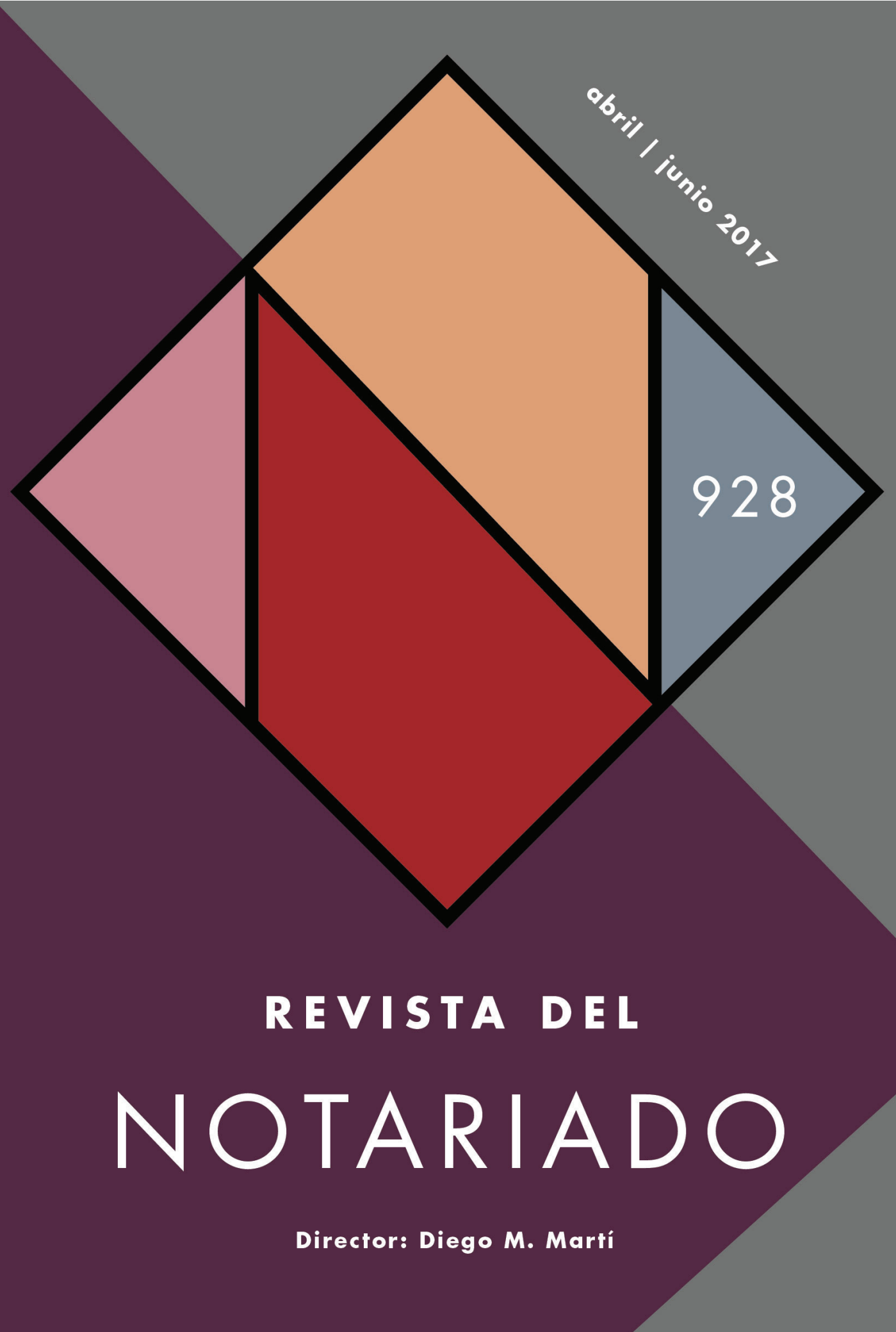




abril | junio 2017

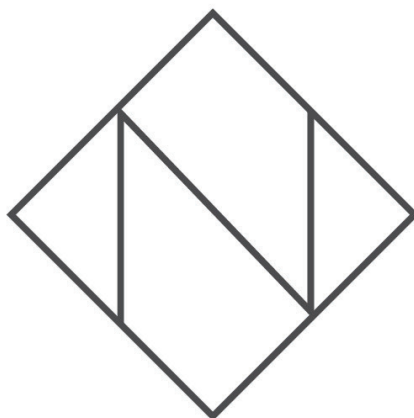
928

REVISTA DEL
NOTARIADO

Director: Diego M. Martí

abril | junio 2017

928



REVISTA DEL NOTARIADO

Órgano del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires
Fundada el 15 de noviembre de 1897

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: Diego Maximiliano Martí

Comité editorial: Maritel Mariela Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Alfonso Gutiérrez Zaldívar, Martín Jaime Giralt Font, María Marta Luisa Herrera, Alberto María Miguens, 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

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>

Editorial | 6

In memoriam

Mario Antonio Zinny | 10

Doctrina

La escritura pública en el nuevo Código Civil y Comercial. Requisitos y subsanaciones, por *María Victoria Gonzalía* | 16

Naturaleza del plazo para sanear una donación, por *Claudio M. Kiper* | 54

Conjuntos inmobiliarios y la polémica adecuación. La espada de Damocles, por *Horacio Teitelbaum* | 67

Efectos de la ley en relación al tiempo. Temas de interés notarial, por *Marcelo E. Urbaneja* | 81

Temporalidad de la ley. Incidencia en las situaciones jurídicas en curso, por *Gastón A. Zavala* | 99

Dictámenes

Estudio de títulos. Expediente sucesorio extraviado. Prescripción. Código Civil, por *Alicia V. Castillo* | 118

Donación efectuada por sociedad. Capacidad. Acto extraño. Objeto, por *Alfonso Gutiérrez Zaldívar* | 124

Zonas de fronteras. Previa conformidad. Sociedades, por *Marta L. Herrera, Karina A. Martínez, Agustín H. Novaro y Pilar M. Rodríguez Acquarone* | 130

Internacional

El régimen internacional de las obligaciones, por *José A. Márquez González* | 137

Estimados lectores:

A partir de este número, tengo el elevado honor de dirigir la *Revista del Notariado* y continuar con una tarea que lleva más de un siglo y que, desde el año 1935, ha sido cumplida por diecisiete escribanos (antes, esa responsabilidad recaía sobre comisiones). Mi antecesor, el escribano Álvaro Gutiérrez Zaldívar, luego de casi dieciséis años en el cargo, cerró su último editorial deseándome la mejor de las suertes en esta empresa. Yo quiero agradecerle, por un lado, como lector de esta publicación, por el nivel del material que nos ha puesto a disposición durante su gestión, y, por otro, ya desde mi rol como nuevo director, por haber dejado una publicación de jerarquía, reconocida y valorada, con un equipo de trabajo de primer nivel. La vara es alta, de modo que la tarea que asumo implicará un enorme desafío.

Deseo destacar que de la gestión de Álvaro quedan reconocimientos, que aún no merezco pero que espero mantener, de parte de autores de artículos ya publicados por el modo en que el paso por la *Revista* eleva la calidad de los trabajos desde la edición y en lo que hace a las herramientas digitales aplicadas. Pero hay algo más, que no puedo soslayar, y es la calidad humana de Álvaro, quien me ha acompañado en la transición, poniéndose a disposición y atendiendo mis inquietudes cada vez que lo requerí. Sé que su generosidad no acaba aquí y que seguiremos contando con su colaboración.

Tomando sus palabras en “[Acerca de la Revista](#)”, Gutiérrez Zaldívar aclara que se trata de la segunda revista jurídica más antigua de nuestro país que aún se edita, que ha contado con el trabajo mancomunado de los Consejos Directivos del Colegio de Escribanos y con la colaboración de sus distintas áreas, de la Biblioteca y de las Comisiones, y que ha vivido diversos cambios, muy positivos, los que en modo alguno invalidan lo que se hacía antes de cada uno. Conuerdo plenamente con él: “Los cambios son eslabones que constituyen una cadena que se extiende y mejora, una adaptación a los tiempos sin pérdida de valores”. Los cambios no siempre se dan para marcar una diferencia con lo anterior, sino para adecuarse a lo de hoy y a lo que viene, con el propósito único de mejorar.

La *Revista* es un ámbito plural y lo seguirá siendo. Pluralidad, honestidad intelectual y credibilidad se encuentran entre sus principios rectores, tal como sucede en el ejercicio diario de nuestra profesión. Se encuentra abierta a todos los que tengan algo que decir vinculado con los aspectos académicos y/o prácticos de nuestra profesión y lo hagan con una jerarquía y un estilo acordes a la publicación. Esto me consta no solo como lector, sino también porque he participado del trabajo de la *Revista* en los últimos años, desde su Comité Editorial, que hoy integran Maritel Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Martín Giralt Font, Alfonso Gutiérrez Zaldívar, María Marta Herrera, Mariana Massone, Alberto Miguens y Pilar Rodríguez Acquarone.

El trabajo del Comité de Referato consiste, entre otras actividades, en la evaluación anónima de los artículos presentados para su publicación, a fin de garantizar su calidad. El anonimato rige tanto para el autor como para el árbitro, ya que este desconoce la autoría del texto que evalúa. En el proceso de referato o arbitraje de cada artículo, se analiza si cumple el objetivo propuesto, la contribución al campo de estudio, la metodología aplicada, el estilo, el manejo de la terminología, la creatividad, el derecho de propiedad

intelectual, los aspectos formales de organización interna del texto y la relación de citas y referencias bibliográficas, entre otras cosas.

Capacitarnos y salir de la zona de confort

La capacitación es, sin lugar a dudas, uno de los pilares de nuestra profesión. Nuestro perfeccionamiento redundará en beneficio de la comunidad, que necesita de nuestra función fedante y de la seguridad jurídica preventiva de litigios que le proporcionamos y de la que somos custodios. La colaboración de la *Revista* en la formación profesional debe ser permanente, para enriquecernos con el aporte y el intercambio, para jerarquizar nuestro trabajo y nuestra función. Y más aún ahora, época en que nos toca vivir un profundo cambio legislativo, del que como profesionales del derecho somos parte, y del que, como primeros intérpretes de la ley, nos hacemos cargo. Este fuerte vínculo entre la *Revista* y nuestra capacitación permanente se evidencia, por ejemplo, en las estadísticas de uso de su web, que muestran que una parte importante de los accesos diarios a la misma se origina en el [campus virtual](#) del Colegio y en el [micrositio](#) del Código Civil y Comercial.

El derecho de por sí es dinámico, pero evidentemente está en un momento de plena ebullición. Tenemos colegas que se han iniciado en el ejercicio de la función notarial con el Código Civil en su letra anterior a la reforma del año 1968, que han atravesado también la mayor parte de su vida profesional con el Código reformado por la Ley 17711, y que continuaron haciéndolo con el Código Civil y Comercial, que lleva ya dos años de aplicación y ha sido a su vez objeto de reforma en dos oportunidades: por la Ley 27271, que ha modificado los artículos 2189, respecto de la especialidad en cuanto al crédito, y 2210, en cuanto a los efectos registrales de la anotación de la hipoteca, y por la Ley 27363, mediante la incorporación del artículo 700 bis y la modificación del 702, ambos relativos a la responsabilidad parental.

Estos cambios legislativos deben ser acompañados por el notariado, el que muchas veces, incluso, es el generador de los mismos. Y la doctrina que se produce en nuestro ámbito debe ser dada a conocer a la mayor cantidad de operadores del derecho que nos sea posible. Lógicamente, la jurisprudencia apenas se ha manifestado en estos dos años; no ha habido tiempo suficiente. Y siendo, como decíamos, uno de los primeros intérpretes de la ley, es necesario hacer llegar nuestra postura y nuestra opinión no solo a los colegas o demás actores involucrados en el quehacer notarial cotidiano, sino, y muy especialmente, a la Justicia, que será la encargada de expedirse respecto de lo que hayamos hecho, y a los más elevados ámbitos académicos. En este contexto, la *Revista* ha buscado voces provenientes de otros sectores de la comunidad jurídica, más allá del notariado.

Es necesario no solo juntarnos a debatir entre nosotros en nuestros propios espacios –que son útiles, que son importantes y que nos fortalecen–, sino que también debemos salir de la zona de confort y llevar nuestros conocimientos y experiencia afuera. Y una muy importante oportunidad para ello son las [XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil](#), las primeras cuyos temas fueron elegidos con el Código Civil y Comercial ya vigente y que se celebrarán en la ciudad de La Plata, del 28 al 30 de septiembre próximo, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional

de La Plata. Allí, una de las comisiones (la N° 10) versará sobre derecho notarial: “Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados”, y debemos destacar que las tres presidencias serán desempeñadas por los escribanos José María Orelle, Carlos M. D’Alessio y María T. Acquarone, ocupando una de las vicepresidencias la colega Eleonora R. Casabé, y una secretaría el escribano y asesor jurídico notarial del Colegio Ángel F. Cerávolo. Serán también autoridades de la Comisión destacados colegas de otras demarcaciones. Sin duda, debe contarse con una gran presencia del notariado, y no solo en esta comisión, sino también en todas aquellas que, de un modo u otro, se vinculan con nuestra actividad.

El uso de la información

Ahora bien, lo que se maneja en la *Revista* es mucho más que información, cuyo valor se vuelve realmente relevante al compartirse. Es para todos muy importante estar capacitados, y lo es tanto o más que también lo estén nuestros colegas, aquellos con quienes interactuamos, todo el cuerpo notarial.

La información es una herramienta que brinda poder, por supuesto, ya que facilita la toma de decisiones, lo que nos vuelve más eficientes. Lograr soluciones nos ayuda a forjar un entorno mejor, sea que lo veamos desde el punto de vista de la comunidad notarial, como del de la comunidad vinculada.

Contar con la respuesta es un elemento a favor, pero es vital para llegar a ella contar con la pregunta adecuada: dónde reside la necesidad para saber qué información buscar, de dónde obtenerla y cómo utilizarla. La tecnología hace que hoy parezca más sencillo obtener información –y en cantidad–, pero no lo es tanto poder aplicarla. Para ello, es necesario saber cómo utilizarla. Allí reside el verdadero “poder” que podemos obtener de esta herramienta. Desde la revista nos proponemos que esté al alcance aquella que resulte relevante, fundada, clara, completa, plural, privilegiada. Que en definitiva sea el vehículo para obtener la respuesta que cada uno esté buscando.

Homenaje

Durante el período de tiempo que abarca este número, se produjo el fallecimiento de Mario Antonio Zinny. Tal vez pueda parecer extemporánea la referencia, pero entiendo que no puede haber una publicación de índole notarial que no le rinda al menos un sencillo homenaje a esta personalidad del notariado, que tanto nos ha dado y seguirá dándonos, ya que nos queda su enorme obra. Hemos tenido la fortuna de contarle entre los autores publicados por la *Revista del Notariado*, en reiteradas ocasiones. Se trata de un jurista de referencia obligada para la formación académica en derecho notarial y ha sido, fundamentalmente, de esas personas que trascienden las fronteras de su ciencia, yendo más allá de su enorme envergadura como doctrinario. Lo recordaremos también, por qué no, desenvolviéndose histriónicamente en el estrado del salón Posadas, en nuestra casa.

Por ello, contamos en este número con una semblanza del Dr. Zinny, elaborada por la colega Silvia Maela Massiccioni, de la ciudad de Rosario, a partir de textos producidos

por el propio Zinny, quien tuvo el honor de conocerlo muy de cerca por haber sido su colaboradora en el ámbito académico.

Una reflexión

Hace poco escuchaba a un querido colega contar una anécdota, de esas que no importa si son verídicas o folclóricas porque encierran un mensaje, que quiero compartir aquí. Decía el colega que al ver a un amigo mirando por una ventana le preguntó “¿Qué hacés?”, a lo que le respondió “acá estoy, mirando y esperando ver a quien pude haber sido de no ser lo que soy”. La respuesta le hizo pensar y también mirar por ahí para intentar encontrar a quien él podría haber sido... pero eso no sucedió, no se le ocurrió nada, ninguna alternativa; ni siquiera supo por dónde comenzar a mirar. Se sentía plenamente satisfecho de ser notario. Creo que es un común denominador en la inmensa mayoría de nosotros: sentirnos orgullosos de ser escribanos. Intentaremos honrar ese orgullo desde aquí, desde cada página de esta *Revista*, que hacemos entre todos.

Este número

Contiene este número cinco artículos de doctrina, tres dictámenes jurídico-notariales, un ensayo para la sección “Internacional”, y el mencionado “*In memoriam*”. De entre los artículos, cobra una especial relevancia el del Dr. Claudio M. Kiper, integrante de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, respecto de la naturaleza del plazo que se requiere para considerar saneado el título de un inmueble que verifica una donación entre sus antecedentes, tema que resulta especialmente delicado para el notariado.

DIEGO MARTÍ

Mario Antonio Zinny (1936-2017)*

Mario Antonio Zinny nació el 19 de marzo de 1936. En 1964, aprobó la última de las dieciséis materias de la carrera de abogacía, en aquella época suficientes para obtener el título de notario y ejercer el notariado. Miembro de número de la Academia Nacional del Notariado (antes Instituto de Derecho Notarial) desde 1974 y miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, a la que llegó en 1996 con el generoso apoyo del doctor Luis Moisset de Espanés.

En cuanto obtuvo el título de escribano, se puso a trabajar en la redacción de sus escrituras. En aquel momento, le consultó a Sebastián Soler, el suegro de su hermana Nora, si podía innovar en la forma de redactarlas porque –decía–



... en la redacción tradicional se mezcla todo. Un poco de situación inicial (datos personales, personerías), otro poco de acto (“Fulano vende a Mengano”), otro poco de situación inicial (“Le corresponde a Fulano por...”), otro poco de acto (“Se efectúa esta venta por el precio de...”), y otro poco de situación inicial (“De los certificados...”). Además, no hay un solo punto y aparte y no se utilizan guarismos para designar las cantidades...

El Dr. Soler respondió que sí, que podía innovar, pero que antes era conveniente que hiciera llegar al Consejo Directivo de su Colegio un trabajo con la nueva redacción –por supuesto, él preparaba su defensa, por las dudas–. Y fue así como nació el primer trabajo de Mario Zinny, “Documento notarial, orden vigente y dogmática jurídica”, que en 1964 puso en manos del Colegio de Escribanos de Rosario. Se lo hizo llegar también a Francisco Martínez Segovia, quien a su vez se lo dio al doctor Carlos Pelosi. Ambos lo apoyaron y Pelosi lo citó en su trabajo “Técnica de la redacción escrituraria” (publicado en la *Revista Notarial* del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 1965) con separata de la Universidad Notarial Argentina (serie “Técnica notarial”, cuaderno N° 15), donde, refiriéndose a las partes de la escritura, Pelosi comenta: “La ordenación más evolucionada en este momento, sin entrar a juzgar sus bondades o inconvenientes, ha sido propuesta por Zinny” (p. 98).

A Zinny lo recibieron en su Colegio con los brazos abiertos, y nadie objetó sus escrituras. ¿Qué hubiera ocurrido si su primer trabajo, dirigido al Consejo Directivo, merecía algún tipo de observación? ¿Y si su primera monografía, “Crítica a un instru-

* La *Revista del Notariado* agradece muy especialmente a la profesora –y colega– Silvia Maela Massiccioni, de la ciudad de Rosario, por su edición y compilación de textos producidos por el propio Zinny que han dado como resultado la presente semblanza.

mento público”, editada en 1961, siendo aún estudiante, en vez de caer en manos del Dr. Hugo Lencioni, quien la comentó en el Colegio de Abogados, hubiese caído en otras menos generosas? Zinny era emocional y no tenía paciencia. Mucho tiempo después comprendió que tuvo suerte, mucha suerte.

En 1966, fue incorporado a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR) en carácter de jefe de práctica notarial, que luego pasó a ser trabajos prácticos de derechos reales, tarea que desempeñó durante veinte años. También fue profesor titular de Derecho civil IV (derechos reales) en la carrera de Abogacía de la UNR, cátedra en la que en el año 2007 sucedió al Dr. Luis Andorno por haberlo propuesto al consejo el Dr. Ricardo Silberstein, en ese entonces decano de la Facultad. En esta institución era, además, director de la carrera de Notariado.

En el año 2007, fue designado profesor titular de Instituciones de Derecho Público y Privado, materia bimestral de dicha facultad, que ese año integró la carrera de Abogacía y donde, con la Dra. Miriam Pasquinelli como cotitular y la colaboración de veintiún profesores y profesoras adjuntos, tuvo a su cargo a dos mil estudiantes de primer año. Eran tantos, recordaba Zinny, que llegó a “darles clase en el inmenso Patio Cívico de la Jefatura de Policía de Rosario”.

En materia de cursos y como profesor de la Universidad Notarial Argentina (UNA), comenzó dando uno en su Colegio en 1968, por haberlo propuesto Francisco Martínez Segovia, quien lo apoyó siempre. A este curso asistió una muy joven Alicia Perugini, quien se transformó luego en la ilustre jurista que es hoy, autora de la actualización de la décima edición de la obra de Werner Goldschmidt *Derecho internacional privado*. Luego, siempre en nombre de la UNA, Zinny dio cursos en los Colegios de Córdoba y Asunción del Paraguay.

Posteriormente, llegó el curso que todos los jueves a las 19 horas dictó durante los años 1981 y 1982 en el salón de actos de su Colegio. Lo dio por iniciativa de Leo Rambaldi y contó con la colaboración de Gabriel Barat, David Borghi y Enrique Filippini. El curso se denominó “Casos notariales” y dio a su famoso libro con el mismo nombre, editado por Depalma en 1983. Más tarde, Zinny brindó otro curso en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, en cuya organización colaboró su querido amigo Héctor “Piki” Novaro.

En el ámbito internacional, en 1967, Zinny representó a su Colegio en el Congreso Internacional del Notariado Latino que tuvo lugar en Múnich y Salzburgo. En 1971, actuó como coordinador nacional del tema “El notariado en el mundo moderno” en el mismo Congreso, que ese año tuvo lugar en Atenas. Y en 1973 se desempeñó como coordinador internacional del mismo tema en el Congreso Internacional celebrado en Buenos Aires. Zinny agradeció siempre el generoso apoyo del Esc. Raúl Maneta, que contaba con un merecido prestigio internacional y posibilitó su designación.

En 1983, fue invitado a disertar sobre actas notariales en el Congreso Panamericano de Derecho Procesal, con sede en Rosario y que fuera organizado por Adolfo Alvarado Velloso, querido amigo de la niñez. Por otra parte, Alvarado recurrió a Zinny para que “animara” sus congresos internacionales, a lo que este accedió recurriendo a Norma Egar, “La dama elegante del tango”, ganadora en México del Irupé de Plata y quien en la ciudad de Venado Tuerto –sede de uno de estos congresos– conmovió a varios procesalistas españoles con sus canciones –y su simpatía–. En otra oportunidad, Zinny acudió a Fer-

nando Tel, un bandoneonista del primer Piazzolla y luego de Troilo, quien en la ciudad de Rafaela deslumbró a los congresistas al interpretar *Palomita blanca*.

Zinny brindó una gran cantidad de disertaciones en todo el país. De la primera de ellas (1962), en el Colegio de Escribanos de Entre Ríos, recomendado por Francisco Martínez Segovia y siendo aún estudiante, sobre el tema “Semejanza sustancial en las llamadas incapacidad de hecho e incapacidad de derecho”, Zinny recordaba:

Recuerdo como si fuera hoy que subo al estrado junto al decano del Colegio, hombre imponente con una voz de trueno, que para presentarme comienza diciendo: “Qué apropiado que este joven venga a disertar sobre ‘La sociedad anónima’, que es tan pujante como él. Y como su ciudad. Porque Zinny y la sociedad anónima...”. Y así sigue mientras yo, que de la sociedad anónima puedo hablar no más de cinco minutos, me desespero y lo miro a Martínez Segovia para que le explique a este hombre que el tema es otro. Pero Martínez Segovia, sin perder su calma provinciana, mira para otro lado. Hasta que el decano termina y se sienta, haciendo crujir la silla. Y Martínez Segovia viene en mi auxilio diciendo: “Señor decano: al llegar el joven Zinny hemos pensado que es preferible que comience con el tema de las incapacidades, que ha cobrado vigencia por un reciente fallo...”. “¡Está bien!”, interrumpe el decano con un rugido. Entonces me salvo y, cuando termino con mi tema, me bajo rápidamente del estrado, por las dudas.

A esta primera disertación, y ya como escribano, le sucedieron varias tanto allí como en San Nicolás, Rosario (en su propio Colegio disertó mucho tiempo, así como en el seminario “Francisco Siri”), Formosa, Salta, Córdoba, Asunción del Paraguay y Santo Domingo.

Y desde ya, abundan sus disertaciones en el entonces Colegio de Escribanos de la Capital Federal, donde contó con amigos muy queridos. Además, allí también disertó durante años en el seminario “Laureano Moreira”. Zinny comentaba que la primera vez que disertó allí fue en 1971, en el cierre de la 3ª Convención Notarial. Se lo propuso el Esc. Bollini, preguntándole si se animaba a hablar ante tantos oyentes. Zinny respondió que sí, pero tuvo un inconveniente. Faltando poco para subir al estrado, se le despegó la suela de uno de sus mocasines y comprendió que no podía subir en esas condiciones. Recurrió entonces a quien en la platea ocupaba el asiento contiguo, quien de inmediato se sacó los suyos y se los dio. Era el escribano José María Orelle y allí nació entre ambos la amistad que los uniría por décadas. Dicha amistad jugó un rol decisivo en el encuentro entre el Dr. Carlos Pelosi y el Dr. Zinny. Por ejemplo, un día el Dr. Carlos Pelosi se quejó en el Instituto porque “hay jóvenes que llegan y asisten a sus reuniones de vez en cuando”. Evidentemente aludía a José María, recién incorporado y ausente en la reunión, y así lo hizo saber. Ante esta imputación a quien lo salvara el día de su primera disertación en el Colegio, Zinny respondió: “Si Orelle no vino es porque no pudo”. El silencio sobreviniente ante esta falta de respeto inmovilizó a todos y, de allí en más, los malentendidos entre ambos se sucedieron:

En 1973, en el Congreso Internacional de Buenos Aires nos ubicaron en el mismo palco del Teatro Colón, donde se pondría en escena *El lago de los cisnes*. Mi mujer y yo llegamos primero, y yo, exhausto por la coordinación nacional, me duermo con los pies apoyados en una silla. Enseguida llegan el doctor y su señora. Yo me despierto pero no me muevo, mientras mi mujer

atina a decir: “Se ha dormido. Ya lo despierto”, ante lo cual Pelosi, en voz baja, responde: “No, déjelo que descanse, no sabe lo mucho y bien que ha trabajado”. Esa noche comprendí que me había equivocado al contradecirlo en el Instituto. Y lo lamenté siempre.

Zinny integró varias veces el jurado de los concursos de su Colegio para acceder a un registro notarial. Y en dos de ellas votó en disidencia.

A solicitud de colegas que los necesitaban, escribió y firmó dictámenes que muchas veces les evitaron ser civil o penalmente sancionados, por cuyo motivo en su Colegio, durante la presidencia del Esc. Antonio de Césari, fue reconocido con una medalla.

Sus publicaciones, a partir de “El boleto de compraventa de inmueble como supuesto de conversión” (*La Ley*, 1967, t. 125, p. 853), son innumerables. Además publicó, entre otros, en *Jurisprudencia Argentina*, *El Derecho*, *Zeus*, *Revista del Notariado* y *Gaceta del Notariado*.

Mención especial merecen sus diecisiete libros, aunque se comentarán aquí solo algunos:

1) *Casos notariales* (Buenos Aires, Depalma, 1983): Incluye las disertaciones que todos los jueves a las 19 horas dictó Zinny durante los años 1981 y 1982 en el salón de actos de su Colegio. Las dio por iniciativa de Leo C. Rambaldi y contó con la colaboración de Gabriel Barat, David Borghi y Enrique Filippini. Es significativo que incluyera en este primer libro una Introducción sobre la enseñanza del derecho, tema que luego incorporaría en otras obras.

2) *El acto notarial* (Buenos Aires, Depalma, 1990): Este fue el último libro que le editó Depalma. Hay dos ediciones de esta editorial y una tercera de Ad-Hoc, que amplía el apéndice incluyéndole, entre otros temas, “Fe de conocimiento” y “La falsedad ideológica del notario”. Fue el que más le costó escribir. Comenzó a pensarlo 1980 y lo terminó en 1990. Zinny lo recordaba de la siguiente manera:

Me veo en 1980 en la puerta del Hotel Riviera, donde me había encontrado con mi padre, que al atardecer se reunía en el bar con sus amigos. Acababa de irse caminando a su casa de la calle Urquiza (quedaba a dos cuadras), y yo me estaba por ir a la mía (quedaba a tres). Pero me quedé parado en la puerta del hotel mientras pensaba: “No es sólo el instrumento y el contrato. Hay algo más. Y no es otro papel, es otro acto. Porque las partes dicen ‘vendo’ y ‘compro’ y el escribano narra ‘Dicen que venden y compran’, y si se cae un acto habrá que ver qué le pasa al otro...”. A partir de allí y durante diez años pensé en este libro. Y pude darle fin cuando recurrí a William Stern y su *Psicología general*, que me permitieron distinguir percepción de juicio y remembranza.

3) *Las desventuras de Bonsenbiente* (Rosario, edición del autor, 1993): Este apellido, comentaba Zinny, es el de quien fuera su compañero de boxeo en el Club Gimnasia y Esgrima de Rosario:

Y por suerte para mí lo escribí mal (*Bonsenbiente*, en vez de *Bonsembiante*). Y digo por suerte porque poco antes de que el libro fuera presentado recibí el llamado de una abogada que me dijo: “Soy la doctora Fulana, esposa del doctor Bonsembiante, que guarda cama por la depresión originada en un juicio de mala praxis. Y quiero que sepa que, según el médico que lo atiende,

la propaganda de su libro *Las desventuras de Bonsembiante* le ha hecho mucho mal. Creo que a todos nos conviene que usted y yo conversemos al respecto”. Y aquí por suerte me ilumino y pregunto: “¿Cómo se escribe el apellido de su marido?”. A lo que respondió: “Bonsembiante”. “Sepa entonces que el apellido del personaje de mi libro no se escribe así. Por otra parte, no es médico sino escribano, y a él termina yéndole bien”. Para mi tranquilidad cortó la comunicación y no volví a saber de ella.

Las andanzas del protagonista tienen lugar en las zonas rurales de Maizales, Arminda y Acebal, Bigand, Mugueta, e incluso en las de Wheelwright y Melincué, donde caza patos, come salame, frecuenta boliches y vive intensamente, que es lo que hice yo, buscando, tal vez, el campo de mi abuelo, perdido cuando tenía 12 años.

4) *Nuevas desventuras de Bonsenbiente* (Rosario, edición del autor, 1998).

5) *Últimas desventuras de Bonsenbiente* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000): En 2006, Ad-Hoc editó un tomo que, con el título de *Bonsenbiente*, reúne todas las desventuras e incluye otras dos, una sobre fideicomiso de beneficencia sufrida por el profesor de Bonsenbiente, y la otra padecida por una escribana que es requerida para dar fe de la respuesta de un testigo de Jehová, que está saliendo de un coma inducido y debe responder si insiste en no recibir sangre.

6) *Nulidades. Instrumentos públicos. Mandato, apoderamiento y poder de representación* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010): Este libro incluye tres temas, de los cuales los dos últimos, en opinión del autor, no suelen ser bien tratados por nuestros civilistas, que confunden el acto público del notario, juez de paz, secretario del juzgado o funcionario a cargo del Registro Civil, con el instrumento público que los prueba, lo que los conduce a la equívoca terminología de “nulidades instrumentales” (ver ZINNY, Mario A., *La enseñanza del derecho y los estudios comparados*, Rosario, Nova Tesis, 2014, p. 248):

Confunden además el mandato con el apoderamiento, el apoderamiento con el poder de representación y el poder de representación con la escritura que prueba el apoderamiento. Y como si esta interpretación literal del Código Civil no bastara, el Código de Comercio contribuye a confundirlo todo cuando le llama “mandato” al apoderamiento y “comisión” al mandato. ¿Cómo explicarle esto a un estudiante de 20 años con el sentido común intacto?

7) *La enseñanza del derecho y los estudios comparados* (Rosario, Nova Tesis, 2014): Este libro fue presentado el 18 de marzo del 2014 en la Facultad de Derecho de la UNR y prologado por Alicia Perugini Zanetti. En sus últimos años, Zinny pensaba que desde su primer libro, sin saberlo, se había estado dirigiendo a este último. El azar puso su parte haciendo que su hijo Ignacio viajara a Barcelona, que allí se inscribiera en un curso entre cuyos profesores estaba Enrico dell’Aquila, autor de un magistral libro sobre derecho comparado, que este profesor le regalara un ejemplar a Ignacio y que este lo pusiera en sus manos. De esta manera, Zinny advirtió que una adecuada enseñanza del derecho, con la sistematización y la síntesis que ella supone, es indispensable para ser un buen profesional. Y también para comparar los ordenamientos jurídicos de los diferentes países.

En 2014, desde San Pablo, Brasil, se le solicitó autorización para traducir al portugués su libro *El acto notarial*, para que sirviera de base en la enseñanza de derecho notarial a los abogados brasileiros que quieran ejercer el notariado.

Para comenzar a cerrar esta semblanza, cabe una mención de las personas del ámbito académico que influyeron en Zinny, sus maestros. Y tal vez por haber tenido grandes maestros, la pasión de Zinny siempre fue la enseñanza. En Buenos Aires, tuvo a Enrique Aftalión, quien lo introdujo en el derecho a partir de la teoría egológica de Carlos Cossio (derecho como conducta en interferencia intersubjetiva). En Rosario, tuvo a Sebastián Soler, quien le enseñó la dimensión normativa de su positivismo sistemático. En Santa Fe, a Luis Muñoz, quien le abrió la puerta que le faltaba (la del derecho como justicia) y le advirtió que los juristas italianos de posguerra (Carnelutti, Betti, Messineo, Cariota Ferrara) habían superado a los franceses. En Santa Fe, le enseñó, además, Eduardo B. Carlos, el gran procesalista, quien, al hablarle de la capacidad para celebrar los actos procesales, le hizo pensar por primera vez en la teoría general del derecho. Finalmente, no podemos olvidarnos de su amigo de la vejez, Juan Vallet de Goytisolo, presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, que con sus libros y enseñanzas le permitió incursionar aún más en esa nueva dimensión, cuya puerta le había abierto Muñoz.

El 7 de marzo de 2013, Zinny asumió la función de coordinador general del Instituto de Derecho Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (2ª circunscripción), convocado por el entonces presidente de esa institución, escribano José Alejandro Aguilar. Allí, junto a las escribanas María Verónica García y Silvia Maela Massiccioni, dictó un ciclo de conferencias sobre: estudio de títulos, escrituras mal tituladas, poderes y su clasificación, y título y modo en materia de inmuebles (las conferencias fueron recopiladas y publicadas en la obra *Conferencias*, editada en Rosario por Nova Tesis [2013]). El escribano Zinny ejerció este cargo mientras su salud se lo permitió.

La escritura pública en el nuevo Código Civil y Comercial

Requisitos y subsanaciones

María Victoria Gonzalía

RESUMEN

El análisis del presente tema tiene como objetivo el estudio de la escritura pública conforme la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994), que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015. Para ello, se analizan los requisitos y el contenido de la escritura pública, regulados por esta ley de fondo, así como la legislación local 404 del año 2000, reguladora de la función notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y, asimismo, conocer los procedimientos de subsanación de la escritura pública cuando existe algún error u omisión de sus requisitos.

PALABRAS CLAVE

Escritura pública, requisitos, protocolo, comparecencia, subsanaciones.

Fechas de recepción y aceptación

26/4/2017 - 15/5/2017

Sumario: 1. Concepto. 2. Naturaleza jurídica. 3. Protocolo. 4. Requisitos de la escritura. 4.1. Operaciones de ejercicio. 4.2. Grafía, tinta, medios aptos, procedimientos. 4.3. Pluralidad de otorgantes, unidad de acto. 4.4. Espacios en blanco, abreviaturas, números. 5. Idioma. 6. Otorgante con discapacidad auditiva. 7. Contenido de la escritura. 7.1. Epígrafe. 7.2. Numeración. 7.3. Lugar. 7.4. Fecha. 7.5. La hora. 7.6. Comparecencia. 7.7. Juicio de capacidad. 7.8. Justificación de la identidad: documento idóneo a partir del 1/4/2017. 7.9. Intervención y juicio de legitimación. 7.10. Exposición y estipulación. 7.11. Constancias notariales. 7.12. Tratamiento impositivo. 7.13. Cierre documental: lectura. 8. Salvados. 9. Otorgamiento. 9.1. Firma. 9.2. Firma a ruego. 9.3. Impresión digital. 10. Autorización. 11. Bibliografía.

1. Concepto

El Código Civil y Comercial sancionado por Ley 26994 (en adelante, “el nuevo Código” o “CCCN”), a diferencia del anterior (en adelante, “Código derogado” o “CCIV”), establece un concepto de escritura pública en su artículo 299:¹

1. En adelante, los artículos citados o mencionados sin referencia al cuerpo normativo se referirán siempre al Código Civil y Comercial sancionado por la Ley 26994.

Escritura pública. Definición: La escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos. La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden los escribanos es instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz. Si hay alguna variación entre ésta y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la escritura matriz.

La primera parte del artículo define la escritura pública, su matricidad, el sujeto autorizante y su contenido, a saber: 1) es el instrumento matriz extendido en el protocolo, 2) por un escribano público o por otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones (sujeto) (p. ej., los consulares), y 3) que contiene uno o más negocios jurídicos (contenido). La segunda parte regula las copias o testimonios –posteriormente, el artículo 308 las regulará con mayor extensión–. Respecto de ellas, el CCCN opta por la sinonimia entre estos vocablos. De esta manera, se terminó con la polémica entre la palabra *copia* y la palabra *testimonio*: hoy son sinónimos.²

De este modo, el nuevo Código define la escritura pública, lo que no estaba en el artículo 997 CCIV, y, además, asevera que la copia o testimonio tiene el mismo valor probatorio que la escritura matriz y que, en caso de discordancia entre ambas, a través del simple cotejo, siempre prevalece la escritura matriz, ya que es la que contiene fe pública originaria, mientras que la copia o testimonio tienen fe pública derivada de primer grado.

2. Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica, la escritura pública y sus copias o testimonios son instrumentos públicos y, además, al ser formalizadas por un escribano público, son documentos notariales regulados en la [Ley Orgánica Notarial 404](#) de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, “Ley 404”).³ El CCCN las define como instrumentos públicos en su artículo 289: “Enunciación. Son instrumento públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios”, y reitera dicho carácter de las copias o testimonios en el artículo 299 citado. Por lo tanto, el carácter de instrumento público de las escrituras públicas y sus copias o testimonios surge de los artículos 289 (inc. a) y 299.

2. “La Comisión ha optado por la sinonimia entre estos dos vocablos, como modo de terminar con la polémica entre la palabra *copia* que consignan las leyes notariales y que el Código Civil actualmente vigente utiliza al referirse a esta clase de reproducciones, y la palabra *testimonio* que es la utilizada en la práctica forense y notarial” (*Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la comisión designada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 191/2011* [en adelante, “fundamentos del CCCN” o “fundamentos del nuevo Código”], título IV, capítulo 5 “Actos jurídicos”). [N. del E.: ver [aquí](#), p. 44].

3. Ley Orgánica Notarial 404, reguladora de la función notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sancionada por la Legislatura Porteña el 15/6/2000, promulgada el 12/7/2000 y publicada en el BO N° 990, del 24/7/2000), con las modificaciones introducidas por las Leyes 501, 1221, 1339, 1541 y 3933. Como fuente de este ensayo se ha utilizado el [texto ordenado](#) editado por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en 2012. [N. del E.: los hipervínculos agregados desde la redacción dirigen a la [versión ordenada oficial](#) del CEDOM {Centro Documental de Información y Archivo Legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires}].

2.1. ¿Quiénes son los otros funcionarios autorizados para otorgar escrituras públicas en ejercicio de las mismas funciones?

Son los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación a cargo de oficinas o secciones consulares, o sea, los cónsules. El artículo 20, inciso c), de la [Ley 20957](#) de Servicio Exterior de la Nación establece que los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación a cargo de oficinas o secciones consulares pueden autorizar todos los actos jurídicos que, según las leyes de la Nación, correspondieren a los escribanos públicos y que su formalización tendrá plena validez en todo el territorio de la República Argentina. Es decir, los cónsules podrán autenticar cualquier acto notarial, incluso escrituras públicas, con las formalidades y condiciones exigidas por las leyes de la Nación para la validez de los instrumentos públicos, cumpliendo con los recaudos que la [Ley 20957](#) determina.

3. Protocolo

El CCCN regula el protocolo en su artículo 300:

Protocolo. El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto. Corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo.

El código derogado establecía en su artículo 998 que

Las escrituras públicas deben ser hechas en el libro de registros que estará numerado, rubricado o sellado según las leyes en vigor. Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno.

El actual artículo 300 define y regula, de manera más detallada que el código derogado, la formación del protocolo y sus elementos, y fundamentalmente delega en las leyes notariales todo lo relativo a su reglamentación: las características de los folios, su expedición, los demás recaudos relativos al protocolo, la forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo, etc. Esta delegación es muy importante.

La formación del protocolo la hace en forma similar a la [Ley 404](#) (arts. 67, 68, 69) y su reglamentación, [Decreto 1624/GCABA/2000](#) (en adelante, “Decreto 1624”).⁴ La diferencia entre ambos cuerpos legales radica en que el nuevo Código establece que el protocolo se forma con dos elementos: los folios habilitados y los documentos que se incorporan (por exigencia legal o requerimiento de las partes). No menciona –como sí lo hace la [Ley 404](#)– el documento que se incorpore por disposición del escribano ni tampoco los índices. Pero al delegarse expresamente la regulación de todos los demás recaudos del protocolo en la ley notarial local, ellos deben ser incluidos en la formación

4. Decreto 1624/GCABA/2000, reglamentario de la Ley Orgánica Notarial 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sancionado el 22/9/2000, publicada en el BO N° 1034 del 25/9/2000). [N. del E.: ver [aquí](#)].

del protocolo y cumplidos por los escribanos públicos, ya que forman parte de sus deberes notariales.

La Ley 404 obliga a llevar un índice y también permite que el escribano –si así lo considera conveniente– incorpore documentación al protocolo; entonces, este cumplimiento a un deber notarial en el caso del índice se hará no por imposición de la ley de fondo sino por la ley local, cuyos efectos por su inobservancia y sanciones son distintos. En consecuencia, realizando un análisis comparativo e integrador entre el CCCN (art. 300) y la Ley 404 (arts. 67 y ss.), resulta que:

- 1) **“El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro”**: el nuevo [Código](#) acepta los dos sistemas de habilitación de protocolo delegando en la ley local su reglamentación. La diferencia radica en que la Ley 404 adopta el sistema de habilitación previa del protocolo y no admite la habilitación a posteriori, ni aun en caso de emergencia –como lo hace la [Ley 9020](#) de la provincia de Buenos Aires en su artículo 144–⁵.

La Ley 404 dice: “El protocolo se integrará con los siguientes elementos: a) los folios habilitados para el uso exclusivo de cada registro” (art. 67). Asimismo, el artículo 25 del reglamento para el uso y venta de fojas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires⁶ establece la habilitación previa del mismo:

Las hojas deberán ser adquiridas en número no inferior a diez por cada clase o en cantidad que sea múltiplo de diez; las que serán entregadas en envases cerrados. El adquirente de las hojas deberá denunciar por escrito al Colegio de Escribanos cualquier faltante o sobrante, defecto o errores de impresión, dentro de las veinticuatro horas hábiles de efectuada la compra. Transcurrido dicho lapso se presume que no existen observaciones que formular. En la primera hoja del lote de compra de protocolo “A” y “B” de hojas especiales de actuación notarial para escribanos autorizados **se estampará el sello de rúbrica que habilita su uso**, el que contendrá la fecha de adquisición.

- 2) **“numerados correlativamente en cada año calendario”**: el CCCN recepta la numeración correlativa y el protocolo anual en igual sentido que la Ley 404, que dice: “numerados correlativamente en cada año calendario”;
- 3) **“y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto”**: La Ley 404, en igual sentido, dice:

El protocolo se integrará con los siguientes elementos: [...] b) los documentos que se incorporaren por imperio de la ley o a requerimiento de los comparecientes o por disposición del notario.

La única diferencia es que la Ley 404 acepta que se incorporen documentos por disposición del notario, lo que omite regular el CCCN; pero ello no debe interpretarse en sentido prohibitivo, sino que, al contrario, el escribano público puede incorporar

5. Ley 9020 Orgánica del Notariado de la provincia de Buenos Aires (promulgada el 7/11/1974). [N. del E.: ver [aquí](#)].

6. Aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 24/1/2001 (acta N° 3259), modificado por Resolución 26/2003, del 3/2003.

los documentos al protocolo que considere conveniente por estar comprendida esta operación dentro de la Ley 404 que rige su función y las operaciones de ejercicio.

Por último, la segunda parte del citado artículo 300 dice que

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

El nuevo Código delega en las leyes notariales la reglamentación relativa al protocolo. La Ley 404 regula lo relativo al protocolo en los artículos 66 a 76, y el decreto reglamentario en los artículos 41 a 43, 48, 49 y 61 a 69.

3.1. Escritura fuera del protocolo

El artículo 998 CCIV establecía que “las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno”. El artículo 300 CCCN no reproduce ese párrafo; sin embargo, no debe entenderse que esa nulidad ha sido eliminada, sino que sigue vigente, ya que al definir la escritura pública en el citado artículo 299, el CCCN dice que es el instrumento matriz extendido en el protocolo. Por lo tanto, establece que el protocolo es su soporte material esencial, y, en consecuencia, la escritura que no se encuentre en el protocolo será de ningún valor.

3.2. Pérdida o destrucción de los folios del protocolo

Lo mismo ocurre con los casos de robo, hurto, extravío, pérdida o destrucción del/los folio/s del protocolo. El CCCN no reproduce el artículo 1011 del [código derogado](#), que establecía que

Si el libro del protocolo se perdiese y se solicitare por alguna de las partes que se renovase la copia que existía, o que se ponga en el registro para servir de original, el juez puede ordenarlo con citación y audiencia de los interesados, siempre que la copia no estuviese raída ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente.

No obstante, ello no debe entenderse como que esta forma de subsanación ha sido eliminada, sino que la misma sigue vigente ya que expresamente el segundo párrafo del artículo 300 delega en la ley local toda la reglamentación y todo lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo.

Además, sigue vigente el artículo 29 de la [Ley Registral Inmobiliaria Nacional 17801](#) –otra ley de fondo– (en adelante, Ley 17801), que regula la forma de subsanación del protocolo a través del asiento registral como título supletorio. Y asimismo siguen vigentes los artículos 778 y 779 del [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#) (CPCCN), que establecen el procedimiento judicial para la subsanación del protocolo (capítulo III, “Copia y renovación de títulos”):

Segunda copia de escritura pública

Artículo 778: La segunda copia de una (1) escritura pública, cuando su otorgamiento requiera autorización judicial, se otorgará previa citación de quienes hubiesen participado en aquella, o del ministerio público en su defecto.

Si se dedujere oposición, se seguirá el trámite del juicio sumarísimo.

La segunda copia se expedirá previo certificado del registro inmobiliario, acerca de la inscripción del título y estado del dominio, en su caso.

Renovación de títulos

Artículo 779: La renovación de títulos mediante prueba sobre su contenido, en los casos en que no fuere posible obtener segunda copia, se sustanciará en la forma establecida en el artículo anterior.

El título supletorio deberá protocolizarse en el registro nacional del lugar del tribunal, que designe el interesado.

En consecuencia, los modos de subsanación en los casos de robo, hurto, extravío o destrucción de alguno o algunos de los folios del protocolo siguen siendo los mismos; el nuevo Código no los ha cambiado ni prohibido ni eliminado. Siguen vigentes por la delegación expresa del artículo 300 a la reglamentación notarial local, por los artículos 778 y 779 [CPCNN](#), por el artículo 29 de la [Ley 17801](#), por los artículos 66 a 76 y 89 de la [Ley 404](#), por los artículos 41 a 43, 48, 49, 61 a 69 del [Decreto 1624/2000](#), y por las resoluciones del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires que se han dictado sobre esta materia.

Medios de subsanación por pérdida o destrucción de alguno de los folios:

- Se deberán cumplir los procedimientos adecuados, comenzando con la denuncia policial correspondiente y la correspondiente comunicación al Colegio de Escribanos. Si se tratara de una escritura autorizada, se subsanará por cualquiera de los medios admitidos: 1) la reconstitución judicial del protocolo, con arreglo al artículo 778 [CPCNN](#); 2) la reproducción del acto; 3) la obtención de título supletorio sobre la base del asiento registral, conforme al artículo 29 de la [Ley 17801](#) y al artículo 779 [CPCNN](#).

