

julio | septiembre 2017

929

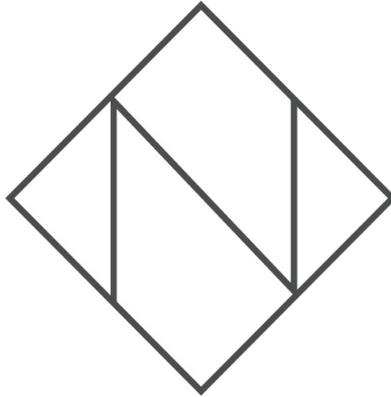
REVISTA DEL
NOTARIADO

EN HOMENAJE AL ESC. ROBERTO LUIS DE HOZ

Director: Diego M. Martí

julio | septiembre 2017

929



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, Roberto Luis de Hoz (1933-2007), por *Marcelo Armando de Hoz* | 9

Doctrina

Conjuntos inmobiliarios preexistentes a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, por *Liliana Abreut de Begher* | 11

Análisis del artículo 304 del Código Civil y Comercial de la Nación. Otorgantes con discapacidad auditiva, por *Claudio A. Blanco* | 22

El contrato de cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado de una herencia en el Código Civil y Comercial, por *Anahí Carrascosa de Granata* | 36

Polígono en posesión. Legislación actual y reflexiones sobre su forma de registración y saneamiento, por *Giselle D. S. Amor Aiello* | 72

Aspectos formales de la escritura pública en el Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis en relación a la Ley Notarial 404, por *María Mercedes Linari* y *Nadia Soledad Parra* | 84

La SAS. Efectos de la muerte de un socio durante el plazo de prohibición para transferir acciones, por *Gastón A. Mirkin*, *Pilar M. Rodríguez Acquarone* y *Diego M. Umaschi* | 94

Dictámenes

Unidad funcional como “proyecto en construcción”. Calificación registral. Ausencia de constancia en el folio, por *Bárbara Noelia De Pascale* y *Yamila Ailén Di Trolío* | 119

Estimados lectores:

Bajo el título “Una gran pérdida”, la *Revista del Notariado* se refería al fallecimiento de Roberto Luis de Hoz, “Tito”, para todos, ocurrido el 14 de septiembre de 2007, fecha de la que acaban de cumplirse diez años.

“Vehemente, involucrado, dedicado, criterioso”, así se lo recordaba en aquellas líneas. Ningún problema del Colegio le resultaba ajeno.

Tito fue quien, como hiciera con muchos otros colegas, me abrió las puertas a la vida institucional del Colegio, desde un instituto que presidió durante tanto tiempo como el de Derecho Registral, temática por la que supo transmitir su pasión, así como por el Departamento de Inspección de Protocolo, del que estuvo a cargo como prosecretario en los períodos 1995/1997 y 1999/2001.

También fue vocal suplente en el período 1968/1970, y vocal titular en los períodos 1970/1972, 1972/1974, 1991/1993 y 1993/1995. Además, se desempeñó como miembro de las comisiones Ley 17050, de Temas Institucionales, de Defensa del Escribano, de ex Consejeros, de Nuevas Tecnologías Informáticas y de Digitalización del Archivo de Protocolos, y del Tribunal de Ética. Fue delegado en el XIII Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Barcelona, España, entre el 26 de septiembre y el 4 de octubre de 1975. Y era, además, miembro de la Orden Medalla de Oro Notarial. Pero, **más allá de los cargos, era una presencia permanente en la vida institucional.**

Nació en la Capital Federal el 28 de enero de 1933 y obtuvo su título de escribano en la Universidad de Buenos Aires en 1957, habiendo estado inscripto en la matrícula profesional a cargo del Colegio de Escribanos al tomo IV, folio 93, matrícula 1593, desde el 7 de noviembre de 1957. Fue adscripto al Registro Notarial 149 desde el 13 de marzo de 1958 hasta el 19 de noviembre de 1962, cuando renunció por haber sido designado titular del Registro Notarial 458, que ocupó desde el 20 de diciembre de 1962 hasta el 14 de septiembre de 2007, fecha de su deceso.

Como es habitual, en la reunión de Consejo Directivo posterior a la noticia del fallecimiento de un colega, se lo recuerda haciendo mención a sus antecedentes profesionales y su trayectoria, y estas son algunas de las frases que se vertieron en aquella reunión:

“Podría decirse de Tito de Hoz que fue amigo de todo el mundo...”; “... detrás de la forma en que se dirigía a sus colegas, escondía una característica humana muy especial, que reflejaba un corazón y un espíritu siempre bien predispuesto y presto a dar una mano, acercar un consejo o aliviar un momento negativo en la vida de su interlocutor...”; “... el escribano de Hoz tenía una personalidad muy fuerte, a pesar de haber sido un hombre muy sensible...”; “... el fallecimiento del escribano de Hoz constituye una gran pérdida para el notariado...”; “... la calidad humana del escribano de Hoz cuando analizaba un expediente, donde siempre trataba de hacer docencia para encarrilar a aquel escribano que se hubiese desviado en el cumplimiento de sus funciones (...) las palabras del escribano de Hoz en el sentido de que antes de adoptar una decisión se deben evaluar muchas cosas, especialmente que se tiene enfrente a una persona”.

Contamos en este número, en el que pretendemos recordarlo al cumplirse diez años de su partida física, con trabajos de miembros del Departamento de Inspección

de Protocolos y del Instituto de Derecho Registral, esos dos espacios del Colegio que Tito tanto quiso y a los que tanto tiempo les dedicó. También acercamos unas sentidas palabras de su hijo Marcelo, adornadas con alguna anécdota que nos muestran un Tito de Hoz en otro escenario, el familiar.

Elecciones en el Colegio

A fines de septiembre se celebraron en el Colegio las elecciones de autoridades para el período 2017/2019, y al momento de llegar este número a los lectores, las nuevas autoridades se encontrarán ya en funciones. Una vez más, como no puede ser de otra manera, el acto eleccionario se celebró en orden, con respeto por la línea institucional y con objetivos planteados por cada una de las listas que no hacen más que ratificar que el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, entidad con más de un siglo y medio de vida, está más allá de cada uno de sus miembros, y que, no obstante los cambios en su conducción, mantiene una línea de conducta.

Día del notariado. La unión hace la fuerza

Se celebra el 2 de octubre, como recordatorio de la gestación de la hoy Unión Internacional del Notariado en el año 1948, cuando, a iniciativa del notario **de la Ciudad de Buenos Aires José Adrián Negri**, sentó sus bases en esta ciudad al celebrarse el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino. Fue allí que nació la idea de formar una unión de notariados con principios e ideales en común. Luego, en 1950 y con motivo de la celebración del Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino, se fundó legalmente en Madrid, España, la Unión Internacional, donde se definió al notario latino como *“el profesional de derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndolo de autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos”*.

Conforme el preámbulo de su estatuto, la Unión Internacional del Notariado representa la unidad espiritual y la institución del notariado de tipo latino, cuyos miembros son juristas, consejeros independientes e imparciales que, por investidura de la autoridad pública, confieren a los documentos que redactan la autenticidad, instrumento de garantía de la seguridad jurídica y de la libertad contractual. Es una organización no gubernamental constituida para promover, coordinar y desarrollar la actividad notarial en todo el mundo y para proteger la dignidad e independencia de los distintos notariados, con presencia, a su vez, en múltiples entidades internacionales, a las que sería sumamente dificultoso ingresar para cada uno de los notariados miembros individualmente, tales como:

- Organización de las Naciones Unidas (ONU)
- Organización Mundial del Comercio (OMC)
- Consejo de Europa (CDE)
- Unión Europea (UE)

- Organización de Estados Americanos (OEA)
- Mercado Común del Sur (Mercosur)
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)
- Comunidad Andina (CAN)
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH)
- Unión Internacional de Abogados (UIA)
- Unión Internacional de Magistrados (UIM)
- International Law Association (ILA)
- International Bar Association (IBA)

La actuación coordinada hace que la fuerza del conjunto supere a la de la suma de las fuerzas de cada uno por separado. El hombre es un ser social que necesita de quienes lo rodean para progresar, al menos, en lo que constituyan objetivos comunes.

En este número

Además del *in memoriam* en el que recordamos más profundamente a Tito de Hoz, contamos también con siete artículos de doctrina y un dictamen jurídico-notarial.

DIEGO MAXIMILIANO MARTÍ

Roberto Luis de Hoz (1933-2007)

Mi viejo

Es un buen tipo mi viejo... (para los más jóvenes, una hermosa canción de Piero, dedicada a su padre). Sí, mi viejo era un buen tipo, una muy buena persona, un excelente padre, esposo, compañero, amigo, bostero hasta el cansancio y, sobretodo, un gran ESCRIBANO –sí, con mayúsculas, un gran ESCRIBANO–.

Orgulloso de su profesión y especialmente de su Colegio, ocupando cargos directivos en varias oportunidades, con su clara preferencia por el Departamento de Inspección de Protocolos y su cariño por Elsa. Presidente de su querido Instituto de Derecho Registral, desde donde trató de impulsar e incentivar la participación de jóvenes escribanos, muchos de los cuales ocuparon y ocupan actualmente cargos directivos.



Qué orgullo seguramente siente por Diego al verlo al frente de nuestra revista o por Ariel, ocupando un cargo en el Consejo Directivo, o por Claudio, ocupando nada menos que la presidencia, y por tantos otros. Qué alegría debe sentir sabiendo que una de las salas de nuestro Colegio lleva su nombre, ya que fue y es físicamente parte de nuestro Colegio.

Recuerdo las épocas de elecciones institucionales, convirtiendo la escribanía en un verdadero búnker notarial de listas, cálculos y llamados verdaderamente intimidatorios.

Extraño mucho su vozarrón, que al principio podía asustar o intimidar a quien no lo conocía pero que después se transformaba en un cálido y fuerte abrazo que te partía en dos.

Siempre estaba el otro antes que él, siempre dejaba lo que estaba haciendo, por más urgente que fuera, para escuchar, dar una mano o simplemente estar. Incansable alentador de las virtudes y aciertos de los que lo rodeábamos.

El ser escribano eran palabras mayores, por la responsabilidad y el orgullo que ello representa, a veces llevados al extremo, como aquella vez en que, siendo chicos mis hermanos y yo, nos llevaba al colegio en el 405 y un colectivo 39 lo encerró por Charcas; lo siguió, se bajó –es posible que se le haya “escapado algún impropio”– y lo más insólito es que le exhibió la credencial de escribano para que supiera a quién había encerrado... Me comentaron que el conductor lleva treinta años de terapia sin entender esa actitud. Pero yo la entendí. Comprendí lo que significaba para él su profesión, su vida, su orgullo.

Tuvimos una linda y afectuosa relación de padre-hijo y pude decirle en vida lo mucho que lo quería y lo admiraba, no me guardé nada. Por eso creo que voy por la vida

más suelto, más liviano y más feliz. Orgulloso de su querida “Ali”, de Ramona, del Negro, de Gonza y, pese a ser un enfermo racinguista, seguramente también de mí.

Vaya pues este sentido, merecido y alegre homenaje para un escribano, padre y dirigente ejemplar, pero, por sobre todo, para un buen tipo.

MARCELO ARMANDO DE HOZ

Conjuntos inmobiliarios preexistentes a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación

Liliana Abreut de Begher

RESUMEN

Los conjuntos inmobiliarios del Código Civil y Comercial de la Nación son un derecho real autónomo, aun cuando el texto legal reenvía a la propiedad horizontal. Aquellos preexistentes a la sanción del Código deben adecuarse bajo la tutela de este derecho real. Su adecuación no es a priori inconstitucional y puede ser voluntaria o solicitada judicialmente. La jurisprudencia de la Cámara Nacional Comercial difiere de la Cámara Nacional Civil en la interpretación y aplicación de la normativa relacionada con los conjuntos preexistentes que adoptaron una forma societaria.

PALABRAS CLAVE

Artículo 2075 CCCN, conjuntos inmobiliarios preexistentes, derecho real autónomo, propiedad horizontal especial, adecuación, inconstitucionalidad.

Fechas de recepción y aceptación

8/8/2017 - 27/9/2017

– I –

Los conjuntos inmobiliarios son consagrados en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) como un derecho real autónomo; sin embargo, existe un reenvío legal interno al derecho real de propiedad horizontal al rotularlos como un derecho de propiedad horizontal especial (arts. 1887, 1888 y 2075). Su tipificación toma en cuenta los principios regulatorios básicos del derecho de propiedad horizontal.

Se establece la determinación de la cosas y partes necesariamente comunes y las cosas privativas, las que conforman un todo no escindible; se fija la independencia funcional de la unidad privativa (art. 2039 CCCN), la existencia de un reglamento de propiedad por el que se establecen sus órganos y funcionamiento, las limitaciones y restricciones a los derechos de los particulares y el régimen disciplinario, y la obligación de contribuir al pago de los gastos y cargas comunes (art.2074 CCCN).

En el Código Civil (CCIV) no existía este instituto como un derecho real autónomo, ni había una ley nacional que lo regulara hasta la sanción del nuevo Código. Estas propiedades especiales fueron llamadas en sus comienzos nuevas formas de dominio y ellas agrupan diferentes situaciones: los *countries* o clubes de campo, los barrios cerrados

y los emprendimientos industriales, empresariales y náuticos. Su regulación era únicamente local (provincial o municipal). Frente a ese vacío regulatorio a nivel nacional, se fueron organizando en forma disímil: algunos lo hicieron como un derecho personal, otros los constituyeron como un derecho real en forma forzada, mientras que algunos como un derecho mixto, real y personal. En muchos de ellos se utilizó el tipo legal de la propiedad horizontal –aunque inadecuada, por ser la Ley 13512 aplicable a edificios construidos– para dar alguna respuesta a estas nuevas realidades.

Los clubes de campo encuentran su antecedente en el Decreto-ley 8912/1977 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo de la provincia de Buenos Aires; los barrios cerrados, en el Decreto 27/1998 de la provincia de Buenos Aires; y los parques industriales, en Ley 13744 de la provincia de Buenos Aires. En otras jurisdicciones provinciales hay similares normas que regulan estas formas de propiedad. No existía legislación nacional sobre las nuevas formas de propiedad dado que únicamente se había sancionado la Ley 26356, que regulaba el tiempo compartido inmobiliario con destino turístico, mientras que el resto tenían solo una regulación local.

En general, podemos decir que estas nuevas formas de propiedad sobre inmuebles abarcan situaciones donde existe una comunidad de intereses entre los copartícipes titulares de un derecho de propiedad sobre un objeto.

– II –

Se lo tipifica como un nuevo derecho real (art. 1887 CCCN) sobre cosa propia (art. 1888 CCCN) con características específicas, con la obligación de someterse a la normativa de los conjuntos inmobiliarios, estableciéndose de esta manera un derecho de propiedad horizontal especial (art. 2075 CCCN). Recepta el gran problema que significaba regular esas urbanizaciones bajo la Ley 13512 cuando aún no habían sido construidas o estaban en construcción los edificios, pues la Ley de Propiedad Horizontal tiene un ámbito de aplicación exclusivo sobre aquellos ya construidos. Esa misma línea se mantiene en la nueva legislación para propiedad horizontal (art. 2037 CCC). Por ello, su regulación como derecho real autónomo, aun cuando tiene un reenvío a la propiedad horizontal, beneficia a los interesados que tienen propiedades bajo estos sistemas urbanísticos.

Los conjuntos inmobiliarios conforman situaciones jurídicas comunitarias de índole funcional, originadas en el aprovechamiento que hace una pluralidad de sujetos de un inmueble o conjunto de inmuebles, integrados en partes privativas y sectores, cosas y servicios comunes o de uso común, indisolublemente unidos.¹ El artículo 2073 dispone que bajo el régimen común de conjuntos inmobiliarios quedan comprendidos los barrios cerrados o privados, los clubes de campo (*countries*), los centros de compras (*shoppings*), los parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial, o aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.

1. ANDORNO, Luis, FRICKX, Norberto y LUNA, Daniel, *Clubes de campo (countries)*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, pp. 33 y 34.

El ejercicio normal del derecho de cada titular de una unidad funcional se encuentra restringido por los límites que surgen del reglamento de administración del conjunto inmobiliario (art. 2038 CCCN) y aquellos aplicables conforme a la normativa de fondo (capítulo 4, título III, libro Cuarto, “Límites al dominio”, arts. 1970 y ss. CCCN). Hay una mayor amplitud en cuanto a las restricciones en función de que ahora también se deben respetar los valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos, con una clara señal de preocupación por la preservación del medio ambiente; temática que la reforma tuvo en especial cuenta.²

– III –

No cabe duda de que los conjuntos inmobiliarios que se constituyan a partir de la sanción del CCCN encontrarán en este nuevo derecho real su regulación específica de acuerdo a sus necesidades de vida comunitaria. No obstante, se plantea un gran interrogante respecto de los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la sanción del CCCN en la medida en que el artículo 2075 dispone que aquellos que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales “**se deben** adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”. El [anteproyecto de 2012](#) (redactado por la comisión integrada por Lorenzetti, Highton y Kemelmajer) había dispuesto otra expresión, que daba una solución diferente a este problema: “**pueden**” –adecuarse–, lo que le daba el sentido de facultad y no de una obligación, tal como parece desprenderse de la redacción actual.

De acuerdo a la letra de la norma en análisis, debemos dar respuesta a dos interrogantes importantes:

- a) ¿es constitucional la obligatoriedad de la conversión del conjunto inmobiliario preexistente a la normativa del nuevo ordenamiento jurídico?;
- b) en caso de no hacerse la adecuación, ¿podrían aplicarse igualmente las disposiciones del nuevo Código a este tipo de propiedad?

Entendemos que la adecuación de los conjuntos preexistentes al nuevo régimen legal puede ser voluntaria cuando es solicitada por todos los interesados o, en su caso, a falta de unanimidad o frente a alguna oposición, podrá requerirse judicialmente.

El artículo 2075 CCCN no fija plazo para la adecuación al régimen de propiedad horizontal y tampoco dispone sanción alguna frente a su incumplimiento. Si la ley no fija plazo, y al ser la adecuación una obligación legal conforme la norma precitada, cabe preguntarse: ¿podría ser fijado judicialmente el plazo en el supuesto de ser requerido ante los estrados judiciales? Consideramos que existe esa posibilidad, pero deberá trabarse la contienda judicial con todas las personas interesadas, o sea, los titulares de derechos sobre el inmueble que conforman el conjunto inmobiliario, a los efectos de que puedan ejercer su derecho de defensa.

2. Ver los [fundamentos](#) del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la comisión integrada por los doctores Lorenzetti, Highton y Kemelmajer, sección “Constitucionalización del derecho privado”. [N. del E.: p. 4 del documento PDF].

La doctrina ya se ha expedido, alegando que la conversión del sistema legal adoptado por el conjunto inmobiliario constituido previamente a la sanción del CCCN por el régimen de la propiedad horizontal especial afecta derechos adquiridos, o sea, su derecho de propiedad, por lo que infiere que es inconstitucional (art. 17 CN). Indican Mariani de Vidal y Abella que si el conjunto inmobiliario fue creado con arreglo a las normas en vigor antes de la vigencia del CCCN, tal creación constituye una situación jurídica consolidada; y que al afectarse la constitución de una situación jurídica que tuvo lugar con anterioridad, el legislador ha dotado a los nuevos dispositivos de efectos retroactivos en un ámbito que le está vedado avanzar, que es el de los derechos amparados por garantías constitucionales (art. 17 CN; art.7 CCCN).³

Las razones que esgrimen son muchas, en especial, cuando el conjunto inmobiliario es una sociedad anónima o cuando existe un dominio sobre las partes propias con un condominio y servidumbres sobre las partes y cosas comunes, ya sea desde dificultades de índole técnicas hasta lo gravoso que resultaría en términos económicos esa conversión. Consideramos que esa adecuación compulsiva puede afectar derechos adquiridos, pero será materia de prueba en el proceso y de ponderación judicial (art. 377 CPCCN). No puede *ab initio* arribarse a esa conclusión sin antes transitar todo el periodo probatorio en el que se demuestre la lesión de orden patrimonial que justifique la inconveniencia del cambio de la situación jurídica preexistente del inmueble, pues podría acontecer que esa adecuación sea mucho más beneficiosa para los interesados que la existente bajo el régimen del anterior Código. Sobre quien se opone a su adecuación recae el *onus probandi*.

Recordemos que el artículo 7 CCCN establece que “las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario”, y que esa retroactividad no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Sobre este aspecto, Kemelmajer de Carlucci entendió que el artículo 2075 CCCN dispuso expresamente la aplicación retroactiva de la ley o, en el mejor de los casos, su aplicación inmediata a las consecuencias de las relaciones jurídicas. Esta retroactividad está permitida y quien pretenda que la aplicación de la norma contenida en el artículo 2075 lo priva de un derecho constitucional deberá acreditarlo.⁴

– IV –

En general, esos emprendimientos fueron desarrollados bajo la égida de los derechos personales y alejados de la protección de los derechos reales (p. ej., orden público, oponibilidad *erga omnes*, acciones reales, etc, para la defensa de los derechos reales). Ahora bien, esa falta de adecuación formal de los conjuntos inmobiliarios preexistentes al nuevo régimen legal, ¿podría acarrearles consecuencias negativas a los propietarios?

La primera que observamos es que obsta el nacimiento del derecho real de conjunto inmobiliario, por lo que indefectiblemente subsistirá el régimen anterior bajo el

3. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, “Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/4/2015 (t. 2015-B, pp. 869-884; cita online AR/DOC/677/2015).

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

cual el emprendimiento fue sometido. No obstante, si un conjunto preexistente estaba configurado como propiedad horizontal de acuerdo a la Ley 13512 (p. ej., en la provincia de Buenos Aires), no se advierte inconveniente alguno de su permanencia en ese estado jurídico. Es decir, no se observa la necesidad de una adecuación estructural, por cuanto ya se había adoptado con anterioridad a la vigencia del nuevo Código el tipo legal que ahora debe aplicarse, siendo entonces una propiedad horizontal especial. Es cierto que hay diferencias sustanciales (todo el terreno es cosa común en propiedad horizontal, a diferencia de los conjuntos inmobiliarios), pero nadie dudaría de aplicar el instituto del nuevo derecho real en caso de plantearse judicialmente algún conflicto en esta clase de emprendimientos. En estos casos, si bien la adecuación formal se impone, ella no acarrea mayores inconvenientes a los propietarios.

Queda claro que los trámites administrativos, notariales y registrales pertinentes para la adecuación al sistema de conjuntos inmobiliarios según dispone el artículo 2075 CCCN deberán ser llevados a cabo en forma conjunta por todos los copropietarios que tengan derecho sobre el complejo urbanístico y de acuerdo a las características organizativas que tengan desde su origen. No será igual si el complejo se organizó bajo el sistema de la Ley 13512 o, por el contrario, como sociedad anónima o asociación, o bajo el sistema de geodesia. Cuando los conjuntos inmobiliarios preexistentes fueron organizados como derechos personales, ya sea, por ejemplo, como accionistas de una sociedad anónima o de una asociación, etc., en estos supuestos los derechos de esos “propietarios” están dentro de la órbita contractual, como derechos personales, y alejados de la protección de los derechos reales.

Desde el punto de vista societario, esa sociedad deberá disolverse, afectarse todo el inmueble al derecho real de conjunto inmobiliario, para procederse luego a la adjudicación de las unidades funcionales que componen el emprendimiento urbanístico a cada uno de los interesados (exsocios). Se requerirá la unanimidad de los socios reunidos en asamblea para proceder a la disolución de la sociedad y la adjudicación en especie del patrimonio societario. Deberían intervenir diversos profesionales, como los contadores, síndicos, agrimensores y escribanos, para lograr la adecuación estructural, previo pago de honorarios y aranceles fiscales –de por sí muy onerosos– y debería realizarse no solo la escritura pública de afectación al régimen de conjuntos inmobiliarios, sino también la de cada una de las unidades funcionales que componen el complejo. Deberán pagar por la adecuación una suma dineraria en concepto de honorarios profesionales, sellados e impuestos, que igualará al costo de una nueva adquisición o aun una cifra mayor. En estos casos se observa, más que una imposibilidad jurídica de adecuación al nuevo régimen, un escollo económico derivado de los costos que ello implica, por lo que se debería contar con alguna normativa legal que prevea la exención impositiva para la adjudicación de bienes a los socios que ya eran “dueños” de unidades funcionales del emprendimiento urbanístico. Asimismo, no podemos soslayar el hecho de que la votación en la asamblea societaria de disolución de la sociedad para una posterior adjudicación de los lotes a los propietarios deberá realizarse conforme a las pautas del derecho societario correspondiente y no bajo las mayorías de las asambleas previstas para la propiedad horizontal.⁵

5. CNCiv., Sala M, 8/6/2017, “Hernández, Fernando Alberto y otros c/ Boca Ratón Country Life SA s/ adecuación del reglamento de copropiedad”, con interesante voto en disidencia de la doctora Mabel de los Santos. [N. del E.: ver fallo completo [aquí](#)].

Más difícil aún resulta la conversión de los conjuntos inmobiliarios bajo el sistema de geodesia (Decreto 9404/1986 de la provincia de Buenos Aires), en los que una sociedad es propietaria del conjunto o de algunos sectores (p. ej., generalmente los comunes, tales como las calles, *club houses*, canchas de tenis, etc.) y los propietarios de las unidades privativas (terrenos propios anexos al terreno de la sociedad) son socios de la sociedad principal constituida a los efectos de administrar el conjunto inmobiliario. Se ha entendido que este es un régimen legal alternativo y no simultáneo del previsto por la Ley 13512. El decreto si bien reconoce la aptitud del sistema previsto en la Ley de Propiedad Horizontal para regir los conjuntos inmobiliarios, conforme al artículo 1 habilitó un modelo alternativo de organización, caracterizado por la subdivisión del precio en parcelas destinadas a uso residencial que corresponden en dominio o condominio a sus respectivos adquirentes, sectores de uso común (áreas recreativas y red de circulación internas) que también se representan en parcelas y de cuyo dominio es titular la entidad jurídica que integran o a la que se incorporan los propietarios de cada parcela individual y la cual será responsable de la prestación de los servicios generales y de mantenimiento. El régimen prevé la obligación de cumplimentar, de modo simultáneo con la transmisión del dominio de cada parcela residencial, un derecho real de servidumbre de uso a favor del adquirente sobre las áreas de aprovechamiento colectivo. Así, ello conlleva que los compradores son dueños exclusivos de su parcela y, además, que tendrán derechos de participación societaria y derechos reales de servidumbre predial sobre las áreas comunes.⁶ Aquí existe un entramado societario y de derechos personales entre la sociedad y los dueños de las partes privativas que hace difícil desandar el camino y permitir su adecuación. Todos los propietarios deberían aceptar la unificación de las parcelas y su afectación al nuevo derecho real, y la sociedad, a su vez, debería hacer lo mismo con el terreno que era utilizado como común, procediéndose a la disolución de la sociedad y adjudicación a los socios, quienes, previa unificación de las parcelas, dispondrán su afectación a la propiedad horizontal especial, para que nazca el consorcio del conjunto inmobiliario como persona jurídica.⁷

El tema de los costos de adecuación cobra aquí también extrema relevancia y deberá ser evaluado por el juez en el caso de que la petición de un interesado sea presentada judicialmente. El magistrado deberá ponderar si ello afecta seriamente el patrimonio de los interesados como para justificar su falta de conversión en los términos del artículo 2075, al lesionar su derecho de propiedad de raigambre constitucional (art. 17 CN).

Se ha indicado que la ley no dispone ni la transformación de la sociedad en los términos de la *Ley General de Sociedades* (arts. 74-81) ni su conversión en otro tipo societario –no hay de por medio un acto nulo–, sino simplemente su adecuación, o sea, el acomodamiento al nuevo sistema legal. Pero resulta palmario que esa adecuación importa la reunión de voluntades suficientes (unanimidad) para concretarla mediante

6. REINA TARTIÈRE, Gabriel de, *Las denominadas nuevas formas de dominio. Revisión conceptual y perspectivas de futuro. Barrios privados y clubes de campo. Emprendimientos turísticos y comerciales. Cementerios privados*, Buenos Aires, El Derecho, 2004, "Colección Académica", p. 25.

7. NISSEN, Ricardo A., "La situación jurídica de los «clubes de campo» luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Punto final para las asociaciones bajo forma de sociedad", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 263, 2015, pp. 960-970.

modificaciones de los actos jurídicos constitutivos y de las mutaciones de las respectivas titulaciones del derecho en atención al nuevo régimen previsto para los conjuntos inmobiliarios como derecho real.⁸

– V –

Veamos cómo la jurisprudencia va decidiendo sobre estos temas cuando aún no se produjo una adecuación del conjunto inmobiliario preexistente bajo la normativa del artículo 2075 CCCN. La jurisprudencia del fuero comercial, en general, se perfila muy clara cuando se está frente a conjuntos inmobiliarios preexistentes que fueron constituidos como sociedades anónimas y se pretende ejecutar por medio del juicio ejecutivo el crédito por expensas comunes, al negarla esa vía rápida y expedita. Se ha dicho que el CCCN

... estableció que todo conjunto inmobiliario deberá constituirse al amparo del régimen de propiedad horizontal especial [...] De ello se deriva entonces que, 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 [...] el último párrafo del art. 2075 dispone el deber de adecuación a las previsiones normativas que regula “ese” derecho real –el del conjunto inmobiliario– que [...] dispone el sometimiento a la normativa del derecho real de propiedad horizontal.

Es verdad que no se ha previsto allí cuál sería la sanción o consecuencia que habría de derivarse de la no adecuación al régimen, omisión que también ha sido destacada por algunos autores [...] No obstante, parece razonable que la consecuencia habrá de ser la de obstar al nacimiento del derecho real de que se trata, manteniéndose subsistente el régimen anterior al que el emprendimiento fue sometido [...] 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...⁹

Se mantiene la línea marcada por el fallo plenario “Barrio cerrado Los Pilares SA”, por el cual se fijó la doctrina de que “no corresponde otorgarle fuerza ejecutiva al certificado de deuda por expensas emitido por un club de campo o barrio cerrado”, en este caso constituido como sociedad anónima con anterioridad a la reforma del código de fondo.¹⁰ En tal sentido, no le otorga validez a la creación de títulos ejecutivos convencionales, en función de cláusulas insertas en los reglamentos internos de urbanizaciones organiza-

8. ALTERINI, Jorge H., “Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento “Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, 27/6/2016 (t. 2016-D, p. 751; cita online AR/DOC/1050/2016).

9. CNCom., Sala C, 13/10/2016, “Altos de los Polvorines SA c/ Castaño, Mariana s/ ejecutivo” (*elDial.com*, AA-9A2E; *La Ley*, 28/12/2016, t. 2017-A, p. 132, y 22/3/2017, t. 2017-B, p. 143; *Revista Código Civil y Comercial*, marzo 2017, p. 222). [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

10. CNCom., en pleno, 4/5/2015, “Barrio Cerrado Los Pilares c/ Álvarez, Vicente Juan Alfonso s/ ejecutivo” (*Revista Código Civil y Comercial*, noviembre 2015, p. 161, con nota de Américo A. Cornejo [cita online: AR/JUR/34705/2015]). [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

das como sociedades (Decretos provinciales 9404/1986 y 27/1998, o con anterioridad al dictado de ellos). En esa ocasión, también de acuerdo al voto impersonal de la mayoría, se dejó en claro su diferencia con aquellos emprendimientos constituidos bajo la Ley 13512, en cuyo caso no existiría conflicto en orden a la procedencia de la vía ejecutiva para el cobro de las expensas adeudadas, conforme lo prevé el artículo 524 CPCCN.¹¹ En la ampliación de fundamentos, el doctor Kölliker Frers expresó que

... ni aún desde la perspectiva del nuevo Código Civil y Comercial cabría asignar fuerza ejecutiva a los certificados de deuda de barrios cerrados o privados no sometidos expresamente al régimen de propiedad horizontal...¹²

En general, se observa que la jurisprudencia acepta como título ejecutivo el certificado emitido por el administrador si el conjunto inmobiliario se organizó conforme a la Ley 13512, aun cuando no se haya adecuado conforme a las previsiones del art. 2075. En otras palabras, aun cuando el emprendimiento urbanístico no sea un conjunto inmobiliario conforme a las previsiones del nuevo ordenamiento legal, puede aplicársele la normativa de la propiedad horizontal si se constituyó bajo esta figura legal, tomándola como una propiedad horizontal diferente. Por ejemplo, se ha dicho que si el título que se intenta ejecutar es el certificado de deuda emitido y suscripto por el presidente del directorio y tesorero de un club de campo, y la actora no se constituyó bajo el régimen de la propiedad horizontal, sino que se organizó bajo la forma de una sociedad anónima, tal situación excluye la procedencia de la ejecución que se persigue en base a ese certificado; esa situación

... no se modifica con el régimen legal establecido por el Código Civil y Comercial, pues aun cuando se interpretase que los gastos y erogaciones mencionados en el art. 2081 pueden ser objeto de cobro ejecutivo, ello no es posible mientras la actora, conforme lo establece el art. 2075, no adecue su normativa al régimen de propiedad horizontal [...] lo que no ha ocurrido en el caso.¹³

Esta postura mercantil encuentra su opuesto en la jurisprudencia del fuero civil, donde los pactos de ejecutividad en reglamentos internos de emprendimientos urbanísticos constituidos como sociedades o asociaciones, o por geodesia, fueron aceptados como una forma de dar respuesta rápida y solución a un problema que ataca las raíces del sistema, por resultar prioritario el cobro ágil y eficiente de las expensas comunes. A través de una interpretación pragmática y finalista del nuevo ordenamiento, se afirmó que el nuevo régimen legal de los conjuntos inmobiliarios resulta operativo por sí mismo, sin acto formal de adecuación y desde que entró en vigencia el nuevo régimen.¹⁴ Así, con

11. Ver ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, "Clubes de campo y barrios privados -expensas comunes-", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2006-F, pp. 1211-1227; ACQUARONE, María T., *Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, pp. 112-114.

12. Tal como acontecía en el expediente sujeto al recurso de inaplicabilidad de la ley.

13. CNCom., Sala E, 25/11/2015, "Club El Carmen SA c/ Bambara, Carlos Alberto s/ ejecutivo". [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

14. LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/6/2017, y en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, agosto 2017 (cita online: AR/DOC/1086/2017).

posterioridad al 1 de agosto de 2015, la Sala A de la Cámara Civil confirmó una sentencia ejecutiva donde se condenaba al pago de las expensas comunes en un club de campo constituido bajo la forma de una sociedad anónima, por cuanto la vía ejecutiva había sido establecida en el reglamento interno; y marcó que el artículo 2075 dispone que los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal, y que dicho precepto establece que los conjuntos inmobiliarios preexistentes se deben adecuar a las previsiones de ese derecho real, sin perjuicio de lo cual entiende que le resulta aplicable el artículo 524 CPCCN.¹⁵

En idéntico sentido se expidió la Sala G de dicho fuero, al establecer que la vía ejecutiva se encuentra establecida en el reglamento interno agregado en la causa y que, si bien había sido cuestionado por el emplazado, ello excedía el marco del proceso ejecutivo. Postuló que los estatutos de las personas de existencia ideal determinan para los socios el conjunto de normas a las que se encuentran sometidos como a la ley misma, en tanto importan el ordenamiento constitutivo de la entidad, fijan las reglas que la rigen, su posición jurídica y la de sus socios, de modo que entendió aplicable al caso la norma del artículo 524 CPCCN.¹⁶

En sentido similar, la Sala B reconoció que, a pesar de ser una sociedad anónima el emprendimiento urbanístico, tenía el derecho a que el consorcio pudiera adquirir en subasta la unidad funcional subastada, al reconocerle personería jurídica conforme a la nueva legislación (art. 148 inc. h CCCN).¹⁷

Generalmente, se considera que cuando las partes se someten a las normas o reglas del reglamento de administración, sea el caso el de una sociedad anónima o el de una asociación, donde se detalla la composición, las facultades y los deberes del consorcio de propietarios, se dispone el cerramiento perimetral, y se detallan las partes comunes y las partes privativas, las facultades y derechos de los propietarios, estas quedan obligadas por el mismo, más allá de la figura que le pueda caber. Al adherir al reglamento y estarse frente a una urbanización, se consintió el pacto de ejecutividad y la forma de documentar la deuda, como la proporción en la que se encuentran obligados para contribuir con los servicios comunes. Se sustentan las decisiones en la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe, y se considera que se está en presencia de un consorcio de hecho, aplicando por analogía las normas de la propiedad horizontal, pues las partes comunes y las privativas conforman un todo inescindible.¹⁸

Respecto de los casos en los cuales se plantearon conflictos de competencia entre el fuero civil y el comercial sobre los conjuntos inmobiliarios preexistentes al CCCN y constituidos como sociedades anónimas o asociaciones, cuando el tribunal de origen era civil, se mantuvo su competencia por el Tribunal de Superintendencia de la alzada.

