseguir casados bajo el régimen de separación de bienes respetando el acuerdo partitivo precedente.¹³⁰ La esencia de dicha contratación es transmitirle a la autoridad judicial la voluntad liquidatoria de los cónyuges, reflejando el interés personal y familiar, y la conveniencia práctica de dividir y adjudicarse los bienes gananciales de la manera propuesta, condicionada a la homologación judicial. Una vez homologado el acuerdo, adquirirá plena eficacia. De nada serviría no admitir este acuerdo partitivo a ser incorporado al proceso jurisdiccional cuando paralelamente los cónyuges tienen la posibilidad de adoptar la vía exclusivamente notarial para la liquidación de los bienes matrimoniales.

13. Bibliografía

- ALTERINI, Jorge H., [comentario al art. 459], en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- BASSET, Úrsula, “Régimen patrimonial del matrimonio”, en Laferriere, Jorge N. (comp.), *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 235-240.
- BELLO JANEIRO, Domingo, “Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Madrid, Consejo General del Notariado, Nº 7, 1993.
- BELLUSCIO, Augusto C., “Regímenes matrimoniales”, en AA. VV., *Enciclopedia jurídica*, t. XXIV, Buenos Aires, Omeba, 1967.
- CANTERO NÚÑEZ, Federico J., “Uniones de hecho”, en Delgado de Miguel, J. F. (coord.), *Instituciones de derecho privado*, t. 4, v. 1, Madrid, Civitas, 2001.
- CASABÉ, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial”, dirigida por Alberto J. Bueres).
- D’ALESSIO, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- FASSI, Santiago C., *Estudios de derecho de familia*, La Plata, Platense, 1962.
— *Regímenes matrimoniales*, t. 22.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo, *Régimen de bienes del matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, 2006
- GARRIDO DE PALMA, Víctor M., “La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial”, en Delgado de Miguel, J. F. (coord.), *Instituciones de derecho privado*, t. 4, v. 1, Madrid, Civitas, 2001.

130. Elías P. GUASTAVINO consideraba, durante la vigencia del CCIV, que el convenio privado sobre adjudicación de bienes comunitarios reviste, antes de la homologación, la fuerza de un acuerdo obligatorio asimilado a un contrato y no puede ser dejado de lado unilateralmente cuando el acuerdo se ha celebrado con posterioridad al pronunciamiento que lo declaró. (“Los procedimientos, formas y técnicas de partición de los gananciales luego del divorcio”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1985-II, p. 492). La CNCiv., en pleno (24/12/1982, “G. R. L. M. y M. E. L. s/ divorcio - art. 67 bis Ley 2393 - separación de bienes - convenios”), sentó doctrina –obligatoria en aquel entonces– al sostener que “los convenios de separación de bienes en los juicios de divorcio por presentación conjunta, formulados con anterioridad a la sentencia de declaración de divorcio y de disolución de la sociedad conyugal son válidos”.

- GIOVANNETTI, Patricia y ROVEDA, Eduardo, “Pactos de convivencia”, en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dirs.) y Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho internacional privado referente al régimen de bienes en el matrimonio”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 99.
- GUAGLIANONE, Aquiles H., *Régimen patrimonial del matrimonio*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1968.
- *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Buenos Aires, Ediar, 1965.
- HERRERA, Marisa, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- “El poder de contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad en el banquillo” [online], en Rubinzal on-line [portal web], RC-D 351/2014.
- KANEFSCCK, Mariana y MEDINA, Graciela, “Autonomía de la voluntad y elección del régimen patrimonial matrimonial”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1999-III, p. 958 [ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. 0003/000113].
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016.
- “Las deudas de una persona casada cuando se producen modificaciones en el régimen patrimonial del matrimonio”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 12, 1996.
- “Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al Código Civil [Decreto 468/1992], en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1993-IV, p. 842 [ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. 0003/011997].
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, “Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 17/3/2015 (t. 2015-B, p. 1134), AR/DOC/754/2015
- KIPER, Claudio M., *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- LAMBER, Néstor D. en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, “La publicidad en el régimen económico del matrimonio”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, abril 1984
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, “Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por separación y derechos de los acreedores”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, N° 548
- MAZZINGHI, Jorge A., “Convenciones matrimoniales. Régimen legal aplicable”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2004-D, p. 1300, AR/DOC/1510/2004.
- “Necesaria adecuación del régimen de bienes a la actual disciplina del matrimonio civil”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 902, 1989.
- MAZZINGHI, Jorge A. M., “Las convenciones matrimoniales”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 16/12/2015, p. 41, AR/DOC/4259/2015
- MEDINA, Graciela, “El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 1/11/2012, AR/DOC/5230/2012.
- PÉREZ LASALA, José L., *Liquidación de la sociedad conyugal por muerte y partición hereditaria*, Buenos Aires, Depalma, 1993.

- PRESA DE LA CUESTA, Alfonso, “Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, N° 564, 1984.
- RAPALLINI, Liliana E., “Régimen internacional del patrimonio conyugal en el Código Civil argentino”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 951, 2005.
- ROVEDA, Eduardo G., “El régimen patrimonial del matrimonio”, en Rivera, Julio C. (dir.) y Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp. 349-369.
- SAMBRIZZI, Eduardo A., “Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/11/2014 (t. 2014-F, p. 757, AR/DOC/3941/2014).
- SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. II, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1881.
- SOLARI, Néstor E., “La elección del régimen patrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, N° 46, 2015.
- SOTO BISQUERT, Antonio, “La publicidad del régimen matrimonial de bienes”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, t. 51, 1967.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna” (conferencia en la inauguración del XXV Curso de Perfeccionamiento de la Abogacía, Secretaría de Práctica Jurídica).
- ZAVALA, Gastón A., “Registración y publicidad del régimen patrimonial matrimonial” (ponencia presentada a las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Mar del Plata, 1995]).
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1993.