Otros casos de subsanación relativos al protocolo:⁷

- Si la fecha de la escritura es anterior a la rúbrica del protocolo, se debe subsanar por escritura de reproducción del acto.
- Si falta la nota de apertura, se puede consignar por nota marginal.
- Si falta la nota de cierre, se debe consignar a través de un inspector de protocolos al cerrar el expediente.
- Si hay sobrepresión o rotura parcial del folio del protocolo que no afecta el instrumento, se deberá comunicar al Colegio de Escribanos, el que a través de un inspector consignará nota marginal de conocimiento.

7. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES [con la coordinación de ROSIN DE ALLENDE, Elsa], *Vademécum. Inspección de Protocolos Notariales 2011*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2011, pp. 15, 18 y 19.

- Si hay sobreimpresión o rotura parcial del folio del protocolo que afecta al instrumento, se deberá reproducir el acto y, además, comunicar al Colegio de Escribanos para que a través de un inspector se consigne nota marginal de conocimiento.

4. Requisitos de la escritura: operaciones de ejercicio, grafía, caracteres legibles, pluralidad de otorgantes, unidad de acto

El [nuevo Código](#), a diferencia del anterior –que no contenía norma similar–, regula en su artículo 301 distintos requisitos de las escrituras públicas:

Requisitos. El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente. Las escrituras públicas, que deben extenderse en un único acto, pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse mecanismos electrónicos de procesamiento de textos, siempre que en definitiva la redacción resulte estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones, con caracteres fácilmente legibles. En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma.

4.1. Operaciones de ejercicio

Comienza por las operaciones de ejercicio, que son las etapas que el notario debe cumplir en el procedimiento dinámico de formación hasta lograr el documento notarial que absorbe su actividad y la de las partes. Además, establece que la expresión *compareciente*, propia del lenguaje notarial, abarca a las partes, los representantes, los testigos, los cónyuges y otros intervinientes en el acto⁸ cuando dice: “El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes”.

4.2. Confección material. Soporte. Grafía. Tinta. Medios aptos. Procedimientos

La segunda parte del artículo 301 establece que

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

8. “Se indica que la expresión *compareciente*, que es propia del lenguaje notarial, abarca a las partes, testigos, cónyuges u otros intervinientes en el acto” (*Fundamentos del CCCN*, título IV, capítulo 5 “Actos jurídicos”, p. 44).

El mismo criterio sigue el artículo 62 de la Ley 404:

Los documentos podrán ser extendidos en forma manuscrita, mecanografiada o utilizando cualquier otro medio apto para garantizar su conservación e indelebilidad y que haya sido aceptado por el Colegio de Escribanos.

Los documentos podrán ser completados o corregidos por un procedimiento diferente al utilizado en su comienzo, siempre que fuere alguno de los autorizados. Si se optare por comenzar en forma manuscrita, ésta deberá ser empleada en todo el instrumento. La tinta o la impresión deberán ser indelebles y no alterar el papel, y los caracteres deberán ser fácilmente legibles.

En cuanto al soporte del documento, el Decreto 1624/2000 lo regula en el artículo 36 diciendo:

El soporte del documento podrá ser de cualquier naturaleza admitida por la legislación vigente y aprobada por el Colegio de Escribanos, siempre que garantice perdurabilidad, accesibilidad, significado unívoco y posibilidad de detectar cualquier modificación que se introdujere a posteriori de las firmas de las partes y del escribano autorizante.

Asimismo, el artículo 39 del decreto prohíbe expresamente

... la utilización de elementos o procedimientos de impresión que puedan sobreponerse a la grafía impresa en los documentos y no garanticen la perdurabilidad de la redacción del mismo y su eventual corrección.

Con respecto al uso de la tinta, la Ley 404 la regula en el citado artículo 62:

La tinta o la impresión deberán ser indelebles y no alterar el papel, y los caracteres deberán ser fácilmente legibles.

Con respecto a la clase y color de tinta, el Decreto 1624 dice en su artículo 53:

La firma de los documentos notariales por parte de sus otorgantes y autorizante deberá estamparse utilizando la tinta de la clase y color que el Colegio de Escribanos determine.

Y para el caso del uso de la tinta para la impresión digital del impedido a firmar, lo regula en el artículo 55, diciendo que

Para el estampado de la impresión digital a que alude el artículo 79 inciso c) de la ley, deberá utilizarse tinta indeleble de color negra o azul del tipo que establezca el Colegio de Escribanos.

4.3. Pluralidad de otorgantes. Unidad de acto

La última parte del artículo 301 regula el supuesto de pluralidad de otorgantes:

En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Y agrega que este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma.

Esta redacción es similar a la del artículo 80 de la Ley 404, que también contempla este supuesto:

En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no hubiere entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados podrán suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento, dejándose **constancia** de ello en el protocolo. Este procedimiento podrá utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma.

Asimismo, el Decreto 1624 complementa la norma, diciendo en su artículo 57 que

En el caso de pluralidad de otorgantes que suscribieren la escritura en distintas horas del mismo día, en los términos del artículo 80 de la ley, se podrá consignar la constancia respectiva en la misma escritura o por nota marginal. El escribano deberá leer la escritura a cada otorgante. Si la escritura quedare sin efecto por no haber comparecido alguno de los previstos otorgantes, el escribano dejará constancia de ello y comunicará tal circunstancia a los que la hubieren suscripto.

La diferencia entre la norma de fondo y la local radica en que el CCCN no exige dejar constancia en la escritura de esta situación ni contempla el supuesto de que la escritura quede sin efecto por incomparecencia de alguno, mientras que la Ley 404 y su decreto reglamentario sí lo hacen; por lo tanto, ambas normas deben complementarse.

4.4. Espacios en blanco. Abreviaturas. Números

El CCCN, a diferencia del anterior que no lo hacía, regula en el artículo 303 los requisitos y supuestos específicos que se deben cumplir en la escritura pública, tales como la prohibición de dejar espacios en blanco, el uso de abreviaturas, iniciales o números:

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

Estos supuestos estaban y siguen estando regulados en la Ley 404 con similar redacción, por lo que ambas normas deben analizarse en conjunto.

4.4.1. Espacios en blanco

El artículo 303 dice: “no se deben dejar espacios en blanco”. La Ley 404 tiene similar redacción en su artículo 61: “todos los documentos deberán ser escritos sin espacios en blanco en su texto”. Y el Decreto 1624 en su artículo 38 dice:

Al efecto de lo dispuesto en el artículo 61 de la ley, no se considerarán espacios en blanco los dejados en las actas entre el requerimiento, su otorgamiento y

autorización y el comienzo de la diligencia y el de las subsiguientes que pudieren formalizarse al pie del documento matriz.

4.4.2. Abreviaturas e iniciales

El artículo 303 CCCN dice que no se deben utilizar abreviaturas, o iniciales, excepto que estas dos últimas consten: a) en los documentos que se transcriben, b) se trate de constancias de otros documentos agregados, o c) sean signos o abreviaturas científicas o socialmente admitidas con sentido unívoco. La Ley 404 tiene similar redacción en su artículo 61:

No se emplearán abreviaturas ni iniciales, excepto cuando: a) consten en los documentos que se transcriben; b) se trate de constancias de otros documentos; c) sean signos o abreviaturas científica o socialmente admitidos con sentido unívoco.

Ambas normas establecen el principio general por la negativa, es decir, que en la escritura pública, en principio, no se deben utilizar abreviaturas e iniciales. Pero luego las mismas normas, coincidentemente, establecen las excepciones, de las cuales puede resultar como ejemplos de abreviaturas permitidas las siguientes: Sr., Sra., Srta., Esc., Dr., Dra., Arq., Ing., Lic., V.S., L.E., L.C., D.N.I., C.U.I.T., C.U.I.L., C.D.I., Rep. Arg., Pcia., Cap. Fed., C.A.B.A., Bs. As., m., dm., cm., fte., N., S., E., O., NO., NE., SO, SE. art., N°, Cód., C.C., CCyC, Resol., Dcho., I.G.J., ANSES, A.F.I.P., DGI, Expte., %, \$, U\$, por ej., v. gr., etc.

4.4.3. Números

El artículo 303 CCCN dice:

Pueden usarse números, excepto para las cantidades que se entregan en presencia del escribano y otras cantidades o datos que corresponden a elementos esenciales del acto jurídico.

El nuevo Código se expide afirmativamente ya que establece como principio general que en la escritura pública se pueden usar números. Luego, el mismo artículo regula las excepciones, es decir, establece para qué casos no se pueden usar números sino que obligatoriamente deben consignarse en letras y estos son: a) “para las cantidades que se entregan en presencia del escribano” y b) “otras cantidades o datos que corresponden a elementos esenciales del acto jurídico”.

La Ley 404 tiene similar redacción en su artículo 61:

No se utilizarán guarismos para expresar el número de escritura, su fecha, el precio o monto de la operación, las cantidades entregadas en presencia del escribano y condiciones de pago.

El Decreto 1624 dice en su artículo 38:

Al efecto de lo dispuesto en el artículo 61 de la ley [...] El impedimento para utilizar guarismos en la expresión del número de documentos matrices se

refiere al que corresponde al encabezamiento de cada una de las escrituras que se autorizan o quedan sin efecto.

Como resultado del análisis de ambas normativas, se ha resuelto que deben consignarse en letras: el número de escritura, la fecha de la escritura, el precio o monto de la operación, las cantidades entregadas en presencia del escribano, las condiciones de pago si hubiere financiación, el número de cuotas y la tasa de interés, la identificación del inmueble (lote o número de unidad, número de calle donde se ubica la finca y la superficie total –parciales no–; las UC pueden identificarse en romanos) y, en la constitución de sociedades, el capital social, el importe de integración, el plazo de duración de la sociedad.⁹

5. Idioma

El CCCN regula el idioma de la escritura pública en el artículo 302, estableciendo el idioma nacional como requisito obligatorio, y, para el caso en que el otorgante lo ignore, se regula el procedimiento a seguir. Asimismo, la segunda parte del artículo regula el procedimiento para la protocolización de un documento escrito en idioma extranjero, lo que se formalizará por medio de un acta notarial, por lo que su tratamiento no será parte del presente trabajo.

Con respecto al idioma, la primera parte del artículo 302 dice:

La escritura pública debe hacerse en idioma nacional. Si alguno de los otorgantes declara ignorarlo, la escritura debe redactarse conforme a una minuta firmada, que debe ser expresada en idioma nacional por traductor público, y si no lo hay, por intérprete que el escribano acepte. Ambos instrumentos deben quedar agregados al protocolo.

5.1. Otorgantes que ignoren el idioma nacional

La situación del otorgante que ignora el idioma nacional ya estaba contemplada en el artículo 999 CCIV,¹⁰ pero el CCCN mejora la redacción anterior al decir que el otorgante debe “ignorar” el idioma. La norma derogada utilizaba la expresión “hablar”, y lo importante de la modificación es que el otorgante puede entender el idioma nacional aunque no lo hable con facilidad o habitualidad. Entonces, frente a un otorgante que no habla con facilidad nuestro idioma pero que tampoco lo ignora sino que, al contrario, lo comprende perfectamente, cuando el escribano le lea la escritura, el otorgante entenderá su contenido; estaremos frente a un otorgante que no ignora el idioma nacional y, en consecuencia, no habrá que cumplir con ningún procedimiento adicional. Frente a un otorgante que

9. AA.VV., *Código Civil y Comercial de la Nación. Pautas para la función notarial elaboradas por los asesores del Colegio (vigentes a partir del 1/8/2015)*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2015, p. 4.

10. Art. 999 CCIV: “Las escrituras deben hacerse en el idioma nacional. Si las partes no lo hablaren, la escritura debe hacerse en entera conformidad a una minuta firmada por las mismas partes en presencia del escribano, que dará fe del acto, y del reconocimiento de las firmas, si no lo hubiesen firmado en su presencia, traducida por el traductor público, y si no lo hubiere, por el que el juez nombrase. La minuta y su traducción deben quedar protocolizadas”.

ignora, desconoce o no comprende el idioma nacional, entonces sí, aunque el escribano le lea la escritura no va a comprender su contenido y, por ese motivo, se deberá cumplir con el procedimiento adicional que establece el Código.

5.2. ¿Cuál es el procedimiento a seguir? Minuta

Los pasos son los siguientes:

- 1) Debe redactarse una minuta en el idioma que el otorgante comprenda (p. ej., inglés).
- 2) Esa minuta debe estar firmada. El CCCN no dice –como lo hace el CCIV– que esa minuta deba ser firmada en presencia del escribano. Entonces, queda a opción del escribano aceptar la minuta ya firmada o presenciar su firma, o, si ya está firmada, solicitarle que la vuelva a firmar ante él, ratificando su contenido. Cualquiera de las tres opciones es válida.
- 3) La minuta debe ser traducida al idioma nacional (español).
- 4) El encargado de la traducción debe ser un traductor público matriculado y, si no lo hubiere, un intérprete que el escribano acepte. No es optativa o facultativa la elección del encargado de la traducción, sino que el principio general es que debe ser un traductor público matriculado; única y solamente en el caso en que no hubiere alguno, entonces sí será un intérprete que el escribano acepte.

Con respecto a la aceptación del intérprete, que procede únicamente en el caso de que no haya traductor público matriculado, el nuevo Código la ha delegado en el escribano, es decir, será el escribano quien aceptará o no al intérprete. Esta es otra diferencia con la redacción anterior, ya que el artículo 999 CCIV delegaba en sede judicial la elección de un reemplazante, mientras que ahora delega en el escribano aceptar dicha elección, es decir que el nuevo Código ha modificado con acierto la delegación judicial en delegación notarial. Esto es muy útil para los casos en que la lengua no es usual y no exista traductores públicos matriculados de ese idioma.

- 5) La minuta y su traducción, es decir, los dos instrumentos, deben quedar agregados al protocolo. Ello significa tal como lo dice la norma que hay que agregar al protocolo ambos originales. No implica que la minuta deba transcribirse en la escritura.

5.3. Testamentos. Testador que ignora el idioma nacional

En el código derogado, el artículo 3663 exigía que si el testador no podía testar sino en un idioma extranjero, se requería la presencia de dos intérpretes que hicieran la traducción al castellano y el testamento debía en tal caso escribirse en los dos idiomas. Además, los testigos debían entender uno y otro idioma. El nuevo Código no regula este supuesto en materia testamentaria ni reitera ese complicado procedimiento, sino que directamente al regular los requisitos del testamento por acto público en el artículo 2479, en su último párrafo remite expresamente a los artículos 299 y siguientes, diciendo que “a esta clase de testamento se aplican las disposiciones de los artículos 299 y siguientes”. Por lo tanto, y

por aplicación de esa remisión expresa, debe entenderse que en el caso del testador que ignore el idioma nacional, al testamento se le aplicará el artículo 302.

Asimismo, el artículo 2479 permite que el testador pueda darle al escribano sus disposiciones ya escritas o solo darle por escrito o verbalmente las que el testamento debe contener, para que las redacte en la forma ordinaria. Y agrega que en ningún caso las instrucciones escritas pueden ser invocadas contra el contenido de la escritura pública. En consecuencia, y combinando ambos artículos, el testador que ignore el idioma nacional debería dar sus instrucciones por escrito al escribano conforme el artículo 2479, las que deberían estar traducidas por traductor público matriculado, y esto equivaldría a la minuta conforme el artículo 302. Todo ello en presencia de los dos testigos testamentarios requeridos por la ley, quienes asistirán desde el comienzo hasta el fin del acto sin interrupción a los efectos de verificar que el testador presta conformidad.

6. Otorgante con discapacidad auditiva

El CCCN regula en su artículo 304 el caso del otorgante con discapacidad auditiva y el procedimiento a seguir para que pueda otorgar la escritura pública

Otorgante con discapacidad auditiva. Si alguna de las personas otorgantes del acto tiene discapacidad auditiva, deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante. Si es alfabeto, además, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella y el escribano debe dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada.

El nuevo Código elimina como incapaz al sordomudo que no sabe darse a entender por escrito y supera al anterior ya que el código derogado contemplaba en el artículo 1000 solamente el caso de los que sabían escribir (art. 1000):

Si las partes fueren sordomudas o mudas que saben escribir, la escritura debe hacerse en conformidad a una minuta que den los interesados, firmada por ellos, y reconocida la firma ante el escribano que dará fe del hecho. Esta minuta debe quedar protocolizada.

El nuevo artículo 304 se refiere a los casos en que el otorgante del acto tenga discapacidad auditiva, incluyendo a todos, los alfabetos o analfabetos. La discapacidad auditiva debe ser total, ya que el sentido de la norma es proteger al otorgante que no puede escuchar la lectura de la escritura pública en voz alta que realiza el escribano. Es decir, si el otorgante puede oír porque no tiene ninguna discapacidad auditiva o tiene una discapacidad auditiva parcial, es decir, de un solo oído, tiene implante coclear, audífonos, etc., no estaríamos frente al supuesto del artículo citado, ya que la persona podrá oír la lectura de la escritura.

6.1. ¿Cuál es el procedimiento a seguir? Testigos. Minuta

En todos los casos, se requiere la intervención de dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante. Luego, el nuevo Código

distingue los casos de personas analfabetas o alfabetas. Si la persona es analfabeta (no sabe leer ni escribir), solo exige los dos testigos. Si la persona es alfabeto (sabe leer y escribir), además de los dos testigos, la escritura debe hacerse conforme a una minuta firmada por ella, el escribano debe dar fe de ese hecho y agregar dicha minuta al protocolo.

La Ley 404, además, contempla el caso del otorgante con discapacidad auditiva que sepa leer y escribir, quien debe leer por sí la escritura (art. 79, inc. a):

Redactada la escritura, presentes los otorgantes y, en su caso, los demás concurrentes y los testigos, cuando se los hubiere requerido o lo exigiere la ley, tendrán lugar la lectura, firma y autorización, con arreglo a las siguientes normas: a) El notario deberá leer la escritura, sin perjuicio del derecho de los intervinientes de leer por sí, **formalidad esta que será obligatoria para el otorgante sordo.**

Es decir que, para la Ley 404, la lectura por sí de la escritura es un derecho de los comparecientes de ejercicio optativo. Pero en el caso del otorgante sordo, la ley, con carácter tuitivo, lo protege y establece que será obligatorio que dicha lectura la haga por sí mismo. En consecuencia, de la combinación de los artículos 304 CCCN y el 79 (inc. a) de la Ley 404 surge que:

- 1) para el caso del otorgante con discapacidad auditiva que no sepa leer ni escribir, el procedimiento quedará cumplido con la intervención de los dos testigos;
- 2) para el caso del otorgante con discapacidad auditiva que sepa leer y escribir, el procedimiento quedará cumplido con la intervención de los dos testigos más la minuta firmada y agregada al protocolo, y además la lectura de la escritura efectuada por sí mismo.

7. Contenido de la escritura

7.1. El epígrafe

Es una simple referencia a la naturaleza del acto a instrumentar y el nombre de las partes contratantes. El CCCN no lo contempla, pero sí las leyes notariales locales. En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 dice expresamente en su artículo 68 que en los documentos matrices “deberá consignarse, además, epígrafe que indique el objeto del documento y el nombre de las partes”. Asimismo, el artículo 56 del Decreto 1624 regula cómo confeccionar el epígrafe en el caso de la pluralidad de otorgantes y dice que “en el supuesto de pluralidad de otorgantes por parte, bastará consignar en epígrafe el nombre de uno de ellos, seguido de la expresión «y otro» o «y otros»”.

El Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, por Resolución 69/2015, fijó criterios generales a tener en cuenta al momento de consignar los epígrafes en las escrituras, estableciendo especialmente que no forma parte del cuerpo documental de la escritura, que no existe obligación legal de reproducirlo en la copia o testimonio aunque es aconsejable:

- 1) El epígrafe debe ser consignado, de acuerdo a lo establecido por la Ley 404, pero no forma parte del cuerpo documental de la escritura.

- 2) En caso de enmiendas, testados o entre líneas, el epígrafe debe ser salvado, sea mediante subsanación al margen o como cualquier salvado en una escritura previo a su firma.
- 3) El espacio en blanco al final del epígrafe no es necesario completarlo con guiones.
- 4) No existe obligación de reproducir el epígrafe en la primera copia o testimonio porque no integra la escritura, aunque resulta aconsejable hacerlo.
- 5) En caso de que la escritura contenga varios actos jurídicos es suficiente mencionar el principal. Si hubiere pluralidad de otorgantes por parte, podrá consignarse el nombre de uno de ellos, seguido de la expresión “y otro” o “y otros”.

Medios de subsanación por error y omisión:

- Si falta el epígrafe, se puede consignar por nota marginal.
- Si está consignado en forma incompleta o errónea, se puede complementar o rectificar también por nota marginal.

7.2. La numeración

El CCCN recepta la numeración correlativa y el protocolo anual, estableciéndolo implícitamente en los artículos 299 y 300 al decir que la escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo y que este debe estar numerado correlativamente en cada año calendario.

En cuanto a sus formalidades, debe ser correlativa a partir del “uno”, durante el año calendario, y su expresión puede ser letras y/o en números según las leyes locales. En la Ciudad de Buenos Aires debe expresarse en letras, ya que la Ley 404 prohíbe utilizar guarismos para el número de la escritura (art. 61): “no se utilizarán guarismos para expresar el número de escritura”. Asimismo, establece que la numeración debe ser sucesiva durante el año calendario (art. 68): “los documentos matrices deberán [...] llevar cada año calendario numeración sucesiva del uno en adelante”; y contempla qué sucede con la numeración en dos casos: el de la “escritura sin efecto”, donde no se interrumpirá la enumeración, y el del “errórese”, donde se repetirá la numeración (art. 74).

Medios de subsanación por error y omisión:

- Si hay error, omisión o se repite el número de la escritura ya pasada, se debe denunciar el hecho al Colegio de Escribanos, el que consignará nota marginal de conocimiento a través de un inspector.¹¹

7.3. Lugar

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en el artículo 305, inciso a): “La escritura debe contener: a) lugar [...] de su otorgamiento”. Debe coincidir con la competencia

11. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, ob. cit. (cfr. nota 7), p. 15.

territorial del escribano, que también es un requisito de validez del instrumento público (art. 290, inc. a).

La sanción de su omisión es la nulidad instrumental; así lo establece el artículo 309: “Son nulas las escrituras que no tengan la designación del [...] lugar en que sean hechas”.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta del lugar de otorgamiento de la escritura se subsana por medio de escritura de reproducción del acto.¹²

7.4. Fecha

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en el artículo 305, inciso a): “La escritura debe contener: a) [...] fecha de su otorgamiento”. Su expresión en letras y/o en números dependerá de las leyes locales. En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 prohíbe la utilización de guarismos para expresar la fecha, por lo que debe expresarse en letras (art. 61): “No se utilizarán guarismos para expresar [...] su fecha”. Asimismo, la citada ley establece que los documentos matrices “deberán ordenarse cronológicamente” (art. 68).

La sanción de su omisión es la nulidad instrumental; así lo establece el artículo 309 CCCN: “Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo [...] en que sean hechas”.

El error material no ocasiona la nulidad si surge indubitadamente de otros elementos del protocolo y no hubo engaño o fraude. Armella propone la hipótesis de una escritura pública donde se expresa mal el año mientras que los documentos anteriores y posteriores a ese lucen la misma data

... fácil es advertir que es un simple error material, cotejando las escrituras públicas anteriores y posteriores. Se trata, indudablemente, de una conducta ajena a toda intención o propósito de perjuicio por parte del autorizante y no cabe al acto la sanción de nulidad del artículo 1005 del Código Civil, sino tan solo de la observabilidad, saneable por nota marginal o por documento notarial posterior, según los casos. Ello no quita a que el autor del documento responda disciplinariamente...¹³

En el mismo sentido se ha expedido el Departamento de Inspección de Protocolos del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en la medida en que la escritura se encuentre en la página que corresponde al protocolo, entre escrituras del mismo año: “el errar en la enunciación del año en que fue otorgada la escritura no la anula y procede salvarlo con una aclaración marginal”.¹⁴

12. Ídem, p. 14.

13. ARMELLA, Cristina N., “El documento notarial sin compareciente. A propósito de las subsanaciones”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 918, 1994, p. 299.

14. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CAPITAL FEDERAL, “Doctrina sentada por el Colegio en los expedientes de inspecciones”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 754, 1977, p. 979. Esto así, en la medida en que la escritura se encuentre en la página que corresponde al protocolo, entre escrituras del mismo año.

Medios de subsanación por error y omisión:

- El error u omisión en la fecha pero únicamente en el año se rectifica por nota marginal.
- La falta de la fecha completa de otorgamiento de la escritura se subsana por escritura de reproducción del acto. El error en el día y mes de la fecha se subsana mediante escritura rectificatoria de fecha con reproducción del acto.¹⁵

7.5. La hora

No es requisito esencial: “si cualquiera de las partes lo requiere o el escribano lo considera conveniente, la hora en que se firma el instrumento” (art. 305 CCCN, inc. a). Como es un requisito optativo, su omisión no acarrea nulidad instrumental ni observación alguna.

7.6. Comparecencia

7.6.1. Datos personales

Los datos personales de los comparecientes están regulados en el artículo 305, inciso b):

La escritura debe contener: [...] b) los nombres, apellidos, documento de identidad, domicilio real y especial si lo hubiera, fecha de nacimiento y estado de familia de los otorgantes; si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge, si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto; si el otorgante es una persona jurídica, se debe dejar constancia de su denominación completa, domicilio social y datos de inscripción de su constitución si corresponde.

El derogado artículo 1001 CCIV solo contenía: los nombres y apellidos, si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio o vecindad. El nuevo Código reitera algunos requisitos, elimina e incorpora otros, quedando así: 1) los nombres y apellidos, 2) documento de identidad, 3) domicilio real y especial si lo hubiera, 4) fecha de nacimiento y 5) estado de familia de los otorgantes. Agrega que, si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto. Y además regula que si el otorgante es una persona jurídica, se debe dejar constancia de: 1) la denominación completa, 2) el domicilio social y 3) los datos de inscripción de su constitución si corresponde.

La exigencia de los datos personales se extiende a todos los comparecientes, ya sean otorgantes, partes, testigos, etc. porque establece que la expresión *compareciente*, propia del lenguaje notarial, abarca a las partes, los representantes, los testigos, los cónyuges y otros intervinientes en el acto. Así lo establecen expresamente el artículo 301 y los fundamentos, ya citados.¹⁶

15. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, ob. cit. (cfr. nota 7), p. 15.

16. *Fundamentos del CCCN*, p. 44.

Medios de subsanación:

Con respecto a la falta de los datos de los comparecientes, debemos distinguir tres situaciones:

- Si falta algún dato del compareciente exigido por el artículo 305 inciso b) y además comprendido en el artículo 309 (único caso: el nombre de los otorgantes), estaremos frente a una nulidad instrumental y se subsana mediante escritura de reproducción del acto.
- Si falta algún dato del compareciente exigido por el artículo 305 inciso b) pero que no está comprendido en el artículo 309 (cualquier otro dato que no sea el nombre de los otorgantes), se subsana mediante escritura complementaria con el compareciente de quien se omitieron los datos.
- Si falta algún dato del compareciente no exigido por el artículo 305 inciso b) (p.ej., CUIT/CUIL), se subsana por nota marginal.

7.6.2. Nombres y apellidos

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en el artículo 305, inciso b): “La escritura debe contener: [...] b) los nombres, apellidos [...] de los otorgantes”. Los apellidos de los comparecientes deben ir destacados en letras mayúsculas. A partir del 1 de agosto de 1952, en toda escritura pública, ya sea que se emplee al extenderla la forma manuscrita o mecanografiada, los apellidos de los otorgantes serán consignados totalmente en letras mayúsculas, usándose minúsculas para los nombres propios. Cuando se utilice el sistema manuscrito, los nombres y apellidos de los otorgantes se escribirán en letras con tipo de imprenta, destacándose el apellido. Igual procedimiento se observará en la expedición de las copias manuscritas o mecanografiadas (Resolución CD, 30/6/1952).

La sanción de su omisión es la nulidad instrumental. Así lo establece el artículo 309: “Son nulas las escrituras que no tengan [...] el nombre de los otorgantes...”.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de nombre y apellidos del otorgante se subsana por reproducción del acto.
- El error en nombre y apellidos del otorgante se subsana por escritura rectificatoria.

7.6.3. Documento de identidad

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en el artículo 305, inciso b): “La escritura debe contener: [...] b) [...] documento de identidad [...] de los otorgantes...”. La norma no especifica cuál es el documento de identidad que se debe consignar, pero hay que seguir el mismo criterio que para la justificación de la identidad –se desarrollará posteriormente– y, en consecuencia, hay que tener en cuenta la reciente normativa del Registro Nacional de las Personas que estableció como obligatoria, a partir del 1 de abril de 2017, la utilización del nuevo documento nacional de identidad digital, tanto la tarjeta plástica como la libreta tapa celeste, siendo estos los únicos documentos idóneos (quedan

exceptuadas de este requisito las personas mayores de setenta y cinco años y los incapaces declarados judicialmente).¹⁷

Su omisión no acarrea la nulidad instrumental, ya que no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 309. No obstante, al ser un requisito esencial, rige el último párrafo del citado artículo, en el sentido de que las inobservancias de otras formalidades no anulan las escrituras pero los escribanos pueden ser sancionados. En consecuencia, en caso de omisión o error del mismo, este debe ser subsanado.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta del número de documento se subsana por escritura complementaria con compareciente.
- El supuesto de error de *tipeo* en la clase o en el número del documento de identidad consignados en la escritura puede ser corregido por nota marginal en base a documentación fehaciente, cuya fotocopia debe ser agregada, incluso si el compareciente ha sido identificado por conocimiento del autorizante.¹⁸

7.6.4. Domicilio real y especial

El CCCN lo establece en el artículo 305 inciso b): “La escritura debe contener: [...] b) [...] domicilio real y especial si lo hubiera [...] de los otorgantes”. Los fundamentos del Código dicen que

El régimen del domicilio se simplifica, eliminándose la categoría del domicilio de origen. El domicilio es el lugar donde se reside habitualmente, pero quien tiene actividad profesional y económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para las obligaciones nacidas de dicha actividad.¹⁹

El domicilio real es un requisito esencial y siempre debe expresarse. El domicilio especial no es un requisito esencial y, por lo tanto, solo se expresará si lo hubiera.

El domicilio real está regulado en el artículo 73:

La persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual. Si ejerce actividad profesional o económica, lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad.

Esto significa que el domicilio real será el que la persona declara que es su residencia habitual.

El domicilio especial está regulado en el artículo 75: “Las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan”. Entonces, el artículo 305 inciso b) permite que los otorgantes puedan, si lo desean, consignar un domicilio especial para el ejercicio de los derechos y obligaciones

17. Resoluciones RENAPER 3020/2014, 3117/2014, 2030/2015, 617/2016 y 1740/2016.

18. Pautas de inspección de protocolos aprobadas por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires por Resolución 165/2016. [N. del E.: ver aquí: a) y b)].

19. Fundamentos del CCCN, p. 30.

que emanen de ese contrato (p.ej., domicilios constituidos en los contratos de locación, boletos, mutuos, hipotecas, etc.).

En consecuencia, ¿siempre se debe consignar el domicilio real? Sí. ¿Debo consignarse la palabra *real*? No. ¿Tiene que coincidir con el domicilio que figura en su documento nacional de identidad? No. La declaración del domicilio real es una manifestación autenticada del propio compareciente y, por lo tanto, es bajo su responsabilidad. ¿Y si ejerce actividad profesional o económica, lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad (p.ej., el representante de una sociedad podrá tener su domicilio “real” en la sede social)? Sí, por el artículo 73. ¿Siempre debe consignarse el domicilio especial? No, solo si lo hubiera.

Su omisión no acarrea la nulidad instrumental, ya que no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 309. Pero, al ser el domicilio real un requisito esencial, rige el último párrafo del citado artículo en el sentido de que la inobservancia de otras formalidades no anula las escrituras aunque los escribanos pueden ser sancionados. En consecuencia, en caso de omisión o error del mismo, este debe ser subsanado.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta del domicilio real se subsana por escritura complementaria con compareciente.
- El error de *tipeo* en el domicilio real consignado en la escritura puede ser corregido por nota marginal en base a documentación fehaciente, cuya fotocopia debe ser agregada, incluso si el compareciente ha sido identificado por conocimiento del autorizante.²⁰

7.6.5. Fecha de nacimiento

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en el artículo 305, inciso b): “La escritura debe contener: [...] b) [...] fecha de nacimiento [...] de los otorgantes”. Su omisión no acarrea la nulidad instrumental, ya que no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 309. Pero, al ser un requisito esencial, rige el último párrafo del citado artículo en el sentido de que la inobservancia de otras formalidades no anula las escrituras pero los escribanos pueden ser sancionados. En consecuencia, en caso de omisión o error de la misma, esta debe ser subsanada.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de fecha de nacimiento se subsana por escritura complementaria con compareciente.
- El error de *tipeo* en la fecha de nacimiento consignada en la escritura puede ser corregido por nota marginal en base a documentación fehaciente, cuya fotocopia debe ser agregada, incluso si el compareciente ha sido identificado por conocimiento del autorizante.²¹

20. Cfr. nota 18.

21. *Ibidem*.

7.6.6. Estado de familia

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en el artículo 305, inciso b):

La escritura debe contener: [...] b) [...] estado de familia de los otorgantes; si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge, si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto...

Los estados de familia o estados civiles son cuatro: soltero, casado, viudo o divorciado. La unión convivencial no es un estado civil.

¿Cuándo hay que consignar el nombre y apellido del cónyuge del compareciente? El nuevo Código exige que si se trata de personas casadas y fuere relevante en atención a la naturaleza del acto (p.ej., compraventa), se consigne también el nombre del cónyuge y el orden de nupcias, es decir, si lo son en primeras, segundas, etc. En la Ciudad de Buenos Aires, el artículo 77 de la Ley 404 sigue el mismo criterio y, al regular los requisitos formales de las escrituras públicas, establece que será necesario consignar el nombre y apellido del cónyuge de los sujetos negociales solo cuando esto sea relevante por la naturaleza del acto (p.ej., compraventa):

Además de los requisitos formales [...] las escrituras públicas deberán expresar: a) [...] el nombre del cónyuge cuando los sujetos negociales fueren casados, divorciados o viudos, cuando ello resulte relevante por la naturaleza del acto.

Esto se refuerza en el artículo 44 del Decreto 1624:

Sólo será necesario consignar en las escrituras públicas [...] el nombre del cónyuge de los sujetos negociales cuando ello resulte relevante por la naturaleza del acto.

La diferencia entre el CCCN y la Ley 404 radica en que el nuevo Código exige que este requisito sea solo para las personas casadas y la Ley 404 lo exige para casados, viudos y divorciados. En consecuencia, combinando ambas normas y respetando su sentido, se debe interpretar que se aplicará para los casos de otorgantes casados, viudos o divorciados. Sin embargo, el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires resolvió que el Departamento de Inspección de Protocolos observe la omisión del grado de nupcias y el nombre del cónyuge de los sujetos negociales solo cuando fueren casados y siempre que ello resulte relevante por la naturaleza del acto, conforme a lo establecido por el artículo 305 CCCN (inc. b), en venta, permuta, dación en pago, hipoteca, cesión de crédito hipotecario, transferencia de taxi con vehículo o en otros actos de disposición (Resolución 153/2016).²²

Su omisión no acarrea la nulidad instrumental, ya que no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 309. Pero al ser un requisito esencial, rige el último párrafo del citado artículo en el sentido de que la inobservancia de otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos pueden ser sancionados. En consecuencia, en caso de omisión o error del estado civil, este debe ser subsanado.

22. *Ibidem*.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta del estado civil se subsana por escritura complementaria con compareciente.
- El error en el estado civil se subsana por escritura rectificatoria con compareciente o por información sumaria (si implica pasar de casado a soltero).
- La falta de nombre del cónyuge de los sujetos negociales, en los casos en que es relevante por la naturaleza del acto, se subsana por escritura complementaria con el compareciente de quien se omitieron los datos.

7.6.7. Personas jurídicas. Datos

En el caso de que el otorgante sea una persona jurídica, el CCCN exige en su artículo 305 (inc. b) que se consigne “su denominación completa, domicilio social y datos de inscripción de su constitución si corresponde”.

La Ley General de Sociedades [19550](#) –otra ley de fondo–, establece en su artículo 11 que “el instrumento de constitución debe contener: [...] 2) la razón social o la denominación, y el domicilio de la sociedad”.

En la Ciudad de Buenos Aires, estos requisitos ya estaban regulados en el artículo 77 de la Ley 404:

... las escrituras públicas deberán expresar: a) [...] Tratándose de personas jurídicas, la denominación o razón social, la inscripción de su constitución, si correspondiere, y el domicilio.

7.6.7.1. Denominación

La sanción de su omisión es la nulidad instrumental. Así lo establece el artículo 309: “Son nulas las escrituras que no tengan [...] el nombre de los otorgantes...”.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de la denominación social del otorgante se subsana por reproducción del acto.
- El error en la denominación social del otorgante se subsana por escritura rectificatoria.

7.6.7.2. Domicilio social y datos de inscripción de su constitución si corresponde

Por domicilio social debe entenderse la jurisdicción de la persona jurídica, diferenciándose de la sede social. Lo regula el artículo 152 [CCCN](#):

Domicilio y sede social. El domicilio de la persona jurídica es el fijado en sus estatutos o en la autorización que se le dio para funcionar. La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas. El cambio de domicilio requiere modificación del estatuto. El cambio de sede, si no forma parte del estatuto, puede ser resuelto por el órgano de administración.

La expresión “datos de inscripción de su constitución si corresponde” se interpreta en el sentido de que debe constar el dato de inscripción siempre que la persona jurídica se encuentre inscripta y en todo acto que otorgue pero no así en las actas (p. ej., no se consignarán los datos de inscripción de la Iglesia Católica, del Enargas, la Biblioteca Nacional ni cualquier otra persona jurídica que no tuviere datos de inscripción).²³

Su omisión no acarrea la nulidad instrumental, ya que ninguno de los dos son supuestos contemplados en el artículo 309. Pero al ser ambos requisitos esenciales, rige el último párrafo del citado artículo en el sentido de que la inobservancia de otras formalidades no anula las escrituras pero los escribanos pueden ser sancionados. En consecuencia, en caso de omisión o error de los mismos, estos deben ser subsanados.

Medios de subsanación por error y omisión:

Al inspeccionar escrituras posteriores al 1º de agosto de 2015 en las que la otorgante sea una persona jurídica, el Departamento de Inspección de Protocolos observará en las escrituras públicas y no así en las actas notariales, la omisión del domicilio social y/o de los datos de inscripción de la constitución si correspondiere –no de posteriores modificaciones– conforme lo establecido por el artículo 305 inciso b) del CCCN. La forma de subsanación de dicha omisión es el otorgamiento de una escritura complementaria por el representante de la misma. El supuesto de error en el domicilio social o en los datos de inscripción de la constitución de la persona jurídica consignados en la escritura puede ser corregido por nota marginal en base a documentación fehaciente, cuya fotocopia debe ser agregada. Se entenderá por domicilio social la jurisdicción de la persona jurídica, diferenciándose de su sede social.²⁴

7.6.8. Otros datos de identificación. Nacionalidad y profesión

La Ley 19550 establece en su artículo 11 la obligatoriedad de consignar en el instrumento de constitución: “nacionalidad [...] profesión [...] de los socios...”.

La Ley 17801, en su artículo 3 bis, establece la obligatoriedad del CUIT, CUIL o CDI para los documentos del artículo 2 inciso a) de la misma ley.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 dice en su artículo 77:

Además de los requisitos formales [...] las escrituras públicas deberán expresar: [...] b) Cualquier otro dato identificatorio requerido por la ley, los interesados o por el notario cuando éste lo considerare conveniente. [*P. ej., documento nacional de identidad, nombre de los padres si es soltero, etc.*] c) El carácter que invistan los comparecientes que no son partes en el acto o negocio documentado. [*P. ej., traductor público*].²⁵

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de o el error en la nacionalidad y/o la profesión en la constitución de sociedades comerciales no se puede subsanar por nota marginal. Debe subsanarse

23. *Ibidem*.

24. *Ibidem*.

25. Los ejemplos nos pertenecen.

por escritura complementaria, aclaratoria o rectificatoria con el compareciente. La falta de o error en la CUIT, CUIL o CDI se subsana por nota marginal.

7.7. Juicio de capacidad

El CCCN no lo exige. Es un juicio de valor que no contiene fe pública. Las leyes notariales lo contemplan como un deber notarial, ya que responde a una exigencia profesional ineludible: la de examinar la capacidad suficiente para ese otorgamiento.

No requiere constancia documental en algunas legislaciones, como es el caso de la Ciudad de Buenos Aires (art. 77 inc. d Ley 404). Sin embargo, ello no significa que se exima al escribano del deber notarial de apreciar la aptitud de las personas intervinientes, obligatorio en esa demarcación:

- “... son deberes de los escribanos de registro [...] d) apreciar la [...] aptitud de las personas intervinientes...” (art. 29 inc. d Ley 404).
- “La formación del documento notarial [...] competencia del notario, es función indelegable de éste, quien deberá: [...] c) Examinar la aptitud [...] de las personas...” (art. 60 Ley 404).
- “Además de los requisitos formales [...] las escrituras deberán expresar: [...] d) El juicio de capacidad de las personas físicas no requerirá constancia documental” (art. 77 Ley 404).

Medios de subsanación por error y omisión:

- En el caso de que alguna legislación notarial local exija constancia documental, se subsana por nota marginal.
- En el caso de que no se exija constancia documental, su omisión documental no debe subsanarse.

7.8. Justificación de la identidad

El CCCN lo establece en su artículo 306:

Justificación de identidad. La identidad de los comparecientes debe justificarse por cualquiera de los siguientes medios: a) por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes; b) por afirmación del conocimiento por parte del escribano.

Se eliminó a los testigos de conocimiento como medio de justificación de la identidad, contenido en el artículo 1002 (inc. b) del código derogado.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 77 dice que

Además de los requisitos formales [...] las escrituras públicas deberán expresar: [...] b) Cualquier otro dato identificatorio requerido por la ley, por los interesados o por el notario cuando éste lo considerare conveniente.

Y en el artículo 79 se establece que “el notario [...] firmante a ruego y hará constar el medio de su identificación”.

Conforme a las citadas resoluciones del Registro Nacional de las Personas,²⁶ todos los documentos de confección manual, tales como la libreta de enrolamiento, la libreta cívica y los documentos nacionales de identidad verdes y morados, perdieron su vigencia el 31 de marzo de 2017. Por lo tanto, a partir del 1 de abril de 2017, no pueden considerarse idóneos para justificar la identidad en los términos del artículo 306 inciso a) del CCCN, ya que dejaron de ser documentos vigentes (quedan exceptuados las personas mayores de setenta y cinco años y los incapaces declarados judicialmente). A partir del 1 de abril de 2017, es obligatoria la utilización del documento nacional de identidad digital en los formatos libreta de tapa celeste o tarjeta plástica, y son estos los únicos documentos idóneos.

El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires puso a disposición de sus matriculados un dictamen de sus autoridades, en base a un proyecto elaborado por el asesor jurídico notarial Jaime Giralt Font, sobre las mencionadas resoluciones de la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas. Del dictamen surge que

Como bien asiente el Esc. Jaime Giralt Font, “La inquietud que puede despertar la primera de esas normas respecto de la actividad notarial es cómo debe procederse si algún otorgante carece del documento nacional de identidad en formato digital, tanto la tarjeta plástica como la libreta de tapa celeste, después de la entrada en vigencia de la citada Resolución”.

Los considerandos de dicha resolución establecen:

“Que en esa inteligencia, resulta necesario establecer el plazo dentro del cual deberá realizarse el canje de los documentos de identidad de confección manual, entendiéndose por éstos a las libretas cívicas, libretas de enrolamiento, documento nacional de identidad para argentinos de tapa verde y documento nacional de identidad para extranjeros de tapa bordó confeccionados a mano, por parte de aquellas personas que aún no lo hayan realizado”.

“Que la validez de los documentos de confección manual se extenderá durante el plazo previsto para el canje, cumplido el cual se producirá la pérdida de vigencia de los mismos, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 17671”.

El artículo 306 inciso a) del CCCN dispone que la identidad de los comparecientes debe justificarse por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo.

La Academia Nacional del Notariado tiene dicho que la identidad a justificar corresponde a la “registrada en el Registro Nacional de las Personas según así lo dispone el art. 2 inc. a de la ley 17671 [...] mediante el registro de sus antecedentes de mayor importancia desde el nacimiento y a través de las distintas etapas de la vida, los que se mantendrán permanentemente actualizados”.

El artículo 13 de la Ley 17671 dispone que: “La presentación del documento nacional de identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas será obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad de las personas comprendidas en esta ley, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad cualquiera fuere su naturaleza y origen”. Dicha ley en su artículo 57 otorga al RENAPER la facultad de regular el canje de documentos. Es el escribano autorizante quien ha de calificar la idoneidad del documento, es decir, la aptitud del documento exhibido para justificar la identidad del compareciente.

26. Cfr. nota 17.

Tiene dicho la Academia Nacional del Notariado que la idoneidad a calificar es la jurídica y la material. “La idoneidad jurídica se relaciona con la calidad del compareciente y la obligación de disponer la documentación dispuesta conforme la legislación general mientras que “ la idoneidad material se vincula con el estado corporal del documento la cual permite percibir los datos allí contenidos”. Al evaluar la idoneidad jurídica del documento el compareciente debe disponer de la documentación dispuesta conforme la legislación general, lo que implica que **el compareciente debe exhibir un documento vigente**.²⁷

7.8.1. Testigos testamentarios

Se eliminó el artículo 3699 CCIV, que establecía que los testigos debían ser conocidos del escribano y que, de no ser así, dos personas debían asegurar su identidad y residencia. Como también se eliminó que los testigos testamentarios tengan que tener el mismo domicilio que el escribano autorizante del testamento, en consecuencia y a partir del nuevo Código, pueden domiciliarse en cualquier lugar del país.

El nuevo Código, al regular los requisitos del testamento por acto público en su artículo 2479, en su último párrafo remite expresamente a los artículos 299 y siguientes, diciendo que “a esta clase de testamento se aplican las disposiciones de los artículos 299 y siguientes”. En consecuencia, el nuevo Código les aplica a los testigos testamentarios las reglas generales de los artículos 299 y siguientes, y entre ellos se encuentra el artículo 306. Por lo tanto, por la remisión expresa del artículo 2479 CCCN, se puede justificar la identidad de los testigos testamentarios y cualquier otra clase de testigos de una escritura pública por cualquiera de los dos medios del artículo 306.

La omisión de la justificación de la identidad de los testigos testamentarios no acarrea la nulidad instrumental, ya que no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 309. Pero rige el último párrafo del citado artículo en el sentido de que las inobservancias de otras formalidades no anulan las escrituras pero los escribanos pueden ser sancionados. En consecuencia, en caso de omisión o error de la misma, esta debe ser subsanada.

Medios de subsanación por error y omisión:

- Si falta justificar la identidad del compareciente de acuerdo con el artículo 306 inciso a) (por exhibición del documento idóneo), se subsana por nota marginal; si es de acuerdo con el inciso b) (afirmación por conocimiento), se subsana por nota marginal.
- Si falta la fotocopia de las partes pertinentes del documento con que justifica su identidad el compareciente, se subsana agregando fotocopia certificada con firma y sello.
- Si la fotocopia del documento con el que se acredita la identidad es ilegible, se subsana colocando nota en la copia del documento, aclarando los datos que resultan ilegibles, con firma y sello del escribano.

27. Dictamen de las autoridades del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en base a un proyecto elaborado por el asesor jurídico notarial Jaime GIRALT FONT, 28/5/2015.

- Si no coincide el documento con el que se acredita la identidad entre la fotocopia agregada y el consignado en la escritura, puede subsanarse a) agregando fotocopia del citado en la escritura o b) por nota marginal, aclarando cuál fue el utilizado.
- Con respecto a la identificación del documento, se admite la remisión al citado en la comparecencia.
- Con respecto a la agregación al protocolo de la reproducción certificada de sus partes pertinentes, se admite la remisión a un folio anterior al cual se encuentra agregada.²⁸

La presente forma de subsanación se refiere a la omisión de la justificación de la identidad, debiendo diferenciarse de la omisión de consignar el documento de identidad como requisito esencial de la escritura pública –establecido por el artículo 305 inciso b) y explicado anteriormente (en 7.6.3.)–.

7.9. Intervención. Juicio de legitimación

Es el juicio por medio del cual el escribano deberá examinar si el compareciente interviene por sí o por otros en relación con el acto a instrumentarse y a las representaciones invocadas. Como es un juicio de valor, no tiene fe pública.