15. CNCiv., Sala A, 28/8/2015, “Lagunas del Polo Barrio Cerrado SA c/ G. L. G. s/ ejecución de expensas” (*La Ley*, 1/12/2015, t. 2015-F, p. 391; *Doctrina Judicial*, 9/3/2016; *Revista Código Civil y Comercial*, diciembre 2015, p. 192; cita online: AR/JUR/35901/2015; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2015-IV, p. 412). [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

16. CNCiv., Sala G, 3/4/2017, “C. D. C. H. D. S. II SA c/ A., S. C. y otro s/ ejecución de expensas”. [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

17. CNCiv., Sala B, 7/4/2016, “Consortio Club de Campo La Martona SA c/ Corrientes SA s/ ejecución de expensas”. [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

18. CCiv. Com. Minas Paz y Trib. de Mendoza, Sala III, 12/5/2015, “Consortio de propietarios Vistalba Country c/ Troglia, Gabriela Herminia s/ ejecución de expensas”. [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

En tales precedentes se hizo referencia al artículo 2075 CCCN y a que la norma imponía la adecuación a las previsiones del nuevo derecho real. Entendieron los jueces que se trataban de casos en el que el CCCN dispuso su aplicación retroactiva a situaciones jurídicas existentes y que, frente a tales supuestos, el conflicto estaba dentro de la órbita de los derechos reales, que era materia de neto corte civil y que excedía la competencia comercial de carácter excepcional y restrictiva.¹⁹

- VI -

Está por verse si nuestro máximo tribunal mantiene bajo la nueva legislación la postura asumida a partir del fallo “Club de Campo Haras del Sur SA”, donde consideró que cuando el country fue constituido bajo una sociedad anónima, los propietarios revisten la situación jurídica de socios y obliga a cada uno de ellos al pago de expensas ordinarias, extraordinarias y/o cualquier otra contribución que se establece con arreglo a las disposiciones estatutarias y reglamentarias, a los fines de mantener un adecuado funcionamiento de las instalaciones correspondientes a las “áreas comunes”. Entendió asimismo que la relación entre las partes era de carácter societario y que los obligados al pago de las contribuciones eran simples accionistas (conf. Ley 19550), y que por la naturaleza de la cuestión debatida resultaba aconsejable el conocimiento del caso a los tribunales comerciales.²⁰

No cabe duda de que la consagración de los conjuntos inmobiliarios como un nuevo tipo legal era necesaria en tanto en cuanto resultaba insuficiente e inadecuada su regulación anterior por la antigua Ley 13512 como ahora por la propiedad horizontal en el CCCN. Además, su tipificación completa en el título VI del libro IV “Derechos Reales” y el reenvío de los conjuntos inmobiliarios a la propiedad horizontal, rotulándola como especial (art. 2075, 2º párrafo) hacen que el plexo normativo se encuentre completo en todos sus aspectos.

No se observan inconvenientes para los futuros emprendimientos urbanísticos que deberán organizarse en torno a la normativa de los conjuntos inmobiliarios. Respecto de los preexistentes, entendemos que deberán dictarse leyes complementarias que posibiliten en forma más ágil y no tan costosa el pasaje de una sociedad anónima o una asociación, o de aquellas constituidas bajo el sistema de geodesia, al sistema consorcial de derecho. A su vez, sería deseable que aquellos complejos urbanísticos que se encuentran organizados bajo el sistema de la Ley 13512 puedan adecuarse al derecho real de conjunto inmobiliario en forma más sencilla desde el punto de vista administrativo y fiscal.

19. CNCiv., Tribunal de Superintendencia, 29/12/2015, “Stagno, Silvina Natalia c/ Administradora Barrio Cerrado Fincas del Lago SA y otro s/ amparo”; íd., 11/5/2017, “Carmona, Gustavo Daniel c/ Abril SA s/ sumarísimo”; íd., 11/5/2017, “Scorpino, Leandro c/ Club de Campo Haras del Sur SA s/ sumarísimo” (inéditos).

20. CSJN, 23/10/2007, “Club de Campo Haras del Sur SA c/ Simone, Pablo s/ ejecutivo” (*elDial.com*, AA427D; *La Ley*, 15/11/2007 y 29/11/2007, t. 2007-F, p. 684; *Doctrina Judicial*, t. 2007-III, p. 1118; cita online: AR/JUR/6658/2007). [N. del E.: ver fallo y dictamen de la procuradora fiscal subrogante].

- VII -

Bibliografía

- ANDORNO, Luis, FRICKX, Norberto y LUNA, Daniel, *Clubes de campo (countries)*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005.
- ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, “Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/4/2015 (t. 2015-B, pp. 869-884; cita online AR/DOC/677/2015).
- “Clubes de campo y barrios privados. Expensas comunes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2006-F, pp. 1211-1227.
- ACQUARONE, María T., *Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido*, Buenos Aires, Ábaco, 1998.
- ALTERINI, Jorge H., “Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento “Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, 27/6/2016 (t. 2016-D, p. 751; cita online AR/DOC/1050/2016).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, “Adecuación de los conjuntos inmobiliarios”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/6/2017, y en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, agosto 2017 (cita online: AR/DOC/1086/2017).
- NISSEN, Ricardo A., “La situación jurídica de los «clubes de campo» luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Punto final para las asociaciones bajo forma de sociedad”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 263, 2015, pp. 960-970.
- REINA TARTIÈRE, Gabriel de, *Las denominadas nuevas formas de dominio. Revisión conceptual y perspectivas de futuro. Barrios privados y clubes de campo. Emprendimientos turísticos y comerciales. Cementerios privados*, Buenos Aires, El Derecho, 2004, “Colección Académica”.

Análisis del artículo 304 del Código Civil y Comercial de la Nación

Otorgantes con discapacidad auditiva

Claudio A. Blanco

RESUMEN

Del análisis de la normativa, se infiere un tratamiento precario de la figura del otorgante con discapacidad auditiva en el Código Civil y Comercial, que importa un retroceso en materia de derechos humanos y capacidad. La obligatoriedad de la concurrencia de dos testigos no necesariamente calificados para dar cuenta de que el otorgante comprendería el acto –y así también en el caso de persona alfabeto, la firma de una minuta– deviene en un obstáculo al principio de capacidad y torna inconstitucional e inconveniente el artículo 304 CCCN. Se propone en este ensayo un tratamiento más extenso y profundo de la temática, a la luz de los tratados internacionales en materia de discapacidad y derechos humanos. Principalmente, se resalta la necesidad de modificar el artículo 304 a efectos de sanear la problemática planteada, teniendo en cuenta que es deber del Estado velar por el cumplimiento de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE

Escritura pública, otorgantes, discapacidad auditiva, persona analfabeta, intérprete, testigo.

Fechas de recepción y aceptación

19/7/2017 - 4/8/2017

Sumario: 1. Introducción. 2. Análisis de la cuestión. 2.1. El otorgante con discapacidad auditiva en el Código Civil de Vélez. 2.2. El derecho internacional y la Constitución Nacional. 2.3. Otorgante con discapacidad auditiva en el Proyecto de Código Unificado de 1998 y en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial. 2.4. La capacidad en el Código Civil y Comercial. 2.5. El otorgante con discapacidad auditiva en el Código Civil y Comercial de la Nación. 3. Comparación con otras figuras. 4. Función del notario. 5. El caso de la anticonvencionalidad e inconstitucionalidad de la norma. 6. Lineamientos generales. 7. Cuestión de lege ferenda. 8. Conclusión.

1. Introducción

Al aprobarse el Código Civil y Comercial de la Nación con la Ley 26994 (en adelante, “CCCN”) mediante un tratamiento que el común denominador de las personas ha determinado como “expres”, en su artículo 1 se receptó expresamente un principio base, ya

introducido a nuestro derecho interno e incorporado en nuestra [Carta Magna](#) a través de la reforma constitucional realizada en el año 1994. Así, ha quedado estipulado que los casos regidos por el CCCN deben ser resueltos según las leyes aplicables, conforme a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos suscriptos por la República Argentina:

Artículo 1º. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Partiendo de tal basamento, trataré de abordar la temática del sujeto otorgante con discapacidad auditiva establecido en el artículo 304 del CCCN, y la función del notario frente a él, comparando asimismo su evolución desde el [Código Civil de Vélez](#) hasta la sanción de esta nueva legislación, confrontándolo con otras figuras legisladas y analizando también los distintos proyectos que han dado pie a que estos cambios se produjeran.

2. Análisis de la cuestión

El otorgante con discapacidad auditiva es una persona plenamente capaz con limitaciones sensoriales y, en ciertos casos, para comunicarse, como en el caso de quien no sabe leer ni escribir, quien puede apoyarse en un intérprete idóneo para expresar su voluntad conforme a derecho. Corresponde entonces analizar la figura objeto de este estudio desde distintos puntos de vista, ya sea interno o internacional, recurriendo a su evolución en el tiempo desde la época de Vélez Sarsfield, sobrevolando asimismo el progreso de las ciencias jurídicas en materia de capacidad.

2.1. El otorgante con discapacidad auditiva en el Código Civil de Vélez

De manera preliminar, corresponde señalar que anteriormente se utilizaban los términos *sordo* y *sordomudo* para referirse a las personas que padecen de trastornos en su sistema auditivo, cuestión que el CCCN ha zanjado, refiriéndose a ellos como “personas con discapacidad auditiva”. Estos términos resultan de uso correcto conforme a los principios acogidos en los tratados internacionales incorporados a nuestro ámbito doméstico en materia de derechos de las personas con discapacidad.

Aclarado dicho extremo, y adentrándonos ya en el estudio de la presente cuestión, el artículo 153 del Código Civil establecía que “los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito”. Así, en consonancia con ello, el artículo 154 rezaba que cuando un “sordomudo” no supiera darse a entender por escrito, debía procederse como con respecto a los “dementes”, cuyo tratamiento se encontraba tratado en los artículos 141 al 152. Vemos, entonces, que quien padecía tal discapacidad y, además, no sabía ni leer ni escribir era considerado un incapaz de ejercicio.

En contraposición, ante el otorgamiento de actos por parte de “sordomudos” o “mudos” que supieran darse a entender por escrito, debía procederse de acuerdo a lo siguiente:

Artículo 1000. Si las partes fueren sordomudos o mudos 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 también protocolizada.

En síntesis, el notario tenía la obligación de hacer constar mediante una minuta –que luego debía protocolizar– que el otorgante comprendía y daba su conformidad para dar vida al acto. Ahora bien, si el otorgante sabía leer, ¿cuál sería la razón para que con la simple suscripción de la escritura no se encontrara cumplido dicho requerimiento? Esta razón era la protección jurídica de las personas “sordas”, “mudas” o “sordomudas” para evitar que otros individuos pudieran aprovecharse de ellas; protección basada en la premisa de que dichos sujetos no comprenderían tales actos, sobre todo ante la falta de estudio y avance científico en temas atinentes a discapacidad durante la época en que vivió nuestro más importante maestro del derecho.

Por otro lado, en el caso de que la persona no supiera firmar, debía constar la firma a ruego de otro individuo y, ante la falta de tal requisito, el artículo 1004 del Código fulminaba de nulidad al acto. El artículo 309 CCCN sigue idéntica vía:

Artículo 309. Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, 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. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.

2.2. El derecho internacional y la Constitución Nacional

Bien es sabido que con la reforma de 1994 se incorporaron al ámbito interno, explícitamente (a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución), tratados internacionales que gozan de un rango normativo privilegiado dentro de nuestra pirámide normativa, como el conocido Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, aprobada en la Argentina a través de la Ley 23054). Anteriormente, se entendía que el derecho internacional se encontraba supeditado a no contrariar el derecho interno, cuestión que fue evolucionando con el correr del tiempo y a través de las interpretaciones realizadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, “CSJN”), hasta llegar a la construcción doctrinaria hoy conocida como bloque de constitucionalidad federal.

Como bien señalaba el reconocido [Bidart Campos](#):

No debe olvidarse, por otro lado, que el derecho internacional contiene como principio básico el de su primacía sobre el derecho interno, al que dio expresión en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.¹

1. BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, EDIAR, 1995, p. 457.

Por ello, encontramos que determinados tratados (los que versan sobre derechos humanos) comparten la cúspide piramidal con la Constitución y otros se encuentran debajo pero aun así por sobre las leyes internas.

Así las cosas, en el año 2014, la Ley 27044 le otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad (resolución de Naciones Unidas del año 2006; en adelante, “CDPD”), que ya había sido aprobada en la Argentina a través de la Ley 26378. Como consecuencia de ello, corresponde adecuar la normativa de derecho interno a efectos de dar cumplimiento a los lineamientos allí establecidos.

Siguiendo esta línea, en el artículo 2 de la CDPD se procede a dar ciertas definiciones y, en relación con la temática en estudio, procede a expresar que “por «lenguaje» se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal”. A su vez, en el artículo 3 se enumeran los principios rectores de dicha materia, entre los que destacamos los siguientes: “c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; f) La accesibilidad”. El artículo 4, por su parte, preceptúa las obligaciones generales de los Estados parte, interesándonos para el presente estudio las siguientes:

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:
 - a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;
 - b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
 - c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;
 - d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;

El artículo 12, en los apartados 2 y 3 señala que:

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Entendemos este “apoyo” en un sentido amplio de la palabra: poner a disposición de la persona con discapacidad un medio por el cual pueda ejercer su capacidad jurídica sin contradecir el espíritu de la Convención y manteniendo de igual forma la seguridad jurídica, sin recurrir a un sistema discriminatorio que –por decirlo de una manera simple– nos aleja en vez de acercar.

Luego, en concordancia con todo lo expuesto, el artículo 24 “Educación”, en su apartado 3, inciso b), expresa que los Estados parte deberán implementar sistemas de enseñanza a fin de “facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas”.

En líneas generales, la República Argentina se ha comprometido a velar por el cumplimiento de las disposiciones mencionadas anteriormente, colocando a la persona con discapacidad en el plano de igualdad que merece, conjuntamente con el del resto de la sociedad, sin distinción alguna, con la salvedad de la utilización de los mecanismos que resulten necesarios para el mejor ejercicio de sus derechos.

2.3. Otorgante con discapacidad auditiva en el proyecto de Código Unificado de 1998 y en el anteproyecto de Código Civil y Comercial

En el [proyecto de 1998](#) el tema era abordado en el artículo 281, que rezaba:

Otorgante sordo o mudo. Si alguna de las personas otorgantes del acto es sorda, debe leer por sí misma la escritura y el escribano debe dejar constancia antes de la firma de esa lectura y de la conformidad con el contenido de aquella. Si alguna de las personas otorgantes del acto es mudo, 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.

La solución abordada en este proyecto resultaba contradictoria, ya que cualquier persona que supiera leer y escribir, no importaba si fuera sorda o tuviera impedimentos en el habla, podía suscribir y otorgar un acto con total capacidad. En el caso de la persona sorda, el notario debía dejar asentado en la escritura que la lee por sí misma y da conformidad. En el caso de la persona muda, ¿qué la diferencia de la persona sorda para que, además de suscribir la escritura prestando así su conformidad, deba firmar una minuta? A mi entender, nada. La firma de la escritura es expresión suficiente de la voluntad del otorgante. Por otra parte, cabe destacar que dicho precepto no hacía mención alguna de quien no sabía leer ni escribir.

En el proyecto de 2012,² la temática era regulada en el artículo 304, pero con diferencias en su enunciación y solución:

Si alguna de las personas otorgantes del acto es alfabeta y tiene limitaciones auditivas significativas, debe leer por sí misma la escritura y el escribano debe dejar constancia antes de la firma de esa lectura y de la conformidad con el contenido de aquella. Siendo analfabeta, deben intervenir dos (2) testigos calificados por su experticia profesional, que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por parte del otorgante.³

2. Enviado por el Poder Ejecutivo de la Nación al Honorable Congreso de la Nación mediante [Mensaje N° 884/2012](#), suscripto por los entonces jefe de Gabinete de Ministros, Dr. Juan Manuel Abal Medina, y ministro de Justicia y Derechos Humanos, Dr. Julio César Alak. [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 [anteproyecto](#) elaborado por la comisión redactora, elevado a consideración del PEN en ese mismo año; y f) los [fundamentos](#) del anteproyecto].

3. Artículo recortado en su parte pertinente relacionado al tema en cuestión.

Aquí, a diferencia de lo que receptaba el proyecto de 1998, ya se aborda la cuestión de que el otorgante sepa leer y escribir. Lo interesante de la solución planteada es que quien sabe leer y escribir debe leer la escritura por sí mismo y prestar su conformidad firmando el acto. En caso de no saber leer, se agregan dos testigos calificados para ayudarle a quien lo otorga a comprender los efectos y alcances del acto.

2.4. La capacidad en el Código Civil y Comercial

En cuanto al tratamiento de la capacidad en el CCCN, y ante los avances doctrinarios y sociales, nos encontramos con un nuevo paradigma que tiene como plataforma el derecho internacional público. Así pues, se ha determinado que solo en casos realmente excepcionales, y en pos de la protección de la persona que esencialmente lo requiera, se le designe un curador mediante una intervención judicial e interdisciplinaria.

El artículo 22 CCCN asegura que

Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

Y el artículo 23 indica que

Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

Se han eliminado casos que en el régimen anterior constituían incapacidades; el artículo 24 reza:

Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

- a) la persona por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

En adición, se ha establecido un sistema de salvaguardias y apoyos que el juez deberá designar, conforme a lo instituido por el artículo 32. Cabe advertir una vez más que las personas con discapacidad auditiva no son consideradas incapaces, puesto que no lo son desde ningún punto de vista. Va de suyo que, si bien la cuestión de las salvaguardias y apoyos se encuentra regulada en los pasajes atinentes a la restricción de la capacidad, también resulta de utilidad señalar que el mentado sistema de apoyos no está relacionado específicamente a ello, conforme surge de la interpretación de la CDPD. En efecto, dicho sistema deviene en un mecanismo que funcionaría como intercomunicador para que las personas con discapacidad puedan formular su voluntad en su máxima expresión.

2.5. El otorgante con discapacidad auditiva en el Código Civil y Comercial de la Nación

Resulta necesario recalcar que en este nuevo sistema se ha tomado en cuenta cierta terminología que no resulta peyorativa, por lo que los términos utilizados en el régimen

anterior han sido eliminados de raíz –para bien y, esperamos, para siempre–. Luego de las distintas modificaciones que se suscitaron a fin de aprobar el Código que regiría las vidas de las personas que habitan la República Argentina, el caso del otorgante con discapacidad auditiva quedó plasmado en el artículo 304 con gran discrepancia de lo que establecía [en sus inicios](#), enunciando lo siguiente:

Artículo 304. Otorgante con discapacidad auditiva. Si alguna de las personas otorgantes del acto tiene discapacidad auditiva, deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante. 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.

Del análisis de dicho precepto podemos destacar cinco grandes e importantes diferencias que, a nuestro entender, han obscurecido y marchitado el principio que se intentaba proteger:

- a) no se determina el alcance de la denominada “discapacidad auditiva”, pudiendo comprender así a quien aun teniendo un problema auditivo pueda escuchar;
- b) no se hace mención de que el otorgante deba leer el acto por sí mismo;
- c) siempre deben intervenir dos testigos, sea el otorgante alfabeto o analfabeto;
- d) no se exige que dichos testigos posean la cualificación y aptitud suficientes para determinar si el otorgante da cuenta del conocimiento y comprensión del acto;
- e) se exige que, si el otorgante es alfabeto, además de suscribir la escritura, debe firmar una minuta insistida.

En efecto, podemos ver a simple vista que el articulado vigente contradice los principios y obligaciones adoptados por la República Argentina, que han sido mencionados en apartados anteriores.

De forma preliminar, consideramos que sería prudente utilizar el término *intérprete* y no *testigo* para estos casos. Aclarado dicho extremo, en cuanto al punto a) de las cinco diferencias apuntadas, creemos que resulta necesario determinar el alcance de la expresión “discapacidad auditiva”, ya que existen personas con esta limitación sensorial que pueden, aun en un grado mínimo, escuchar. Dicha cuestión se encontraba zanjada por su anterior enunciación al expresar “limitaciones auditivas significativas”.

En relación con el punto b), no entendemos la eliminación de este requisito, toda vez que si el otorgante se encuentra capacitado para leer y escribir, puede comprender y consentir el acto que pretende otorgar. Dicho esto, y analizando en forma conjunta el punto c), la carga de la participación de dos testigos en el caso de la persona alfabeto deviene ilógica.

Con respecto al punto d), relacionándolo con c), en el caso de la persona alfabeto aplica lo dicho anteriormente. Ahora bien, en la situación de la persona analfabeto, ¿qué cualidades puede tener un testigo, llamémoslo “simple”, para dar cuenta de que el otorgante comprende debidamente el acto que está celebrando si no posee la idoneidad necesaria? La solución se encontraba dada, a nuestro entender, de manera correcta en el anterior enunciado del artículo 304⁴ al requerir la experticia del testigo. Ante tal pro-

4. Tratado en el punto 3 del presente ensayo.

ceder, se evidencia la discriminación practicada por el nuevo enunciado, al no tener en cuenta las disposiciones en materia de derechos humanos vigente.

En adición, trayendo a colación lo explicado para el punto b), el requisito de la suscripción de una minuta por parte del otorgante alfabeta resulta a todas luces contradictorio. En cuanto al otorgante analfabeta, resultaría correcto, debiendo ser suscripta también por quien le apoye, conforme su experticia, a fin de que el sujeto comprenda el acto y preste su conformidad.

Por último, a modo de brindar un mayor entendimiento de lo analizado, corresponde recordar que, si bien el artículo 1000 del [Código Velezano](#) no lo indicaba, la doctrina notarial opinaba que resultaba de buena práctica que el otorgante con discapacidad auditiva leyera el acto por sí y el escribano autorizante dejara ello debidamente asentado en el instrumento. Sentimos que no ha sido correcto dejar de lado la expresión de tal corriente doctrinaria cuando incluso se ha mantenido el sistema de la minuta insistida. De todas formas, corresponde que el notario haga leer al otorgante por sí y deje constancia instrumental del hecho. Por ello, proponemos lo siguiente:

- a) En caso de ser otorgante que sepa leer y escribir, a los dos testigos requeridos no se les debería exigir cualidad alguna.
- b) En caso de no saber leer y escribir, consideramos necesario que por lo menos uno de los testigos tenga aptitudes de interpretación, a efectos de poder “trasladar” la voluntad del otorgante al escribano.

3. Comparación con otras figuras

El artículo 302 [CCCN](#) reza:

Idioma. 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.

Los otorgantes pueden requerir al notario la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero, siempre que conste de traducción efectuada por traductor público, o intérprete que aquél acepte. En tal caso, con el testimonio de la escritura, el escribano debe entregar copia certificada de ese instrumento en el idioma en que está redactado.

A nuestro entender, los criterios utilizados producen un trato desigual entre las dos figuras que contraponemos. En el caso de la persona no oyente que lee y escribe, es claro que conoce el idioma nacional, por lo que, como hemos dicho anteriormente, suscribir una minuta es imponerle un trato desigual sin fundamento alguno más que el de un capricho del legislador.

A distinta situación nos enfrentamos cuando el otorgante no sabe leer ni escribir: cabe advertir que no es correcto concebir que, si una persona no sabe leer ni escribir, no puede comprender el acto que está otorgando. Nos preguntamos entonces, ¿por qué si el otorgante no tiene discapacidad auditiva y es analfabeta, no se le exige también que concurren uno o dos testigos idóneos –por su experticia– y que se suscriba una minuta? En

tal situación, no encontramos diferencia entre analfabeta no oyente y analfabeto oyente, más que su desigualdad sensorial, lo que de ningún modo puede ser tomado como excusa para establecer que no comprende el acto porque no escucha.

Por otro lado, es evidente que en el caso de que el otorgante no conozca el idioma nacional, tenga una discapacidad auditiva significativa y sea analfabeto, deberá componerse un sistema simbiótico que entrelace sendas normas (arts. 302 y 304), solicitando dos intérpretes calificados (un traductor y un intérprete de personas no oyentes), y otorgándose dos minutas, una en idioma nacional y otra en idioma extranjero.

En correspondencia con todo esto, resulta de sumo interés que, en la parte dedicada a las disposiciones generales de las sucesiones testamentarias, el artículo 2467 CCCN establezca que resulta nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria

e) por ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir, excepto que lo haga por escritura pública, con la participación de un intérprete en el acto;⁵

Aquí, la norma transcripta en su parte pertinente exige un intérprete en el acto. Da cuenta de la aptitud del sujeto que le servirá como medio idóneo al otorgante para prestar su voluntad. Entonces, de conformidad con el artículo 304, para el caso de los testamentos otorgados por sujetos de tales características, ¿serían tres sujetos los que deben concurrir además del otorgante, el intérprete y dos testigos que den cuenta de que comprende el acto? En tal caso, los testigos ¿actuarían como intérpretes también? Como dijimos anteriormente, los testigos dan cuenta de que el acto sucedió, pero no pueden dar testimonio de que el otorgante comprende el acto o no, porque carecen de dicha aptitud.⁶

Un *intérprete*, según la definición de la Real Academia Española, es una “persona que explica a otras, en lengua que entienden, lo dicho en otra que les es desconocida”. En una entrevista realizada al traductor Walter Kerr,⁷ este dijo:

A mí me gusta hacer un contraste entre la traducción y la interpretación; siempre tomo el primer término sobre la base de sus raíces: la idea de llevar algo al otro lado. Esta idea no sólo se refleja en los idiomas latinos, sino también en los idiomas germánicos; en alemán tienen una palabra muy gráfica para describir la traducción: *Übersetzung*, literalmente “poner del otro lado”, es decir, tomar algo, en este caso, un mensaje, y colocarlo “del otro lado del río”, para que otra persona, con otro código lingüístico, pueda recibirlo y entender de qué se trata. Y haciendo referencia al tema de la interpretación destaco que, etimológicamente, *interpretar* sugiere un rol activo; no ya tomar el mensaje y ponerlo del otro lado, sino también mediar en ese mensaje de otra manera. De todas formas, tanto en el caso de la traducción como en el de la interpretación, traductores e intérpretes cumplen con esa función de mediadores para sostener la comunicación, si bien de distinta manera.⁸

5. El destacado nos pertenece.

6. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española online*. [Última consulta: 11/10/2017].

7. Abogado y traductor por la Universidad de Buenos Aires (UBA), traductor oficial de la Presidencia de la Nación, director de la Dirección de Traducciones del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

8. KERR, Walter C., “Entrevista al traductor Walter Kerr” [realizada por Natalia Rezzonico y Mariano Vitetta], en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, N° 87, 2009, pp. 355-372. Puede verse [aquí](#) [última consulta: 29/9/2017].

Llama la atención la parte en que se refiere a “otro código lingüístico”. Todos nos comunicamos de una manera u otra, dentro de nuestras posibilidades, y en ciertos casos será necesario un sujeto que actúe –utilizando las palabras del doctor Kerr– como un mediador del mensaje.

Las personas no oyentes pueden comunicarse a través de un lenguaje de señas y para ello será necesaria la intervención de un intérprete que le ayude a comunicar su voluntad –en el caso que atañe– al escribano. Entonces, ¿cuál es la diferencia entre una persona no oyente y una que no puede comunicarse oralmente, más allá de tal impedimento físico? Si ambos saben leer y escribir, pueden expresar su voluntad sin inconveniente alguno. Si no saben darse a entender por escrito, ambos necesitarán de un intérprete para tal fin. No logramos comprender el fundamento de la diferenciación realizada al exigir sujetos que obren de “testigos” sin ningún tipo de cualidad especial para quien sufre de una discapacidad auditiva, menos para quien sabe comunicarse por escrito.

Ante todo lo estudiado, creemos correcto que en el caso de una persona analfabeta y con discapacidad auditiva, se conceda una minuta que contenga, asimismo, la conformidad de un tercer sujeto que posea la idoneidad necesaria para dar cuenta de que el otorgante comprende el acto al que se pretende dar vida.

4. Función del notario

Algunas de las funciones del notario, como bien sabemos, son las de receptor la voluntad de las partes e interpretarla, para así calificar el acto que ellas pretenden realizar y darle forma jurídica. Explica Abella⁹ que en el acto intelectual de interpretar que realiza el escribano, en principio, toma conocimiento mediante la rogación, interpreta el mensaje y explica, asesorando jurídicamente a las partes sobre las consecuencias jurídicas del acto que desean realizar, para que adecuen esa voluntad a los negocios y formas jurídicas que resulten más convenientes a sus intereses. Estas etapas tienden al logro de la seguridad jurídica.

El notario no es otro sino el sujeto de carácter imparcial que, por su actividad profesional, presta sus conocimientos y técnicas al deber de la justicia y seguridad jurídica. En relación con tal función, ejerce el deber de juzgar la capacidad de los otorgantes, pero nunca en carácter similar al del juez. Al respecto, Etchegaray recuerda el VI Congreso Internacional del Notariado Latino (Montreal, 1961) y destaca que en el capítulo 2 del trabajo presentado por el equipo argentino –del cual formó parte–, en primer lugar se expone la siguiente regla:

Con prescindencia de que las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos obliguen o no al notario hacer constar en el texto del instrumento la capacidad legal de los comparecientes y de las partes, es su deber cerciorarse de la misma dentro de los límites de hecho y de derecho que en el desempeño de sus funciones le permitan apreciarla o reconocerla.¹⁰

9. ABELLA, Adriana N., *Derecho notarial. Derecho documental. Responsabilidad notarial*, Buenos Aires, Zavallia, 2010, p. 83.

10. Ver ETCHEGARAY, Natalio P., “El notario y el juicio de capacidad del requirente frente al Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, N° 924, 2016; quien cita a AA. VV., [trabajo de la delegación

Como bien se detalla, dicha acción debe ser ejercida “dentro de los límites de hecho y de derecho”. Por ello, y conforme a lo analizado en apartados anteriores, entendemos que resulta necesario que el notario, en cumplimiento de sus funciones, recurra al apoyo de otras disciplinas a fin de alcanzar el máximo grado de certeza, exactitud y fidelidad en la interpretación de la voluntad del otorgante. A tal fin, le corresponde al Estado Nacional realizar los actos necesarios para que ello pueda ser ejercido, en pos de la seguridad jurídica y del cumplimiento de los más fundamentales principios de los derechos humanos.

5. El caso de la anticonvencionalidad e inconstitucionalidad de la norma

Vistos los argumentos hasta el momento exployados, corresponde preguntarse ahora qué sucedería en el caso de que dicho artículo fuera declarado nulo por encontrarse en plena contradicción con la Constitución y los tratados internacionales. En efecto, el artículo 309 CCCN establece que serán nulas las escrituras que no tengan las firmas de las partes, o la firma a ruego cuando no sepan leer ni escribir, y la de los dos testigos cuando su presencia es requerida, entre otros requisitos que no atañen al presente tema.

Se llama *testigo* a una persona que está presente en un acto o en una acción, con o sin intención de dar testimonio de lo que ha ocurrido. Asimismo, se conoce como *testigo instrumental* al que en documentos notariales afirma junto con el notario el hecho y el contenido del otorgamiento.

Al decir el artículo 304 CCCN que “deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante”, los coloca en una posición, en un peldaño –por decirlo de otra manera– distinto que el de un simple testigo instrumental. No aseveran acerca del acto sino que se los exige –por ponerle un nombre– como un sistema de aseveración de capacidad.

Conforme a las reglas establecidas en cuanto a la capacidad de las personas, nadie tiene facultades para restringir la capacidad más que un juez mediante un proceso judicial. Ergo, una norma no puede establecer una suerte de sistema de apoyo sin mayor fundamento que una discapacidad sensorial. Ello resulta en restringir la capacidad al exigir requisitos que no son de carácter probatorio del acto sino de la capacidad misma de la persona. Otorgarle tal facultad a un simple testigo resulta completamente ilógico. En tal sentido, no pueden desde ningún punto de vista dar cuenta del conocimiento o comprensión del acto, solo pueden dar testimonio de que ese hecho que están presenciando sucede tal y como se da en el ámbito fáctico.

¿Qué aptitudes puede tener un simple testigo para interpretar la voluntad y dar testimonio de que el otorgante comprende el acto? Ninguna. Tal podría ser el caso –por decir un descabellado ejemplo– de un ávido fumador que, justo por ir a comprar cigarrillos en la esquina de donde se asienta la escribanía, dirigiéndose a su destino, pase marchando por la puerta en un momento inadecuado para cumplir con su objetivo, se le solicite ser testigo y se preste a dar testimonio de que el sujeto *comprende* el acto que está otorgando, sin haberlo visto jamás en su vida. Creemos que tal proceder deviene en

argentina], en *VI Congreso Internacional del Notariado Latino*, t. 1, Montreal, Unión Internacional del Notariado Latino, 1961, p. 291.

un requisito de exceso formal, sin sustento alguno, que contraviene los más elementales derechos humanos.

El artículo 27 de la [Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969](#) (aprobada en Argentina por Ley 19865) expresa que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Nos encontramos ante la disyuntiva de no aplicar una norma que exige requisitos cuyo incumplimiento acarrearán la nulidad formal del acto y cumplir con la normativa internacional, o bien aplicarla y contradecir así de manera arbitraria todas las bases fundacionales del derecho actual en materia de derechos humanos. Lamentablemente, mientras no se discuta esta temática, deberá procederse conforme a lo establecido en el CCCN, vulnerando así derechos inherentes y reconocidos supranacionalmente. En definitiva, lo que prohíbe el artículo 27 anteriormente mencionado es lo que está sucediendo actualmente en el derecho interno argentino. Todo ello, por el atropello de adjudicarse conquistas políticas cuando correspondería trabajar en pos del bien social. Por otro lado, en el artículo 295 CCCN, el cual establece quiénes no pueden ser testigos en instrumentos públicos, nada se dice acerca de los sujetos no oyentes. Así, el requisito de testigos “porque sí” es incomprensible.

Entendemos que el otorgante alfabeto puede ser testigo sin ningún tipo de inconveniente, mas no quien es analfabeto, cuyo impedimento para ser testigo no se relacionaría con su discapacidad física sino más bien con una cuestión plenamente instrumental.

6. Lineamientos generales

Así pues, a efectos de dejar en claro estas ideas, corresponde sintetizar lo interpretado en este ensayo:

1. Resulta anticonvencional y, por ende, inconstitucional el tratamiento del otorgante con discapacidad auditiva en el CCCN. Al ser persona humana capaz, la cuestión de incorporar a dos testigos sin cualidad alguna para “que puedan dar cuenta” de la comprensión del acto resulta contrario a todos los principios básicos del hombre, debiendo modificarse los términos utilizados.
2. El notario, en cumplimiento de sus funciones, ejerce el juicio de capacidad de los otorgantes del acto. En tal caso, debería encontrar sustento en sujetos que actúen de intérpretes a fin de complementar dicha tarea si es que la persona no sabe ni leer ni escribir. Así, en el caso del otorgante no oyente que no sepa ni leer ni escribir, sería preferible que uno de los testigos tenga idoneidad como intérprete a efectos de percibir su voluntad con el mayor grado de exactitud posible.
3. En el caso del otorgante que sepa leer y escribir, es importante continuar con la práctica cotidiana, consistente en que lea la escritura por sí y dejar asentado ello. Lamentablemente, mientras se encuentre vigente el artículo 304 con la actual redacción, deberán requerirse los dos testigos instrumentales y la suscripción de una minuta.
4. El Estado Nacional, en función de las obligaciones y directrices impuestas en el marco del derecho internacional, debe arbitrar los medios necesarios para facilitarle

al otorgante analfabeto un apoyo preciso para expresar su voluntad con fidelidad y, asimismo, para que comprenda las consecuencias jurídicas del acto que pretenda otorgar.

7. Cuestión *de lege ferenda*

En el hipotético caso de que en un futuro incierto la presente cuestión sea objeto de modificaciones, creemos que el artículo 304 debería ser redactado de la siguiente manera:

Artículo 304. Otorgante con discapacidad auditiva. Si alguna de las personas otorgantes del acto es alfabeto y tiene discapacidad auditiva significativa, debe leer por sí misma la escritura y el escribano debe dejar constancia antes de la firma de esa lectura y de la conformidad con el contenido de aquella. Si alguna de las personas otorgantes es analfabeta, deberá intervenir un intérprete calificado por su experticia profesional y/o reconocida dentro del ámbito de la comunidad no oyente, que pueda dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por parte del otorgante. En tal caso, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por el otorgante y el intérprete, debiendo el escribano dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada.

8. Conclusión

- La redacción del actual artículo 304 CCCN constituye un retroceso en la materia; su anterior enunciación resultaba concordante con la evolución del derecho en lo atinente a personas con discapacidad.
- Una temática de tan importante magnitud debe ser estudiada y discutida a fondo, además de incluir activamente a las asociaciones de personas con discapacidad auditiva, ya que, a fin de cuentas, son ellos quienes se encuentran más capacitados para determinar cuál es el más correcto mecanismo a aplicar y, así, arribar a una solución que logre armonizar los principios más elementales del derecho con lo actualmente legislado, como así también con las obligaciones contraídas por el Estado Nacional en materia de promoción, inclusión y protección de las personas con discapacidad.
- Corresponde, entonces, y en cumplimiento de los compromisos asumidos internacionalmente, que el Estado arbitre los medios necesarios para regular e implementar los mecanismos que les permitan a las personas con discapacidad auditiva acceder a la educación en sistemas de comunicación como el lenguaje de señas, incluyéndolos en todos los aspectos de la vida cotidiana, y que puedan ejercer sus derechos sin restricciones paradójicas, como resulta de la actual enunciación del artículo 304 CCCN.
- Es necesario que dicho articulado se declare inconstitucional y anticonvencional, a fin de que la normativa interna resulte acorde a la internacional, y que eso conlleve a su reformulación teniendo en consideración todas las cuestiones anteriormente expuestas.

9. Bibliografía

ABELLA, Adriana N., *Derecho notarial. Derecho documental. Responsabilidad notarial*, Buenos Aires, Zavalía, 2010.

BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, EDIAR, 1995.

ETCHEGARAY, Natalio P., “[El notario y el juicio de capacidad del requirente frente al Código Civil y Comercial de la Nación](#)” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 924, 2016.

KERR, Walter C., en “Entrevista al traductor Walter Kerr” [realizada por Natalia Rezzonico y Mariano Vietta], en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, N° 87, 2009, pp. 355-372.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española versión web*.

El contrato de cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado de una herencia en el Código Civil y Comercial

Anahí Carrascosa de Granata

RESUMEN

El contrato en estudio ha sido, y parece seguir siendo, objeto de debates. Si bien el Código Civil y Comercial se expide sobre su validez, es necesario precisar el alcance del artículo 2309. El objeto de este contrato no es un bien de la herencia sino un bien del cedente: su derecho hereditario, que es un bien personal sobre los bienes de la herencia. Lo que se cede es un derecho personal. Se trata de un contrato eficaz, traslativo, no necesariamente condicionado. Lo que se propone es diferenciar el contrato de cesión de herencia de parte alícuota de herencia, y el contrato de cesión de derechos hereditarios sobre un bien de la herencia, para definir su naturaleza y objeto.

PALABRAS CLAVE

Cesión, derechos, herencia, bienes determinados, eficacia.