Donación a hija del cónyuge. Código Civil

Dictamen elaborado por el escribano **Ezequiel Cabuli**, aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 13/11/2015.
Expediente: 16-01786-15.*

Sumario: **1.** Hechos. **2.** Cuestión a resolver. **3.** Encuadre jurídico. Antecedentes de esta Comisión de Consultas Jurídicas. **4.** Cuestión relativa a la violación del artículo 1807 del Código Civil. **4.1.** Carácter de la prohibición. Nulidad absoluta o relativa. **4.2.** Principio de convalidación. **4.3.** Aplicación del principio de convalidación a normas estatutarias rígidas y nulidades absolutas. **5.** Cuestión relativa a la nulidad de todo el instrumento celebrado. **6.** Donación a terceros y su observabilidad. **7.** Conclusión.

1. Hechos

El 1 de mayo de 2014, pasó ante la escribana consultante una escritura de donación formalizada a la hija y nieta de la cónyuge del donante. La donataria, hija del cónyuge, adquiere posteriormente el carácter de heredera del donante, por haber sido instituida en testamento declarado válido en el juicio sucesorio. Esta última resulta heredera de la totalidad del bien por el derecho de acrecer previsto en el mismo testamento.

2. Cuestión a resolver

En la presente consulta, debemos analizar tres cuestiones principales. Se trata de negocios jurídicos celebrados en un mismo instrumento público. En una misma escritura se donó a favor de un tercero y a favor de la hija del cónyuge del donante. Tenemos que considerar entonces las siguientes posibles observaciones al título:

- a) En primer lugar, se trata de una donación al hijo del cónyuge, acto expresamente prohibido por el artículo 1807 del Código Civil (**CCIV**). Debe indicarse que el acto se realizó durante la vigencia del anterior código. Con lo cual deberán interpretarse en este supuesto los efectos de nulidad del mismo ordenamiento en vigencia.

* Se han agregado hipervínculos especialmente para su publicación en la *Revista del Notariado*, con el fin de ofrecer una lectura más completa del dictamen.

- b) En segundo lugar, si consideramos que dicha prohibición de contratar constituye una nulidad absoluta, conforme la aplicación del Código velezano, el acto estaría alcanzado por la nulidad del acto y no del instrumento, por lo que sería perfectamente válida la otra donación que contiene.
- c) En tercer lugar, tenemos el tema de la donación a terceros. Los títulos provenientes de donaciones a terceros eran observados por la doctrina incluso antes de la reforma del CCIV, por imperio de la acción de reivindicación. Esta acción, que tendría un supuesto heredero perjudicado por esta donación potencialmente inoficiosa, generaría un acto revocable pasible de ser atacado y reivindicado.

3. Encuadre jurídico. Antecedentes de esta Comisión de Consultas Jurídicas

A los efectos de resolver los temas planteados, nos permitimos buscar en los antecedentes de esta Comisión de Consultas Jurídicas. De esta forma, podemos determinar que algunas de las cuestiones planteadas por la consultante han sido resueltas por la Comisión en diversos expedientes, por lo que corresponde remitirse al desarrollo y conclusiones de dichos dictámenes en cada caso particular.

4. Cuestión relativa a la violación del artículo 1807 del Código Civil

Conforme enseña Tobías,

En los últimos tiempos, se ha sometido a reconsideración la tradicional subsunción dentro de la noción técnica de capacidad [...] de numerosos supuestos a los que se les atribuye la característica de ser incapacidades de derecho.¹

Esta nueva doctrina ha terminado por desplazar de la capacidad la figura jurídica de la legitimación; “ambas capacidades constituyen cualidades intrínsecas y abstractas de la persona”, siendo la legitimación

... la calificación que es requerida al sujeto para ser titular de una determinada relación jurídica o para celebrar válidamente un determinado acto jurídico que deriva de la circunstancia de encontrarse en una determinada relación respecto del objeto de la relación o del acto o respecto del otro sujeto que debe participar del acto.²

1. TOBIÁS, José W., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, en *La Ley*, Buenos Aires, 19/4/2007 (t. 2007-C, p. 681).

2. Ver TOBIÁS, José W., ob. cit. (cfr. nota 1); donde se referencia a FALZEA, A., “Capacità - II Teoria generale”, en AA. VV., *Enciclopedia del diritto*, t. VI, Milán, Giuffrè, p. 44; MAYO, J., *Capacidad civil. Segunda parte*, [s. e.], [s. f.], pp. 45 y ss.; y PIZZORUSSO, A. y otros, “Persone fisiche” [arts. 1-10], en Galgano, F. (ed.), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, pp. 162 y ss.

Sostiene Capparelli que el artículo 1807, inciso 1, del CCIV

... no solo prohíbe la donación entre esposos, sino que incluye “la que pudiera hacer uno a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio o a las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación”. A partir de lo dispuesto en este artículo, se percibe la intención del legislador de evitar a toda costa la donación entre esposos, incluyendo estos otros supuestos de los cuales resultaría que el otro cónyuge, por ser heredero forzoso del donatario, podría venir a recibir el bien.³

La doctrina analizó en qué interés se sancionó la prohibición contenida en dicho artículo. Las respuestas son diversas, pero en virtud de la primera parte del inciso 1 del artículo 1807, se ha sostenido que la razón fundamental de la prohibición del artículo estriba en la protección de los terceros acreedores de los integrantes de la sociedad conyugal. Está en juego el orden imperativo de la sociedad conyugal, que se establece en interés de quienes contratan con cualquiera de los cónyuges. La razón principal de la prohibición de donar el uno al otro está fundada en impedir que, mediante el traspaso de bienes entre los integrantes de la sociedad conyugal, puedan dejar a los terceros sin la garantía del patrimonio del deudor. Sostenemos que la razón de ser de este artículo es lo mencionado anteriormente y no podemos pensar con criterio riguroso que el mismo compromete el interés público, la moral y las buenas costumbres (art. 953), presupuesto para tachar automáticamente de nulidad absoluta su violación o inobservancia.