Debemos distinguir entre el juicio de legitimación y la acreditación de la legitimación. El juicio de legitimación deberá examinarse en todas las escrituras públicas, pero no en todas las escrituras públicas deberá acreditarse la legitimación. Esta deberá acreditarse si luego de realizar el juicio de legitimación del mismo resultara que se debe hacer ya sea por notoriedad o con documentación habilitante. En este último caso, esta acreditación es una manifestación auténtica que goza de fe pública.

Las leyes locales lo establecen como un deber notarial. En la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 404: “son deberes de los escribanos de registro [...] d) [...] apreciar [...] la legitimación [...] de las personas intervinientes”. Y, de acuerdo con el artículo 60 de dicha ley: “La formación del documento notarial [...] competencia del notario, es función indelegable de éste, quien deberá: [...] c) Examinar la [...] legitimación de las personas...”.

Medios de subsanación por error y omisión:

- Al ser un juicio de valor, el juicio notarial de legitimación se subsana por nota marginal.
- La acreditación de la legitimación en el caso de que la intervención sea por otro y se acredite con documentación habilitante, se puede subsanar por nota marginal.
- El carácter en que actúa el compareciente es una manifestación autenticada del compareciente, por lo que se subsanará por escritura complementaria, aclaratoria o rectificatoria.

28. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, ob. cit. (cfr. nota 7), p. 14.

7.10. Exposición y estipulación

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en su artículo 305 inciso c): “La escritura debe contener [...] c) la naturaleza del acto y la individualización de los bienes que constituyen su objeto”. La exposición (*narratio*) comprende aquellos antecedentes y presupuestos del negocio que se documenta que pudieran considerarse útiles o necesarios para precisar el objeto. Comprende la descripción de la cosa o derecho sobre la que se constituirán las relaciones jurídicas.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 77 dice:

Además de los requisitos formales, de contenido y de redacción [...] las escrituras públicas deberán expresar: [...] e) La naturaleza del acto y la determinación de los bienes que constituyan su objeto.

La estipulación consiste en las manifestaciones de los otorgantes. Al recibir la voluntad de los otorgantes las debe interpretar y luego adecuar, dando la forma legal que corresponda y redactar el instrumento adecuado a tal fin. Es la parte dispositiva de la escritura; contiene los elementos que integran el objeto negocial: acuerdos, pactos y modalidades del negocio.

Están contempladas en el artículo 301, con la eficacia probatoria del 296 inciso b):

Artículo 301. Requisitos. El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente...

Artículo 296. Eficacia probatoria. El instrumento público hace plena fe: [...] b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 60 dice:

La formación del documento notarial [...] competencia del notario [...] es función indelegable de éste, quien deberá: a) Recibir por sí mismo las declaraciones de voluntad de los comparecientes [...] adecuarlas al ordenamiento jurídico y reflejarlas en el documento.

Dichas declaraciones y convenciones de los otorgantes pueden ser:

- 1) *Cláusulas dispositivas.* Contienen los elementos tipificantes del acto o contrato, principales o esenciales; por ejemplo, cosa vendida y pago del precio.
- 2) *Cláusulas enunciativas directas.* No contienen los elementos tipificantes del acto o contrato, pero se relacionan directamente con ellos: a) declaraciones del vendedor: transmisión de derechos inherentes al dominio y a la posesión, tradición, impuestos, gravámenes, evicción y vicios redhibitorios, declaraciones juradas de bien de reemplazo por impuesto a la transferencia de inmuebles o ganancias; b) declaraciones del comprador: aceptación de la transferencia del dominio, posesión, asunción de gravámenes, origen del dinero, declaraciones juradas por el impuesto de sellos; c) declaraciones conjuntas: suscripción o no de boleto previo, deudas por

impuestos, tasas, contribuciones, sus diferencias y expensas, paridad cambiaria acordada; d) asentimiento conyugal.

- 3) *Cláusulas enunciativas indirectas*. No contienen los elementos tipificantes del acto o contrato, y no se relacionan directamente con ellos sino de forma indirecta, accidental o meramente enunciativa; por ejemplo, teléfonos, nota del reglamento, etc.

Medios de subsanación por error y omisión:

- En la individualización del bien objeto del acto, hay que hacer las siguientes distinciones. Si la corrección de errores u omisiones en texto de los documentos autorizados se refieren a datos y elementos aclaratorios y determinativos accidentales, de carácter formal o registral y que resulten de títulos, planos u otros documentos fehacientes, referidos expresamente en el documento y en la medida en que no se modifiquen partes sustanciales relacionadas con la individualización de los bienes objeto del acto ni se alteraren las declaraciones de las partes, se puede subsanar por nota marginal (art. 81 Ley 404). Si así no fuera, no se puede subsanar por nota marginal sino por escritura complementaria, aclaratoria, rectificatoria con compareciente o escritura de reproducción del acto, según corresponda. Las declaraciones de los otorgantes no pueden subsanarse por nota marginal, sino por escritura complementaria, aclaratoria o rectificatoria con compareciente, según corresponda.

7.11. Constancias notariales

7.11.1. Corresponde

Es imprescindible en las escrituras de constitución, modificación, transmisión o cesión de derechos reales sobre inmuebles, para mantener el encadenamiento legal. La Ley 17801 en su artículo 23 dice:

Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles **sin tener a la vista el título de propiedad inscripto en el Registro...**

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 77 lo incluye como un requisito de la escritura pública:

... las escrituras públicas deberán expresar: [...] f) La **relación de los documentos** que se exhibieren al notario para fundar las titularidades activas y pasivas de derechos y obligaciones, invocadas por las partes.

Medios de subsanación por error y omisión:

- Se realiza por nota marginal o escritura complementaria sin compareciente.

7.11.2. Acreditación de la legitimación

El CCCN en su artículo 307 regula la forma en que se debe acreditar la legitimación con documentación habilitante:

Si el otorgante de la escritura es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo, excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano. En caso de que los documentos habilitantes ya estén protocolizados en el registro del escribano interviniente, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 la regula en su artículo 78:

Procuraciones y documentos habilitantes: a) Cuando los otorgantes actúen, en nombre ajeno y en ejercicio de representación, el notario deberá proceder de acuerdo con lo establecido en el Código Civil y dejar constancia en la escritura de los datos relativos al lugar y fecha de otorgamiento del documento habilitante, del nombre del funcionario que intervino o folio del protocolo, demarcación y número del registro notarial, si el documento constare en escritura pública, y de cualquier otra mención que permitiere establecer la ubicación del original, y los datos registrales, cuando fueren obligatorio. b) El notario deberá comprobar el alcance de la representación invocada y hacer constar la declaración del representante sobre su vigencia.

Para acreditar la legitimación con documentación habilitante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo. El nuevo Código exige la presentación del documento original y si es un documento que tiene por único asunto el que se instrumenta, debe agregarse al protocolo, excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano. Si es un documento que contiene más de un asunto o que haga necesaria su devolución, el escribano debe exigir que se le exhiba el original, debe certificar una fotocopia y agregarla al protocolo y recién luego devolverlo.

El nuevo Código dice que la certificación de la fotocopia debe ser formalizada por el mismo escribano que tuvo el original a la vista, aunque parte de la doctrina admite que dicha certificación puede ser realizada por otro escribano. Asimismo, cuando se haga necesaria la devolución de los poderes o de otros documentos habilitantes, exime al escribano de expresar la circunstancia, tal como lo exigía el código derogado. En caso de que los documentos habilitantes ya estén protocolizados en el mismo registro del escribano interviniente o los hubiere otorgado el mismo, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año.

Medios de subsanación por error y omisión:

- Si no se acredita la legitimación, se subsana por nota marginal o escritura complementaria sin compareciente.

- Si falta agregar documentación habilitante, se subsana agregándola debidamente autenticada.
- La falta de la documentación obligatoria que dice agregar se subsana agregándola. Toda la documentación cuya agregación no es obligatoria que el escribano cita en su escritura y dice que agrega deberá ser agregada.
- Poderes como documentación habilitante agregada en fotocopia de matriz se subsana agregando fotocopia certificada del testimonio original. La fotocopia de la matriz no reemplaza a la fotocopia de la copia o testimonio original para acreditar las pertinentes personerías o representaciones.
- No se puede suplir la primera o ulterior copia por la fotocopia de la escritura matriz.²⁹

7.11.3. Certificados registrales

Son aquellos certificados que deben solicitarse para los casos contemplados en el artículo 23 de la Ley 17801, es decir, los relacionados con derechos reales sobre inmuebles. En ellos se consigna el estado jurídico de los bienes y de las personas. Y es en el mismo artículo 23 donde se establece que las escrituras públicas deberán consignar el número, la fecha y las constancias que resulten de las certificaciones:

Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles sin tener a la vista [...] certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación.

Medios de subsanación por error y omisión:³⁰

- Si falta exhibir y/o agregar los certificados registrales citados, se subsana exhibiendo o agregando. En realidad, no son de agregación obligatoria, pero tratándose de la Ciudad de Buenos Aires o la provincia de Buenos Aires, deben ser exhibidos al inspector de protocolos, exprese o no la escritura que se agrega. Es decir, la exhibición es obligatoria; la agregación no, pero si la escritura dice que se agregan, se observa su falta de agregación.
- La falta de certificados registrales o la utilización de certificados cuyo plazo esté vencido deben ser observadas por el Departamento de Inspección de Protocolos.
- Si falta consignar el número y fecha de los certificados registrales, se subsana por nota marginal.
- La pérdida o extravío del certificado de dominio, se subsana agregando un informe del que surja el certificado referenciado que se ha perdido o extraviado y dejando constancia por nota marginal.

29. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, ob. cit. (cfr. nota 7), p. 17.

30. Ídem, pp. 20-21.

- La pérdida o extravío del certificado de inhibiciones se subsana agregando un informe del que surja la inexistencia de inhibición y dejando constancia por nota marginal.
- El error o diferencia de nombre y/o documento del disponente entre lo consignado en la escritura y lo informado en el respectivo certificado de inhibiciones se subsana agregando un nuevo informe: a) con los datos correctos y b) que se acredite la inexistencia de inhibiciones. Además, se debe dejar constancia por nota marginal.
- La falta de solicitud por las variantes con el apellido de casada ni con el apellido materno no se observa.
- La falta de constancia en la escritura de gravámenes y/o restricciones vigentes que surgen del certificado de dominio (p. ej., un embargo) se subsana por escritura complementaria con compareciente.
- La falta de constancia en la escritura de gravámenes y/o restricciones que surgen del certificado de dominio no vigentes por haberse levantado o cancelados por medio idóneo se subsana por nota marginal, dejando constancia del levantamiento o cancelación, con documentación respaldatoria.
- Si del certificado de dominio solicitado surge reserva de prioridad para otro registro notarial y se ha omitido dejar constancia en la escritura de que el mismo no ha sido utilizado por el otro escribano, se puede subsanar a) exhibiendo el certificado del otro escribano que no fue utilizado o b) que el certificado solicitado se encuentre con la nota del otro escribano dejando constancia de no haber utilizado su certificado.³¹

7.11.4. Certificados administrativos

Son aquellos certificados cuya obligatoriedad surgirá de las leyes administrativas locales: Agua y Saneamientos Argentinos, certificado municipal, inmobiliario, etc.

Medios de subsanación por error y omisión:

- Se deberán agregar o exhibir, según el caso, pero siempre debidamente liberados. Excepto en los casos que se deje constancia en la escritura de la aplicación del artículo 5 Ley 22427 en los casos que corresponda (ejemplo AYSA); o sobre la existencia de plan de facilidades de pago y la asunción solidaria por el adquirente en los casos que corresponda.³²

7.11.5. Otros datos. Nomenclatura catastral, partida inmobiliaria, valuación fiscal, VIR

Medios de subsanación por error y omisión:

- Por nota marginal.³³

31. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, ob. cit. (cfr. nota 7), pp. 20 y 52.

32. Ídem, pp. 22-23.

33. Ídem, p. 78.

7.12. Tratamiento impositivo

Impuesto a la transferencia de inmuebles, impuesto a las ganancias, impuestos de sellos locales o provinciales, etc.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de mención en la escritura de la retención efectuada se subsana por nota marginal, indicando el monto ingresado.
- Si no consta causa de exención: escritura complementaria con el responsable.
- Si no hay manifestación del destino vivienda y/o única propiedad: escritura complementaria con el responsable.
- Monto correcto menor al retenido; difiere monto de la retención entre lo consignado en la escritura y lo declarado (cuando el monto correcto es menor al retenido en la escritura y la declaración ha sido realizada correctamente): se subsana por escritura o recibo por instrumento privado de devolución de lo retenido en exceso. En este último caso, se deberá agregar al protocolo, dejando constancia de su incorporación por nota marginal.
- Si difiere el monto del acto entre lo consignado en la escritura y lo declarado, se subsana rectificando la declaración jurada y acreditando pago por diferencia, si correspondiera.
- Si falta acreditar pago total o parcial de retenciones efectuadas: acreditar el pago (el acogimiento a una moratoria impositiva no subsana la observación).³⁴

7.13. Cierre documental. Lectura

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en su artículo 305 inciso d): “La escritura debe contener: [...] d) la **constancia instrumental de la lectura** que el escribano debe hacer en el acto del otorgamiento de la escritura”.

Es indispensable para que los comparecientes queden impuestos de su contenido. El escribano tiene el deber de leer la escritura a todos los comparecientes. El artículo 1001 CCIV también imponía la obligación de la lectura pero no exigía dejar constancia documental de esa obligación. El nuevo Código exige dejar constancia documental de que la escritura se lee a los otorgantes.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 79 dice:

Redactada la escritura [...] tendrá lugar la lectura [...] con arreglo a las siguientes normas: a) El notario **deberá leer la escritura**, sin perjuicio de los intervinientes, de leer por sí, formalidad ésta que será obligatoria para el otorgante sordo.

También se regula la lectura en los casos permitidos por la ley (art. 80 Ley 404) de pluralidad de otorgantes en el artículo 57 del Decreto 1624:

En el caso de pluralidad de otorgantes que suscribieron la escritura en distintas horas del mismo día en los términos del artículo 80 de la ley [...] El escribano **deberá leer la escritura a cada otorgante...**

34. Ídem, pp. 24-25.

Su omisión no acarrea la nulidad instrumental, ya que no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 309 CCCN. Pero, al ser un requisito esencial, rige el último párrafo del citado artículo en el sentido de que la inobservancia de otras formalidades no anula las escrituras pero los escribanos pueden ser sancionados. En consecuencia, en caso de omisión o error de la constancia de la lectura, debe ser subsanada.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de constancia documental de la lectura se subsana por nota marginal.³⁵

8. Salvados

El CCCN lo establece en su artículo 305 inciso e):

La escritura debe contener: [...] e) las enmiendas, testados, borraduras, entrelíneas, u otras modificaciones efectuadas al instrumento en partes esenciales, que deben ser realizadas de puño y letra del escribano y antes de la firma.

El salvado tiene un límite temporal y un límite espacial, ya que debe ser realizado por el escribano al final del documento y antes de la firma de los otorgantes. Terminada la lectura del texto completo de la escritura, el escribano deberá salvar al final de ella de su puño y letra, antes de que la firmen los otorgantes, lo que se haya sobreraspado, las enmiendas, los testados y los interlineados introducidos en el texto. Lo debe hacer reproduciendo cada texto, por palabras enteras, indicando si valen o no valen, en los renglones indicados en el número marginal de orden y dentro de los márgenes de la hoja. Los interlineados solamente podrán insertarse en el espacio comprendido entre las dos líneas consecutivas de escritura en que se realice.

La omisión del salvado en partes esenciales acarrea la anulabilidad instrumental. Así lo establece el nuevo Código en su artículo 294:

Defectos de forma. Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas. El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 lo regula en su artículo 63:

Al final del documento y antes de la suscripción, el notario salvará de su puño y letra, reproduciendo cada texto por palabras enteras, lo escrito sobre raspado, las enmiendas, testaduras, interlineados u otras correcciones introducidas en el texto, con expresa indicación de si valen o no.

El artículo 40 del Decreto 1624 agrega más formalidades:

El salvado de las correcciones que el notario deba hacer al final del texto de los documentos que autorice se hará en los renglones indicados en el número marginal de orden y dentro de los márgenes de la hoja. Los interlineados

35. Pautas de inspección de protocolos aprobadas por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires por Resolución 154/2016. [N. del E.: ver aquí: [a](#)] y [b](#)].

solamente podrán insertarse en el espacio comprendido entre las dos líneas consecutivas de escritura en que se realice.

La jurisprudencia también lo ha establecido:

... si toda la escritura pública debe llenar obligatoriamente todos los renglones del folio del protocolo, el salvado de entrelíneas hecho de puño y letra por el escribano debe seguir la misma norma, o sea, ser escrito regularmente sobre los renglones siguientes al cuerpo de la escritura, y no escribiendo entre líneas...³⁶

Asimismo, la Ley 404 en su artículo 79 contempla el caso de adiciones, agregados, etc., que deben realizarse antes del salvado:

Redactada la escritura, presentes los otorgantes y, en su caso, los demás concurrentes y los testigos, cuando se los hubiere requerido o lo exigiere la ley, tendrá lugar la lectura, firma y autorización, con arreglo a las siguientes normas: [...] b) Antes de efectuar las correcciones a que se refiere el artículo 63 de esta ley, se podrán realizar, a continuación del texto, las adiciones, variaciones y otros agregados completivos o rectificatorios, que se leerán en la forma prevista.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La omisión del salvado se subsana por escritura complementaria de subsanación por omisión de salvado.
- Otorgada la escritura complementaria, se deberá consignar nota marginal de remisión en la escritura en la que se omitió el salvado. No corresponde su consignación por nota marginal.

9. Otorgamiento

Si los comparecientes están conformes con el texto de la escritura que el escribano ha leído, proceden a otorgarla, lo que significa que prestan conformidad con el contenido del instrumento y asumen la paternidad de todas sus manifestaciones.

9.1. Firma

Es un requisito esencial. Así lo establece el CCCN en su artículo 305 inciso f):

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

36. CNCiv., Sala F, 30/3/1971, "Ronchi de Ferrari, Nélida y otra c/ Soria de Gómez, Dolores y otros" (sumario N° 4, en *El Derecho*, 28/7/1971; también publicado en *Revista del Notariado*, N° 718, 1971, pp. 1481-1487, con comentario de CARPEL).

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 79 dice “redactada la escritura [...] tendrá lugar la lectura, **firma** y autorización”. Y el artículo 80 contempla la firma para el caso de pluralidad de otorgantes:

En los casos de pluralidad de otorgantes [...] los interesados podrán suscribir la escritura en distintas horas del día de su otorgamiento dejándose constancia en el protocolo...

Es un requisito esencial para la validez del instrumento público y de la escritura pública, conforme a los artículos 290 inciso b) y 309 del CCCN, respectivamente. Su omisión acarrea la nulidad instrumental, conforme al artículo 309:

Son nulas las escrituras que no tengan [...] la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida...

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de firma del compareciente se subsana por escritura de reproducción del acto.

9.2. Firma a ruego. Impresión digital

El nuevo Código la establece en su artículo 305 inciso f):

La escritura debe contener: [...] f) [...] si alguno de los otorgantes no sabe o no puede firmar, debe hacerlo en su nombre otra persona; debe hacerse constar la manifestación sobre la causa del impedimento y la impresión digital del otorgante.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 la regula en su artículo 79 inciso c):

c) Si alguno de los comparecientes no supiere o no pudiere firmar sin perjuicio de hacerlo a ruego otra persona, estampará su impresión digital, dejando constancia el notario del dedo [...] El notario expresará nombre y apellido, edad, estado civil y vecindad del firmante a ruego y hará constar el medio de su identificación.

Asimismo, el Decreto 1624 en su artículo 54 contempla el límite del firmante a ruego:

En el caso previsto en el artículo 79, inciso c), de la ley, el rogado podrá firmar por más de uno de los comparecientes impedidos de hacerlo, siempre que integren una misma parte negocial. El firmante a ruego puede ser otro de los comparecientes si sus intereses no se contraponen con los del rogado.

Su omisión acarrea la nulidad instrumental, conforme al artículo 309 CCCN: “son nulas las escrituras que no tengan [...] la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir”.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de la firma del firmante a ruego se subsana por escritura de reproducción del acto.

9.3. Impresión digital

El nuevo Código exige que si algún compareciente no sabe o no puede firmar, sin perjuicio de que lo haga a ruego otra persona, el impedido debe estampar su impresión digital. Esta situación ya estaba regulada en la Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo con la cual el escribano debe, además, dejar constancia del dedo estampado y los motivos que están sujetos a la declaración del impedido. En el caso de que no se pueda tomar de ningún modo la impresión digital, por cualquier circunstancia, permanente o accidental, el escribano dejará constancia de ello y dará las razones del impedimento.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 79 dice:

- c) Si alguno de los comparecientes no supiere o no pudiese firmar, sin perjuicio de hacerlo a ruego otra persona, estampará su impresión digital, dejando constancia el notario del dedo a que correspondiere y los motivos que le hubiere imposibilitado firmar, con sujeción a la declaración del propio impedido. Si por cualquier circunstancia, permanente o accidental, no pudiese tomarse de ningún modo la impresión digital, el autorizante lo hará constar y dará razones del impedimento...

En el Decreto 1624, el artículo 55 establece la tinta que se deberá usar para tomar la impresión digital:

Para el estampado de la impresión digital a que alude el artículo 79 inciso c) de la ley deberá utilizarse tinta indeleble de color negra o azul del tipo que establezca el Colegio de Escribanos.

Medios de subsanación por error y omisión:

- Si falta la impresión digital del imposibilitado de firmar sin ninguna constancia, se subsana por escritura de reproducción del acto.
- Si falta constancia de motivos del imposibilitado, se subsana por escritura complementaria con compareciente.

10. Autorización

Es un requisito esencial. El CCCN la establece en su artículo 305 inc. f): “La escritura debe contener: [...] f) la firma [...] **del escribano**”. Es la firma y sello del escribano que inviste al acto y al instrumento de una presunción de autenticidad calificada.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 la regula en su artículo 64 para todos los documentos notariales:

Toda vez que el notario autorice un documento o estampe su firma por aplicación de esta ley, junto con la signatura, pondrá su sello. El Colegio de Escribanos normará sobre su tipo, características, leyendas y registraciones.

Y, específicamente para las escrituras públicas, la citada Ley 404 dice en su artículo 79:

Redactada la escritura, presentes los otorgantes y, en su caso, los demás concurrentes y los testigos, cuando se los hubiere requerido o lo exigiere la ley, tendrá lugar la lectura, firma y autorización...

Es un requisito esencial para la validez del instrumento público y de la escritura pública, conforme a los artículos 290 inciso b) y 309 del CCCN, respectivamente. Su omisión acarrea la nulidad instrumental, conforme al artículo 309: “son nulas las escrituras que no tengan [...] la firma del escribano”.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de autorización se subsana por escritura de reproducción del acto.

11. Bibliografía

- AA.VV., *Código Civil y Comercial de la Nación. Pautas para la función notarial elaboradas por los asesores del Colegio (vigentes a partir del 1/8/2015)*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2015.
- ARMELLA, Cristina N., “El documento notarial sin compareciente. A propósito de las subsanaciones”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 918, 1994, ps. 263-302.
- COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CAPITAL FEDERAL, “[Doctrina sentada por el Colegio en los expedientes de inspecciones](#)”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 754, 1977, pp. 973-979.
- COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, [dictamen de las autoridades en base a un proyecto elaborado por el asesor jurídico notarial Jaime Giralt Font], 28/5/2015.
- COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES [con la coordinación de ROSIN DE ALLENDE, Elsa], *Vademécum. Inspección de Protocolos Notariales 2011*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2011.

Naturaleza del plazo para sanear una donación

Claudio M. Kiper

RESUMEN

Analizando a la luz del Código Civil y Comercial la naturaleza del plazo que se requiere para considerar saneado el título de un inmueble que verifica una donación entre sus antecedentes, se dejan fuera de la discusión las donaciones efectuadas a herederos forzosos durante la vigencia del Código de Vélez, independientemente de cuándo se produzca el fallecimiento del donante, por lo que no resultan observables, tratándose de una situación jurídica consumada. Asimismo, se descarta la interpretación en el sentido de computarse el plazo de diez años a partir del 1 de agosto de 2015, sino que debe correr desde el inicio de la posesión, lo que tiene particular relevancia en función de las donaciones realizadas a terceros no legitimarios, cuya situación no estaba consolidada antes de la vigencia del nuevo Código. Mientras que para algunos el plazo de 10 años fijado por el art. 2459 importa una especie de inoponibilidad o restricción de ejercicio de la acción de reducción, y para otros se trata de un plazo de caducidad, se trataría en realidad de un supuesto especial de prescripción de 10 años.

PALABRAS CLAVE

Contrato de donación, irretroactividad de la ley, prescripción adquisitiva, usucapión, reducción.

Fechas de recepción y aceptación

21/7/2017 - 31/7/2017

Sumario: 1. Introducción. 2. Situación de las donaciones efectuadas antes de la vigencia del nuevo Código. 3. Límite a la acción de reducción. 3.1. Curso de la prescripción. 3.2. Naturaleza de la consolidación. 3.3. Acerca de la sentencia. 3.4. Prescripción liberatoria. 4. Bibliografía.

1. Introducción

Por diversas razones, no existe libertad absoluta de donar. Esta facultad está restringida en defensa de la legítima acordada por la ley a los herederos forzosos, y solo es admisible, en consecuencia, en la medida de lo que se llama la porción disponible. De allí lo dispuesto por el artículo 1565 del Código Civil y Comercial (CCCN): “Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos de este Código sobre la porción legítima”.

Como es sabido, cuando una persona tiene herederos forzosos y realiza actos a título gratuito, estas transmisiones pueden ser objeto de revisión al producirse su fallecimiento si es que excedieron la porción disponible. La porción legítima de los herederos mencionados está garantizada contra todo acto de disposición gratuito, sea entre vivos o de última voluntad. El dueño de una cosa es libre de disponer de ella por actos a título oneroso o gratuito, pero en este último caso, si hubo un exceso, los herederos forzosos pueden demandar la colación o su reducción en la medida necesaria para cubrir sus legítimas.¹

La inoficiosidad constituye una situación jurídica que puede alcanzar a cualquier donación. La donación inoficiosa alcanza, en realidad, ese carácter al momento del fallecimiento del donante, ya que es entonces cuando se computa la masa hereditaria, entre las que se cuentan las donaciones hechas por el causante. Asimismo, para el cómputo del valor de esa masa se considerará el instante de su fallecimiento, y no el momento en que la donación se perfeccionó. De ese modo, se verificará el carácter inoficioso señalado, si lo hubiera. Por ende, cabe insistir en que la donación es un acto legítimo y perfectamente válido, aunque genera un dominio imperfecto.

Tanto la acción de colación como la de reducción son mecanismos de los que disponen los herederos pero con alcances y efectos muy distintos, y ambos institutos guardan estrecha vinculación con el tema de las donaciones, objeto de este trabajo. La acción de colación es una acción personal que tiene cada heredero contra su coheredero, por decirlo así, y se busca mantener la igualdad de todos los herederos entre sí, en tanto que la acción de reducción busca mantener y preservar las legítimas de los herederos. Esta última acción obliga a la restitución (en especie) de lo donado en violación de la legítima, ya que se resuelve retroactivamente el dominio debiendo restituirse el bien por el donatario, y como se transmite a terceros con las mismas limitaciones, la acción tiene efectos reipersecutorios que alcanzan aun a terceros adquirentes a título oneroso, quienes no podrían invocar buena fe debido a que la revocabilidad surge del mismo hecho de encontrarse una donación en los antecedentes del dominio.

Las donaciones inoficiosas son aquellas en las que el donante (quien más tarde será causante) dispone de su patrimonio por este título, o sea por donación excediéndose en la porción disponible y en favor de un heredero o de un tercero. En el tema de las donaciones inoficiosas, se han enfrentado siempre dos valores jurídicos dignos de protección: la seguridad del tráfico jurídico y la protección de las porciones legítimas de los herederos legitimarios, por lo que el primero se encuentra limitado al valor de la porción de libre disponibilidad del donante a su muerte.

En el *Código de Vélez* (CCIV), era casi mayoritaria la opinión de que las donaciones hechas a herederos forzosos o legitimarios solo eran colacionables, no reducibles, siendo reducibles las donaciones hechas a terceros. Ello tenía su fundamento en los artículos 3476 y 3477.² Por otra parte, otro sector de la doctrina entendía que toda dona-

1. BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. 2, § 972 y ss.

2. Ver, entre muchos otros: a) SPOTA, Alberto G, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. 8, Buenos Aires, Depalma, 1982, pp. 316 y ss.; b) MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Introducción al derecho de la sucesión hereditaria*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 341; c) CERÁVOLO, Francisco, "Los títulos provenientes de donaciones a herederos forzosos no son observables", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 206, 29/10/2010 (t. 2010-F, p. 689). Asimismo, el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal, de fecha 11/6/1912, en autos "Escary, José

ción era susceptible de ser reducida, sobre la base de la interpretación del artículo 3955, que establecía la posibilidad de una suerte de acción reipersecutoria del inmueble, en el caso de que el acto transmisivo afectara la legítima de los herederos forzosos, al tiempo del fallecimiento del donante.

De acuerdo a la postura predominante, la donación recibida por un heredero forzoso no podía ser objeto de reclamos. Por ende, si dicho heredero enajenaba el inmueble a un tercero, este subadquirente estaba cubierto de cualquier acción real. Distinto era el supuesto si el causante había hecho la donación de un inmueble a un tercero. Se interpretaba que este último no tenía un título perfecto sino resoluble o revocable, y que los eventuales subadquirentes se encontraban expuestos a una posible acción de reducción (si concurrían los requisitos). Esto era un serio problema, ya que los títulos de los donatarios se encontraban prácticamente fuera del comercio, pues nadie quería adquirir un inmueble sin la seguridad de que no sería reclamado luego. Se interpreta que quien adquiere onerosamente un inmueble con un antecedente de donación no puede invocar buena fe para retenerlo, pues sabe que se halla expuesto a una eventual acción de reivindicación. Esto era así a menos que hubiera transcurrido el plazo de prescripción liberatoria de 10 años, o el de prescripción adquisitiva de 20 años, según las distintas opiniones.³

El anterior artículo 3955 CCIV se refería solo a los efectos reipersecutorios sobre inmuebles, en cuanto los muebles estaban protegidos por el artículo 2412 CCIV. El nuevo Código Civil y Comercial comprende los «bienes registrables» (art. 2558); las cosas muebles no registrables no estarían incluidas, de aplicarse los artículos 1893/1895 y 1947.

Como señalé, las donaciones hechas a herederos forzosos, según la opinión dominante, no eran pasibles de reducción. El nuevo Código, lamentablemente, constituye en este aspecto un retroceso, pues admite la acción de reducción entre coherederos (art. 2386) cuando se ha violado la legítima. Ha consagrado expresamente que procede la acción de reducción entre coherederos legitimarios y si se viola la legítima del coheredero ya no corresponde acción de colación sino de reducción para proteger la legítima violada; por lo tanto, el valor que supera la legítima del donatario y la porción disponible está sujeto a reducción. Por lo expuesto, el legitimario donatario descendiente o cónyuge (y el tercero sucesor), solo podría retener el bien donado en la medida de su legítima más la porción disponible.

Dice el artículo 2386: “Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor en exceso”.

Se critica la redacción de este artículo atento a que no cumple con lo mencionado en sus fundamentos. En efecto, se menciona que el texto propuesto está redactado sobre la base del Proyecto de 1998, pero sin seguir sus lineamientos en absoluto. Lo único que

c/ Pietranera, Tancredi s/ escrituración” (*Jurisprudencia Argentina*, N° 31, [t. 5]), ha servido de interpretación para doctrina y jurisprudencia posterior. Este fallo fue publicado en *Revista del Notariado*, separata “Donaciones a herederos forzosos”, 2010, pp. 65-71).

3. CERÁVOLO, Francisco, “La prescripción como figura jurídica con efectos subsanatorios de ineficacias escriturarias”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 247, 24/12/2007 (t. 2008-A, p. 692).

parece coincidir con el Proyecto de 1998 son solamente sus **fundamentos**: si se comparan los de la comisión redactora de 1998 con los de la comisión de 2012 vemos que son idénticos, pero sus artículos no siguen la misma suerte.

Los **fundamentos** del Proyecto de 1998 expresan:

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

Asimismo, siguiendo dicho criterio, el artículo 2340 del Proyecto de 1998 establece: “Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, **está sujeta a colación**, debiendo compensar la diferencia en dinero”.

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

La amenaza latente que establece el artículo 2386 de una acción de reducción sobre la donación hecha en favor de los descendientes, que es puesta en el capítulo “Colación de las donaciones”, se vincula estrechamente con los artículos 2453 y 2454 del título X, que habla “De la porción legítima”, en virtud de la cual los herederos legitimarios perjudicados por una donación pueden atacar la última donación y hasta resolverla. A su vez el artículo 2458 consagra claramente el carácter reipersecutorio subyacente en el artículo 2386, cuando establece que: “El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario, satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”. Además, de prosperar la acción de reducción se extinguen en relación al legitimario reclamante los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores; en otras palabras, le son inoponibles conforme al artículo 2457.

Se propone cambiar el sistema, como lo hacía el Proyecto de 1998, en el sentido de que no procede acción alguna contra el tercero de buena fe que, a título oneroso, adquirió la cosa donada del donatario-legitimario o de sus sucesores, atento a que esa buena fe, principio inconcuso del derecho universal, halla incontestable sostén en el hecho de que no conoció la existencia de eventuales otros herederos legitimarios del donatarios o no pudo llegar a ese conocimiento actuando con razonable prudencia, o que los derechos de ese donatario legitimario estuvieran judicialmente controvertidos.⁴

4. CERÁVOLO, Francisco, “Donaciones inoficiosas. Propuesta de modificación del proyecto de Código”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 211, 8/11/2012 (t. 2012-F, p. 904).

2. Situación de las donaciones efectuadas antes de la vigencia del nuevo Código

Como señalé, el nuevo Código introduce un aspecto negativo, al afectar a las donaciones hechas a herederos forzosos. Es común que los padres deseen donar algún inmueble a sus hijos, pero esto seguramente disminuirá teniendo en cuenta que generan así un título observable. El inmueble o cosa registrable estará prácticamente fuera del comercio, pues ningún acreedor lo aceptará como objeto de una hipoteca, y ningún comprador se interesará, al menos (como se verá más adelante) por un lapso de tiempo.

No obstante, cabe entender que las donaciones efectuadas a herederos forzosos durante la vigencia del Código de Vélez no se encuentran alcanzadas por la nueva legislación ni siquiera cuando el donante fallezca estando vigente el nuevo CCCN, y que, por lo tanto, no suscitan títulos observables.

Si no lo eran antes, no pueden serlo ahora, porque ello implicaría afectar una situación jurídica consumada. Lo contrario implica afectar el derecho de propiedad que protege el artículo 17 de la Constitución Nacional.⁵

El artículo 7 dice que “las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario...”. La norma deviene inaplicable por retroactiva tanto si priva de derechos en el pasado como si priva de derechos a futuro en razón de un hecho pasado. No está prohibida la retroactividad sino acotada conforme a sus efectos: “La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...”.

La Corte Suprema ha resuelto en numerosas oportunidades que para que exista derecho adquirido y, por tanto, se encuentre vedada la aplicación de la nueva ley, es necesario que su titular haya cumplido —bajo la vigencia de la norma derogada o modificada— todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata, aun cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo (*Fallos*: 296:723; 298:472; 304:871; 314:481).

El contrato de donación concluido se rige por el principio *tempus regis actum*. Impera, como regla, el principio de no retroactividad de la ley nueva. En efecto, la ley vigente en el día de la conclusión del contrato es la que determina, en cuanto al fondo y a la forma, las condiciones de validez del contrato. Las consecuencias “anteriores”, ya producidas o agotadas, se rigen por la ley antigua por más que la ley nueva pueda catalogarse de imperativa, pues de lo contrario existiría una aplicación retroactiva de ella vedada, como regla, por el segundo párrafo del artículo 7.

5. Ver: a) MARTÍ, Diego M., “Donación a herederos legitimarios. Aplicación del Código Civil y Comercial. Acción de reducción. Plazo” [online], en *Revista del Notariado*, N° 919, 2015 (dictamen aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires [expte. 16-641-15]); y b) CASABÉ, Eleonora R., “¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?” [online], en *Revista del Notariado*, N° 924, 2016, y en *Anuario de la Revista del Notariado*, N° 3 (2016), Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2017, p. 205, quien cita la opinión de J. Alterini y las conclusiones de la 41ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2015) [N. del E.: ver conclusiones [aquí](#)].

3. Límite a la acción de reducción

Este grave efecto reipersecutorio de la acción de reducción tiene un límite en el CCCN. Dice el artículo 2459: “La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901”. En los [Fundamentos](#), se lee:

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

3.1. Curso de la prescripción

Es curioso que se admita que hay un “grave problema”, y que al mismo tiempo se lo haya aumentado. Lo cierto es que, guste o no, la norma existe.

Es también llamativo que dicha norma genere críticas de ambos lados, tanto para quienes esperábamos una solución al problema de los títulos provenientes de donaciones, como para quienes defienden a ultranza la protección de la legítima.

En efecto, algunos afirman que

... con esta norma se desprotege a la legítima por cuanto mientras está corriendo dicho plazo de prescripción adquisitiva, el heredero forzoso presuntivo no tiene acción para defenderse, la cual recién le nace con la muerte del donante, cuando adquiere la calidad de heredero, en cuya oportunidad frecuentemente ya se habrá cumplido aquel plazo de diez años, con lo cual se consuma la lesión a la legítima. En otras palabras, cuando nace la acción, ya será ineficaz por causa de un plazo de prescripción que corrió cuando aquella aún no había nacido, contrariando así un principio jurídico elemental: el curso de la prescripción nace con la acción. Esto es, aunque el derecho exista, la prescripción no corre si no está abierta y expedita la acción del interesado al cual se le va a oponer aquella prescripción. Resulta claro, además, que con el arbitrio proyectado se lesiona el derecho de defensa del heredero forzoso perjudicado por la donación del autor de la sucesión. Además, se desconoce otra elemental noción sucesoria: el cálculo de la legítima recién se puede efectuar después de fallecer el causante, sobre la masa de bienes que dejó en ese momento, menos las deudas, a cuyo resultado se suman el valor de las donaciones que hizo en vida. Y es en esta oportunidad, y no en vida del causante, que podrá el heredero forzoso determinar si su porción legítima ha sido o no violada por el acto liberal de su causante; y si comprueba la lesión, entonces recién podrá ejercer la acción protectora, que es la de reducción. Por consiguiente, consideramos que es absolutamente inviable que el curso de esta prescripción adquisitiva del donatario o de sus sucesores empiece a correr desde que entraron en posesión del bien donado en vida del donante. La única prescripción oponible al heredero forzoso perjudicado en su legítima por la donación de su causante es aquella que empieza a correr desde el fallecimiento de éste último.⁶

6. FERRER, FRANCISCO, CÓRDOBA, MARCOS M. y NATALE, ROBERTO M., *Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria*, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, N° 9 (octubre), 2012, p. 127.

No comparto esta tesis. En primer lugar, es clara la norma cuando establece como requisito diez años de posesión, de modo que el cómputo comienza con el inicio de la posesión, no desde la muerte del causante. En segundo lugar, en los fundamentos se alude a la prescripción adquisitiva. Es muy distinto el inicio del cómputo cuando se trata de la usucapión, que cuando se trata de la prescripción liberatoria.

El inicio del cómputo de la prescripción adquisitiva está dado por el inicio de la posesión; de ahí la necesaria interrelación que debe existir entre estos dos elementos: posesión y tiempo. Cuando hay un título se presume, salvo prueba en contrario, que la posesión se inicia en la fecha del título (arts. 1903 y 1914). Esta es la regla general, mientras que dispone el artículo 1898 que: “Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título”. Ahora bien, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1903, primera parte, y procurando interpretar ambas normas, cabe entender que lo dispuesto en el segundo párrafo del 1898 rige para las cosas muebles cuya registración sea constitutiva.

Bajo determinadas circunstancias, el inicio de la posesión se presume: así el artículo 1914 del Código Civil y Comercial dispone que: “Si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título”.

Lo mismo ocurre en supuestos en que la posesión ha sido otorgada mediante un boleto de compraventa o una escritura traslativa de dominio suscripta por quien no es el verdadero propietario, o por quien carece de capacidad para celebrar tal acto.

Como resulta del artículo 1903, tal presunción admite prueba en contrario. Asimismo, al ser posible la accesión de posesiones, la presunción rige no solo en relación al título que presente el poseedor, sino también respecto del título de su antecesor.⁷

Como consecuencia de los extremos precedentemente indicados, se resalta la importancia de determinar la fecha en que se adquirió la posesión, para que a partir de ese momento se compute el plazo de diez años. No obstante, puede resultar innecesaria la determinación del día exacto en que se inició la posesión, por ejemplo cuando ésta se extendió por un plazo muy superior al indicado en la norma.

He dicho precedentemente que el plazo se computa, en principio, desde que se adquirió la posesión; sobre el punto, resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 6 del CCCN: “día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche [...] los plazos fijados de meses o años se computan de fecha a fecha”. Es en virtud de esta norma que el plazo comienza a correr desde las 24 horas del día en que se adquirió la posesión.

Otra cuestión a determinar es cuándo empieza a contarse el tiempo en materia de **derechos condicionales o a plazo**. La prescripción se cumple a favor del tercero que ha entrado en la posesión real de la cosa; esas acciones reales quedarán extinguidas como consecuencia de la prescripción adquisitiva de la cosa, comenzada, a pesar de la existencia de tales derechos, desde el día de la posesión.⁸ El hecho de que el perjudicado por la prescripción tenga un derecho sujeto a plazo o a condición suspensiva no impide que se consuma a la usucapión. Lo mismo cabe decir de un futuro heredero cuya legítima puede, eventualmente, estar siendo afectada.

7. AREÁN, Beatriz, [comentario al art. 4003], en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 6-B, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, p. 723.

8. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales* (actualizado por Manuel J. ARGANARÁS), Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, t. 2, p. 273.

Como consecuencia de lo expuesto, debe señalarse que la existencia de derechos condicionales o a plazo no es óbice para considerar que el inicio de la posesión representa el punto de partida para el cómputo del tiempo indicado por el Código para usucapir. Esta opinión resulta congruente con toda idea de justicia, toda vez que lo contrario resultaría sumamente injusto. Piénsese en el ejemplo dado por Areán en que el poseedor lleva 20 años en la posesión del inmueble, convencido de que ha usucapido, y que al promover la acción declarativa toma conocimiento de que aquel contra quien prescribió tenía un derecho condicional y la condición no se había cumplido.⁹ Es por ello que aun cuando la condición no estuviera cumplida, el interesado puede hacer valer la posesión de la cosa para sí que detenta.

Esta situación estaba bien definida en el [Código de Vélez](#). Disponía el artículo 3961 que la prescripción a favor de un tercero corría “aunque la persona contra la cual corriese se encontrase, por razón de una condición no cumplida o por un término aún no vencido, en la imposibilidad del ejercicio de sus derechos”.

Explicaba el codificador en la nota a dicha norma, al seguir las opiniones de Aubry y Rau, Merlin, Toullier y Duranton, que

Las disposiciones anteriores sobre la prescripción de los créditos condicionales y de las acciones de garantía, no comprenden la adquisición de los derechos reales, ni la extinción de iguales derechos a beneficio de un tercer poseedor de la cosa. La prescripción de las acciones personales está fundada únicamente en la negligencia del acreedor para perseguir su derecho, pues el deudor no puede ignorar la existencia de la obligación; pero en la prescripción de los derechos reales, que está fundada sobre la posesión de la cosa, ella debe poderse cumplir, a pesar de los obstáculos temporarios que impidan a la persona en cuyo perjuicio procede, de ejercer su derecho [...] La prescripción de los derechos reales no alcanzaría los motivos de su creación, si el curso de ella debiera ser discontinuado por efecto de una condición o de un término.

En suma, cuando se trata de la prescripción adquisitiva, no rige la regla *contra non valentem agere non currit praescriptio*, ni la conocida *actioni non natae*, que gobiernan la prescripción extintiva. Mientras viva el donante el eventual heredero, como tal, no tiene derecho ni acción algunos, sino simple expectativa, inoponible a la usucapión cumplida.

No hay que olvidar que cualquier bien del donante (futuro causante) puede estar siendo poseído por un tercero y ser adquirido por usucapión. En tal caso, los eventuales herederos no podrían luego desconocer la prescripción cumplida. Por ende, no puede negarse la posesión del donatario, por hipótesis mejor posicionado que un mero intruso.

Las razones expuestas también permiten descartar la interpretación de que deba computarse el plazo de diez años a partir del 1 de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del nuevo Código. Como señalé, el plazo debe correr desde el inicio de la posesión, lo que normalmente coincidirá con la fecha del título, pero no necesariamente.

Esto tiene interés para donaciones realizadas a terceros no legitimarios, cuya situación no estaba consolidada antes de entrar a regir el nuevo Código. Ahora, si transcurren 10 años de posesión, podrían invocar este límite a la acción de reducción, se trate de donaciones anteriores o posteriores al 1 de agosto de 2015.

9. Ver AREÁN, Beatriz, *Juicio de usucapión*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 126.

3.2. Naturaleza de la consolidación

Como se adelantó, en el artículo 2459 se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve. De este modo se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico.

Para algunos, el plazo de 10 años fijado por el artículo 2459 importa una especie de inoponibilidad o restricción de ejercicio de la acción de reducción.¹⁰

Para otros, se trata de un plazo de caducidad,¹¹ operando como resultado de la inacción del acreedor, por no haber ejercido su derecho durante un cierto plazo antes de haber acontecido un hecho futuro. Esto provoca la aniquilación total del derecho y no solamente de la acción para reclamarlo, siendo una de las diferencias estructurales con la prescripción, lo cual no comparto, pues no habrá inacción del acreedor si el donante está vivo.¹² Sin embargo, esto podría ser así si no fuera por el último agregado de la norma; en efecto, el artículo 1901 permite la unión de posesiones.

El [proyecto de 1998](#) permitía interpretar un plazo de caducidad, pues limitaba la reducción a las donaciones hechas por el causante “en los diez años anteriores a su deceso” (art. 2402), consagrando, de este modo, un plazo de caducidad para las donaciones anteriores a los diez años, que se volvían inatacables. En cambio, el Código actual alude a la posesión durante 10 años.

Por otro lado, aludir a la caducidad o al plazo resolutorio supone que un plazo está corriendo a favor del legitimario perjudicado, quien si no demanda la reducción dentro del período de 10 años pierde su derecho. Pero, como ya expliqué, no está corriendo aún ningún plazo a favor del heredero cuya legítima no fue respetada. Ni siquiera se sabe si esto es así, pues recién se sabrá cuando muera el donante. El plazo que corre es a favor del poseedor o de sus sucesores, y a ese término no lo podemos llamar caducidad, se trata de la posesión apta para la prescripción.

La caducidad no se suspende ni se interrumpe (art. 2567). Aquí, en cambio, el plazo de 10 años está apoyado en la posesión, la que puede sufrir interrupciones. Justamente, el Código exige que la posesión apta para la usucapión sea continua (art. 1900).

Para Azpiri, no se trata de un caso de prescripción adquisitiva sino de una defensa que puede oponer el demandado a la procedencia de la acción de reducción, por la donación y la posesión del bien donado durante diez años, y no como consecuencia de la prescripción adquisitiva.¹³ En verdad, también la prescripción puede hacerse valer como defensa (art. 2551).

Lo cierto es que en los fundamentos se alude a la prescripción “breve”. Además, se requiere la posesión; el artículo 2459 lleva por título “prescripción adquisitiva” y, por si fuera poco, el artículo 2459 remite al 1901, que regula la accesión de posesiones. Como

10. MARTÍ, Diego M., ob. cit. (cfr. nota 5).

11. CASABÉ, Eleonora R., ob. cit. (cfr. nota 5).

12. DI LELLA, Pedro, “Aproximación a las modificaciones más relevantes en materia de sucesiones que propone el anteproyecto de Código Civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, número especial, 15/8/2012 (t. 2012-III, p. 95).

13. AZPIRI, Jorge, “La legítima en el anteproyecto de Código Civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, número especial, 15/8/2012 (t. 2012-III, p. 1393).

es sabido, la unión o accesión tiene interés en materia de prescripción adquisitiva. Esa es su gran utilidad en el Código actual, máxime al haberse suprimido el requisito de la anualidad para intentar acciones posesorias.

Ahora bien, se ha dicho que mal puede visualizarse un caso de prescripción breve cuando esta requiere justo título y buena fe, recaudos que aquí no concurren. Esto es cierto. No hay en este caso un supuesto como el que califica el artículo 1902, dado que no se está en presencia de un otorgante que no es capaz o que no está legitimado para el acto de transmisión. Por hipótesis, el donante transmitió lo que le pertenecía y no una cosa ajena.