Fechas de recepción y aceptación

8/6/2017 - 10/7/2017

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Objetivo de este trabajo. **3.** Breve referencia histórica respecto de la responsabilidad del heredero. **4.** La cesión de herencia en el Código Civil. **5.** La cuestión terminológica en el Código Civil. **6.** La cuestión terminológica en el Código Civil y Comercial. **7.** El contrato de cesión de herencia y el de cesión de derechos hereditarios. Diferencias. **8.** Objeto del contrato de cesión de derechos hereditarios. Visión en el Código Civil. **9.** Bienes determinados de la herencia. Universalidad jurídica. Universalidad de hecho. **10.** La herencia en el Código Civil y Comercial. Universalidad o masa indivisa sujeta a copropiedad. Herencia y sucesión. **10.1.** Comunidad hereditaria y condominio. La copropiedad de la masa hereditaria en el Código Civil y Comercial. **10.2.** La comunidad hereditaria y los derechos personales de los herederos. **10.3.** Disposición de bien de la herencia y cesión de derechos hereditarios en el Código Civil y Comercial. **11.** Contratos de cesión de derechos, cesión de derechos hereditarios y cesión de herencia. Su objeto. Visión desde el Código Civil y Comercial. **12.** Contrato de cesión de derecho hereditario sobre bien determinado de una herencia. **12.1.** Los autores comentaristas del artículo 2309 del Código Civil y Comercial. **12.2.** El contrato de cesión de derechos. Legitimación y título del cesionario. **12.3.** Naturaleza del derecho cedido sobre derechos determinados de una herencia. **12.4.** El objeto del contrato de cesión de cesión de derechos sobre bien determinado. **12.5.** El contrato de cesión de derecho hereditario sobre bien determinado como contrato condicionado.

12.6. La cesión de derechos como contrato aleatorio. **13.** Nuestro aporte a la interpretación del artículo 2309 del Código Civil y Comercial. **13.1.** Contradicción entre el título y el contenido del artículo. **13.2.** Transferencia del derecho a un bien de la herencia y transferencia de un bien determinado de la herencia. Diferencias. **13.3.** La no aplicación de las normas de cesión de herencia. **13.4.** Alcance del contrato de cesión de derechos sobre bien determinado de una herencia. **13.5.** El derecho a licitar. **13.6.** Responsabilidad del cedente en la cesión, en la cesión de herencia y en la cesión de derechos personales sobre bien hereditario. **13.7.** Forma del contrato. **13.8.** Momento desde el que opera la transferencia del derecho. **13.9.** Notificación del contrato. **13.10.** Validez y eficacia del contrato en el artículo 2309. **14.** El contrato de cesión de derechos hereditarios sobre un bien determinado y los negocios jurídicos familiares. **15.** Conclusión. **16.** Bibliografía.

1. Introducción

Dice el profesor Ciuro Caldani:

El *complejo de herederos* testamentarios que la ley permite y de herederos ab intestato y dotados de legítima que la ley asigna a una persona constituye un magnífico ejemplo de lo que el Derecho Sucesorio y en general la cultura piensan de ella. Es importante, por ejemplo, reconocer la invocación “futuriza” de los descendientes, de pasado de los ascendientes, de complementación de la persona del cónyuge y los colaterales, etc. En alguna medida “somos” lo que “nos sucede”.¹

Sirva la cita para introducirnos en un tema de derecho hereditario: la cesión de herencia y, más específicamente, la cesión de derechos y acciones hereditarios sobre un bien determinado de una herencia.

Las situaciones ficcionales del derecho, o sea, aquellas circunstancias en que aparece como imprescindible dar por supuesto algo, que no admite discusión, algo respecto de lo cual el derecho sabe que no siempre es real, han sido siempre una preocupación para los juristas. Se trata de situaciones ficticias a las que se acude con fundamento en la seguridad jurídica. El rasgo común del que participan las ficciones en la literatura y el derecho es su adscripción a una misma categoría, la del “como si fuera”, llamada por algunos autores como la de lo “conscientemente falso”.² Pero la ficción no subvierte la realidad.

La suposición de que, producido el fallecimiento de una persona, su patrimonio se transforma en un abstracto-ideal en el que no existe la posibilidad de determinación de los objetos es una ficción jurídica. Por ello, solo puede ser admitida de modo temporal y a un fin específico. En efecto, los objetos y los derechos no pierden su individualidad, su especialidad, y por consiguiente no se diluyen. El estado de indivisión del patrimo-

1. CIURO CALDANI, Miguel Á., “Aportes integrativistas al derecho de sucesiones. (La sucesión como hora de la verdad de la persona física)”, en *Investigación y Docencia*, Rosario, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, N° 40, 2007, p. 33. [N. del E.: ver [aquí](#) {fuente: [web](#) del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Universidad Nacional de Rosario. Última consulta: 5/10/2017}].

2. PARDO, María L., “La ficción jurídica desde la lingüística. Actos de Habla y ficción”, en *Revista de Llengua I Dret*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, N° 22, 1994, p. 26. [N. del E.: ver [aquí](#) {fuente: [web](#) de la publicación. Última consulta: 5/10/2017}].

nio relicto producido por la muerte no importa una transformación de los bienes que lo conforman: estos continúan con su real naturaleza. Ya Borda sostenía que “la idea de la continuación de la personalidad es ante todo una ficción. Lo que está muerto no puede continuarse”.³

2. Objetivo de este trabajo

El objetivo de este trabajo es precisar el alcance, la validez y la eficacia del contrato de cesión de derechos y acciones hereditarios sobre un bien determinado que forma, o puede formar parte, de un patrimonio relicto. Este contrato ha sido objeto de grandes debates durante la vigencia del *Código Civil* (en adelante, “CCIV”), y nuestra percepción es que, a pesar de haber sido expresamente tratado por el *Código Civil y Comercial de la Nación* (en adelante, “CCCN”) en su artículo 2309, el debate continúa. Muchos años de ejercicio profesional en la notaría han perfilado la opinión que tengo al respecto, lo que justifica que hoy nos aboquemos a su tratamiento.

3. Breve referencia histórica respecto de la responsabilidad del heredero

Dice Ciuro Caldani que “cada cultura tiene una concepción diferente de la vida y de la muerte y, de manera consecuente, de la sucesión”. Estima este autor que **la sucesión es hoy “de referencia mucho más patrimonial que personal”**.⁴

En el derecho romano el sucesor ocupaba el lugar del antecesor en el seno de la familia, considerada como conjunto y como culto. El patrimonio era considerado como parte de la personalidad, por tanto junto con la personalidad del causante trascendía el patrimonio. El derecho romano le reconoció personalidad al patrimonio hereditario: en la masa –informe– hereditaria entraban todas las relaciones jurídicas de las que era titular el causante. Se confundía el patrimonio del causante con el del heredero, quien respondía *ultra vires*.

Para el derecho germano, a la muerte del sujeto su patrimonio recibía –en términos generales– la consideración de un activo con un pasivo constituido por obligaciones que pesaban como cargas a liquidar. El fin era liquidar el activo para hacer frente al pasivo, lo cual daba origen a relaciones jurídicas, pero como éstas no existen sin sujeto, se apelaba también finalmente, a una ficción jurídica: era el sucesor quien reunía en su persona ese conjunto de relaciones jurídicas. Para remediar las consecuencias que esta ficción aparejaba al sucesor (asunción de deudas ajenas, fraude a sus propios acreedores, etc.) y equilibrar las consecuencias de las ficciones propuestas, el derecho instituyó el beneficio de inventario, y con éste la limitación de la responsabilidad *ultra vires* del heredero.

3. BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones*, t. 1, 1976, § 12 (citado por Pérez Lasala, José L., *Tratado de las sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 150).

4. CIURO CALDANI, Miguel Á., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 11.

Respecto de la responsabilidad *ultra vires*, Ciuro Caldani dice que ella

... viabiliza el fraude a los herederos y sus acreedores, parece ser una expresión de dominación de la persona del causante; la posibilidad del beneficio de inventario, que rechaza el avance de los acreedores del causante, tiende a mostrar una coexistencia de vidas independientes.⁵

Anotamos este tema de la responsabilidad *ultra vires* y su relación con las ficciones en razón de que el CCCN deja definitivamente consagrada la responsabilidad *intra vires*, lo que resulta –como veremos más adelante– conducente a nuestro objetivo. En comentario a este concepto expresado en los fundamentos elaborados por la comisión redactora del anteproyecto de Código Civil y Comercial, se ha sostenido que el proyecto mantiene la tradición romanista en materia hereditaria; pero, a diferencia del CCIV, no se conserva la confusión de patrimonios del causante y los herederos. Por ello, se elimina el beneficio de inventario.⁶

4. La cesión de herencia en el Código Civil

Este contrato fue muy abordado por la doctrina y la jurisprudencia durante la vigencia del Código Civil. Vélez Sarsfield, en la nota de actualización del artículo 1484, reservó para el título en que trataría las sucesiones el abordaje de lo que denominó cesión de las herencias. Sabido es que tal tratamiento no se formuló.⁷

La falta de regulación generó durante largo tiempo posiciones antagónicas de la doctrina y fallos en distintos sentidos. Se discurría, por ejemplo, y en palabras de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sobre

... si la cesión de derechos hereditarios es una especie dentro de la cesión de créditos o por el contrario es una cesión de una universalidad; en la segunda opción, que es la mayoritaria, si se trata de una *universitas iuris* o una *universitas facti*; si el cesionario es un sucesor universal o un sucesor particular; si es un contrato traslativo o meramente declarativo de derechos; etc...⁸

5. Ídem, p. 13.

6. Ver: a) HIGHTON, Elena I, KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, [s. e.], 2012, punto VIII, libro quinto, p. 217 (“el texto propuesto [...] aclara que la responsabilidad del heredero es *intra vires*”) [N. del E.: ver [aquí](#)]; b) PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 589 (“la responsabilidad del heredero limitada a los bienes hereditarios presupone la separación de patrimonios. El patrimonio heredado y el propio del heredero no se confunden”); c) FARAONI, Fabián E., LLOVERAS, Nora B. y ORLANDI, Olga E., [comentario al art. 2296], en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 6, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 29 (“téngase presente que el CCyC ya no habla de beneficio de inventario sino que se refiere a la responsabilidad de los herederos en los arts. 2280, *in fine*, y 2317 CCyC”); d) FARAONI, Fabián E., LLOVERAS, Nora B. y ORLANDI, Olga E., [comentario al art. 2424], en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), ob. cit., p. 160 (“el CCyC, siguiendo una verdadera tradición nacional, no se aparta del sistema sucesorio intestado de remoto origen romano, subjetivo...”).

7. CCIV, art. 1484, nota de actualización: “(a) Regularmente los códigos y escritores tratan en este título de la cesión de las herencias, método que juzgamos impropio, y reservamos esta materia para el libro 4º, en que se tratará de las sucesiones” (Buenos Aires, Zavallá, 2005, p. 433).

8. SC de Mendoza, Sala 1, “Quargnolo, Gustavo C. y otro en J. 33.200/83.544 Quargnolo Gustavo C. y otro en representación de sus hijas menores en J Huerta Julio C/ Sarmiento o/ ejec. hipotecaria s/ tercería p/ cas” (magistrados: Kemelmajer, Romano, Pérez Hualde; expediente 94.275). [N. del E.: ver completo [aquí](#)].

En el mismo fallo, se dijo que en la República Argentina habría **una cierta coincidencia doctrinal y jurisprudencial**

... en torno a que la cesión de derechos hereditarios es un contrato por el cual el titular de todo o una parte alícuota de la herencia (o de la indivisión post comunitaria) transfiere al otro el contenido patrimonial de aquella, sin consideración al contenido particular de los bienes que la integran...⁹

Otro de los importantes temas objeto de discusiones era la forma impuesta para su celebración y el modo publicitario más eficaz a efectos de su oponibilidad a terceros.

La cuestión referida a la legitimidad de la inscripción en los registros públicos de la propiedad inmueble de la declaratoria de herederos dictada por los jueces en el proceso sucesorio ha tenido trascendencia en las posturas que se han ido vislumbrando sobre el tema. Esta cuestión tiene trascendencia en el objetivo que nos ocupa, ya que los registros que permiten esa inscripción deben admitir –como lógica consecuencia– la inscripción de las cesiones de herencia, cesiones de derechos hereditarios y/o cesiones de derechos sobre bienes determinados de la herencia. A este respecto, la discusión recae centralmente en si las declaratorias de herederos son o no documentos inscribibles en los registros de la propiedad inmueble,¹⁰ de conformidad con la Ley 17801, y, de serlo, si su inscripción implica por sí misma y en forma automática o por el transcurso del tiempo el dominio o condominio del inmueble matriculado en cabeza del o de los herederos. Muchas voces, incluidas las de especialistas en derechos reales, han avalado la respuesta afirmativa.¹¹ Se trataría, entonces, de la constitución de un condominio por prolongación de la indivisión hereditaria e inscripción registral.

Esta postura ha sido sostenida por alguna jurisprudencia y doctrina durante la vigencia del CCIV, basada –entre varios argumentos– en las notas de los artículos 3262 y 3416 entre otros.¹² Quienes avalaban esta posición sostenían, en función a los artículos señalados, que cuando muchas personas son llamadas simultáneamente a la sucesión, cada una de ellas **tiene los derechos del autor de una manera indivisible** en cuanto a la propiedad y la posesión, y queda fijado en cabeza de los herederos desde la muerte del causante sin intervalo de tiempo. Esta concepción parece estar avalada hoy por el CCCN.

Basándose en el artículo 3264 CCIV,¹³ hay doctrina que ha sostenido también que

El estado de indivisión hereditario da lugar a múltiples relaciones de los herederos entre sí y con terceros, y durante el cual debe reconocerse y reglarse el derecho de todos los herederos sobre cada uno de los bienes (art. 3449 y

9. *Ibidem*.

10. CNCiv., en pleno, 24/12/1979, “Discoli, Alberto Teodoro s/ sucesión”: “Para que la cesión de derechos hereditarios que comprende cosas inmuebles sea oponible a terceros interesados debe ser anotada en el Registro de la Propiedad”. [N. del E.: ver completo [aquí](#)].

11. Ver MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Zavalía, 2006, pp. 133 y ss.

12. [N. del E.: ver [aquí](#) las notas del codificador {edición de Pablo Coni Editor, Buenos Aires, 1872, digitalizada por [Google Books](#)}].

13. Art. 3264 CCIV: “Los sucesores universales son al mismo tiempo sucesores particulares relativamente a los objetos particulares que dependen de la universalidad en la cual ellos suceden”.

ss. CC) sujetándolas a las normas específicas y a las análogas que gobiernan el condominio.¹⁴

Vemos, por tanto, que durante la vigencia del CCIV se fueron perfilando distintas posiciones, siendo el criterio jurisprudencial el de extrema cautela al remitirse al análisis de las circunstancias de hecho de cada caso.

5. La cuestión terminológica en el Código Civil

El CCIV se refirió a los asuntos ligados a este contrato con distintas denominaciones: “contratos de herencia futura”, refiriéndose a actos entre vivos (art. 1175); “cesión de derechos hereditarios”, al tratar la forma (art. 1184 inc. e). En relación con la evicción y junto a las normas del contrato de cesión de créditos, usa las expresiones “cesión de herencia” (art. 2160), “derechos hereditarios” (arts. 2161-2163), “herencia y cesión de derechos” (art. 2162). Refería también el CCIV a la cesión de un heredero de sus “derechos sucesorios” y a la “renuncia a la herencia” a favor de coherederos (art. 3322). Las expresiones “herencia”, “derechos hereditarios”, “cesión de derechos” y “derechos sucesorios” fueron empleadas en las normas dispersas del CCIV sin que pudiera realizarse un distingo claro ni una total identificación entre ellas.

6. La cuestión terminológica en el Código Civil y Comercial

El CCCN, en el libro quinto (“Transmisión de derechos por causa de muerte”), título III (“Cesión de herencia”), regula en su artículo 2302 la cesión de derechos a una herencia:

La cesión del derecho a una herencia o a una parte indivisa de ella tiene efectos: a) entre los contratantes, desde su celebración; b) respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio; c) respecto al deudor de un crédito de la herencia, desde que se le notifica la cesión.

Surge claramente de la letra del artículo que **la cesión de herencia es en definitiva una cesión de derecho a la herencia o a una parte indivisa de ella**. Lo que se regula bajo el título de “Transmisión de derechos por causa de muerte” es la cesión de un tipo de derechos en particular: el derecho a la herencia o a parte indivisa de ella. A juicio de casi todos los autores, el codificador trata correctamente este contrato en el libro quinto. Sin perjuicio de ello, entendemos que esto no significa que no se lo reconozca como un contrato de cesión de derecho, que tiene regulación específica en el artículo 1618 CCCN.

En efecto, en el libro de los derechos personales, el artículo 1618, específicamente expresa que la cesión de derechos hereditarios debe ser otorgada por escritura pública. Esta referencia no debe pasar inadvertida a nuestro objetivo: el codificador ha tratado

14. MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (cfr. nota 11), p. 128 (la autora cita CNCiv., Sala A, LL 124-390; y CNCiv. 1ª Cap. LL 4-387).

la forma del contrato de cesión de derechos hereditarios –uno de los temas más controvertidos durante la vigencia del CCIV– en el libro tercero “Derechos personales”, título IV “Contratos en particular”, capítulo 26. Por lo tanto, si bien la cesión de derecho a la herencia ha sido normada en el libro “Transmisión de derechos por causa de muerte”, la cesión de derechos hereditarios es regulada, en cuanto a su forma, como un contrato particular de contratos entre vivos. El artículo 1618 no diferencia entre cesión de herencia y de derechos hereditarios ni contrato sobre toda la herencia o parte indivisa o bienes determinados: los derechos hereditarios en general cuando se ceden deben cederse por escritura pública.

El artículo 2409 CCCN se refiere a un contrato especial de cesión de derechos hereditarios: cesión de derechos hereditarios entre coherederos, en la que existe un alea expresada y aceptada; si los coherederos formalizaron una cesión aleatoria queda vedado al interesado incoar la acción de complemento. El artículo 2294 determina que la cesión de los derechos hereditarios, sea a título oneroso o gratuito, implica aceptación de la herencia. El artículo 2312 equipara al cesionario de los derechos hereditarios del heredero aparente con el heredero preterido demandante.

El CCCN también utiliza la expresión “derechos hereditarios” cuando se refiere a los derechos de la persona adoptada y a la “herencia vacante”, en los artículos 2430 y 2443. Los artículos 2486 y 2487 refieren a los “herederos universales” como aquellos que tienen vocación a “todos los bienes de la herencia”. Por el contrario, según el 2488, los herederos instituidos sobre una fracción no tienen vocación a todos los bienes de la herencia.

Respecto del inventario de los bienes, el artículo 2526 CCCN claramente distingue el “caudal hereditario” (que debe quedar en seguridad) y los “bienes” (que deben ser inventariados), lo que indica que cada bien conserva su identidad dentro del caudal hereditario; cada bien puede estar determinado y debe ser individualizado.

Finalmente el artículo 2309 dice:

Cesión de bienes determinados. La cesión de derechos sobre bienes determinados que forman parte de una herencia no se rige por las reglas de este Título, sino por las del contrato que corresponde, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición.

De su primera lectura surge que al contrato de cesión de derechos sobre bienes determinados que forman parte de una herencia no se le aplican las normas de la cesión de la herencia sino las del “contrato que corresponde”. Parece que el legislador **distingue el contrato de cesión de derecho a una herencia o parte de ella (art. 2302) del contrato de cesión de derechos sobre bienes determinados de una herencia**: le aplica al primero las disposiciones del libro quinto, título III, y al segundo, las del contrato “que corresponde”. La pregunta es: ¿cuál es el contrato que corresponde? La respuesta es, a nuestro entender, el artículo 1614, que regula la cesión de derecho, estableciendo que

Hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho. Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien, o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las de este capítulo.

De la enunciación de artículos que antecede puede concluirse que

- 1) la expresión “cesión de derechos hereditarios” es utilizada por el Código con un criterio genérico;
- 2) sea el contrato de cesión de una herencia o de cesión de una parte ideal de ella, en ambos casos la letra reconoce que hay cesión de derecho de conformidad a la letra del artículo 2302;
- 3) en relación con el objeto del derecho cedido y en función del caudal relicto, existen por lo menos tres tipos de cesiones: a) la del derecho a la herencia toda; b) la del derecho a parte de una herencia; y c) la del derecho a un bien determinado que forma parte de una herencia (art. 2309).

En todos los casos se trata de un contrato de cesión de derecho regulado por el artículo 1618, sin perjuicio de las normas especiales. Así lo declara la comisión redactora del anteproyecto en los **fundamentos**:

Se regula la cesión de herencia. Aunque se trata de un contrato, se entiende, por razones prácticas, que no es metodológicamente incorrecto incluirlo entre las normas que regulan el derecho de sucesiones.¹⁵

7. El contrato de cesión de herencia y el de cesión de derechos hereditarios. Diferencias

Pérez Lasala expresa que Forniellas –y lo cita– diferenciaba

... “el caso de que el cedente sea el único propietario de la herencia vendida o que habiendo varios herederos la cesión se refiera a una parte proporcional o ideal de la misma”. En el primer caso, según el citado autor, “es ineludible la entrega material de los bienes para que el cesionario pueda sentirse dueño de ellos”. En el segundo caso no habría entrega ya que una parte ideal no puede ser entregada.¹⁶

A este respecto, el autor añade que en el primer caso (único propietario de la herencia “vendida”) el contrato es consensual, por lo que requiere de los complementos para la transmisión del dominio, y que, en el otro caso (varios coherederos que ceden una parte ideal), el contrato sería real: la transmisión de la cuota operaría *ipso iure*, sin necesidad de tradición, por lo que sería un contrato traslativo. El CCCN no hace distingos entre contratos reales y consensuales. Todos los contratos son consensuales¹⁷ y la anterior clasificación velezana entre reales y consensuales habría desaparecido. Ello surge del artículo 957 CCCN, que define los contratos, y de los artículos 966 y 970, que establecen sus clasificaciones.

15. HIGHTON, Elena I, KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 6), punto VIII, libro quinto, p. 218. [N. del E.: ver [aquí](#)].

16. PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 878.

17. Art. 957 CCCN: “Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

En orden a lo anotado, entendemos que, se trate de una herencia o de una parte o fracción, el contrato es consensual y en ambos casos el proceso sucesorio deberá producirse hasta llegar a la liquidación y adjudicación. Ello sin perjuicio de las particiones privadas, parciales o totales, que, cumpliendo determinadas condiciones, pueden formalizarse en cualquier etapa del proceso, dando finiquito, total o parcial, al mismo.

En razón de lo expresado, el contrato de cesión de derechos sobre bien determinado de una herencia es también un contrato consensual. En definitiva, sea que lo que se cede es la herencia toda, sea que lo que se cede es una parte alícuota de ella, sea que es un solo heredero o que se trata de varios, lo que se ceden son derechos.

8. Objeto del contrato de cesión de derechos hereditarios.

Visión en el Código Civil

Para el CCIV, el heredero es el continuador de la persona del causante (art. 3417 CCIV). Este concepto de dominación del “causante” sobre el “heredero” –utilizado por el profesor Ciuro Caldani para explicar la teoría de los repartos en las sucesiones– habría desaparecido en el nuevo cuerpo legal. El artículo 3281 CCIV dice: “la sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal sin consideración a su contenido especial ni a los objetos de esos derechos”. El autor del Código, en la nota, expresó que la sucesión de título universal abraza a los derechos particulares como integrantes del conjunto. Afirma a continuación que el objeto propio de la sucesión es el conjunto. Y agrega que la sucesión universal puede no abrazar la totalidad y sí solo una porción determinada de bienes. Finalmente, compara la porción determinada de bienes como la “porción” en relación al conjunto o la fracción a la unidad. La nota de Vélez Sarsfield al artículo 3281 induce al concepto de universalidad, en la que los bienes o derechos particulares carecen de entidad. También en la nota del artículo 3283, Vélez Sarsfield comenta que “el patrimonio considerado como unidad es un objeto ideal de un contenido indeterminado”.¹⁸ En este caso, lo hace para explicar por qué se elige el derecho local del último domicilio del difunto como el regulador del derecho de sucesión. A este respecto, Ciuro Caldani dice:

Un tema de especial significación es reconocer el espacio de los repartos sucesorios. Las normas sucesorias pueden generar una idea de universalidad de aplicación, sobre todo en cuanto a los bienes, pero también respecto de los casos, que no condice formalmente con los hechos.¹⁹

Todo patrimonio puede ser considerado como un objeto ideal y no solo el hereditario, por lo que el concepto de objeto ideal de un contenido indeterminado resultaba necesario para determinar una jurisdicción al proceso (art. 3283 CCIV), pero no para sostener que los objetos particulares que conforman el patrimonio no se puedan determinar.

Aquellas apreciaciones del codificador generaron una amplia confrontación doctrinaria entre quienes sostenían el carácter de *universitas iuris* de la sucesión (o de la herencia) y los que la entendían como *universitas facti*. Para los primeros, el contrato

18. Ver nota 12.

19. CIURO CALDANI, Miguel Á., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 15.

de cesión de derechos hereditarios tiene por objeto una universalidad jurídica y no los bienes o derechos en particular (*ut singulis*).²⁰ Para los que entienden que la herencia es una universalidad de hecho, el objeto del contrato de cesión de derechos a una herencia (o de derechos hereditarios cuando hay más de un heredero) comprende los diferentes bienes que componen su objeto, tomados en forma global como un conjunto.²¹

A efectos de merituar las consecuencias de estas concepciones, cabe recordar en este punto que muchos autores y fallos han sostenido que con la muerte queda constituido un condominio entre los herederos, por ministerio de la ley.

9. Bienes determinados de la herencia. Universalidad jurídica. Universalidad de hecho

Parte de la doctrina se valió del artículo 3281 CCIV para afirmar el carácter abstracto del patrimonio hereditario. Así, por ejemplo, Vinassa afirmó en su tesis doctoral que la principal característica del estado de indivisión

... es que los bienes que integran el acervo hereditario pierden su individualidad; el inmueble, que era perfectamente determinado en vida del causante, pierde con su fallecimiento su calidad de tal, para pasar a formar parte de ese todo ideal y abstracto que se ha dado en llamar “universalidad jurídica (...)” y donde sólo es tenido en cuenta por la utilidad económica que el mismo puede procurar.²²

La misma autora afirma:

Si originariamente el sucesor era un continuador de culto familiar, y, políticamente, como recordábamos con Bonfante, ahora –sin perjuicio de las reminiscencias– (el sucesor) será continuador de la persona fallecida, en tanto sujeto de un conjunto de derechos y obligaciones patrimoniales, que idealmente imputados a una entidad abstracta, puramente intelectual, conducen a la universalidad del conjunto, constituye el patrimonio.²³

Nos interesa traer a colación los conceptos de esta autora en razón de la incidencia que esta tesis tuvo en el pensamiento y la práctica jurídica notarial de la materia, dado su carácter de directora del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Mendoza durante muchos años. En los tiempos en que fue redactado ese trabajo doctrinario, los registros de la propiedad inmueble discutían sobre la apertura de los registros de cesiones de derechos y acciones hereditarias en sus sedes.²⁴ En la provincia de Mendoza, en cambio, en virtud de esta influencia, no se han inscripto ni las declaratorias de herederos ni las cesiones de derechos hereditarios en ninguna de sus formas.

20. PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 882.

21. Ídem, p. 883.

22. VINASSA, Lilitana M., “Estado de indivisión hereditario. Su implementación documental y registral”, en *Revista El Notario*, Mendoza, Colegio Notarial de Mendoza, N° 7, 1988, p. 66.

23. *Ibidem*.

24. En la Capital Federal, la ley local 17417 (art. 58) creó el Registro de Cesiones de Derechos y Acciones Hereditarios.

Para Zannoni, el objeto del contrato de cesión de herencia es una universalidad jurídica, y define el contrato diciendo que la cesión de derechos hereditarios es el contrato que tiene por objeto transmitir el todo o una parte alícuota de la universalidad hereditaria. La sucesión universal tiene por objeto un todo ideal sin consideración a su contenido particular [...] por lo tanto el objeto de la cesión nunca puede limitarse a cosas particulares.

Explica además que las universalidades de hecho responden a la intencionalidad de una persona (p. ej., una biblioteca), aunque sus componentes admiten una consideración a título singular.²⁵

Para Zinny, quien también ha influido gravitadamente en el pensamiento notarial en estos temas, la herencia es una universalidad jurídica y ese carácter es el que impide que se cedan derechos sobre bienes determinados de la misma.²⁶ Desde esta lógica, el carácter de universalidad jurídica de la herencia es lo que impide la posibilidad de cesión de derechos hereditarios sobre bienes determinados de la herencia: lo ideal o abstracto carecería de cosas determinadas sobre las que se pudieran ejercer derechos, el contrato carecería de objeto. Otras teorías consideran la herencia no como una totalidad orgánica sino como una suma de bienes o conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales que abarcan la totalidad o una parte alícuota de los bienes,²⁷ o una suma de elementos activos gravadas con los pasivos. Según Pérez Lasala, el CCCN acepta esta teoría implícitamente (la de la sucesión en la posición jurídica del causante) y expresamente la teoría de la adquisición de la totalidad o de una parte indivisa de los bienes hereditarios.

Las XXIII Jornadas de Derecho Civil (Tucumán, 2011) se expidieron sobre el tema: la posición de la mayoría, de *lege lata*, sostuvo que “no es posible que los herederos puedan transmitir bienes individualmente determinados durante el estado de indivisión, a título de cesión de herencia”. En cambio, la posición de la minoría fue que

Es posible, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el práctico, que los herederos puedan transmitir bienes individualmente determinados, durante el estado de indivisión, a título de cesión de herencia, constituyendo esto un compromiso de adjudicación a favor del cesionario.

Por otra parte, de *lege ferenda*, Milone y Moreyra propusieron recomendar que los herederos “tengan la facultad de transmitir bienes individualmente determinados durante el estado de indivisión, a título de cesión de herencia”.²⁸

25. ZANNONI, Eduardo, “Cesión de derechos hereditarios”, en *Revista del Notariado*, N° 811, 1987, p. 1397. [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

26. ZINNY, Mario A., *Cesión de herencia*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 2.

27. PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 143.

28. Ver AA. VV., “XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional de Tucumán, 2011. Conclusiones”, San Miguel de Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, [s. e.], 2011, conclusiones de la Comisión N° 7 (“Sucesiones: Estado de indivisión hereditaria y postcomunitaria”), pto. IV “Cesión de derechos hereditarios”. [N. del E.: ver [aquí](#), pp. 16-17]. La posición mayoritaria fue sostenida por Stefaninni, Ugarte, Natale, Hernández, Lloveras, Pérez Lasala, Arianna, Orlandi, Verplaetse, Stofan, Dalla Fontana, Casado, Argiro, Cohen, Burgos, Villahoz, Sánchez Toranzo, Issa de Gómez y Paz de Centurión. La posición minoritaria fue sostenida por Wallace, Moreyra y Milone.

En nuestro criterio, sea que se considere el patrimonio de la herencia como universalidad jurídica o como un conjunto, **su contenido podrá ser transitoriamente indeterminado pero, finalmente, determinable**. El o los sujetos titulares de los bienes de ese contenido quedan a partir del fallecimiento sometidos a un proceso de individualización y de legitimación, pero no hay vacío de titularidad, en ningún espacio de tiempo. El lapso de tiempo que transcurre entre el fallecimiento y la partición se tiene como no ocurrido a los efectos de asignar la titularidad y la posesión de los bienes. Pero lo cierto es que el tiempo transcurre, y quienes se pretenden herederos **gozan, durante el mismo, de derechos que solo podrían coartarse por expresa disposición legal**, jurídicamente razonable.

10. La herencia en el Código Civil y Comercial. Universalidad o masa indivisa sujeta a copropiedad. Herencia y sucesión

El CCCN establece como principio –tal como ya dijimos al inicio– la responsabilidad *intra vires*. La comisión redactora del anteproyecto dejó expresamente aclarado en los fundamentos ese principio, por lo que los herederos responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en caso de haber sido enajenados.²⁹ De esta afirmación, relativa a la responsabilidad del heredero, se infiere que **el derecho a la herencia comprende los derechos hereditarios sobre los bienes de aquella, individualmente considerados**. Estos derechos sobre los bienes adquiridos de pleno derecho traen aparejado desde la muerte del causante el derecho a ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían a aquel (art. 2337 CCCN).

En el artículo 2277 del libro III (“Transmisión por causa de muerte”) del CCCN se aborda la materia de la herencia de modo diferente al que lo hiciera hasta ahora parte de la doctrina interpretando y aplicando las notas de Vélez Sarsfield. Dice la norma:

Apertura de la sucesión. La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley. Si el testamento dispone sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiende por la ley. La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento.

Este artículo 2277 determina entonces el contenido de la herencia: todos los derechos y obligaciones del causante. Si avanzamos en el análisis de los artículos, observamos que el artículo 2278 plantea una diferencia entre la herencia como universalidad, que comprende todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante, y la “parte indivisa de esa herencia”.³⁰ El heredero puede serlo de la herencia o de parte indivisa de ella.

Además, el nuevo cuerpo legal **diferencia claramente la sucesión de la herencia**. Refiere a la sucesión como un procedimiento: son hechos que acontecen encadenada-

29. Ver HIGHTON, Elena I, KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 6), p. 217: “El texto propuesto está redactado sobre la base del Proyecto de 1998. [...] Aclara que la responsabilidad del heredero es *intra vires* (con el valor de los bienes), con las excepciones que se disponen expresamente”. [N. del E.: ver [aquí](#)].

30. Art. 2278 CCCN: “Heredero y legatario. Concepto. Se denomina heredero a la persona a quien se transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia; legatario, al que recibe un bien particular o un conjunto de ellos”.

mente con un objetivo específico, para lograr un fin. La herencia, en cambio, está destinada a transmitirse y, según el CCCN, comprende todos los derechos y obligaciones del causante. La sucesión, en tanto proceso, está destinada a abrirse y cerrarse. El objetivo principal de este proceso es la identificación de los sucesores y la determinación del contenido de la herencia.³¹ Es por ello que entendemos que los bienes del caudal relicto son determinados o determinables.

Por su parte, el artículo 2280 CCCN describe la situación de los herederos desde la muerte del causante, diciendo que los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquel de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor. En conclusión, aquellos bienes que el causante poseía son poseídos por todos los herederos de manera indivisa, a partir de la muerte.

¿Podemos seguir sosteniendo que la herencia es una universalidad jurídica? A este respecto, Pérez Lasala, analiza el tema y concluye afirmando que el CCCN abandona por completo la teoría de la universalidad jurídica como todo ideal independiente de los elementos singulares que lo integran, y agrega:

... cuando el Código vigente habla de la universalidad de la herencia se refiere a la totalidad de los bienes que la conforman, **ya que no se puede hablar de un ente abstracto distinto de los objetos que lo componen.**³²

Debemos recordar que Vélez Sarsfield sostenía (art. 2312) que “el conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio” y que este, de conformidad con la nota del artículo,

... es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales [...] una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas o que puedan ser separadamente determinadas.³³

Sin embargo, aun bajo esta concepción del patrimonio, no resulta posible sostener que el titular del mismo no pueda disponer de bienes determinados. Según Pérez Lasala, la teoría de la *universitas iuris* ha sido criticada y la crítica ha dejado a la luz su inconsistencia. Ni el patrimonio ni la herencia pueden ser consideradas tales: “los fenómenos sucesorios no necesitan ser explicados por esta teoría cargada de ficciones”.³⁴

La herencia, en el CCCN, es un conjunto de derechos y obligaciones (art. 2277). Solo el artículo 2278 habla de universalidad, pero en todo el desarrollo del libro ese conjunto de derechos y obligaciones es considerado como masa indivisa sujeta a copropiedad.

31. Art. 2335 CCCN: “Objeto. El proceso sucesorio tiene por objeto identificar a los sucesores, determinar el contenido de la herencia, cobrar los créditos, pagar las deudas, legados y cargas, rendir cuentas y entregar los bienes”.

32. PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 883.

33. [N. del E.: cfr. nota 7].

34. PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 16), p. 883.

10.1. Comunidad hereditaria y condominio.

La copropiedad de la masa hereditaria en el Código Civil y Comercial

La expresión “tener derechos y acciones de manera indivisa”³⁵ nos impone repensar los conceptos de universalidad y comunidad. Zinny afirmaba respecto del CCIV:

Consideremos por otra parte la diferencia entre condominio y comunidad hereditaria. El primero supone titularidad compartida del derecho real de propiedad. La segunda es titularidad compartida de una universalidad jurídica [...] A su vez, por universalidad jurídica cabe entender aquel conjunto de derechos y obligaciones considerados por la ley como un todo ideal (recorremos que las universalidades de hecho –rebaño, biblioteca, etc.– se componen de cosas y no ya de relaciones jurídicas).³⁶

En el CCCN, el condominio es un derecho real en sí mismo, diferente al dominio. En el artículo 1983 se define al condominio así:

Condominio es el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa. Las partes de los condóminos se presumen iguales, excepto que la ley o el título dispongan otra proporción.

Por su parte, el artículo 1984 CCCN prescribe:

Aplicaciones subsidiarias. Las normas de este título se aplican, en subsidio de disposición legal o convencional, a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes.

O sea, el condominio es un derecho real que se ejerce por varias personas sobre una cosa. Sin embargo, también existe la comunidad sobre otros bienes que pueden no ser cosas. A las comunidades de bienes que no son cosas se les deben aplicar las normas del condominio, conforme al artículo 1984. Los artículos 2342, 2343, 2344, 2346, 2355, 2362 y 2364 del CCCN –todos ellos del libro quinto– se refieren expresamente en sus textos a los herederos como copropietarios de la masa indivisa. Estos artículos responden a los institutos del inventario y avalúo de los bienes, y a la aprobación de la rendición de cuentas y a la partición de la masa. Claramente, en estos artículos se utiliza el concepto de masa indivisa y el de copropietarios de ella para referirse a los herederos.³⁷

Es posible afirmar que los herederos son titulares de la herencia (art. 2278) y, en cuanto tales, son copropietarios de la masa indivisa que la herencia constituye (arts. 2342

35. Art. 2280 CCCN: “Situación de los herederos. Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor”.

36. ZINNY, Mario A., ob. cit. (cfr. nota 27), pp. 2-5.

37. Art. 2362 CCCN: “Forma de la cuenta. Si todos los copropietarios de la masa indivisa son plenamente capaces y están de acuerdo, la rendición de cuentas se hace privadamente, quedando los gastos a cargo de la masa indivisa. En caso contrario, debe hacerse judicialmente. De ella se debe dar vista a los copropietarios de la masa indivisa, quienes pueden impugnarla”.