Para invocar la nulidad no se requiere la existencia de un perjuicio, y en ese sentido se expidió la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil:

Toda vez que la violación de la prohibición contenida en el art. 1807, inc. 1º, del Código Civil acarrea la nulidad de lo actuado por quien la infringió, para su declaración no se requiere la existencia de un perjuicio pues ha sido establecida, según el caso, en beneficio de los particulares o del orden público.⁴

Vemos que la jurisprudencia interpreta la prohibición mencionada “según el caso”, si afecta intereses particulares o a la sociedad misma.

4.1. Carácter de la prohibición. Nulidad absoluta o relativa

No existe un criterio uniforme en cuanto al carácter de la nulidad del artículo 1807, inciso 1, del CCIV. Existen autores que sostienen que se trata de una nulidad absolu-

3. CAPPARELLI, Julio César, “La donación de inmuebles y otro de sus problemas”, en *La Ley*, 2003-B, Buenos Aires, *La Ley*, p. 373 (y en Lorenzetti, Ricardo L. [dir.], *Obligaciones y contratos. Doctrinas esenciales*, t. V, Buenos Aires, *La Ley*, p. 1049).

4. CNCiv., Sala F, 7/12/2000, “Giggberger, Mónica Carola F. s/ Sucesión”, R.307852 (Elena I. Highton de Nolasco, Fernando Posse Saguier, Ricardo L. Burnichón).

ta y, por ende, imposible de confirmar. Tal nulidad implica, en palabras de Llambías, que cuando el acto es nulo de nulidad absoluta, al no ser susceptible de confirmación (art. 1047 *in fine* CCIV), la acción para obtener la declaración de nulidad resulta imprescriptible.⁵ Ello, como se dijo, por resultar una consecuencia de la imposibilidad de confirmar el acto

... dado que sería contradictorio negar la confirmación y admitir la prescripción de la nulidad respectiva, ya que esto equivaldría a permitir la confirmación tácita del acto por el solo transcurso del lapso de la prescripción.⁶

Zannoni indica que tanto los actos nulos (arts. 1041-1044 CCIV) como los anulables (art. 1045) pueden adolecer de nulidad absoluta; así se ha sostenido, con relación a los sujetos que intervienen en el acto, que serán nulos de nulidad absoluta los negocios concluidos por personas a quienes se prohíbe su realización.⁷

En cuanto a las reglas de aplicación de la nulidad, Zannoni agrega que

... lo manifiesto no reside en la visibilidad –u ostensibilidad visual– del vicio que afecta al negocio, sino en la **posibilidad de subsumir ese vicio en una hipótesis normativa prevista, sin sujeción a una previa e imprescindible valoración de circunstancias contingentes para detectarlo.**⁸

En ese sentido, los tribunales apoyaron la posición doctrinaria del carácter absoluto de dicha nulidad. A modo de ejemplo citamos uno reciente:

1. Corresponde declarar la nulidad de la donación de un inmueble que por escritura pública, efectuaron los cónyuges propietarios del mismo a la hija extramatrimonial de uno de los donantes.
2. Aparece justificado el interés en la declaración de nulidad de la donación incoada por la donataria, el escribano interviniente y la codonante del inmueble que –juntamente con su cónyuge fallecido– efectuara a favor de su hija extramatrimonial, pues es la única vía para que el dominio revierta en cabeza del causante y la codisponente, evitando de ese modo que la donataria cuente con un título objetable. Recuperado el poder de disposición, las partes quedarán en libertad para concretar la nueva donación que expresaron tener el propósito de efectuar, con sujeción a la forma legal impuesta para que la donataria obtenga un título perfecto, carente de vicios.
3. La prohibición contenida en el art. 1807 del Cód. Civil se funda en que la ley presume que el donatario designado es un prestanombre y que la liberalidad está en realidad dirigida al cónyuge. Por otra parte, dicha regla traduce un supuesto de incapacidad de derecho, la cual compromete el orden público, debiendo

5. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, (20ª ed.), § 1979, p. 538.

6. *Ibidem*.

7. ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 2004, § 24, p. 206.

8. *Ídem*, § 15.

declararse nula, de nulidad absoluta, la donación efectuada en contravención a la norma citada, pudiendo ser pedida incluso por el Ministerio Público Fiscal en el interés de la moral y de la ley (del dictamen del fiscal ante la Cámara). M. M. F. L.⁹

No obstante lo señalado, existen autores que opinan que la nulidad que acarrea el artículo 1807 inciso 1 no es absoluta en todos los casos. Sambrizzi, en oportunidad de criticar un fallo, expone que

... a diferencia del *Esboço* de Freitas y del Código Civil chileno, nuestro Código Civil argentino no define cuáles son aquellos actos nulos o anulables en los cuales la sanción que corresponde es la nulidad absoluta, ni tampoco los enumera...¹⁰