Señala Guardiola

... de la letra del precepto en cuestión, independientemente de la igualdad del plazo (diez años), no resulta la necesidad de concurrencia de los otros dos requisitos de aquella (justo título y buena fe). El primero se encontrará necesariamente superado en tanto habrá un título suficiente de adquisición de la donación (no es nula), aunque se trate de un dominio imperfecto¹⁴, resoluble por una condición legal. En relación a la buena fe, soslaya –más allá de la genérica remisión al artículo 1901 de unión de posesiones para ambas clases de prescripción– las distintas situaciones entre donatarios directos y subadquirentes y según haya sido a legitimarios o extraños, sin suministrar criterios de apreciación en relación al comportamiento frente a un hecho incierto (el perjuicio a la legítima) independiente del conocimiento o no que se tenga de la existencia de eventuales perjudicados. Las directrices de los artículos 1902 y 1918 CCiv.yCom. en cuanto a la buena fe se revelan insuficientes: el derecho a la posesión resulta de una causa jurídica idónea y válida, del examen de la documentación y constancias registrales (estudio de títulos) raramente resultará una sospecha que dé lugar a un error inexcusable y no se indican los actos concretos de verificación que debiera realizar.¹⁵

En mi opinión, se trata de un supuesto especial de prescripción de diez años.

No es el único caso. Como es sabido, el Código, cuando hay mala fe, exige 20 años para la prescripción larga (art. 1899). Sin embargo, el mismo artículo 1899 establece un caso especial donde bastan 10 años. Esto es cuando se ha poseído una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, pero no se hizo la inscripción (requisito para que haya buena fe), y se recibió la cosa del titular registral o de su cesionario sucesivo.

Esto significa que el legislador, si así lo pretende, puede fijar reglas generales para la prescripción larga y la corta, y luego fijar excepciones a dichos principios. Esto es lo que sucede con la acción de reducción, pues la posesión de 10 años la detiene, sin necesidad de justo título. En verdad, aquí hay un título suficiente, que genera un derecho real revocable, imperfecto. Esto a su vez armoniza con otra regla general del Código, que establece que el dominio revocable se consolida si transcurren 10 años sin haberse

14. DI LELLA, Pedro, “Reducción de la donación a heredero forzoso (o de cómo la donación es siempre título imperfecto de dominio)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, N° 5955, 18/10/1995 (t. 1995-IV, p. 687); MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Naturaleza del dominio adquirido a través de donaciones de quien tiene herederos forzosos. ¿Se trata de dominio imperfecto?”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2 “Sucesiones”, 2000, pp. 63-72 (RC D 3301/2012).

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

cumplido la condición resolutoria (ver art. 1965). También el artículo 1972 limita las cláusulas de inenajenabilidad al término de diez años.

Cabe también preguntarse por qué debe estar en mejor situación el adquirente *a non domino*, de una cosa ajena, que quien adquiere de su legítimo propietario, como ocurre con el donatario. Si es factible sanear aquella situación por el transcurso del tiempo, no veo motivos para impedirlo en la segunda, que no ha sido irregular.

Lo importante es que haya un título válido, y el derivado de una donación lo es. El fundamento y finalidad del instituto de la prescripción es asegurar la paz y el orden jurídico al conferir estabilidad a las relaciones de derecho, tornándolas inatacables por el transcurso del tiempo.

Una consideración especial merece la buena fe, pues nadie que obre de mala fe debe ser protegido. Lo que hay que observar es qué se entiende por buena fe, ya que ser donatario no es sinónimo de buena fe, aunque el donatario o sus sucesores sepan que pueden sufrir una acción de reducción durante los primeros diez años. La buena fe significa no estar persuadido de haber adquirido legítimamente. Para que haya mala fe debe haber existido negligencia para no advertir un error de hecho inexcusable, o haber incurrido en un error de derecho.

Lo cierto es que la donación es un contrato válido; nada tiene de malo, salvo la posibilidad de estar expuesto a una eventual acción de reducción. El estudio de títulos revelará la existencia de una donación, y no por ello el adquirente debe ser reputado de mala fe.¹⁶ Sabe cuáles son las reglas y que su dominio es imperfecto, pero eso no obsta a esta suerte de prescripción breve.

Distinta sería la situación, en mi opinión, si hubiera algún vicio o irregularidad en la cadena de transmisiones. Si ella pudo ser advertida, habrá mala fe y, en mi opinión, no sería suficiente con el plazo de 10 años. La remisión al artículo 1901, que permite la unión de las posesiones¹⁷, impone que tal prescripción debe fundarse en la buena fe, ya que el párrafo final de este último artículo dice que en la prescripción breve las posesiones deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico. Sumado a ello, el artículo 1902 exige el estudio de los títulos antecedentes.

También podría considerarse que la remisión al artículo 1901 no incluye la última parte. La buena fe y el vínculo jurídico conforman requisitos para la prescripción adquisitiva breve, la que debe escindirse de la prescripción de la acción de reducción.

Sin embargo, creo que es altamente deseable la exigencia de buena fe, como un principio del derecho. No encuentro motivos para proteger a un adquirente de mala fe. Pero claro, insisto, que haya una donación como antecedente no debe ser asimilado a un

16. No puede soslayarse que el donante no sabe al momento de la donación cuál será la composición del patrimonio que dejará como herencia; recién entonces podrá decirse en propiedad, de acuerdo al art. 2445, si “fueron inoficiosas las donaciones”, de acuerdo al monto de la legítima (ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Contratos*, t. 2, Buenos Aires, 2000, p. 732).

17. La unión de dos posesiones diversas, la del enajenante y la del adquirente, a título singular fue introducida en el derecho de Justiniano con el objeto de permitirle al segundo gozar de los efectos de la posesión agregada. El término *unión* o *accesión* es una expresión figurada que indica el efecto jurídico de la idoneidad de la posesión precedente para integrarse a la posesión del adquirente. Para que pueda operarse la accesión de posesiones, debe satisfacerse un requisito: que proceda la una de la otra inmediatamente. El art. 1901 permite más de una unión ya que usa el plural (“sus antecesores”, “otras”), pero debe haber un encadenamiento sucesivo. Una persona no podría unir su posesión a la del antecesor de su antecesor sin unir también la del segundo.

caso de mala fe, sino de una situación imperfecta que puede ser consolidada a través de la posesión. La cosa ya fue adquirida legítimamente, y lo que hace esta prescripción es consolidar la adquisición y ponerla a resguardo de todo reclamo.

La donación, cuando es reputada inoficiosa, no implica que queda sujeta a alguna causal de ineficacia, producto de una nulidad sino que, por el contrario, es un contrato válido y perfecto que —en todo caso— podrá ser objeto de su reducción (art. 2453) por los herederos legitimarios que la reclamen, al verificarse los extremos que la norma indica respecto de la porción legítima de los herederos del donante (art. 2444 y ss.).

3.3. Acerca de la sentencia

La prescripción, dispone el Código, puede hacerse valer por vía de acción de excepción (art. 2551), y, a diferencia de la caducidad (art. 2572), no puede ser invocada de oficio por el juez (art. 2552). En el caso de que se la oponga a una acción de reducción, es claro que será articulada como excepción; no tiene sentido por vía de acción, ya que el donatario o sus sucesores ya han adquirido el dominio.

El CCCN menciona en el artículo 1903, segundo párrafo, que “la sentencia declarativa de prescripción breve tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión”. La sentencia es declarativa ya que, como dije, el derecho real ya fue adquirido al momento de perfeccionarse la donación. Cabe entender que aquí la sentencia será aquella que admita la defensa de prescripción y, por ende, rechace la acción de reducción.

También es lógico el efecto retroactivo pues el donatario ya adquirió el derecho real y la posesión de 10 años lo protege de una eventual acción de reducción. De tal forma, son válidos y también se consolidan los actos de disposición que pudiere haber efectuado el donatario.

A diferencia de lo que ocurre en la prescripción larga (art. 1905), la sentencia que declara la prescripción breve tiene efecto retroactivo al momento que comenzó la posesión, que será —si no se demuestra lo contrario— el de la fecha del justo título o de la registración, según el caso.

Esto es lógico ya que el poseedor que adquirió a título gratuito es propietario frente a todos pero necesita consolidar su situación respecto de un eventual heredero forzoso perjudicado en su legítima, a quien la transmisión le resulta inoponible y puede reivindicar la cosa. Así, por ejemplo, si el donatario gravó la cosa con usufructo o con hipoteca, y luego se dicta una sentencia que declara la prescripción breve, al tener efecto retroactivo tales derechos también se convalidan definitivamente. En cambio, si la sentencia no hiciera lugar a esta defensa de prescripción corta, no habría tal efecto retroactivo. Los terceros no podrían alegar que ignoraban la imperfección del derecho del donatario.

3.4. Prescripción liberatoria

Como principio general, la prescripción oponible al heredero forzoso perjudicado en su legítima por la donación del causante es la genérica de 5 años (art. 2560 CCCN), que

empieza a correr desde el fallecimiento de este último.¹⁸ El artículo 2459 establece una excepción a ese principio, pues si han transcurrido los diez años de posesión, el poseedor puede hacer valer esa defensa.

4. Bibliografía

- AREÁN, Beatriz, [comentario al art. 4003], en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 6-B, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.
- *Juicio de usucapión*, Buenos Aires, Hammurabi.
- AZPIRI, Jorge, “La legítima en el anteproyecto de Código Civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, número especial, 15/8/2012 (t. 2012-III, p. 1393).
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. 2.
- CASABÉ, Eleonora R., “¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?” [online], en *Revista del Notariado*, N° 924, 2016, y en *Anuario de la Revista del Notariado*, N° 3 (2016), Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2017.
- CERÁVOLO, Francisco, “Donaciones inoficiosas. Propuesta de modificación del proyecto de Código”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 211, 8/11/2012 (t. 2012-F, p. 904).
- “Los títulos provenientes de donaciones a herederos forzosos no son observables”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 206, 29/10/2010 (t. 2010-F, p. 689).
- “La prescripción como figura jurídica con efectos subsanatorios de ineficacias escriturarias”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 247, 24/12/2007 (t. 2008-A, p. 692).
- DI LELLA, Pedro, “Aproximación a las modificaciones más relevantes en materia de sucesiones que propone el anteproyecto de Código Civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, número especial, 15/8/2012 (t. 2012-III, p. 95).
- “Reducción de la donación a heredero forzoso (o de cómo la donación es siempre título imperfecto de dominio)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, N° 5955, 18/10/1995 (t. 1995-IV, p. 687).
- FERRER, Francisco, CÓRDOBA, Marcos M. y NATALE, Roberto M., *Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria*, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, N° 9 (octubre), 2012.
- GUARDIOLA, Juan J., “La usucapión en el nuevo Código”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, n° 2, 2016, pp. 19-43 (cita online AR/DOC/566/2016).
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Contratos*, t. 2, Buenos Aires, 2000.
- MARTÍ, Diego M., “Donación a herederos legitimarios. Aplicación del Código Civil y Comercial. Acción de reducción. Plazo” [online], en *Revista del Notariado*, N° 919, 2015.
- MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Introducción al derecho de la sucesión hereditaria*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1953.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Naturaleza del dominio adquirido a través de donaciones de quien tiene herederos forzosos. ¿Se trata de dominio imperfecto?”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2 “sucesiones”, 2000 (RC D 3301/2012).
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales* (actualizado por Manuel J. ARGANARÁS), Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, t. 2.
- SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. 8, Buenos Aires, Depalma, 1982.

18. Lo cierto es que no hay en el nuevo Código Civil y Comercial una norma específica que sienta que el curso de la prescripción de las acciones sucesorias corre desde la muerte del causante, como bien se establecía en el derogado art. 3953 del viejo *Código Civil*.

Conjuntos inmobiliarios y la polémica adecuación

La espada de Damocles

Horacio Teitelbaum

RESUMEN

La norma obligatoria sobre la adecuación de los conjuntos inmobiliarios es el resultado de intentar homogeneizar la diversidad de regímenes que a nivel local regulaban este fenómeno, cada vez más difundido, sobre todo por su cantidad, en las provincias de Buenos Aires y Mendoza. La ausencia de una legislación uniforme en todo el país derivó en sistemas mixtos y dudosas combinaciones. El análisis del panorama provincial sobre esta materia, sus puntos débiles y la decantación de los elementos característicos que constituyen el ADN de este género jurídico, consagrado como nuevo derecho real, nos permitirá comprender la razón de la necesidad de contar con un estatuto legal común para que se sepa con precisión cuáles son los derechos y obligaciones de los actores que participan de estos emprendimientos. El derecho del consumidor juega en estos supuestos un rol preponderante. Los matices, la oportunidad, el modo, la forma de instrumentar y las consecuencias por incumplir el imperativo legal sobre esta polémica figura requieren un crítico cuestionamiento contra la relativización de no adecuar, so pretexto de ser de imposible cumplimiento, no tener asignado una sanción o plazo cierto, ser inconstitucional o de costoso y engorroso trámite. El puntapié inicial para abordar tan polémico tema empieza por reconocer su complejidad.

PALABRAS CLAVE

Conjuntos inmobiliarios, adecuación, propiedad horizontal especial, aspecto societario, relación de consumo.

Fechas de recepción y aceptación

2/5/2017 - 4/7/2017

Sumario: 1. Objeto de los conjuntos inmobiliarios. Su ADN y elementos periféricos. 2. Contexto y régimen jurídico. Principales sistemas utilizados antes de la reforma. Sus talones de Aquiles. 3. Derecho comparado local. 3.1. Buenos Aires. 3.2. Mendoza. 3.3. Corrientes. 3.4. Río Negro. 3.5. Neuquén. 3.6. Córdoba. 3.7. Santa Fe. 4. Formas de comercialización. La relación de consumo. 5. Reglamento de propiedad horizontal especial. 6. La escritura de adecuación. 7. Aspecto societario. Doble adecuación. 8. Conclusión. ¿Obligación de adecuar? 9. Bibliografía.

No puedes dirigir el viento, sí cambiar la dirección de las velas.

Proverbio chino

1. Objeto de los conjuntos inmobiliarios. Su ADN y elementos periféricos

El género jurídico sobre los conjuntos inmobiliarios (en adelante, “CI”)¹ comprende los emprendimientos y sus subtipos (clubes de campo, parques industriales empresariales o náuticos, etc.), los cementerios privados y el derecho real de tiempo compartido. Cada uno tiene su impronta y su propia normativa, y, además, los CI *stricto sensu* se definen como PHE. Incluso dentro de la subcategoría pura de CI, esta no se cierra, sino que, por el contrario, queda abierta a cualquier otro emprendimiento urbanístico más allá del destino empresarial o de vivienda, aceptándose los usos mixtos en la medida en que ellos se ajusten a las reglas administrativas locales.

Reconocer el ADN de los CI en su concepto restringido redundaría en comprender que, sea cual fuere la provincia donde estén radicados, todos tendrán elementos en común y su régimen será conocido, en cuanto a derechos y obligaciones, por todos, sin demasiado esfuerzo. Para ello, suma distinguir los elementos esenciales tipificantes de aquellos periféricos o accidentales. Si bien el artículo 2074² enumera, por ejemplo, el cerramiento y las partes comunes y privativas interdependientes en un todo inescindible, en estado de indivisión forzosa, no todos los CI completan las características enunciadas en la norma.³

En cuanto a los que deben existir en forma congénita con los CI, se encuentran: el proyecto de factibilidad aprobado por autoridades locales, la infraestructura, las obras, según el subtipo adoptado, la PHE, las unidades con independencia funcional, el destino predeterminado, la entidad jurídica consorcio de propiedad horizontal y el reglamento sobre la organización con régimen de publicidad en el RPI local.

Por el lado de los accidentales y cuasi irrelevantes, reconocemos el cerramiento perimetral, la cantidad de lotes iniciales y finales –que puede variar en función de la terminación del estado de obra y su evolución en el estado constructivo–, el régimen disciplinario sobre las normas de convivencia, las vías de circulación cedidas o no al dominio público, las áreas recreativas, las servidumbres con otros predios y las limitaciones y restricciones con derecho de admisión y preferencias en las transmisiones de unidades en el marco de un régimen disciplinario. Mención aparte merece la etapa de interurbanización, que califica como CI toda vez que, según el artículo 2077, las partes privativas pueden encontrarse construidas o en proceso de construcción; y, si bien omite referirse a las unidades funcionales proyectadas o a construir, todo el contexto evita aplicar el nuevo concepto de prehorizontalidad (contratos anteriores a la PH art. 2070) y la contratación del seguro obligatorio.

En definitiva, lo que aporta esta división artificial es no solo tener una mirada anticipada del contenido de los CI, sino que, por lógica consecuencia, todo lo periférico

1. A lo largo de este ensayo, se utilizarán con frecuencia las siguientes abreviaturas: CCCN (Código Civil y Comercial, de acuerdo con la Ley nacional 26994 y modificatorias), CI (conjunto/s inmobiliario/s; el CCCN utiliza el plural en los arts. 1887 y 2073), PH (propiedad horizontal), PHE (propiedad horizontal especial), RPI (registro de la propiedad inmueble), SA (sociedad anónima).

2. Los artículos citados sin indicación del cuerpo legal al que pertenecen se referirán siempre al CCCN.

3. Ver BRESSAN, Pablo E. y LINARES DE URRUTIGOTY, Martha, “Conjuntos inmobiliarios: objeto y estructura legal, sus características esenciales y sus notas contingentes” [trabajo presentado en la XXXII Jornada Notarial Argentina {Buenos Aires, 24-26 agosto 2016}], [s. e.], 2016. [N. del E.: una versión revisada y corregida, bajo el título “Una interpretación jurídica del concepto de conjuntos inmobiliarios”, se publicó en *Revista del Notariado*, N° 926, 2017].

no podrá ser impuesto como obligatorio por las normativas locales, por ser de menor jerarquía que el CCCN.

2. Contexto y régimen jurídico. Principales sistemas utilizados antes de la reforma. Sus talones de Aquiles

Las fuentes legales que nutren los CI tienen distintos orígenes: la forma de organizar la propiedad privada y la protección del medio ambiente, de conformidad con los artículos 75, inciso 12, y 41 de la [Constitución Nacional](#), respectivamente. En derecho privado nacional, el código de fondo les dedica una regulación específica, que da lugar a las legislaciones locales en atribución del derecho de policía supuestamente en armonía y secundando a la estructura de estos nuevos derechos reales. También cada provincia, de acuerdo a sus constituciones, decretos, ordenanzas y realidades sociales y geográficas, arma su propio formato afín a la proliferación o limitación de los CI.

La falta de legislación uniforme y específica a nivel nacional ocasionó que cada demarcación territorial regulara el uso del suelo y el otorgamiento de permisos de edificación según sus propios programas. Así, encontramos un panorama de condominios con indivisión forzosa, la utilización de derechos reales de servidumbres negativas y positivas cruzadas, entidades con personería jurídica involucradas en los emprendimientos, dominios imperfectos y una PH forzada o la prohibición de su utilización. También asistimos a la combinación de derechos personales y reales con sociedades anónimas integrados con derechos sobre inmuebles, reglamentos internos o entidades con cláusulas abusivas, mandatos irrevocables y sindicación de acciones, que llevan a administraciones perpetuas y antidemocráticas.

Este escenario presenta en algunas ocasiones un *statu quo* confortable pese a sus vulnerabilidades, pero otras acarrea conflictos. Se suelen enumerar como debilidades de estos sistemas: la alteración del *numerus clausus* de los derechos reales, por lo cual su legalidad es dudosa, la alteración de las leyes de loteos y fraccionamientos locales, la tergiversación de la PH donde el terreno no construido es común y no una parcela denominada unidad funcional, la pretensión de aplicar el derecho real de usufructo limitado en el tiempo cuando se trata de personas jurídicas, forzar la constitución de servidumbres sin tener claridad sobre cuál es en realidad el fundo dominante y cuál el sirviente la inconveniencia del dominio revocable para futuras transmisiones o la acción de división de condominio cuando no se acredita la indivisión forzosa. Se destacan además dentro de las críticas: la asfixia de la voluntad de los usuarios por cláusulas leoninas, la calidad de sujetos concursables de las entidades, la falta de título ejecutivo de los gastos comunes, las cláusulas discriminatorias en los estatutos por admisión de usuarios, las cesiones de vías de acceso y circulación al dominio público y los convenios de cerramiento y usos acotados fundados en permisos administrativos de carácter precario.

Todo este diagnóstico llevó al legislador a procurar, mediante un régimen común a nivel nacional, un único molde aséptico, sin combinaciones de derechos reales igual en todas las provincias del país.

3. Derecho comparado local

Consideraremos el encuadre de algunas provincias argentinas para ejemplificar el tratamiento en materia de CI.

3.1. Buenos Aires

Es la provincia más importante en relación con el número de emprendimientos de esta naturaleza y en la cual durante décadas se contempló esta realidad, aunque contrariando la [Ley de Propiedad Horizontal 13512](#). El Decreto [9404/1986](#) sobre clubes de campo (reglamentario del Decreto-ley [8912/1977](#) de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo) y el Decreto [27/1998](#) (sobre barrios cerrados) concentraron la casuística de esta modalidad.

En el citado régimen normativo, se combina un derecho real de dominio sobre parcelas individuales y servidumbres sobre espacios comunes recreativos de titularidad de una asociación civil o una SA sin fines de lucro, según el artículo 3 de la [Ley General de Sociedades](#) (LGS). Se alternan servidumbres negativas de abstención de construir salvo autorización del fundo dominante del área común y servidumbres positivas de paso sobre áreas de circulación. Las parcelas destinadas a vivienda y el área de esparcimientos se vinculan con servidumbres. Existe una relación de inescindibilidad entre las parcelas privativas y las zonas de recreación o instalaciones comunes, y los propietarios de los lotes deben ser socios o miembros asociados de la entidad. Por otra parte, hay cabida para las unidades funcionales a construir o en construcción desde 1963, con el Decreto [2489/1963](#), modificado por el Decreto [947/2004](#), que habilita la actualización del estado constructivo con el otorgamiento de una escritura autónoma de obra nueva sin requerirse modificación total del RDPH.

Como mencionamos, este sistema, si bien *contra legem* por considerar al terreno sobre el cual cada parcela construye su unidad privativa no parte común sino lo contrario, es el imperante en la mayoría de estos complejos: un decreto modifica la ley de fondo, pero la fuerza insoslayable de la realidad lo ha legitimado sin existir conflictos, salvo en el cobro de los gastos comunes, lo cual también ha evolucionado positivamente, aceptándose el cobro ejecutivo.

3.2. Mendoza

Es la segunda provincia en el país con respecto a este tipo de fenómeno y viene regulando los CI a través de la Ley [4341](#) de Loteos y Fraccionamiento para Zonas Urbanas y Suburbanas (año 1979).⁴ Solo está previsto que las calles pertenezcan al dominio público o que los accesos al CI se plasmen en un condominio de indivisión forzada; en los fraccionamientos rurales se excluye la afectación a PH, la cual solo se permite, por el Decreto [3300/1979](#), cuando está terminada o en avance de “obra gruesa” departamentos o pisos

4. [N. del E.: el link dirige a la versión vigente a la fecha de publicación de este ensayo y de una fuente no oficial; se sugiere cfr. también el [buscador oficial](#) de leyes de la provincia].

de un solo edificio. Los callejones de acceso se vinculan por servidumbre a las fracciones de titularidad de cada propietario.

En síntesis, las soluciones mendocinas son:⁵ 1) dominio sobre lotes y calles del dominio público; 2) dominio sobre lotes y accesos en condominio de indivisión forzosa; 3) fraccionamientos rurales con accesos por servidumbres de paso o condominio de indivisión forzosa. Todo combinado o no con derechos personales, contratos de prestación de servicios, sociedades, reglamentos y derecho de real de usufructo, pero sin acudir a la PH. El loteador debe donarle a la municipalidad las superficies destinadas a calles, y ciertas ordenanzas imponen donar terrenos para equipamientos de utilidad pública, incluso fuera del perímetro a lotear. También se autoriza el cerramiento y la municipalidad concede el uso restringido de las vías de circulación que son calificadas como calles públicas.

En julio de 2016, la Administración Tributaria Mendoza (ATM), en ejercicio del poder de policía inmobiliario, catastral y cartográfico de la provincia (delegado a ella por la [Ley 8521](#)) dictó la Resolución General [59/2016](#);⁶ a través suyo se da precisión a las zonas grises que pueden surgir de la interpretación de los artículos 2073 y 2074 del CCCN. Se establecen las zonas autorizadas y su localización para los CI, las dimensiones, limitaciones edilicias, usos, cargas, servidumbres y demás elementos urbanísticos. En función de lo considerado como elementos accidentales y no sujetos a normas de menor jerarquía que el CCCN, se exigen sin embargo cerramientos, perímetros y estados constructivos. Se establece un procedimiento de aprobación de los planos de PHE, de sus certificados de final de obra y construcción, servicios de urbanización e infraestructura, exigiéndose la urbanización terminada en contra de lo previsto por el CCCN en los artículos 2077 y 1883 sobre unidades en proceso de construcción y posibilidad de constituir derechos reales sobre partes materialmente determinadas.

3.3. Corrientes

La [Ley 5405](#) (año 1999) regula la instalación de los clubes de campo, *countries*, complejos recreativos, residenciales y conjuntos integrales para residencias permanentes o de fin de semana en áreas urbanas, subrurales o rurales o zonas especiales utilizando estos usos por los municipios. Contempla el funcionamiento de un sector equipado para la práctica deportiva, social o cultural, con determinada expansión superficial para unidades habitacionales de uso residencial. Las áreas comunes de equipamiento o esparcimiento y de unidades habitacionales deben guardar –concepto reiterado doctrinariamente– una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica que las convierta en un todo inescindible. Además, está establecido que los clubes de campo deben integrar con los propietarios de las parcelas de dominio independiente integren una entidad jurídica, con estatutos con previsiones expresas, que será titular de dominio de las áreas comunes de esparcimiento y vías de circulación y de la infraestructura de prestaciones de servicios generales. De

5. 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^{os} 13 y 14, 2010.

6. Ver BRESSAN, Pablo E. y LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, ob. cit. (cfr. nota 3).

manera similar y con inspiración en la legislación de la provincia de Buenos Aires, en cada transmisión de dominio debe constituirse una servidumbre de uso sobre áreas de circulación y esparcimiento, situación que se hará constar como restricción en el plano de subdivisión pertinente; asimismo, se advertirá como condición de venta de las parcelas residenciales la previa exigencia de transmisión de dominio a la entidad jurídica. Por último, se deja abierta la opción de afectar al sistema de PH y de ceder al dominio público las calles y colectoras de circulación interna.

3.4. Río Negro

La [Ley 3086](#) (año 1997) autoriza la creación y transferencia de parcelas por el régimen de consorcio parcelario. Podrá aplicarse sobre un área territorial continua con destino determinado, previa conformidad de la autoridad territorial municipal. El RPI lleva el control de anotación de reglamentos de afectación por escritura pública al régimen de consorcio parcelario con la constitución y se asegura la futura conformación de una asociación de propietarios responsable de las acciones necesarias para un adecuado funcionamiento de esta entidad. Dentro del continuo territorial, se crean parcelas que se afectan al uso común directo o indirecto a favor de propietarios de parcelas de uso exclusivo, según las condiciones de los reglamentos, y cuyo dominio fiduciario se constituye a favor de la asociación de los propietarios. Las áreas de circulación no cedidas al dominio público (si fueran cedidas el mantenimiento es a cargo del consorcio) se vinculan por servidumbres de tránsito gratuitas sobre las parcelas de uso común a favor de las parcelas de uso exclusivo. El texto del reglamento de afectación debe contar con la conformidad de la autoridad territorial antes de su elevación a escritura pública. No se considera constituido el régimen de consorcio parcelario ni podrán transferirse parcelas del mismo hasta tanto no se inscriba el reglamento en el RPI.

El reglamento debe contener mínimamente: la declaración de afectación de la parcela o parcelas con indicación del plano de mensura registrado en base al cual se efectuó el fraccionamiento, las características y destino del consorcio parcelario que se constituye, la constitución o el compromiso de conformar una asociación de propietarios, la identificación de parcelas exclusivas y de servicios del dominio de la asociación y condiciones de amplitud de uso y parcelas cedidas al dominio público si las hubiere. Además, las servidumbres de tránsito, la obligación de permitir el acceso a organismos de contralor, seguridad y suministro de servicios públicos, la obligación de propietarios de contribuir al mantenimiento y cargas comunes en función de las proporciones. Podrá contener restricciones para la incorporación de nuevas parcelas, derechos especiales de los propietarios de parcelas de uso exclusivo, disposiciones destinadas a asegurar la convivencia y bienestar de los consorcistas y el respeto de los derechos de la comunidad en general.

3.5. Neuquén

La [Ley 485](#) de Propiedad Horizontal (año 1965) y el Decreto [479/2011](#) (modificatorio del reglamentario [1596/1967](#)), que la complementa, incluyen a los emprendimientos con independencia constructiva con construcciones existentes o proyectadas o con inde-

pendencia constructiva condicionada. Se reglamentan requisitos para la aprobación de planos de emprendimientos con independencia constructiva y se exige que el certificado catastral publicite la modificación del estado de la obra sin ser necesaria la modificación del reglamento, siendo autónoma, conjunta o simultánea con la escritura de transmisión (similar a lo previsto por el Decreto [947/2004](#) de Buenos Aires). Por su parte, la Ordenanza [10573](#) de la ciudad de Neuquén 10573 (modificatoria de la [8021](#)), sobre barrios cerrados y urbanizaciones destinadas a uso residencial predominante y equipo complementario con perímetro material y acceso restringido, prevé que se deba ceder una superficie equivalente al 6 % de la superficie total según título, a favor del dominio privado municipal, y con destino a la constitución de una reserva inmobiliaria del municipio. Está contemplado el club de campo residencial recreativo cerrado para actividades deportivas, sociales y culturales y otras áreas destinadas al uso residencial familiar. Se presentan como alternativas de urbanización a los CI integrales con predominio de la tipología familiar. Por último, se considera que los CI en esta ciudad podrán regirse por la Ley de PH, sin perjuicio de que el proponente pueda poner a consideración de la autoridad de aplicación otra alternativa legal, debiendo adjuntar en su primera presentación la documentación que la instrumente.

3.6. Córdoba

Solo la ciudad de Córdoba tiene previsto, por Ordenanza [8606/1991](#) (modificada en lo que aquí respecta por la Ordenanza 10760/2004), la reglamentación de la urbanización residencial especial en parcelas con dimensión máxima de cincuenta hectáreas. Estas parcelas están vinculadas no solo al uso residencial, ya que también tienen superficies para la práctica de actividades deportivas, recreativas y sociales con las que constituyen un todo inseparable a través de una relación funcional y jurídica inescindible. Conforman de esta manera un CI que deberá estar garantizado a perpetuidad mediante la concreción de relaciones jurídicas propias, para lo cual deben contar con una subadministración y constituir un ente jurídico idóneo. Se prevé la cesión al dominio público municipal de calles y espacios verdes y se tendrá especialmente cuidado con la preservación de las estadísticas ambientales, paisajísticas y topográficas naturales del lugar y las condiciones del ecosistema que el proyecto ofrezca.

3.7. Santa Fe

Esta provincia estableció un cambio importante en el uso del suelo por medio de la Resolución [736/2016](#) del Ministerio de Infraestructura y Transporte. Su núcleo recae en un proceso de estudios de impacto hídrico y de categorización y evaluación de impacto ambiental en los proyectos de CI. Los loteos con fines de urbanización y los CI que impliquen un cambio en el suelo deben cumplir con el análisis de impacto hídrico en tres etapas, análisis de inundabilidad, tratamiento de los excedentes pluviales generados y extensión del certificado de final de obra hídrica con intervención del Ministerio de Medio Ambiente y con la obtención de un certificado de aptitud de proyecto de drenajes. El Servicio de Catastro e Información Territorial de Santa Fe, en el marco del CCCN,

comunica que registrará catastralmente los CI. El plano que representa el CI es sobre PHE, y se indicará en el mismo lo habitado por unidad y por bloque constructivo que tenga certificado de final de obra o equivalente. En caso de hacerse por etapas, no se va a aplicar la prehorizontalidad sino que se habilitará por sectores, uniéndose con servidumbres recíprocas o disponiéndose que una unidad se quedará con la superficie que no se urbanice.

4. Formas de comercialización. La relación de consumo

Este tipo de emprendimientos se ha comercializado bajo distintas formas, puras o combinadas. En primer lugar, por loteos y fraccionamientos, con sujeción a las normas reglamentarias de cada demarcación e incluso por el sistema de prehorizontalidad, hoy simplificado conforme a los artículos 2070 a 2072, y luego, bajo la estructura legal del condominio, hoy ampliada su esfera de aplicación por los artículos 1987 y 1994, que posibilitan el convenio de uso y goce y las asambleas.⁷

El dominio revocable ha sido una herramienta útil para los emprendedores en aras de preservar su control sobre variados aspectos del desarrollo de los CI. Puede además articularse con una sociedad administradora no propietaria o un fideicomiso. Como mencionamos, algunas provincias imponen la constitución de una SA con derechos para el uso de las instalaciones o derechos completos incluso respecto de las parcelas privativas, muchas veces entidades sin fines de lucro y accionistas propietarios que habilitan una membresía con acceso a áreas de esparcimiento. Lo cierto es que sea cual fuera la forma de organización y comercialización de los CI, estamos en presencia de una relación de consumo regida por la Ley de Defensa del Consumidor 24240, el artículo 42 de la [Carta Magna](#) y los artículos 1092 y concordantes del CCCN. Así lo ha sostenido, aun antes de la reforma, Mariani de Vidal.⁸

De hecho, hoy, la relación de consumo se extiende más allá de la órbita contractual, ya que lo que se protege es más bien el hecho de consumir un bien o servicio en provecho personal, familiar y social. Así lo demuestra el segundo párrafo del artículo 1092:

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Este encuadre, y para quienes intentan defender sus derechos más allá del argumento de la propiedad de jerarquía constitucional, deriva en que en caso de duda sobre la interpretación legal de los CI, prevalece la más favorable al consumidor o se interpreta en

7. BRESSAN, Pablo E., “Conjuntos inmobiliarios” [material complementario de la disertación brindada en el marco del Ateneo de la Academia Nacional del Notariado llevada a cabo en San Martín de los Andes el 30/9/2016], [inédito].

8. MARIANI DE VIDAL, Marina, [su intervención] en Colman Lerner, Horacio, De Hoz, Marcelo A. y Mariani de Vidal, Marina, “[Situación actual para organizar este tipo de desarrollos](#)” [panel que disertó en el marco del “Seminario sobre la estructura jurídica de los clubes de campo y barrios cerrados” {Buenos Aires, 24-26 agosto 2010}], en *Revista del Notariado*, N° 903, 2011, p. 145.

caso de contrato en el sentido más favorable para el consumidor o cuando existen dudas acerca de la obligación, se adopta la interpretación menos gravosa (arts. 1094 y 1095).

Solo recordamos qué actores están involucrados en la relación de consumo: los que proveen los bienes y servicios y quienes los consumen en forma directa o indirecta. Por ello, es difícil que la vara del derecho más favorable en un tema tan sensible como la adecuación de un CI sea compartida por todos en forma unánime.

5. Reglamento de propiedad horizontal especial

Para empezar, por tratarse de una PHE y por remisión legal, recaemos en el contenido básico del artículo 2056, adaptado al destino según el funcionamiento específico del CI en base al plano y a la aprobación administrativa local. Por encuadrar dentro de una relación de consumo, se debe tener en consideración que el reglamento propone un trato equitativo y no discriminatorio y que en su redacción las cláusulas incorporadas generales y predisuestas por los constructores, fundadores o emprendedores de los CI no sean abusivas en los términos de los artículos 985 a 988. Por supuesto, se podrá modificar el régimen de quórum y mayorías en el sentido de agravarse, mas no de flexibilizarse.

Es aplicable también por remisión legal el derecho de exclusión de los no propietarios por violación al régimen de infracciones explícito, según el artículo 2069. Es destacable la incorporación de pautas de derecho de admisión, limitaciones y restricciones reglamentarias, regulación de gastos y contribuciones, cesión de la unidad, régimen de invitados y transmisión de unidades y derecho de preferencia de los artículos 2080 a 2086. También es totalmente compatible la utilización de la figura de los subconsorcios descentralizados administrativamente en los mega emprendimientos o CI, por la ventaja que genera descentralizar y maximizar la logística y las finanzas de estas urbanizaciones.

Destacamos que, en la legislación previa al CCCN y en la no adecuada hasta la fecha, puede ser habitual que los desarrolladores se reserven el derecho político monopolístico dentro de la estructura del CI, lo cual estaría neutralizado bajo el esquema de orden público del derecho real de PHE y el derecho de los consumidores, como se ha referenciado previamente.

6. La escritura de adecuación

No existe hasta la fecha un criterio uniforme acerca de cuál es el alcance de la obligación de adecuar. Aquellos CI ya afectados a la derogada Ley 13512 no deberían en principio adecuarse, salvo si los reglamentos no fueran autosuficientes en función del destino y necesidades peculiares de los distintos emprendimientos, sin perjuicio de poder insertar sin modificar los elementos periféricos plasmados en los ya vistos artículos 2080 a 2086.⁹ Tampoco hasta la fecha se ha reglamentado el contenido ni la inscripción y su calificación

9. 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.

registral sobre la materia, lo que constituye una gran ventaja puesto que cualquier digno intento por adecuar debería ser aceptado.

No obstante, entendemos pertinente contar con un plano de mensura, la registración catastral del plano de división, la unificación de parcelas en un mismo terreno para luego adjudicar las parcelas privativas o unidades funcionales, el reglamento de PHE y la regulación de las áreas comunes recreativas. La titularidad de las áreas antes conferidas a la entidad puede transferirse a la persona jurídica consorcio de propietarios o permanecer aunque purificando el sistema de no subordinar los derechos personales al ejercicio de los derechos reales, combinación que se pretende erradicar.

Sabido es que la tramitación del plano es de muy difícil cumplimiento y que, mientras este se gestiona o se unifican las partidas inmobiliarias, los lotes no podrán ser transferidos. Lo cierto es que los lotes quedan automáticamente adecuados como unidades funcionales y las partes comunes y vías de circulación quedan también incorporadas como necesariamente comunes y afectadas al uso del CI. Por lo tanto, será suficiente una escritura que reordene el reglamento existente si había afectación a la Ley 13512, o uno nuevo reordenando y recategorizando los lotes, ahora unidades funcionales, y las zonas de circulación tal vez antes afectadas al dominio público municipal, ahora de uso privativo del CI junto con las zonas comunes, conforme al artículo 2074.

En suma, la escritura de adecuación no requiere plano específico, excepto que se lo utilice extraoficialmente para actualizar datos sobre contribución en las expensas o alguna ubicación específica, ni inscripción en el RPI, pues la publicidad se da por la escritura pública y sus testimonios a los interesados. Sí contiene, además del texto del reglamento, la relación de la voluntad de adecuar expresada por el representante del consorcio (único compareciente legitimado para otorgar la escritura de adecuación) electo en asamblea, la que votó con las mayorías necesarias adaptarse a la legislación en vigencia.

7. Aspecto societario. Doble adecuación

Abordando el aspecto societario en una breve e incipiente reflexión, encontramos que, en paralelo con la adecuación integral del CI, aquellos que estaban conformados por la combinación de propietarios de parcelas y SA o asociaciones civiles o simples asociaciones propietarias de partes recreativas o comunes se deberían ajustar en sintonía con el contexto. En ocasiones, la entidad se ocupa de la administración del CI y tal vez opte por continuar en su función (art. 2065). Asimismo, si el CI no contaba con personas jurídicas (es el caso del dominio y condominio sobre partes comunes sin reglamentos de PH), la obligación de adecuar se materializa con la formalización del consorcio de PH (art. 148, inc. h), originado de pleno derecho al comenzar a regir el CCCN. La adecuación, entonces, supone el dictado de un reglamento de PHE, planos y la adecuación de los reglamentos internos que pudieran existir a los fines específicos dentro de un reglamento formal, conforme al artículo 2056. No obstante, entendemos que el plano no sería obligatorio en esta etapa, pues no es una afectación desde cero sino una adecuación de un CI preexistente, lo cual no exige confección de plano alguno. Es más, la división jurídica del inmueble opera de pleno derecho por las características intrínsecas de las partes

privativas –lotes devenidos en unidades funcionales– y áreas necesariamente comunes afectadas al uso comunitario, conforme a la legislación de fondo (art. 2074).

Por otra parte, podemos inferir que si el CI está integrado con cualquier variante de entidad societaria o asociación civil, la adecuación de este sujeto de derecho opera entonces en este aspecto en forma automática y de manera operativa. El cambio de normas, con la inclusión como derecho real de los CI y como PHE, produce al interior de la persona jurídica, como bien explica en su agudo análisis Szmuch, una suerte de disolución inmediata causada por la obligación legal de adecuar y llevando a la mutación estatutaria de objeto a la de un objetivo típico de consorcio de PH y adecuación a las normas del CI.¹⁰ Lo peculiar es que no se pretende la liquidación sino la adecuación a los nuevos fines, apartando la causal disolutoria que proviene de la ley en este contexto y acudiendo a la respectiva adecuación mediante la transformación del ente originario en consorcio de PHE. La ventaja de analizar la adecuación bajo esta perspectiva redunda en que el ente transformado en consorcio de PH mantiene personalidad primitiva, siendo el mismo sujeto con cambio de ropaje y no existiendo traspaso patrimonial alguno ni alterándose la responsabilidad ni las obligaciones frente a terceros. La transición hacia la persona jurídica consorcio de PHE, en función de las estructuras de los CI, puede derivar, si existe sociedad (SA) o asociación civil y estas quisieran proseguir sus actividades (los objetivos consorciales del CI serán continuados por la persona jurídica consorcio de PHE), en que podrían escindirse y así quedarían diversificados sus objetivos en las desprendidas entidades resultantes de este reordenamiento. Esta variante también podrá adoptar la forma jurídica de fusión por incorporación de la entidad jurídica que formaba parte del CI absorbida e incorporada por el consorcio de PH emergente, asistiendo así a un tipo de reorganización conforme lo establece el artículo 162.

Por otro lado, en la conformación de un CI con una entidad sin fines de lucro que nuclea a socios no propietarios que utilizan las partes recreativas, la asociación podría continuar sus actividades y, en simultáneo, convivir con otra nueva entidad de titulares de parcelas privativas; sin embargo, suponemos que esto es justamente lo que se pretende eliminar. También es factible que esta entidad que otorga derechos de uso a sus socios se ajuste a la adecuación mediante la incorporación de convenciones en el reglamento de PHE nuevo o adaptado, incluyendo cláusulas sobre el acceso y uso de invitados o usuarios no propietarios, conforme a los artículos 2080 y siguientes, específicos y congruentes con la funcionalidad de cada CI. Además, puede rogarse la publicidad registral de los reglamentos de aquellos CI constituidos como simples asociaciones, con el objetivo de dar a conocer *erga omnes* sus normas reglamentarias, órganos de aplicación y organización de gastos o de usos de partes privativas y comunes y así conferir una información accesible para los integrantes actuales y los futuros componentes de estas “mini” comunidades.¹¹ No descartamos que la sociedad otrora administradora y propietaria de las áreas comunes –afectadas por ley al uso comunitario desde el 1 de agosto de 2015– siga siendo titular registral de estas zonas y solo cambie su objeto a uno exclusivo de administración

10. SZMUCH, Mario G., “Adecuación operativa y programática de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Naturaleza y contenido de la obligación de adecuar. ¿Quién, cómo y cuándo?”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Thomson Reuters, julio 2016, AR/DOC/1731/2016.

11. *Ibidem*.

consorcial, y las acciones que otorgaban derechos personales a sus socios se mantengan al solo efecto de computar sus votos en las asambleas del consorcio de propietarios del CI nacido a partir del CCCN.

Acotamos que es sumamente interesante analizar el impacto de la adecuación automática en el aspecto societario y asociativo, y esto entrelazado con la postura favorable respecto de la eficacia temporal de las nuevas leyes a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (art. 7 CCCN)¹². De existir SA con acciones privilegiadas en cuanto a voto, o régimen de súper mayorías reservadas, formas de control a veces pergeñadas por los emprendedores, todo este sistema se verá eclipsado por la regla del artículo 2060 y la imposición de mayoría absoluta computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y su conformación con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de estas con relación al conjunto. Evidentemente, este nuevo escenario de toma de decisiones revoluciona la influencia que se ejercía sobre el CI y obliga a democratizar su funcionamiento y desarrollo interno.

En la faz del aspecto consorcial, reiteramos que si el CI estaba ya constituido de acuerdo a la derogada Ley 13512, la adecuación será irrelevante, excepto cuando el reglamento no sea autosuficiente a los fines del CI y se pretenda realizar innovaciones acerca de limitaciones y restricciones reglamentarias, gastos y contribuciones, cesión de las unidades y derechos de preferencias, así como de régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios. Caso contrario, de ser necesario partir de cero y confeccionar plano de afectación a PHE, los contenidos mínimos del reglamento se ajustarán a lo previsto por el artículo 2056 y los elementos característicos exclusivos y excluyentes de este tipo de urbanizaciones.

8. Conclusión. ¿Obligación de adecuar?

La doctrina en forma unánime ha considerado que la adecuación resulta de cumplimiento imposible o, lisa y llanamente, de muy dudosa constitucionalidad y “lesiva de la garantía de la propiedad (art. 17 CN) e incluso contraria a lo dispuesto por el artículo 7 del propio código”¹³. Incluso la Orden de Servicio 45/2015 del RPI de la provincia de Buenos Aires también se ha pronunciado por su inviabilidad (p. 37).

Sin embargo, a esta altura, nos replanteamos un crítico interrogante y retomamos con algunos puntos de conexión ciertas consideraciones. En cuanto a la oportunidad de adecuar, es cierto que la ley no establece plazo ni sanción, pero por imperio de la acción preventiva (art. 1708), en el marco de la responsabilidad en cuanto a los perjuicios en el patrimonio, en la persona o en los derechos de incidencia colectiva, quien invoque

12. [N. del E.: ver en este mismo número de la *Revista del Notariado* {928}: URBANEJA, Marcelo E., “Efectos de la ley en relación al tiempo. Temas de interés notarial”, y ZAVALA, Gastón A., “Temporalidad de la ley. Incidencia en las situaciones jurídicas en curso”].

13. 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, Thomson Reuters, 8/4/2015 (t. 2015-B, p. 869), AR/DOC/677/2015.

interés legítimo puede exigir la adecuación en cualquier instante.¹⁴ Por supuesto no escapa a nuestro conocimiento que una gran cantidad de CI preexistentes cuentan con una trayectoria, prestigio y tradición tales que resulta impensado que se quiera cambiar su estructura. El solo ingreso de un nuevo integrante al CI o una simple disconformidad minoritaria dentro del mismo cambia el panorama y puede conllevar a judicializar la adecuación. No solo por pedido de una asamblea judicial conforme al artículo 2063, si ya hay afectación a PH, sino además en los otros casos, peticionando la adecuación coactiva con el reglamento especial y los planos, derivando en una obligación de hacer, vale decir, adecuar por escritura pública con ejecución forzosa tal como un proceso de escrituración.¹⁵

Por otra parte, ¿cuál sería la consecuencia de no adecuar si se considera el reglamento como parte integrante del título de propiedad (art. 2038) y el CI preexistente no cumplió la norma? ¿El título deviene observable hasta el cumplimiento del 2075? Existe una jurisprudencia de Cámara que incluso considera que “no corresponde otorgarle fuerza ejecutiva al certificado de deuda por expensas emitido por un club de campo o barrio cerrado”¹⁶ por no haberse cumplido con la respectiva adecuación:

[...] en tanto el emprendimiento urbanístico no se constituya bajo las disposiciones que regulan el derecho real denominado “conjunto inmobiliario”, no podrá invocar para sí las prerrogativas que se derivan de ese tipo. ¿Y qué sucede con los conjuntos inmobiliarios preexistentes [...]? [...] Pretender el automático reconocimiento de la existencia de un derecho real sobre un complejo que no se ha adecuado a su tipología importaría tanto como soslayar las reglas de estructura (que son de orden público) que rigen la materia (art. 1884). En ese contexto, siendo que no se encuentra acreditado el cumplimiento de aquella adecuación, y dado que la demandante manifestó ser una sociedad anónima que tiene por objeto el dominio y administración de los espacios comunes y régimen de expensas, no le asiste derecho a reclamar ejecutivamente su cobro, toda vez que, como se señaló, tal posibilidad es beneficio derivado de la configuración de un derecho real que, por lo dicho, no le asiste.¹⁷

En la esfera de la responsabilidad societaria, también debería ponderarse la responsabilidad solidaria e ilimitada por desvío del objeto social y la acción disciplinaria ante los socios que no colaboran con la adecuación, o la inactividad del administrador si es el caso, por lo cual se lo coloca en el supuesto de remoción de su cargo, conforme a los artículos 160 CCCN y 59 LGS. Incluso el órgano de administración de la SA o de la asociación civil se vería expuesto a acción social de responsabilidad que podrían iniciar los accionistas o asociados y, en consecuencia, ser suficiente motivo de remoción y perjuicios patrimoniales.