Art. 2364 CCCN: “Legitimación. Pueden pedir la partición los copropietarios de la masa indivisa y los cesionarios de sus derechos. También pueden hacerlo, por vía de subrogación, sus acreedores, y los beneficiarios de legados o cargos que pesan sobre un heredero. En caso de muerte de un heredero, o de cesión de sus derechos a varias personas, cualquiera de los herederos o cesionarios puede pedir la partición; pero si todos ellos lo hacen, deben unificar su representación”.

y cc.). Por otra parte, la masa indivisa de bienes del caudal relicto es divisible por esencia. Ese es justamente el objetivo del proceso sucesorio cuando existe pluralidad de sucesores.

Como copropietario de los bienes que conforman la masa, el heredero posee derecho a la división. Este es un derecho disponible, sin perjuicio de su eventualidad. El derecho hereditario sobre los bienes de la masa **forma parte del patrimonio del heredero**, no es parte de la masa indivisa hereditaria. La sucesión es un proceso que tiene por objeto identificar a los sucesores, determinar el contenido de la herencia, y entregar los bienes. Mientras esto sucede, los sucesores tienen derechos eventuales a esa entrega de bienes, y esos derechos, que pertenecen al heredero, son transmisibles. No hemos encontrado norma en el CCCN que prohíba su trasmisión.

10.2. La comunidad hereditaria y los derechos personales de los herederos

Como ya consignamos, según el artículo 2277 CCCN, “la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento”. El objeto herencia no está definido como un ente abstracto o ideal sino como una suma de derechos y obligaciones. Estos, sin perjuicio de que compongan un conjunto, están individualizados o pueden ser individualizados, y los herederos los poseen de manera indivisa. Los herederos y los derechos y obligaciones del causante están unidos en una comunidad. Cada uno de los herederos es titular de una parte indivisa de cada uno de los derechos que pertenecían al causante. Son titulares de dichos derechos desde la muerte del causante. Esos “derechos” sobre los derechos o bienes del causante (arts. 2293 y 2294 CCCN) forman parte del patrimonio del heredero. El heredero es titular de esos derechos –que son individuales– y goza respecto de ellos de las facultades que como tal le corresponden.

Los artículos 15 y 16 CCCN refieren a las personas, a la titularidad de sus derechos y a los objetos de esos derechos:

Artículo 15: Titularidad de derechos. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código.

Artículo 16: Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas...

Es decir, las personas tienen un patrimonio integrado por bienes que pueden ser materiales o no y tienen derechos individuales sobre los mismos. El heredero tiene un bien en su patrimonio: es su derecho como copropietario de la masa indivisa. Una vez que se produzca la partición, ese derecho recaerá, o no, sobre todos, algunos, alguno o ninguno de los bienes que pertenecieron al causante. Hasta ese momento su bien, su derecho, le pertenece y tiene un valor económico. Ese derecho le confiere, entre otras, la facultad de solicitar la partición (también reconocida al cesionario de derechos hereditarios) y la facultad de licitar por un bien determinado, conforme a los artículos 2364 y 2372.

Nos ayuda en el análisis el pensamiento de Pérez Lasala cuando, refiriéndose al CCCN, clasifica las posiciones jurídicas que ocupa el heredero en “aspectos positivos y

aspectos negativos”. El aspecto negativo de la posición jurídica que ocupa el heredero se advierte en el hecho de que muchos derechos y obligaciones del causante desaparecen con él y otros serán destinados a los legatarios. Dentro del aspecto positivo, el autor distingue las posiciones derivadas del causante y las posiciones originarias. Asimismo, el autor agrupa las posiciones derivadas del causante en:

- 1) La adquisición de la propiedad de los bienes del causante y los demás derechos reales o creditorios, así como las respectivas acciones: esta adquisición se produce mediante un acto único, y “la sucesión no es la primera etapa del iter adquisitivo sino que lo agota [...] es título y modo”.
- 2) La asunción de las deudas del causante.
- 3) La adquisición de la posesión hereditaria.
- 4) La adquisición del ejercicio de otras acciones o excepcionales.

Dentro del aspecto positivo de la posición jurídica del heredero se encuentran también, según el autor, las posiciones originarias, es decir, aquellas que no existían en el causante, tales como, por ejemplo, el derecho a colacionar y a pedir reducción.

Como aspecto negativo está el pago de obligaciones que nacen con la muerte: las cargas del proceso. Concluye el autor afirmando que todas estas posiciones son cohesionadas por el hecho de haber pertenecido a un mismo sujeto y se dan para cumplir determinados fines:

... el conglomerado de esas posiciones está provisionalmente unificado, como formando un patrimonio separado, quedando sometido a unas mismas normas para el cumplimiento de determinados fines transitorios.³⁸

Advertimos, pues, que la posición jurídica que adquiere el heredero al momento del fallecimiento del causante le confiere derechos de modo originario, sin perjuicio de los que pudieran considerarse derivados.³⁹ Advertimos también que aquellos derechos originarios (como colación, reducción, licitación) pueden ser ejercidos sin perjuicio de las normas destinadas al cumplimiento de los fines del proceso sucesorio.

10.3. Disposición de bien de la herencia y cesión de derechos hereditarios en el Código Civil y Comercial

La disposición de bien de la herencia y la cesión de derechos hereditarios son en el CCCN dos contratos distintos. El artículo 2294, incisos b) y e), dice:

Actos que implican aceptación. Implican aceptación de la herencia: [...] b) la disposición a título oneroso o gratuito de un bien o el ejercicio de actos posesorios sobre él; [...] e) la cesión de los derechos hereditarios, sea a título oneroso o gratuito.

Ello confirma lo que aseveramos en el sentido de que es posible disponer de un bien de la herencia o ceder derechos hereditarios. Claramente, el artículo diferencia dos contratos

38. PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 154.

39. Ídem, p. 151.

cuyos objetos son diferentes. En uno el objeto es un bien de la herencia y en el otro el objeto es un derecho del heredero.

Es oportuno referir que la disposición de un bien de la herencia⁴⁰ no importa necesariamente la responsabilidad *ultra vires* del disponente. Para que ello sea así, el heredero debe haber ocultado o sustraído bienes de la herencia, o haber dispuesto de ellos y no haber ingresado el precio a la masa. Pero cuando el heredero cede **su derecho hereditario** sobre un bien (material o inmaterial) de la herencia, no está disponiendo ni sustrayendo bienes de la herencia, sino que dispone del suyo propio, de su propio derecho.

Durante la vigencia del **CCIV**, algunos autores sostuvieron que la cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado de la herencia importaba una sustracción que le hacía perder el beneficio de inventario al heredero. Hemos ya opinado respecto de las responsabilidades *intra vires* y *ultra vires*. El punto a dilucidar es si él o los herederos tienen **derechos individuales sobre bienes o cosas determinadas de la herencia** y, si los tienen, cuál es su objeto y extensión.

11. Contratos de cesión de derechos, cesión de derechos hereditarios y cesión de herencia. Su objeto. Visión desde el Código Civil y Comercial

El artículo 1614 CCCN define el contrato de cesión de la siguiente manera: “hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho”. A su vez, el artículo 1616 afirma el concepto de que “todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho”. La única prohibición expresa en este capítulo refiere a los derechos inherentes a la persona humana.⁴¹

Entre las disposiciones generales de los contratos, el artículo 1004 CCCN prohíbe que sean objeto de los contratos, entre otros, los “bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean”. Por su parte, el artículo 1009 permite que sean objeto de los contratos los bienes litigiosos.

El artículo 1010 CCCN nos obliga a una referencia especial, ya que sienta un principio de prohibición en los contratos entre vivos: sobre herencia futura y sobre derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares de una herencia futura. La norma fija su excepción. Dice textualmente:

Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos

40. Art. 2321 CCCN: “Responsabilidad con los propios bienes. Responde con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y cargas de la herencia, el heredero que: a) no hace el inventario en el plazo de tres meses desde que los acreedores o legatarios lo intiman judicialmente a su realización; b) oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario; c) exagera dolosamente el pasivo sucesorio; d) enajena bienes de la sucesión, excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa”.

Art. 2295 CCCN: “Aceptación forzada. El heredero que oculta o sustrae bienes de la herencia es considerado aceptante con responsabilidad ilimitada, pierde el derecho de renunciar, y no tiene parte alguna en aquello que ha sido objeto de su ocultamiento o sustracción. En el supuesto de que no pueda restituir la cosa, debe restituir su valor, estimado al momento de la restitución.

41. Art. 1617 CCCN: “Prohibición. No pueden cederse los derechos inherentes a la persona humana”.

particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a **futuros derechos hereditarios** y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte del futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

De conformidad con este artículo, no se puede contratar sobre una herencia no deferida, o sea, sin que se haya producido la muerte del titular del patrimonio a heredar. Tampoco, por disposición de esta norma, se puede contratar sobre objetos particulares que pudieran ser parte de un patrimonio a heredar en tanto se encuentra con vida el titular actual del objeto particular. Sin embargo, la ley prevé excepciones: se puede pactar sobre objetos particulares de una herencia no deferida –o sea, sobre bienes de una persona que no ha muerto– si ellos se relacionan con explotaciones productivas o participaciones societarias.

Este artículo es una verdadera innovación en el CCCN y fue incluido por razones de gran trascendencia en materia empresarial, familiar, comercial, social, etc., que exceden en mucho el objeto de nuestro estudio. Al respecto, dice Rivera:

El Código Civil y Comercial incorpora una excepción que no reconoce antecedentes en los proyectos nacionales precedentes. Los pactos sobre herencia futura relacionados con las empresas familiares reconocen antecedentes en el Código Civil de Cataluña; y en el Código Civil italiano a partir de la reforma introducida en el año 2006. [...]

El Código Civil y Comercial sorprende con una excepción a la regla de prohibición de los contratos sobre herencia futura que parece estar dirigida a facilitar la gestión y mantenimiento de la unidad de dirección de las denominadas empresas familiares. Contenido lícito. Estos pactos pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. 4.5. Límites. Son válidos los pactos de esta naturaleza si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge ni los derechos de terceros.⁴²

Esta disposición se refiere específicamente a herencias futuras, cuya disposición está prohibida por actos entre vivos, pero permite la disposición derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares de herencias futuras, en casos específicos.

Nos atrevemos a deducir que el CCCN: 1) prohíbe la cesión de herencia futura; 2) permite la cesión de derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares de la herencia futura, por actos entre vivos; y 3) no prohíbe expresamente ceder derechos hereditarios eventuales sobre objetos determinados de una herencia ya deferida (ello porque estos derechos forman parte del patrimonio del heredero). Ergo, si la ley permite el contrato de cesión de derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares de la herencia futura, por actos entre vivos descripto en 2), aunque con limitaciones, y no

42. RIVERA, Julio C., [comentario al art. 1010], en Medina, Graciela y Rivera Julio C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2014, pp. 514-515.

prohíbe ceder derechos hereditarios eventuales sobre objetos determinados de una herencia ya deferida descrito en 3), se puede sostener que es un contrato válido y eficaz, de conformidad a lo que rece el acuerdo entre los contratantes. O sea, si la ley me permite pactar entre vivos sobre bienes particulares de una herencia futura, con mayor razón, sin mediar prohibición alguna, **puedo pactar entre vivos sobre bienes particulares de una herencia actual**. También el artículo 1618 nos permite inferir la posibilidad de existencia del contrato, ya que alude expresamente a la “cesión de derechos hereditarios”, al que le impone la forma escritura pública. No distingue este artículo entre cesión de herencia o de derechos hereditarios individuales, por lo que ambos contratos han sido previstos por el legislador.

Hay autores que entienden que “cesión de herencia” y “cesión de derechos hereditarios” son expresiones sinónimas, aunque admiten que podría reservarse la expresión “cesión de herencia” cuando se trata de un solo heredero y cesión de derechos hereditarios cuando haya concurrencia de herederos o cuando siendo un único heredero cede solo una parte alícuota. Nos permitimos disentir al entender que es posible ceder derechos hereditarios sin ceder la herencia ni parte alícuota de ella. Si el/los heredero/s pueden transferir parte alícuota de su porción hereditaria, no encontramos óbice para que puedan ceder derechos hereditarios individuales, en la proporción que les pudiera corresponder, sobre bienes determinados de la herencia. Sus derechos hereditarios ya deferidos **pueden ser objetos de los contratos, porque están en su haber patrimonial**.

Hemos entendido, de la interpretación armónica de estos artículos 1614, 1016, 1010 y 1618 CCCN, que la cesión de derechos hereditarios sobre bienes determinados de una herencia ya deferida, en tanto en cuanto su objeto es un derecho patrimonial del heredero, es un contrato permitido por la ley, con las aclaraciones que pretendemos hacer más adelante.

12. Contrato de cesión de derecho hereditario sobre bien determinado de una herencia

Producido el fallecimiento de una persona nacen derechos de aquellos que, por ley o por voluntad del causante, están llamados a sucederla. Esos derechos existen, tienen entidad, son un bien en sí mismos desde el momento de la muerte del causante, sin perjuicio de los bienes materiales o inmateriales que conforman la herencia, y aun cuando ella sea considerada un conglomerado de posiciones jurídicas, con aspectos positivos y aspectos negativos. La cesión del derecho a una herencia, la cesión del derecho a una parte de una herencia y la cesión de derechos sobre derechos (o sea bienes) determinados de una herencia son contratos con distinto objeto. Esos derechos hereditarios, que pertenecen al heredero, y que recaen sobre bienes determinados de una herencia, serán objeto de contratos más o menos aleatorios, o más o menos conmutativos, pero pueden ser objeto de contratos en virtud de las normas generales de los contratos.

Los derechos particulares del causante recaen sobre bienes materiales y/o inmateriales, pero en el contrato de cesión de derechos hereditarios sobre bienes determinados de la herencia **lo que se cede no son los bienes de la herencia, sino el derecho que el heredero tiene sobre ellos**. Aun en el caso de sostener que el heredero sucede en la posi-

ción jurídica del causante (conforme sostienen las teorías subjetivas), objetivamente esa posición jurídica es la que le permite adquirir derechos sobre los bienes hereditarios, que no son los que correspondían al causante, sino que son adquiridos de modo originario por el heredero –tal como señalamos en 10.2–.

12.1. Los autores comentaristas del artículo 2309 del Código Civil y Comercial

A) Dangeli expresa:

La redacción del artículo intenta dar respuesta a la pregunta que planteaba si la cesión de derechos hereditarios podía estar referida a bienes concretos, sea ésta gratuita u onerosa y subsiguientemente a si, en ese caso, se trataba de una cesión de derechos hereditarios o de una venta, donación, permuta, según el supuesto del que se tratara.⁴³

La comentarista se pregunta cuál “es la interpretación que debemos hacer cuando nos dice que la eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición”. Responde afirmando que si el bien cedido es atribuido finalmente al cedente, la cesión sería plenamente eficaz “como cesión de derechos hereditarios”.⁴⁴

Más adelante, la autora distingue entre:

- 1) El contrato que tiene por objeto los derechos que le corresponden al heredero único sobre una cosa determinada recibida por herencia: lo califica como consensual, con fines traslativos, y que requiere de los complementos necesarios para producir el desplazamiento patrimonial según la naturaleza del objeto:

... el cesionario adquirirá la cosa con las deudas que gravan la herencia, en forma proporcional al valor de la cosa. Esa responsabilidad por el pasivo crea indeterminación sobre el valor neto a recibir, en forma parecida a lo que sucede en la cesión de herencia.⁴⁵

- 2) En cambio, cuando se vende un bien, la equivalencia entre el valor de la cosa y el precio se puede precisar, porque las deudas son ajenas a este contrato.

Por lo tanto, diferencia la cesión de derechos sobre bien determinado de la venta del bien determinado.

B) Córdoba dice que

Se sostiene que cuando la cesión se refiere solamente a algunos bienes, es mera cesión de derechos hereditarios sobre los mismos y dependerá de la forma de individualización que de ellos se haga si realmente es una cesión o en realidad es una venta individual...⁴⁶

43. DANGELI, Romina, [comentario al art. 2309], en Medina, Graciela y Rivera Julio C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 109.

44. Ídem, p. 110.

45. Ídem.

46. CÓRDOBA, Marcos, [comentario al art. 2309], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 10, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 512.

En párrafos posteriores agrega:

Por ello hasta que la partición no sea aprobada el heredero no puede garantizar que un bien determinado le vaya a ser adjudicado, y por tanto la cesión que de él haga queda sujeta a que el objeto de la sucesión le sea posteriormente atribuido [...] Es por ello que el resultado en cuanto a la eficacia del derecho comprometido en la cesión singular se encuentra fuera de la capacidad de determinación de quienes han contratado.⁴⁷

En definitiva, estos autores afirman que es la partición la que pone fin al estado de indivisión y es ella la que determina en forma concreta los bienes adjudicados; y concluyen que la eficacia del derecho comprometido está fuera de la capacidad de determinación de los contratantes, pero no que el contrato no se pueda formalizar. Estimamos que los contratantes tienen capacidad de determinación de sus responsabilidades respecto del objeto y de allí resultará la medida o el valor que le asignen.

C) Lamber sostiene que

... es válido celebrar contratos traslativos de las cosas en particular que componen la indivisión hereditaria, siempre que el bien sea atribuido al cedente. El proyecto reconoce así la validez de estos contratos referidos a bienes determinados bajo la condición de estar sujetos al resultado de la partición, y regula que se regirán por las del contrato que corresponda.⁴⁸

Lamber se refiere también al artículo 1010 y expone:

... en la concordancia de este artículo con el art. 1010 citado, queda claro que la prohibición de los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares sean objeto de los contratos se refiere a los de herencia no deferidas (futures), dado que se admite la eficacia de los contratos sobre estos bienes en particular durante la indivisión hereditaria sujeta al resultado de la partición...⁴⁹

Lamber relaciona estos artículos con el principio general establecido en el artículo 384 que tutela la conservación y la validez de los contratos en miras al interés legítimo de las partes. Concluye que

Mientras los herederos no estén investidos para transferir bienes, serán contratos entre partes, con el efecto relativo propio de los arts. 1021 del proyecto y cons., sin efectos de oponibilidad a terceros, regulados para la cesión de derechos hereditarios.⁵⁰

A este respecto cabe reflexionar que los herederos están investidos para transferir bienes del sucesorio, como si fueran propios, desde la declaratoria de herederos (si hay acuerdo unánime) o desde la partición. Ello sin perjuicio de la posibilidad de contratar sobre

47. Ídem, p. 513.

48. LAMBER, Néstor D., "La cesión de derechos hereditarios, de gananciales, sobre cosa determinada en el proyecto de unificación", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 973, 2013, p. 206. [N. del E.: ver [aquí](#)].

49. *Ibidem*.

50. Ídem, p. 207.

bienes ajenos con las consecuencias previstas en el 1008 del CCCN.⁵¹ Estimamos, sin embargo, que desde la muerte del causante hasta la partición podrían ceder su derecho hereditario (eventual) sobre un bien determinado del patrimonio que fuera del causante: sería un contrato aleatorio tanto en relación a los sujetos como a los objetos, según la etapa del proceso en que se encuentre.

D) Armella vertió las siguientes opiniones:

Otra posibilidad es la cesión de bien determinado. En muchas demarcaciones venimos trabajando desde hace muchísimo tiempo sobre la cesión de derechos y acciones hereditarios y/o gananciales sobre bien determinado. Pero hay una nebulosa en cuanto a entender cuál es la eficacia de esta figura. Específicamente, por ejemplo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires esto no se acepta, mientras que en la provincia de Buenos Aires se acepta plenamente. Esto trae como resultado que una demarcación tenga una visión sobre el tema, y la otra, una diferente, que es lo que hay que evitar, porque el código rige para todo el país.

Entonces, ahora se permite plenamente la posibilidad de la cesión sobre bien determinado, que estará –obviamente también el código así lo marca– condicionada a que el bien determinado cuyos derechos sean cedidos sea adjudicado a la cuota parte –en la partición– de quien es el cedente. Claro está, es la misma solución actual pero puntualmente descrita.⁵²

E) Pérez Lasala afirma que

... en el estado de indivisión el comunero carece de título de dominio sobre bienes concretos y determinados. Como no tienen título [...] tampoco tienen cuota sobre cada uno de esos bienes. La consecuencia es ineludible: el contrato de cesión de herencia o de derechos hereditarios no puede tener por objeto bienes particulares de la herencia.⁵³

En este caso, nuestra pregunta se formula en el sentido de que si la herencia es un conjunto de bienes cuya copropiedad corresponde a los coherederos, aunque de manera indivisa, el título de heredero es su investidura, y el título y el modo se producen en un mismo acto, de qué carece el heredero que le impide transmitir su derecho personal sobre el bien determinado respecto del cual ejerce copropiedad, sin perjuicio de las normas que rijan el proceso hasta la partición.

Hemos apreciado lo que algunos comentaristas han expresado sobre el tema en estudio. Advertimos que la polémica continúa, porque de lo que se trata en realidad es

51. Art. 1008 CCCN: “Bienes ajenos. Los bienes ajenos pueden ser objeto de los contratos. Si el que promete transmitirlos no ha garantizado el éxito de la promesa, sólo está obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice y, si por su culpa, el bien no se transmite, debe reparar los daños causados. Debe también indemnizarlos cuando ha garantizado la promesa y ésta no se cumple...”

52. ARMELLA, Cristina N., “Impacto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26994 en el quehacer notarial” [foro ofrecido por la autora en el marco de la 3ª asamblea ordinaria del Consejo Federal del Notariado Argentino año 2014], [s. e.], 2014, p. 14. [N. del E.: ver [aquí](#) {fuente: [web](#) del CFNA; última consulta: 6/10/2017}].

53. PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 923.

de cómo le afectan al ciudadano la interpretación y la aplicación de la norma y cuál de estas interpretaciones satisface más las necesidades de la comunidad.

12.2. El contrato de cesión de derechos. Legitimación y título del cesionario

Sin perjuicio de las posiciones expuestas –más bien, gracias a ellas–, podemos sostener que existen el contrato de cesión de derechos, el contrato de cesión de herencia y/o de cesión de derechos hereditarios, y –consagrado en el CCCN– el contrato de cesión de derechos hereditarios sobre bienes determinados de una masa indivisa hereditaria (art. 2309). Esto es incontrovertible: el artículo 2309 reconoce indiscutiblemente la existencia de este contrato, al que –afirma– no se le aplican las normas del título, o sea, los artículos 2302 a 2308.⁵⁴ Por lo tanto, se le aplican las normas del contrato de cesión y las que eventualmente le correspondieren, en lo pertinente, de la transmisión por causa de muerte, y, muy especialmente, las que las partes determinen en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Se le aplican todas las normas que armónicamente puedan ser aplicables al caso.

El CCCN ha excluido los contratos reales, por lo que cualquiera de los tres contratos enunciados queda formalizado mediante la expresión del consentimiento de las partes. Si el heredero cedente es uno solo, la adjudicación al cesionario constituirá su título instrumento, su legitimación para reclamar o ser adjudicado devendrá de la cesión formalizada por el heredero declarado. Si se trata de cesión de un solo heredero de una parte de su derecho a la herencia o de la cesión de uno de varios herederos de su parte indivisa, el título instrumento será la partición y adjudicación que formalicen quienes concurren a ella en la que consten bienes suficientes equivalentes a la parte que le fue

54. Art. 2302 CCCN: “Momento a partir del cual produce efectos. La cesión del derecho a una herencia ya deferida o a una parte indivisa de ella tiene efectos: a) entre los contratantes, desde su celebración; b) respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio; c) respecto al deudor de un crédito de la herencia, desde que se le notifica la cesión”.

Art. 2303 CCCN: “Extensión y exclusiones. La cesión de herencia comprende las ventajas que pueden resultar ulteriormente por colación, por la renuncia a disposiciones particulares del testamento, o por la caducidad de éstas. No comprende, excepto pacto en contrario: a) lo acrecido con posterioridad en razón de una causa diversa de las expresadas, como la renuncia o la exclusión de un coheredero; b) lo acrecido anteriormente por una causa desconocida al tiempo de la cesión; c) los derechos sobre los sepulcros, los documentos privados del causante, distinciones honoríficas, retratos y recuerdos de familia”.

Art. 2304 CCCN: “Derechos del cesionario. El cesionario adquiere los mismos derechos que le correspondían al cedente en la herencia. Asimismo, tiene derecho de participar en el valor íntegro de los bienes que se gravaron después de la apertura de la sucesión y antes de la cesión, y en el de los que en el mismo período se consumieron o enajenaron, con excepción de los frutos percibidos”.

Art. 2305 CCCN: “Garantía por evicción. Si la cesión es onerosa, el cedente garantiza al cesionario su calidad de heredero y la parte indivisa que le corresponde en la herencia, excepto que sus derechos hayan sido cedidos como litigiosos o dudosos, sin dolo de su parte. No responde por la evicción ni por los vicios de los bienes de la herencia, excepto pacto en contrario. En lo demás, su responsabilidad se rige por las normas relativas a la cesión de derechos. Si la cesión es gratuita, el cedente sólo responde en los casos en que el donante es responsable. Su responsabilidad se limita al daño causado de mala fe”.

Art. 2306 CCCN: “Efectos sobre la confusión. La cesión no produce efecto alguno sobre la extinción de las obligaciones causada por confusión”.

Art. 2307 CCCN: “Obligaciones del cesionario. El cesionario debe reembolsar al cedente lo que éste pague por su parte en las deudas y cargas de la sucesión hasta la concurrencia del valor de la porción de la herencia recibida. Las cargas particulares del cedente y los tributos que gravan la transmisión hereditaria están a cargo del cesionario si están impagos al tiempo de la cesión”.

cedida, debiendo estar el cesionario legitimado por su respectivo contrato de cesión. Si la cesión lo fuere del derecho de uno o más herederos sobre un bien determinado de la herencia, el título instrumento será la partición y adjudicación en la que conste que, en la resolución de adjudicación al cesionario, ha quedado comprendido el bien material o inmaterial, en todo o en parte, respecto del cual el cedente cedió el derecho que le hubo correspondido. Su legitimación devendrá del contrato de cesión de derecho hereditario sobre un bien (material o inmaterial) determinado de la herencia.

Cada heredero investido como tal en virtud del artículo 2337 CCCN goza de su título de heredero, que lo faculta para ceder sus derechos. Esto es sin perjuicio de la transferencia específica de cada cosa o bien inmaterial que requerirá de los actos complementarios que se exijan por la ley o por la naturaleza de las cosas una vez producida la partición. Mientras tanto, entendemos que su título de heredero lo faculta a disponer los derechos personales originarios que de él emanan.

12.3. Naturaleza del derecho cedido sobre bienes determinados de una herencia

El derecho personal del heredero sobre los derechos que componen una herencia es eventual, sujeto a un sinnúmero de avatares, a un sinnúmero de riesgos. Serán las partes contratantes quienes deberán definir la magnitud del riesgo a asumir. Si el posible adquirente es adverso al riesgo seguramente se alejará de este tipo de negocio si fuere oneroso. Si, por el contrario, es proclive al riesgo, o la proporción entre el riesgo y el interés lo amerita, el negocio será posible. Hay que señalar que el riesgo es alto apenas acaecido el fallecimiento del causante y disminuye en tanto el proceso sucesorio avanza a su finalización en la partición.

En el título V (“Transmisión de los derechos”), el artículo 398 CCCN dispone:

Transmisibilidad. Todos los derechos son transmisibles excepto estipulación válida de las partes o que ello resulte de una prohibición legal o que importe trasgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres.

Y el 399 establece como regla general que

Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas.

12.4. El objeto del contrato de cesión de derechos personales sobre bien determinado⁵⁵

Es necesario distinguir el objeto de los posibles contratos de cesión regulados por la ley de fondo: si se cede un crédito, el objeto del contrato es el crédito, si se transfiere un

55. Art. 1131 CCCN: “Cosa futura. Si se vende cosa futura, se entiende sujeta a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir. El vendedor debe realizar las tareas y esfuerzos que resulten del contrato, o de las circunstancias, para que ésta llegue a existir en las condiciones y tiempo convenidos. El comprador puede asumir, por cláusula expresa, el riesgo de que la cosa no llegue a existir sin culpa del vendedor”.

vehículo el objeto es una cosa mueble, si se transfiere un inmueble este es el objeto, si se cede el derecho de cobro de alimentos devengados, se cede este derecho de cobrarlos. Pero si lo cedido es el derecho hereditario sobre un crédito del caudal relicto, el objeto del contrato no es el crédito que forma parte del caudal, **el objeto es el derecho hereditario** –cuyo titular es el heredero o quien pretende serlo– sobre aquel crédito. De igual modo, si se cede el derecho hereditario sobre el vehículo o el inmueble del causante, lo que se transfiere no es el vehículo o el inmueble: es el derecho que pueda corresponder al cedente sobre el vehículo o el inmueble.⁵⁶

Todo derecho tiene límites y restricciones impuestas por su naturaleza y por la ley. El cedente no podrá transferir mejor derecho que el que tiene, pero sí el que tiene en la medida de la ley.

12.5. El contrato de cesión de derecho hereditario sobre bien determinado como contrato condicionado

En el caso de cesión de derechos sobre bienes determinados de una herencia deferida, y de conformidad con las disposiciones generales, podría –en principio– considerarse que se trata de un contrato sujeto a la condición de que el derecho sobre el bien determinado (en todo o en parte) sea reconocido en su existencia y titularidad en la persona del cedente al momento de la muerte del causante y, por tanto, sujeto a la partición.⁵⁷ Así lo afirmaba Zannoni respecto de las normas del CCIV:

... en puridad, estaríamos frente a una compraventa sujeta a condición suspensiva [...] en última instancia, ahí el objeto sería siempre una cosa en particular sin perjuicio de que sea un contrato cuyos efectos se suspenden hasta la partición...⁵⁸

Aplicando el artículo 343 CCCN, estaríamos frente a un contrato condicional si las partes sujetan la adquisición del derecho sobre el bien, o la parte determinada de un bien, a la condición expresada en la cláusula anterior. O sea, el derecho sobre el bien determinado

Art. 1132 CCCN: “Cosa ajena. La venta de la cosa total o parcialmente ajena es válida, en los términos del artículo 1008. El vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador”.

Art. 1007 CCCN: “Bienes existentes y futuros. Los bienes futuros pueden ser objeto de los contratos. La promesa de transmitirlos está subordinada a la condición de que lleguen a existir, excepto que se trate de contratos aleatorios”.

Art. 1008 CCCN: “Bienes ajenos. Los bienes ajenos pueden ser objeto de los contratos. Si el que promete transmitirlos no ha garantizado el éxito de la promesa, sólo está obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice y, si por su culpa, el bien no se transmite, debe reparar los daños causados. Debe también indemnizarlos cuando ha garantizado la promesa y ésta no se cumple. El que ha contratado sobre bienes ajenos como propios es responsable de los daños si no hace entrega de ellos”.

Art. 400 CCCN: “Sucesores. Sucesor universal es el que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de otro; sucesor singular el que recibe un derecho en particular”.

56. Tanto los bienes como las cosas futuras pueden ser objetos de los contratos, según el artículo 1007 CCCN.

57. Capítulo 7 (“Modalidades de los actos jurídicos”), sección 1ª “Condición”, art. 343 CCCN: “Alcance y especies. Se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto. Las disposiciones de este capítulo son aplicables, en cuanto fueran compatibles, a la cláusula por la cual las partes sujetan la adquisición o extinción de un derecho a hechos presentes o pasados ignorados”.

58. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit. (cfr. nota 25), pp. 1398-1399.

(total o parcial) sea reconocido en su existencia y titularidad en la persona del cedente y por tanto sujeto a la partición. Esto, sin embargo, no es una condición del contrato: la sujeción a la partición forma parte de la naturaleza del objeto cedido. Pero si la sujeción a tales hechos no forma parte del pacto, no estamos frente a un contrato sujeto a condición.

La condición opera sobre la eficacia del contrato. Por ello, si no ha sido pactada la condición, el contrato será eficaz sin perjuicio de que el cedente resulte finalmente adjudicado, y sin perjuicio de que el bien exista en el patrimonio al momento de la partición. Vale decir que los efectos previstos por las partes se producen sin perjuicio de que el hecho futuro e incierto de la adjudicación al cedente opere. Si se pagó un precio quedará firme, si el cesionario adquirió obligaciones serán debidas. Todo quedará sujeto a lo específicamente previsto en el respectivo contrato.

12.6. La cesión de derechos como contrato aleatorio

Lo cierto es que en la práctica comercial las partes no hacen depender la existencia o la vigencia del contrato en tratamiento a una condición. Se trata por lo general, en la práctica notarial, de un negocio jurídico familiar cuyos riesgos están mensurados. El negocio se pacta como un contrato aleatorio, en tanto sea oneroso. Los contratos aleatorios están regulados en los artículos 968 y 1007 del CCCN.⁵⁹

Este cuerpo legal, reiterando lo que la doctrina ha elaborado, consagra en el artículo 968 que los contratos **son aleatorios cuando, siendo onerosos, las ventajas o las pérdidas, para uno o para todos los contratantes, dependen de un acontecimiento incierto.**⁶⁰ El acontecimiento incierto en este contrato es que el derecho hereditario cedido sobre bien determinado de la herencia exista al momento de la partición y que la titularidad del derecho cedido haya correspondido al cedente o sus sucesores.

Podríamos sintetizar los argumentos esgrimidos en los siguientes puntos:

- 1) El título de heredero es su investidura desde el momento en que la ley lo determina. El heredero tiene un título sobre la masa indivisa como copropietario de la misma.
- 2) Es necesario diferenciar el derecho hereditario que cada heredero tiene sobre los derechos del caudal relicto que tienen carácter originario de los derechos que componen el caudal relicto sobre los cuales hay una posición derivada.
- 3) Si todos los derechos personales pueden ser cedidos, el derecho hereditario personal de cada heredero sobre uno o más bienes del caudal relicto es un contrato permitido.
- 4) Existen los contratos aleatorios; el contrato de cesión de derechos hereditarios sobre derechos (sobre cosas o bienes) determinados de una herencia es en principio, siendo oneroso, un contrato de carácter aleatorio.

59. Art. 1007 CCCN: "Bienes existentes y futuros. Los bienes futuros pueden ser objeto de los contratos. La promesa de transmitirlos está subordinada a la condición de que lleguen a existir, excepto que se trate de contratos aleatorios".

60. Art. 968 CCCN: "Contratos conmutativos y aleatorios. Los contratos a título oneroso son conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas. Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto".

13. Nuestro aporte a la interpretación del artículo 2309 del Código Civil y Comercial

Este artículo ha sido particularmente previsto por el legislador para referirse al contrato de cesión de derechos sobre bienes determinados de una herencia. Reiteramos su transcripción:

Artículo 2309: Cesión de bienes determinados. La cesión de derechos sobre bienes determinados que forman parte de una herencia no se rige por las reglas de este Título, sino por las del contrato que corresponde, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición.

13.1. Contradicción entre el título y el contenido del artículo

Nuestra primera reflexión sobre el artículo es que parece no condecir su epígrafe con la letra de su contenido. El título del artículo se refiere a “bienes determinados”, pero claramente estamos en la materia de la herencia, y, por tanto, se está refiriendo a cesión de derechos hereditarios. Como ya dijéramos, **no es lo mismo ceder derechos hereditarios sobre bienes determinados que forman parte de una herencia que ceder bienes determinados que forman parte de una herencia**. No es un juego de palabras: los bienes determinados forman parte del caudal relicto, están en el inventario. Los derechos hereditarios son del heredero.

13.2. Transferencia del derecho a un bien de la herencia y transferencia de un bien determinado de la herencia. Diferencias

El proceso sucesorio insume un tiempo para identificar a los sucesores, determinar el contenido de la herencia, cobrar los créditos, pagar las deudas, legados y cargas, rendir cuentas y entregar los bienes (art. 2335). El heredero no continúa la persona del causante. Durante el tiempo que insume aquel proceso el heredero adquiere, por el hecho de serlo, derechos individuales, cuya disponibilidad las leyes no privan.

Desde la muerte del causante hasta la partición o adjudicación transcurre un tiempo que ficcionalmente desaparece, en virtud del efecto retroactivo de la última al día del fallecimiento.

Según el artículo 2337 CCCN, si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. En la sucesión de los colaterales, corresponde al juez del juicio sucesorio investir a los herederos de su carácter de tales, previa justificación del fallecimiento del causante y del título hereditario invocado. En las sucesiones testamentarias (art. 2338 CCCN), la investidura resulta de la declaración de validez formal del testamento, excepto para los herederos enumerados en el primer párrafo del artículo 2337.

Durante ese tiempo, el heredero puede ceder su eventual derecho a un bien de la herencia o puede transferir un bien determinado de la herencia. Son negocios jurídicos

diferentes. Si como bien dice el CCCN en sus artículos 15 y 16 las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio, y estos derechos individuales pueden recaer sobre bienes susceptibles de tener un valor económico, no se puede negar al heredero el derecho de disponer de su derecho individual sobre un bien que forma el conjunto de la herencia. Con idéntico fundamento, no se puede privar al cesionario del **derecho individual** que adquirió por contrato. Ese derecho es susceptible de tener un valor económico, por más eventual, inseguro, indeterminado, dudoso o riesgoso que sea o parezca. Serán las partes quienes determinen la magnitud del derecho y la responsabilidad del transmitente del mismo.

13.3. La no aplicación de las normas de cesión de herencia

Otra reflexión en relación con el artículo 2309 es que determina que al “contrato de cesión de derechos sobre bienes determinados” no se le aplican las normas previstas para la cesión de herencia, que están contenidas en los artículos 2303 a 2308. El artículo acierta al determinar que no se le aplican al contrato las normas de la cesión de herencia.