El mismo autor cita a López Olaciregui, quien refuerza el criterio,

... al afirmar, con cita de Planiol que en la determinación de los supuestos en los cuales debe decidirse si existe una nulidad relativa o absoluta, no pueden darse fórmulas generales; y, al igual que Rivera, agrega que “sólo el examen del fundamento y fin de una disposición legal determinada permite afirmar si está afectado de nulidad absoluta o relativa el acto que la infringe”. Afirma además dicho autor que “la idea de que la ley de orden público da lugar a nulidades absolutas requiere afinamiento. Aplicándola en forma rígida se incurriría en errores”, debiendo la noción de orden público ajustarse al tiempo de cada situación jurídica. Sostiene por último que aun ciertas nulidades de orden público son confirmables, y que la calificación de absoluta corresponde al tiempo en que la nulidad se juzga: es de orden público si resulta intolerable o injusto que subsista la situación creada por el acto otorgado con vicio. Se deben considerar en ese momento proyecciones futuras y antecedentes pasados. No se trata simplemente de castigar, sino de asegurar la justicia contractual.¹¹

Santos Cifuentes sostiene que

... cuando el vicio que tiene el acto hiere o destruye intereses públicos, la nulidad es absoluta; mientras que si están en juego sólo los intereses particulares de las partes del acto, la nulidad es relativa.¹²

9. CNCiv., Sala A, 23/11/1998, “K., A. y K., M. V. y otro s/ Homologación de acuerdo” (*El Derecho*, t. 183, 1999, p. 681).

10. SAMBRIZZI, Eduardo A., “Alcance de la nulidad de los actos jurídicos practicados por personas a quienes se les prohíbe la realización del acto”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2008-D, p. 68, AR/DOC/1613/2008 (comentario a CNCiv., Sala F, 2/5/2008, “L., M. E. y otro c/ Z., S. E. [*La Ley Online*, AR/JUR/2450/2008]).

11. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, TEA, 1964, pp. 756 y ss. (actualizado por José M. LÓPEZ OLACIREGUI); citas obtenidas de SAMBRIZZI, Eduardo A., ob. cit. (cfr. nota 10).

12. CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 397 y ss. (cfr. LLOVERAS DE RESK, María E., [comentario al art. 1043], en Bueres, Alberto J. [dir.] y Highton, Elena I. [coord.], *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2C, Buenos Aires, 1999, p. 323); citas obtenidas de SAMBRIZZI, Eduardo A., ob. cit. (cfr. nota 10).

En tal virtud, los actos nulos de nulidad absoluta, conforme al autor, son

... los de objeto prohibido u objeto inmoral (art. 953)¹³; la incapacidad de derecho cuando se ha establecido para resguardar una institución de la sociedad, como la honestidad del desempeño de la función pública. También la simulación o fraude presumidos por la ley si afectan intereses públicos. La falta de una formalidad absoluta o solemnidad exclusiva ordenada por la ley.

Y como actos anulables de nulidad absoluta enumera a los siguientes:

Actos solemnes en que el instrumento es anulable, por falsedad o por defectos. El acto de objeto prohibido, pero que hace necesario no sólo investigar para revelar el vicio, sino que el juez aprecie el calibre e importancia de la inmoralidad o contravención a las buenas costumbres [...] las incapacidades de derecho pueden acarrear una nulidad absoluta o una nulidad relativa, según el interés implicado en la nulidad...¹⁴

Borda agrega que

... en cada caso concreto el juez apreciará si está interesada en la invalidez una razón de orden público o si, por el contrario, sólo se ha pretendido proteger el interés de los particulares; y según ello, resolverá que la nulidad es absoluta o relativa.¹⁵

Gattari, teniendo en cuenta la doctrina relacionada y ante un caso particular que analiza, relativiza los efectos de nulidad absoluta del artículo cuando se desnaturaliza su finalidad y el bien jurídicamente protegido por la norma, considerando el análisis previo que debe hacerse sobre la capacidad del cónyuge al momento de realizar la donación y el artículo 1809: “la capacidad del donante debe ser juzgada respecto al momento en que la donación se prometió o se entregó la cosa”. Es decir, el autor separa la mención literal del artículo del acto jurídico realizado y enfoca el análisis en la capacidad del otorgante a la promesa o a la efectiva entrega de la cosa:

... ese circunstancial de tiempo es sustancial para la comprensión del artículo: para que la prohibición sea efectiva, para que las consecuencias de la sanción de su invalidez, ineficacia o nulidad, sean oponibles, debe haber ocurrido durante el matrimonio, ya que la tergiversación que la ley presume y pretende evitar no puede ocurrir cuando uno de los cónyuges ha fallecido.¹⁶

13. Ya comentamos al inicio del desarrollo del presente dictamen que consideramos que la prohibición del art. 1807, inc. 1, no fue concebida por una violación al art. 953 sino únicamente en la protección de terceros acreedores de la sociedad conyugal.

14. CIFUENTES, Santos, ob. cit. (cfr. nota 12).

15. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Perrot, 1970, p. 417; citas obtenidas de SAMBRIZZI, Eduardo A., ob. cit. (cfr. nota 10).

16. GATTARI, Carlos M., “Donación al hijo del cónyuge”, en *Revista del Notariado*, N° 879, 2005, p. 63.

Cobra entonces especial relevancia la actualidad del matrimonio, ya que el artículo 213 nos informa que

... el vínculo matrimonial se disuelve “Por la muerte de uno de los esposos” (inciso 1º) de forma tal que la expresión “ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga” implica la existencia actual del matrimonio al tiempo del otorgamiento que se sanciona.¹⁷

Si bien se trata de un caso distinto al que nos toca dictaminar, queremos destacar que se están estudiando desde otra óptica las nulidades tradicionalmente consideradas absolutas. En ese sentido, la doctrina ha evolucionado favorablemente, tomando en consideración si existe en mayor o menor medida perjuicio al orden público. Este último, como pretendido bien jurídico tutelado, deberá ser considerado en cada caso particular, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar.