14. SZMUCH, Mario G., ob. cit. (cfr nota 10).

15. Ibidem.

16. CNCom., en pleno, 4/5/2015, “Barrio Cerrado Los Pilares c/ Álvarez, Vicente Juan Alfonso s/ ejecutivo”. [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

17. CNCom., Sala C, 13/10/2016, “Altos de los Polvorines SA c/ Castaño, Mariana s/ Ejecutivo” (*La Ley*, 28/12/2016, p. 11 [t. 2017-A, p. 132], y 22/3/2017 [t. 2017-B, p. 143], con nota de Marina Mariani de Vidal y Adriana N. Abella; y *Revista Código Civil y Comercial*, marzo 2017, p. 222). [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

Por último, respecto del ámbito societario hasta podría el registro público pertinente de las entidades partícipes en los CI preexistentes, so pretexto de orden público, aplicar sanciones por no adecuar el objeto a lo propio del consorcio de PHE, aplicando sanciones o peticionando al juez la disolución societaria. Hasta el presente, no hemos asistido, salvo el fallo citado por expensas y alguna objeción aislada de alguna entidad privada crediticia, a conflictos en cuanto a la adecuación programática obligatoria de los CI, lo cual, antes de ignorar la amenaza, nos coloca en un compás de espera sentados en un arsenal de pólvora que puede estallar en cualquier momento. La opción de adecuar se adopta en función de cómo se elija afrontar el imperativo legal y de cómo se pretende anticipar sus eventuales consecuencias.

La buena noticia es que, mientras no exista reglamentación de la norma sobre la adecuación, una escritura que contenga la decisión de la asamblea de la entidad societaria que confluye con la asamblea de la persona jurídica consorcio nacido desde la entrada en vigencia de la modificación del código sobre la voluntad de adaptarse sería válida. No existe imperativo legal sobre la exigencia de un plano y, menos aún, de la inscripción de la adecuación en el RPI; incluso las partes comunes del CI y las vías de circulación quedarían de pleno derecho incorporadas como partes necesariamente comunes y afectadas al uso común según lo prevé el artículo 2074.

En el mito de la espada de Damocles, este era un cortesano del tirano [Dionisio I de Siracusa](#), a quien envidiaba por su vida lujosa y ostentosa. Con el propósito de escarmentarlo, el rey resolvió que su súbdito lo reemplazara en un banquete oficial y dispuso que sobre su cabeza pendiera una filosa espada suspendida de una crin de caballo. Así, [Damocles](#) pudo vivenciar lo efímero e inestable de la prosperidad y del cómodo vivir del soberano.

9. 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, Thomson Reuters, 8/4/2015 (t. 2015-B, p. 869), AR/DOC/677/2015.
- BRESSAN, Pablo E., “Conjuntos inmobiliarios”, [material de apoyo a la exposición brindada en el marco del Ateneo de la Academia Nacional del Notariado llevada a cabo en San Martín de Los Andes, el 30/9/2016; inédito].
- BRESSAN, Pablo E. y LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, “Conjuntos inmobiliarios: objeto y estructura legal, sus características esenciales y sus notas contingentes” [trabajo presentado en la XXXII Jornada Notarial Argentina {Buenos Aires, 24-26 agosto 2016}], [s. e.], 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°s 13 y 14, 2010.
- “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.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, [su intervención] en Colman Lerner, Horacio, De Hoz, Marcelo A. y Mariani de Vidal, Marina, “Situación actual para organizar este tipo de desarrollos” [panel que disertó en el marco del “Seminario sobre la estructura jurídica de los clubes de campo y barrios cerrados” {Buenos Aires, 24-26 agosto 2010}], en *Revista del Notariado*, N° 903, 2011, pp. 139-151.
- SZMUCH, Mario G., “Adecuación operativa y programática de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Naturaleza y contenido de la obligación de adecuar. ¿Quién, cómo y cuándo?”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Thomson Reuters, julio 2016, AR/DOC/1731/2016.

Efectos de la ley en relación al tiempo

Temas de interés notarial

Marcelo E. Urbaneja

RESUMEN

La cuestión de la aplicación temporal de la ley acrecienta su relevancia cuando se trata del reemplazo de la magna obra de Vélez Sarsfield por un cuerpo legislativo con marcadas lagunas e imprecisiones. El texto evidentemente insuficiente de su artículo 7 nos obliga, sin desconocer los innumerables análisis generales que se publicaron sobre la temática, a volcarnos al estudio detenido de distintos institutos que por regla fueron ajenos al interés doctrinario. Por su cara incumbencia notarial y los cambios de tratamiento que el Código Civil y Comercial de la Nación les deparó, se examinan cuestiones atinentes a: a) la falta de pago del precio; b) la donación a los hijos del cónyuge; c) el usufructo, el uso y la habitación; d) la forma de los poderes para administrar bienes; e) la conversión del dominio revocable en perfecto; f) la oponibilidad de las facultades del fiduciario; y g) las asambleas en propiedad horizontal.

PALABRAS CLAVE

Retroactividad, revocable, donación, asambleas, precio.

Fechas de recepción y aceptación

7/4/2017 - 28/4/2017

Sumario: 1. Introducción. 2. Aclaración preliminar. Visión sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. 3. Soluciones del Código Civil y del Código Civil y Comercial. 4. Consideraciones generales. Ausencia de directivas legales respecto de situaciones concretas. Contribución del notariado. 5. Algunos casos en particular. 5.1. La falta de pago de precio en la compraventa inmobiliaria. 5.2. Donación a los hijos del cónyuge. 5.3. Usufructo, uso y habitación. 5.4. Forma de los poderes para administrar bienes. 5.5. Conversión del dominio revocable en dominio perfecto por el transcurso del tiempo. 5.6. Oponibilidad de facultades del fiduciario. 5.7. Asambleas en propiedad horizontal. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

1. Introducción

Con fecha 22 de abril de 2013, me cupo, como miembro del Ateneo Notarial de la Academia Nacional del Notariado, exponer ante ella una visión notarial acerca del tema “Irretroactividad de la ley y su vinculación con el proyecto de unificación de códigos”. Ya con el entonces proyecto en vigor, el 21 de noviembre de 2016, fui convocado nuevamente en el mismo carácter para disertar ante la misma institución con el colega Gastón

Augusto Zavala sobre temática similar: “Efectos de la ley en relación al tiempo”.¹ En las reflexiones que formulé en esas ocasiones se germinaron las ideas que se desarrollan en este aporte, ahora con la única finalidad de proporcionar respuestas para la práctica profesional de los colegas.

La temática que abordo se limita a situaciones jurídicas en particular que escapan a los pocos estudios difundidos –generalmente ocupados de cuestiones relativas a donaciones, asentimientos o sociedades–.

2. Aclaración preliminar. Visión sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

Para comprender las posturas que asumimos con respecto a cada uno de los temas abordados, ciertas breves reflexiones resultan imprescindibles. En todos los aportes publicados y en todos los simposios jurídicos en que intervinimos desde 2012, fuimos severos críticos del escenario legislativo entonces proyectado y hoy imperante, haciendo particular hincapié en la fatigosa nómina de incongruencias y silencios que impregnan el [Código Civil y Comercial](#) (en adelante, “CCCN”). Con ese proceder, nos diferenciamos nítidamente del importante sector doctrinario que miró el proyecto con marcada indulgencia, acaso por el respeto intelectual que le merecían sus autores.²

Entrado en vigor el mismo, la actitud del jurista debe forzosamente alterar su cariz. Cabe, por caso, propugnar interpretaciones finalistas que, para quienes nos sabemos iusnaturalistas, deben culminar en alcanzar lo justo. Sin embargo, en la particular función notarial, esta actitud debe emprenderse dentro de un marco de razonabilidad que no desvirtúe la mirada antilitigiosa que por antonomasia nos distingue.

La reflexión es precisa porque en ocasiones se advierten posturas que claramente contradicen lamentables pero categóricas decisiones legislativas, con un ímpetu que hubiéramos deseado ver en el reproche al proyecto –acompañándonos a quienes lo censuramos a su tiempo– y no en lecturas voluntaristas de la norma ya sancionada.

La finalidad de estas líneas, entonces, está más en señalar lo que nuestro sistema establece que lo que debió haber establecido.

3. Soluciones del Código Civil y del Código Civil y Comercial

La problemática de los efectos de la ley en relación al tiempo recién cobra vigoroso impulso con la sanción de los códigos decimonónicos. Se explica que sea así desde que muchos de ellos importaron una ruptura sin tapujos con la legislación abrogada; otros,

1. [N. del E.: ver en este mismo número de la *Revista del Notariado* el ensayo de ZAVALA, Gastón A., “Temporalidad de la ley. Incidencia en las situaciones jurídicas en curso”].

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

menos abruptos en las modificaciones, precisaron de un marco normativo que vinculara lo que continuaba vigente con las instituciones que nacían con otra matriz filosófica. De allí que el ilustre Vélez Sarsfield construyera un sistema del que se pudieron extraer principios generales (arts. 3-5, 4044 y 4045) y aplicaciones particulares (v. gr., artículo 2614).

Como es sabido, la reforma impuesta por el [Decreto Ley 17711/1968](#) importó una modificación de envergadura, que se plasmó en la derogación de los artículos 4, 5, 4044 y 4045 y la modificación del texto del artículo 3. Fue prohijada por su principal mentor, Guillermo Antonio Borda, en línea con los estudios que en 1929 diera a conocer en Francia Paul Roubier, prestigioso profesor de Lyon, y que reiterara posteriormente en otro aporte de 1960. No obstante, hubo un apartamiento expreso de algunos aspectos de su pensamiento, según palabras del mismo Borda.³

El CCCN prácticamente reproduce el artículo 3 del [Código Civil](#) (en adelante, “CCIV”), con un aditamento relativo a las normas supletorias en relación a los contratos de consumo. Esta aparente similitud del problema, por reiterarse el texto legal empleado en anterior oportunidad, no disimula la distancia que media entre ambos acontecimientos: en 1968 se trataba de una reforma parcial, si bien intensa y trascendente; ahora ocurre la abrogación de la estructura basal del sistema de derecho privado, perdurando solo alguna legislación específica, que oblicuamente también es afectada. Por lo tanto, una adecuada observación concluye categóricamente en asimilar la situación jurídica actual a 1871 y no a 1968.

Desde esa perspectiva, procuramos ponderar la incidencia de este tópico en institutos caros al quehacer notarial.

4. Consideraciones generales. Ausencia de directivas legales respecto de situaciones concretas. Contribución del notariado

La supresión (al menos en la letra) de la teoría de los derechos adquiridos como parámetro rector de los efectos de la ley en relación al tiempo –criterio de Vélez Sarsfield que sintonizaba con el sentir de su época– provocó en 1968 conocidas polémicas que encolumnaron a la doctrina en sectores en pugna.⁴ Los rótulos de los institutos en juego poco contribuyeron a solucionar los problemas interpretativos. Así, es sabido que, si bien el principio de irretroactividad es de orden legal y no constitucional (salvo en materia penal), una corriente de pensamiento, nutrida de diversas vertientes ideológicas, enhebra sensibles reparos a la retroactividad. De allí que, como dice López de Zavalía, la reforma de 1968 haya preferido, con influencia de Roubier, hablar de “efectos inmediatos de la ley” en lugar de “efectos retroactivos en primer grado”.⁵ Julien Bonnetcase, profesor de Burdeos, sostenía la teoría opuesta a la de Roubier en este aspecto, aunque

3. BORDA, Guillermo A., “Sobre el artículo 3° del Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1977-B, p. 739.

4. Uno de los últimos ecos de la disputa acaeció una década después de la reforma, entre Guillermo BORDA y Guillermo L. ALLENDE (del primero, ver ob. cit. [cfr. nota 3]; del segundo, ver “Artículo 3° del Código Civil. Volver al Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1977-A, pp. 703-710).

5. Ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Irretroactividad de las leyes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 135, ps. 1485-1493.

ambos partieron de la base del distanciamiento con los “derechos adquiridos” y las “expectativas”.⁶

No corresponde aquí recordar todos los pormenores de las reflexiones que a su tiempo se generaron. Solo apuntamos que la mayor parte de los estudios evitaban propiciar soluciones a conflictos concretos, limitándose a discrepar sobre los alcances de algunos de los términos empleados en el artículo 3. A modo de justo reconocimiento, sin embargo, subrayamos que le cupo a un maestro del derecho notarial, Carlos Alberto Pelosi, ser uno de los primeros en tomar posición en una cuestión puntual con su reconocida erudición: la suerte que corrían los documentos notariales afectados de invalidez por causales que desaparecían en legislación posterior.⁷ En ese estudio de 1969 se hacía –a nuestro juicio– una exacta aplicación de la nueva legislación y de aquellos segmentos de las concepciones de Roubier que tuvieron cabida en la misma, concluyendo que esa invalidez primigenia no se subsanaba por el cambio de legislación posterior, pues la causa del defecto era precisamente una carencia originaria.

Por la relevancia que cobra en torno a los temas que se tratan a continuación, puntualizamos que, dentro de las “garantías constitucionales” aludidas en el artículo 7, cobra inusual relevancia la propiedad, plasmada en los artículos 14 y 17 de la [Constitución de la Nación Argentina](#). Se afirma que está compuesta por los derechos que una persona tiene “fuera de sí mismo”, de su “vida” y de su “libertad”, en terminología de la Corte Suprema de Justicia de la Nación influenciada por su par estadounidense.⁸ Abarca, en suma, todos los derechos subjetivos patrimoniales (reales, personales e intelectuales). El mismo Alto Tribunal ya lo había sugerido tres años antes:

Trátase de derechos reales o de derechos personales, de bienes materiales o inmateriales, que todo eso es propiedad, a los efectos de la garantía constitucional.⁹

Este contexto termina por convencer de que el [CCCN](#) debió haber contenido soluciones para casos en particular –como oportunamente y con buen criterio sostuvo Medina¹⁰–, pues las pautas generales brindadas ya ocasionaron en 1968 lecturas disímiles. Nótese cómo legisladores más esclarecidos, como los autores del Decreto Ley [19550/1972](#),¹¹ sí establecieron pautas concretas para las situaciones jurídicas más alteradas, como las sociedades en comandita por acciones.

6. Para una síntesis de ambos, a modo comparativo, ver NOGUERA CALDERÓN, Rodrigo, “Efectos de la ley en el tiempo”, en AA. VV., *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1997, pp. 155 y ss. [N. del E.: ver [aquí](#) {versión digitalizada por [Google Books](#) para uso no comercial; extracto del libro publicado con autorización de la Universidad del Rosario}].

7. PELOSI, Carlos A., “La irretroactividad de la ley y las nulidades instrumentales”, en *Revista del Notariado*, N° 707, 1969, pp. 1029-1068.

8. CSJN, 16/12/1925, “Don Pedro Emilio Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital s/ Devolución de sumas de dinero” (*Fallos*, t. 145, p. 307).

9. CSJN, 21/8/1922, “Horta, José c/ Harguindeguy, Ernesto s/ Consignación de alquileres” (*Fallos*, t. 137, p. 47).

10. MEDINA, Graciela, “Efectos de la ley con relación al tiempo en el proyecto de código”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 15/10/2012 (t. 2012-E, pp. 1303-1304), y en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2013 (marzo), p. 3 (cita online AR/DOC/5150/2012).

11. [N. del E.: el link dirige al texto ordenado por Decreto [841/1984](#) {20/3/1984}. El lector podrá cfr. también: a) el [listado](#) de normas que han modificado y/o complementado la Ley 19550; b) el texto vigente [hasta el 1/8/2015](#); c) el texto vigente [actual](#), con las modificaciones introducidas por la Ley [26994](#)].

La vacilación terminológica también hace mella en el CCCN, por cuanto en los fundamentos del entonces proyecto se hacía referencia a este artículo 7 como “derecho transitorio”, calificación que no responde a lo allí preceptuado.¹² El CCCN solamente previó respuestas específicas para tres situaciones: los conjuntos inmobiliarios (art. 2075, sobradamente analizado en publicaciones), los plazos (art. 2537) y los testamentos (art. 2466).

Ese silencio legal, que acompañó buena parte de la doctrina, es el que nos mueve a la consideración de ciertos temas de recurrente aparición en los protocolos notariales.

5. Algunos casos en particular

5.1. La falta de pago de precio en la compraventa inmobiliaria

Entendemos haber sido los primeros en publicar la postura que aquí se reproduce en lo pertinente,¹³ con posteriores sugerencias de redacción,¹⁴ sin que hayamos conocido refutaciones.

Cuando el pago del precio es posterior a la compraventa, la doctrina civilista dominante durante el régimen velezano concordaba en que el título resultaba observable. El CCCN aporta aún menos claridad a una temática que resultaba controvertida con el ordenamiento derogado, acrecentada por el silencio doctrinario.

Los argumentos principales que servían de sustento hasta el 1 de agosto de 2015 a la tesis que veía en los supuestos de falta de pago de precio un dominio revocable ya no subsisten. Y es que ninguna norma establece hoy, a la manera del equívoco artículo 3923 CCIV, una acción reipersecutoria para el caso, y ni siquiera subsiste el privilegio que concedía el antiguo artículo 3924. Tampoco existe la “cláusula legal”, que, según el antiguo artículo 2668, producía la revocabilidad del dominio, pues los vigentes artículos 1946 y 1965 solamente enumeran el plazo y la condición resolutorios. La única previsión que persiste, a la manera del anterior artículo 1204, es el efecto resolutorio por incumplimiento, que en el régimen imperante dimana de los artículos 1079, inciso b), y 1087.

Sin embargo, estas normas son insuficientes para conceder alcance reipersecutorio a la acción por resolución. En efecto, el artículo 1087 solamente establece en ciertos contratos el carácter implícito de la facultad de resolución. Nada autoriza a sostener de su texto ni de su espíritu que esa resolución tenga efectos reipersecutorios, máxime cuando el artículo 1079 se ocupa de la temática.

Resulta sumamente sugestivo que el artículo 1079, inciso b), establezca que el efecto retroactivo se produce “entre las partes”. Más aún, cuando la norma alude a la intangibilidad de los derechos adquiridos “a título oneroso por terceros de buena fe”, la presunción de haber obrado con esta no puede desvirtuarse por la sola circunstancia de

12. *Fundamentos del anteproyecto*, título III, capítulo 5.3 “Derecho transitorio”. [N. del E.: ver [aquí](#), p. 15].

13. URBANEJA, Marcelo E., “Los ‘títulos observables’, las adquisiciones a *non domino*, el dominio revocable y la falta de pago de precio en materia inmobiliaria en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 13931, 8/4/2016, pp. 1-5.

14. URBANEJA, Marcelo E., *Práctica notarial de contratos usuales*, Buenos Aires, Astrea, 2017, capítulo 2, §6, pp. 124-126 y 209-212 (colección “Derecho aplicado”).

carecerse de acreditación del pago. No debe olvidarse que, en el régimen precedente, la observabilidad del título tenía por sustento, además de una directiva análoga a esta, la de los artículos que señalaban que se estaba ante un supuesto de dominio revocable o pasible de acción con efecto reipersecutorio. Nada de ello ocurre en el ordenamiento imperante.

El silencio de los citados artículos 1946 y 1965 al respecto vigoriza con elocuente contundencia la tesis sostenida. Por lo tanto, cabe concluir que el campo de acción del artículo 1079, inciso b), con su efecto retroactivo, no opera frente a terceros que hayan adquirido onerosamente derechos reales inmobiliarios. De allí que la única alternativa que tiene un vendedor para lograr que el incumplimiento del comprador en el pago del precio faltante le permita perseguir el inmueble aun frente a terceros, es pactar una condición resolutoria (art. 343), pero a la que expresamente deberá atribuirse efecto retroactivo, pues el principio general es que opera hacia el futuro (art. 346).

Si se comparte el postulado que prevalecía interpretando el CCIV, resta considerar la suerte que corren actualmente los títulos que, otorgados durante ese régimen, padecían de la observabilidad por falta de pago del precio. Recordemos que uno de los pocos supuestos en que fue considerada de manera específica la cuestión del derecho transitorio se presentó en materia de prescripción a través del artículo 2537.

Nos abriga la convicción, sin embargo, de la inaplicabilidad de ese precepto, y consecuentemente el inmediato vigor del nuevo esquema normativo respecto de las viejas instrumentaciones. Dado que anteriormente la falta de pago de precio atribuía una acción con efectos reipersecutorios (reiteramos que según la tesis que prevalece) y actualmente ellos se han perdido, solo podemos auxiliarnos en el genérico artículo 7. A través suyo, puede concluirse que la ausencia de dicho alcance reipersecutorio es una de las “consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, por lo que le cabe la aplicación de la nueva legislación. De esta manera, todos los títulos otorgados antes del 1 de agosto de 2015 que fueran observables por falta de pago de precio se habrán transformado en perfectos desde esa fecha –salvo, claro está, que se hubiera dispuesto dicho pago como condición resolutoria–.

Sin embargo, conscientes del alto grado de incertidumbre que el referido marco legislativo ocasiona, interpretaremos el citado artículo 2537 con el entendimiento opuesto, es decir, suponiendo que el efecto reipersecutorio no se ha perdido sino que solamente ha variado el plazo de prescripción. Se desprende de su texto que, si bien en principio los plazos deben completarse conforme los lapsos de la ley anterior (diez años según disposición genérica del art. 4023 CCIV), si los nuevos términos son más breves, ha de estarse a estos. Como ahora el plazo se redujo a cinco años, será este el que determine la prescripción, pero contado desde el 1 de agosto de 2015, según directiva del propio artículo 2537.

Ilustraremos con un ejemplo. Si un título otorgado el 1 de febrero de 2011 resultara observable por la falta de pago de precio, para resolver el momento en que la acción se encontrará extinguida por prescripción deberán compulsarse dos momentos: los diez años dispuestos por el ordenamiento precedente (1 de febrero de 2021) contra los cinco señalados por el nuevo, contados desde su vigencia (1 de agosto de 2020). Siendo más breve este último, a él habrá que estarse, y el título se hallará perfeccionado en 2020.

5.2. Donación a los hijos del cónyuge

La nulidad con que el artículo 1807, inciso 1), del CCIV fulminaba a la donación de “uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o las personas de quien este sea heredero presunto al tiempo de la donación”, ha en la actualidad desaparecido del esquema normativo por una atinada innovación legislativa. En efecto, el CCCN nada dispone al respecto, y por supuesto no puede encontrarse subsistente la prohibición en la redundante oración final del artículo 1001, que postula que “los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona”.

Ese impedimento, que no necesitaba consagración legislativa expresa por surgir de los principios y valores jurídicos e institutos como la buena fe y la simulación (arts. 2, 9, 961 y 333 y concordantes), no está impuesto de manera específica respecto de determinadas situaciones jurídicas –como sí lo estaba el antiguo artículo 1807, inciso 1), del CCIV– sino genéricamente para cualquiera. Esto significa que el único que podrá valorarlo será, *para cada caso particular*, el juez, pero siempre *luego del otorgamiento*. De allí que no quepan dudas acerca de la validez de una donación de las anteriormente prohibidas, siempre que se haya otorgado después del 1 de agosto de 2015 y, obviamente, mientras no exista pronunciamiento judicial contrario.

El argumento más categórico lo brinda el artículo 2483, que determina, en materia testamentaria, quiénes se presumen personas interpuestas, *sin admitir prueba en contrario* –lo que no hace más que reiterar el principio del artículo 3741 CCIV–. Esto significa que cuando el CCCN quiso suponer de pleno derecho la existencia de personas interpuestas, lo hizo; en los demás casos, se aplicará la regla genérica del artículo 1001, que requerirá la pertinente prueba en sede judicial. Esto no obstante –y siguiendo lineamientos análogos al razonamiento oportunamente formulado por Pelosi, que ya citamos–, las donaciones realizadas *antes* del 1 de agosto de 2015 vulnerando la prohibición del artículo 1807, inciso 1), del entonces vigente CCIV son nulas y no habrán cobrado validez por el cambio legislativo.

Como la doctrina mayoritaria entendía que el supuesto encarnaba una nulidad absoluta, no habría posibilidad de subsanar la misma actualmente, sino que corresponde derechamente realizar un nuevo otorgamiento entre las mismas partes. Incluso quienes sostuvieran que se estaba en presencia de una nulidad relativa, y por lo tanto pasible de confirmación, también precisarían de la actual voluntad de ambas partes involucradas. Se aprecia, en suma, que cualquier tesitura conduce a un proceder semejante desde la función notarial.

5.3. Usufructo, uso y habitación

En otro aporte nos ocupamos detenidamente de la nueva función económica de estos tres derechos reales.¹⁵ Sin embargo, cabe ahora recordar que, con anterioridad al CCCN, la

15. URBANEJA, Marcelo E., [comentarios a los arts. 2129-2183], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 354-480.

única de estas tres figuras que contaba con utilización regular era el usufructo, preponderantemente a través de la reserva del mismo cuando se donaba la nuda propiedad. El uso o la habitación aparecían solamente a través del *constituto posesorio*, como alternativa de cierta doctrina frente a la tradicional utilización del comodato. Los cambios han sido tan trascendentes que el lugar tradicionalmente ocupado por el usufructo es ahora reemplazado por el uso y la habitación, según los casos.¹⁶

Por lo tanto, dado el fin de esta publicación, nos ocuparemos exclusivamente del usufructo, ponderando los cambios sufridos desde el 1 de agosto de 2015. En pos de ese objetivo, enfocaremos la cuestión desde un punto de vista primordialmente práctico.

Con el régimen del Código de Vélez Sarsfield, los donantes elegían la reserva del usufructo por tres características sobresalientes: a) ante el fallecimiento de los usufructuarios, se evitaba el trámite sucesorio –lo que era una ventaja solamente para los donatarios, que eran los nudos propietarios–; b) podían habitar el inmueble sin ser desplazados de él por los nudos propietarios –ventaja, en cambio, para los propios usufructuarios–; y c) podían habitar el inmueble sin que el usufructo pudiera ser subastado por sus acreedores –también, una ventaja para los usufructuarios–. De los tres rasgos, los dos primeros perduran en toda su extensión, matizándose el primero de ellos a través del derecho de acrecer (con el mismo alcance que en el régimen precedente).

Es lo que surge de los artículos 2129, 2140, 2152 inciso a), 2153 y 2132. En cambio, el último aspecto ha variado sustancialmente. El artículo 2144, al que remite sin mayores derivaciones el artículo 744, inciso e), dispone ahora que el usufructo es subastable por cualquier acreedor de los propios usufructuarios. Este rasgo aparece en consonancia con una nueva característica del usufructo, que es la posibilidad de ser transmitido (art. 2142).

Quienes hoy pretendan donar su inmueble conservando la facultad de habitarlo pero sin someterse al riesgo de ejecución deberán reservarse el uso o la habitación, que tienen en común entre sí la inejecutabilidad.¹⁷ En cuanto a la transmisibilidad, dimanada ahora del artículo 2142, es diferente a la anterior “cesión del ejercicio” –única posibilidad que admitían la doctrina y la jurisprudencia acabadamente preponderantes, con asiento en el artículo 2870 CCIV–. En esta última, el usufructuario seguía siendo el primitivo y el adquirente, a través de esa cesión, era titular de un derecho personal, mientras que en la actualidad el adquirente es titular del usufructo –es decir, de un derecho real–. No obstante, hacemos notar que el fallecimiento del usufructuario originario extingue el usufructo en cabeza de quien sea que se encuentre, incluso sucesivos adquirentes. Esto determinará, sin lugar a dudas, que en este aspecto la innovación legislativa no se plasme en transmisiones onerosas, ante la incertidumbre que reinará para el adquirente. La transmisión exige de parte del adquirente la previa constitución de garantía de la conservación y restitución del bien (art. 2142).

Respecto de los usufructos constituidos con el régimen del CCIV tuvieron oportunidad de pronunciarse las XXV Jornadas de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), en las que participamos. Allí resolvieron por unanimidad que a ellos también les es apli-

16. URBANEJA, Marcelo E., ob. cit. (cfr. nota 14), capítulo 4, pp. 271-278.

17. Ídem, §1, pp. 273-275.

cable el régimen del CCCN, por lo que, entre otras innovaciones, les cabe la subasta y la transmisión.¹⁸

Ante alguna vacilación que pudiere merecer la ausencia en el CCCN de un texto como el antiguo artículo 2931, cabe poner de resalto que un precepto de ese tenor sería ahora sobradamente redundante. Y es que si el usufructo se puede enajenar *sin transmitir conjuntamente la nuda propiedad*, no es necesario que se diga que *también* puede hacerse *con* la transmisión conjunta de la nuda propiedad. Y, aunque también resulte evidente señalarlo, adviértase que si se hiciera la transmisión conjunta, el usufructo se habrá extinguido por consolidación en cabeza del adquirente (art. 1907). Por lo tanto, quien adquirió el dominio pleno por transmisión simultánea que le hicieran el nudo propietario y el usufructuario, no sufrirá ningún menoscabo a su derecho pese al posterior fallecimiento del transmitente del usufructo (porque mal puede extinguirse un derecho que ya no existía). Por los mismos motivos, no cabe exigir en este caso la garantía que dispone el artículo 2142, pues ya no subsiste nudo propietario a quien proteger.

5.4. Forma de los poderes para administrar bienes

El artículo 1184, inciso 7), del CCIV indicaba para qué poderes era necesaria la forma escritura pública. Contra lo que suele sostenerse, las legislaciones locales no pueden hacer excepción en materia judicial, por cuanto el artículo 1870, inciso 6, que se utilizaba habitualmente como fundamento, permitía modificar lo dispuesto en ese título, del cual se encontraba fuera la disposición referida sobre la forma.

El CCCN, en el artículo 363, indica que el acto para cuya celebración se otorga es el que dispone la forma de los poderes. Como la generalidad de los actos que implican administración de bienes no requiere escritura pública, ya no deberán tener esa forma los poderes que se otorguen con ese fin. Sin embargo, por los argumentos incontrastables dados por el maestro Pelosi en las reflexiones ya recordadas,¹⁹ no caben dudas de la invalidez de los otorgados durante el CCIV por instrumento privado.

5.5. Conversión del dominio revocable en dominio perfecto por el transcurso del tiempo

Nos hemos ocupado con mayor amplitud y profundidad de esta temática en anterior oportunidad,²⁰ y con un propósito más práctico en libro de reciente publicación.²¹

El interés del asunto quedó reflejado en su tratamiento dentro del tema I del XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario, 2015), en el que nos desempeñamos como coordinador nacional.²²

18. [N. del E.: ver conclusiones [aquí](#): comisión N° 5].

19. PELOSI, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 7).

20. URBANEJA, Marcelo E., ob. cit. (cfr. nota 13).

21. URBANEJA, Marcelo E., (cfr. nota 14), capítulo 2, §6 y §12, y capítulo 3, §12, pp. 88-90, 116-121 y 228-231.

22. [N. del E.: ver conclusiones [aquí](#) {fuente: web de la Universidad Notarial Argentina}].

El artículo 1965 CCCN, en feliz iniciativa, dispone que las condiciones resolutorias que graven el dominio se encuentran limitadas al plazo de diez años aun cuando surgiera de las mismas un término de cumplimiento mayor. Podría ocurrir que, por disposición legal, el plazo tuviera una duración inferior, como los pactos accesorios de la compra-venta (art. 1167). En consecuencia, transcurrido ese término sin haberse producido la resolución, el dominio se transformará en perfecto –en los imprecisos términos del artículo, “debe quedar definitivamente establecido”–. Si, en cambio, se produce el evento, la resolución tendrá efecto retroactivo, dado que así surge de los artículos 1967 y 1969, que en este sentido alteran la regla general del artículo 346.

El incumplimiento del cargo, en función de lo dispuesto por el artículo 354, solo tendrá este efecto retroactivo de haberse así previsto por los contratantes, a lo que habría que añadir los casos legalmente establecidos, como la donación (arts. 1562 y 1570).

El efecto resolutorio retroactivo del plazo no es dudoso, si bien se discrepa acerca de la aplicación del plazo máximo de diez años del artículo 1965, que solamente menciona las condiciones. De todos modos, aunque se concluyera negativamente, no habría incertidumbre posible dado que, por su esencia, el plazo evoca un evento futuro pero cierto.

Acerca de la clase de actos otorgados por el antiguo titular que quedarán sin efecto por la revocación, nuestra precursora opinión²³ fue avalada por la doctrina posterior²⁴ en el sentido de afectar tanto los actos de disposición (antiguo art. 2670 CCIV) como los de administración (novedad). Alguna aislada opinión en contrario, incluso sostenida desde el notariado, se sustenta en el artículo 348 para concluir que los actos de administración perduran,²⁵ soslayando que el artículo 1969 contiene una norma específica para el dominio revocable en la que no se establecen diferencias. Es esta la única interpretación posible, pues de lo contrario la regla del artículo 1969 no sería más que una inútil reiteración de la pauta general.

La solución del Código en este aspecto es ponderable, por cuanto no guarda sentido conservar los derechos de quien, como un locatario, estaba tan jurídicamente compelido a consultar el alcance de los derechos del dueño como quien adquiere un derecho real. Que en nuestra práctica los contratos de, verbigracia, locación se otorguen sin exigir del titular dominial la acreditación de esos extremos es una práctica que debe repudiarse y no avalarse indirectamente permitiendo que el locatario siga ejerciendo su derecho cuando operó una condición resolutoria que él podría haber conocido. Así las cosas, el lapso referido de diez años se computará también respecto de los actos sujetos a condición resolutoria que se hubieren otorgado antes de la vigencia del CCCN, con los alcances, en todo caso, de la norma del artículo 2537.

También se señala en el artículo 1968 que la readquisición dominial se producirá sin necesidad de nueva tradición al anterior titular, receptando el sentir mayoritario de la doctrina, que pugnaba por alterar el principio contrario, que en general se entendía

23. URBANEJA, Marcelo E., “Dominio”, en Laferrière, Jorge N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, El Derecho-Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 553-558.

24. Ver MALIZIA, Roberto, [comentario al art. 1969], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2015 p. 395; y MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Manual de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 84.

25. VENTURA, Gabriel B., [comentario al art. 1967], en Alferillo, P. E., Borda, A. y Garrido Cordobera, L. M. R. (dirs.) y Krieger, W. F. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, t. 3, Buenos Aires, Astrea, 2015, pp. 110 y ss.

como dimanante del artículo 1371, inciso 2), del CCIV. Corresponde aplicarlo respecto de dominios que no hubiesen sido revocados a la fecha de entrada en vigencia del CCCN, dado que los anteriores sí deben someterse a la antigua regla. De no ser así, se operaría retroactivamente, vulnerando la directiva del artículo 7.

5.6. Oponibilidad de facultades del fiduciario

Una de las más desafortunadas disposiciones del proyecto en materia de derechos reales es la del artículo 1688. El primer párrafo señala que el fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso (agregando la posible conformidad de otros sujetos cuando así se hubiera dispuesto en el contrato). Es evidente la similitud con el artículo 17 de la [Ley 24441](#). El segundo párrafo, origen del reproche formulado, establece:

El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario.

No es del caso aquí hacer tema con la impertinencia de exigir registración de cláusulas específicas, cuando la situación jurídica registrada es oponible en su integridad, de conformidad con señera doctrina, reafirmada en los XV y XVIII Congresos Nacionales de Derecho Registral (Santa Fe, 2009, y Rosario, 2015).²⁶ Lo cierto es que la ley exige su registración, pero no en el “registro público” del artículo 1669, sino en el que recepte el dominio fiduciario.

El análisis debe centrarse en la última oración del párrafo transcrito, que contradice los más elementales principios de derecho registral. En efecto, si las limitaciones, que deben ser inscriptas, no se pueden oponer a un tercero interesado de buena fe, nos preguntamos con qué argumentos puede sustentar tal calidad alguien que contratara con el fiduciario, cuando del propio título surgen las limitaciones. Si se tratara no ya de un contratante sino de uno de los pocos acreedores que pueden ejecutar el patrimonio fideicomitido, como la limitación o prohibición debe ser registrada, también le resultará oponible. La exigencia del artículo 1688 ni siquiera exige discurrir sobre la inoperancia que al reflejo registral de tal circunstancia atribuimos.

En suma, la frase señalada del segundo párrafo carecerá absolutamente de aplicación. La única alternativa para atribuirle un mínimo de eficacia, aunque aun así cuestionable, sería concluir que, una vez más, la pluma de los autores traicionó su espíritu. Así, podría suponerse que en rigor se pretendió significar que “en caso de no registrarse”, esas limitaciones resultarían inoponibles a los terceros interesados de buena fe.

Esta crítica, que formulamos ya cuando la norma hoy consagrada formaba parte del proyecto²⁷, ha pretendido ser atenuada, señalando que existe posibilidad de ser apli-

26. [N. del E.: ver conclusiones [aquí](#) {fuente: *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, N° 91, 2009, pp. 227-240} y [aquí](#) {fuente: web de la Universidad Notarial Argentina, respectivamente}].

27. URBANEJA, Marcelo E., “Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 en algunos aspectos de la registración inmobiliaria”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, t. 2012-IV, pp. 1376-1384.

cada.²⁸ Ocurriría cuando un contrato de fideicomiso, debidamente registrado, fuera modificado incorporándole cláusulas limitativas de enajenación, y esta modificación no resultara registrada. En tal caso, se indica, el adquirente no resultaría afectado en virtud de su buena fe.

El ejemplo no hace más que confirmar nuestra crítica. Precisamente, la descripción que reproducimos supone que existen cláusulas que no fueron registradas, cuando “lo que el artículo establece es que la buena fe podría presentarse frente a cláusulas registradas”. Se reafirma, entonces, que la directiva legal es inaplicable.

Este artículo, analizado en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral –ya evocado en estas páginas y cuyo tema I, bajo nuestra coordinación nacional, contó con el subtema “dominio fiduciario”–, generó una discusión en su seno. Alguna opinión se alzó en defensa de la norma, pretendiendo atemperar nuestra enfática censura, señalando que la indicada inoponibilidad de las limitaciones no se predica respecto de las cosas registrables. Esa afirmación es incorrecta, pues si esa fuera la finalidad de la ley no se haría más que reiterar el principio del artículo 1895, aquí vigorizado por la presunción del artículo 1919. El citado congreso señaló al respecto, por unanimidad:

En el caso de la registración inmobiliaria, las limitaciones a las facultades de disponer o gravar respecto del fiduciario, cuando las mismas surgen del título y de las constancias registrales, desplazan la buena fe de los terceros interesados.²⁹

Debe ahora consignarse la influencia sobre los dominios fiduciarios ya constituidos. Si la publicidad registral de esas limitaciones se hubiera realizado, ninguna derivación particular surgiría de los nuevos textos. Si así no fuera, entendemos que, habiéndose logrado la publicidad de la manera que el ordenamiento vigente disponía, no hay posibilidad de aplicar esta norma respecto de terceros que pretendieran adquirir derechos, ya vigente el CCCN, respecto de un fiduciario que se hubiera convertido en titular antes del mismo.

5.7. Asambleas en propiedad horizontal

En 2016, en un libro de nuestra autoría, examinamos al derecho real de propiedad horizontal, y nos ocupamos allí de las innovaciones que traía el CCCN acerca de las asambleas.³⁰ Puntualizaremos ahora algunas de esas particularidades, pasando finalmente a sopesar su gravitación respecto de asambleas celebradas a partir del 1 de agosto de 2015 pero en base a reglamentos otorgados con la Ley 13512 –hoy llamados reglamentos de propiedad horizontal–, que contenían previsiones diversas a las directivas que se apuntan.

28. COSSARI, Nelson G. A. y colabs., [comentarios a los arts. 2037-2072], en Alterini, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 436-437.

29. [N. del E.: cfr. nota 22, p. 6].

30. URBANEJA, Marcelo E., *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, El Derecho, 2016, pp. 163-169.

5.7.1. Convocatoria. Autoconvocatoria. Tratamiento de temas ajenos al orden del día. Decisiones tomadas fuera de la asamblea. Gravitación de los derechos del consumidor

La letra del artículo 2059 resulta elocuente para permitir la presencia solamente de los propietarios, entendiendo por tales a los titulares sobre cosa propia, excluyendo los derechos reales sobre cosa ajena. En este sentido, no debe dudarse de que las nuevas asambleas deberán respetar esta regla, por lo que si algún reglamento precedente permitía la presencia de, verbigracia, usufructuarios (posibilidad remota), los mismos ya no podrán asistir.

La competencia tiene una regulación que observa mayor rigorismo que con la Ley 13512. Sostuvimos en la obra citada³¹ que el artículo 2058 admite tres clases de competencia de la asamblea: específica, residual o en revisión. La primera atiende las cuestiones expresamente atribuidas a ella (por la ley –como el inc. c– o por el reglamento –inc. l– del art. 2056). La segunda, porque le corresponde todo lo que no sea de competencia del administrador o del consejo de propietarios (si lo hubiere). Y la tercera en tanto le concierne resolver también respecto de las decisiones de estos últimos dos órganos, cuando ellos mismos o quienes representen el cinco por ciento de las partes indivisas se lo soliciten. Entre lo específicamente consignado como de su incumbencia, el artículo 2058, inciso c), señala “las cuestiones sobre la conformidad con el nombramiento y despido del personal del consorcio”, que le corresponde efectuar al administrador (art. 2067, inc. f).

El reglamento debe prever la forma de convocar y notificar las asambleas y su periodicidad (art. 2058, inc. m). Esa aparente libertad es acotada por el artículo 2059, por cuanto determina que debe transcribirse el orden del día. La consideración de temas no previstos allí solo se admite en caso de quórum unánime y decisión idéntica acerca de proceder a su tratamiento (art. 2059). Nótese que, a estar a la letra de este último artículo, la unanimidad se requiere para consensuar el tratamiento del tema, y no para votarlo; esto implica que si lo resuelto termina siendo desfavorable para algunos de quienes votaron a favor de considerar un tema, no hay posibilidad de impugnar lo decidido.

La autoconvocatoria está permitida y las decisiones tomadas serán válidas si esa forma de convocarse y el temario a tratar son aprobados por mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios. Es indiscutible que esta previsión del CCCN es una atinada solución para evitar tener que recalar en una asamblea judicial, que demanda tiempos y formalidades casi siempre incompatibles con la premura del asunto.

Con todo, la autoconvocatoria se presta a algunos interrogantes. Por ejemplo, de su interpretación literal podría entenderse que hay una primera reunión en la que se decide la autoconvocatoria, y en una oportunidad posterior se lleva a cabo la reunión autoconvocada. Tampoco resulta claro si basta con que la autoconvocatoria cuente con la presencia de dos tercios de los propietarios, y todos ellos decidan realizarla, o si es necesaria la presencia unánime y recién allí resulte válida la decisión de los dos tercios. Estas lamentables incógnitas desmerecen la muy loable intención del legislador.

Una verdadera innovación respecto del sistema imperante, que también debe saludarse y que responde a las prácticas cotidianas, es la posibilidad de tener por válidas

31. Ídem, pp. 163-164.

las decisiones tomadas por la unanimidad de los propietarios, aunque no lo fuese en una asamblea (art. 2059). Ante la falta de precisión del CCCN, interpretamos que esa decisión puede formarse con voluntades obtenidas en diferentes momentos, recabándolas oportunamente. No obstante, no hay respuesta a lo que ocurriría si, cuando se pretende haber alcanzado la conformidad de la totalidad de titulares, alguno de los que primitivamente prestó su conformidad ya enajenó su unidad y el actual titular no está de acuerdo con la decisión. Interpretamos que no se habrán dado los requisitos de la norma, pues se requiere la opinión concomitante de todos los titulares en un momento determinado; si ella no se alcanzó, deberá recurrirse a los otros procedimientos previstos por el artículo 2060 o a la asamblea judicial del artículo 2063. Tampoco puede dudarse de que estas tres innovaciones (la posibilidad de alterar el orden del día, la autoconvocatoria o las decisiones fuera de la asamblea) son plenamente aplicables a asambleas actuales de inmuebles con reglamentos precedentes (los que, naturalmente, no contenían estas previsiones).

Para así razonar, debe apreciarse que aquí se encuentra uno de los ejemplos más claros de aplicación de la ley a los *efectos* de una situación jurídica, pues se incorporan prerrogativas para los titulares que antes no existían. Cabe computar, además, que al tratarse de un derecho real el carácter de estructura (art. 1884) fuerza a no desconocer la existencia de estas nuevas atribuciones.

Para concluir, no se ha reparado en general en el nuevo escenario de los derechos del consumidor, que impactan novedosamente en el ámbito inmobiliario, robusteciendo los argumentos que ya se brindaron. Así, vemos que la Ley 26994, que sancionó el CCCN, impactó doblemente en el contexto de los derechos del consumidor: por un lado, incorporó directivas acerca de la relación de consumo y el contrato de consumo al propio código (arts. 1092 y ss.); por el otro, introdujo sustanciales reformas a la norma nuclear en la materia, la ya anteriormente reformada Ley 24240. Si bien ambos conjuntos de preceptos observan notables incongruencias entre sí, para el definido propósito de estas líneas debemos advertir que la figura del “consumidor” rebasa ahora significativamente al adquirente de unidades “a estrenar”, para alcanzar también al de las unidades “usadas”.

En este marco, cobra una nueva dimensión el párrafo final del artículo 7:

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

La naturaleza contractual del reglamento, pacíficamente asumida por la doctrina y la jurisprudencia, desvanece la relevancia de dilucidar si el artículo 2059 contiene una directiva supletoria o no, pues en todo caso se deberá estar “a favor” del consumidor. Inclusive, aunque ya fuera de la cuestión de los efectos de la ley en relación al tiempo, el último párrafo del artículo 1094 y el artículo 1095 traducen la misma inspiración, que naturalmente impregna la propia Ley 24240. En este sentido, la eliminación de la figura del consumidor expuesto o *bystander* por la reforma de la Ley 26994 no gravita en esta interpretación.

5.7.2. Quórum y mayorías

Si bien el artículo 2059 se rotula “convocatoria y quórum”, solo por excepción alude a este último, incurriendo en omisiones semejantes a las de la Ley 13512 y su decreto reglamentario (18734/1949). Como el artículo 2056, al enumerar el contenido del reglamento, tampoco aporta directivas, podría arribarse a conclusiones semejantes a las del régimen de aquella ley especial: el quórum debería ser, como mínimo, igual a la mayoría necesaria para resolver los temas del orden del día. Carecería de sentido requerir un número menor, por cuanto de todos modos no se podría resolver válidamente con esa cantidad. Sin embargo, las nuevas alternativas abiertas por el artículo 2060 relativizan la afirmación. Recuérdese que, a tenor del artículo 2056, inciso n), el reglamento puede contener la “especificación de limitaciones a la cantidad de cartas poderes que puede detentar cada titular de unidad funcional para representar a otros en asambleas”.

En cuanto a las mayorías, el reglamento debe prever la forma de computarlas (art. 2056, inc. p). De allí que no medie obstáculo alguno en utilizar las variantes que los otorgantes deseen, como atribuir un voto por unidad o anudar la cuantía del voto a factores como cualquiera de los porcentuales analizados (proporción sobre partes comunes, pago de expensas o valor de la unidad respecto del conjunto), que incluso la propia ley en determinadas ocasiones impone. No obstante, además del cómputo, el reglamento debe determinar cuáles son las mayorías, según lo dispone el artículo 2056 en su inciso ñ).

Aquí el CCCN amerita una interpretación sistemática que lo salve de contradicciones. La primitiva amplitud que permite el señalado artículo se acota en el 2060. A tenor de este último, las decisiones requieren una mayoría absoluta computada sobre la totalidad de los propietarios, y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de la proporción. En función de la “estructura” o “estructura legal” que campea en los derechos reales (arts. 1882 y 1884), las previsiones del artículo 2060 configuran un valladar mínimo que solamente puede agravarse, pero no aliviarse.

Asimismo, debe atenderse una muy atinada reflexión que Highton formulara con la vigencia del ordenamiento precedente y que, por no haberse alterado, debe considerarse reproducida en la actualidad. Se trata de la imposibilidad de establecer que si fracasara la asamblea por falta de quórum, podrá celebrarse dentro de un lapso determinado, generalmente de pocos minutos u horas (si así fue previsto en la convocatoria), con un quórum inferior. Este proceder evoca el ordenamiento previsto en la *Ley General de Sociedades* (arts. 243 y 244), que por eso mismo resulta, allí, válido. Sin embargo, no lo es en la propiedad horizontal, que no tiene –ni tenía– previsto este mecanismo.³²

Con todo, el sistema diagramado por el propio artículo 2060 para proponer decisiones a los ausentes, junto a la posibilidad de tomar decisiones fuera de la asamblea (art. 2059), introducen ponderables beneficios que morigeran la imposibilidad de recurrir al mecanismo impugnado. Así, consignamos que se establece también (art. 2060), con saludable criterio, que la mayoría de los presentes puede proponer decisiones que se cursarán (por medio fehaciente) a los ausentes, teniéndose por aprobadas a los quince días de notificados si no hubiere oposición por igual medio con mayoría suficiente.

32. HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, pp. 637-638.

La sana intención del legislador se oscurece por los interrogantes a que la norma da lugar. En primer lugar, no queda claro si para que funcione el mecanismo del artículo: a) es menester que exista una asamblea válidamente constituida en cuanto a su convocatoria y quórum (en la que respecto de una decisión no se arrije a la mayoría legalmente necesaria), o b) si también es posible que, convocada la asamblea de la manera adecuada, no se llegue ni siquiera al quórum exigido y no obstante pueda procederse de la misma manera.

Nótese que, con la segunda interpretación, la cantidad de personas necesarias para tomar en los hechos las distintas resoluciones disminuye considerablemente, puesto que –como se prescinde del quórum– cualquiera sea la cantidad de presentes se podrán aprobar cuestiones que luego se girarán a los ausentes. Pensamos que la ubicación del párrafo sumada a las flexibles posibilidades que otorga el artículo 2059 indican que la lectura correcta es la primera, requiriéndose la conformación del quórum pertinente.

Otra incógnita se presenta a través de la “mayoría suficiente” que el artículo exige para rechazar la decisión tomada. Podría interpretarse de estas tres maneras –reiterando que en todos los ejemplos los que votaron a favor fueron mayoría entre los presentes pero sin alcanzar el número impuesto por reglamento o ley–:

- a) *Una cantidad de personas que supere a los que hubieran votado a favor en la pertinente reunión, sin importar cuántos fueron los presentes y ausentes ese día.* Es decir que si en la asamblea hubo 6 votos a favor y 5 en contra, habrá mayoría suficiente para oponerse a la decisión si, de todos los ausentes, hay por lo menos 7 que se manifiestan fehacientemente en contra.
- b) *Computando a los que votaron en contra el día de la asamblea junto con los que voten en contra entre los ausentes.* De esta manera, si en la asamblea hubo 6 votos a favor y 5 en contra, y 20 personas ausentes, habrá mayoría suficiente para oponerse a la decisión si hay 2 ausentes que se manifiestan fehacientemente en contra (pues estos últimos sumarían 7 votos);
- c) *Computando solamente a los ausentes, la mayoría de ellos se pronuncia en contra –sin importar cuántos votos a favor tuvo la decisión el día de la asamblea–.* Así, si en la asamblea hubo 6 votos a favor y 5 en contra, y 20 personas ausentes, habrá mayoría suficiente para oponerse a la decisión si hay por lo menos 11 ausentes que se manifiestan fehacientemente en contra.

Nos parece que la lectura más razonable es la última, atento a que, de lo contrario, se le otorgaría similar trascendencia a los votos fuera de la asamblea que dentro de la misma, contrariando la orientación legislativa que procura la activa participación de los miembros de los órganos colegiados. La posibilidad de impugnar las decisiones tomadas caduca a los treinta días desde la fecha de la asamblea (art. 2060).

Por idénticos fundamentos a los que señalamos en el apartado anterior, tampoco caben dudas de la aplicación de todo el régimen de quórum y mayorías a cualquier a toda asamblea celebrada luego del 1 de agosto de 2015.

5.7.3. Enumeración de las decisiones que requieren unanimidad

Con criterio didáctico, proponemos elaborar una nómina de decisiones que requieren unanimidad de la totalidad de los consorcistas (es decir, no solo de los presentes). Vale aclarar que algunas de estas decisiones implican reformas de reglamento:³³

- a) la transformación de parte privativa en común y viceversa;
- b) el cambio de destino de cualquier parte;
- c) obra nueva que altere estructura, aunque beneficie a todos los consorcistas (art. 2052);
- d) obra nueva que no altere estructura pero no beneficie a todos los consorcistas (art. 2052);
- e) el cambio de porcentuales de dominio;
- f) el cambio de proporción para pago de expensas;
- g) el tratamiento en asamblea de temas ajenos a la orden del día (art. 2059, 1º párrafo);
- h) cualquier decisión que no se tome en asamblea (art. 2059, 3º párrafo) ni, naturalmente, por modificación de reglamento (arg. art. 2057).

Nuevamente, a tenor de los argumentos expuestos al comienzo del tema de las asambleas, estas directivas se predicán de toda decisión que, en los respectivos rubros, se tome luego del 1 de agosto de 2015.

6. Conclusión

Las aristas más agudas de la problemática en tratamiento han quedado reflejadas solo parcialmente en las polémicas anteriores.

Su propio planteamiento empaña la solidez y cohesión que cabe suponer en un código, máxime si con él se sustituye *in totum* la letra de uno de los cuerpos legislativos más prestigiosos de los últimos doscientos años de la historia mundial.

La necesidad de soluciones específicas –que reclamamos al comienzo de estas palabras– se asienta en estas incertidumbres indeseables para un fluido y seguro tráfico patrimonial.

7. Bibliografía

- ALLENDE, Guillermo L., “Artículo 3º del Código Civil. Volver al Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1977-A, pp. 703-710.
- BORDA, Guillermo A., “Sobre el artículo 3º del Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1977-B, pp. 737-741.
- COSSARI, Nelson G. A., y colabs., [comentarios a los arts. 2037-2072], en Alterini, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Irretroactividad de las leyes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 135, ps. 1485-1493.

33. URBANEJA, Marcelo E., ob. cit. (cfr. nota 29), pp. 81-84.

- MALIZIA, Roberto, [comentario al art. 1969], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- MEDINA, Graciela, “Efectos de la ley con relación al tiempo en el proyecto de código”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 15/10/2012 (t. 2012-E, pp. 1303-1304), y en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2013 (marzo), p. 3 (cita online AR/DOC/5150/2012).
- MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Manual de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- NOGUERA CALDERÓN, Rodrigo, “Efectos de la ley en el tiempo”, en AA. VV., *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1997.
- PELOSI, Carlos A., “La irretroactividad de la ley y las nulidades instrumentales”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 707, 1969, pp. 1029-1068.
- URBANEJA, Marcelo E., *Contratos usuales en la práctica notarial*, Buenos Aires, Astrea, 2017 (colección “Derecho aplicado”).
- “Los ‘títulos observables’, las adquisiciones a *non domino*, el dominio revocable y la falta de pago de precio en materia inmobiliaria en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 13931, 8/4/2016, pp. 1-5.
- *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, El Derecho, 2016.
- [comentarios a los arts. 2129-2183], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 354-480.
- “Dominio”, en Laferrière, Jorge N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, El Derecho-Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 553-558.
- “Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 en algunos aspectos de la registración inmobiliaria”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, t. 2012-IV, pp. 1376-1384.
- VENTURA, Gabriel B., [comentario al art. 1967], en Alferillo, P. E., Borda, A. y Garrido Cordobera, L. M. R. (dirs.) y Krieger, W. F. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, t. 3, Buenos Aires, Astrea, 2015.

Temporalidad de la ley

Incidencia en las situaciones jurídicas en curso*

Gastón A. Zavala

RESUMEN

La incidencia de los cambios legislativos conlleva en ocasiones un complejo análisis interpretativo, que demanda analizar tanto las variables sustanciales sancionadas como las indeterminaciones en las que se incurre. Esos vacíos legislativos a su vez generan una hermenéutica judicial a partir de principios legales pre establecidos, entre los que se destaca los usos, prácticas y costumbres.

PALABRAS CLAVE

Artículo 7, temporalidad, interpretación, retroactividad, vacío normativo.

Fechas de recepción y aceptación

17/2/2017 - 10/3/2017

Sumario: 1. Introducción. 2. Normas de derecho transitorio. 3. El derecho transitorio en el Código Civil y Comercial de la Nación. 4. Interpretación del artículo 7 como norma transitoria. 5. Disposición transitoria genérica. 6. Análisis. 7. Ejes de aplicación. 8. Efectos inmediatos de la ley. 9. El efecto diferido de la ley. 10. Las normas supletorias y el consumidor. 11. El derecho transitorio y el desamparo normativo. 12. Aplicación del derecho transitorio a un caso concreto.

1. Introducción

El tiempo es, sin lugar a dudas, un valor de medida imposible de circunscribir en toda su extensión, que de manera constante la humanidad trata de prever e incluso sobre el que trata de incursionar, pero cuyos resultados, por la propia esencia de la naturaleza, no dejan de ser inevitablemente fortuitos. Por ejemplo, en el cine es habitual encontrar films que sin ser de ciencia ficción tratan de remontar a los personajes en el tiempo, pretendiendo encontrar respuestas futuras o tratando de torcer los acontecimientos pasados para moldear las circunstancias contemporáneas. En el plano jurídico, estas previsiones van íntimamente ligadas a un caro elemento social como es la seguridad

* El presente trabajo está basado en la conferencia titulada “La aplicación de la ley en el tiempo”, que tuvo lugar en la sede de la Academia Nacional del Notariado el 21 de noviembre de 2016, junto al escribano Marcelo Urbaneja. [N. del E.: ver en este mismo número de la *Revista del Notariado*: URBANEJA, Marcelo E., “Efectos de la ley en relación al tiempo. Temas de interés notarial”].

jurídica. Es así como se origina y fortalece la estructura normativa de un país, de una sociedad, donde la ley no es sino un medio técnico de realizar el verdadero derecho y la misión primaria del derecho no reside en impartir pautas a los jueces para resolver los casos –sin perjuicio de su conveniencia–, sino en generar reglas claras y constantes destinadas a ordenar las conductas de los ciudadanos, a fin de evitar que el resultado de esas conductas se judicialice.

La temporalidad de una ley, en especial de la nueva ley, nos interesa desde un doble punto de vista. En primer lugar, por su entrada en vigencia, la que puede ser inmediata a su publicación o diferida cuando entra a regir luego de cierto tiempo (días, meses, años). Para el [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, CCCN) –congruente con lo previsto en el [Código Civil](#) (en adelante, CCIV)–, las leyes rigen como principio general después del octavo día de su publicación oficial, salvo que se determine una fecha específica. Fue así como la Ley [26994](#) estableció que el CCCN entraría a regir el 1 de enero de 2016, pero mediante Ley [27077](#) se anticipó su vigencia y se estableció a partir del 1 de agosto de 2015.¹

Pero es el segundo aspecto de incidencia de la ley en el tiempo el que nos interesa en esta oportunidad, porque las normas tienen indefectiblemente una vida finita en el tiempo. En ocasiones su vigencia queda circumscripita a una determinada finalidad y en otras su vigencia se prolonga por extensos períodos. Esta temporalidad hace que aquellas situaciones o relaciones jurídicas que no se agotan instantáneamente, sino que duran en el tiempo, o que para su realización demandan un período relativamente extenso, puedan verse eventualmente regidas por normas sucesivas.² Ese cambio legislativo pasará desapercibido cuando conlleve una continuidad sustantiva en la materia. Pero como la evolución de toda sociedad implica cambios en los más variados órdenes, ello se verá reflejado en el tratamiento normativo que, aunque se presuma mejor, podrá llevar aparejada una colisión en la que no siempre será la nueva ley la que habrá de aplicarse frente a situaciones jurídicas existentes (seguridad jurídica).³ Es en ese contexto donde cobran virtualidad las disposiciones de **derecho transitorio**.

1. La doctrina en general se mostró crítica con el escaso margen de tiempo que se destinó para su asimilación y comprensión, ya que por la magnitud de la obra no había posibilidad de profundizar en cada uno de sus institutos. Ello nos lleva a considerarla, desde el punto de vista práctico, de aplicación inmediata. Ver RIVERA, Julio C., “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el Congreso”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 4/5/2015 (t. 2015-C, p. 645, cita online AR/DOC/1424/2015); JUNYENT BAS, Francisco, “El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 27/4/2015 (t. 2015-B, p. 1095, cita online AR/DOC/1360/2015); LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, “[El nuevo Código Civil y Comercial: el derecho transitorio. Los silencios de la ley y la subsistencia de reglas previstas en textos ya derogados](#)” [online], en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* [portal web] [última consulta: 19/6/2017].

2. MORELLO, Augusto M. y PORTAS, Néstor L. (coords.), *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, t. 1 (“Parte general”), La Plata, Platense, 1971, p. 59.

3. El genio de Vélez Sarsfield ilustra en la nota al art. 4044 del Código Civil que “el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las leyes antiguas, cuyos defectos van a corregir. La nueva ley deberá entonces ser aplicada aun a las consecuencias de los hechos anteriores, que sólo son meras expectativas y no derechos ya adquiridos”. [N. del E.: ver [aquí](#) las notas del codificador, p. 267, art. 1º {Buenos Aires, Pablo Coni editor, 1872; versión digitalizada por [Google Books](#) –uso no comercial–}; si no puede abrir el documento, acceda una versión alternativa [aquí](#) {no oficial}].

2. Normas de derecho transitorio

Son normas de derecho formal cuya finalidad es prever qué norma habrá de aplicarse ante la colisión de disposiciones derogadas y las que se incorporan al ordenamiento jurídico. Las personas no cuentan con la potestad de elegir qué ley regirá la situación jurídica –excepto el supuesto de normas supletorias– porque se trata de una cuestión de derecho (*iura novit curia*). Ellas no regulan de manera directa la situación concreta, sino que se limitan a remitir a la norma aplicable.

La esencia de las disposiciones transitorias es interceder u operar de nexo entre las estructuras legislativas que se suceden. La vigencia de una ley puede extenderse por un breve interregno de tiempo o por un plazo de vigencia indeterminado, en base a las demandas de la sociedad contemporánea. Tal como lo predica Acuña Anzorena, en el común sentir de los juristas, filósofos y sociólogos –concepto que se acepta en la actualidad–, las leyes no son sino reglas temporarias y tangibles, móviles y variables, como es la propia vida social.⁴ Sin importar cuál fuere el caso, puede ser que durante su vigencia esa ley sea modificada o directamente reemplazada por otra que altere sus requisitos, condiciones, plazos, efectos, etc.

Cuando los hechos o situaciones se consumaron de manera íntegra durante la vigencia de una ley, la que la suceda pasará inadvertida, pero cuando las situaciones o relaciones jurídicas no se agotaron, no se terminaron de constituir o perduran generando consecuencias, hace que eventualmente puedan verse regidos por distintas normas (al nacer, al concertarse o al inicio caen bajo el imperio de una norma y al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias de aquellas relaciones o situaciones jurídicas en otra o sucesivas normas).⁵

Observamos en este último supuesto el rol trascendental que adquiere el tiempo conjugado con el tratamiento normativo. El contexto se vuelve aún más especial si a los factores tiempo y marco legal se le adiciona la voluntad.

La autonomía privada es la potestad otorgada por el ordenamiento jurídico a la voluntad, para actuar como eficaz legislador de los intereses privados en las relaciones jurídicas, y soberana para evaluar los requisitos o elementos constitutivos y la conveniencia del acto por los efectos que habrá de generar. Se conforma así un tiempo espiritual o jurídico, en el que se considera al lapsus contractual desde su constitución o celebración hasta la generación de sus consecuencias como si todo hubiese acontecido en un único tiempo. Todo ese período temporal conformará una unidad a la que denomino unidad de acto contractual.

Esta unidad de acto contractual tiene en común con la unidad de acto notarial (co-presencia, lectura, otorgamiento y autorización)⁶ el *factor* tiempo. En ambas, la temporalidad de su desarrollo nos invita a circunscribirlas en una unidad. Se diferencian en que la unidad de acto notarial es efímera, limitada entre la narración y su conclusión en

4. ACUÑA ANZORENA, Arturo, “Reflexiones sobre la ley 17711 de reformas al Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 130, 1968, ps. 1085-1094.

5. MORELLO, Augusto M. y PORTAS, Néstor L. (coords.), ob. cit. (cfr. nota 2).

6. Ver BARDALLO, Julio R. y CARÁMBULA, Adhemar H., “Unidad de acto y otorgamientos sucesivos”, en *Revista Internacional del Notariado*, Madrid, N° 30, 1956, p. 118 y ss.

el documento otorgado y autorizado (unidad de acto formal o segunda audiencia). Si, a su vez, la asociamos con el principio de concentración⁷ adquiere relevancia la unidad de acto sustantiva (exigida por ejemplo para los testamentos por acto público), porque van inescindiblemente unidos la forma y su contenido.⁸ En cambio, los elementos que integran la unidad de acto contractual son mucho más bastos y el tiempo que puede comprender su desarrollo mucho más extenso e incluso indefinido.

López de Zavallía clasifica el tiempo en material (es el pasado del mundo físico y se mide por el calendario) y, por otro lado, en jurídico, moral o espiritual (abarca todo el pasado material, pero también lleva en sí parte del futuro físico).⁹ Según Moisset de Espanés, Roubier no menciona de manera expresa la distinción del tiempo material y tiempo intelectual, pero sostiene que es viable interpretar que el autor francés la consideró. Para Roubier, “hay situaciones jurídicas sometidas a un «estatuto legal», que a su entender son situaciones que tienen una base material y concreta”,¹⁰ a las que les es aplicable

... la concepción del tiempo físico y, por tanto, en ese campo el efecto inmediato de las leyes no resultaría contrario al principio de la irretroactividad. En cambio, cuando se trata de situaciones jurídicas contractuales opina Roubier que ellas tienen una base “ideal y abstracta” y, en consecuencia, se ve obligado a aplicarles una concepción intelectual del tiempo.¹¹

Esta unidad de acto contractual queda sometida a una única ley, la que, según la norma transitoria prevista en el último párrafo del artículo 7 CCCN, es la ley vigente al momento de su celebración. Las leyes posteriores no pueden afectarla aunque el acto esté en curso de ejecución, por el principio de irretroactividad de la ley previsto también en el artículo 7, párrafo segundo, salvo que estén dotadas de efecto retroactivo.

Para una mayor comprensión del tema, me remitiré a un ejemplo histórico en la materia:¹² se celebra un contrato de mutuo por cinco años, con una tasa de interés anual del 10 %; a los tres años, cuando ya se han pagado dos anualidades y devengada la tercera, se dicta una ley que prohíbe toda tasa de interés superior al 6 % y que dispone para las que la superen su reducción a ese dígito. En relación a esta nueva estructura normativa, caben cuatro respuestas:

7. Para José GONZÁLEZ PALOMINO, es algo así como “el principio de *inmediatividad* procesal, exigido, en nuestro caso, por la conveniencia de que la percepción del notario sea directa en el espacio e inmediata en el tiempo de recibirla y de reflejarla, como suprema garantía de los efectos de las afirmaciones del notario” (*Negocio jurídico y documento. Arte de llevar la contraria*, Valencia, Sucesor de Vives Mora, 1951, p. 19).

8. ZAVALA, Gastón A., “La forma notarial”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 942, 2002, pp. 395-435; y en *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, Madrid, Consejo General del Notariado, N° 2, 2003, p. 397.

9. Esta es la noción de tiempo relevante a la aplicación de la retroactividad (ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Irretroactividad de las leyes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 135, ps. 1485-1493).

10. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho transitorio)*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1976, p. 27. [N. del E.: ver obra digitalizada [aquí](#) {fuente: [biblioteca virtual](#) de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba} {última consulta: 21/6/2017}].

11. *Ibidem*.

12. Ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 1485, donde se cita a SAVIGNY, Friedrich K. von, *Sistema*, CCCLXXXV.

- La nueva ley no se aplica a ninguna anualidad.
- La nueva ley impera sobre las dos que lleguen a devengarse después.
- La nueva ley regula esas dos y también la que se adeudaba al entrar en vigencia.
- La nueva ley gobierna las cinco anualidades de tal modo que el acreedor no solo no cobrará más el 10 %, sino que deberá devolver lo que ha percibido en exceso.

Para la noción del tiempo espiritual, en las tres últimas variantes se estaría ante una ley retroactiva. Será retroactiva en primer grado o atenuada si solo gravitase sobre las anualidades que se devenguen después de la entrada en vigencia de la nueva ley (para la noción del tiempo material o pasado físico, esto no es retroactividad sino “efectos inmediatos” de la ley); retroactiva en segundo grado o más intensa si incide sobre la anualidad devengada pero aún no percibida; y retroactiva en tercer grado o más radical si alcanza incluso las percibidas obligando a devolver.

3. El derecho transitorio en el Código Civil y Comercial de la Nación

La Ley 26994, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015,¹³ derogó, entre otras normas, el Código Civil (CCIV) aprobado por la Ley 340 y el [Código de Comercio](#) aprobado por las Leyes 15 y 2637 –con excepción de algunos artículos–. Asimismo, aprobó el [CCCN](#) elaborado por un cuerpo de juristas nucleado y dirigido por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Ricardo Luis Lorenzetti, la ministra de la Corte doctora Elena Highton de Nolasco y la exmagistrada de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza doctora Aída Kemelmajer de Carlucci.

Este nuevo cuerpo de derecho privado nacional contiene como norma general de derecho transitorio únicamente su artículo 7, que opera como nexo integrador con la estructura normativa derogada. Además de esta pauta conciliadora genérica entre plataformas legislativas, el CCCN aporta a la tarea interpretativa algunas pocas herramientas específicas relativas a distintas áreas, como lo son el artículo 2537¹⁴ (referido al modo de contar los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de la ley), el artículo 2472 (forma de los testamentos, en concordancia con el art. 2645) y el artículo 2075 (relativo a los conjuntos inmobiliarios).

El artículo 7 del Código del siglo XXI se nutre esencialmente del artículo 3 CCIV, según el tenor que le dio la reforma introducida por el Decreto-Ley 17711 de 1968 a la obra de Vélez. Más allá de algún apropiado maquillaje semántico al artículo 3, el CCCN innova en el agregado al último párrafo al establecer la aplicabilidad de las nuevas leyes supletorias cuando fuesen más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

13. La Ley [27077](#) (BO del 19/12/2014) dispuso que la Ley 26994 comenzase a regir el 1/8/2015, anticipando la fecha originariamente prevista (1/1/2016).

14. Art. 2537 [CCCN](#): “Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior”.

4. Interpretación del artículo 7 como norma transitoria

Lo paradójico de esta disposición es que el común denominador de los distintos intérpretes, en su afán de asociarlo a una situación jurídica en curso –en las múltiples disciplinas que se pueda imaginar–, termina remontándose a uno de los principales expositores de la doctrina del derecho transitorio, el profesor de Lyon Paul Roubier.¹⁵ Es cierto que fue la tesis del autor galo quien inspiró a Guillermo Borda a elaborar el trabajo que presentó en el III Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961), ponencia que se vio sintetizada en las [conclusiones](#) del citado congreso y positivizada en la sustancial modificación al derecho civil del año 1968.¹⁶

Cabe reconocer la trascendental importancia que representa para los intérpretes de la ley aquella doctrina foránea de Roubier, pero resulta relevante destacar que de manera explícita el artículo 2 [CCCN](#) establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, y a partir de ellas sus finalidades, los principios y los valores jurídicos.¹⁷ Es por ello que no deja de sorprender cómo no solo la doctrina sino también los distintos precedentes judiciales que se han pronunciado hasta el momento esgrimen entre sus fundamentos aquella tesis doctrinaria, asignándole una relevancia supra legal, cuando las discusiones de lo que dijo o se supone que dijo Roubier son interminables, ya sea porque lecturas parcializadas de su obra conlleven a interpretaciones disímiles o porque la hermenéutica no sea lo suficientemente exhaustiva como para llegar a un resultado integrador o por los motivos que fueren.

Lo cierto es que desde el año 1961, y en particular luego de la Ley 17711, se ha discutido sobre la adecuada o desacertada interpretación de la obra del maestro francés respecto del derecho transitorio.¹⁸ La necesidad de acudir al origen o doctrina de la que

15. ROUBIER, Paul, *Les conflits des lois dans le temps*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1929/1933. [N. del E.: el lector podrá acceder a continuación a la obra completa digitalizada, [t. 1](#) y [t. 2](#) {fuente: biblioteca digital del Sistema Argentino de Información Jurídica, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación} {última consulta: 21/6/2017}]. La obra fue reelaborada bajo el título *Droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, París, Dalloz et Sirey, 1960.

16. [N. del E.: el lector podrá acceder a continuación a las actas completas del Congreso digitalizadas, editadas por la Universidad Nacional de Córdoba en 1962, [t. 1](#) y [t. 2](#). La ponencia de Borda puede encontrarse en el [t. 1](#), pp. 68 y ss.; a su vez, sus intervenciones pueden ubicarse en el índice onomástico, [t. 2](#), p. 798 {fuente: [biblioteca virtual](#) de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba} {última consulta: 21/6/2017}].

17. Obsérvese que los [fundamentos](#) del anteproyecto de CCCN dicen: “la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación” (III.4.2, pp. 14-15).

18. Guillermo A. BORDA expone que recién a partir de la obra capital de Roubier (cfr. nota 14) se ha empezado a disipar la preocupación sobre cuáles eran los derechos que estaban a cubierto de una reforma legislativa, del concepto mismo de retroactividad, advirtiendo que el derecho transitorio es, sobre todo, una cuestión de política legislativa; no es posible reducir a reglas rígidas y prefijadas lo que está pidiendo distintas soluciones según sea el caso, la urgencia de la reforma, o bien la conveniencia de respetar la estabilidad y seguridad de los derechos. A partir de esta doctrina, Borda encuentra fundamento a cada uno de los conceptos vertidos en el entonces art. 3 del CCIV reformado (ver “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, [t. 28](#), 1969, ps. 807-815). Por su parte, Guillermo L. ALLENDE se muestra sumamente crítico con la reforma introducida y expresa que “la posición de Roubier es semejante a la de Savigny y a la de nuestro Código, aunque no tan clara”, y agrega: “tal semejanza se observa con la verdadera posición de Roubier, no con la que resulta deformada por los reformadores” (ver “Artículo 3º del Código Civil. Volver al Código de Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, [La Ley](#), [t. 1977-A](#), ps. 703-710).

se nutrió Borda evidencia tal vez la brecha que se ha formado entre la *ratio legis* o motivo de la norma del año 1968, la circunstancia histórica (*ocasio legis*) que determinó la formulación de la ponencia que se concretó finalmente en la reforma al artículo 3 CCIV y la realidad actual. Cómo predica el maestro Llambías –siguiendo De Ruggiero–,

... la *ocasio legis*, como elemento transitorio y contingente, sirve para explicar la aparición de la norma nueva en el sistema, pero desaparece rápidamente como factor intrínseco de la misma.¹⁹

5. Disposición transitoria genérica

La realidad evidencia la complejidad del tema. Una escueta disposición normativa²⁰ parece no ser suficiente ante la magnitud del cometido de una ley que oscila entre la retroactividad y la irretroactividad, que va de los efectos inmediatos por una parte a la sobrevivencia de la ley anterior por otra, de la inaplicabilidad de la ley supletoria a los contratos en curso de ejecución frente a la aplicabilidad de las mismas cuando son más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. La alta expectativa que conlleva el artículo 7 CCCN colisiona con la carencia de pautas interpretativas sólidas y unánimes y la ausencia de normas procedimentales que coadyuven a su ensamble jurídico. Ello se agrava aún más si consideramos que el contexto en que se insertó el artículo 3 CCIV en el año 1968 dista notablemente del espectro jurídico y social en el que entra a regir el CCCN. La Ley 17711 fue, sin lugar a hesitaciones, una de las grandes reformas a las que se sometió la obra magna de Dalmacio Vélez Sarsfield. Ella se insertó dentro de una plataforma legal y modificó una serie determinada de artículos –sustancialmente en algunos temas–, pero implicó cambios de ley a ley.

La Ley 26994 representa un cambio rotundo, absoluto, donde se derogan dos códigos nacionales y se aprueba un código nuevo, unificando las materias civil y comercial, donde derechos que habían sido reconocidos jurisprudencialmente ahora se ven receptados en la plataforma jurídica, pero otros no son regulados de una manera diferente, o sencillamente se registran lagunas o vacíos normativos. Esto agrava la situación en virtud de que los integrantes de la sociedad, ante la carencia de reglas de conducta específicas o claras, no puedan anticipar con certeza si su conducta es o no eficaz, aun cuando pueda presumirse su permisividad (cfr. art. 19 [Constitución Nacional](#)).

El cambio estructural de la plataforma normativa es variado. En algunos aspectos es una mutación de ley a ley, en otros la indeterminación legal o las respuestas dadas por la justicia pasó a estar contemplada en las disposiciones normativas pero en otros se pasó del tratamiento legal o del derecho reconocido en los estrados judiciales al silencio de la ley. Y es aquí donde el derecho transitorio y una adecuada hermenéutica legal y social cobran máxima trascendencia, demandando de los operadores del derecho una

19. LLAMBIÁS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1986 (12ª ed.), §118.b, p. 110, con cita de R. DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, t. 1, Madrid, §17.

20. Julio C. RIVERA califica el art. 7 CCCN como “raquítico”. Sostiene que no está previsto para dar solución a los conflictos de leyes que pueden suscitarse a partir de la aplicación del CCCN, sino que se lo utilizará porque no hay otra norma útil (ver ob. cit. [cfr. nota 1]).

apertura jurídica que logre allanar el camino hacia los nuevos paradigmas del derecho y las necesidades de una sociedad que oscila entre las costumbres y la innovación cultural y económica.

Con meridiana claridad, Moisset de Espanés sostiene que el conjunto de modificaciones introducidas por la Ley 17711 a las normas que deben solucionar los conflictos de leyes en el tiempo “es el acierto más desacertado de la reforma”.²¹ Destaca también que el artículo 3

... es inobjetable, pues sintetiza de manera alambicada y abstracta la esencia de las conclusiones extraídas por Roubier para solucionar los conflictos de leyes en el tiempo. Pero los inconvenientes de incorporar esta norma a “nuestro” sistema jurídico aparecen a poco de andar, en cuanto los magistrados se ven obligados a resolver los casos concretos que se presentan en la práctica diaria, y sus vacilaciones se reflejan en la jurisprudencia, que resulta contradictoria y, a veces, desacertada.²²

6. Análisis

El artículo 7 CCCN, tal como estuvo previsto en el artículo 3 del CCIV, establece cuatro reglas interpretativas. La disposición se presenta con un claro mensaje: la **aplicación inmediata** de las nuevas leyes a las situaciones y relaciones jurídicas en curso (párrafo 1º), aunque, a fin de resguardar la seguridad jurídica de las situaciones existentes, establece el **principio de irretroactividad**, sin importar que las nuevas normas sean o no de orden público (párrafo 2º). Sin perjuicio de ello, esta segunda pauta transitoria (irretroactividad de la ley) puede ser morigerada cuando el propio legislador establece su retroactividad. Es decir, este principio no obliga al legislador sino que es una directiva para los jueces como intérpretes de la ley. El precepto no establece si esta excepción debe ser fijada de manera expresa o si es suficiente con su consideración tácita.²³ Nos inclinamos por su previsión expresa, ya que si bien la interpretación extensiva tácita deberá ser apreciada judicialmente, la seguridad jurídica de las relaciones requiere una previsión certera como principio rector para una sociedad que anhele considerarse evolucionada y estable jurídicamente.²⁴ Sea cual fuere el carácter e intensidad de la retroactividad, no podrá afectar los derechos amparados **por garantías constitucionales** (2º párrafo *in fine*).

El último párrafo del artículo 7 es el que presenta el cambio más acentuado respecto del concepto vertido en el artículo 3 CCIV (según redacción dada por la Ley 17711) y

21. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *ob. cit.* (cfr. nota 10), p. 13.

22. Ídem, p. 15.

23. BORDA afirma que la retroactividad de la ley es contra natura, que al legislador le basta con modificar el orden jurídico para el futuro y que por más que quisiera, la mayor parte de las veces no podría modificar el pasado, aunque la ley fuera de orden público. Lo ejemplifica de la siguiente manera: si se modifican los requisitos para la forma de celebración del matrimonio, a nadie se le ocurriría pensar que son nulos los celebrados con anterioridad porque no se ajustan a la forma prescripta en la nueva ley, ni que debieran volver a celebrarse conforme al nuevo ritual (*ob. cit.*, [cfr. nota 18]).

24. Para MOISSET DE ESPANÉS, “la retroactividad expresa no presenta inconvenientes, puesto que el legislador está facultado para establecerla si lo considera necesario”; y advierte que “más difícil resulta determinar cuándo hay «retroactividad tácita»” (*ob. cit.* [cfr. nota 10], p. 28).

este, a su vez, respecto de la [recomendación](#) N° 1 del III Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961). La reforma de 1968 al artículo 3 reflejó literalmente la conclusión del congreso cordobés, con el único agregado del párrafo final, el cual formaba parte de la ponencia presentada por Borda a ese evento –pero eliminado circunstancialmente por el plenario–²⁵ y que con el transcurso del tiempo revirtió la opinión originariamente negativa de importantes doctrinarios.²⁶ Este párrafo final del artículo 7 implica respetar las normas supletorias vigentes al momento de la celebración del contrato, aun cuando la relación jurídica se encuentre en curso de ejecución. Y vuelve a ser el párrafo innovador, porque el legislador de 2014 le incorporó una excepción: las nuevas normas supletorias serán ahora aplicables cuando sean más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

7. Ejes de aplicación

Las reglas estatuidas para dirimir el conflicto de las leyes en el tiempo giran indefectiblemente en relación a dos ejes rectores, que son el efecto inmediato de la nueva ley o el efecto diferido de la ley que se deroga o modifica y que se habrá de imponer sobre la vigencia de la nueva norma. Pero, como lo afirma Medina, a pesar de lo sistemático de la disposición normativa, de la distinción a partir de la diferenciación entre la inmediatez o no de los efectos de la nueva ley que parecen tan claras en términos generales, y de la aparente distinción entre situaciones o relaciones jurídicas y sus consecuencias consumadas y en curso, no resulta sencillo ponerlas en práctica frente a situaciones concretas, como lo demuestra el debate doctrinario que se ha suscitado en torno a la cuestión.²⁷ Esta problemática no solo se presenta frente al análisis de saber si nos encontramos antes pautas de derecho transitorio, sino también al responder si se trata en otros supuestos de disposiciones supletorias o normas de orden público, cuestión de no menor importancia para saber si las partes pueden o no dejar de lado una disposición legal frente a sus convenciones.

Otro de los interrogantes que genera el precepto es la aparente dicotomía que se suscita entre situación jurídica y relación jurídica.²⁸ Decimos *aparente* porque pese a la distinción que podría encontrarse a cada uno de estos conceptos, la conjunción copula-

25. Advierte BORDA que Orgaz, al fundar su opinión de que este agregado no debía ser aprobado por el Congreso, dijo que en una discusión tan breve no podría el Congreso pronunciarse sobre un criterio que no ha sido debatido suficientemente y tendría, por tanto, que improvisar, y agregó que preferiría que esa proposición quede como una sugestión en las actas para que siga su camino si es efectiva (ob. cit. [cfr. nota 18]).

26. Jorge Mosset Iturraspe, Luis Moisset de Espanés, Alberto J. Pardo, Ma. Antonia Leonfanti, Ernesto Nieto Blanc, entre otros.

27. MEDINA, Graciela, “La aplicación de la ley en el tiempo y el derecho sucesorio”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2015-1, pp. 445-478.

28. La situación jurídica u objetiva es permanente, es la posición que ocupa un sujeto frente a la norma general o a una institución jurídica determinada (por ejemplo, la situación de propietario, padre, incapaz, etc.). Relación jurídica es aquella que se establece entre dos o más personas, con un carácter peculiar y particular, esencialmente variable (las más frecuentes son las que nacen de la voluntad de las partes –contratos, testamentos–, aunque también pueden nacer de la ley –la obligación de reparar los daños–) y pueden ser modificadas por la voluntad de los titulares (ver BORDA, Guillermo A., ob. cit., [cfr. nota 18], p. 810; MEDINA, Graciela, ob. cit. [cfr. nota 27]).

tiva y del artículo los vincula y somete al mismo régimen, por lo que resulta ociosa toda distinción.²⁹

8. Efectos inmediatos de la ley

La aplicación inmediata de la ley³⁰ a las consecuencias generadas o producidas por situaciones jurídicas existentes es el efecto propio y normal luego de su sanción. Significa la aplicación de las nuevas normas para el futuro, para las consecuencias aún no cumplidas (hechos en curso) como consecuencia necesaria de la naturaleza irreversible del tiempo. El sistema del efecto inmediato –tomado de la doctrina de Roubier– es el que adoptó de manera expresa el CCIV, luego de la Ley 17711,³¹ y también el CCCN. Se erige sobre la presunción de que la ley nueva es mejor que la sustituida.³²

El efecto inmediato encuentra sus límites en el principio de irretroactividad, que impide aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas (sea su creación, modificación o extinción), o a efectos ya producidos (hechos cumplidos o consumados), pero ninguna restricción existe cuando las consecuencias son posteriores a la vigencia de la nueva ley, aun cuando hayan sido generados por una situación jurídica existente. El efecto inmediato de la ley se presenta lógicamente ante hechos constitutivos o extintivos de situaciones o relaciones jurídicas, producidos con posterioridad a la vigencia de la nueva ley (por ejemplo, la unión en matrimonio entre personas del mismo género, luego de la entrada en vigencia de la Ley 26618).

Cuando los hechos constitutivos o extintivos tienen un único momento o si requieren actos continuos o sucesivos y estos están cumplidos bajo el amparo de una única ley, es decir preceden a la entrada en vigencia de la nueva ley, no pueden, en principio, ser alcanzados por los efectos de la nueva ley.³³ En cambio, cuando durante una ley se han sucedido hechos aptos para comenzar la gestación o extinción de una situación jurídica y se modifica la ley que gobernaba la eficacia de esos hechos, corresponde sostener que

29. Para MOISSET DE ESPANÉS, hay una sinonimia entre estos conceptos (*ob. cit.* [cfr. nota 10], p. 40; BORDA, Guillermo A., *ob. cit.* [cfr. nota 18], p. 810).

30. Respecto de la incidencia de la aplicación inmediata de la ley y los aspectos procedimentales, se ha generado un acalorado y enriquecedor debate entre los principales operadores jurídicos de nuestro país, desencadenando variadas respuestas judiciales ante casos similares. Remito al trabajo de mi autoría “El Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho intertemporal”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 6/2/2017, p. 107, AR/DOC/3994/2016.

31. Tampoco podemos olvidar que el art. 3 CCIV estableció que las leyes “disponen para lo futuro”. Para Guillermo L. ALLENDE, crítico de la reforma del año 1968, debía volverse a las enseñanzas de Savigny y la letra original de la obra de Vélez (*ob. cit.* [cfr. nota 18]).

32. Ver nota 3 de este ensayo.

33. “... encontrándose la causa a estudio del Tribunal, el 1º de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la Ley 26994 [...] sin embargo, la situación planteada debe ser juzgada de conformidad con la redacción que tenía el segundo párrafo del artículo 997 del Código Civil, vigente a esa fecha, pues las consecuencias de la situación jurídica generada por la norma provincial impugnada –desde el 1º de enero hasta el 31 de mayo de 2012– se encuentran alcanzadas por el texto íntegro de esa previsión legal, dado que allí se consumaron. La noción de consumo jurídico impone la aplicación del artículo en toda su extensión” (CSJN, 9/12/2015, “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires c/ Buenos Aires, Provincia de s/ ordinario” [*Fallos*, t. 338, p. 1455 {N. del E.: ver texto completo [aquí](#); también el lector podrá acceder al [dictamen del MPF](#) y su [complementario](#)}).

al no haberse consumado íntegramente la constitución o finalización, quedará regida por la nueva ley.³⁴

En un reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que

... deviene inoficioso pronunciarse sobre los alcances que se debían asignar al escrito de contestación a la reconvencción presentado por el actor reconvenido y su incidencia respecto de las causales subjetivas admitidas en la causa para decretar el divorcio, cuya existencia a los fines pretendidos ha fenecido por imperativo legal –en virtud de que durante el iter procesal entró en vigencia el CCCN–³⁵, sin que se advierta interés económico o jurídico actual que justifique un pronunciamiento sobre el punto al haber desaparecido uno de los requisitos que condicionan la jurisdicción del Tribunal.

Y concluyó que

... las cuestiones atinentes a la disolución del vínculo matrimonial [...] se encuentran hoy reguladas en los arts. 435 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, normativa que, en virtud de la regla general establecida en el art. 7 del mencionado código, resulta de inmediata aplicación al caso.³⁶

Resta considerar las situaciones legales y las situaciones contractuales en curso. Los efectos ya producidos se rigen por la ley vigente al momento de su producción, mientras que a las consecuencias que nacen con posterioridad al momento en que comienza la vigencia de la nueva ley les será aplicable el efecto inmediato de la nueva ley. Las soluciones jurisprudenciales o doctrinarias que ya integraban el sistema jurídico al momento de entrar a regir una nueva legislación no conllevan un cambio real o sustancial en el derecho vigente cuando la nueva ley se limita a incorporar ese reconocimiento judicial a las demandas de la sociedad, por lo que nada impide su aplicación inmediata.

En un interesante caso, nutrido de múltiples elementos técnicos que hacen a la interpretación de la aplicación de la norma transitoria, se pronunció el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro.³⁷ Los autos llegaron al máximo tribunal de Río Negro en virtud del recurso de casación por el que se pretendía dejar sin efecto la sentencia de Cámara de fecha 6 de abril de 2015 que había hecho lugar al recurso de apelación, ordenando

34. Aída R. KEMELMAJER DE CARLUCCI menciona que Roubier diferencia entre hechos cumplidos y hechos en curso, donde el elemento determinante es el hecho (factor objetivo) y no el derecho (factor subjetivo), distinguiendo a su vez dentro de los hechos cumplidos las leyes que gobiernan la constitución y extinción y las que gobiernan el contenido y los efectos. Para la constitución y extinción, distingue además entre situaciones jurídicas de formación “continua” (por ejemplo, la prescripción adquisitiva o extintiva) y situaciones jurídicas de formación “sucesiva” o en etapas (por ejemplo, una venta que exige autorización judicial o un acto que requiere aceptación), subdividiendo esta última (formación sucesiva) en dos subtipos: actos entre vivos y mortis causa y sostiene que –para los actos entre vivos–, la nueva ley puede establecer nuevos requisitos para la etapa que aún no estaba cumplida para la adquisición o extinción a la época de su entrada en vigencia (*La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, ps. 32-33).

35. La aclaración nos pertenece.

36. CSJN, 18/10/2016, “Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa «B., O. F. c/ N., V. C. s/ divorcio art. 214, inc. 2º, del Código Civil»” (*Fallos*, t. 339, p. 1478 [N. del E.: ver texto completo [aquí](#); también el lector podrá acceder al [dictamen del MFP](#)].

37. STJ de Río Negro, 14/03/2016, “Espeche, Lidia P. en Orellano, María M. c/ Padín, Elena N. s/ ejecución de honorarios s/ casación” [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

la revocación del levantamiento de un embargo dispuesto el 15 de diciembre de 2014. Padín expuso ante el Superior Tribunal que los fondos embargados poseían carácter alimentario, producto de una indemnización, y planteó que, en virtud de lo previsto en el artículo 744 CCCN (inc. f),³⁸ están excluidos de la garantía común de los acreedores. Por su parte, la ejecutante, quien había sido su abogada en el reclamo de 2010,³⁹ sostuvo que el derecho alimentario que sostiene la ejecutada constituye una cuestión absolutamente inadmisibile, ajena a las formalidades previstas en el ritual, y expuso la inaplicabilidad del código de fondo sancionado pero no vigente. El Superior Tribunal advirtió que la estructura jurídica al momento de su resolución ya no era la misma que en las instancias anteriores, dado que el Código se encuentra vigente y que merece su decisión la cuestión de si el artículo 744 CCCN (inc. f) es de aplicación inmediata al supuesto de autos. El tribunal sintetizó:

... el artículo en análisis dispone que “las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”; y las consecuencias son todos los efectos –de hecho o de derecho– que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente. Las mismas resultan de los efectos, derivaciones o secuelas de la relación o situación jurídica, diferenciándose de lo que son los hechos constitutivos o extintivos de dichas relaciones.

Y concluyó que

... no cabe duda alguna que, cualquiera sea la óptica desde la que se analice la cuestión en debate (inembargabilidad de ciertos bienes), constituye un claro ejemplo de una consecuencia no agotada de una relación o situación jurídica existente (ejecución de honorarios); y que por lo tanto resulta de aplicación el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

9. El efecto diferido de la ley

El efecto diferido de la aplicación de la ley en relación con los contratos en curso de ejecución que establece el último párrafo del artículo 7 CCCN participa a modo de correctivo del efecto inmediato de la nueva ley, para evitar que se vulnere el principio de la irretroactividad. El efecto diferido, también denominado prolongado, sobrevida o ultractividad de la ley, como contracara de la retroactividad, se produce cuando a pesar de ser derogada una norma –y por ende sus preceptos volverse inaplicables–, los mismos continúan vigentes respecto de determinadas relaciones o situaciones jurídicas tanto en cuanto a su constitución como alcanzando a las consecuencias cumplidas íntegramente antes de la entrada en vigencia de la nueva ley como de las posteriores.⁴⁰ Regula la

38. En consonancia con normas internacionales con jerarquía constitucional tales como la [Declaración Universal de los Derechos del Hombre](#) de 1948, la [Declaración Americana de Derechos y Deberes Humanos](#) de 1948, entre otros, y de derechos reconocidos primeramente en el ámbito judicial.

39. Se le había reconocido a Padín una indemnización en reparación a un daño emergente a nivel psicofísico por un accidente ocurrido en la rampa de acceso a un importante supermercado.

40. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, [ob. cit.](#) (cfr. nota 10), p. 26.

inaplicabilidad de una ley que modifica otra ley supletoria⁴¹ que rige una relación jurídica nacida de un contrato que se encuentra en curso de ejecución.

La ultraactividad de la ley no se produce cuando es modificada por normas imperativas. Allí, su efecto será inmediato tanto para situaciones jurídicas en general como para los acuerdos de voluntades en particular, porque estamos ante normas que tienen en cuenta intereses sociales, públicos o colectivos. En consecuencia, si la ley derogada daba cabida a la autonomía de la voluntad y el nuevo marco legal le asigna carácter imperativo, deberá aplicarse la nueva norma también a los contratos en curso de ejecución, aunque solo para los efectos futuros –salvo disposición expresa que dé mayor alcance a la retroactividad–. Este nuevo estatuto legal que afecta la relación contractual preexistente podría considerarse que conlleva una retroactividad intelectual.

Observamos aquí la importancia de la previsión normativa sintetizada en el artículo 7, ya que si no se hubiese consagrado la excepción del efecto diferido para las leyes supletorias, las consecuencias que se produjesen con posterioridad a la sanción de la nueva ley quedarían atrapadas en esta. Lo que se respeta de esta manera no es la antigua norma, sino la voluntad de las partes;⁴² y así lo sostiene de manera expresa el nuevo ordenamiento al predicar en su artículo 962 que

Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

Por ejemplo, el artículo 351 CCCN, a diferencia de lo previsto en el código del siglo XIX, prevé una norma supletoria en la que el plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento, disposición que no será aplicable a los contratos celebrados con anterioridad.

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro predica que el sistema previsto

... hace que exista una dualidad de régimen que opera contra la aplicación inmediata de la nueva ley en materias tan extensas como lo son contratos y obligaciones, generalmente de índole supletoria, haciendo que a partir del 1 de agosto de 2015 reinen en el país dos códigos distintos, uno para los contratos anteriores a dicha fecha, que deberán seguir gobernados por el Código Civil de Vélez, y los contratos posteriores a ese día, por el nuevo código.

Aclara además que

... el juez no puede modificar el contrato excepto que lo pida uno de los contratantes en los casos que lo autorice la ley, o de oficio cuando se esté afectando el orden público.⁴³

41. La doctrina emplea usualmente como sinónimos normas supletorias, interpretativas, dispositivas o derogables, pese a que esencialmente existen diferencias sustanciales entre cada una de ellas.

42. Para ACUÑA ANZORENA, no solo comprende lo que las partes han convenido de manera expresa, sino también todo lo que, presumiblemente, han tenido en cuenta al celebrarlos (ob. cit., [cfr. nota 4]). En este sentido se enrola el art. 961 CCCN al expresar que “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

43. STJ de Río Negro, 17/8/2016, “Segovia, Pablo c/ Iaría, Francisco s/ sucesión s/ ordinario s/ casación” [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

10. Las normas supletorias y el consumidor

El último párrafo del artículo 7 CCCN se aparta de su norma fuente y consagra una excepción –o nueva regla– a la aplicación del efecto diferido de las normas supletorias cuando está comprometido el derecho del consumidor en las relaciones de consumo. La ley deja en manos del propio consumidor evaluar si la nueva disposición es más favorable a sus intereses. El legislador prioriza e impone la tutela del interés privado del consumidor en la relación de consumo en curso de ejecución. En los fundamentos del anteproyecto de CCCN se expone que tratándose de una relación de consumo, particularmente cuando el contrato es de duración, cabe descartar la presunción de una voluntariedad “común” sobre la remisión a las normas supletorias vigentes y prioriza, basado en el apego a los cambios sociales y de prácticas negociales, lo que hubieran pactado las partes siempre que ello sea más favorable al consumidor.