El objeto del contrato de cesión de herencia es esta, la herencia, o sea, el conjunto de derechos y obligaciones en ella comprendidos o su parte alícuota. El objeto de los contratos del artículo 2309 es **diferente**; la causa fin es diferente, por ende las obligaciones entre los contratantes son diferentes. La diferencia sustancial reside, a nuestro criterio, en la responsabilidad del cedente en un caso y en otro, y en los pactos de garantía que en cada caso se pueden establecer.

13.4. Alcance del contrato de cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado de una herencia

El cesionario ocupa su posición jurídica respecto al derecho hereditario que se le transmitió. Creemos que el artículo 2303 CCCN contribuye a definir la cuestión ya que fija la extensión y exclusiones del contrato de cesión de herencia diciendo que

La cesión de herencia comprende las ventajas que pueden resultar ulteriormente por colación, por la renuncia a disposiciones particulares del testamento, o por la caducidad de éstas. No comprende, excepto pacto en contrario: a) lo acrecido con posterioridad en razón de una causa diversa de las expresadas, como la renuncia o la exclusión de un coheredero; b) lo acrecido anteriormente por una causa desconocida al tiempo de la cesión; c) los derechos sobre los sepulcros, los documentos privados del causante, distinciones honoríficas, retratos y recuerdos de familia.⁶¹

O sea, el cedente de la herencia, además de la responsabilidad por las deudas, mantiene su calidad de heredero. El cesionario de derechos hereditarios sobre bienes determi-

61. Art. 2304 CCCN: “Derechos del cesionario. El cesionario adquiere los mismos derechos que le correspondían al cedente en la herencia. Asimismo, tiene derecho de participar en el valor íntegro de los bienes que se gravaron después de la apertura de la sucesión y antes de la cesión, y en el de los que en el mismo período se consumieron o enajenaron, con excepción de los frutos percibidos”.

nados de la herencia no es heredero. Por lo tanto, no goza, en principio, de las ventajas del cesionario de herencia en relación con la colación, la renuncia a disposiciones particulares del testamento o la caducidad de estas. Tampoco gozaría de lo acrecido con posterioridad en razón de una causa diversa de las expresadas (renuncia o la exclusión de un coheredero); ni lo acrecido anteriormente por una causa desconocida al tiempo de la cesión; ni de los derechos sobre los sepulcros, los documentos privados del causante, distinciones honoríficas, retratos o recuerdos de familia,⁶² salvo que el derecho hereditario personal cedido refiera específicamente a un bien mejorado por alguna de estas razones o así se hubiere pactado expresamente.

A fin de que el contrato celebrado no sea objeto de interpretaciones no deseadas y en razón de que el artículo prescribe la no aplicación de los artículos 2302 a 2308, las partes deben acordar específicamente si el derecho hereditario cedido o el bien determinado dispuesto se verá o no beneficiado con los efectos previstos por el 2303.

El cedente de derecho personal hereditario sobre bien determinado de la herencia, como en toda cesión, coloca al cesionario en el mismo lugar que ocuparía respecto de lo cedido el cedente; esta posición jurídica se verificará al momento de la partición parcial o total del bien, o al momento de la venta anticipada del bien para pagar deudas, o al momento de la eventual licitación, o al momento de defenderse frente a acreedores que persigan el bien del caudal relicto.

13.5. El derecho a licitar

Respecto del derecho de licitación establecido en el artículo 2371 CCCN, Casado expresa:

La previsión de la licitación en la forma establecida [...] varía sustancialmente del mecanismo concebido por Vélez Sarsfield e intenta acercarse a los modelos existentes en el derecho comparado, más cercanos a un procedimiento destinado a dividir bienes en aquellos casos en los que su partición se torna muy difícil. La apertura de la legitimación a los cesionarios, la posibilidad de ejercerlo incluso aún en aquellos supuestos que se exceda el valor de la cuota hereditaria por parte de los licitantes, son indicadores de esa intención.⁶³

13.6. Responsabilidad del cedente en la cesión, en la cesión de herencia y en la cesión de derechos personales sobre bien hereditario

En el contrato de cesión de derechos, el sistema de garantía funciona, de conformidad con los artículos 1628 y concordantes, del siguiente modo:

62. Art. 2304 CCCN: "Derechos del cesionario. El cesionario adquiere los mismos derechos que le correspondían al cedente en la herencia. Asimismo, tiene derecho de participar en el valor íntegro de los bienes que se gravaron después de la apertura de la sucesión y antes de la cesión, y en el de los que en el mismo período se consumieron o enajenaron, con excepción de los frutos percibidos".

63. CASADO, Eduardo J., "La incorporación de la licitación hereditaria en el proyecto de codificación", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2012 (septiembre), p. 131 (cita online AR/DOC/4372/2012).

- 1) Si la cesión es a título oneroso y el cedente es de buena fe, este responde por la existencia y legitimidad del derecho.
- 2) Si la cesión es a título oneroso y el cedente es de buena fe, pero cedió su derecho como litigioso o dudoso: no responde ni por la existencia ni legitimidad.
- 3) Si es de buena fe pero el derecho no existió al momento de la cesión, y no cedió como litigioso o dudoso, responderá por el precio más los intereses devengados que correspondan al mismo.
- 4) Si es de mala fe y el derecho no existió, responderá por el precio, más los intereses, más la diferencia entre el valor real del crédito y el precio.

Se le aplican al contrato en estudio las normas específicas de los contratos de cesión. Las normas nos llevan a la conclusión de que el heredero que cede derechos hereditarios sobre un bien determinado de la herencia, si es de buena fe, responderá solo por la existencia y legitimidad de su derecho hereditario al momento de la cesión, en tanto en cuanto sea título oneroso. Pero puede ceder su derecho hereditario sobre bien determinado de la herencia como litigioso o dudoso, en cuyo caso no responderá. Si es de buena fe pero su derecho comprometido no existió finalmente (p. ej., porque no resultó ser heredero), responderá por el precio y los intereses, sin perjuicio del pacto en contrario.

No hay norma que impida que se exima de toda responsabilidad, salvo las que emanen de su mala fe. Esto porque quien cede derechos de buena fe, puede eliminar y hasta eximir su obligación por evicción, sin que esto afecte ni la validez ni la eficacia del contrato. La ventaja o la pérdida del cesionario dependerá del incierto acontecimiento de que el cedente resulte heredero, si aún no ha acontecido el hecho de la declaratoria, y de que el bien determinado de la herencia sobre el que cedió su derecho pueda serle adjudicado en la partición (art. 968 CCCN). Podrá aseverarse que es un contrato sustancialmente inseguro pero no que sea un contrato ilegal, como alguna doctrina sostuvo.

Respecto del contrato de cesión de herencia, el [CCIV](#) preveía en su artículo 2160 que

En la cesión de herencia el cedente sólo responde por la evicción que excluyó su calidad de heredero, y no por la de los bienes de que la herencia se componía. Su responsabilidad será juzgada como la del vendedor.

El artículo 2305 CCCN⁶⁴ plantea el siguiente esquema de responsabilidad del cedente en el contrato de cesión de herencia:

- 1) Cuando la cesión es onerosa:
 - a. responde por su calidad de heredero y su parte indivisa en la herencia;
 - b. responde cuando cedió la herencia como derecho litigioso o dudoso pero se prueba dolo de su parte;

⁶⁴ Art. 2305 CCCN: "Garantía por evicción. Si la cesión es onerosa, el cedente garantiza al cesionario su calidad de heredero y la parte indivisa que le corresponde en la herencia, excepto que sus derechos hayan sido cedidos como litigiosos o dudosos, sin dolo de su parte. No responde por la evicción ni por los vicios de los bienes de la herencia, excepto pacto en contrario. En lo demás, su responsabilidad se rige por las normas relativas a la cesión de derechos. Si la cesión es gratuita, el cedente sólo responde en los casos en que el donante es responsable. Su responsabilidad se limita al daño causado de mala fe".

- c. responde por la evicción de los bienes de la herencia cuando lo pacta expresamente;
 - d. no responde si cedió su derecho como litigioso o dudoso;
 - e. no responde por la evicción de los bienes de la herencia, salvo pacto en contrario.
- 2) Cuando la cesión es gratuita: el cedente responde por el daño causado solo si es de mala fe.

Cabe agregar al análisis que si en la cesión de herencia el cedente se puede liberar –salvo mala fe– de garantizar la evicción de los bienes que comprenden la herencia, no hay fundamento para negar ese derecho a quien cede derechos hereditarios personales eventuales sobre bienes determinados. En definitiva, el cedente a título oneroso de derecho hereditario sobre un derecho determinado de la herencia garantiza su carácter de heredero y garantiza que el bien determinado de la herencia (inmueble, mueble, crédito u otros derechos) le será adjudicado al cesionario. O sea, garantiza la existencia y legitimidad de su derecho, garantiza que su derecho hereditario sobre ese bien existía al momento de la cesión respondiendo con el precio más los intereses. Pero, como todo cedente, puede ceder su derecho hereditario al bien determinado como dudoso, en cuyo caso no responderá, salvo mala fe.

Frente a los acreedores, si bien quien responde es el heredero, el cesionario también será responsable, siempre en relación al bien cuyos derechos hereditarios adquirió. Esto sin perjuicio del eventual pacto celebrado entre cedente y cesionario que no puede afectar a los acreedores del causante. En relación a la evicción y vicios ocultos del bien determinado al que refiere el derecho transmitido, el cedente no responderá salvo pacto en contrario.

13.7. Forma del contrato

El artículo 1618 CCCN determina la forma de escritura pública para la cesión de derechos hereditarios, sin hacer distinciones. Corresponde por tanto su aplicación.

13.8. Momento desde el que opera la transferencia del derecho

Como ya hemos apuntado, el contrato de cesión de derechos se perfila, por regla general, con efectos traslativos entre las partes. Es decir, la transmisión de la titularidad del derecho se produce en el momento mismo del perfeccionamiento del negocio, y constituye su efecto jurídico más relevante. De lo contrario, la norma se habría referido a la obligación de transmitir el derecho. El contrato no tiene por objeto la obligación de transmitir el derecho, sino que **transmite el derecho**.⁶⁵

65. Ver HERNÁNDEZ, Carlos A. y TRIVISONO, Julieta B., [comentario al art. 1618], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 8, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 35

13.9. Notificación del contrato

El artículo 2302 CCCN prevé los efectos de la notificación respecto de los coherederos y acreedores del sucesorio mediante la incorporación de la escritura pública al expediente sucesorio. Si a este modo, que es claramente el más real, menos ficto y más eficiente, se le opusiera la norma del artículo 2309, que plantea la no aplicación de los artículos del título, deberá recurrirse al artículo 2340 o, en última instancia, a las normas genéricas de notificación previstas para los contratos de cesión. Si el resto de los coherederos firma el contrato, como habitualmente ocurre en la práctica notarial, quedarán notificados. Sin perjuicio de ello, el cedente deberá declarar la inexistencia de acreedores, o la existencia y su domicilio.

Respecto de la notificación, es acertado tener en cuenta la aplicación del artículo 2340 CCCN, que regula aspectos procesales de contenidos mínimos, que no se pueden desconocer, como ha sido resuelto:

En consecuencia [...] habiendo sido admitido –en principio– que las normas del CCC regulen aspectos procesales, por tratarse de contenidos mínimos que los códigos procesales no pueden desconocer –ver AZPIRI, Jorge O., *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio*, Bueres, Alberto, director, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2015– corresponde adecuar el proceso sucesorio a lo dispuesto por el artículo 2340, siendo inaplicables aquellos artículos del CPC que se contrapongan a este, sin perjuicio de las demás disposiciones, que continúan vigente. [...] Asimismo [...] por tratarse de contenidos procesales mínimos, corresponde además, en uso de las facultades conferidas por el art. 46 del CPC al juez, a fin de garantizar una mayor publicidad del juicio sucesorio a abrirse, la publicación de edictos por un día en el diario de mayor circulación que se indique. (Art. 69 y 72 del CPC). [...] RESUELVO: [...] II. Corresponde en consecuencia citar a herederos, acreedores y a todos los que se consideren con derecho a los bienes dejados por el causante, haciéndoles saber que deberán presentarse al Tribunal acompañando los elementos que permitan acreditar su derecho dentro de los treinta días corridos, contados a partir de la publicación edictal [...] III. Notificar a los herederos y/o acreedores con domicilio conocido el contenido de lo dispuesto en el punto II [...] y publicar edictos por un día en el Boletín Oficial y en el diario [...] (Art. 46, 69 y 72 del CPC y 2340 del CCCN).⁶⁶

Estimamos, pues, que la incorporación de la escritura de cesión al expediente no podrá ser negada al cesionario y la iniciación del proceso sucesorio tampoco, salvo que se le niegue legalidad al contrato, cosa que el artículo 2309 impide. En cualquier circunstancia y de todas maneras,

Los acreedores del cedente y del cesionario son también terceros que poseen un interés legítimo en el contrato de cesión, los primeros porque puede afectarles la salida de un bien del patrimonio de su deudor, y los segundos porque pueden beneficiarse con la consolidación de la cesión a favor del cesionario

66. Tribunal Gestión Judicial Asociada N° 1 Primera Circunscripción de Mendoza, 27/7/2016, auto interlocutorio de apertura del proceso sucesorio en “Vital, Laura Azucena del Rosario p/ sucesión” (CUIJ: 13-03923013-9 012051-257839). [N. del E.: ver [aquí](#)].

incorporando un nuevo bien a su patrimonio. El perjuicio que pueden sufrir los acreedores de las partes es equivalente al que les produciría cualquier otro contrato de cambio, como una compraventa o una donación, porque éstos tienen la virtualidad de hacer ingresar o salir bienes del patrimonio. Las herramientas jurídicas de las que disponen los acreedores para proteger sus intereses afectados por la cesión de derechos son instrumentos generales tales como el embargo y las acciones de fraude o simulación.⁶⁷

13.10. Validez y eficacia del contrato en el artículo 2309

El artículo 2309 reconoce la validez del contrato sobre la cesión de derechos hereditarios sobre bienes determinados que forman parte de una herencia. Determina que su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición. Asimismo, concluye cualquier discusión sobre la validez de estos contratos. No hay nulidad en los mismos. De todas las normas que hemos traído a estudio, cabe dejar sentado que el CCCN contiene el principio de la validez de los contratos y la validez de los instrumentos, tratando de mantener la vida de los mismos y vigorizar la autonomía de la voluntad. La anulabilidad ha dejado de ser un instituto vigente, y la nulidad siempre habrá de ser resuelta judicialmente. El juez, además, tiene la obligación legal de atender la intención de las partes al momento de interpretar los asuntos traídos a su tribunal. La validez es el principio; la nulidad, la excepción.

En referencia a su eficacia, el artículo la hace depender del resultado de la partición. Claramente, lo que depende del resultado de la partición es la adjudicación del bien, o parte indivisa del mismo, al cesionario. Pero los derechos y obligaciones que emanen del contrato de cesión, o se hayan consolidado en virtud del mismo, no dependen de la partición, salvo que así se haya convenido en ejercicio de su autonomía de la voluntad. La eficacia y, por tanto, los efectos, tanto respecto de las partes como de los terceros, dependerán de lo que las partes hubieran pactado: de la letra del contrato dependerá que se haya transferido un bien (p. ej., un inmueble) o se haya transferido el derecho que el cedente como heredero tiene sobre ese bien, sujeto en consecuencia al alea propia del negocio.

14. El contrato de cesión de derechos hereditarios sobre un bien determinado y los negocios jurídicos familiares

En nuestra práctica profesional hemos visto este contrato operar mayoritariamente en relación con negocios jurídicos familiares. Por ejemplo, un hermano que cede los derechos sobre la casa paterna a uno de sus hermanos que vivió allí durante años con el fallecido y quiere beneficiarlo con la posibilidad de una mejor parte indivisa sobre el bien sobre otros coherederos pretenses; o un heredero que vive en una jurisdicción distinta a la que le corresponde al inmueble determinado y que, aún no abierto el proceso sucesorio,

67. HERNÁNDEZ, Carlos A. y TRIVISONO, Julieta B., ob. cit. (cfr. nota 65), p. 38.

resuelve por falta de interés o por conveniencia ceder sus derechos sobre ese bien a otro coheredero y regresar a su lugar de residencia; o coherederos que se copermutan derechos hereditarios sobre bienes diferentes sin perjuicio de los derechos de terceros coherederos con quienes no pueden llegar a un acuerdo y se colocan mutuamente en mejores situaciones para la licitación.⁶⁸

En la vida práctica, la transferencia de derechos reales sobre muebles registrables o inmuebles del haber hereditario, con título y modo suficientes, es imposible si no hay declaratoria de herederos o aprobación de testamento. Y, muchas veces, aun existiendo declaratoria de herederos, también es imposible, o por falta de acuerdo o porque entre los coherederos hay menores o personas con capacidad restringida. En estos casos, lo único que tiene el heredero es un derecho hereditario sobre el bien, aunque en expectativa. Solo con el contrato de cesión los interesados pueden efectivizar sus pretensiones y satisfacer sus intereses en determinadas circunstancias del proceso. No encontramos base jurídica para negar ese derecho de disposición. Aun calificado de azaroso, los contratantes habitualmente miden el riesgo.

15. Conclusión

Gran parte de la doctrina aural ha negado durante mucho tiempo la validez y eficacia de los contratos de cesión de derechos hereditarios sobre bienes determinados de la herencia con el fundamento del carácter de universalidad de la herencia y, por tanto, en su indivisibilidad. Se ha sostenido que por esta causa el contrato carece de objeto. Desde nuestra interpretación, el contrato por el cual un heredero cede su derecho hereditario personal sobre un bien del haber relicto no afecta indivisibilidad alguna y tiene un objeto determinado: el derecho hereditario del cedente, que forma parte de su patrimonio.

Se aludía asimismo, entre los fundamentos de la negativa, a que el cedente en este tipo de contratos carece de titularidad sobre ese bien de la herencia. En este sentido, hemos aseverado que el objeto del contrato no es el bien determinado de la herencia, sino el derecho hereditario del cedente sobre ese bien, sin perjuicio de la eventualidad de lo cedido. Creemos también, sin perjuicio de que el título del heredero se produce en el momento de la muerte del causante, que la titularidad sobre el bien, que se verá a la luz de la partición, no obstaculiza la titularidad del derecho hereditario personal sobre el bien. En todo caso, la titularidad del derecho hereditario sobre un bien de la herencia adolece del mismo grado de indeterminación que el de la herencia toda o de la parte alícuota de ella, según el tiempo en que la cesión se convenga.

También hemos referido que el CCCN define a los herederos como copropietarios de los derechos que componen la herencia, a la que denomina como “masa indivisa”.

68. Art. 2372 CCCN: “Licitación. Cualquiera de los copartícipes puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela por un valor superior al del avalúo, si los demás copartícipes no superan su oferta. Efectuada la licitación entre los herederos, el bien licitado debe ser imputado a la hijuela del adquirente, por el valor obtenido en la licitación, quedando de ese modo modificado el avalúo de ese bien. La oferta puede hacerse por dos o más copartícipes, caso en el cual el bien se adjudica en copropiedad a los licitantes, y se imputa proporcionalmente en la hijuela de cada uno de ellos. No puede pedirse la licitación después de pasados treinta días de la aprobación de la tasación”.

Por lo tanto, aun considerándose los bienes en sí mismos, los herederos, investidos en su calidad de copropietarios, tienen titularidad indivisa sobre los bienes de la masa.

A más de lo reseñado, muchos autores se han negado a aceptar este contrato fundado en el supuesto engaño al que es sometido el cesionario. Algunos autores han afirmado incluso que estos contratos encubren una venta o una donación. El engaño implica dolo y el dolo es un factor subjetivo de responsabilidad. Negar la existencia de un negocio jurídico fundado en el engaño a que puede ser sujeta una de las partes implica la negación de permitir cualquier contrato. No hay encubrimiento si lo que se transfiere se delimita en su naturaleza y extensión. No debemos analizar el contrato partiendo de una supuesta mala fe de los contratantes. Se trata de un contrato esencialmente aleatorio, tan o mucho menos aleatorio que el contrato de cesión de herencia. Mas el alea no puede ser el óbice para la aceptación del mismo. En determinados momentos del proceso sucesorio, el contrato de cesión de derechos hereditarios sobre un bien determinado de la herencia suele ser el único contrato posible, sin perjuicio de su conveniencia o inconveniencia económica, que solo pueden mensurar los contratantes.

El derecho notarial aplicado deberá ocuparse de especificar las cláusulas contractuales apropiadas para cada caso, sin dejar de acentuar un apotegma ineludible: cada contrato debe ser diseñado para el caso concreto conforme a la voluntad de las partes y el orden público establecido.⁶⁹ De lo que se trata es de conciliar el ejercicio de los derechos individuales con el orden legal establecido.⁷⁰ Valgan en esta línea de pensamiento las siguientes palabras de Carnelutti:

... a los notarios les cuadra perfectamente la categoría de “escultores del derecho”. Porque la función del notario [...] se encamina directamente a que la voluntad declarada de las partes vaya por sus cauces normales...⁷¹

69. Ver CSJN, 27/12/2006, “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - Dto. 1570/01 y otro s/ amparo Ley 16986” (Fallos, t. 329, p. 5913), ampliación de fundamentos del ministro Lorenzetti: “25) Que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino [...] esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 Constitución Nacional), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 Constitución Nacional) y de la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43 Constitución Nacional). [...] 26) Que es regla de interpretación que todo aquel que pretenda restringir el derecho de propiedad constitucional tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión. Este es el efecto jurídico preciso de la calificación del contrato dentro del concepto de propiedad constitucional, ya que la regla es la libertad, mientras toda limitación es una excepción que debe ser fundada...”. [N. del E.: ver fallo completo [aquí](#)].

70. Ver STIGLITZ, Rubén S., [comentario a los arts. 963-964], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 5, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 566 (“Significado de la reforma: La expresión suprema de la autonomía de la voluntad es el contrato en tanto en cuanto éste se subordine a los límites que impone el orden coactivo. Lo expuesto es aplicable tanto a un enunciado de prelación normativa como al supuesto en que se hace precisa la integración del contrato pues, en uno y en otro caso, prevalecen las normas imperativas. Lo expresado responde al interrogante sobre el significado de la aplicación de ambas disposiciones como novedad introducida en el Código”).

71. CARNELUTTI, Francesco, “Comunicación a la Academia Matritense del Notariado”, en *Revista Internacional del Notariado*, 17 de mayo de 1950, año 2, n° 7, julio-septiembre 1950, p. 121 (citado por ALTERINI, Ignacio E., “Límites del deber de responder del escribano. Lo verdadero y lo falso”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 20/8/2014 [2014-D], p. 1131; cita online AR/DOC/2434/2014).

16. Bibliografía

- AA. VV., "XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional de Tucumán, 2011. Conclusiones", San Miguel de Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, [s. e.], 2011.
- ALTERINI, Ignacio E., "Límites del deber de responder del escribano. Lo verdadero y lo falso", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 20/8/2014 (t. 2014-D, p. 1131; cita online AR/DOC/2434/2014).
- ARMELLA, Cristina N., "Impacto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26994 en el quehacer notarial" [foro ofrecido por la autora en el marco de la 3ª asamblea ordinaria del Consejo Federal del Notariado Argentino año 2014], [s. e.], 2014.
- CASADO, Eduardo J., "La incorporación de la licitación hereditaria en el proyecto de codificación", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2012 (septiembre) (cita online AR/DOC/4372/2012).
- CÓRDOBA, Marcos, [comentario al art. 2309], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 10, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- CIURO CALDANI, Miguel Á., "Aportes integrativistas al derecho de sucesiones. (La sucesión como hora de la verdad de la persona física)", en *Investigación y Docencia*, Rosario, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, N° 40, 2007, pp. 9-42.
- DANGELI, Romina, [comentario al art. 2309], en Medina, Graciela y Rivera Julio C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- FARAONI, Fabián E., LLOVERAS, Nora B. y ORLANDI, Olga E., [comentario a los arts. 2296 y 2424], en Carameo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 6, Buenos Aires, Infojus, 2015.
- HERNÁNDEZ, Carlos A. y Trivisono, Julieta B., [comentario al art. 1618], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 8, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- HIGHTON, Elena I., Kemelmajer, Aída y Lorenzetti, Ricardo L., "Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial", Buenos Aires, [s. e.], 2012.
- LAMBER, Néstor D., "La cesión de derechos hereditarios, de gananciales, sobre cosa determinada en el proyecto de unificación", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 973, 2013, pp. 185-211.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Zavalía, 2006.
- PARDO, María L., "La ficción jurídica desde la lingüística. Actos de Habla y ficción", en *Revista de Llengua i Dret*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, N° 22, 1994, pp. 25-43.
- PÉREZ LASALA, Fernando, "Efectos de la declaratoria de herederos en la Provincia de Mendoza", LL Gran Cuyo, diciembre 2013, p. 1155.
- RIVERA, Julio C., [comentario al art. 1010], en Medina, Graciela y Rivera Julio C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- STIGLITZ, Rubén S., [comentario a los arts. 963-964], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 5, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 550-566.
- VINASSA, Liliana M., "Estado de indivisión hereditario. Su implementación documental y registral", en *Revista El Notario*, Mendoza, Colegio Notarial de Mendoza, N° 7, 1988, pp. 61-96.
- ZANNONI, Eduardo, "Cesión de derechos hereditarios", en *Revista del Notariado*, N° 811, 1987, pp. 1397-1411.
- ZINNY, Mario A., *Cesión de herencia*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

Polígono en posesión*

Legislación actual y reflexiones sobre su forma de registración y saneamiento

Giselle D. S. Amor Aiello

RESUMEN

Nos encontramos frente al denominado “polígono en posesión” o “excedencia” cuando, del análisis de las medidas, superficies y linderos de un inmueble, conforme surgen de su título antecedente, confrontados con el relevamiento profesional realizado por un agrimensor en base a mediciones fácticas y actuales del referido inmueble, se evidencian diferencias en la superficie real del referido inmueble. Las referidas “excedencias” o “polígonos en posesión” suelen representarse por los agrimensores y ser “ubicados” en una parte del plano de mensura del inmueble relevado; a dicho esquema denominado “polígono en posesión” los profesionales les otorgan sus propias medidas, superficies y linderos. Al describirlo dentro de una parte del plano, es cuando se habla de un “polígono ubicado”. Además, las diferencias de superficie relevadas se transcriben en el denominado “balance de superficies”, que también forma parte integrante del plano de mensura. Estas situaciones fácticas deben tener reflejo registral ante el Registro de la Propiedad Inmueble.

El planteo fundamental del trabajo radica en que, con relación a la diferencia delimitada y luego ubicada, no le corresponde derecho real de dominio al propietario de la finca. En tal caso, las referidas diferencias son de dominio público y el trabajo intenta determinar las maneras legales de sanear dichos títulos y adquirir el derecho real de dominio de las “excedencias” advertidas.

PALABRAS CLAVE

Polígono ubicado, excedencias fiscales, inscripción registral, Ley Nacional de Catastro.

Fechas de recepción y aceptación

5/10/2017 - 16/10/2017

* Dedicado a Roberto “Tito” de Hoz, un gran maestro, cuyo legado, a diez años de su partida, nos inspira a ser mejores personas, mejores profesionales y, principalmente, a sumar esfuerzos y recursos y trabajar en equipo. Con su carisma, “Tito” supo lograr el trabajo conjunto y aunado de grandes y prestigiosas instituciones, tales como el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal. Lideró con pasión y gran disposición al trabajo el Instituto de Derecho Registral del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Una persona maravillosa, a quien tuve el honor de conocer y de quien aprendí infinidad de cosas, no solo del ámbito notarial sino de la vida misma. Asimismo, se agradece a las autoridades del Registro de la Propiedad Inmueble y de la Dirección de Catastro Territorial de la Ciudad de Buenos Aires por fomentar la accesibilidad a la información de los profesionales y el mutuo enriquecimiento doctrinario mediante entrevistas que contribuyen a fortalecer los vínculos con el notariado en aras de colaborar con el perfeccionamiento de nuestra labor diaria.

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Ley Nacional de Catastro Territorial 26209. **3.** La necesaria interacción entre el catastro territorial, el registro de la propiedad y la actividad notarial. **3.1.** Determinación del objeto. **4.** Parcela. Definición, alcances y naturaleza jurídica. **5.** Inscripción ante los registros de la propiedad inmueble. **6.** Concepto de excedente. **7.** Sistemas de normalización jurídica de los polígonos en posesión. **7.1.** Normativa vigente en la provincia de Buenos Aires. **7.2.** Normativa vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. **8.** Conclusión y reflexiones finales. **9.** Bibliografía.

1. Introducción

Este trabajo aborda una pequeña materia del quehacer notarial y apunta a tomar conciencia y procurar aunar esfuerzos desde las distintas áreas profesionales (técnicas y jurídicas) para lograr el perfeccionamiento de títulos que circulan en el mercado inmobiliario. En la práctica diaria es posible que nos encontremos frente a un título antecedente, el cual describe un inmueble mencionando sus medidas, linderos y superficies y además contar con un plano de mensura que, si bien recepta las medidas prefijadas por el título antecedente, releva las medidas y superficies actuales del inmueble, cuya confrontación evidencia una diferencia que suele ser publicitada en el denominado “balance de superficies”. Es aquí cuando nos topamos con una situación fáctica de relevamiento de medidas del inmueble que no concuerda con la delimitación originaria que se detallaba en su título antecedente. A estas diferencias se las denomina “polígonos en posesión” o “excedencias”, dado que, si bien el titular del inmueble estuvo en posesión fáctica de dichas superficies, no posee sobre aquellas derecho real de dominio. Las mismas son de dominio público conforme lo prescripto por la normativa vigente en la materia. La intención del trabajo es individualizar objetivamente los casos planteados, y procurar al saneamiento y adquisición del derecho real sobre dichos “polígonos en posesión” o “excedencias”, conforme los procedimientos legales dispuestos al efecto.

2. Ley Nacional de Catastro Territorial 26209

La Ley 26209 es complementaria del Código Civil y Comercial (en adelante, “CCCN”); deroga expresamente las Leyes 20440, 21848 y 22287, y rige para toda la Nación. Genera el sistema normativo al que deberán ajustarse los diversos catastros territoriales del país, y sus definiciones y preceptos resultan de aplicación en todo el ámbito nacional. En ella se definen varios conceptos generales, algunos de los cuales, serán analizados seguidamente. Cabe destacar que esta ley no deroga la Ley 14159, la que se abordará más adelante. La Ley 26209 resulta ser una “ley federal” por excelencia, mediante la cual se ven regulados los aspectos fundamentales a ser considerados por los catastros territoriales de todo el ámbito de nuestro país, permitiendo que sea cada demarcación, la que dicte las reglamentaciones que regirán convenientemente el funcionamiento de los catastros territoriales, contemplando de esta forma la particularidad y situación territorial específica de cada parte del territorio argentino.

3. La necesaria interacción entre el catastro territorial, el registro de la propiedad y la actividad notarial

Congruentemente con lo antedicho, si bien la ley posee alcance nacional, su artículo 45 deja librada a las legislaturas locales la determinación de los procedimientos necesarios para asegurar la coordinación recíproca de los catastros territoriales y los registros de la propiedad inmueble. El espíritu de la ley pone de resalto la conveniencia de coordinar una labor conjunta y coparticipativa entre los catastros y los registros inmobiliarios de cada demarcación.

Es claro que cada institución persigue objetivos diferentes: Los catastros territoriales realizan, entre otras, una actividad mayormente técnica, de medición y ubicación geográfica de los inmuebles, de fiscalización del suelo o territorio, gestionando análisis técnicos que son base para desarrollar obras de infraestructura públicas. Sus mediciones definen las políticas tributarias de las diferentes demarcaciones, constituyendo las valuaciones fiscales base de las políticas impositivas. Por su parte, los registros de la propiedad inmueble tienen por objeto una actividad jurídica consistente en dar publicidad a los actos relativos a las situaciones jurídicas con trascendencia real y demás derechos sobre inmuebles, publicitando las titularidades de los inmuebles derivadas de los actos de disposición por voluntad del titular o por sentencia judicial.

La adecuada interrelación y colaboración en el cruce de información entre catastro y registro, conduce a lograr seguridad jurídica con respecto a la determinación del objeto inmobiliario. Resulta una facultad no delegada de las provincias regular los procedimientos relativos al tratamiento de las excedencias, demasías, faltantes o reducciones de superficie que hoy constituyen el objeto de estudio del presente trabajo.

3.1. Determinación del objeto

El notario, en su escritura, debe cumplimentar la correcta determinación del inmueble objeto del acto que realice, contemplando dos circunstancias en particular: 1) las descripciones jurídicas que señale su título antecedente y 2) en caso de existir plano de mensura registrado en el catastro, las medidas, linderos, superficies y demás datos identificatorios que surjan de dicho instrumento, debidamente confeccionado por el profesional idóneo en la materia: el agrimensor matriculado. Dicho accionar obedece al ejercicio de la función notarial de proceder a la correcta delimitación del objeto del acto jurídico a otorgar, cumpliendo con el denominado “principio de especialidad en cuanto al objeto”.

En los casos en análisis, se evidencian diferencias fácticas entre la descripción del objeto conforme surge de constancias del título antecedente con los datos de relevamientos técnicos efectuados actualmente y volcados en el plano respectivo. De manera tal que el denominado “objeto del acto” detenta diferencias de superficies y medidas que atentan con el mentado “principio de especialidad en cuanto al objeto”. Es tarea del notario proceder a transcribir ambas medidas e identificar su causa: jurídica en el primer punto y fáctica en el segundo.

La cuestión no solo radica en su identificación, sino más bien en su calificación, debiendo el notario indicar en su escritura que solo procederá la transferencia, genera-

ción, extinción y/o modificación del derecho real de dominio sobre aquellas superficies identificadas en el primer punto, al mismo tiempo que también debe señalar que no se puede transmitir derecho real alguno sobre las descriptas en segundo instancia.

4. Parcela. Definición, alcances y naturaleza jurídica

La *Ley de Catastro* define en su artículo 4 la parcela como:

... la representación de la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindado por una poligonal de límites correspondiente a uno o más títulos jurídicos o a una posesión ejercida, cuya existencia y elementos esenciales consten en un documento cartográfico, registrado en el organismo catastral.

Excede el objeto del presente trabajo abarcar el concepto pormenorizado del citado vocablo; sin embargo, cabe resaltar que existe una diferencia conceptual entre “parcela” y “objetos territoriales”. En doctrina, se comenta que existe una “diferencia de género a especie”, esto es que, mientras que los objetos territoriales son todos los inmuebles en general, la parcela exige, en cambio, la existencia de todos los elementos constitutivos esenciales y determinantes establecidos en el artículo 5 de la *Ley Nacional de Catastro*. A los fines registrales que le competen a las entidades catastrales, la parcela es la unidad esencial que será objeto de la representación cartográfica.

- Elementos que debe contener el folio catastral: ubicación, linderos y medidas, datos de inscripción registral, identidad y domicilio de su titular o las del poseedor, afectaciones, expropiaciones, mejoras existentes en la parcela, valuaciones administrativas, etc.
- Los elementos de la parcela que constituyen el estado parcelario del inmueble se pueden dividir en dos:
 - 1) Esenciales: a) ubicación georreferenciada del inmueble; b) límites del inmueble en relación con las causas jurídicas que les dan origen; c) medidas lineales, angulares y de superficie del inmueble; d) restricciones y afectaciones; e) la valuación fiscal incluidas las mejoras y demás accesiones objeto de tributación.
 - 2) Complementarios: a) las notas de referencia recíprocas con otras parcelas registradas; b) sus linderos; c) datos censales de población; d) datos ambientales: infraestructura de servicios, especies arbóreas; e) distritos de zonificación; f) los permisos o concesiones administrativas.Dichos elementos constituyen el denominado estado parcelario.

5. Inscripción ante los registros de la propiedad inmueble

El plano de mensura determina la realidad física del inmueble objeto del acto jurídico a registrar, pero no agrega ni quita superficie al derecho real de dominio que surge del título antecedente. Es aquí donde cabe retomar la trascendencia de la correcta identificación de las denominadas “excedencias”, dado que por más que las identifiquemos de conformidad con las constancias que surgen del plano de mensura, dicha circunstancia

no otorga titularidad dominial respecto de la excedencia o demasía delimitada en la escritura. Es menester cumplimentar los requisitos procedimentales que cada demarcación debe reglamentar (se sintetizarán más adelante solo los de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Calificación registral

La registración del estado parcelario no subsana ni convalida los defectos de los documentos, según lo señala el artículo 7 de la Ley de Catastro. Este criterio es concordante con el precepto enunciado en el artículo 4 de la Ley 17801 con respecto a las inscripciones en los registros de la propiedad (dicho concepto queda claramente expresado en la Disposición Técnico Registral 1/1981 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal que más adelante será citada).

La facultad calificadora del catastro se limita a controlar el cumplimiento de las formas extrínsecas de la documentación registrable, ya que estaría fuera de sus atribuciones el relevamiento territorial propiamente dicho. La tarea mencionada se reserva a los agrimensores, profesionales idóneos en la materia, quienes resultarán responsables de los documentos por ellos confeccionados.

6. Concepto de excedente

Se denomina “excedencia” cuando el título describe una medida mayor o menor de la real ocupada o de la indicada en el plano de mensura a registrar. Con respecto a esa superficie en demasía descrita en el plano de mensura, el titular u ocupante detenta la posesión pero no posee un derecho real de dominio con relación a la mencionada medida. Las excedencias resultantes de diferencias entre los títulos de propiedad antecedentes y los planos de mensura son de propiedad fiscal nacional o municipal. Se denomina excedencia a las superficies que sobrepasen las tolerancias admitidas por las reglamentaciones vigentes: del 5 % para inmuebles urbanos y del 1 % en aquellos predios que no tengan sus deslindes materializados (art. 16 Ley 14159). La situación planteada puede dar lugar a la acción de deslinde, prevista en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 673 y ss.). Esto implica que si las excedencias sobrepasan las denominadas “tolerancias admitidas del 5 % y 1 %”, no son objetos pasibles de inscripción registral por medio de un documento notarial, sino que se debe contar con la previa actuación judicial que asigne el derecho de propiedad sobre las mismas. Solo aquellos casos en que las diferencias de superficie se encuentren dentro de las denominadas “tolerancias admitidas”, estas podrán ser objeto de inscripción registral por vía notarial, lo cual no implica la adquisición del derecho real de dominio sobre ellas, sino más bien la “publicidad frente a terceros” de la situación fáctica de la parcela.