Durante el desarrollo del encuadre jurídico del presente dictamen, daremos algunos ejemplos concretos del concepto que adelantamos, que pueden aportar al escribano consultante elementos para la interpretación de la escritura que pretende otorgar.

4.2. Principio de convalidación

Existen situaciones que pueden presentarse en la realidad, como por ejemplo una persona que transmita o constituya un derecho careciendo del necesario y previo título jurídico para hacerlo,

... por lo cual el acto realizado se ve desprovisto de eficacia; pero puede también ocurrir que dicha persona asuma con posterioridad la posición legal que no tenía y entonces el acto derivado adquiere, a su vez, la eficiencia de la que inicialmente estaba desprovisto. El juego de este proceso [...] se denomina la “convalidación” de los actos jurídicos.¹⁸

El principio del artículo 3270, “*nemo plus iuris*”, es susceptible en estos casos de un posterior reajuste por vía de la convalidación de los actos jurídicos.¹⁹ El artículo 2504 establece:

Si el que transmitió o constituyó un derecho real que no tenía derecho a transmitir o constituir, lo adquiriese después, entiéndese que transmitió o constituyó un derecho real verdadero como si lo hubiera tenido al tiempo de la transmisión o constitución.

17. *Ibidem*.

18. DÍAZ, Guillermo, “Hipoteca sobre inmueble ajeno (su constitución y ulterior convalidación)”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 94, p. 898, cita online AR/DOC/472/2012.

19. *Ibidem*.

A modo de ejemplo,

... el art. 1329 prohíbe vender las cosas ajenas variando las soluciones según que la cosa hubiera o no sido entregada y según también que el comprador supiera o ignorara que la cosa no pertenecía a su co-contratante. Pero el siguiente, artículo 1330, establece que la nulidad queda también cubierta (además de la ratificación de la venta por el propietario) “cuando el vendedor ulteriormente hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida”.²⁰

Este es el caso más frecuente de convalidación, en virtud del cual

... por interés colectivo y aun por razones de ética, el legislador impone a quien se obliga el deber de llevar a cabo su prestación no sólo con el título que tenía en el momento de contraerla sino con el que más tarde hubiese podido obtener.²¹

El acto, que en su origen era defectuoso, encuentra la validez que necesitaba por la eficacia legal que adquiere a posteriori. Este mecanismo legal “encuentra sus más variadas posibilidades de aplicación en el campo de los derechos reales”.²² Se subsana el acto inválido por falta de autoría del legitimado, con o sin sustitución de persona. A modo de ejemplo, citamos un fallo en el que se resolvió el contrato privado celebrado el 9 de octubre de 1987 entre Hijos de Miguel Castellar y Cía. S.A. y Roberto J. Di Blasio, ordenándose reintegrarle a la firma vendedora la posesión de los bienes y la reposición por esta de las sumas pagadas por el comprador, actualizadas, difiriéndose ese reintegro hasta la efectivización del pago. Se atribuyen luego a la resolución efectos retroactivos a la fecha de la firma del contrato de compraventa, dejando a salvo los derechos de terceros adquirentes de buena fe. Esa resolución contractual convalidó la venta realizada por la firma Castellar a Arla, venta que no estaba sujeta a ninguna condición ni obstruía el poder de disposición de la vendedora, la que aparecía como titular de dominio. Se señala que resulta de aplicación el principio de convalidación de los derechos reales, previsto en el artículo 2504 del CCIV.²³

4.3. Aplicación del principio de convalidación a normas estatutarias rígidas y nulidades absolutas

En virtud del orden público que impera en los derechos reales, es frecuente encontrarnos ante normas estatutarias en que las partes del título constitutivo de un dere-

20. *Ibidem*.

21. LAFAILLE, Héctor, *Contratos*, t. 2, Buenos Aires, 1928, § 65, p. 45; citas obtenidas de DÍAZ, Guillermo, *ob. cit.* (cfr. nota 18).

22. *Ibidem*.

23. Cám. Civ. y Com. de Azul, Sala II, 30/9/2002, “Arla, Andrés A. s/ Tercería de dominio. Di Blasio, Roberto y otra s/quiebra” (*La Ley Buenos Aires*, t. 2003, p. 192, AR/JUR/3103/2002).

cho real no pueden dejar de lado. En determinadas ocasiones, estas normas no parecen proteger ni estar fundadas en ningún principio que haga a la organización social o susceptible de protección más allá de los sujetos negociales del título al derecho real.²⁴ A modo de ejemplo, observamos la imposibilidad de aplicar la regla de la convalidación en materia hipotecaria (art. 3126 CCIV). Se advierte en dichas disposiciones, como sugiere nuestra doctrina, una innecesaria y hasta perjudicial imperatividad. Respecto de la excepción al principio de convalidación contenida en el artículo 3126 del CCIV, Salvat afirma que “no hay motivos suficientes para apartarse de la regla general del art. 2504”.²⁵

La violación a la prohibición deriva en una nulidad absoluta e insanable; sin embargo, existen fallos que han declarado el mantenimiento de hipotecas constituidas por aparentes dueños que resultaron no ser tales después de sustanciarse las respectivas acciones de simulación, quedando firme el gravamen que concertará el que, sin serlo, aparecía como ostensible dueño del inmueble.²⁶ La solución de la doctrina y los fallos relacionados para los casos de nulidad tradicionalmente considerada como absoluta, protege la apariencia del derecho. Mantener la validez de estos actos que purgaron un vicio inicial involucra defender igualmente la buena fe y la estabilidad que deben prevalecer en toda relación jurídica.²⁷

Al detectarse el error en el estudio de títulos, se comprueba que la donataria adquiere, luego del fallecimiento del esposo de la madre y de la madre (ambas sucesiones con declaratoria de herederos), la vocación hereditaria del disponente del acto gratuito cuya validez fue cuestionada. No quedan dudas de que, conforme el principio desarrollado en el presente, su legitimidad ha quedado convalidada conforme el artículo 2504 del CCIV. Los efectos saneatorios de la convalidación del acto jurídico se producen automáticamente por la adquisición posterior, por lo que se diferencia de la confirmación que exige la voluntad expresa o tácita del titular de la acción de nulidad o anulabilidad. Esta opera con efecto retroactivo, en tanto no afecte derechos de terceros.