El CCCN no solo recoge el principio protectorio del derecho del consumo (arts. 1096 y 1122), sino que lo extiende por ejemplo a los contratos bancarios (arts. 1384 y 1389), cementerios privados (art. 2111) y tiempos compartidos (art. 2100). Y, como complemento de lo dispuesto en el artículo 7 *in fine*, agrega en el artículo 1094 que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el acceso al consumo sustentable, y concluye que en caso de duda sobre la interpretación del Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Explica Kemelmajer que la norma no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata (sean imperativas o supletorias), tanto porque así lo dispone el párrafo tercero como el segundo, que impide la aplicación retroactiva, sean o no de orden público, sin perjuicio de que eventualmente se establezca de manera expresa su retroactividad, siempre que no se violen garantías constitucionales.⁴⁴

11. El derecho transitorio y el desamparo normativo

Anticipamos al principio de este ensayo que la finalidad de toda disposición transitoria es prever qué pauta legal aplicar entre aquella ley que fue derogada y la que se incorpora al ordenamiento jurídico respecto de una misma temática que es tratada de manera diferente.

Una de las críticas que se le hace al legislador es no haber previsto –en el CCCN o normativa complementaria– en qué estado se encuentran aquellas situaciones o relaciones jurídicas que antes contaban con un tratamiento legal específico y ahora se hallan en un desamparo normativo;⁴⁵ tampoco se previó un esquema jurídico que contemple la transición de un espectro legal al que lo sucede.⁴⁶ Estos casos no previstos ameritan un

44. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit. (cfr. nota 34), p. 61.

45. P. ej., no hay tratamiento normativo intertemporal para el divorcio subjetivo y objetivo, una regulación para las sociedades civiles o respecto a cómo proceder en los juicios en trámite. Tampoco se han dispuesto normas específicas de derecho transitorio aplicables a las reformas introducidas a la Ley 19550, ahora denominada *Ley General de Sociedades*.

46. El donatario –como el subadquirente– en el CCCN se encuentra sujeto a la acción de reducción por el término de diez años, computados desde la adquisición de la posesión, sin establecerse la aplicabilidad de este precepto a

examen exhaustivo no solo de la doctrina sino en particular del órgano jurisdiccional a fin de determinar el derecho aplicable. El CCCN dispone: “Los casos que este Código rige” (art. 1) serán resueltos –interpretados– por el juez mediante “decisión razonablemente fundada” (art. 3).

A partir de los **fundamentos** expuestos en la nota de elevación del anteproyecto de código, se sostiene que los magistrados podrán encontrar respuesta y fundamento al desarrollo jurisprudencial a partir de un sistema que cuenta con un “núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas”.⁴⁷

Por la indeterminación involuntaria en la que incurre el nuevo ordenamiento, cobran importancia los usos, prácticas y costumbres para regir las situaciones jurídicas desamparadas de una regulación expresa, porque además así lo impone el CCCN al considerarlos vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, con la única salvedad de que no sean contrarios a derecho (art. 1).⁴⁸ En lo sucesivo serán las costumbres, los usos y las prácticas los que coadyuven a que la plataforma legislativa prevea las pautas y requisitos dentro de los cuales se deberá desarrollar nuestra sociedad en las interrelaciones subjetivas. Y que, de conformidad a la previsión legal, quedará sujeta a una “decisión razonablemente fundada” que se espera se produzca desde la función judicial.

No tenemos dudas de que hay excelentes magistrados que evidencian en sus sentencias su constante evolución, capacitación, conocimiento y actualización frente a las demandas de una sociedad cada vez más compleja. Pero se nos genera la inquietud de plantearnos si nuestro sistema judicial y principalmente nuestra sociedad están preparados para transitar por esa delgada línea divisoria entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario como el del *common law*.⁴⁹

¿No habría sido más conveniente prever un cuerpo de disposiciones transitorias más abarcador? Al considerar que, a diferencia del año 1968, en esta ocasión el cambio normativo fue estructural,⁵⁰ no se comprende por qué, además del artículo 7 como norma general de derecho transitorio, solo se limitaron a establecer contadas disposiciones transitorias específicas, como las de los artículos 2537, 2472 (conc. con art. 2645) y 2075 CCCN, además de los artículos 8 y 9 de la Ley 26994.

las donaciones otorgadas durante la vigencia del CCIV ni desde cuándo considerar la posesión decenal cuando el donante falleció con posterioridad al 1/8/2015.

47. **Fundamentos** del anteproyecto de CCCN, III.3, pp. 12-13.

48. El art. 17 CCIV original impuso que “el uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos”; y también aclaró que las leyes solo podían ser derogadas por otras leyes, a fin de evitar que la costumbre pudiese ser considerada fuente del derecho. La Ley 17711 **modificó** el art. 17, dándole fuerza legal a los usos y costumbres en situaciones no regladas legalmente.

49. Dice LLAMBÍAS que el derecho no es un panlogismo, sino una ordenación justa de la sociedad que rige los hechos humanos conforme a la efectiva previsión de los mismos. De ahí que cuando se advierte que los hechos ocurridos no han sido realmente previstos por la ley, no resulta legítimo procurar un forzado regimiento legal de ellos, fiando en la sola fuerza lógica de los principios generales. En tales casos es más prudente reconocer la laguna legislativa y dejar obrar a las otras fuentes del derecho entre ellas la costumbre *praeter legem* (ob. cit. [cfr. nota 19]).

50. La Ley 26994 derogó el CCIV, el CCOM (excepto una serie taxativa de artículos), las Leyes 11357, 13512, 14394, 18248, 19724, 19836, 20276, 21342 (excepto el art. 6), 23091, 25509 y 26005, algunos artículos de la Ley 19550, de la Ley 20266, de la Ley 24441, de la Ley 25248 y de la Ley 26356, además del art. 37 del Decreto 1798/1994.

Apelar a los usos, prácticas y costumbres nos habilita para acudir –por defecto– a la magistral obra de Vélez –y sus leyes complementarias derogadas– no solo como doctrina sino como esbozo documental de estas fuentes.⁵¹

12. Aplicación del derecho transitorio a un caso concreto

Analicemos frente a un caso específico cómo una situación jurídica con sus aristas particulares, sus efectos y hechos modificatorios pretendidos puede quedar expuesta a la aplicación inmediata de la nueva ley o producirse la sobrevida de la derogada, ya sea por la interpretación directa de las reglas vertidas en el artículo 7 CCCN o por una necesaria construcción jurídica ante la vaguedad de las disposiciones transitorias. Pensemos en una persona que afectó al régimen de bien de familia, el 18 de julio de 2008, un inmueble rural de su propiedad en el que desarrollaba por cuenta propia su explotación y, así, con el producido de la actividad, lograba el sustento familiar que incluía a su madre como beneficiaria, supuesto concreto constituido bajo el amparo normativo de los artículos 34, 36, 41 y concordantes de la Ley 14394.⁵² Vigente el CCCN, fallece la madre del propietario y beneficiaria del bien de familia. El 19 de febrero de 2016, el propietario acude a un escribano de registro con la intención de designar como beneficiario del “bien de familia” a la persona con quien vive (en un inmueble urbano) y comparte un proyecto de vida común.

Recordemos que la Ley 26994 derogó expresamente la Ley 14394 y aprobó el CCCN, en el que se incluye un nuevo régimen protector de la vivienda (arts. 244-256). Estas disposiciones establecen de manera precisa que

- puede afectarse al régimen un inmueble destinado a “vivienda” (art. 244);
- puede designarse como beneficiario, por ejemplo, al conviviente (art. 246 inc. a);
- requiere que al menos uno de los beneficiarios “habite” el inmueble (art. 247);
- las disposiciones de ese capítulo son aplicables al inmueble rural (art. 256).

En primer término, debemos resaltar que no hay una norma transitoria que dilucide en qué situación se encuentran los bienes afectados al régimen de bien de familia previsto en la ley de 1954. No hay precepto alguno que nos permita concluir o inferir de manera expresa la continuidad o reconocimiento de los derechos entablados con el régimen derogado. Además, el régimen de “vivienda” recientemente sancionado queda circunscripto, según la ley, al inmueble destinado a vivienda, dato no menor para el supuesto en análisis, con lo cual, considerando la abrogación de la Ley 14394 y la ausencia de un precepto similar al artículo 41 de la Ley 14394, debemos presumir que en el caso expuesto, si se pretendiese constituirlo hoy, no contaría con amparo legal.

Sin perjuicio de sugerir su inclusión expresa en el nuevo articulado, hacemos votos para que una interpretación jurisprudencial de los artículos 251 y 256 CCCN afirme la

51. El art. 5 del anteproyecto de Código Civil de 1954 establece: “Los jueces no pueden abstenerse de juzgar en supuesto alguno. Si la cuestión controvertida no pudiera decidirse por aplicación de norma legal, consuetudinaria o emanada de tribunal de casación, se atenderá a los principios generales del derecho y a las exigencias de la equidad teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

52. Sancionada el 22/12/1954 (BO N° 17805 del 30/12/1954).

factibilidad de seguir brindando protección no solo a la vivienda ubicada en predios rurales sino puntualmente a la explotación de los mismos con la finalidad de producir en ellos los bienes necesarios para lograr el sustento familiar.⁵³

A partir del caso expuesto y el contexto normativo actual, debemos dar curso a una interesante y compleja tarea hermenéutica. Consideramos que las disposiciones previstas en la Ley 14394 –en sus artículos 34 a 50– gozan de ultraactividad por el efecto diferido que reconoce el artículo 7 CCCN en su último párrafo, pero también por los derechos amparados por garantías constitucionales (2º párrafo) ante una situación jurídica constituida. Sin embargo, si nos quedamos estancos con esta interpretación, solo podríamos expresarle al requirente del servicio notarial que aún cuenta con la protección dada por el régimen de bien de familia a su predio rural sin satisfacer su inquietud de designar a su conviviente como beneficiario por el solo hecho de tratarse de una parcela rural y cuyo destino no es el de habitación sino el de explotación para lograr el sustento familiar.

Dos aspectos son los que conducen el análisis del caso. Por un lado, considerar la factibilidad de extender la aplicación del régimen de vivienda a un inmueble que no está destinado a “vivienda”, y, por otro, admitir la designación del conviviente como beneficiario, variable que no se encontraba prevista en la Ley 14394 –ley que sustenta sus derechos– aunque sí admitido por precedentes jurisprudenciales⁵⁴ y por el nuevo ordenamiento civil y comercial.

Respecto del primer planteo, consideramos que corresponde realizar, a modo de norma transitoria, una construcción jurídica que permita efectuar un encadenamiento legislativo y así poder aplicar las disposiciones estatuidas en el CCCN a la situación jurídica constituida con anterioridad. Esta construcción se habrá de fundar esencialmente en un principio constitucional, de conformidad con el artículo 14 bis de la [Carta Magna y los tratados](#) internacionales con jerarquía constitucional (art. 31 CN), como:

- la [Declaración Universal de los Derechos Humanos](#) (París, 1948), en cuanto establece que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda...” (art. 25);
- el [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) (Nueva York, 1966 [aprobado en Argentina por Ley 23313]), en cuanto establece que los estados

53. KEMELMAJER DE CARLUCCI sostiene que “el CCyC admite la afectación de inmuebles productivos, prueba de lo cual es que el artículo 251 soluciona el problema de la embargabilidad de los frutos y el art. 256 se refiere concretamente al inmueble rural” (*La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 83).

54. P. ej., la CNCiv., Sala M, el 16/5/2014, en autos “Ceber, Juana c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/ recurso directo a Cámara”, revocó la resolución del Registro y ordenó la inscripción del inmueble como bien de familia para una pareja de convivientes y condóminos sin hijos: “la existencia del núcleo familiar sin correlación con las instituciones legales de matrimonio y parentesco es indiscutible como realidad fáctica”. Agregó que “excluir a la familia de hecho del beneficio del régimen de familia importa una discriminación infundada e inaceptable, pues con aquella restricción se vulnera el principio de autonomía de la voluntad, que resulta ser uno de los pilares sobre los que se asientan los derechos humanos y sus implicancias”. Además, resaltó que “la protección constitucional del derecho a la vivienda familiar digna (art. 14 de la Constitución Nacional) [...] no puede reducirse al matrimonio sino que debe extenderse a otro tipo de uniones que merecen igual protección”. [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)]. Así, receptó la doctrina sentada en CSJN, 8/3/1990, “Missart, Miguel Ángel s/ haberes (prenatal)” (*Fallos*, t. 313, p. 225). Y en similar sentido ver CNCiv., Sala L, 10/4/2015, “Frisardi, Adriana Gabriela c/ Registro de la Propiedad Inmueble 388/14 fecha 8/9/14 s/ recurso directo a Cámara” [N. del E.: ver completo [aquí](#)].

partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados...” (art. 11.1);

- la [Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial](#) (Nueva York, 1967 [aprobado en Argentina por Ley 17722]), en cuanto establece que los estados partes “se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley [...] particularmente en el goce de: [...] los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: [...] el derecho a la vivienda” (art. 5, inc. e, ap. iii).

En segundo término, corresponde admitir la aplicación inmediata del CCCN con respecto a la posibilidad de designar al conviviente como beneficiario. La justificación aquí se posiciona sobre el nuevo hecho o la nueva situación jurídica que es modificatoria de la situación originaria y, como tal, corresponde se rija por la nueva normativa.

Como podemos apreciar en el caso expuesto, confluyen aquí distintas situaciones que denotan la complejidad del análisis de las disposiciones transitorias. Se requiere un esfuerzo jurídico para solucionar los conflictos que se pueden suscitar, más aún cuando no se cuenta con pautas específicas sino solo disposiciones genéricas frente a leyes que se contraponen.

13. Bibliografía

- ACUÑA ANZORENA, Arturo, “Reflexiones sobre la ley 17711 de reformas al Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 130, 1968, ps. 1085-1094.
- ALLENDE, Guillermo L., “Artículo 3º del Código Civil. Volver al Código de Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1977-A, ps. 703-710
- BARDALLO, Julio R. y CARÁMBULA, Adhemar H., “Unidad de acto y otorgamientos sucesivos”, en *Revista Internacional del Notariado*, Madrid, N° 30, 1956.
- BORDA, Guillermo A., “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 28, 1969, ps. 807-815
- GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Negocio jurídico y documento. Arte de llevar la contraria*, Valencia, Sucesor de Vives Mora, 1951.
- JUNYENT BAS, Francisco, “El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 27/4/2015 (t. 2015-B, p. 1095, cita online AR/DOC/1360/2015)
- 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.
- *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1986 (12ª ed.).
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, “[El nuevo Código Civil y Comercial: el derecho transitorio. Los silencios de la ley y la subsistencia de reglas previstas en textos ya derogados](#)” [online], en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* [portal web] [última consulta: 19/6/2017].
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Irretroactividad de las leyes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 135, ps. 1485-1493.
- MEDINA, Graciela, “La aplicación de la ley en el tiempo y el derecho sucesorio”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2015-1, pp. 445-478.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho transitorio)*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1976.
- MORELLO, Augusto M. y PORTAS, Néstor L. (coords.), *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, t. 1 (“Parte general”), La Plata, Platense, 1971.

- RIVERA, Julio C., “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el Congreso”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 4/5/2015 (t. 2015-C, p. 645, cita online AR/DOC/1424/2015)
- ROUBIER, Paul, *Les conflits des lois dans le temps*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1929/1933.
- *Droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, París, Dalloz et Sirey, 1960.
- ZAVALA, Gastón A., “El Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho intertemporal”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 6/2/2017, p. 107, AR/DOC/3994/2016.
- “[La forma notarial](#)”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 942, 2002, pp. 395-435; y en *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, Madrid, Consejo General del Notariado, N° 2, 2003.

Estudio de títulos. Expediente sucesorio extraviado. Prescripción. Código Civil*

Alicia V. Castillo

Sumario: 1. Introducción. 2. Remisión. 3. Conclusiones.

1. Introducción

La escribana S. consulta respecto de la bondad de un título cuyos antecedentes son del siguiente tenor:

- 1) Por escritura de fecha 9 de junio de 1902, el señor Cristóbal M., siendo casado con Teresa D., adquirió cinco lotes ubicados en el partido de Pilar, provincia de Buenos Aires.
- 2) Fallecido Cristóbal M., se dictó con fecha 10 de mayo de 1928 declaratoria de herederos a favor de sus hijos Osvaldo, Edita, Delia, Raúl Atilio, Oscar, Héctor y Hernanfredo, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite respecto de los bienes gananciales.
- 3) Fallecido Osvaldo, se dictó con fecha 7 de noviembre de 1938 declaratoria de herederos a favor de su madre Teresa D.
- 4) Con posterioridad, fallecieron Héctor, Teresa D. y Oscar, habiendo tramitado las tres sucesiones acumuladas.
- 5) Por escritura de fecha 5 de agosto de 1949, el señor Hernanfredo M. adquirió de Edita, Delia, Raúl, Atilio, Elsa (viuda de Héctor) las 5/6 partes indivisas del inmueble en estudio, totalizando la titularidad del 100 % del mismo.
- 6) Fallecido Hernanfredo M., se dictó con fecha 20 de marzo de 1987 declaratoria de herederos a favor de su cónyuge, María R., quien por escritura de fecha 1 de septiembre de 1986 cedió los derechos hereditarios respecto del inmueble de referencia a favor de Alberto B.
- 7) Fallecido Alberto B., se dictó con fecha 22 de marzo de 2007 declaratoria de herederos a favor de sus hijos, Leonardo y Guillermo, y su cónyuge, Delia L., quienes en la actualidad pretenden vender el inmueble de referencia.

La consultante manifiesta que los tres expedientes relacionados en el punto 4, que tramitaron acumulados, no han podido ser referenciados atento a que no se encuentran en el Archivo de Actuaciones Judiciales. La consulta tiene por objeto determinar si el

* Dictamen 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 10/3/2016 (expedientes 2274/15 y 2298/15). Se han agregado hipervínculos especialmente para su publicación en la *Revista del Notariado*, con el fin de ofrecer una lectura más completa. Los nombres de los consultantes y de las personas jurídicas involucradas se han abreviado.

título es observable atento a la imposibilidad de referenciar los expedientes sucesorios mencionados, con los cuales se acredita la titularidad de un sexto del inmueble.

2. Remisión

Por tratarse de una situación similar, la presente consulta se despacha por remisión a lo resuelto por esta comisión en el expediente N° 16-01727-12. El dictamen elaborado en dicha oportunidad fue aprobado por unanimidad y comunicado a la consultante con fecha 21 de noviembre de 2012.¹ Sin perjuicio de la remisión, se transcriben a continuación la doctrina y algunos de los argumentos que sostuve en aquella ocasión:²

DOCTRINA:

El estudio de títulos comprende el análisis de los antecedentes jurídicos que legitiman el dominio que se alega, referenciándose en sus originales las escrituras públicas y expedientes judiciales o administrativos hasta hallar un título traslativo desde cuya fecha haya transcurrido el término prescriptivo...

... que determina el Código Civil y Comercial.

Si entre los antecedentes a verificar en el estudio de títulos existe un expediente sucesorio que se encuentra extraviado, tal situación no torna por sí sola observable al título ni trae aparejada la mala fe del adquirente, máxime si éste ha tomado todos los recaudos necesarios para ubicarlo y se ha valido de otros instrumentos que gozan de fe pública y que acreditan la existencia del mismo.

Siendo el expediente sucesorio un título declarativo y no traslativo del dominio, no resulta necesaria su reconstrucción en caso de extravío siempre y cuando se cuente con elementos suficientes que permitan aseverar la existencia del mismo.

En la realización del estudio de títulos resulta fundamental la aplicación del instituto de la prescripción, tanto liberatoria como adquisitiva, a los fines de garantizar la seguridad y el tráfico jurídico de los bienes. [...]

CONSIDERACIONES:

Finalidad del estudio de títulos: [...] El estudio de títulos es uno de los medios para determinar la eficacia jurídica del título que esgrime el disponente. La jurisprudencia ha sostenido que “estudiar un título significa examinar con sentido crítico el conjunto de documentos que acreditan la existencia de un derecho de alguien sobre una cosa a los efectos de poner en claro cuál es su eficacia para el tráfico, quién es el titular de ese derecho y cuál es su fundamento jurídico y alcance”³. [...] En consecuencia, el estudio de títulos tiene

1. [N. del E.: ver dictamen [aquí](#)].

2. Todas las citas de aquí en adelante pertenecen al dictamen referido.

3. SC de Salta, Sala Segunda, 21/6/1974, “Bogar, Héctor Higinio c/Lovaglio, José Antonio - Reivindicatorio”. (*Revista del Notariado*, N° 741, 1975, pp. 1081-1083 [N. del E.: ver fallo [aquí](#)]).

por objeto asistir al escribano en su misión documentadora, destinada a obtener títulos que circulen en el tráfico negocial sin reparos.

Extravío de expedientes judiciales: En el caso traído a consulta...

... existen entre los antecedentes a verificar tres expedientes sucesorios que se encuentran extraviados. Esta situación no permite afirmar *prima facie* que el título es observable.

En principio, cabe aclarar que el notario debe evaluar cada caso en particular considerando la naturaleza del expediente extraviado. Como bien ha sostenido esta comisión en otras oportunidades, “si entre los antecedentes a verificar en el estudio de títulos se encuentra extraviado un expediente de subasta judicial, corresponde que se proceda a la reconstrucción del mismo, siendo ello en tal caso fundamental, puesto que dentro de dicho trámite se ha consolidado el dominio”⁴.

En el caso que nos ocupa, el expediente sucesorio constituye un título meramente declarativo puesto que la transmisión de dominio operó en forma automática al momento de la muerte del causante. Como bien sostiene Villalba Welsh, “es función, precisamente de los jueces, decir o declarar el derecho [...] La declaración formulada en sede jurisdiccional no puede tener, pues, efectos traslativos sino sólo declarativos. No ha de llamarnos a confusión el hecho de que la declaratoria de herederos importe la traslación del dominio a favor de éstos. Obsérvese que el juez no ordena o dispone el cambio de titularidad. Tal efecto deviene directamente de la ley, al asignar al hecho de la muerte, consecuencias jurídicas tanto en el caso de la sucesión ab intestato como en la testamentaria. El juez se limita a tener por acreditado el vínculo o a aprobar formalmente el testamento: el impulso traslativo lo confiere directamente la ley”⁵. Por lo expuesto es que podemos afirmar que la transferencia de dominio opera fuera del expediente sucesorio y desde el mismo momento de la muerte del causante.

Siendo el expediente sucesorio un título declarativo y no traslativo del dominio, creemos que no sería necesaria su reconstrucción en caso de extravío siempre y cuando contemos con elementos suficientes que nos permitan aseverar la existencia del mismo [...] Villalba Welsh sostiene que “agotadas las diligencias para dar con su paradero, puede recurrirse a los libros de autos y sentencias para extraer de ellos los antecedentes faltantes, y, en última instancia, a las anotaciones del Registro de la Propiedad. También pueden ser de valor los testimonios de autos y sentencias así como también la transcripción de estas resoluciones judiciales en escritura pública. Conviene que el autor de la relación de títulos refiera con la mayor amplitud de detalles, las diligencias inútilmente cumplidas para dar con el paradero de protocolos y expedientes y hacer saber que los datos que suministra, han sido extraídos de documentos sustitutivos, indicando de cuáles se trata”⁶...

4. Ver GIMENO, Rosana F., “Protocolización de subasta. Extravío de los autos” [dictamen aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en sesión del 3/8/2012], en *Revista del Notariado*, N° 912, 2013, pp. 267-277.

5. VILLALBA WELSH, Alberto, “La reforma del artículo 1051 del Código Civil y su proyección en la actividad notarial”, en *Revista del Notariado*, N° 772, 1980, pp. 873-906.

6. *Ibidem*.

Creemos que de la escritura de compraventa de parte indivisa de fecha 5 de agosto de 1949 podrían surgir elementos suficientes para aseverar la existencia de los expedientes extraviados. Si bien no podemos asegurarlo con total certeza, ya que la consultante no ha presentado copia ni ha dado detalles del corresponde de la escritura de referencia, entendemos que de la misma debería resultar la manifestación del escribano autorizante de tener a la vista los testimonios judiciales de las declaratorias de herederos dictadas en las sucesiones de Héctor, Teresa D. y Oscar inscriptos ante el Registro de la Propiedad. Estos testimonios judiciales debidamente inscriptos fueron admitidos por el escribano como documentos válidos para acreditar el derecho invocado por los herederos que comparecieron a la escritura a los fines de disponer del inmueble.

Por otro lado, los testimonios judiciales librados en la sucesión de Teresa D. y de Oscar (en las que suponemos que Hernanfredo fue declarado heredero, puesto que tampoco lo aclara la consultante) deberían haberse presentado en la sucesión de este último y haber sido considerados por el juez como documentos válidos para acreditar el derecho invocado por la heredera. Asimismo, la consultante debería tener a la vista los originales de estos dos testimonios judiciales para acreditar la titularidad de 1/6 del inmueble en cabeza de Hernanfredo. Estos testimonios poseen un fuerte valor probatorio, ya que avalan la existencia de las resoluciones transcritas, por encontrarse amparados por la fe pública derivada o de segundo grado.

La falta del expediente sucesorio impide realizar en forma completa el estudio de títulos, pero esta situación no acarrea la mala fe del adquirente, quien, habiendo tomado todos los recaudos necesarios para ubicarlo, se ha valido de otros instrumentos que gozan de fe pública y que acreditan la existencia del expediente extraviado.

Importancia del instituto de la prescripción: No obstante lo expuesto, y atento a que algún escribano referencista podría llegar a observar el título sometido a consulta por la imposibilidad de completar el estudio de los antecedentes, resulta necesario adentrarnos en el análisis del instituto de la prescripción como medio idóneo para sanear “títulos observables”, ya que tal como lo acepta en forma pacífica la doctrina, cumplido el plazo de la prescripción, quedan agotadas todas las posibilidades jurídicas de atacar el título.

El escribano Natalio Etchegaray sostiene acertadamente que “con cierta ligereza, muchas veces rayana en la irresponsabilidad, se atribuye esa calidad de «imperfecto» a títulos que, acreditando un derecho de propiedad, han llevado a su titular a disponer del inmueble por cualquier contrato que conlleva la transferencia o el gravamen de ese dominio [...] Una de las circunstancias más visibles en mi crítica a la calificación usual de los títulos de propiedad como «imperfectos» [...] es lo que pareciera constituir una firme decisión de quienes objetan los títulos: no aplicar o aplicar restrictivamente el instituto de la prescripción, tanto liberatoria como adquisitiva”⁷. [...]

Prescripción liberatoria: [...] “El principio general en materia de prescripción liberatoria es que todas las acciones son prescriptibles. Ello es una consecuencia del fundamento mismo del instituto, que no es otro que garantizar el or-

7. ETCHEGARAY, Natalio P., “Aspectos de interés notarial relativos a la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo”, en AA.VV., *LII Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2006, pp. 33-42.

den, la tranquilidad y la seguridad de la sociedad. Se trata de una institución de orden público, principalmente destinada a mantener el orden e impedir que los derechos puedan ser ejercidos en forma indefinida, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello crea”⁸. [...]

Para que opere la prescripción extintiva o liberatoria, deben darse dos requisitos: 1) el transcurso del tiempo precisado por la ley para cada clase de acción, y 2) la inacción del acreedor por tal lapso [...] resulta necesario aclarar que al operar la prescripción liberatoria, la relación obligacional no perece como tal. “No estamos ante la extinción de la obligación, sino que se produce la pérdida de la acción que originariamente detentaba el acreedor en la vinculación obligacional”⁹.

En el caso que nos ocupa, habiendo transcurrido más de sesenta y cinco años desde el dictado de las declaratorias de herederos hasta la fecha, podemos afirmar que todas las acciones de tipo personal que podrían haber entablado herederos o acreedores de los causantes se encuentran prescriptas por aplicación del instituto de la prescripción liberatoria.

Prescripción adquisitiva: La prescripción adquisitiva reconoce dos variantes: la prescripción breve [...] y la prescripción larga o usucapión [...]

Prescripción breve: El plazo para que opere esta prescripción breve es de diez años y exige que el adquirente posea buena fe y justo título. [...]

Prescripción larga o usucapión: El plazo para que opere esta prescripción es de veinte años y solo deben darse los siguientes requisitos: 1) posesión pública, pacífica y continua por el plazo relacionado; 2) ánimo de tener la cosa para sí. No se requiere ni buena fe ni justo título. Este instituto encuentra su fundamento en razones de interés social y económico.

En el caso analizado, los actuales poseedores pueden invocar la prescripción adquisitiva veinteañal, con lo que su derecho de dominio estaría consolidado y a salvo de reclamos de terceros...

3. Conclusiones

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

Si entre los antecedentes a verificar en el estudio de títulos existen expedientes sucesorios que se encuentran extraviados, tal situación no torna por sí sola observable el título.

8. AREÁN, Beatriz, [comentario al art. 4019], en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 6B, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 782 (con referencia a SALVAT-GALLI, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, t. 3, 1956, p. 406, § 258).

9. MESSINA, Graciela, [comentario al art. 4017], en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), ob. cit., p. 778.

Siendo el expediente sucesorio un título declarativo y no traslativo del dominio, creemos que no sería necesaria su reconstrucción en caso de extravío siempre y cuando contemos con elementos suficientes que nos permitan aseverar la existencia del mismo.

La falta del expediente sucesorio impide realizar en forma completa el estudio de títulos, pero no acarrea la mala fe del adquirente, quien, habiendo tomado todos los recaudos necesarios para ubicarlo, se ha valido de otros instrumentos que gozan de fe pública y que acreditan la existencia del expediente extraviado. Estos instrumentos sirven como elementos probatorios para sustentar la buena fe del adquirente.

Queda a criterio de la consultante evaluar si en el caso concreto cuenta o no con instrumentos que le permitan aseverar la existencia de los expedientes extraviados.

En la realización del estudio de títulos resulta fundamental la aplicación del instituto de la prescripción, tanto liberatoria como adquisitiva, a los fines de garantizar la seguridad y el tráfico jurídico de los bienes.

En el caso traído a consulta, habiendo transcurrido más de sesenta y cinco años desde el dictado de las declaratorias de herederos hasta la fecha, podemos afirmar que todas las acciones de tipo personal que podrían haber entablado herederos o acreedores de los causantes se encuentran prescriptas por aplicación del instituto de la prescripción liberatoria. Las únicas acciones no prescriptas a la fecha son aquellas que derivan del derecho real de dominio, pero, ante el posible ejercicio de las mismas (p. ej., acción reivindicatoria), los actuales poseedores podrían oponer la prescripción adquisitiva, con lo que su derecho de dominio estaría consolidado y a salvo de reclamos de terceros.

Donación efectuada por sociedad. Capacidad. Acto extraño. Objeto*

Alfonso Gutiérrez Zaldívar

Sumario: 1. Doctrina. 2. Antecedentes. 3. Consideraciones. 4. Conclusiones.

1. Doctrina

- *La capacidad genérica de la sociedad es independiente del objeto concreto para el que se haya constituido, que no impone un límite a su actuación, sino que solo hace al régimen de imputación interno.*
- *La decisión válidamente adoptada por el órgano de gobierno respecto de la aprobación de un acto notoriamente extraño al objeto social resulta suficiente para considerarlo válido, eficaz y oponible a la sociedad.¹*

2. Antecedentes

Viene en consulta la escribana O. respecto de la bondad de dos títulos que verifican entre sus antecedentes **donaciones efectuadas por dos sociedades**. Dichas donaciones datan del 16 de noviembre de 1995 (escrituras [...]) y se refieren a lotes de terreno de campo ubicadas en la provincia de Buenos Aires. Ambas donaciones fueron realizadas por dos comanditas por acciones y la sociedad donataria es en ambos casos la misma sociedad, una sociedad anónima.

De las copias de las escrituras de donaciones mencionadas surge que las sociedades donantes fueron representadas por “socias comanditadas”, surgiendo también de dichas escrituras que las donaciones fueron aprobadas por acta de asamblea general extraordinaria de cada una de las sociedades donantes. No surge de las copias de las escrituras

* Dictamen 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 10/3/2016 (expedientes 2274/15 y 2298/15). Se han agregado hipervínculos especialmente para su publicación en la *Revista del Notariado*, con el fin de ofrecer una lectura más completa. Los nombres de los consultantes y de las personas jurídicas involucradas se han abreviado.

1. Doctrina expuesta por MARTÍ, Diego M., “Donación por sociedad anónima. Capacidad. Acto extraño al objeto”, en *Revista del Notariado*, N° 916, 2014 [dictamen elaborado en el marco de una consulta del mismo tenor que la presente {expediente 1954-13}, 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 13/6/2014].

acompañadas si las asambleas mencionadas fueron unánimes. Sin perjuicio de ello, la escribana consultante aclara en su consulta que

... en ambas sociedades el acto fue aprobado por Asambleas Extraordinarias unánimes relacionadas en la escritura y que conforme surge del estudio de títulos se encuentran agregadas al protocolo.

De las copias de las escrituras mencionadas y de la consulta no surge si las posesiones han sido pacíficas; tampoco obra constancia alguna en las matrículas de anotación de medida que pueda hacer suponer pretensión alguna de terceros.

La escribana O. manifiesta que

En virtud de la consulta bibliográfica realizada, resultaría –en síntesis– que la doctrina se encuentra dividida por quienes consideran que la donación ataca la finalidad de las sociedades por no tener un fin lucrativo y por otra parte quienes sostienen que las sociedades comerciales tienen amplia capacidad para celebrar cualquier tipo de acto jurídico estando permitidas las donaciones, quedando sujetas a impugnación por parte de los acreedores de la sociedad durante el término de la vigencia en que pueden reclamar sus créditos, o por los socios que no hubieran intervenido en la decisión; **ambas situaciones que no se dan en el particular.**²

Luego, la escribana consultante agrega que

A fin de un completo y acabado contexto de la situación, hago saber que la escritura será otorgada en diciembre del presente año, fecha en la cual se encontrará cumplido el plazo de prescripción veinteañal. Es por ello, que se solicita el presente a fin de conocer la postura y opinión de la Comisión en cuanto a la observabilidad o no de los títulos en análisis.

Se aclara que la escribana consultante no emite su opinión fundada al respecto, tal como se exige en este tipo de consultas.

3. Consideraciones

Al efecto remitimos a los dictámenes donde se trataron consultas similares.

Contamos con un dictamen del año 1992, sobre una consulta realizada por el escribano N. (expte. 4665-92), en el que Norberto Benseñor expresó:

... una sociedad comercial puede válidamente donar un bien inmueble de su propiedad, aunque el acto en sí mismo sea notoriamente extraño al objeto social, siempre y cuando tal decisión fuere adoptada válidamente por resolución unánime de su órgano de gobierno.³

Existe también un dictamen del escribano Diego Martí del año 2006 (expte. 154-06), donde se consultaba sobre la donación realizada por una asociación civil. En dicho dictamen se dijo:

2. El destacado es nuestro.

3. El escribano Julio A. Aznárez Jáuregui presentó una opinión en contrario en el mismo expediente.

La donación efectuada por una persona jurídica no resulta observable, independientemente del objeto de la misma, transcurridos 10 años de efectuada, por encontrarse prescrita cualquier acción para atacarla.⁴

Dicho dictamen provocó la opinión en contrario del escribano Carlos N. Gattari, quien invocó que

... la prescripción decenal, para el caso planteado en la hipótesis de aprobación por unanimidad, me parece que no es aplicable [...] si todos han aprobado, responden del acto propio: en consecuencia, no podrían negarlo ni modificarlo. Quizá podría pensarse en la prescripción decenal del 4023 si la aprobación no fuera unánime y algunos de los que se negaron pudieran aducir algún delito o cuasidelito, tal como indica la nota al 4023.⁵

Por último, mencionamos el ya nombrado dictamen de Martí del año 2014, donde se menciona que

La capacidad genérica de la sociedad es independiente del objeto concreto para el que se haya constituido, que no impone un límite a su actuación, sino que sólo hace al régimen de imputación interno. La decisión válidamente adoptada por el órgano de gobierno respecto de la aprobación de un acto notoriamente extraño al objeto social, resulta suficiente para considerarlo válido, eficaz y oponible a la sociedad. [...]

No resulta observable el título traído en consulta, con motivo de la donación efectuada por parte de una sociedad comercial, en virtud de tratarse de un acto que puede ser válidamente otorgado por la misma, sin perjuicio de las eventuales acciones de la propia sociedad, de sus socios, o de terceros, las que, a tenor del tiempo transcurrido, se encuentran prescritas.

Para el caso de considerarse imprescriptible la acción, el título sería igualmente inobservable por haber transcurrido ya un plazo de más de veinte años de efectuada dicha donación.⁶

Ahora bien, dichos dictámenes fueron emitidos durante la vigencia del [Código](#) de Vélez Sarsfield. Sin perjuicio de ello, entendemos que siguen estando vigentes ya que el Código Civil y Comercial (CCCN) no establece modificaciones al respecto, al igual que el plazo de prescripción largo sigue siendo el veinteañal. Además, dichas donaciones fueron realizadas durante la vigencia del código mencionado y es dicha ley la que debemos aplicar al estudiar la viabilidad o no de un título.

Al efecto, el artículo 2537 [CCCN](#) establece:

Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado

4. [N. del E.: ver [aquí](#); asimismo, el lector podrá acceder también a continuación a un reciente dictamen de similar tenor sobre donaciones a terceros, con doctrina y jurisprudencia digitalizadas: MARTÍ, Diego M., “[Donación a terceros. Código Civil](#)”, en *Revista del Notariado*, N° 927, 2017].

5. GATTARI, Carlos N., “[Pasados los veinte años, la donación a tercero es título perfecto](#)”, en *Revista del Notariado*, N° 889, 2007, pp. 25-35.

6. Ver MARTÍ, Diego M., *ob. cit.* (cfr. nota 1).

por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior.

Es importante aclarar que las opiniones mencionadas no son unánimes, ya que encontramos quienes opinan que la donación vulnera abiertamente la esencia del contrato lucrativo y distributivo de ganancias que implica la sociedad:

Mientras se exprese en la decisión organicista (p. ej., en la asamblea de la anónima) que la donación cumple alguno de los fines “rentables” mencionados, nada habrá que objetar. Distinta podrá ser la solución si se dona a los socios o a terceros sin fundamento alguno, y por tanto contraviniendo la causa fin societaria, y el tercero contratante puede advertir dicha situación (pierde su buena fe diligente), pues el acto puede ser impugnado por acreedores, más allá de que el fisco pueda reclamar el pago de los impuestos omitidos por tratarse de un acto oneroso.⁷

Nuestra opinión es que los títulos traídos en consulta no son observables de acuerdo con los dictámenes mencionados.

Por otra parte, aprovechamos para hacer un comentario sobre la redacción del artículo 141 CCCN, ya que una errónea lectura del mismo podría concluir que la capacidad de las personerías jurídicas está limitada por el texto de su objeto. Hemos encontrado comentarios al artículo 141 que dan una interpretación muy restrictiva a la norma y, por lo tanto, a nuestro entender, peligrosa.

El artículo 141 CCCN establece:

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

Dicho artículo define la persona jurídica. Dicha definición no establece que la capacidad de la persona jurídica es “solo” para el cumplimiento de su objeto y sus fines, sino que establece que la ley inviste de aptitud para actuar con una personería jurídica distinta a la de los socios, estableciendo como punto de partida “el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.

La ley tiene que darle un marco a la personería jurídica que le otorga a la sociedad. Un marco de exigencia de requisitos mínimos a fin de poder otorgarle a un ente personería jurídica. Pero dicho marco es para establecer si un ente puede tener personería jurídica propia independiente de sus socios. No limita la capacidad de la sociedad.

Al igual que antes de la reforma producida por el Código Civil y Comercial, una sociedad puede celebrar operaciones notoriamente extrañas al objeto social, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones. Le corresponde al órgano de gobierno de la sociedad la adopción de resoluciones de dicha naturaleza, poniendo en marcha el mecanismo denominado imputación voluntaria de actos.

Siguiendo la opinión de Benseñor,

7. Cfr. SOLARI COSTA, Osvaldo, “Donaciones de inmuebles de sociedades comerciales”, en *Revista del Notariado*, N° 899, 2010, pp. 37-40.

... es necesario recalcar que el objeto social no limita, según nuestro criterio, la capacidad de la sociedad, la cual genéricamente es amplia. Reiteramos que el objeto hace solo al sistema de imputación legal, vinculando la serie de negocios que el representante puede realizar obligando válidamente a la sociedad. Todo acto u operación que exceda el ámbito concedido al órgano de representación debe ser resuelto por el órgano de gobierno social, quien por supuesto dispone también de la posibilidad de modificar el propio objeto social, con las mayorías legales, si así lo decidiera.

Por otra parte, confirma que el legislador, en la reforma que comenzó a regir en el año 2015, no quiso optar por el concepto de la doctrina del *ultra vires*, la no modificación de otros artículos de la Ley de Sociedades Comerciales. Por ejemplo, el artículo 58 LGS establece que el representante obliga a la sociedad por todos los actos que no sean “notoriamente” extraños al objeto social. Todos los demás actos que realice el representante, ya sean extraños o no al objeto social, obligan a la sociedad. Y en los casos de los actos “notoriamente” extraños al objeto social, para que la sociedad quede obligada, será necesario que la realización del acto sea correctamente decidida y ejecutada por el órgano respectivo.

También mencionamos la no modificación del artículo 31 LGS, donde se prevé que las sociedades cuyo objeto no sea exclusivamente financiero o de inversión pueden igualmente realizar dichas actividades adquiriendo participación en otras sociedades, con la única limitación de que la participación no exceda el monto de sus reservas libres y la mitad de su capital y de las reservas legales. En un mismo sentido, mencionamos el artículo 63 LGS, apartado 1), inciso d), que continúa estableciendo que el balance general deberá mencionar cualquier otra inversión ajena a la explotación de la sociedad.

Interpretar que el objeto de la sociedad es lo que establece su capacidad sería terrible, más si tenemos en cuenta que la Inspección General de Justicia exige que el objeto de la sociedad, además de ser “preciso y determinado” (art. 11 LGS, 11 inc. 3), deber ser “único”. No hay norma en la ley que establezca que el objeto debe establecer una única actividad. Existen varios artículos en la LGS donde se infiere que la sociedad puede tener un objeto de actividades múltiples. Al efecto, mencionamos el artículo 63 LGS, apartado 1), inciso c), que establece que se deberán mencionar los bienes de cambio, agrupados de acuerdo con las actividades de la sociedad. O el artículo 64, apartado 1, inciso a), que establece que se deberá agrupar el producido de las ventas o servicios por actividad. Pero este último tema merece un estudio aparte.

4. Conclusiones

- No resulta observable el título traído en consulta, con motivo de la donación efectuada por parte de una sociedad comercial, en virtud de tratarse de un acto que puede ser válidamente otorgado por la misma, sin perjuicio de las eventuales acciones de la propia sociedad, de sus socios, o de terceros, las que, a tenor del tiempo transcurrido, se encuentran prescriptas.

- Para el caso de considerarse imprescriptible la acción, el título sería igualmente inobservable por haber transcurrido ya un plazo de más de veinte años de efectuada dicha donación.⁸

8. MARTÍ, Diego M., [ob. cit.](#) (cfr. nota 1).

Zonas de fronteras. Previa conformidad. Sociedades*

María Marta L. Herrera

Karina A. Martínez

Agustín H. Novaro

Pilar M. Rodríguez Acquarone

Sumario: **1.** Antecedentes. **2.** Análisis jurídico. **2.1.** Efectos de la escisión. **2.2.** Requisito de previa conformidad en zonas de fronteras. **2.3.** Conformidad posterior.

1. Antecedentes

La Dirección de Asuntos Técnicos de Fronteras de la Secretaría de Interior del Ministerio del Interior y Transporte de la Nación,¹ a través de su directora, pone en conocimiento de nuestro Colegio el estado de situación que a continuación se describe:

- a) El escribano X, titular del registro [...] de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, autorizó una escritura de protocolización de actas de escisión bajo el número [...], con fecha 30 de enero de 2012, por la cual se escindía y transfería parcialmente el patrimonio de la sociedad M. S. A. en favor de la sociedad A. S. A., que incluía, como único bien registrable, un inmueble urbano sito en la ciudad de San Carlos de Bariloche, provincia de Río Negro, designado como unidad funcional N° 1, con una superficie cubierta de 419,01 metros cuadrados.
- b) El 9 de septiembre de 2015, la directora de Asuntos Técnicos de Fronteras, Dra. Antonella Cultrera, observa que la escritura señalada en el punto anterior no se ajusta a la normativa de aplicación, puesto que debería haberse obtenido la previa conformidad para poder autorizarla.
- c) La Directora fundamentó su observación en manifestar que el escribano autorizante incumplió la obligación que impone el artículo 2 del Decreto 32530/1948, debido a que los inmuebles referidos se encuentran comprendidos dentro del régimen establecido por el Decreto 887/1994.

* Dictamen 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 10/3/2016 (expedientes 2274/15 y 2298/15). Se han agregado hipervínculos especialmente para su publicación en la *Revista del Notariado*, con el fin de ofrecer una lectura más completa. Los nombres de los consultantes y de las personas jurídicas involucradas se han abreviado.

1. [N. del E.: el lector podrá acceder a la web de la Dirección de Asuntos Técnicos de Frontera a través del siguiente [link](#) {el Ministerio actualmente se denomina del Interior, Obras Públicas y Vivienda}].

- d) Por último, la Directora agregó que la autorización de la referida escritura sin la previa conformidad afecta gravemente el sentido tenido en cuenta al momento del dictado,² esto es

Que las zonas fronterizas del país y las que rodean a ciertos establecimientos del interior son factores fundamentales de la defensa nacional, circunstancia que impone establecer que en las decisiones gubernativas que a su respecto se adopten deberán tener primacía los intereses de la referida defensa sobre todos los demás, cualquiera fuere su naturaleza.

- e) Por su parte, el escribano X ha expresado que su intervención en la escritura de escisión referida, inscrita en la Inspección General de Justicia (IGJ) el día 13 de abril de 2012, consistió en la protocolización, entre otras actas, de la de asamblea del 27 de septiembre de 2010 que decidió la escisión parcial del patrimonio de M. S. A. en favor de A. S. A., donde se incluyó el ya individualizado inmueble urbano sito en zona de frontera.

Agregó que el documento que debía inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble (RPI) no era su escritura sino el oficio firmado por la IGJ, que en su escritura no se realizaba transferencia de dominio alguna y que, de haber pedido la previa conformidad, los plazos del Ministerio del Interior y Transporte tienen tanta demora que superan los plazos que necesitan las empresas para otorgar este tipo de actos.

2. Análisis jurídico

A efectos de ordenar el análisis de la presente consulta, debemos dividirlo en tres puntos:

1) la escisión y los efectos de dicho acto societario en relación con la transferencia de los bienes de la sociedad escindida, la protocolización de la escritura y su inscripción en la IGJ y en el RPI; 2) la obligatoriedad para el escribano interviniente de solicitar la previa conformidad de zonas de frontera antes de otorgar la escritura de protocolización de actas de escisión; 3) el efecto de la autorización extemporánea por parte de Zonas de Frontera con relación al acto.

2.1. Efectos de la escisión

Se señala en los antecedentes que el escribano X otorgó una escritura mediante la cual se protocolizaron actas, entre las cuales se encuentra la de la asamblea del 27 de septiembre de 2010, que decidió la escisión parcial del patrimonio de Misafiero S. A. en favor de Alpuerto S. A., donde se incluyó el ya individualizado inmueble urbano sito en zona de frontera. Ahora bien, ¿cuál es el efecto del acto societario decidido en la mencionada

2. [N. del E.: el link dirige al texto vigente a la fecha de edición de este dictamen {fecha de consulta: 7/8/2017}, publicado en el portal web del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación. El lector podrá cfr. el texto original y el listado de normas modificatorias [aquí](#)].

asamblea en relación con la escisión y con la transferencia de los bienes de la sociedad escindida?

La escisión es una de las modalidades adoptadas por la Ley General de Sociedades (LGS) para reorganizar empresas. Lo que se escinde es la sociedad –no un socio con su parte alícuota en su patrimonio– y en el acto participan todos los socios actuales, quienes, en función de la escisión, acuerdan un modo especial de asignación del patrimonio del cual participan todos los socios de la entidad escindida.³ La escisión constituye un acto complejo que se compone de varios actos instrumentales, consumándose la transferencia patrimonial solo una vez que se cumplen las diversas etapas previstas por los artículos 88 y subsiguientes, que concluye con la inscripción registral, siendo destacable apuntar que, conforme los artículos 86 y 87 LGS (aplicables a los supuestos de escisión-fusión), el compromiso de escisión-fusión no solo puede revocarse mientras el acuerdo definitivo no se haya suscripto sino que hasta puede rescindirse mientras no se haya obtenido la inscripción registral. Las preguntas que deberíamos contestarnos son: ¿cuál es el efecto que tiene la protocolización de dicha acta de asamblea? y ¿cuál es el efecto de su inscripción en la IGJ y en el RPI?