7. Sistemas de normalización jurídica de los polígonos en posesión

Partiendo de la base de que dichos polígonos deben ser sometidos a normalización jurídica de carácter administrativo, para lograr la adquisición por parte del interesado que ejerce su posesión y obtener así el derecho real de propiedad sobre la excedencia identificada estudiaremos los sistemas de normalización que las demarcaciones de Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictaron al efecto.

Cabe señalar que la Ley 26209 no derogó la Ley 14159, que en su artículo 15 menciona la procedencia de las excedencias, y su artículo 16 declara a las excedencias resultantes del cotejo de títulos antecedentes con la registración de los catastros físicos, asignándoles el carácter de propiedad fiscal, nacional o provincial, siempre que sobrepasen las tolerancias técnicamente admitidas en la materia.

Se transcriben y analizan a continuación los artículos pertinentes de las legislaciones de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

7.1. Normativa vigente en la provincia de Buenos Aires

El Decreto Ley 9533/1980 establece definiciones y procedimientos administrativos para adquirir la titularidad dominial de las excedencias dentro del ámbito de regulación de los inmuebles del dominio municipal y provincial.

En el artículo 11 del capítulo II, surge la definición de excedentes para la demarcación en estudio, siendo el inciso primero el que define a las “excedencias admisibles” y su forma de registración en el plano de mensura.

Asimismo, el inciso segundo del artículo en cuestión considera y define los denominados “excedentes fiscales” señalando que: “Cuando la discrepancia del área supere el cinco (5) por ciento de la medida superficial consignada en el respectivo título de dominio, dicha demasía será considerada como excedente fiscal, siempre que sus dimensiones sean inferiores a los mínimos autorizados por las normas municipales reglamentarias de la Ley 8912 o no configuren una unidad de explotación económica independiente, según corresponda a su ubicación en área urbana y complementarias, o rural”.

Por último, en su inciso tercero, establece la diferencia entre los denominados “excedentes fiscales” y las excedencias que, por sus grandes medidas, logran configurar una unidad económica por sí mismas. Es el artículo 12 el que se encarga de determinar la obligación de registración de las excedentes del inciso 3) del artículo 11.

Con relación a los excedentes fiscales descriptos en el inciso 2) del artículo 11, el Decreto Ley 9533/1980 propone la posibilidad de que el dominio sea “transferido a los propietarios linderos y a título gratuito” estableciendo los requisitos y el procedimiento a cumplimentar para la normalización de dichos excedentes.

La “gratuidad de la adquisición por normalización de dichas excedencias” es una gran diferencia con la normativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que establece todo un procedimiento de tasación y pago de los excedentes fiscales.

Los requisitos impuestos para la normalización dominial son los siguientes:

- a) Plano de mensura debidamente registrado del cual resulte el excedente.
- b) Declaración jurada del interesado de que se encuentra en posesión del excedente.

- c) Edictos publicados por tres (3) días en un diario de los de mayor circulación en el lugar donde se ubique el excedente y con una anticipación del último de ellos de quince (15) días corridos a la fecha de la presentación. En los edictos se consignará el excedente a adquirir, mencionando sus datos catastrales y de ubicación como el nombre y domicilio profesional del escribano propuesto para la escrituración y ante el cual se podrán formular oposiciones.
- d) Vencimiento del plazo fijado en el inciso anterior sin formularse oposiciones.

En cuanto a la forma, la ley estableció lo siguiente:

Bastará para el otorgamiento de la respectiva escritura por el intendente municipal, o por quien este delegue, con la solicitud del interesado y manifestación del escribano designado donde consigne el cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo precedente.

A los efectos de la transmisión aludida no será necesaria la previa inscripción del dominio a nombre de la respectiva municipalidad ni el requerimiento de certificados de dominio e inhibiciones. El Registro de la Propiedad efectuará la registración de la adquisición del excedente con el carácter de primera inscripción, mencionando que se efectúa conforme al régimen de la presente ley. Será, sin embargo, exigible el certificado dominial previo y no procederá la registración con el carácter indicado cuando el certificado catastral informe la existencia de inscripciones antecedentes.

Por último, el artículo 14 deja habilitada la vía judicial como única forma viable de adquisición del dominio para los casos en que existan controversias y/o intereses contrapuestos.

Se recomienda al lector la excelente presentación de técnicas de redacción y el modelo de escritura de transferencia de excedente publicados por Causse en 2013.¹

7.2. Normativa vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En el ámbito de nuestra Ciudad, procede estar a lo normado por la Ley 14159, que mantiene su vigencia, y que en su título IV trata el catastro jurídico y determina el procedimiento con respecto a las excedencias.

Es en su artículo 15 donde encontraremos la definición de excedencias y en el artículo 16 donde se declara de propiedad fiscal a las mismas.

TÍTULO IV

El catastro jurídico

Artículo 15: El cotejo entre las situaciones de hecho surgidas como resultado de la ejecución del catastro físico y las de derecho originadas en las constancias del catastro jurídico, servirán para establecer las diferencias existentes, tanto en la correcta localización de los inmuebles, como en las medidas li-

1. CAUSSE, Jorge R., "Utilización de planimetrías en la actividad notarial. Mensuras, subdivisiones, anexiones, afectaciones de inmuebles a distintas normativas que requieren previamente el cumplimiento obligatorio de relevamientos", en HERRERA, María Marta L. (coord.), *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, Di Lalla, 2013, pp. 187 y ss. (colección "De estudio" [dir: Academia Nacional del Notariado], v. 1).

neales y de superficie correspondientes y para obtener con ello el paulatino saneamiento de los títulos de propiedad.

Artículo 16: Declárase de propiedad fiscal, nacional o municipal, a todos los excedentes que resulten dentro de las superficies de los terrenos particulares, cubiertos que sean sus legítimos títulos y siempre que sobrepasen las tolerancias técnicamente admitidas en la materia.

En su artículo 17, la ley otorga derecho al propietario de ubicar las excedencias en el plano conforme mejor le resulte, caso contrario, lo hará de oficio la Dirección Nacional de Catastro. Cabe señalar que la mención de “propietario” corresponde, a mi humilde entender, al titular del derecho real de la finca que posee las diferencias a normalizar, dado que sería inapropiado denominar “propietario” a quien se encuentra en posesión de dichas excedencias.

Artículo 17: Se reconoce a favor del propietario el derecho de ubicar el excedente, siempre que sea sobre un costado del terreno y en superficie continua. En caso que el propietario no ejerciere su derecho, la ubicación del excedente se efectuará por la Dirección Nacional del Catastro.

A diferencia de lo normado en la Provincia de Buenos Aires, el artículo 18 de la Ley en análisis otorga al denominado “propietario” un derecho preferencial a “comprar” la excedencia. Asimismo asigna, para el caso de inacción del titular de dominio de la parcela en cuestión, igual derecho al “lindero de mayor superficie”. Culmina dicho artículo con la prescripción del procedimiento de tasación del polígono en posesión.

Artículo 18: El propietario tendrá a su favor el derecho de preferencia en la compra del excedente y en caso de no hacerlo, igual derecho se reconoce al lindero de mayor extensión lineal.

En ambos casos el precio de venta será determinado por el Tribunal de Tasaciones que crea el artículo 74 del decreto del Poder Ejecutivo 33405/44, ratificado por la Ley 12922, integrado a este solo efecto por un representante del Ministerio de Obras Públicas.

Además, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó la Ley 3999², que sigue los lineamientos de la Ley 26209. Cabe asimismo destacar que la Ley 14159 fue reglamentada por el Decreto 17389/1953, que regula los procedimientos administrativos y judiciales a seguir para sanear las excedencias. El mencionado Decreto, en sus artículos 71 y 72, reglamenta la regularización dominial de los denominados “polígonos en posesión” o “excedencias”.

XII – De los excedentes

Artículo 71: Se considerará excedente la diferencia en más que resulte entre la superficie que arroje la mensura y la indicada en los títulos de propiedad del terreno y siempre que sea superior a las tolerancias superficiales que fije la Reglamentación Nacional de Mensuras.

Artículo 72: Cuando se trate de excedentes que resulten del levantamiento parcelario, el procedimiento a seguir para el cumplimiento de lo expuesto

2. Sancionada el 10/11/2011 y promulgada el 7/12/2011.

en los artículos 16 a 19 de la Ley N° 14159 será el que prescriba la legislación vigente al ejecutarse aquel.

Luego, el artículo 75 del decreto reglamenta el procedimiento prescripto por el artículo 18 de la ley 14159 ya analizado.

Artículo 75: El propietario del terreno donde se halle el excedente podrá ejercer su preferente derecho de adquirirlo dentro del plazo de veinte (20) días, contados desde la fecha en que se le notifique el precio fijado por el Tribunal de Tasaciones.

Vencido dicho plazo sin que haya ejercido su derecho, se notificará al lindero para que dentro del plazo de veinte (20) días ejerza a su vez el que le acuerda la Ley 14159.

Por último, los artículos 76 a 78 reglamentan el procedimiento a cumplimentar para lograr la adquisición dominial de las excedencias.

Artículo 76: Con la aceptación del precio fijado por el Tribunal de Tasaciones, el propietario o el lindero en su caso, acompañará la boleta del Banco de la Nación Argentina que acredite el depósito del precio en la cuenta que oportunamente determine el P. E. y manifestará al propio tiempo expresa aceptación de las condiciones fijadas en el artículo 19 de la Ley N° 14159 y 79 de la presente reglamentación.

Artículo 77: Cumplidos dichos requisitos, el P. E., previa declaración formal que incorpore el excedente al patrimonio del Estado, aprobará la operación y el precio depositado ingresará en la cuenta a que se refiere el artículo anterior, debiendo remitirse los antecedentes a la Escribanía General del Gobierno para la escrituración del excedente a favor del comprador.

Artículo 78: Vencidos los plazos establecidos sin que se hubiera presentado propuesta de compra del excedente, el P. E., previa declaración formal que incorpore el excedente al patrimonio del Estado, o la municipalidad en su caso, podrá disponer su enajenación en remate público, conforme a lo establecido en el artículo 31 de la Ley N° 14159.

Cabe destacar, finalmente, lo establecido por la Disposición Técnico Registral 1/1981 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, titulada “Planos de mensura con demasías o excesos”³, que a continuación se transcribe (con el resaltado en negritas

3. Gracias a la intervención del colega Carlos E. Arroyo, pudimos mantener una entrevista con el subgerente operativo de Catastro de la Subsecretaría de Planeamiento del Ministerio de Desarrollo Urbano y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Carlos Alberto Lucci, quien fue consultado sobre las características de la registración de las excedencias en la práctica diaria y la interrelación existente entre la Dirección de Catastro Territorial de la Ciudad y el Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal. Lucci tuvo la amabilidad de explicar cómo se plasma en planos lo prescripto en el artículo 17 de la Ley 14159, y mencionó la posibilidad de que el agrimensurador, al momento de advertir la excedencia, opte por identificar en el plano el lugar de su ubicación. De esta manera, se denomina a esa excedencia “polígono ubicado” (p. ej., planos donde se ubican las excedencias identificando así dicho polígono). Asimismo, hizo énfasis en que también surgen las excedencias de la lectura de los balances de superficie de dichos planos. Esta situación facilita enormemente la labor notarial a la hora de cumplimentar la determinación del inmueble e identificar no solo la parcela según título y según plano de mensura sino también todas las medidas, ángulos, linderos y superficies del polígono ubicado que surge del plano, con el objeto de individualizar su registración. En la escritura deberá señalarse que con relación al polígono ubicado no se reconoce título y dejar bien delimitada la parcela por la cual se transmite, modifica, extingue el derecho real que

propio de quien suscribe el trabajo, a los efectos de enfatizar la coincidencia de lo allí normado con el objeto del estudio aquí abordado).

VISTAS:

Las situaciones registrales originadas con motivo de la presentación de planos de mensura que contienen demasías o excesos, y

CONSIDERANDO:

Que tales situaciones se vinculan con las **diferencias comprobadas en los hechos, entre el título invocado por el dueño del inmueble y la superficie física que el mismo ocupa.**

Que ellas tienen su solución y regulación por el derecho de fondo, sin perjuicio de lo cual existe también un marco mínimo de tolerancias fijadas y adoptadas desde tiempo atrás por normas vinculadas al quehacer de la Agrimensura (Dec. 10028/57), las que si bien no modifican el derecho de fondo, sientan en su ámbito principios que luego son reflejados en los planos que se presentan ante el Registro de la Propiedad, una vez aprobados por los organismos competentes que tienen intervención previa.

Que, por tales causas, resulta, a los fines de la matriculación de inmuebles prevista en los artículos 10 a 13 de la Ley 17801, de sumo interés fijar la forma en que se han de reflejar tales situaciones para debido conocimiento de los terceros, tal como es el cometido de la función registral, de modo que sean ellos quienes conforme al derecho de fondo ya enunciado, adopten las medidas que consideren conveniente a sus derechos, ya que no corresponde a este organismo modificar los derechos inscriptos ni su extensión.

Que para ello se ha de observar el siguiente proceder registral para esas hipótesis: 1) en todo caso se ha de reflejar en el rubro 4 de los folios reales, la existencia de demasías según resulte de la mensura traída, con respecto a la superficie consignada en el asiento antecedente; 2) en los casos en que esa demasía no exceda el 5" de la superficie total, para lo urbano y el 1" para lo rural y subrural (Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur), se ha de "absorber" dentro de la superficie, sin perjuicio de lo indicado en el punto anterior; 3) en los casos en que la demasía exceda el 5" de la superficie total para lo urbano y el 1" para lo rural y subrural, el plano deberá "ubicar" la superficie excedente, la que no será motivo de inscripción hasta tanto se obtenga el título jurídico pertinente tal como impone el artículo 3 de la Ley 17801 y concordantes del Código Civil, sin perjuicio de lo indicado en el punto 1) en cuanto al aviso a terceros, de la existencia del excedente.

Que el análisis de los casos enunciados hace aconsejable, además, distinguir estas hipótesis de aquellas que consisten en "variantes" emergentes del plano de mensura, con relación al título inscripto al que se refieren, pero que no son variantes en el rubro superficie, sino en cuanto a los linderos, rumbos, medidas lineales, angulares o algún otro aspecto vinculado con la determinación de la cosa, puestos que en estos casos corresponde la toma de razón de tales variantes señalando únicamente la fuente documental de la que resultan para debido conocimiento de los terceros.

Que procede, en consecuencia, el dictado de la medida pertinente para lo cual se cuenta con la opinión favorable del Colegio de Escribanos de esta Capital,

sea objeto del acto escriturario. Lo antes mencionado está debidamente reglamentado por la [Disposición Técnico Registral 1/1981](#) del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal.

de acuerdo con lo establecido por el artículo 6º, inciso a), del convenio vigente para la aplicación de la Ley 17050.

Por ello, EL DIRECTOR GENERAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DISPONE:

Artículo 1: En los casos de matriculación previstos en los artículos 10 a 14 de la Ley 17801, cuando los planos de mensura pertinentes señalan la existencia de “excedentes” o “demasías”, entre la superficie total del título a que se refieren y la situación de hecho verificada, el asiento registral prevendrá sobre tal situación consignando ambas para debido conocimiento.

Artículo 2: Cuando el exceso o demasía consignada, no exceda el 5” de la superficie total, para lo urbano, y el 1” para lo subrural o rural, se ha de proceder a la matriculación o inscripción sin otro recaudo que el señalado en el artículo anterior.

Artículo 3: Cuando el exceso o demasía exceda los límites porcentuales fijados en el artículo anterior, dicha superficie excedente deberá ser “ubicada” dentro del plano respectivo y no siendo ella materia de inscripción, sin perjuicio del cumplimiento del recaudo previsto en el artículo 1º de la presente.

Artículo 4: En los casos en que los planos de mensura consignen variantes en la descripción del bien, con respecto al asiento antecedente, sea en los linderos, rumbos, medidas lineales, angulares o algún otro aspecto vinculado con la determinación del inmueble, se procederá a la toma de razón señalando en qué consisten y de qué documentación proviene la diferencia (ej. según plano).

8. Conclusión y reflexiones finales

La intención primigenia del trabajo realizado es dar una correcta solución a la identificación y posterior registración de los denominados “polígonos en posesión” y/o “excedencias”, que han llegado a nuestras notarías como parte integrante de los antecedentes dominiales de la escritura a otorgar.

A lo largo de este ensayo, se ha intentado resaltar la situación fáctica de que, por más que como notarios cumplamos con nuestro deber de inscribir los denominados “polígonos ubicados” o “excedencias conformadas dentro de las tolerancias legales permitidas” ya analizadas en el presente trabajo, dicha registración no implica la transmisión del derecho real de dominio sobre las mismas; se deben llevar a cabo los correspondientes procedimientos administrativos mediante los cuales se podrá adquirir el dominio de dichas parcelas o polígonos ubicados (en el presente ensayo solo se analizaron las reglamentaciones de Provincia de Buenos Aires y Capital Federal a tal efecto).

La posesión sobre los polígonos no otorgará título por prescripción adquisitiva directa si no se promueve el correspondiente expediente judicial/administrativo.

Recordemos que, por más que se trate de la inscripción de “excedencias dentro de las tolerancias legales permitidas del 5 % para inmuebles urbanos y del 1 % para rurales, dicha registración no implica la adquisición del derecho real de dominio sobre las mencionadas excedencias y entiendo que es nuestro deber informar con claridad a nuestros clientes tal “particularidad” en sus títulos. Asimismo, sugiero que les procuremos la

correspondiente información legal para incentivarlos a generar la correspondiente normalización de sus títulos y saneamiento conforme a derecho.

Espero que este humilde trabajo, que intentó resumir la normativa aplicable a los casos donde se evidencian excedencias, haya podido otorgar una mirada práctico-registral de los casos analizados y resulte de utilidad para la labor diaria del notariado en general.

9. Bibliografía

- ABELLA, Adriana N. (dir.), *Propiedades especiales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavallía, 2015.
- ABELLA, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavallía, 2016.
- CAUSSE, Jorge R., "Utilización de planimetrías en la actividad notarial. Mensuras, subdivisiones, anexiones, afectaciones de inmuebles a distintas normativas que requieren previamente el cumplimiento obligatorio de relevamientos", en Herrera, María M. L. (coord.), *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, Di Lalla, 2013 (colección "De estudio" [dir: Academia Nacional del Notariado], v. 1).
- CAUSSE, Jorge R. y otros, *Derecho civil. Derechos reales*, Buenos Aires, Astrea, 2012.
- MARTÍNEZ BARÓN, Sebastián A., "Ley 26209. Su repercusión en la transmisión, modificación y constitución de derechos reales", Córdoba, [s. e.], 2011 [ponencia presentada en la XVI Jornada Notarial Cordobesa].
- PÉREZ CLOUET, María José, *Ley 26209. Ley Nacional de Catastro, Marruecos*, [s. e.], 2010 [ponencia presentada en el XXVI Congreso Internacional del Notariado Latino].

Aspectos formales de la escritura pública en el Código Civil y Comercial de la Nación

Análisis en relación a la Ley Notarial 404

María Mercedes Linari

Nadia Soledad Parra

RESUMEN

Se analizan los aspectos referentes a la forma de la escritura pública en relación con el nuevo Código Civil y Comercial, comparándolo con la Ley Notarial 404 y las pautas de inspección de protocolos del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en relación a consultas realizadas al Departamento de Inspección de Protocolos así como observaciones que pueden surgir durante las inspecciones. Se concluye que el Código refleja disposiciones y costumbres ya contenidas en nuestra ley notarial local y en la práctica notarial.

PALABRAS CLAVE

Inspección de protocolos, formas, escritura pública, Código Civil y Comercial.

Fechas de recepción y aceptación

25/6/2017 - 29/7/2017

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Salvados. **3.** Unidad de acto. Forma de extender los documentos. Legibilidad. **4.** Pluralidad de otorgantes. **5.** Espacios en blanco. Abreviaturas. **6.** Guarismos. **7.** Estado de familia. **8.** Persona Jurídica. **9.** Impresión digital. **10.** Documentación Habilitante. **11.** Conclusiones. **12.** Bibliografía.

1. Introducción

El propósito de este trabajo es reflexionar acerca de las modificaciones de forma introducidas por el [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN” o “el nuevo Código”) en las secciones de instrumentos públicos y escrituras públicas en relación con la [Ley Orgánica Notarial 404](#) de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, “Ley 404”)¹ y su

1. 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, modificada por las Leyes 501, 1221, 1339, 1541 y 3933. [N. del E.: el hipervínculo dirige a la [versión ordenada](#) por el CEDOM {Centro Documental de Información y Archivo Legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires}].

reglamentación, el [Decreto 1624/GCABA/2000](#) (en adelante, “Decreto 1624”).² Dentro del contexto del cambio en la legislación nacional, que supone un aprendizaje y adaptación a estas nuevas normas, existen artículos que nos resultan conocidos dado que llevan al nuevo Código nociones contenidas en la ley y reglamentación notariales.

En el presente artículo, desde nuestra visión de inspectoras del Departamento de Inspección de Protocolos del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, “CECBA”), analizaremos parte de la sección cuarta (“Instrumento público”) y de la sección quinta (“Escrituras públicas y actas”) del CCCN, para concluir luego si la reforma ha producido un cambio trascendente en nuestra área o, por el contrario, si se ha incorporado gran parte de las normas que ya contemplaban la ley local y la práctica notarial.

2. Salvados

Del primer párrafo del artículo 294 CCCN surge la necesidad de que en los instrumentos públicos los salvados de partes esenciales sean hechos antes de las firmas de las partes:

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.

Mientras tanto, el artículo 305 (inc. e) dispone específicamente que

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.

Todo lo mencionado es reflejo del artículo 63 de la Ley [404](#), que destaca que los salvados deberán ser hechos de puño y letra del escribano, al final del documento y antes de la suscripción reproduciendo cada texto por palabras enteras con indicación de si valen o no. El artículo 40 del Decreto [1624](#) dispone que el salvado de las correcciones que el notario debe hacer al final del texto se hará en los renglones indicados y dentro de los márgenes de la hoja, y agrega: “los interlineados solamente podrán insertarse en el espacio comprendido entre las dos líneas consecutivas de escritura en que se realice”.

Con respecto a las correcciones en el texto, no se admiten: a) enmendados y soberraspados en los que se utilicen productos químicos; b) testados entre paréntesis, corchetes y/o comillas; c) entrelíneas que superen el espacio comprendido entre dos líneas consecutivas.³

En cuanto a lo que debe realizarse de puño y letra, se refiere al salvado en sí mismo y no a la enmienda en el texto; estas podrán efectuarse con máquina o en forma manus-

2. Reglamentario de la Ley Orgánica Notarial 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionado el 22/9/2000, publicado en el BO N° 1034 del 25/9/2000).

3. 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, p. 60.

crita.⁴ Y, por último, se admite la corrección reiterada de la misma palabra, indicando el número de veces en que se efectuó; por ejemplo: *S/R: 7 veces María. Vale.*⁵

En cuanto a las partes esenciales a las que hacen referencia el CCCN y la Ley 404,

El artículo 989 del *Código Civil* ejemplificaba la fecha, los nombres, las cantidades y las cosas. Y la doctrina propuso pautas tales como “aquello que puede modificar los derechos de las partes” o datos de individualización del objeto de cada parte en el acto, o la causa, dejando abierta la nómina a las circunstancias de cada acto.⁶

3. Unidad de acto. Forma de extender los documentos. Legibilidad

De la primera parte del artículo 301 CCCN surge que el escribano debe recibir por sí las declaraciones de los comparecientes, calificando el acto y configurándolo técnicamente; asimismo, que las escrituras públicas deben extenderse en un único acto, de forma manuscrita o mecanografiada, pudiendo utilizarse procesadores de texto, siempre que se cumpla con lo dispuesto por la reglamentación en cuanto al soporte del instrumento y a que sus caracteres sean fácilmente legibles. De este texto, que no reconoce similar disposición en el Código Civil, resulta que el escribano debe examinar y calificar los elementos del acto.⁷ De la comparación de los artículos 301 CCCN y 62 de la Ley 404 surge que el nuevo Código refleja los principios contenidos en nuestra ley notarial, que destaca la importancia de la conservación y de la indelebilidad, agregando que los documentos podrán ser completados o corregidos por un procedimiento diferente al utilizado en su comienzo, salvo en el caso del instrumento comenzado de forma manuscrita, el cual deberá ser concluido de la misma manera, y que “la tinta o la impresión deberán ser indelebles y no alterar el papel, y los caracteres deberán ser fácilmente legibles”.

Según la Resolución 844/2000 del Consejo Directivo del CECBA⁸ y en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo 62, el Departamento de Inspección de Protocolos, el de Legalizaciones y cualquier otra autoridad del CECBA que advierta dificultades en la lectura de un documento podrá formular la observación correspondiente. En referencia a la impresión, el CECBA prohibió el uso de impresora láser por ser altamente vulnerable en cuanto a la perdurabilidad; y en cuanto a la tinta, sea por medios mecánicos o manuscritos, debe utilizarse tinta líquida de color negro o azul negro fijo, mediante pluma fuente o esferógrafo, quedando prohibidas las tintas a base de grasa.⁹

4. Resolución 10/2016 del Consejo Directivo del CECBA (sesión del 13/1/2016, acta N° 3962).

5. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES [con la coordinación de ROSIN DE ALLENDE, Elsa], ob. cit. (cfr. nota 3), p. 74.

6. ORELLE, José M. R., [comentario al art. 294] en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 2 (dir. del tomo José W. Tobías), Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2016, 2ª ed., p. 455.

7. En cuanto a los elementos, merece especial mención el art. 305 CCCN, que se analizará en particular en los puntos 7 y 8 de este ensayo. Ver asimismo ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), ob. cit. (cfr. nota 6), p. 530.

8. Sesión del 27/12/2000, acta N° 3255.

9. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES [con la coordinación de ROSIN DE ALLENDE, Elsa], ob. cit. (cfr. nota 3), pp. 15, 62 y 70.

Es de destacar en relación con lo analizado que el artículo 39 del Decreto 1624 determina que

Se prohíbe 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 –por ejemplo, los correctores líquidos–.¹⁰

Asimismo, el artículo 37 del citado decreto expresa que se admite que la impresión sea realizada por una persona delegada por el escribano, “por cuanto su formalización se hará efectiva al autorizarla el mismo”. Y el artículo 36, dejando abierta la posibilidad de la utilización de instrumentos electrónicos, establece que

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 introdujera a posteriori de las firmas de las partes y del escribano autorizante.

En un mundo cada vez más informatizado se requiere del notariado su adaptación a las nuevas tecnologías. Esto se ve en la interrelación con los distintos organismos que empiezan a solicitar la digitalización de documentos. Dentro de este proceso y contemplando la necesidad de garantías de certeza y confiabilidad, se ha obtenido como resultado, en principio, la firma digital y, actualmente, se ha dado un paso más con el desarrollo de un sistema de fojas digitales: a) certificación de reproducciones; b) certificación de firmas digitales y electrónicas; c) certificación de firmas ológrafas y reproducciones; y d) concuerda.

En cuanto al acto notarial, este debe desarrollarse sin interrupciones, con unidad de principio a fin: a) presencia de todos los que intervienen, incluido el escribano; b) intervención y redacción coetáneas; c) lectura y, en su caso, correcciones y salvados; d) firma y autorización. Sin embargo, este principio encuentra una excepción, según se verá a continuación.

4. Pluralidad de otorgantes

La última parte del artículo 301 CCCN establece una excepción a la unidad de acto cuando no haya entrega de dinero y existan pluralidad de otorgantes, definiendo como único límite el día en que fue redactado y que no se agregue modificación al texto definitivo al tiempo de la primera firma. Por su parte, el artículo 80 de Ley 404, que dispone el mismo principio, agrega que deberá dejarse constancia de esta circunstancia en el protocolo. Asimismo, el artículo 57 del decreto reglamentario enuncia la posibilidad de dejar dicha constancia por nota marginal o en la misma escritura:

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

10. El ejemplo nos pertenece.

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.

5. Espacios en blanco. Abreviaturas

La primera parte del artículo 303 CCCN dispone que no se deben dejar espacios en blanco y que no se deben utilizar abreviaturas, salvo que resulten de transcripciones, constancias de documentos agregados o que sean científica o socialmente admitidas, buscando así evitar riesgos por adulteración y confusiones o equivocidad del texto. El artículo relacionado es reflejo del artículo 61 de la Ley 404:

Todos los documentos deberán ser escritos sin espacios en blanco en su texto. 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.

El artículo 38 del Decreto 1624 aclara que 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 puedan formalizarse al pie del documento matriz. Asimismo, es importante recordar que el artículo 68 de la Ley 404 es específico al señalar que no podrán quedar folios en blanco. Para ejemplificar, se considera en blanco el espacio en el que falte algún dato, tal como la valuación fiscal, y no al espacio libre resultante luego de completar un párrafo, suponiendo que se hubieran dejado dos renglones en blanco para completar los datos del representante y estos solamente ocuparan un renglón y medio. En este caso, el medio renglón que quedó libre se puede cerrar con guiones o una línea. En relación con la norma considerada, no se admite la redacción con punto y aparte o en forma de listado.¹¹

6. Guarismos

La segunda parte del artículo 303 CCCN expresa que

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 Código Civil solo exigía el empleo de palabras para las cantidades entregadas en presencia del escribano, mientras que el artículo citado amplía la exigencia a datos que

11. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES [con la coordinación de ROSIN DE ALLENDE, Elsa], ob. cit. (cfr. nota 3), p. 61.

correspondan a elementos esenciales. En este mismo sentido, la última parte del artículo 61 de la Ley 404 dispone:

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.

La segunda parte del artículo 38 del decreto reglamentario dice:

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.

En cuanto a la interpretación de la expresión “elementos esenciales”, se consideran tales y, por ello, deben constar en letras: a) el número de escritura; b) su fecha; c) el precio o monto de la operación; d) las cantidades entregadas en presencia del escribano; e) las condiciones de pago y, si hubiera financiación, el número de cuotas y la tasa de interés; f) otras cantidades o datos esenciales del acto en cuestión (en una transmisión de inmueble, la descripción del objeto de dicho acto [unidad funcional, ubicación del inmueble, superficie total]; en una constitución social, el monto del capital social, el monto de la integración y el plazo de duración societaria). El principio general es que pueden utilizarse guarismos en las escrituras; sin embargo, las excepciones son muchas.

7. Estado de familia

El artículo 305 CCCN detalla el contenido de las escrituras y, en su inciso b), los datos de los comparecientes y/u otorgantes. Cabe entonces recordar aquí el concepto de *compareciente* que está plasmado en el texto del artículo 301 CCCN y en los [fundamentos](#) del anteproyecto:

En la Sección 5ª se siguen criterios conocidos.

Referente a los requisitos de la documentación, se indica que la expresión *compareciente*, que es propia del lenguaje notarial, abarca a las partes, testigos, cónyuges u otros intervinientes al acto.¹²

Se encuentra incluido el estado de familia de los otorgantes, que ya exigía el artículo 1001 del Código Civil, pero con el agregado de 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: “la mención no solo forma parte de los elementos de individualización, sino que tiene efectos para el régimen matrimonial, sucesorio, etc.”¹³ Asimismo, del artículo 77 (inc. a) de la Ley 404 se desprende que

Además de los requisitos formales, de contenido y de redacción impuestos por la legislación de fondo y por la presente u otras leyes especiales, las escrituras públicas deberán expresar: a) el orden de las nupcias y el nombre del cónyuge,

12. [N. del E.: ver p. 44 del [documento PDF](#)].

13. ORELLE, José M. R., [comentario al art. 305], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), ob. cit. (cfr. nota 6), p. 557.

cuando los sujetos negociales fueren casados, divorciados o viudos, cuando ello resultare relevante por la naturaleza del acto...

Es decir, el artículo 305 CCCN se asemeja a la norma local, pero limitó la indicación del grado de nupcias y nombre del cónyuge a las personas casadas.

Por su parte, el Departamento de Inspección de Protocolos del CECBA observará la omisión del grado de nupcias y nombre del cónyuge de los sujetos negociales solo cuando sean casados y siempre que resulte relevante por la naturaleza del acto, conforme a lo establecido por el artículo 305, inciso b), CCCN, en venta, permuta, dación en pago, hipoteca, cesión de crédito hipotecario, transferencia de taxi con vehículo o en otros actos de disposición.¹⁴

8. Persona jurídica

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, tal como surge del artículo 305, inciso b), CCCN. Ello permite no solo la verificación de la existencia de la persona jurídica sino de la extensión de las facultades de representación de quienes intervienen. En este sentido, cabe destacar que el artículo 77 (inc. a) de la Ley 404 ya consagraba idéntico requisito.

El Consejo Directivo del CECBA ha considerado que la expresión “datos de inscripción de su constitución si corresponde”, contenida en el artículo 305, debe interpretarse en el sentido de que debe constar el dato de inscripción en todos los actos siempre que se trate de una persona jurídica que deba registrarse, y no así, por ejemplo, la Iglesia Católica, Enargas, la Biblioteca Nacional, ni cualquier otra persona jurídica que no tuviere datos de inscripción. El Departamento de Inspección de Protocolos del CECBA observa 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 corresponde –no de posteriores modificaciones–, conforme a lo establecido por el artículo 305 inc b del CCCN. Asimismo, dispuso que se entienda por *domicilio social* la jurisdicción de la persona jurídica, diferenciándose de su sede social.¹⁵

9. Impresión digital

El artículo 305 CCCN contempla en su inciso f) la figura del firmante a ruego, tal como ya lo hacía el artículo 1001 del Código Civil; no obstante, el CCCN agregó el requisito de la impresión digital del otorgante y la manifestación sobre la causa del impedimento. Cabe destacar que, si bien no lo dice expresamente, se entiende que la huella dactilar debe tomarse en el protocolo.¹⁶

14. Según Resolución 153/2016 del Consejo Directivo del CECBA, sesión del 20/4/2016, acta N° 3971.

15. Según Resolución 165/2016 del Consejo Directivo del CECBA, sesión del 27/4/2016, acta N° 3972.

16. SIERZ, Susana V., *Nuevo Código Civil unificado. Doctrina y modelos. Instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015, p. 48.

El artículo 79 de la Ley 404 ya establecía que

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: [...] c) si alguno de los comparecientes no supiere o no pudiere firmar, sin perjuicio de hacerlo a ruego otra persona, estampara su impresión digital, dejando constancia el notario del dedo a que correspondiere y los motivos que le hubieren imposibilitado firmar, con sujeción a la declaración del propio impedido. Si por cualquier circunstancia permanente o accidental, no pudiere tomarse de ningún modo la impresión digital el autorizante lo hará constar y dará razones del impedimento. El notario expresara nombre y apellido, edad, estado civil y vecindad del firmante a ruego y hará constar el medio de su identificación.

Por su parte, el artículo 55 del Decreto 1624 dispone 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.

10. Documentación habilitante

Del artículo 307 CCCN surge que

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.

Ya con la Ley 15875 se había comenzado a exigir solo la exhibición de los instrumentos y su agregación al protocolo, ya que originariamente el Código Civil exigía la transcripción de los documentos acreditativos, salvo que estuvieran otorgados ante el mismo escribano.

Sostiene Sierz que se ha omitido señalar la constatación del alcance de la representación y la vigencia de la misma.¹⁷ La Ley 404 contiene preceptos expresos al respecto, 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

17. *Ibidem*, p. 49.

el documento constare en escritura, y de cualquier otra mención que permitiese establecer la ubicación del original y los datos registrales, cuando fueren obligatorios.

b) El notario deberá comprobar el alcance de la representación invocada y hacer constar la declaración del representante sobre su vigencia.

De los citados artículos surgen conceptos similares. Así, la ley notarial reglamenta la ley de fondo, mencionando los datos de individualización de los documentos utilizados. Debemos recordar asimismo que si el notario hubiera omitido en la escritura relacionar la personería, puede consignarla por nota marginal o en escritura complementaria sin comparecientes, ya que es una atestación.

Se ha suprimido el segundo párrafo del artículo 1003 del Código Civil, referido a la protocolización de documentos. Sin embargo,

... la incorporación de las actas notariales al texto del nuevo Código hace aplicable la regulación que las leyes notariales efectúan sobre las diversas clases de actas, una de la cuales es la de protocolización.¹⁸

11. Conclusiones

De lo expuesto en las secciones anteriores inferimos los siguientes conceptos:

- El Código Civil y Comercial, visto específicamente en lo referente a las formas de las escrituras públicas, incorpora gran parte de las normas y conceptos ya consagrados en la Ley Orgánica Notarial 404 y en su decreto reglamentario (1624/GCABA/2000). Asimismo, agrega que se deje constancia expresa de ciertos elementos de la práctica notarial, como por ejemplo, el documento nacional de identidad, la fecha de nacimiento y el domicilio real de los comparecientes. En cuanto a las sociedades, incorpora como requisitos los datos de inscripción y el domicilio.¹⁹
- De esta manera, datos que antes podían ser completados por nota marginal, ahora están contenidos en la ley de fondo, por lo que debemos atenernos a lo dispuesto por el artículo 81, inciso II), de la Ley 404 en cuanto a la ausencia de los mismos. Así, por ejemplo, la omisión del documento nacional de identidad ya no podrá ser subsanada por nota marginal.²⁰
- Respecto de la formación del instrumento y su soporte, el nuevo Código no es específico y da lugar a la posibilidad de la informatización de los documentos, ya que simplemente enuncia el soporte como aquel “exigido por las reglamentaciones”. Lo expresado está en consonancia con las acciones del CECBA, que promueve la

18. ORELLE, José M. R., [comentario al art. 307], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), ob. cit. (cfr. nota 6), p. 573.