A diferencia de un típico caso de venta de cosa ajena, que como vimos es el ejemplo más concreto de convalidación en materia de derechos reales, existe en los antecedentes dominiales de este caso una donación en violación a la prohibición del

24. DÍAZ, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 18).

25. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, t. IV, Buenos Aires, TEA, 1960, p. 102, actualizado por Manuel J. ARGANARÁS; cita obtenida de DÍAZ, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 18).

26. “Entre otros, los casos que se registran en *Jurisprudencia Argentina*, t. 7, p. 298; t. 25, p. 947; t. 38, p. 1196; t. 50, p. 830; t. 51, p. 348; t. 1945-III, p. 929” (DÍAZ, Guillermo, ob. cit. [cfr. nota 18]).

27. “Igual solución de subsistencia del gravamen corresponde a los casos del heredero aparente, art. 3430; de fraude, art. 970, aquí a título oneroso y de buena fe; a la revocación de donaciones por ingratitud, art. 1866; al incumplimiento de los cargos impuestos por el donante y que no están expresados en el instrumento de la donación, art. 1855; del indigno para heredar, artículo 3309; del poseedor definitivo de los bienes del ausente con presunción del fallecimiento, arts. 122 y 124 del Cód. Civil, hoy arts. 30 y 32 de la Ley 14394” (DÍAZ, Guillermo, ob. cit. [cfr. nota 18]).

1807 inciso 1, que puede ser tachada de nulidad absoluta o relativa conforme las posturas doctrinarias que hemos analizado. Es en virtud de interpretar, conforme el caso concreto, el carácter absoluto o relativo de la nulidad lo que implicará dos soluciones distintas. Si consideramos que se trata de una nulidad absoluta, las consecuencias del acto son la imposibilidad de subsanarlo, siendo esta nulidad imprescriptible e inoponible a los sucesivos adquirentes, quienes no podrán amparar la buena fe requerida por el artículo 1051 del CCIV. Sin embargo, juega, como vimos, el principio de convalidación, mediante el cual la ulterior adquisición por sucesión será la que en definitiva legitime la transmisión del disponente y los sucesivos vendedores. Eso no obstante los derechos de terceros interesados, es decir los que se valen del asiento registral para hacer valer sus derechos. A pesar de lo señalado, y ante el periodo transcurrido, consideramos que la inacción de cualquier acreedor por el periodo transcurrido y las sucesivas ventas operadas hacen perecer cualquier acción tendiente a retrotraer los efectos de la donación.

En el caso de que se considere que se trata de una nulidad relativa, debe interpretarse, por un lado, la viabilidad de la prescripción decenal del artículo 3999 del CCIV (conforme la interpretación de la doctrina notarialista en cuanto a la buena fe requerida para tales supuestos) y, por el otro, el haber operado la consolidación de la legitimidad del donatario disponente, en virtud del principio de convalidación que analizamos. En ambos supuestos, no será necesaria ni la presentación del inmueble en el expediente sucesorio, ni el distracto registral junto con la nueva inscripción, ya que no solo la legitimidad del disponente sino también el acto otorgado quedan convalidados, en forma similar a los ejemplos de venta de cosa ajena que hemos citado. Coincidimos con esta última postura.

Conforme a lo analizado y las diferentes posturas presentadas en el presente dictamen, sostenemos que la nulidad de los actos jurídicos practicados por personas a las que se les prohíbe la realización de un determinado acto no necesariamente es de carácter absoluto. Por ende, y por las circunstancias del caso particular, el título traído a análisis no es observable, no siendo necesaria tampoco la presentación del inmueble involucrado en los expedientes sucesorios. Agregamos que el [Código Civil y Comercial](#) no contempla esta nulidad a favor de la hija del cónyuge. Es un indicativo más de que el orden público que se pensó para esta disposición no es tal y por eso la evolución legislativa lo ha eliminado como prohibición.

5. Cuestión relativa a la nulidad de todo el instrumento celebrado

En el caso, expusimos la postura que puede interpretar que la violación al artículo 1807 del CCIV se trata de una nulidad relativa. Para el caso en que alguien pueda considerar lo contrario, y se considere una nulidad absoluta, sostenemos que la misma, al no ser un defecto de forma del instrumento, no anula el instrumento sino úni-

camente el acto respecto de la donación a la hija de la cónyuge y no el otro acto contenido en el que es la donación a la nieta (tercero).