A la primera pregunta podemos responder afirmando que la protocolización de las actas que comprenden un acuerdo de escisión no tiene más efecto que darle matricidad al acto societario, que ya tiene sus efectos desde producido, el que debe constar en las actas volcadas a los libros rubricados de la sociedad. Desde que se produce el acto societario se producen efectos, como la disolución total o parcial de una sociedad o constitución de una nueva, o cese de los administradores, etc. Y con la inscripción del acuerdo en el registro mercantil –hoy registro público– se produce la transferencia de los bienes (art. 82 LGS). Luego se libran los oficios al RPI para su inscripción en el registro inmobiliario respectivo. Con todo ello, en la escritura pública no se produce la efectiva transmisión de los bienes a la nueva sociedad sino con la inscripción en el registro público de comercio (hoy registro público).

Este caso es uno de los pocos casos de inscripciones constitutivas de derechos que se produce por la inscripción del acuerdo en la IGJ, la que luego envía oficios al RPI. Así prescribe el artículo 84 LGS, tercer párrafo (“inscripciones en registros”). Tanto en la constitución de una nueva sociedad como en la incorporación las inscripciones registrales que correspondan por la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio transferido y sus gravámenes deben ser ordenados por el juez o autoridad a cargo del registro público de comercio.⁴ Consecuentemente, en la escritura de protocolización

3. “La escisión consiste en una operación mediante la cual se destina parte del patrimonio de una o varias sociedades para constituir una o varias sociedades o para consolidar ese patrimonio con otra u otras sociedades existentes, atribuyendo por ese mismo acto, a los socios de la escidente, el carácter de socios de la sociedad receptora del patrimonio. Tras la modificación introducida por la ley 22903 a la Ley General de Sociedades, se incluye expresamente, como modalidad, la escisión total del patrimonio de una sociedad, conocida como división de sociedades, mediante la cual con la totalidad del patrimonio se constituyen dos o más sociedades, disolviéndose la primera, sin liquidarse” (D’ALESSIO, Carlos M. [dir.], *Teoría y técnica de los contratos. Instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 633).

4. “Todo el desplazamiento patrimonial es peculiar, casi diríamos entonces que la transmisión por vía de escisión, es sui generis, e importa un modo específico y global, que se consolida cuando la escisión se inscribe en el Registro Público de Comercio. Además, el artículo 88, inciso 6, de la ley 19.550, estipula que las inscripciones se practicarán aplicándose el art. 84, el cual determina que la resolución de la autoridad que ordene la inscripción y en la que

de actas de escisión no se configura ni título ni transferencia del dominio de los bienes incluidos en el patrimonio escindido.

Luego de la inscripción en el registro público de comercio (hoy registro público), el mismo libra oficios para comunicarle al RPI el cambio producido en la titularidad dominial habida (art. 84 LGS). Cabe entonces mencionar que podría ser el mismo registro público de comercio (hoy registro público; IGJ en la Ciudad de Buenos Aires o Dirección de Provincial de Personas Jurídicas en la provincia de Buenos Aires), quien solicite el debido cumplimiento de la previa autorización de la Dirección de Zonas de Seguridad de Fronteras, ya que es ese organismo el que provoca con la inscripción de la escisión la transmisión de dominio y libra los oficios para su inscripción registral.

2.2. Requisito de previa conformidad en zonas de fronteras

A priori, cabe aclarar que, debido a la dispersión y complejidad de la normativa existente en la materia de zonas de seguridad, se dictó la Resolución 106/2009 del Ministerio del Interior, a efectos de establecer una norma operativa en el tema y en un cuerpo unificado que reglamente el principio de conveniencia nacional ordenado por el artículo 42 de la Ley de Defensa Nacional 23554, dejando sin efecto las resoluciones del Ministerio de Defensa 202, 205, 206, 207, 209, 210 y 1751 de 1995, 217 y 220 de 1997, y 1800 de 1998. Por su parte, la mencionada Ley 23554 protege los bienes ubicados en zonas de seguridad y otorga el poder de policía para sus transmisiones a la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad. En su artículo 42 dice textualmente:

Reemplázase el texto del art. 4° del decreto ley 15385/44 por el siguiente:
“Artículo 4° - Declárase de conveniencia nacional que los bienes ubicados en la zona de seguridad pertenezcan a ciudadanos argentinos nativos. La Comisión Nacional de Zonas de Seguridad ejercerá en dicha zona la policía de radicación con relación a las transmisiones de dominio, arrendamientos o locaciones, o cualquier forma de derechos reales o personales, en virtud de los cuales debe entregarse la posesión o tenencia de inmuebles, a cuyo efecto acordará o denegará las autorizaciones correspondientes”.

El dictado de la Resolución 166/2009 de Zonas de Frontera puso claridad en la regulación de la materia. A los efectos del caso de la consulta, nos permitimos aclarar que el fin de la norma es la protección de los bienes que se encuentran en las zonas de seguridad, en defensa de los intereses de la patria, y que lo que persigue es que, en principio, dichos bienes pertenezcan a ciudadanos argentinos nativos. Por tal motivo, el artículo 3 del anexo I de la resolución dice:

Argentinos nativos o por opción, principio de conveniencia nacional. Los ciudadanos argentinos nativos o por opción [...] se encuentran exceptuados del régimen de Previa Conformidad en toda la Zona de Seguridad de conformidad con el principio general de conveniencia nacional contenido en

constará las referencias y constancias del dominio y de las anotaciones registrales, es instrumento suficiente para la toma de razón de la transmisión de la propiedad” (idem, p. 643).

el artículo 4º del Decreto-Ley N° 15385/44 (Ley 12913) reemplazado por el artículo 42 de la Ley N° 23554 de Defensa Nacional.

Asimismo, en el artículo 4, la resolución amplía esta excepción:

Argentinos naturalizados. Los argentinos naturalizados con más de cinco (5) años desde la obtención de su naturalización quedan exceptuados del régimen de Previa Conformidad en toda la Zona de Seguridad establecido en el artículo 4º del Decreto-Ley 15385/44 (Ley 12913) reemplazado por el artículo 42 de la Ley N° 23554 de Defensa Nacional.

Luego, se entendió que la propiedad en los centros urbanos no ponía en riesgo la soberanía y se exceptuó del régimen de previa conformidad a los adquirentes cualquiera fuese su nacionalidad. Este concepto se recogió en el artículo 14 de la resolución:

Quedan exceptuados del Régimen de Previa Conformidad los centros Urbanos o localidades detallados en el Anexo B que forma parte integrante de la presente Resolución, cualquiera fuera la nacionalidad de los adquirentes y su naturaleza jurídica, sean éstos Personas Físicas o Personas Jurídicas.

Asimismo, en el artículo 15 se establece que

Las Personas Jurídicas argentinas quedan exceptuadas del Régimen de Previa Conformidad establecido por el artículo 4º del Decreto Ley N° 15385/44 (Ley N° 12913), reemplazado por el artículo 42 de la Ley N° 23554 de Defensa Nacional, en todos los Centros Urbanos o localidades existentes en las Zonas de Seguridad.

Para controlar el fin perseguido por la norma, se incorporó a los escribanos intervinientes; así, dice el Decreto [32530/1948](#) en su artículo 2 que se obliga a los notarios que otorguen transferencias de inmuebles que estén en zonas de seguridad a solicitar la previa conformidad:

Todo escribano que deba escriturar transferencia o arrendamiento de inmuebles dentro de las zonas de seguridad está obligado a solicitar la autorización a que se refiere el artículo 4º de la ley y a dejar constancia al final de la escritura de que la transferencia o arrendamiento se realizan previa autorización de la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad.

Para el caso de excepción en que no se requiere la previa conformidad, el artículo 6 de la Resolución [166/2009](#) establece:

Intervención escribanos. Los escribanos intervinientes dejarán constancia de la excepción de Previa Conformidad establecida en los artículos 3º y 4º de esta Directiva, citando la presente Resolución en el texto de la escritura traslativa de dominio y adjuntarán a su protocolo el original del Formulario N° 5- Declaración Jurada para Argentinos Nativos o por Opción y Naturalizados con más de cinco (5) años de naturalización.

Dentro de los treinta (30) días posteriores al acto escriturario, deberán remitir al Ministerio del Interior, copia certificada de la escritura y adjuntarán el duplicado de la Declaración Jurada mencionada con la firma certificada del declarante, a efectos de que los datos puedan ser volcados a la Base de Datos consignada en el artículo 2º de la presente.

En el caso de la consulta, en que interviene el escribano X autorizando la escritura de protocolización de actas de escisión, podemos ver que el inmueble que se encuentra incluido en los bienes que conforman el patrimonio de la escisión es una unidad funcional construida, sita dentro del ejido urbano de la ciudad de San Carlos de Bariloche, y que la sociedad adquirente es una sociedad argentina, constituida en el país bajo la Ley 19550, con socios argentinos y directores argentinos. Por este motivo, podría encuadrar dentro de las excepciones previstas en los artículos antes transcritos.

Cabe aclarar que la norma define los centros urbanos que encuadran en el caso (art. 13):

Definición. Entiéndase como centro urbano o localidad a todo aquel fraccionamiento de tierra dividido en manzanas o unidades equivalentes, determinadas total o parcialmente por calles, como asimismo a aquellas parcelas que no estando fraccionadas están rodeadas parcial o totalmente por fraccionamiento en manzanas o unidades equivalentes, destinadas a asentamientos humanos intensivos, en los que se desarrollan usos vinculados con la residencia, con conexión a redes de provisión de servicios y calles pavimentadas y/o mejoradas.

Ello implica que, en cumplimiento de los fines que persigue garantizar, la reglamentación ha tenido en consideración que la adquisición de fracciones en centros urbanos o localidades que se encuentren en zonas de seguridad por parte de personas jurídicas argentinas no pone en peligro la seguridad de las fronteras, toda vez que, por su propia condición jurídica, materializan una adquisición que en definitiva presenta sustancialmente características similares a las adquiridas por personas físicas argentinas.

Sin embargo, por otra parte, el artículo 8 de la misma norma establece:

Modificación societaria. Deberá solicitarse la Previa Conformidad para la autorización de escrituras de transformación, fusión o escisión de sociedades, en cuyo capital social existan uno o varios inmuebles ubicados en Zona de Seguridad.

Asimismo, deberá solicitarse la Previa Conformidad para las transferencias de acciones suficientes que impliquen el control de una sociedad que fuere propietaria de uno o más inmuebles ubicados en Zona de Seguridad.

O sea que, analizando este artículo, podríamos afirmar que, aunque el bien sea urbano, la sociedad adquirente argentina y que la transferencia del dominio del inmueble en la escisión se produce recién una vez inscripto el oficio otorgado por la IGJ, el escribano autorizante debería solicitar la previa conformidad.

Dicho todo esto, podemos ver que el juego entre los artículos transcritos no deja bien en claro si la excepción prevista para las personas jurídicas argentinas adquirentes de inmuebles urbanos alcanza al caso en cuestión o si el hecho de que el escribano hubiera autorizado una escritura de escisión que incluye un inmueble ubicado en zona de seguridad obliga al escribano a solicitar la previa conformidad. Este tema se puede discutir, pero sí podemos afirmar, en principio, que si la finalidad de la normativa actualmente vigente es asegurar que personas de nacionalidad extranjera no comprometan la seguridad de las fronteras o cuando por razón de la escisión se incorporen nuevos socios –finalidad que no se atiende cuando los socios partícipes de la escisión siguen siendo los mismos–, entendemos que en el caso no existe transferencia patrimonial que beneficie a terceros no partícipes del acto societario que vulnere el espíritu de la norma. Igualmente, el artículo

8 antes transcripto no diferencia en el tipo de acuerdo de escisión que se transcribe en la escritura de protocolización y requiere sin distinciones que se exija la previa conformidad al autorizar este tipo de actos.

En síntesis, ante la realidad fáctica sumada a la realidad jurídica resultante del hecho de que los socios, tanto en la escidente como en la escindida, eran los mismos y de que son todos argentinos, al igual que la sociedad y sus directores, no se advierte que el interés jurídico protegido por las normas se vea afectado por la omisión del trámite de la previa conformidad que la Dirección de Asuntos Técnicos de Fronteras entendió que debió solicitarse.

2.3. Conformidad posterior

Igualmente y por último, el escribano X solicitó extemporáneamente la conformidad a la Dirección de Asuntos Técnicos de Fronteras, la que fue otorgada por Resolución 1679 del 28 de agosto de 2015, y se autorizó al escribano interviniente a que subsane el defecto de omisión mediante escritura complementaria, que otorgó bajo el número [...], con fecha 9 de octubre de 2015, al folio [...] de su registro. En base a esto, podemos confirmar que, si bien no se cumplió con el requisito administrativo de previa conformidad, la autoridad de control interpretó que, por todo lo antes expuesto, no se puso en modo alguno en peligro la soberanía nacional por el acto *escisionario* recogido en la escritura pública de protocolización de actas otorgada por el escribano X y, por tal motivo, le otorgaron la autorización posteriormente y la posibilidad de subsanar la omisión por escritura complementaria que fue otorgada en tiempo y forma.

La autoridad de control tiene la facultad de otorgar excepciones a la solicitud de previa conformidad, lo que comprende también la posibilidad de sanear los actos materializados sin aquella en la medida en que la subsanación no resulte opuesta al criterio de conveniencia nacional que la normativa aplicable busca garantizar.⁵ Por tal motivo, entendemos que si le fue otorgada la autorización en forma posterior al acto escriturario es porque no se incumplió con ningún deber grave por parte del notario. Al mismo tiempo, no se advierte daño, presupuesto de la responsabilidad, con lo que la cuestión, a nuestro entender y desde el punto de vista jurídico, tanto en lo sustancial como en lo formal, deviene abstracta.

5. Ver dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación de fecha 7/10/1985 (175:22-23) [N. del E.: acceder al dictamen [aquí](#)].

El régimen internacional de las obligaciones*

José A. Márquez González

RESUMEN

Se examinan puntos específicos de la teoría de las obligaciones tal y como han sido formulados en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales dados a conocer por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). El ensayo detiene su atención en el análisis comparativo de algunas máximas y principios legales de los derechos anglosajón y romanista.

PALABRAS CLAVE

Derecho civil, teoría de las obligaciones, derecho uniforme, derecho comparado.

Fechas de recepción y aceptación

15/1/2017 - 12/4/2017

Sumario: 1. Introducción. 2. El principio “pacta sunt servanda” y la cláusula “rebus sic stantibus”. 3. La oferta. Revocación y aceptación. 4. Condiciones generales de contratación (o cláusulas estándar). 5. Validez del contrato. Lesión y anulación. 6. Marco de interpretación. 7. Consideraciones finales. 8. Apéndice. 9. Bibliografía.

1. Introducción

El *Institut International pour l'Unification du Droit Privé* (UNIDROIT) publicó en Roma, en 1994, las versiones originales en inglés y francés de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en lo que sigue, “los Principios”). La versión en español se publicó en 1995, también en Roma. Algunas modificaciones tuvieron lugar en 2004, 2010 2016 y en este último caso, con la adición de veintiséis artículos que tratan temas nuevos, como los relativos a los contratos fallidos, la ilicitud, el establecimiento de condiciones y la concurrencia de varios deudores o acreedores.¹ El texto completo de los Principios está formado por un total de once capítulos y doscientos once artículos, contados a la manera latina (desde el 1.1 hasta el 11.2.4).

* Versión corregida, adicionada y actualizada del ensayo titulado “La teoría general de las obligaciones en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales”, publicado en *Revista Mexicana de Derecho*, México D. F., Colegio de Notarios del Distrito Federal, N° 1, 1999, pp. 239-254.

1. [N. del E.: ver tabla de correspondencias entre las tres versiones {1994, 2004, 2010} aquí].

Los Principios no constituyen un instrumento vinculante a nivel internacional. Por tanto, no requieren de la aprobación ni ratificación de los gobiernos de los estados. En realidad, se espera su aceptación y divulgación por su exclusivo poder de inspiración y convencimiento, en virtud de su valor intrínseco y de la conciliación de intereses que ha resultado de la aportación multinacional de unos cien juristas de todos los países del mundo interesados en el proyecto. Como se afirma en su preámbulo, estos principios pueden ser utilizados para interpretar, suplir y adicionar textos internacionales de derecho uniforme y servir también de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional. Colaboraron en la redacción de los *Principios* numerosos abogados, magistrados, funcionarios y catedráticos universitarios a lo largo de veinticinco años desde que inició su elaboración el profesor francés René David (1906-1990), uno de los más grandes comparatistas del siglo pasado.

He elegido discrecionalmente solo unos cuantos de los temas más interesantes que de allí resultan: el asunto en realidad –como puede fácilmente adivinarse– es mucho más vasto y complejo. Sin embargo, espero que el trabajo destaque la naturaleza del problema y los modos que se han utilizado para dilucidar la cuestión. Utilizo aquí un triple método de aproximación, histórico, comparativo y exégetico, que ilustra la magnitud del problema y la pertinencia de soluciones, ya eclécticas, ya decididamente parciales, o inéditas por completo.

La dificultad del tema a tratar, la metodología múltiple y compleja que exige y aun los reducidos límites de este ensayo hacen aparecer cualquier resultado como modesto, pero el análisis evidencia una dirección y un sentido. En un ensayo como este, se puede profundizar fácilmente en cualquiera de las tres direcciones en los métodos empleados, pero fuera de un afán inútil de erudición, lo que interesa es examinar la conveniencia de la solución producida en la realidad. En este aspecto, la comunidad académica y las asociaciones forenses se ocupan de examinar el resultado de su puesta en práctica con las decisiones relativas de los tribunales competentes.

2. El principio “*pacta sunt servanda*” y la cláusula “*rebus sic stantibus*”

En el artículo 1.3² de los Principios,

Se establece el principio fundamental de derecho denominado “*pacta sunt servanda*” (en la expresión medieval original, “*pacta quantumcunque nuda servanda sunt*”). La preceptiva se reitera mucho más adelante (art. 6.2.1), al establecerse que

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*).³

2. Principios, art. 1.3: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Solo puede ser modificado o extinguirse conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios” (traducción oficial de la versión en español de 2010).

3. *Hardship*: privación o sufrimiento (*Webster’s Ninth New Collegiate Dictionary*, Massachusetts, Merriam-Webster Inc., 1983, p. 553).

Constituyendo esta la regla general, comporta sin embargo una notable excepción con lo dispuesto en el artículo 6.2.2, en donde se establece la aplicación excepcional de la cláusula “*rebus sic stantibus*”:

Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Ambas máximas, “*pacta sunt servanda*” y “*rebus sic stantibus*”, tienen una larga historia tras de sí. Dice la leyenda que [Agamemnon](#) le había ofrecido a la diosa [Ártemis](#) (la [Diana](#) latina) el sacrificio de lo más hermoso que hubiese nacido, a la sazón, en todo su reino. Para su desgracia, precisamente ese año, nació su hija [Ifigenia](#) y, como es lógico, [Agamemnon](#) se resistía a cumplir su palabra. Sin embargo, tuvo que ceder, pero llegado el momento supremo, [Ártemis](#) hubo de compadecerse y, antes de caer la daga, substraigo a [Ifigenia](#) y en su lugar colocó a un cervatillo, trasladando a [Ifigenia](#) al [Olimpo](#).

En el siglo I antes de nuestra era, [Marco Tulio Cicerón](#) escribía en *De officiis* acerca de “si se deben cumplir siempre los pactos y promesas aun con riesgo de la vida o del decoro” en los contratos en que se añade una cláusula de buena fe:

... que era de muchísima extensión, pues entra en las tutelas, compañías, confianzas, legados, compras, ventas, alquileres, arrendamientos, en que consiste todo el comercio de la vida humana; y creía él que era de un juez muy prudente [...] prescribir el resarcimiento a que cada uno de los contrayentes quedaba obligado. [...] Así que no siempre se deben cumplir las promesas, como ni pagar los depósitos. Si alguno depositó en ti una espada estando en su sano juicio, y te la pidiese furioso, será pecado el dársela, y el no dársela cumplir con la obligación. [...] Así muchas cosas que naturalmente parecen honestas, dejan de serlo según las circunstancias: el hacer lo prometido, cumplir los pactos, pagar los depósitos, **mudada la utilidad se hacen torpes**.⁴

En el propio *Digesto*, varios siglos después, [Justiniano](#) consigna una frase precisa que parece anticipar el desenvolvimiento teórico posterior de la cláusula “*rebus sic stantibus*” con referencia a la rescisión de la venta y la licitud en su desistimiento:

Si la cosa que te había comprado, te la hubiera comprado de nuevo en mayor o menor precio, nos desligamos de la primera compra (porque puede deshacerse la compra, por acuerdo nuestro, **en tanto las cosas están como estaban**)...⁵

4. CICERÓN, Marco T., *Los oficios o los deberes*, libro III, México, Porrúa, 1982, capítulos XVII y XXV, pp. 83-84 y 90. (El destacado es mío). [N. del E.: ver [aquí](#) {Madrid, Imprenta Real, 1788}; edición digitalizada por la Biblioteca Valenciana Digital].

5. AA. VV., *Digesto*, 18.5.2 (Pamplona, Aranzadi, t. 1, p. 683). (El destacado es mío).

Pero también es cierto que san Mateo ya había consignado, en un famoso pasaje:

³⁴ Pero yo os digo: no juréis en ninguna manera; ni por el cielo, porque es el trono de Dios; ³⁵ ni por la tierra, porque es el estrado de sus pies; ni por Jerusalén, porque es la ciudad del gran Rey. ³⁶ Ni por tu cabeza jurarás, porque no puedes hacer blanco o negro un solo cabello. ³⁷ Pero sea vuestro hablar: sí, sí; no, no. Porque lo que es más de esto, de mal procede.⁶

Hay expresiones similares en Eclesiastés, Salmos y Deuteronomio:

³ Cuando a Dios haces promesa, no tardes en cumplirla; porque él no se complace en los insensatos. Cumple lo que prometes. ⁴ Mejor es que no prometas, y no que prometas y no cumplas.⁷

¹² Prometed, y pagad a Jehová, vuestro Dios...⁸

²³ Pero lo que hubiere salido de tus labios, lo guardarás y lo cumplirás...⁹

Ahora bien, habría de ser decisiva la intervención de la doctrina canonista para ofrecer por fin un marco referencial completo a la posible alteración de los términos del contrato en virtud de circunstancias sobrevinientes, porque si bien es cierto que a partir de aquí la interpretación medieval había considerado el hecho de que todo pacto obliga, también lo es que el compromiso debía partir de una causa noble y bajo el supuesto de que no pueden resultar mudadas las condiciones existentes en el origen del negocio. Así, santo [Tomás de Aquino](#) diría que puede excusarse la infidelidad por dos razones:

... la una, porque prometió algo pecaminoso [...] y entonces hace bien en cambiar de intención. O también porque han cambiado las condiciones personales o reales del caso.¹⁰

En general, la doctrina canonista –inspirada en principios más nobles y piadosos– habría de morigerar la dureza de la expresión inicial del “*pacta sunt servanda*” con ayuda de la teoría del *pretium iustum* e instaurando entonces la salvedad “*rebus sic se habentibus*”, formulación original de la versión abreviada actual “*rebus sic stantibus*”. Sin embargo, la rueda de los acontecimientos históricos continuó girando y muy pronto se alcanzaron derivaciones imprevistas en la cuestión.

El auge de las teorías iusnaturalistas en el [Renacimiento](#) produjo un factor de desacralización de los principios jurídicos que condujo directamente al abandono de la noción. [Francisco Suárez](#), [Hugo Grocio](#), [John Locke](#), [Jean-Jacques Rousseau](#) y [Thomas Hobbes](#) esgrimieron, cada uno en su tiempo, el valor de la voluntad como soberana de

6. Mt 5, 34-37 (en La santa Biblia [antigua versión de Casiodoro de Reina], México, Sociedades Bíblicas Unidas, [s. f.], p. 879).

7. Ecl 5, 4-5 (idem, p. 640).

8. Sal 76, 11 (idem, p. 566).

9. Deut 23, 23 (idem, p. 200).

10. “*Si vero non faciat quod promisit, tunc videtur infideliter agere per hoc quod animum mutat. Potest tamen excusari ex duobus. Uno modo, si promisit id quod est manifeste illicitum, quia promittendo peccavit, mutando autem propositum bene facit. Alio modo, si sint mutatae condiciones personarum et negotiorum*”. (DE AQUINO, Tomás, *Summa theologiae*, parte II-II, c. 110, art. 3, ad 5 [México, Porrúa, 1985, pp. 246 y ss.]) [N. del E.: acceda a una versión digital de la obra [aquí](#)].

los destinos humanos y el respeto de la palabra comprometida como máxima universal de derecho natural, no solo entre los individuos sino aun entre los países.¹¹

En este marco ideológico, el *Código de Napoleón* terminó por fijar la cuestión, argumentando lo siguiente:

Los pactos legalmente formados tienen fuerza de ley para aquellos que los han hecho. No pueden ser revocados sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que están autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe. (Art. 1134).

Los pactos obligan no solo a lo que se expresa en ellos, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza. (Art. 1135).¹²

A raíz de las dos grandes guerras mundiales, en Inglaterra y Alemania hubo de desarrollarse doctrinalmente un gran movimiento de ideas que condujo, sin embargo, a una grave modificación de la cuestión. Bajo la denominación genérica de doctrina de la frustración y desaparición de la base del negocio, así como de la existencia de una *valuable consideration* o *tacit assumption*, se analizaron casos típicos que sustentaron doctrinalmente la conveniencia de un cambio en la materia.

Así sucedió con el arriendo de un surtidor de gasolina que no pudo explotarse debido a la incautación ordenada y con la pretensión de instalar un anuncio luminoso en la pared de una casa alquilada, frustrada por las medidas de oscurecimiento de la ciudad de Londres en previsión de bombardeos. Los casos de la *coronation* inglesa en 1902 también habían sentado precedente con el arriendo de ventanas, habitaciones y hasta un barco con el propósito de presenciar el desfile naval de *Eduardo VII* –finalmente no tuvo lugar–. Hubo algún otro caso disperso, como el de un contrato con el dueño de un remolcador para desencallar un barco luego puesto a flote por una marea inusitada.

En el vaivén legislativo que la cuestión ha sufrido desde entonces, el *Código Civil de Colombia* (arts. 1602 y 1603), por ejemplo, aparece con la misma posición que guardaba el *Código francés*, es decir, reconociendo la fuerza vinculante de los convenios e impidiendo su alteración; antes bien, extendiendo su obligatoriedad no solamente a lo que en ellos literalmente se consigne, sino también a un abanico de consecuencias no previstas en sus términos, pero sí conformes con la equidad, el uso o la interpretación de la ley.

11. “Puesto que ningún hombre tiene por naturaleza autoridad sobre su semejante, y puesto que la fuerza no constituye derecho alguno, quedan sólo las convenciones como base de toda autoridad legítima sobre los hombres” (ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, libro I, capítulo IV, México, Porrúa, 1974, pp. 5-6).

“De esta ley de naturaleza, según la cual estamos obligados a transferir a otros aquellos derechos que, retenidos, perturban la paz de la humanidad, se deduce una tercera ley, a saber: que los hombres cumplan los pactos que han celebrado. Sin ello, los pactos son vanos, y no contienen sino palabras vacías [...] cuando se ha hecho un pacto, romperlo es injusto. La definición de injusticia no es otra sino ésta: el incumplimiento de un pacto” (HOBBS, Thomas, *Leviathan*, parte I, capítulo XV, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 118 y ss.).

12. Art. 1134, *Code Napoléon*: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. - Elles en peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”.

Art. 1135, *Code Napoléon*: “Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature”. [N. del E.: acceda [aquí](#) a una versión digital del Código de Napoleón de 1804 {los arts. citados se ubican en la p. 275}; el lector podrá cfr. también el Código Civil de Francia [vigente](#)].

En México, la situación ha cambiado, porque el [Código Civil](#) ha reformado el artículo 1796 e incorporado los artículos 1796 bis y 1796 ter, para el caso de “acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas”. Por su parte, el [Código Civil de Veracruz](#), que también ha sido reformado, fija la cuestión en un salomónico cincuenta por ciento de pérdidas y ganancias mutuas (arts. 1792 A-F).¹³

Los Códigos Civiles de [Italia](#) (art. 1467), [Argentina](#) (art. 1091) y [Portugal](#) (art. 437), la [Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías](#) (New York, 2011) (art. 79) y el [Uniform Commercial Code](#) de los Estados Unidos (UCC), (§§ 2-615 y 2-616) consignan en forma expresa la procedencia de la cláusula por alteración de las circunstancias existentes al momento de la confección del contrato, mientras que la doctrina y la jurisprudencia alemana interpretan extensivamente el concepto de buena fe (ver art. 242 del [Código Civil de Alemania](#) [*Bürgerliches Gesetzbuch* {BGB}]); e incluso en Francia una reforma muy reciente ya previene la revisión del contrato por causa de imprevisión (art. 1195).¹⁴

De esta manera, los artículos relativos de los Principios no hacen sino incorporar las tendencias más recientes del derecho civil internacional en lo relativo a la moderación y limitación del principio general “*pacta sunt servanda*” a través de la cláusula de excepción “*rebus sic stantibus*”.

3. La oferta. Revocación y aceptación

Por su parte, los artículos 2.1.4 y siguientes de los [Principios](#) prevén el caso de revocación de la oferta, estableciendo como regla general el principio de que la oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes de que este haya enviado la aceptación:

- (2) Sin embargo, la oferta no podrá ser revocada
- (a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable;
- (b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.

Por tanto, los Principios adoptan aquí una posición ecléctica, que oscila entre la regla general que permite la revocación de la oferta y la consignación de reglas específicas que posibilitan el rompimiento de dicha regla. Se trata de conciliar así la disparidad de opiniones en el derecho comparado, porque en los sistemas derivados del *common law* una oferta no tiene fuerza legal en lo absoluto, ni siquiera en los casos en que pueda servir

13. En el resto de la República Mexicana, otros Códigos Civiles como los de [Jalisco](#) (arts. 1787-1788), [Aguascalientes](#) (arts. 1733-1734) y [Guanajuato](#) (art. 1351, III) consignan también la misma hipótesis.

14. Art. 1195 [Code Civil](#): “Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe” (modificado por la Ordenanza N° 2016-131, del 10/2/2016).

de base para el fincamiento de responsabilidad del daño –esto obedece, como se sabe, al principio de vinculación que reside en la expresión “*consideration*”–.

A pesar de ello, el *UCC* se aparta de esta tradición al prescribir que

Una oferta hecha por un comerciante para comprar o vender mercancías en un documento firmado, el cual en sus términos otorgue la seguridad de que la oferta será mantenida, no es revocable por falta de contraprestación... (§ 2-205 *UCC*).¹⁵

Por el contrario, en los sistemas romanistas prevalece en general el punto de vista opuesto, como puede observarse en los códigos francés, italiano, alemán, brasileño y argentino:

Todo hecho cualquiera del hombre que cause al otro un daño obliga a aquel en cuya virtud ha sido causado a su reparación. (Art. 1382 *Code*).¹⁶

La propuesta puede ser revocada en tanto en cuanto el contrato no se haya concluido. Sin embargo, si el aceptante, de buena fe, ya emprendió su ejecución antes de tener noticias de la revocación, el proponente está obligado a indemnizarlo por los gastos y las pérdidas sufridas por el principio de ejecución del contrato. La aceptación puede ser revocada siempre que la revocación llega al tanto del oferente antes de la aceptación. (Art. 1328 *Codice*).¹⁷

Una declaración de voluntad que ha de emitirse frente a otro, si es emitida en su ausencia, se hace eficaz en el momento en que llega a él. No es eficaz si antes o simultáneamente llega a otro una revocación... (§ 130 *BGB*).

Quien propone a otro la conclusión de un contrato está vinculado a la oferta, a no ser que haya excluido la vinculación. (§ 145 *BGB*).

La oferta de un contrato obliga al proponente si lo contrario no resulta de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso. (Art. 427 *CCIV de Brasil*).¹⁸

La oferta obliga al proponente, a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso. (Art. 974 *CCCN de Argentina*).

Un caso algo más problemático se encuentra previsto en el artículo 2.1.6, inciso 2), de los Principios: “La aceptación de la oferta produce efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente”. El artículo 1807 del *Código Civil mexicano* acepta esta teoría (de la recepción), aunque el 2340 consigna una clara excepción para el contrato de donación.¹⁹ En el derecho comparado, las soluciones también aparecen en forma dispar

15. *UCC*, § 2-205: “Firm Offers. An offer by a merchant to buy or sell goods in a signed writing which by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable for lack of consideration...”

16. Art. 1382, *Code*: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”.

17. Art. 1328, *Codice*: “*Revoca della proposta e dell’accettazione.- La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia, se l’acceptante ne ha intrapreso in buona fede l’esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l’iniziata esecuzione del contratto. L’accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell’accettazione*”.

18. Art. 427, *Código Civil do Brasil*: “*A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*”.

19. Otros casos en México se encuentran previstos en el art. 21-I de la *Ley sobre el Contrato de Seguro*, el art. 56 de la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, y el art. 222 de la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos*. Ver mis ensayos “¿Cuándo se perfecciona un contrato?”, en *Revista de Derecho Notarial*, México, Colegio Nacional del

(434, Brasil; 1214, [Puerto Rico](#); 974, Argentina; 224, Portugal; 1262, [España](#); 1335, Italia; 130, Alemania).

4. Condiciones generales de contratación (o cláusulas estándar)

Los artículos 2.1.19 y siguientes incorporan en los [Principios](#) el tema de las cláusulas estándar, estipulando lo siguiente:

(2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

En el derecho comparado, el asunto se encuentra planteado en el [BGB](#) en términos muy genéricos: “El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico” (§ 242). Por su parte, el [Codice](#) italiano refiere:

Las condiciones generales del contrato predisuestas por uno de los contrayentes son eficaces en relación con el otro, si al momento de la conclusión del mismo este las ha conocido o habría debido conocerlas usando una diligencia ordinaria [...] En todo caso, no producen ningún efecto si no son específicamente aprobadas por escrito. (Art. 1341).²⁰

Aun el [UCC](#) trata el tema:

Cláusulas o contratos irrazonables. (1) Si el tribunal como punto litigioso juzga que el contrato o alguna de sus cláusulas han sido irrazonables al momento en que fueron hechas, la corte puede rehusar la ejecución del contrato... (§ 2-302)²¹

En Brasil, la Ley [8078](#) (1990), define la figura del *contrato de adesão*:

El contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido. (Art. 54).²²

Notariado Mexicano, N° 115, 2000, pp. 136-148; y “Formación de los contratos. Buscando reglas uniformes”, en *Notarius International*, Würzburg, Unión Internacional del Notariado Latino, v. 9, N° 1-2, 2004, pp. 99-111.

20. Art. 1341, [Codice](#): “Condizioni generali di contratto. Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza [...] In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto...”.

21. [UCC](#) § 2-302: “Unconscionable Contract or Clause. (1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract...” El Código Civil mexicano no contiene ninguna disposición al respecto. De hecho, la única estipulación dogmática sobre el tema se encuentra en el art. 86 de [Ley Federal de Protección al Consumidor](#), que prevé el registro previo de los contratos de adhesión ante la Procuraduría cuando “impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento”.

22. Art. 54 Ley [8078](#): “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

5. Validez del contrato. Lesión y anulación

En distinta materia, el capítulo tercero de los Principios se refiere a la validez del contrato, precisando en su artículo 3.1.2 que “todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional”. Antes, en la versión de 1994, los Principios no cubrían la invalidez del contrato causada por incapacidad, falta de legitimación e inmoralidad o ilegalidad (antiguo precepto 3.1). Ahora, estas cuestiones sí aparecen incluidas, tan solo con la excepción de la falta de capacidad de las partes, expresamente exceptuada en el nuevo artículo 3.1.1.²³ Asimismo, se añadió una disposición sobre el carácter imperativo de estos preceptos, particularmente de los relativos al dolo, la intimidación, la excesiva desproporción y la ilicitud. Repaso enseguida algunos pocos puntos que me han parecido importantes, en particular los concernientes a las figuras de lesión y formas de anulación del contrato.

Dentro de las anomalías que pueden surgir al momento de la celebración del contrato, el artículo 3.2.7 de los Principios consigna el caso de excesiva desproporción:

- (1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva...

En la doctrina del derecho comparado, la figura de la lesión ha surgido de un proceso secular de decantamiento que ha logrado tamizar su significado y sus alcances. Desde hace mil quinientos años, el *Corpus iuris civilis* preveía como muy natural la existencia de cierto lucro al contratar:

- ... al comprar y vender se admite como natural el comprar en menos lo que vale más, o vender en más lo que vale menos, y aprovecharse así de la otra parte.²⁴

Imaginando las dificultades y los abusos a que esto podía dar lugar, se regulaba la figura de la *laesio enormis*, es decir, un daño excesivo que superaba más de dos veces el precio real del objeto.²⁵

Mucho más tarde, santo Tomás se preocupó elocuentemente de la cuestión al precisar que

- ... si el precio excede el valor del objeto [...] se sobrepasa la igualdad propia de la justicia. Por tanto, vender más caro o comprar más barato del precio real del objeto de suyo es injusto e ilícito.²⁶

23. Tal vez una de las razones más ostensibles para no regular la falta de capacidad de las partes tenga que ver con los distintos cómputos previstos para la mayoría de edad en el campo del derecho internacional. Así, en buena parte de los países la capacidad plena de obrar se adquiere a los dieciocho años, pero en otros países puede ser a una edad más temprana, como en Austria (diecinueve), o más tardía, como en Suiza y Japón (veinte). Véase mi ensayo “La persona jurídica”, en *Revista de Derecho Privado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, N° 7, 2005, pp. 93-114.

24. AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 5), 19.2.22, p. 718.

25. *Codex Justinianus*, 4.44.2 y 4.44.8.

26. DE AQUINO, Tomás, ob. cit. (cfr. nota 10), parte II-II, c. 77, art. 1, pp. 232-233.

Medio milenio después, sin embargo, el *Code Napoléon* precisó dogmáticamente la cuestión, estableciendo que “la lesión no vicia los convenios más que con relación a ciertos contratos o en consideración a determinadas personas” (art. 1118).²⁷

Modernamente, el *Codice* italiano consigna la procedencia de una acción general de rescisión por lesión:

Acción general de rescisión por lesión. Si hay desproporción entre las prestaciones de una parte y las de la otra y esta desproporción ha dependido del estado de necesidad de una de ellas, del cual la otra se ha aprovechado para sacar ventaja, la víctima puede demandar la rescisión del contrato. (Art. 1448).²⁸

Por su parte, el *Código Civil* español prescribe en su artículo 1293 que “ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1º y 2º del artículo 1291”, que se refieren a los contratos celebrados por tutores sin autorización del consejo de familia y los celebrados en representación de los ausentes.²⁹

En este mismo capítulo tercero de los Principios, que se refiere a la validez del acto, el artículo 3.2.11 establece el derecho de anular el contrato dentro de un plazo razonable y teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el caso una vez conocidos los hechos. Tal comunicación a la otra parte configura una hipótesis excepcional para nuestro sistema jurídico, que no autoriza semejante ruptura del contrato a través de una comunicación.³⁰

El artículo 3.2.13 se refiere expresamente a la situación de anulación parcial de los términos de un contrato. En efecto,

Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas, a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar la validez del resto del contrato.

Tal disposición hace juego con la situación prevista en el artículo 6.1.17, que, en la parte final del inciso 1), autoriza a conservar “el resto del contrato”, en abierto homenaje al principio de “*favor negotii*”, ya conocido por los romanos.³¹ El principio responde pues a una gran tradición que puede fácilmente encontrarse en preceptos expresos en

27. Art. 1118, *Code Napoléon*: “La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes...”. [N. del E.: acceda [aquí](#) a una versión digital del Código de Napoleón de 1804 {el art. citado se ubica en la p. 276}].

28. Art. 1448, *Codice*: “Azione generale di rescissione per lesione. Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto”.

29. El Código de Comercio de México no autoriza la rescisión de las ventas mercantiles por causa de lesión, aunque concede una acción por daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con dolo o con malicia, ya en la formación de un contrato, ya en su cumplimiento (art. 385), a diferencia del código civil, que en esta misma hipótesis, establece la nulidad del contrato o la reducción equitativa de la obligación (arts. 17 y 2256).

30. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) habla solo de “modificación o extinción” (art. 28). [N. del E.: ver [aquí](#)].

31. Se encuentra establecido en el *Digesto*, al tratar sobre las obligaciones verbales, que “si hay tantas estipulaciones como objetos, dos son –en este caso– las estipulaciones, una válida y otra no, y no se invalida aquella por esta” (“*utile per inutile non vitiatur*”) (AA. VV., ob. cit. [cfr. nota 5], 45.1.1.5, p. 485)].

la gran mayoría de las legislaciones civiles contemporáneas (1419, Italia; 292, Portugal; 139, Alemania).³²

6. Marco de interpretación

Resulta conveniente precisar que, a lo largo de los once grandes capítulos y los doscientos once artículos que conforman el marco legislativo de los Principios, campea una serie de fórmulas que, recurriendo a expresiones deliberadamente vagas y amplias, procuran matizar y resolver la adecuada interpretación de sus normas. Así, expresiones como “buena fe y lealtad negocial”, “cláusula manifiestamente desleal”, “criterios comerciales razonables”, “persona sensata de la misma condición”, “sentido común”, “previsión razonable –o irrazonable–”, “cooperación contractual” y “discreción del tribunal” conforman todo un marco de interpretación que es necesario adecuar a nuestra mentalidad romanista, aun cuando en el capítulo cuarto, que versa precisamente sobre interpretación, se recogen viejas máximas que es posible encontrar en las formulaciones literales del *Digesto* y en las obras eruditas de Pothier y de Savigny.³³ Por ejemplo, se establece en el *Digesto* que “cuando las palabras de una estipulación son ambiguas, es lo más práctico interpretarlas al objeto de procurar el resultado del negocio querido por las partes”, siguiendo una expresión de Ulpiano.³⁴ Ello explica, desde luego, que, conforme al artículo 4.1, inciso 1), de los Principios, “el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes”.³⁵

Normas de gran tradición romanista se encuentran asimismo en otros preceptos: por ejemplo, el artículo 4.2, que se refiere a la “diligencia de un buen padre de familia”;³⁶

32. Art. 1419, *Codice*: “Nullità parziale. La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”.

Art. 292, *Código Civil do Portugal*: “(Redução) A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada”.

Art. 2238, *Código Civil de México*: “El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo, si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo íntegramente subsistiera”.

33. He contado, en efecto, setenta y nueve veces el empleo de este tipo de expresiones interpretativas en los Principios. Las expresiones –formulada en forma positiva o negativa– que más se repiten son “razonable”/“irrazonable” (¡cincuenta y siete veces!).

34. AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 5), 45.1.80, p. 501.

35. Sin embargo, esta regla resulta directamente en contra de la previsión legislativa que establece el *UCC* en § 2-202, que atiende a la máxima “parol evidence rule”: “Final Written Expression: Parol or Extrinsic Evidence. Terms with respect to which the confirmatory memoranda of the parties agree or which are otherwise set forth in a writing intended by the parties as a final expression of their agreement with respect to such terms as are included therein may not be contradicted by evidence of any prior agreement or of a contemporaneous oral agreement...”. La doctrina sajona ha interpretado que, en efecto, debe estrictamente atenderse a la expresión literal empleada: “Interpretation of words and of other manifestations of intent forming an agreement is the ascertainment of the meaning to be given to such words and manifestations” (Restatement (Second) Contracts, 226). “It is not primarily the intention of the parties which the court is seeking, but the meaning of the words at the time and place when they were used” (WILLISTON, Samuel, *Contracts*, Nueva York, Baker Voorhis and Co., 1957, § 613, p. 583).

36. Aunque la expresión utilizada en el texto reza literalmente “una persona razonable de la misma condición que la otra parte”, el texto anterior decía “una persona sensata de la misma condición, colocada en las mismas circunstancias”. AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 5), 13.6.18, p. 527.

el artículo 4.5, que alude a la máxima “*favor negotii*”;³⁷ y el artículo 4.6, que consigna la expresión “*in dubio contra stipulatorem*”.³⁸

7. Consideraciones finales

Existen, desde luego, muchas más cosas que analizar en los Principios. La brevedad de este ensayo no permite su análisis, pero, aun con lo poco visto hasta aquí, es fácil darse cuenta de que su confección ha involucrado la incorporación de viejos principios de tradición romanista e instituciones novedosas surgidas al amparo del *common law*. Como punto de partida, en los Principios se ha intentado la armonización –tenazmente buscada– de sistemas jurídicos no solo distintos sino frecuentemente opuestos.

Es posible advertir de inmediato que en los Principios se recurre a expresiones tan familiares como las de “*pacta sunt servanda*”, “cláusula ‘*rebus sic stantibus*’”, “*culpa in contrahendo*”, “*utile per inutile non vitiatur*”, “*favor negotii*”, “*in dubio contra stipulatorum*”, “*exceptio non adimpleti contractus*”, etcétera, mientras que se utilizan al propio tiempo principios de tradición sajona tan ajenos a nuestra formación jurídica como los que explican el acuerdo final en cláusulas sustancialmente comunes a través de la doctrina del *knock-out* o, en caso de pluralidad de ofertas y contraofertas, remitiendo a la plausible hipótesis de que el acuerdo tuvo lugar conforme al último envío o referencia (doctrina del *last-bang*). Tampoco aceptamos en forma pacífica la idea de las *merger clauses* como reglas de interpretación, aunque sí admitimos, en cambio, la idea de la prenda sin desplazamiento (*collateral immaterial* [UCC § 9-202]) y reconocemos las conveniencias del cumplimiento preciso de las obligaciones no dinerarias a través de la *specific performance*. Apreciamos la novedad técnica de la acción de *replevin* y mostramos decidido interés por reglas tan anecdóticas como las de “*four corners rule*”, “*perfect trader rule*”, “*mirror image*” y “*cooling off period*”. Aun las instituciones conocidas por nuestro sistema romanista pueden, de hecho, aparecer bajo nombres diversos que provocan desconcierto inicial, como en el caso de las llamadas cláusulas *hardship* que ha consagrado el uso internacional o la explicación histórica sajona para la perfección del consentimiento entre no presentes a través de la *mailbox theory*.

Sea como fuere, resulta claro que la redacción y expedición de estos Principios representan un hito en la evolución doctrinal de la teoría de las obligaciones. Si la doctrina obligacional alcanzó etapas de esplendor con el auge mismo de la civilización romana, y si, muchos siglos después, cobró un nuevo vigor en la etapa renacentista de la Europa mediterránea y en el ilustrado frenesí de las codificaciones absolutistas, es posible desde luego anticipar que ahora mismo nos encontramos en una nueva fase de impulso y renovación doctrinal. En efecto, la libertad de comercio, el auge de la economía, la globalización de los mercados, la política de privatizaciones, el acusado neoliberalismo, la celeridad de las comunicaciones y las transacciones electrónicas avizoran una nueva

37. “Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos”. AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 5), 50.17.67, p. 874.

38. “Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte”. AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 5), 50.17.172, p. 880.

época de desarrollo que inevitablemente repercutirá en la evolución de una doctrina ancestral y rancia.

8. Apéndice

Cuadro de algunas máximas de los derechos anglosajón y romanista en los Principios

Derecho anglosajón	
<i>Consent</i>	1.2, 3.1.2
<i>The golden rule</i>	1.7 (1)(2)
<i>Mailbox rule</i>	2.1.6 (2)
<i>Knock out rule</i>	2.1.22
<i>Last-bang rule</i>	2.1.21
<i>Validity of mere agreement</i>	3.1.2
<i>Four corners rule</i>	4.4
<i>Hardship</i>	6.2.2, 6.2.3
<i>Perfect tender rule</i>	7.1.1
<i>Additional period for performance</i>	7.1.5
<i>Specific performance</i>	7.2.2 (d)
<i>Court discretion</i>	7.4.3 (3)

Derecho romanista	
<i>Pacta sunt servanda</i>	1.3, 6.2.1
<i>Venire contra factum proprium</i>	1.8
<i>Culpa in contrahendo</i>	2.1.15 (2)(3)
<i>Favor negotii</i>	4.5
<i>In dubio contra stipulatorem</i>	4.6
<i>Paterfamilias</i>	5.1.4 (2), 4.1 (2)
<i>Utile per inutile non vitiatur</i>	6.1.17 (1)
<i>Rebus sic stantibus</i>	6.2.2
<i>Exceptio non adimpleti contractus</i>	7.1.3, 7.3.3 (1)

9. Bibliografía

AA. VV., *Digesto*, Pamplona, Aranzadi, 1975.
CICERÓN, Marco T., *Los oficios o los deberes*, México, Porrúa, 1982.
DE AQUINO, Tomás, *Summa theologiae*, México, Porrúa, 1985.
HOBBS, Thomas, *Leviathan*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José A., “La persona jurídica”, en *Revista de Derecho Privado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, N° 7, 2005.

- “Formación de los contratos. Buscando reglas uniformes”, en *Notarius International*, Würzburg, Unión Internacional del Notariado Latino, v. 9, N° 1-2, 2004.
- “¿Cuándo se perfecciona un contrato?”, en *Revista de Derecho Notarial*, México, Colegio Nacional del Notariado Mexicano, N° 115, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, México, Porrúa, 1974.

WILLISTON, Samuel, *Contracts*, Nueva York, Baker Voorhis and Co., 1957.