19. Cabe aclarar que cuando el CCCN pone como requisito el domicilio, se refiere al real, entendiendo por tal la vivienda o el principal asiento de los negocios del compareciente, el que siempre tiene que estar y no debe confundirse con el legal. De ser necesario consignar un domicilio especial, este no debe suplir al real. En cuanto al domicilio societario, cabe destacar que se entiende por tal la jurisdicción, no debiendo confundirse con el concepto de sede.

20. Mientras que la omisión total de datos como el tipo y número de documento, domicilio, fecha de nacimiento o inscripción no podrían ser suplidos por nota marginal, el error de tipeo en los mismos puede ser corregido por nota marginal, siempre que se acredite y agregue la documentación fehaciente, cuya fotocopia debe también ser agregada (según Resolución 165/2016 del Consejo Directivo del CECBA, sesión del 27/4/2016, acta N° 3972).

aplicación de las nuevas tecnologías a la función notarial, dados los beneficios que ofrecen en términos de seguridad, tiempo y economía, incluso desde antes de la sanción del nuevo Código.

- En cuanto a la forma de la escritura pública, el Código Civil y Comercial se caracteriza por ser más específico, ya que detalla los requisitos que antes quedaban meramente delineados, dándole jerarquía de ley de fondo pero abriéndose a la vez a las nuevas tecnologías.

12. Bibliografía

- 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.
- HIGHTON, Elena I, KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, [s. e.], 2012.
- ORELLE, José M. R., [comentario a los arts. 294, 305 y 307], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 2 (dir. tomo: José W. Tobías), Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2016, 2ª ed.
- SIERZ, Susana V., *Nuevo Código Civil unificado. Doctrina y modelos. Instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015.

La SAS. Efectos de la muerte de un socio durante el plazo de prohibición para transferir acciones*

Gastón A. Mirkin

Pilar M. Rodríguez Acquarone

Diego M. Umaschi

RESUMEN

La SAS otorga oportunidad para la conformación de instrumentos constitutivos a medida, en virtud de la libertad de contratación societaria, incluyendo la posibilidad de prohibir la transferencia de las acciones por un plazo máximo de diez años, prorrogable por otros diez años. A raíz de ello, en este trabajo analizamos los diversos efectos que produce el fallecimiento de un socio de una SAS, ocurrido dentro del plazo de vigencia de la prohibición a la transferencia de las acciones o de alguna de sus clases (plazo máximo de diez años), tanto para los demás socios como para los herederos. Se plantea la conveniencia de utilizar los pactos sobre herencia futura que ofrece el artículo 1010 en la limitación a las transmisiones de acciones *mortis causa*. Dada la libertad de contratación que ofrece la SAS, se pueden prever en el instrumento constitutivo regulaciones novedosas para sociedades cerradas, tales como la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales (*squeeze out*); instituto de usual utilidad en las sociedades que cotizan en bolsa. También se propicia el uso del novedoso fideicomiso testamentario para separar los derechos políticos de las acciones luego del fallecimiento del socio.

PALABRAS CLAVE

SAS, declaración unilateral de adquisición, pactos herencia futura, transferencia accionaria, sociedad por acciones simplificada.

Fechas de recepción y aceptación

10/8/2017 - 11/9/2017

* El presente trabajo tiene su origen en el LXXIII Seminario teórico práctico “Laureano Arturo Moreira”, organizado por la Academia Nacional del Notariado (Buenos Aires, junio de 2017). Durante este seminario, en la conferencia dictada por los escribanos Norberto R. Benseñor y Pilar M. Rodríguez Acquarone (“Sociedades por acciones simplificadas. Un nuevo tipo social”), surgió del escribano Diego M. Umaschi el interrogante que se desarrolla en el presente artículo. La referencia al ámbito académico en el cual se ha gestado el presente ensayo se hace con el objeto de reivindicar la importancia y riqueza de realizar encuentros académicos de la jerarquía de los seminarios “Laureano Arturo Moreira”, en los cuales el libre intercambio de pensamientos y opiniones entre disertantes y público enriquece el desarrollo de la construcción de un derecho vivo, dinámico y cambiante. Se basa asimismo en la ponencia presentada en la XLII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, septiembre de 2017) y en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, septiembre de 2017).

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Descripción de las sociedades por acciones simplificadas. **3.** Transmisión de acciones en la sociedad anónima y en la sociedad por acciones simplificadas. **3.1.** El régimen de la transmisión de acciones en las sociedades por acciones simplificadas. **3.2.** Régimen general de transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas. **3.3.** Limitación a la transferencia de acciones de sociedades anónimas y las transmisiones por causa de fallecimiento de un accionista. **3.4.** La injerencia del artículo 1010 del Código Civil y Comercial en relación a la limitación a las transmisiones de acciones mortis causa. **4.** Acerca de la razonabilidad del plazo de diez años. **5.** La incorporación de herederos en las sociedades según los tipos societarios bajo la Ley 19550. **6.** Efectos ante el fallecimiento de un socio de una sociedad por acciones simplificada con prohibición de transferencia. **6.1.** ¿Aplicación por analogía del régimen de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada? **6.2.** Validez de cláusulas sobre incorporación de herederos en el instrumento constitutivo de las sociedades por acciones simplificadas. **6.3.** Cláusulas estatutarias que regulen el fallecimiento del socio con prohibición de transferencia de sus acciones. **7.** Uso del fideicomiso testamentario para separar los derechos políticos de las acciones. **8.** Consideraciones en torno a la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales (squeeze out). **9.** Conclusión. **10.** Bibliografía.

—Lo esencial es invisible a los ojos —repitió el Principito a fin de recordarlo.

—Es el tiempo que has perdido en tu rosa lo que hace a tu rosa tan importante.

—Es el tiempo que he perdido en mi rosa... —dijo el Principito a fin de recordarlo.

—Los hombres han olvidado esta verdad —dijo el zorro—. Pero tú no debes olvidarla. Eres responsable para siempre de lo que has domesticado. Eres responsable de tu rosa...

—Soy responsable de mi rosa... —repitió el Principito a fin de recordarlo.

(Antoine DE SAINT-EXUPÉRY, *El Principito*, extracto del capítulo XXI).

1. Introducción

El dictado de la Ley 27349 de Apoyo al Capital Emprendedor, que en su título III crea el nuevo tipo societario denominado sociedad por acciones simplificada (también llamada SAS), generará un cambio de paradigma en el régimen societario argentino¹ a los

1. Ver: ABDALA, Martín E., “Análisis del proyecto de ley de sociedad por acciones simplificada”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/2/2017 (t. 2017-A, p. 948, cita online: AR/DOC/265/2017); DUPRAT, Diego A. J., “Sociedad por acciones simplificada (SAS)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 21/4/2017 (t. 2017-B, p. 979, cita online: AR/DOC/1008/2017); FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “La Ley de Emprendedores. Novedades que traen cambios”, en *elDial.com. Biblioteca Jurídica Online*, Buenos Aires, Albremática, 5/4/2017 (cita online: DC22D0); HERS, Liliana, “La SAS. Una futurista *societas romana*”, en *elDial.com. Biblioteca Jurídica Online*, Buenos Aires, Albremática, 17/5/2017 (cita online: DC2323); MARZORATI, Osvaldo J., “La sociedad anónima simplificada. ¿Será una realidad?”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1/12/2016 (t. 2016-F, p. 990, cita online: AR/DOC/3617/2016); MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sociedad por acciones simplificada (SAS)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 21/4/2017 (t. 2017-B, p. 991, cita online: AR/DOC/1012/2017); ROVIRA, Alfredo L., “Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades. Régimen de sociedad anónima simplificada”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 17/10/2016 (t. 2016-F, p. 515, cita online: AR/DOC/3074/2016); VERÓN, Alberto V., “La sociedad por acciones simplificada de la Ley 27349”, en *La*

efectos de introducir una herramienta útil para estructurar negocios. Entre sus tantas novedades, el artículo 48 permite acordar válidamente la prohibición a la transferencia de las acciones o de alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda el plazo máximo de diez años, prorrogable por acuerdo unánime de socios por hasta otros diez años más. En tal supuesto, al producirse el fallecimiento del socio titular de las acciones sobre las que pesa esta prohibición a la transferencia, se produce un enfrentamiento entre dos regímenes jurídicos claramente diferenciados. Por un lado, la libertad de contratación en el ámbito de la sociedad por acciones simplificadas; y por el otro, el orden público que rige en el derecho sucesorio.

Un capítulo aparte merece la prohibición de realizar pactos sobre herencias futuras establecido en el artículo 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCCN”) y la amplísima excepción introducida, por la cual se regula la posibilidad de realizar dichos pactos con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, en el caso de existir una explotación productiva o participaciones societarias de cualquier tipo.² La creación de nuevas alternativas jurídicas nos obliga, como observadores y operadores de derecho, a contrastar estas nuevas herramientas con los institutos conocidos hasta el momento con el objeto de construir los elementos que permitan un mejor desarrollo de las nuevas posibilidades disponibles. Se trata de la labor de insertar estas innovaciones de manera armoniosa en el entorno que las precede.

El eje central del presente trabajo radica en intentar identificar los recursos legales disponibles con el objeto de dar certidumbre a los socios de una sociedad por acciones simplificada –que incluye la prohibición de la transferencia de ciertas acciones– ante el fallecimiento del socio durante el plazo de vigencia de dicha restricción.

En primer lugar, realizaremos una breve descripción de las sociedades por acciones simplificadas, para luego llevar a cabo un análisis comparativo del régimen de transmisibilidad de las acciones de las sociedades por acciones simplificadas y de las sociedades anónimas. Ello nos permitirá ingresar en el terreno más específico de las limitaciones a la transferencia de acciones en el marco de las transferencias *mortis causa* y dentro de esta temática profundizar aún más en la incorporación de los herederos a la sociedad en caso de fallecimiento de un socio.

Luego, analizaremos los distintos escenarios posibles en caso de fallecimiento de un socio de una sociedad por acciones simplificada con cláusula de prohibición de transferir. Dentro de ese marco, nos preguntaremos si, ante el silencio del instrumento constitutivo de la sociedad por acciones simplificada, se aplica por analogía el régimen de las acciones de la sociedad anónima o de las cuotas de la sociedad de responsabilidad limitada, y acerca de la validez de las cláusulas del instrumento constitutivo referidas a la incorporación de herederos a las sociedades por acciones simplificadas.

Ley, Buenos Aires, La Ley, 25/4/2017 (t. 2017-B, p. 1018, cita online: AR/DOC/1027/2017); VíTOLO, Daniel R., “La sociedad anónima simplificada (SAS)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/10/2016 (t. 2016-E, p. 1134, cita online: AR/DOC/3076/2016).

2. Al respecto, ver FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h) y SPAGNOLO, Lucía, “Prevención de conflictos societarios en el Código Civil y Comercial. «Pactos de socios» y «pactos de protocolo»”, en AA. VV., *Cuestiones actuales y controvertidas de derecho societario, concursal y del consumidor*, Buenos Aires, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2017, pp. 401-406. [N. del E.: el lector podrá cfr. una versión digital de esta ponencia [aquí](#) {fuente: [web](#) de los autores} {última consulta: 18/10/2017}].

A continuación, desarrollaremos el uso del fideicomiso testamentario como vehículo jurídico para transmitir fiduciariamente los derechos políticos de las acciones propiedad del socio que luego fallece.

Por último, analizaremos si la inclusión del instituto de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales (*squeeze out*) en el instrumento constitutivo de las sociedades acciones simplificadas ofrece una alternativa o complemento para dar solución al caso bajo análisis.

2. Descripción de las sociedades por acciones simplificadas

El artículo 33 de la Ley 27349 crea un nuevo tipo societario no incluido en el régimen de la Ley 19550: la ley lo denomina sociedad por acciones simplificada. La propia normativa le fija sus características y alcances, sin perjuicio de aplicarse supletoriamente las disposiciones de la Ley 19550, en cuanto se concilien con la Ley 27349.³

La referencia a que la supletoriedad de las disposiciones de la Ley 19550 aplica “en cuanto se concilien con las de esta ley”⁴ otorga cierta complejidad a la cuestión, y no hace posible una aplicación supletoria automática. La organización jurídica interna de la sociedad por acciones simplificada se regula de forma supletoria por las normas de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 49, Ley 27349), como así también las pautas que regulan los deberes, obligaciones y responsabilidad de los administradores y representantes (art. 52, Ley 27349).

Es dable destacar que no se advierte que la Ley 19550 disponga aplicación supletoria de normas de la sociedad anónima para la sociedad de responsabilidad limitada ni tampoco dice que se aplica el CCCN en lo que concierne a la persona jurídica. Más allá que la Ley 27349 fue posterior a la vigencia del nuevo Código, el artículo 150, inciso a) de esta última dispone que las personas jurídicas privadas (la sociedad por acciones simplificada lo es) se rigen por las normas de la ley especial o, en su defecto, por normas del CCCN. Compartimos con Molina Sandoval la idea de que el criterio de aplicación normativo debe interpretarse conforme el siguiente orden de prelación:

- a) la Ley 27349;
- b) el instrumento constitutivo;
- c) supletoriamente, la Ley 19550⁵;
- d) en lo relacionado con “organización interna” y “órgano de administración”, las normas de la sociedad de responsabilidad limitada;
- e) si no lo regula la sociedad de responsabilidad limitada, debe determinarse si se pueden aplicar las normas de la sociedad anónima (por analogía) o directamente se debe abreviar la solución en los principios generales de la Ley 19550; y
- f) supletoriamente, el CCCN.⁶

3. VERÓN, Alberto V., ob. cit. (cfr. nota 1).

4. Refiere a la Ley 27349.

5. P. ej., en cuanto a las “acciones”, la Ley 27349 no remite expresamente a la Ley 19550, pero se puede interpretar que se aplican sus arts. 207-226.

6. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 1).

La sociedad por acciones simplificada cuenta con ciertos beneficios característicos tendientes a darle celeridad y dinamismo en su constitución y funcionamiento.⁷ Aunque la Ley 27349 es una ley especial que crea y regula este nuevo tipo societario de manera independiente, pretendiendo su autoabastecimiento en muchos aspectos, remite –como hemos dicho *supra*– a la aplicación de las normas de la Ley 19550.⁸

El dictado de la Ley 27349 no provino de un cambio legislativo impulsado por el derecho societario, sino como un recurso más en un paquete de promoción de la industria de los emprendedores (una ley que contempla líneas de créditos, la definición de un mecanismo para el acceso al mercado de capitales) a través de plataformas digitales, controladas por la Comisión Nacional de Valores, y la incorporación de la sociedad por acciones simplificada.⁹

Se ha dicho que este nuevo tipo societario consiste en un instituto jurídico y económico híbrido que está conformado –combinadamente– por instrumentos propios de las sociedades por acciones (en cuanto al capital que se divide en partes denominadas acciones, art. 40) y de las sociedades de responsabilidad limitada (en cuanto a la organización, gobierno y fiscalización, art. 49).¹⁰

La Ley 27349 buscó crear una estructura simple y de rápida puesta en funcionamiento con el fin de facilitar los emprendimientos de capital emprendedor.¹¹ La sociedad por acciones simplificada reitera algunas ventajas propias de la sociedad de responsabilidad limitada: no hay edictos para convocar a la reunión de socios, los administradores pueden durar en sus cargos en forma indefinida, no está sujeta al control de la Inspección General de Justicia ni deben presentar sus balances ante dicho organismo y pueden excluir a un socio por inconductas.

También reproduce ventajas de la sociedad anónima: la división del capital en acciones, que pueden ser de diversas clases y derechos, el mejor estatus comercial al poder optar contractualmente por crear un “presidente” del “directorio”, la confidencialidad sobre quiénes son sus dueños y el control del ingreso de socios, embargos y prendas sobre las acciones, ya que todo se anota en el libro de registro de acciones que lleva la propia sociedad (sin tener publicidad ante terceros), la ausencia de un límite a la cantidad de socios y que el capital social pueda ser superior a los diez millones sin quedar sujeta a la fiscalización permanente de la IGJ.¹²

7. Entre otros, resumimos los siguientes beneficios: a) objeto social amplio; b) puede ser unipersonal; c) capital mínimo de dos salarios básicos; d) obtener una CUIT o CDI en veinticuatro horas; e) sistemas de firma, libros y poderes digitales, f) distinta prima de emisión en misma clase de acciones; y g) apertura de cuenta bancaria de forma rápida y sencilla.

8. BENSEÑOR, Norberto R. y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Sociedades por acciones simplificadas. Un nuevo tipo social”, en AA. VV., *LXXIII Seminario teórico práctico Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2017, p. 35.

9. HERS, Liliana, ob. cit. (cfr. nota 1).

10. BENSEÑOR, Norberto R. y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., ob. cit. (cfr. nota 8), p. 37.

11. VÍTOLO, Daniel R., *Ley 27349 comentada. Apoyo al capital emprendedor. Sociedad por acciones simplificada (SAS). Cuadro comparativo con la Ley 19550 y el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2017, p. 24.

12. Ver FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “¿Cuál es el tipo social más adecuado para las PyMEs: la SRL, la sociedad anónima o la nueva «sociedad por acciones simplificada»?”, en *elDial.com. Biblioteca Jurídica Online*, Buenos Aires, Albremática, 12/6/2017 (cita online: DC2348).

En base al principio de la autonomía de la voluntad, en las sociedades por acciones simplificadas se da preponderancia a la libertad de creación de sociedades, su constitución y regulación contractual. En este contexto, los socios pueden establecer las funciones de los administradores y la forma de reunirse. Se pueden celebrar reuniones a distancia y citar a los administradores por medios electrónicos. También se permite la auto convocatoria del órgano de administración y de gobierno, siendo válidas las decisiones si cuenta, con quórum de la totalidad de los socios y el temario es aprobado por mayoría en el caso del órgano de administración y por unanimidad en el caso del órgano de gobierno.¹³

Sin perjuicio de la mencionada autonomía de la voluntad, el régimen de las sociedades por acciones simplificadas da un plexo normativo que se impone en forma imperativa en ciertas cuestiones consideradas necesarias; en el resto, las regula en forma supletoria o directamente no dice nada. De esta forma, los socios tienen libertad para redactar cláusulas especiales, las que darán un valor agregado a la sociedad o, alternativamente, pueden hacer uso de un estatuto tipo y así beneficiarse de la rapidez de la registración, resignando especificidad por rapidez.¹⁴

Compartimos la opinión de Benseñor en cuanto a que las sociedades por acciones simplificadas no están sometidas a fiscalización en ningún caso, ni siquiera cuando su capital supere los \$ 10 millones (art. 299 inc. 2, Ley 19550).¹⁵ De esta forma, se reabre el debate sobre la conveniencia de crear tipos societarios con normas imperativas o flexibles, en las que los socios pueden establecer las normas que regularán la vida societaria pudiendo negociar con mayor libertad el contrato plurilateral de organización.¹⁶

Vítolo, en su obra sobre la [Ley 27349](#) comentada, ha manifestado que la construcción de un tipo societario híbrido combinando elementos de las sociedades por cuotas sociales y de las sociedades por acciones es desaconsejable por los inconvenientes que pueden presentarse en materia de interpretación y aplicación de la ley y que por ello, sería aconsejable la búsqueda de alguna estructura que tenga como base a la sociedad anónima pero que flexibilice su constitución y operatividad, lo que se lograría con la incorporación al texto de la Ley 19550 del subtipo social de sociedad anónima cerrada;¹⁷ algo por lo que la doctrina ha venido bregando.¹⁸

Cabe destacar que el art. 2 del anexo A de la Resolución General IGJ [6/2017](#) (26/7/2017), que aprobó las normas de la Inspección General de Justicia relativas a las sociedades por acciones simplificadas, sobre este punto expresa en su art. 2: "Con respecto a la SAS esta Inspección General tendrá a su cargo exclusivamente funciones registrales. La SAS no estará sujeta a la fiscalización de esta autoridad de contralor durante su funcionamiento, disolución y liquidación, ni aún en los casos en que su capital social supere el previsto por el artículo 299 inc. 2, de la Ley General de Sociedades N° 19550 (t.o. 1984)". Por su parte, conforme al art. 46 del anexo A, las sociedades por acciones simplificadas no presentarán sus estados contables ante la IGJ, aun en el supuesto de quedar comprendida en el art. 299, inc. 2, de la [Ley 19550](#).

13. El art. 49 de la [Ley 27349](#), última parte, propone un avance en cuanto al régimen de autoconvocatoria, admitiendo para el órgano de administración la aprobación del temario por mayoría, flexibilizando incluso la propuesta del CCCN (este último, en su art. 158, inc. b, requiere unanimidad para el quórum y unanimidad para aprobar el temario).

14. DUPRAT, Diego A. J., ob. cit. (cfr. nota 1).

15. BENSEÑOR, Norberto R. y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., ob. cit. (cfr. nota 8), p. 39.

16. DUPRAT, Diego A. J., ob. cit. (cfr. nota 1).

17. VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 32.

18. Ver referencias y antecedentes también en VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 1).

Este nuevo tipo societario regulado por fuera de la Ley 19550 de características híbridas, con un capital fundacional irrisorio, donde los socios responden en forma limitada por las obligaciones sociales, sin exigencia de fiscalización operativa alguna, no parece ser la herramienta más apta para el logro del fin buscado.¹⁹ Es claro que ante una exigencia de un capital mínimo de dos salarios mínimos quedarán desprotegidos los consumidores, los trabajadores, los acreedores involuntarios o incidentales, es decir, quienes no cuentan con herramientas para buscar cobertura mediante garantías adicionales.

En la creación de este nuevo tipo societario se tuvieron en cuenta los antecedentes en el derecho comparado: la ley francesa de sociedad anónima simplificada, la ley colombiana de sociedad por acciones simplificada del año 2008, la ley mexicana de sociedades por acciones simplificada del año 2016 y la ley chilena de 2007.²⁰ En los Estados Unidos de América existen variadas formas de sociedades de responsabilidad limitada, entre las que se incluyen la *limited liability company* y la *limited liability partnership*. Estas constituyen formas contractuales libres y abiertas a la autonomía de la voluntad, admitiendo que las mismas sean unipersonales. Es más, dichas formas ilustran cómo la libertad de formas en el derecho societario es más receptiva cuando se trata de sociedades cerradas o de familia, para reservar la sociedad por acciones fundamentalmente –aunque no exclusivamente– para las sociedades abiertas.²¹

3. Transmisión de acciones en la sociedad anónima y en la sociedad por acciones simplificadas

3.1. El régimen de la transmisión de acciones en las sociedades por acciones simplificadas

El régimen de transferencia de las acciones en las sociedades por acciones simplificadas está regulado en el artículo 48 de la Ley 27349:

Transferencia. La forma de negociación o transferencia de acciones será la prevista por el instrumento constitutivo, en el cual se podrá requerir que toda transferencia de acciones o de alguna clase de ellas cuente con la previa autorización de la reunión de socios. En caso de omisión de su tratamiento en el instrumento constitutivo, toda transferencia de acciones deberá ser notificada a la sociedad e inscrita en el respectivo Libro de Registro de Acciones a los fines de su oponibilidad respecto de terceros.

El instrumento constitutivo podrá estipular la prohibición de la transferencia de las acciones o de alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del plazo máximo de diez (10) años, contados a partir de la emisión. Este plazo podrá ser prorrogado por periodos adicionales no mayores de diez (10) años, siempre que la respectiva decisión se adopte por el voto favorable de la totalidad del capital social.

19. VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 33.

20. VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 25.

21. ROVIRA, Alfredo L., ob. cit. (cfr. nota 1).

Las restricciones o prohibiciones a las que están sujetas las acciones deberán registrarse en el Libro de Registro de Acciones. En las acciones cartulares deberán transcribirse, además, en los correspondientes títulos accionarios. Tratándose de acciones escriturales, dichas restricciones deberán constar en los comprobantes que se emitan.

Toda negociación o transferencia de acciones que no se ajuste a lo previsto en el instrumento constitutivo es de ningún valor.

Del análisis comparativo de este artículo con el artículo 214 de la Ley 19550 –que trata lo referente a la transferencia de las acciones en la sociedad anónima– se desprende que existe una importante diferencia entre la regulación del régimen de transferencia de acciones de las sociedades anónimas y las sociedades por acciones simplificadas: la potestad de prever en el instrumento constitutivo de las sociedades por acciones simplificadas restricciones a la libre transferencia y circulación de las acciones, inclusive prohibir dichas operaciones.

Con buen criterio, la norma dispone que la vigencia de la restricción no puede exceder los diez años, contados a partir de la emisión. La norma permite que este plazo máximo pueda ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de diez años, con la única exigencia que esta decisión sea adoptada por la totalidad del capital social. Destacamos que esta expresa autorización a prorrogar el plazo máximo no se encuentra previsto, por ejemplo, en los casos de dominio revocable sujeto a condición resolutoria y de indivisión de la herencia impuesta por el testador (arts. 1965 y 2330 CCCN).

Como regla general, el artículo 48 de la Ley 27349 señala que la forma de transferencia o negociación de las acciones se regirá por lo dispuesto en el instrumento constitutivo, en el cual se podrá requerir que toda transferencia de acciones o de alguna clase de ellas cuente con la previa autorización de la reunión de socios. Ahora bien, apartándose de las disposiciones contenidas en la Ley 19550 en sus artículos 153 y 214, en el caso de las sociedades por acciones simplificadas el instrumento constitutivo podrá prohibir la transferencia de las acciones o de alguna de sus clases, siempre que el plazo de la restricción no exceda los diez años, contados a partir de la emisión. Este plazo podrá ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de diez años, siempre que la decisión se adopte por el voto favorable de la totalidad del capital social. En esto, la Ley 27349 ha seguido a la legislación francesa, al igual que lo ha hecho la legislación colombiana.²²

3.2. Régimen general de transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas

Todo lo referente a la transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas está regulado en el artículo 214 de la Ley 19550, el cual establece:

La transmisión de las acciones es libre. El estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de su transferencia.

22. VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 11), pp. 208/9.

La limitación deberá constar en el título o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos.

Desde un punto de vista historicista, se podría decir que la génesis de las acciones que representan el capital social de una sociedad anónima fue crear instrumentos que tengan una ágil circulación. De allí que la figura y la estructura de la sociedad anónima fuera concebida por el legislador como el modelo jurídico aplicable a la gran empresa industrial o de servicios. Empero, se ha adoptado a la sociedad anónima junto con la sociedad de responsabilidad limitada como los tipos societarios bajo los cuales se han llevado a cabo emprendimientos de envergadura mediana o pequeña, y en los que originariamente la acción no está concebida como un modo de circulación del capital sino más bien como una fracción de participación en dicho emprendimiento.²³

En el ámbito de la sociedad anónima, la circulación de la acción es una característica esencial y un rasgo tipificante de este tipo de sociedades. Como principio general, la transmisión de las acciones es libre, es decir, exenta de conformidades de los restantes accionistas u órganos de la sociedad. No obstante, tratándose de acciones nominativas o escriturales, se pueden imponer restricciones a su transmisibilidad, siempre que las restricciones no importen prohibir su transferencia.²⁴

La doctrina ha aceptado la validez de las cláusulas limitativas a la transferencia de las acciones de las sociedades anónimas, pese al principio teórico de la transmisibilidad fundado en la naturaleza *intuitu pecuniae* y no *intuitu personae* de este tipo societario.²⁵ El fundamento de permitir la limitación a la transferencia de las acciones de la sociedad anónima está dado para preservar las características de las sociedades anónimas llamadas cerradas, donde no permitir cierta limitación a la transferencia puede alterar la hegemonía en la conducción de la sociedad que fue concebida a su constitución o, al decir del profesor Halperin,²⁶ evitar el ingreso de accionistas con interés contrario.

Es dable destacar que, con el objeto de mantener la validez de las cláusulas de limitación a la transmisión de las acciones de las sociedades anónimas, es necesario que las mismas no impongan tantos obstáculos que en los hechos impidan la circulación de los títulos. Tampoco puede estar subordinada la transferencia de las acciones a la conformidad de determinados sujetos (ya sea los restantes accionistas o los órganos de gobierno o administración de la sociedad) si la decisión de los mismos resulta arbitraria, basada en la sola voluntad de ellos. Ello por cuanto, en esas hipótesis, constituiría un claro ejercicio abusivo de las facultades estatutarias, desviado del fin para el cual fueron otorgadas, y fulminado por lo dispuesto en el artículo 1071 del Código Civil (CCIV) – hoy artículo 10 CCCN–.²⁷

23. VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 207.

24. NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades comentada*, t. 3, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2017, p. 26.

25. Ver: GAGLIARDO, Mariano, “Restricciones a la libre transmisión de acciones”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, N° 78 (t. 1980, pp. 685-696); HALPERIN, Isaac, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 285 y ss.; ZALDÍVAR, Enrique y otros, *Cuadernos de derecho societario*, t. 3, Buenos Aires, Macchi, 1973, p. 228; y

26. HALPERIN, Isaac, ob. cit. (cfr. nota 25), p. 287. Ver, asimismo, CAPUTO, Francisco A., “Sociedades de componentes. Limitación a la transmisibilidad de acciones”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, t. 3 (1990-1991), pp. 292-296 (comentario a CNCom., Sala C, 30/11/1989, “Pérez, Manuel c/ Transporte del Tejar SA”).

27. NISSEN, Ricardo A., ob. cit. (cfr. nota 24), p. 27.

La ley es clara en cuanto a que las cláusulas que limitan la circulación de las acciones son inoponibles a los terceros si estas no constan en el título. Ello a fin de otorgar publicidad a las acciones con el objeto de evitar que el tercero de buena fe pueda ser sorprendido si se declara nula la adquisición de las acciones en base a la falta de cumplimiento del procedimiento previsto por el estatuto para la transferencia de las acciones. En mérito de ello, se recomienda incorporar en el estatuto la cláusula de limitación de transferencia de las acciones, pues de esta forma los terceros no pueden desconocer su existencia.²⁸

3.3. Limitación a la transferencia de acciones de sociedades anónimas y las transmisiones por causa de fallecimiento de un accionista

En relación con el eje central del presente artículo, corresponde ahora analizar el régimen de la limitación a la transferencia de acciones de sociedades anónimas y los efectos que se producen respecto a las transmisiones por causa de fallecimiento de un accionista.

El profesor Nissen ha dicho que la posibilidad de restringir estatutariamente la libre circulación de acciones nominativas o escriturales no queda circunscripta a las transferencias entre vivos, pues el artículo 214 de la [Ley 19550](#) no impone semejante limitación. Ni la doctrina nacional ni la extranjera han limitado la posibilidad de restringir la circulación de las acciones a los actos entre vivos.²⁹ No obstante, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la Inspección General de Justicia le negó a la sociedad El Chañar SA la inscripción de una cláusula estatutaria que otorgaba a los accionistas supervivientes o a la sociedad el derecho de preferencia para la adquisición de las acciones de las que era titular el accionista fallecido. La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó dicha negativa de inscripción de la Inspección General de Justicia y dispuso que debían respetarse los límites del ejercicio de tal procedimiento, y si no se ejercita tal derecho en un plazo establecido, el heredero o el legatario deberá ser reconocido como accionista. En dicho fallo, la Cámara agregó que no existen obstáculos para admitir cláusulas como las descriptas siempre que el precio a abonar por las acciones sea justo.³⁰

Esta limitación a las transmisiones *mortis causa* en forma alguna priva a los herederos del causante de bienes que le perteneciera en vida, sino que solo se liquida su participación accionaria y se asegura a los herederos que recibirán el valor real de las acciones, calculado a la muerte del causante.

En el ámbito del derecho español, el Real Decreto Legislativo 1564/1989 consagraba expresamente la posibilidad de restringir la circulación de acciones de una sociedad anónima ante la transferencia *mortis causa*.³¹

28. Ver el voto del juez Anaya en CNCom., Sala C, 22/9/1982, "Sánchez, Carlos J. c/ Banco Avellaneda SA y otros" (*La Ley*, t. 1983-B, p. 256; *Jurisprudencia Argentina*, t. 1982-IV, p. 642), en el que se resuelve la validez de los pactos de sindicación de acciones pero su inoponibilidad frente a la sociedad y a los terceros.

29. NISSEN, Ricardo A., ob. cit. (cfr. nota 24), p. 29.

30. Ver Resolución IGJ XXXX (30/3/1993), expediente 477.077/38.697; y CNCom., Sala B, 27/10/1993, "El Chañar SA" (*El Derecho*, t. 157, p. 424; *La Ley*, t. 1994-D, p. 275; *Doctrina Judicial*, t. 1994-2, p. 888, cita online: AR/JUR/782/1993).

31. Art. 64, Real Decreto Legislativo 1564/1989 (del 22/12/1989, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951): "1. Las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones sólo serán

3.4. La injerencia del artículo 1010 en relación a la limitación a las transmisiones de acciones *mortis causa*

Entendemos que en el marco del artículo 1010 CCCN este debate doctrinario y jurisprudencial ha quedado superado en razón de que dicho artículo expresamente autoriza los pactos sobre herencia futura en relación con participaciones en sociedades. Dicho artículo reza:

Artículo 1010. Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte del futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

El nuevo Código mantiene el principio general de la prohibición de pactos sobre herencia futura.³² El contrato de herencia futura es una estipulación sobre un derecho futuro.³³ La prohibición férrea que regulaba el CCIV, aunque mantiene la regla general, se ha visto morigerada con la incorporación de excepciones, haciendo posible algunos contratos sobre herencia futura.

Si bien no es el tema medular de este trabajo, mencionamos someramente los diversos pactos sobre herencia futura:³⁴

- a) *Pacto dispositivo*. Son contratos que realizan los futuros herederos con terceros, por los cuales disponen contractualmente de bienes que eventualmente pudieran corresponderle al contratante a la muerte del causante. Están prohibidos por el artículo 1010, sean sobre la herencia o sobre un bien determinado.
- b) *Pacto institutivo*. Pacto por el cual el futuro causante instituye contractualmente a alguien como heredero o legatario. Se prohíbe este pacto en razón de la prohibición de testamentos recíprocos (art. 2465, 2º párrafo, CCCN)³⁵ y además por el hecho de que la institución hereditaria solo puede ser hecha por testamento conforme el artículo 2484 CCCN. En esto se distingue el contrato sobre herencia

aplicables a las adquisiciones por causa de muerte, cuando así lo establezcan expresamente los propios estatutos. En este supuesto, para rechazar la inscripción de la transmisión en el libro de registro de acciones nominativas, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor real en el momento en que se solicitó su inscripción, de acuerdo con lo previsto por el artículo 75...”

32. Herencia futura es aquella no deferida que todavía no tiene causante. En este contrato quien supuestamente será llamado a suceder no tiene todavía ningún derecho porque aún subsiste el causante por no haber fallecido.

33. SPOTA, Alberto G. (y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. [actualizador]), *Contratos. Instituciones de derecho civil*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 680.

34. Ver LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., [comentario al art. 1010], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 5, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016, pp. 334-343.

35. RIVERA, Julio C., [comentario al art. 1010], en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2014, pp. 514-515.

futura del acto unilateral que es el testamento. El testamento es un acto de última voluntad, de tal modo que, si alguien otorga su testamento, al día siguiente puede revocarlo por otro testamento, y el que tiene eficacia es el último, en cuanto no resulten contradictorios esos actos jurídicos porque el testamento posterior revoca el anterior en la medida en que resulte incompatible con este otro (art. 2513 CCCN).³⁶

- c) *Pacto renunciativo*. Contrato por el cual el futuro heredero o legatario abdica de los derechos que pudieran corresponderle en una herencia futura. Está prohibido por la misma razón que el pacto institutivo: porque la herencia no está deferida. El nuevo Código ratifica la prohibición de la renuncia a la herencia futura en el artículo 2286.

La falta de una regulación que armonice el derecho sucesorio con la realidad de las empresas familiares o cerradas ha impedido en oportunidades planificar a largo plazo por los conflictos personales que con frecuencia acompañan a las cuestiones hereditarias.³⁷

Conforme al artículo 1010 CCCN, se autorizan estos pactos entre el causante y futuros herederos, o terceros, o entre futuros herederos, cuando se busca mantener las explotaciones productivas o participaciones societarias, conservando la unidad de gestión empresarial como prevención o solución de conflictos eventuales.³⁸ Sobre este tipo de cuestiones, la jurisprudencia ha dicho:

- i) No constituye pacto sobre herencia futura el convenio por el cual se posterga la exigibilidad de una deuda hasta la muerte de un tercero de la que el deudor es heredero presunto, pues en tales términos el mismo constituye un supuesto de “cláusula de pago a mejor fortuna”.³⁹
- ii) La estipulación contenida en el contrato social sobre división de utilidades, en caso de fallecimiento de un socio, no puede considerarse una donación o una promesa de donación o un contrato sobre herencia futura.⁴⁰

4. Acerca de la razonabilidad del plazo de diez años

Corresponde analizar la razonabilidad del plazo máximo de diez años que fija el artículo 48 de la Ley 27349 para prohibir la transmisión de acciones de las sociedades por acciones simplificadas.⁴¹ En nuestra opinión, dicho plazo máximo de diez años es razonable

36. Respecto del art. 3828 CCIV, ver SPOTA, Alberto G. (y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. [actualizador]), ob. cit. (cfr. nota 33), p. 675.

37. Ver BENAVENTE, María I., “El objeto del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, suplemento especial “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos”, febrero 2015, p. 109 (cita online: AR/DOC/390/2015); también publicado en STIGLITZ, Rubén (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, t. 1, Buenos Aires, *La Ley-Thomson Reuters*, 2015, pp. 189-202.

38. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit. (cfr. nota 34).

39. SCJ de Buenos Aires, 9/8/1966, “Calvo Vega, Vicente L. c/ Zuazo, Eduardo A.” (*El Derecho*, t. 16, 1966, pp. 682-683).

40. CNCom., Sala B, 15/7/1964, “Buscaglia de Soubie, Beatriz c/ Buscaglia, Juan e Hijos SRL” (*El Derecho*, t. 12, 1965, pp. 220-223).