6. Donación a terceros y su observabilidad

En cuanto a la escritura de donación a terceros que se consulta, debemos referirnos –como en los casos anteriores– a las consecuencias del Código Civil al momento de otorgarse el acto, para lo cual hacemos remisión al dictamen elaborado por el escribano Diego M. Martí, en oportunidad de resolver la consulta [...], expediente 16-01505-09, que arriba a las siguientes conclusiones:

En la redacción actual del art. 3955 del C.C., resultan imperfectos u observables los títulos que verifican entre sus antecedentes una donación a quienes no son hijos de los donantes, por estar sujetos a una condición resolutoria legal ante la posibilidad del ejercicio de la acción reipersecutoria por parte de eventuales herederos de estos últimos. El dominio así transmitido reviste el carácter de revocable o resoluble ex lege, en virtud de la eventual declaración de inoficiosidad de la donación en el supuesto de verse afectada la legítima de dichos herederos. En tal supuesto, al declararse inoficiosa la donación, se posibilitaría una acción con alcances reivindicatorios respecto del actual propietario del inmueble.

La prescripción juega en favor de las donaciones a quienes no son hijos de los donantes por dos caminos distintos: uno a los 10 años de la muerte del donante, por prescripción liberatoria frente a la eventual acción del legitimario, y el otro a los 20 años de efectuada la donación, por prescripción adquisitiva a favor del adquirente.

Conforme los términos del art. 2509 y su nota, no se refieren éstos únicamente al supuesto de adquirir, por distintos y sucesivos títulos, partes proporcionales o desmembraciones del dominio, sino también al de adquirir lo que al derecho de dominio le faltare para ser pleno y perfecto. Así, a la adquisición por usucapión se agrega a la hecha antes a título de donación en el sentido de completarlo, obstando la posibilidad de hacer valer frente al usucapiente la condición legal a que se sujetó su título primitivo, quitando su imperfección.²⁸

7. Conclusión

En cada punto observado por la consultante se ha concluido nuestra opinión aplicable al caso.

28. [N. del E.: ver dictamen completo [aquí](#), y otros del escribano Martí de similar tenor en *Revista del Notariado*, N° 902 {a, b}].

A cien años del Primer Congreso Notarial Argentino

Alberto Allende Iriarte

Enrique H. J. Garbarino

El 8 de julio de 1917, en los salones del Ateneo Hispano Argentino, ubicado en la Capital Federal, se realizó la sesión inaugural del Primer Congreso Notarial Argentino, cuya sesiones preparatorias fueron llevadas a cabo por una junta ejecutiva presidida por el reconocido escribano de la Capital Federal don Avelino Rolón y convocada por el Colegio Nacional de Escribanos de la Capital Federal, que tenía como presidente al escribano Ricardo Wright.

Este congreso estuvo precedido por intentos fallidos, según la propuesta del escribano Lagos de la provincia de Buenos Aires en 1907, ya que con anterioridad también se habían presentado proyectos que no prosperaron, como el del Colegio de Escribanos de Rosario, provincia de Santa Fe, y el de los Colegios de Entre Ríos y Buenos Aires, que impulsaban la constitución de una confederación de colegios.

En octubre de 1915, se cursaron circulares a todos los colegios existentes convocando a la organización de tan esperado congreso, y, en 1916, los colegios de todas las provincias se la encomendaron al Colegio Nacional de Escribanos de la Capital. El congreso se concretó con la constitución de la junta ejecutiva presidida por el mencionado escribano Avelino Rolón e integrada por sesenta delegados de todas las provincias y territorios nacionales.

Para ese entonces, ya se habían constituido varios colegios notariales. En el año 1866, se creó el de la Capital Federal, denominado Colegio Nacional de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires; en 1889, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires; en 1910, el de Rosario, Santa Fe; en 1911, el de Salta; en 1914, el de Mendoza; en 1915, el de Tucumán; y, en 1917, el de Córdoba.

Las importantes resoluciones a las que llegaron los congresistas tuvieron amplia difusión en las revistas que por entonces tenían los colegios de la Capital Federal y de la provincia de Buenos Aires, así como también en diversas publicaciones de asociaciones jurídicas. El tiempo, que todo lo borra, fue dejando en el olvido esta importante reunión, con la cual se dio comienzo al alumbramiento científico e institucional del notariado nacional. Cuando parecía que los escribanos argentinos no volverían a expresarse sobre este evento, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires editó un libro en 1967 con las actas y antecedentes del Primer Congre-

so Notarial Argentino, con prólogo del eminente jurista Luis María Boffi Boggero, vinculado familiarmente con dos artífices de aquel congreso como fueron los escribanos Pedro Luis y Ernesto Boffi.

Tras esa publicación, transcurrieron cincuenta años en los que el notariado se desarrolló científicamente, realizando congresos y jornadas nacionales y provinciales, y, a su vez, fomentando la creación de instituciones dedicadas al estudio y perfeccionamiento del derecho y del arte notarial. Así surgió, en primer término, la Confederación Notarial Argentina, la Escuela Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y la sanción de la Ley 7048, que en 1910 creó los estudios universitarios para la carrera notarial. Las Universidades de La Plata y de Buenos Aires implantaron la carrera de notariado, y los tribunales de superintendencias de dichas jurisdicciones dejaron de otorgar el título de escribano. La Facultad de La Plata creaba la primera cátedra de derecho notarial y en las Universidades de Buenos Aires y de Córdoba se instauraban los institutos de práctica notarial, donde los más prestigiosos notarios enseñaban a los alumnos el arte de la notaría.

En la asamblea extraordinaria del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires del 10 de diciembre de 1938, se creó el Instituto Argentino de Derecho Notarial, institución que publicó su revista desde el año 1939 hasta año 1946.

El 21 de octubre de 1943, el Colegio de Escribanos de la Capital Federal creó el Seminario de Investigaciones de Derecho Notarial, designando como presidente a José María Mustapich y consejeros a Carlos Petracchi, Francisco Ferrari Ceretti, Jorge Allende Iriarte, Jorge Alberto Bollini, Tomas Diego Bernard (h), Horacio Harrington y José León Torterola, institución que estuvo representada en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino. El 16 de junio de 1946, el Instituto Argentino de Derecho Notarial, en reunión plenaria, acordó por unanimidad de sus miembros de número que podían acceder al rango científico de academia privada encuadrada dentro del decreto del 13 de febrero de 1925. Es así como surgió la originaria Academia Argentina del Notariado y funcionó hasta su disolución en la sede del Museo Social Argentino. La Academia Argentina del Notariado instó a sus miembros correspondientes de los países europeos a concurrir al primer congreso notarial que se realizaría en Buenos Aires y en 1947 comisionó a Jorge Allende Iriarte, quien en un largo viaje recorrió Centro y Sud América, visitó México, Cuba, Puerto Rico, Colombia, Ecuador, Perú y Chile, dictando clases magistrales en sus universidades y entusiasmando a los notarios a concurrir al futuro congreso.

La comisión del Primer Congreso Internacional convocado por la Argentina quedó constituida de la siguiente forma: se nombró como presidente, secretario y tesorero a los del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, y como vocales a los presidentes de los Colegios de Escribanos de Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, La Rioja, Mendoza, Rosario, Salta, San Juan, Santa Fe y Tucumán y a los presidentes de la Federación Argentina de Colegios de Escribanos, de la Academia Argentina del Notariado, y del Seminario de Investigaciones de Derecho Notarial y de la Mutual Notarial Argentina.

El 27 de octubre de 1952, en asamblea extraordinaria, la Academia Argentina del Notariado, al igual que otras academias privadas, decidió disolverse ante la persecución del gobierno de turno. El 13 de abril de 1957, los Colegios de Escribanos de la República Argentina resolvieron la creación del Consejo Federal del Notariado Argentino, que reemplazó a la antigua Federación Argentina de Colegios de Escribanos.

Cuenta Villalba Welsh que a partir de 1955 se iniciaron las conversaciones tendientes a restaurar la originaria Academia Argentina del Notariado. Al no lograrlo, la asamblea del Consejo Federal nombró los tres primeros miembros de número del Instituto Argentino de Cultura Notarial: Alberto Villalba Welsh, Carlos A. Pelosi y Francisco Martínez Segovia. Este consejo académico se completó con Raúl A. Monea y Jorge A. Bollini.

El 1° de enero de 1990, el Instituto Argentino de Cultura Notarial cambió su denominación por la de Academia Argentina del Notariado, tomando así el mismo nombre de la originaria academia, disuelta en 1952.

Esta secuencia de la actividad académica y científica de los notarios, a través de las instituciones mencionadas, culminó con el Decreto 989 del 22 de diciembre de 1995, que dio nacimiento a nuestra actual Academia Nacional del Notariado.

El 8 de julio de 2017, se cumplirán cien años del Primer Congreso Notarial Argentino, organizado por el Colegio Nacional de Escribanos, cuya presidencia ejercía el escribano don Ricardo Wright, y también por iniciativa de todas las demás agrupaciones de las provincias. En ese entonces asistieron representantes de los tribunales de justicia, del Colegio de Abogados y, como delegados, escribanos de la ciudad de Buenos Aires así como de las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, San Juan, Salta, Córdoba, Tucumán, Mendoza, Entre Ríos, San Luis, Santiago del Estero, La Rioja, Catamarca, Jujuy, Chubut, Santa Cruz y Misiones.

La importancia de los temas establecidos para ser analizados demuestra lo fundamental de sus resoluciones. Entre ellos destacamos la declaración de interés común para todos los escribanos de la república de la necesidad de agruparse constituyéndose en centros o colegios notariales que a posteriori conformarían la Confederación Notarial Argentina, embrión de nuestro actual Consejo Federal; la propuesta de nacionalización del título de escribano, el plan de estudio universitario para todo el ámbito de la Nación, la cátedra notarial, y la Ley Orgánica del Notariado. También se propusieron modificaciones al Código Civil y a los códigos de procedimientos; se solicitó una ley para regular los registros de la propiedad inmueble; se propugnaron modificaciones al protesto de letras de cambio y más documentos comerciales; se presentó una propuesta de reformas de la reglamentación sobre transmisión de registros notariales; se postuló que la provisión de los registros vacantes se produzca mediante el régimen de concursos de oposición; se propuso un proyecto de ley para el ejercicio de la procuración; y se postuló la reducción de la porción legítima de los herederos forzosos.

La entrega al escribano Marcos Rospide, exvicepresidente del Colegio de la Provincia de Buenos Aires, del libro de actas original de la junta organizadora del

Primer Congreso Notarial por parte de un familiar del presidente, el escribano Avelino Rolón, motivó que se convocara al escribano Alberto Allende Iriarte para alentar a los colegios de Capital y de la provincia de Buenos Aires a realizar en el año 2017 un homenaje recordatorio de dicho evento fundacional del notariado argentino. Se consideró que dicho homenaje debía ser organizado por los colegios de Capital y provincia de Buenos Aires que impulsaron la realización del mencionado congreso. En consecuencia, el Colegio de la Capital Federal nombró como su representante a la escribana Alejandra Vidal Bollini y el Colegio de la Provincia de Buenos Aires a su consejero escribano Marcelo Falbo, a la vez que se designaron las siguientes autoridades: presidente escribano Alberto Allende Iriarte (CABA), vicepresidente escribano Marcos Rospide (Prov. Bs. As.), secretario escribano Pablo Villola (Prov. de Bs. As.), vocales escribano Gustavo Arigos (Prov., de Bs.As.) y escribanos Josefina Morel y Enrique Garbarino (CABA).