41. El art. 48 de la Ley 27349 mencionado introduce una novedad en relación con los diez años que propone el CCCN en otros supuestos, ya que establece que “este plazo podrá ser prorrogado por períodos adicionales no

al estar en sintonía con los diferentes plazos que fija el nuevo Código en los casos de restricciones a los derechos en ciertas relaciones jurídicas. A continuación resumimos brevemente los distintos supuestos en los cuales el Código Civil y Comercial ha optado por fijar un plazo máximo de diez años:

- Condiciones resolutorias impuestas al dominio (art. 1965).
- Cláusulas de inenajenabilidad (art. 1972).
- Suspensión a la partición del condominio (art. 2000).
- Plazo de creación de créditos en hipotecas abiertas (art. 2189).
- Indivisión impuesta por el testador (art. 2330).
- Pacto de indivisión acordado por los herederos (art. 2331).
- Improcedencia de acción de reducción por donación inoficiosa (art. 2459).

5. La incorporación de herederos en las sociedades según los tipos societarios bajo la Ley 19550

Si bien el punto medular del presente trabajo radica en analizar los efectos del fallecimiento del socio de una sociedad por acciones simplificada sobre la que pesa una prohibición de transferencia de sus acciones, en el presente capítulo realizaremos un breve desarrollo sobre la incorporación de los herederos en caso de fallecimiento del socio en las sociedades colectiva, comandita simple, capital e industrial, en participación, sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada.

Mucho se ha escrito sobre esta cuestión.⁴² El fallecimiento de un socio produce diversos efectos, que dependen principalmente del tipo social del que se trate y de la cantidad de socios. Los efectos pueden ser:

- a) la resolución parcial del contrato con reducción del capital;

mayores de diez (10) años, siempre que la respectiva decisión se adopte por el voto favorable de la totalidad del capital social”.

42. A) Se recomienda especialmente la lectura del exhaustivo trabajo publicado por FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “La incorporación de los herederos del socio fallecido en las sociedades comerciales”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 293, 2012 (t. 24). [N. del E.: acceda a una versión digital del ensayo [aquí](#) {fuente: [web](#) de los autores} {última consulta: 19/10/2017}].

B) Asimismo, se recomienda ver, en la obra dirigida por Favier Dubois, Eduardo M. (h), *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993; ACQUARONE, María T., “Pactos de incorporación y exclusión de herederos”, p. 123; CÁMARA, Héctor, “Efectos de la muerte del socio sobre la sociedad comercial”, pp. 17-28; CESARETTI, Oscar D., “Convenios de incorporación de herederos”, p. 117.; NISSEN, Ricardo A., “Incorporación y exclusión de herederos”, p. 91; VÍTOLO, Daniel R., “La situación de los herederos en la SRL”, p. 161.

C) Ver también, en AA. VV., *X Congreso Argentino de Derecho Societario. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. 1, Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa, 2007; FRIDMAN, Susana A., “La autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato social”, pp. 253 y ss.; RICHARD, Efraín H., “Libertad asociativa y autonomía estatutaria”, pp. 327 y ss.; TOM, Walter R., “El nuevo régimen societario argentino debe permitir la libertad asociativa, respetando la autonomía de la voluntad”, pp. 341 y ss.

D) Finalmente, se sugiere ver también: FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Cláusulas de limitación a la transmisibilidad de las acciones”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, agosto 1989 (t. 2, pp. 248 y ss.); FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Limitaciones a la transmisibilidad de las acciones”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Transferencias y negocios sobre acciones*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pp. 153-160; SKIARSKI, Enrique M., “Retiro y fallecimiento de socios en las sociedades no constituidas regularmente”, en *Doctrina Tributaria*, Buenos Aires, Errepar, N° 338, mayo 2008 (t. 29, pp. 432-437); ZUNINO, Jorge O., *Disolución y liquidación*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 59.

- b) la disolución de la sociedad⁴³ por pérdida de la pluralidad de socios, si la misma no se transforma en sociedad anónima unipersonal, o, si no recompone la pluralidad en el término de tres meses, siempre que se tome la postura que entiende que la unipersonalidad sobreviniente es causal de disolución, en virtud de lo dispuesto por el artículo 163 inciso g) del CCCN y sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 94 bis de la Ley 19550, incorporado por la Ley 26994⁴⁴ para los tipos societarios que el artículo menciona;
- c) distintos escenarios respecto a los herederos.

Con respecto al punto (c) precedente, es habitual la incorporación de cláusulas que regulen la incorporación (o no) de herederos en la sociedad, prevean opciones de compra y venta recíprocas (con la inclusión del modo de valuar y abonar la participación social del causante a sus sucesores), incluyan derechos de preferencia en la compra de acciones, limitaciones a la transferencia de partes sociales, cuotas o acciones, etc. Otra cuestión compleja es determinar el momento desde el que el heredero está facultado para ejercer ciertos derechos del socio (v.gr., votar en las asambleas, impugnar decisiones asamblearias, etc.).

La cuestión a dirimir es si tales derechos se ejercen desde el momento del fallecimiento o debe verificarse una tramitación posterior para que accedan a tal legitimación.⁴⁵ También debe considerarse la situación del cónyuge del socio fallecido, quien recibe los bienes del causante como heredero (respecto de los bienes propios) y como copartícipe de la comunidad de bienes (respecto de los bienes gananciales).⁴⁶

Lamentablemente, la Ley 19550 no ha tratado el tema para cada tipo societario en forma detallada, sino que solo ha incluido ciertas normas aisladas respecto a algunos de los tipos sociales. A continuación, resumimos los principales puntos según los tipos societarios bajo la Ley 19550:

- a) **Sociedad anónima.** A falta de limitación contractual, el heredero ingresa como accionista sin resolución parcial alguna de la sociedad anónima.
- b) **Sociedad de responsabilidad limitada.** Conforme el artículo 155 de la Ley 19550, si el contrato social regula la incorporación de los herederos del socio, dicho pacto

43. Ver: DI CASTELNUOVO, Franco y FERNÁNDEZ COSSINI, Elda, “En torno a la unipersonalidad y las sociedades no constituidas según los tipos previstos y otros supuestos. Panorama actual” [online], en *Revista del Notariado*, N° 927, 2017; NISSEN, Ricardo A., “Debe limitarse la constitución y actuación de las sociedades unipersonales incorporadas a nuestra legislación a las «sociedades anónimas unipersonales»”, en Boquin, G., Nissen, R. A. y Vítolo, R. A. (dirs.), *Los aspectos empresarios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, Buenos Aires, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2015, pp. 36-37; RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Personas jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, N° 920, 2016.

44. El art. 94 bis de la Ley 19550 dispone: “La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres (3) meses”.

45. El desarrollo de esta temática excede el alcance del presente trabajo y, por ende, remitimos al excelente trabajo de BARREIRO, Marcelo G., “El ejercicio de los derechos del accionista en ocasión de su muerte”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 349, diciembre 2016, p. 1267.

46. Sobre la discusión en cuanto al carácter ganancial o propio de las reservas y demás resultados acumulados, ver FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “La financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 7/6/2010 (t. 2010-C, pp. 1225 y ss; cita online: AR/DOC/4597/2010).

será obligatorio para éstos y para los socios. Sin perjuicio de ello, la norma permite al heredero enajenar las cuotas, y si hubiera limitaciones contractuales, solo podrá hacerlo durante los primeros tres meses desde la incorporación, pudiendo ejercer los socios o la sociedad un derecho de opción por el mismo precio.

En caso de falta de previsión contractual, se discute en doctrina si el heredero igualmente ingresa a la sociedad (como en la sociedad anónima) o si no ingresa y se resuelve parcialmente el contrato (como en las sociedades de interés). El debate surge de las contradictorias interpretaciones “*contrario sensu*” de los artículos 89 y 155, ya que como el primero no menciona a la sociedad de responsabilidad limitada, no habría en ella resolución parcial, pero como el segundo exige pacto expreso para la incorporación, la falta de pacto obstaría a la incorporación resolviendo el contrato.

Algunos autores niegan la incorporación de los herederos porque consideran que debe primar la interpretación “*contrario sensu*” del artículo 155 y preservarse el “*affectio societatis*” existente.⁴⁷ Otros entienden que, por aplicación del principio general de libre transmisibilidad de las cuotas (art. 152), por tratarse de un tipo menos personalista y para evitar el conflicto y mantener el normal funcionamiento de la sociedad, el heredero debe ingresar.⁴⁸ Cierta parte de la doctrina ha dicho que, a falta de pacto, debe tratarse por analogía a la sociedad anónima.⁴⁹

- c) **Sociedad colectiva, en comandita simple, de capital e industria y en participación.** El artículo 90, primer párrafo, de la Ley 19550 establece que la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato en las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación. Empero, en su segundo párrafo permite el pacto de continuación con los herederos en la sociedad colectiva y en la comandita simple.

6. Efectos ante el fallecimiento de un socio de una sociedad por acciones simplificada con prohibición de transferencia

6.1. ¿Aplicación por analogía del régimen de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada?

Pasaremos a analizar el caso donde en el instrumento constitutivo de una sociedad por acciones simplificada se hubiera incluido, por ejemplo, una cláusula del siguiente tenor: “El titular de las acciones Clase B no podrá transferir sus acciones Clase B, por ningún título, durante el plazo de diez años a contar de la fecha de emisión de las acciones Clase B” (art. 48, Ley 27349).

En caso de fallecimiento del titular de las acciones Clase B, dado que la Ley 27349 nada prevé sobre los efectos jurídicos que se producen ante el deceso de un socio y que, en el ejemplo propuesto, el instrumento constitutivo tampoco regula la cuestión, nos

47. NISSEN, Ricardo, ob. cit. (cfr. nota 42), p. 91.

48. CESARETTI, Oscar, ob. cit. (cfr. nota 42), p. 117; VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 42), p. 161.

49. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), ob. cit. (cfr. nota 42).

vemos en la obligación de analizar si aplicará, por analogía, el régimen que prevé la *Ley 19550* para las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

El artículo 49 de la *Ley 27349* establece que los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización funcionarán de conformidad con las normas previstas en dicha ley, en el instrumento constitutivo y, supletoriamente, por las de la sociedad de responsabilidad limitada. Por su parte, el artículo 33 de la *Ley 27349* prevé que supletoriamente serán de aplicación las disposiciones de la *Ley 19550*, en cuanto se concilien con las de la *Ley 27349*. Por su parte, el artículo 40 de la *Ley 27349* dispone que el capital social se dividirá en partes denominadas acciones. Es decir, la *Ley 27349* solo remite a la aplicación supletoria a la sociedad de responsabilidad limitada para el funcionamiento de los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización, pero nada dice respecto a la aplicación supletoria del régimen de creación y transmisión de las cuotas sociales que la *Ley 19550* prevé para este tipo societario.

En nuestra opinión, por aplicación del artículo 33 de la *Ley 27349* (remite genéricamente a la *Ley 19550*) y del artículo 40 de la *Ley 27349* (dispone que el capital se divide en acciones), el régimen supletorio ante el fallecimiento de un socio de una sociedad por acciones simplificada debe ser el de la sociedad anónima. En mérito de ello, al producirse el fallecimiento, los herederos del causante se incorporarán como socios de la sociedad por acciones simplificada, con los mismos derechos y obligaciones que tenía el causante, como sucesores universales en los términos del artículo 400 del Código Civil y Comercial.

En razón de que los herederos son sujetos pasivos de las obligaciones vinculadas a los bienes que reciben del causante, entendemos que –siguiendo el ejemplo propuesto– si el fallecimiento se produce dentro de los diez años de vigencia de la prohibición de transferir las acciones, esta prohibición se mantendrá vigente en cabeza de los herederos hasta que se cumpla el plazo de diez años previsto contractualmente.

6.2. Validez de cláusulas sobre incorporación de herederos en el instrumento constitutivo de las sociedades por acciones simplificadas

Se admite pacíficamente en la doctrina que los socios de sociedades comerciales pueden prever en los contratos sociales cláusulas con el objeto de prever, entre otras cuestiones, limitaciones a la transferencia, el modo de valuar y pagar la parte del causante, y la exclusión o incorporación herederos y/o cónyuges. Sobre esta temática, el profesor Richard distingue tres tipos de normas legales organizativas: a) imperativas, b) dispositivas y c) interpretativas, destacando que solo las primeras imponen límites a la autonomía de la voluntad de los socios. Este autor también sostiene que las normas imperativas “implícitas” deben interpretarse restrictivamente.⁵⁰ Los socios poseen la facultad de introducir tales cláusulas, sea en el momento fundacional o con posterioridad por vía de la reforma del estatuto y con las mayorías correspondientes.⁵¹

50. RICHARD, Efraín H., ob. cit. (cfr. nota 42), p. 330.

51. FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/8/2010 (t. 2010-E, p. 675; cita online: AR/DOC/5412/2010).

Se listan a continuación ejemplos de posibles cláusulas que obligan a los herederos:

- a) detallar pautas para fijar el valor de la participación social del socio fallecido;
- b) incorporación de herederos, con o sin unificación de personería (art. 209 de la [Ley 19550](#));
- c) incorporación de herederos sometiendo las acciones a indivisión forzosa por el plazo máximo de diez años;
- d) incorporación (o no) de cónyuge supérstite en caso de adjudicación de partes sociales en la liquidación de la comunidad ganancial.

Compartimos la opinión de Acquarone en el sentido de que estas cláusulas permiten, en algunos casos, programar la sucesión sin afectar las reglas de los pactos sobre herencia futura.⁵²

Dado que la doctrina ha permitido pacíficamente la utilización de este tipo de cláusulas para los tipos societarios de la Ley 19550, entendemos que sin dudas estas previsiones pueden incorporarse libremente en el instrumento constitutivo de las sociedades por acciones simplificadas, a la luz de la libertad de contratación que predomina en este nuevo tipo societario. Ello es así máxime cuando el artículo 48 de la Ley 27349 permite exigir que toda transferencia de acciones cuente con la previa autorización de los socios y también incluir la prohibición a la transferencia de las acciones (no pudiendo exceder los diez años contados desde la emisión de las acciones).

6.3. Cláusulas estatutarias que regulen el fallecimiento del socio con prohibición de transferencia de sus acciones

Tal como afirmamos en el punto precedente, es válido prever en el instrumento constitutivo de las sociedades por acciones simplificadas cláusulas tendientes a regular qué sucede en caso de fallecimiento de un socio. La cuestión a analizar en este punto es cómo regular en el supuesto de que se produzca el fallecimiento del socio –con cláusula de prohibición de transferencia de las acciones– durante el plazo de vigencia de dicha restricción.

Si el instrumento constitutivo prevé el tratamiento en detalle de las consecuencias ante el fallecimiento del socio, conforme la libertad de estructura orgánica de las sociedades por acciones simplificadas, debería en primer lugar estarse a lo estipulado por los socios en el instrumento constitutivo. Solo se recurriría a la [Ley 27349](#), a la [Ley 19550](#) o al Código Civil y Comercial en caso de silencio o ambigüedad en lo estipulado en el instrumento constitutivo.⁵³

Regular respecto de derechos que surtirán efecto luego del fallecimiento de una persona es adentrarnos en el campo de los “contratos sobre herencia futura”. La regla es que este tipo de contratos no son válidos, previendo el nuevo Código algunas pocas

52. ACQUARONE, María T., ob. cit. (cfr. nota 42), p. 123.

53. Entendemos que a la luz de la prelación normativa que fija el art. 150 CCCN, en primer lugar debería aplicarse el microsistema jurídico de las SAS, luego el subsistema de la Ley 19550 y en tercer lugar el CCCN. El art. 150 CCCN dispone: “Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título...”

excepciones como por ejemplo la regulada en el segundo párrafo del artículo 1010 del nuevo Código, sobre convenciones respecto a participaciones. Dicha convención (es decir, aquella que versa sobre qué sucedería con las acciones que incluyen una prohibición a su transferencia ante el fallecimiento de su titular) se encuentra dentro de la categoría de contratos sobre herencia futura. Por tal razón, a la luz del referido artículo 1010, entendemos que estos pactos son válidos.

Al ser la prohibición a la transferencia una de las grandes novedades en materia societaria de la Ley 27349 entendemos conveniente analizar esta cuestión a fin de anticipar desde la doctrina una opinión sobre cómo deberían interpretarse las normas y cláusulas en danza, pensando desde el punto de vista del interés de las partes en juego.

Con el objeto de realizar este análisis, imaginemos una sociedad por acciones simplificada de dos socios donde uno aporta el dinero (socio A) y el otro aporta su conocimiento (socio B), en la cual se incluye en el instrumento constitutivo una cláusula que prohíbe al socio B transferir sus acciones por diez años. El socio B está casado y tiene un hijo de veinte años. Si fuéramos a asesorar al socio A es posible que busquemos un mecanismo por el cual ante el fallecimiento del socio B –dentro del plazo de diez años–, el objetivo del socio A sea que no se incorporen los herederos de B en la sociedad, pero tampoco que el socio A (ni la sociedad) tenga la obligación de comprar las acciones a los herederos del socio B.

Sería una alternativa recomendable incluir en los instrumentos constitutivos una cláusula que disponga que al fallecer el socio B se transfieran a un fideicomiso de administración los derechos políticos sobre las acciones del socio B. Bajo este escenario, los herederos legales y/o instituidos por testamento solo recibirán los derechos económicos respecto a las acciones del socio B con prohibición a la transferencia, con cláusula de indivisión y prohibición de enajenar durante el plazo que reste el período de prohibición de transferencia de las acciones.

El contrato de fideicomiso debería prever que el fiduciario ejercerá el derecho de voto de las acciones del socio B en la misma forma que vote la mayoría de los demás accionistas. El plazo de dicho fideicomiso será por el plazo que reste el período de prohibición de transferencia de las acciones del socio B. También podría preverse otro plazo distinto, hasta el plazo máximo de 30 años que prevé el artículo 1668 del CCCN. Al vencimiento del plazo del fideicomiso se consolida el dominio de las acciones del socio B en los herederos.

Con el objeto de proteger a los herederos frente al potencial ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de los demás accionistas⁵⁴, podría preverse en el contrato de fideicomiso que, para ciertas decisiones relevantes, el fiduciario deberá votar en base a las instrucciones que le otorguen los herederos propietarios de las acciones del socio clase B fallecido (por ejemplo, disolución, aumento de capital, fusión, escisión, trans-

54. Ello sin perjuicio del derecho que les otorga a los herederos, en caso de ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de los demás accionistas, el art. 10 CCCN: “Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

formación, etc.). Entendemos que sería conveniente que, al momento de firmarse el instrumento constitutivo, el cónyuge del socio B preste el asentimiento prescripto por el artículo 470 del CCCN respecto a la transferencia fiduciaria de los derechos políticos de las acciones del socio B a favor del fideicomiso de administración.⁵⁵ También sería conveniente que presten conformidad los herederos del socio, en el caso de que sean mayores y capaces.

A la luz de la confidencialidad que usualmente tienen estos asuntos, quizás sea recomendable regular este nivel de detalle del fideicomiso de administración sobre los derechos políticos de las acciones en un convenio de accionistas (y no en el instrumento constitutivo). Se debe tener presente que las previsiones del convenio de accionistas serán inoponibles a los terceros contratantes de buena fe y a la sociedad.

7. Uso del fideicomiso testamentario para separar los derechos políticos de las acciones

Al tratarse de derechos que surtirán efectos luego de la muerte del socio, una alternativa es que la separación de los derechos económicos y políticos de las acciones sea dispuesta por el socio utilizando la figura del fideicomiso testamentario.

A través del fideicomiso testamentario, el fiduciante designa a un fiduciario para que, a la muerte del causante, reciba todo o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos a ciertas finalidades, en beneficio de una o más personas. Al concluir el fideicomiso, los bienes deben ser transmitidos a quien se hubiese designado en el testamento, o bien a quien supletoriamente indique la ley.

En el ejemplo bajo análisis, los bienes fideicomitados comprenden los derechos políticos de las acciones que el socio B es titular.

Los fideicomisos suelen clasificarse teniendo en cuenta el objeto-fin: de administración o de garantía. También se los clasifica por la titulización: el fideicomiso común (transmisión de derechos del beneficiario opera según lo pactado) y el fideicomiso financiero (los derechos del beneficiario se incorporan a valores negociables). En el presente capítulo nos referimos al fideicomiso de administración de tipo común. Los fideicomisos societarios han sido muy utilizados sobre todo como vehículos de garantías.⁵⁶ Empero, entendemos sería de aplicación esta figura del fideicomiso societario de administración respecto al derecho de voto de las acciones de una sociedad por acciones simplificadas.

El CCCN prevé expresamente la constitución de fideicomisos por testamento.⁵⁷ En razón de que las acciones son bienes susceptibles de ser objeto de negocios, que pueden

55. Así lo exige el art. 136 de la Resolución General IGI 7/2015 para las sociedades de responsabilidad limitada. Empero, en nuestra opinión sería prudente requerirlo también para el instrumento constitutivo de la sociedad por acciones simplificada.

56. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/11/2010 (t. 2010-F, p. 842; cita online: AR/DOC/7076/2010).

57. Los fideicomisos creados por testamento están regulados en libro tercero, título IV, capítulo 30, sección 8ª, arts. 1699 y 1700 CCCN. También están mencionados en el art. 1701, que, al definir el dominio fiduciario, hace referencia al "fideicomiso constituido por contrato o por testamento". También trata sobre el fideicomiso testamen-

ser transferidas tanto en plena propiedad como en copropiedad constituyendo un condominio, y que pueden ser sometidas a un pacto de accionistas o sindicato accionario, compartimos la opinión del profesor Favier Dubois (h) en el sentido de que las acciones son bienes que pueden ser objeto de transferencia fiduciaria. También compartimos con dicho autor que en el fideicomiso accionario puede existir un desdoblamiento de la calidad de socio y que los diversos derechos, obligaciones, prohibiciones, límites e incompatibilidades del accionista deben ser atribuidos ora al fiduciario, ora al fiduciante, ora al beneficiario, según se pacte en el contrato de fideicomiso.⁵⁸

Otra cuestión a tener en cuenta es lo previsto en el artículo 1670 CCCN, que dispone que pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras. Empero, al regularse esta cuestión expresamente en el artículo 1010, como un caso autorizado de contrato sobre herencia futura, entendemos que lo dispuesto en dicho artículo 1670 no es óbice para crear un fideicomiso testamentario respecto a las acciones del socio B.

El artículo 2493 CCCN fija como regla que no se puede afectar la legítima de los herederos forzosos postergando su derecho hasta la finalización del fideicomiso. No obstante ello, entendemos que, en el fideicomiso testamentario que estamos analizando, no sería afectada la legítima hereditaria en razón de que los derechos económicos respecto a las acciones del socio B serán transmitidos *mortis causa* a los herederos.

En cuanto a la capacidad para testar, compartimos la opinión de Armella *et al.* en el sentido de que se debe atender a las capacidades necesarias para recibir bienes por testamento, lo que no puede obviarse indirectamente mediante el fideicomiso testamentario.⁵⁹ Una vez aceptado, el testamento tiene aptitud de acto constitutivo, sin necesidad de un contrato posterior entre los órganos de la sucesión y el fiduciario designado o su reemplazante. De lo contrario, la única causa fuente del fideicomiso sería el contrato, a pesar de la clara alusión al testamento como otra alternativa válida.⁶⁰

En mérito de ello, ante el fallecimiento del socio testador, solo restaría que el fiduciario designado en el testamento acepte el cargo –en forma expresa o tácita– para que pueda ejercer los derechos políticos sobre las acciones del socio B. El interrogante que nos queda aún abierto es ¿quién vota por dichas acciones hasta el momento en que el fiduciario acepte el cargo?

Una cuestión no menor a tener en cuenta bajo este esquema es la facultad del testador de revocar su testamento en cualquier momento y sin limitación alguna. El artículo 2511 CCCN dispone que

El testamento es revocable a voluntad del testador y no confiere a los instituidos derecho alguno hasta la apertura de la sucesión.

tario el art. 2493, dentro del capítulo sobre testamentos, que expresa que el testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la sección 8ª, capítulo 30, título IV, libro tercero, del CCCN.

58. FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., ob. cit. (cfr. nota 56).

59. ARMELLA, Cristina N., CAUSSE, Jorge R. y ORELLE, José M. R., *Financiamiento de la vivienda y de la construcción*. Ley 24441, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, p. 223.

60. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., "Fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 3/2/2015 (t. 2015-A, p. 778; cita online: AR/DOC/308/2015).

La facultad de revocar el testamento o modificar sus disposiciones es irrenunciable e irrestringible.

En el supuesto de que se haya reservado el fiduciante-testador la facultad de revocar el fideicomiso, no observamos ningún inconveniente en que pueda hacerlo antes de su muerte. En la hipótesis de que no hubiese tal reserva, pensamos que igual puede hacerlo hasta el día de su muerte, por ser categórico el artículo 2511 referido, dado que toda restricción a esta facultad carece de efectos. La revocación del testamento hecha por el testador impide la eficacia del acto, de modo que todavía no hay un fideicomiso constituido, lo que recién ocurriría con su muerte. Esta potestad revocatoria por propia decisión del fiduciante-testador hace riesgosa la utilización de la figura del fideicomiso testamentario. Por ello, pareciera ser más seguro, desde el punto de vista jurídico, incluir en el instrumento constitutivo o en un convenio privado entre socios la novedosa herramienta que ofrece el artículo 1010 del CCCN con respecto a los pactos sobre herencia futura, que, al ser un contrato y no un “testamento” no puede ser revocado o dejado sin efecto de forma unilateral por el socio clase B, dándole seguridad jurídica a la convención hecha por el socio A y el socio B.

8. Consideraciones en torno a la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales (*squeeze out*)

Hasta aquí hemos intentado prever qué efectos se producen cuando fallece un socio previo al vencimiento del plazo de la prohibición de transferencia de las acciones y cómo proteger a los restantes socios de la incorporación de herederos. En este capítulo echaremos mano a un instituto regulado –por el momento– únicamente en el ámbito bursátil, con el fin de intentar dilucidar si su incorporación en un instrumento constitutivo de una sociedad por acciones simplificada sería válida y si ofrece una solución alternativa a la problemática planteada en este trabajo.

Nos referimos en concreto al instituto de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales (conocido en el ámbito internacional como *squeeze out*).⁶¹ Es un régimen de transferencia forzosa de acciones propiedad de los accionistas minoritarios de una sociedad anónima cotizante, que puede ser dispuesto unilateralmente por el controlante titular de más del 95 % del capital⁶² debiendo abonar un precio equitativo

61. Dado que no es el eje central de nuestro trabajo, en caso de interés del lector en profundizar sobre el instituto de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales (conocido internacionalmente como *squeeze out*), recomendamos la lectura de: JNCom. Nº 1, 5/11/2003, “Rodríguez, Álvaro y otros c/ Tenaris SA s/ amparo” (*La Ley*, t. 2004-D, p. 418, y t. 2004-E, p. 310, cita online: AR/JUR/5713/2003; *El Derecho*, 3/2/2004); MANÓVIL, Rafael M., “Las participaciones residuales y el derecho de exclusión en el decreto 677/2001. Razonabilidad, constitucionalidad y crítica a un fallo de 1ª instancia”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 2004-D, p. 417 (cita online: AR/DOC/1400/2004); MIRKIN, Gastón A., “Régimen de ofertas públicas y de declaración unilateral de adquisición en la nueva ley de mercado de capitales”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 29/8/2013 (t. 2013-E, p. 655; cita online: AR/DOC/2804/2013); VAN THIENEN, Pablo A., “La declaración de adquisición en la sociedad anónima cotizada bajo control casi total: la «expropiación de acciones» y la «expulsión forzosa del accionista minoritario» (breves reflexiones a raíz del caso «Tenaris»”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 5/3/2004 (t. 206, pp. 981-1006).

62. Cuando se supera dicho 95 % de control, la norma lo denomina “control casi total”.

por acción, según los criterios de valuación que fija la Comisión Nacional de Valores en sus normas.⁶³

Es dable destacar que, como ha sucedido en el conocido caso “Atanor”⁶⁴, el hecho de que la Comisión Nacional de Valores apruebe un precio equitativo no restringe en forma alguna la potestad de los minoritarios de impugnar el precio equitativo aprobado por dicho organismo por vía judicial o arbitral (art. 96, Ley 26831). La declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales fue incorporada en nuestro régimen societario únicamente en el ámbito de la oferta pública recién en el año 2001, en el [Decreto 677/2001](#) sobre (régimen de transparencia en el ámbito de la oferta pública de valores negociables). Desde el año 2012, este régimen está regulado en la [Ley 26831](#) de Mercado de Capitales (que derogó el Decreto 677/2001).⁶⁵

Si bien es un instituto gestado en el ámbito de la oferta pública, como bien lo resume el profesor Manóvil,⁶⁶ al analizar el tratamiento de este tema en el derecho comparado, el *squeeze out* no es patrimonio exclusivo del ámbito bursátil, dado que en varios países se prevé este instituto para sociedades cerradas, donde en algunos se exige un control del 95 % y otros entienden suficiente un control del 90 %.⁶⁷

Entendemos que se ha desaprovechado una excelente oportunidad en nuestro derecho societario al omitir incorporar de forma expresa el *squeeze out* para las sociedades cerradas, sea en la [Ley 27349](#), en la [19550](#) o en el nuevo Código. No obstante, y sin perjuicio de no estar regulado –como hemos dicho– el *squeeze out* en nuestro derecho positivo para las sociedades cerradas en el marco de la libertad de contratación que rige para las sociedades por acciones simplificadas, no habría óbice para incorporar en el instrumento constitutivo de este nuevo tipo el *squeeze out* a fin de que los controlantes estén facultados a forzar a los minoritarios a vender sus acciones a un precio que se determi-

63. El precio equitativo está regulado en el art. 98 de la [Ley 26831](#), que establece: “La oferta pública de adquisición [...] deberá sujetarse a las siguientes condiciones: [...] d) El precio ofrecido deberá ser un precio equitativo, pudiéndose ponderar para tal determinación, entre otros criterios aceptables, los que se indican a continuación: I. valor patrimonial de las acciones, considerándose a ese fin un balance especial de retiro de cotización; II. valor de la compañía valuada según criterios de flujos de fondos descontados y/o indicadores aplicables a compañías o negocios comparables; III. valor de liquidación de la sociedad; IV. precio promedio de los valores durante el semestre inmediatamente anterior al del acuerdo de solicitud de retiro, cualquiera que sea el número de sesiones en que se hubieran negociado; V. precio de la contraprestación ofrecida con anterioridad o de colocación de nuevas acciones, en el supuesto que se hubiese formulado alguna oferta pública de adquisición respecto de las mismas acciones o emitido nuevas acciones según corresponda, en el último año, a contar de la fecha del acuerdo de solicitud de retiro...”.

64. CNCom., Sala D, 3/10/2007, “Ruberto, Guillermo Miguel c/ Atanor SA s/ precio equitativo de acciones” [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)]. Para profundizar sobre el caso “Atanor”, recomendamos ver DI CHIAZZA, Iván G. y VAN THIENEN, Pablo A., “El caso «Atanor» y la acción de impugnación del precio equitativo en la compra de acciones mediante una OPA”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 12068, 12/8/2008 (t. 228, p. 634).

65. Está regulado dentro del título III (“Oferta pública”), capítulo III (“Régimen de participaciones residuales”), arts. 91-96, [Ley 26831](#).

66. MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 61).

67. Resumimos a título de ejemplo el régimen en Portugal descrito por MANÓVIL, Rafael M., en ob. cit. (cfr. nota 61): “El Código de Sociedades de Portugal de 1986 legisla sobre el denominado Grupo por dominio total, en cuyo marco, cuando el controlante alcanza el 90 % de participación en la sociedad controlada, los arts. 490 y concordantes otorgan un derecho recíproco a los socios o accionistas y a la sociedad dominante para vender o adquirir las participaciones o acciones minoritarias. Este sistema ha merecido elogios, incluso de algunos de los más destacados especialistas de la doctrina alemana, precisamente porque concede a los minoritarios un derecho simétrico al de la controlante”.

nará conforme los mecanismos que fije el instrumento constitutivo. De esta forma, ante el fallecimiento del socio minoritario, los controlantes podrían emitir una declaración unilateral de adquisición, en el marco de lo previsto en el instrumento constitutivo, con el objeto de forzar a los minoritarios a vender sus acciones.

9. Conclusión

- Las sociedades por acciones simplificadas otorgan una gran oportunidad para la conformación de instrumentos constitutivos a medida, en virtud de la libertad de contratación societaria, incluyendo la posibilidad de prohibir la transferencia de las acciones por un plazo máximo de diez años, prorrogable por otros diez años.
- La propuesta de dotar a los emprendedores y empresarios de una herramienta ágil y dúctil mediante la creación de las sociedades por acciones simplificadas nos acerca un cambio de paradigma ya que introduce la autonomía de la voluntad en relación con la tipología societaria, en contraposición con las normas imperativas de la Ley 19550.
- Como hemos dicho, parece riesgoso para los socios incorporar una cláusula de prohibición de transferencia en el instrumento constitutivo sin prever en detalle qué sucederá con la incorporación (o no) de los herederos del socio en caso de fallecimiento durante el plazo de vigencia de dicha prohibición de transferencia.
- En mérito de ello, sería altamente recomendable que en los instrumentos constitutivos de las sociedades por acciones simplificadas se prevea con precisión los efectos que se producirán para los socios y los herederos del socio ante el fallecimiento del titular de las acciones con esta prohibición para transferir.
- Varias son las alternativas que hoy nos ofrece nuestro ordenamiento jurídico tanto en el ámbito societario como sucesorio. Empero, el desafío será lograr un balance entre la libertad de contratación societaria y el orden público del ámbito sucesorio.
- Como canta Serrat, “caminante no hay camino, se hace camino al andar”.⁶⁸ Lo mismo entendemos sucederá con las sociedades por acciones simplificadas: quienes decidamos andar el camino de las sociedades por acciones simplificadas tendremos la oportunidad de contribuir a su trazado y, de esta forma, a su mejor desarrollo en nuestro país.

10. Bibliografía

- ABDALA, Martín E., “Análisis del proyecto de ley de sociedad por acciones simplificada”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/2/2017 (t. 2017-A, p. 948, cita online: AR/DOC/265/2017).
- ACQUARONE, María T., “Pactos de incorporación y exclusión de herederos”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, pp. 119-130.
- ARMELLA, Cristina N., CAUSSE, Jorge R. y ORELLE, José M. R., *Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24441*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995-1998.
- BARREIRO, Marcelo G., “El ejercicio de los derechos del accionista en ocasión de su muerte”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 349, diciembre 2016.

68. Parte de la letra de la canción *Cantares*, de Joan Manuel Serrat.

- BENAVENTE, María I., “El objeto del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento especial “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos”, febrero 2015 (cita online: AR/DOC/390/2015); también en STIGLITZ, Rubén (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2015, pp. 189-202.
- BENSEÑOR, Norberto R. y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Sociedades por acciones simplificadas. Un nuevo tipo social”, en AA. VV., *LXXIII Seminario teórico práctico Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2017, pp. 33-105.
- CÁMARA, Héctor, “Efectos de la muerte del socio sobre la sociedad comercial”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, pp. 17-28.
- CAPUTO, Francisco A., “Sociedades de componentes. Limitación a la transmisibilidad de acciones”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, t. 3 (1990-1991), pp. 292-296.
- CESARETTI, Oscar D., “Convenios de incorporación de herederos”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Las sociedades y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, pp. 103-118.
- DI CASTELNUOVO, Franco y FERNÁNDEZ COSSINI, Elda, “En torno a la unipersonalidad y las sociedades no constituidas según los tipos previstos y otros supuestos. Panorama actual” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 927, 2017.
- DI CHIAZZA, Iván G. y VAN THIENEN, Pablo A., “El caso «Atanor» y la acción de impugnación del precio equitativo en la compra de acciones mediante una OPA”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 12068, 12/8/2008 (t. 228, p. 634).
- DUPRAT, Diego A. J., “Sociedad por acciones simplificada (SAS)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 21/4/2017 (t. 2017-B, p. 979; cita online: AR/DOC/1008/2017).
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “¿Cuál es el tipo social más adecuado para las PyMEs: la SRL, la sociedad anónima o la nueva «sociedad por acciones simplificada?»” en *elDial.com. Biblioteca Jurídica Online*, Buenos Aires, Albremática, 12/6/2017 (cita online: DC2348).
- “La Ley de Emprendedores. Novedades que traen cambios”, en *elDial.com. Biblioteca Jurídica Online*, Buenos Aires, Albremática, 5/4/2017 (cita online: DC22D0).
- “Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/11/2010 (t. 2010-F, p. 842, cita online: AR/DOC/7076/2010).
- “Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/8/2010 (t. 2010-E, p. 675, cita online: AR/DOC/5412/2010).
- “La financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 7/6/2010 (t. 2010-C, pp. 1225 y ss, cita online: AR/DOC/4597/2010).
- “Limitaciones a la transmisibilidad de las acciones”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Transferencias y negocios sobre acciones*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pp. 153-160.
- “Cláusulas de limitación a la transmisibilidad de las acciones”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, agosto 1989 (t. 2, pp. 248 y ss.).
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h) y SPAGNOLO, Lucía, “Prevención de conflictos societarios en el Código Civil y Comercial. «Pactos de socios» y «pactos de protocolo»”, en AA. VV., *Cuestiones actuales y controvertidas de derecho societario, concursal y del consumidor*, Buenos Aires, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2017, pp. 401-406.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “La incorporación de los herederos del socio fallecido en las sociedades comerciales”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 293, 2012 (t. 24).
- FRIDMAN, Susana A., “La autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato social”, en AA. VV., *X Congreso Argentino de Derecho Societario. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. 1, Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa, 2007.
- GAGLIARDO, Mariano, “Restricciones a la libre transmisión de acciones”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, N° 78 (t. 1980, pp. 685-696).
- HALPERIN, Isaac, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1999.
- HERS, Liliana, “La SAS. Una futurista *societas romana*”, en *elDial.com. Biblioteca Jurídica Online*, Buenos Aires, Albremática, 17/5/2017 (cita online: DC2323).
- KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 3/2/2015 (t. 2015-A, p. 778, cita online: AR/DOC/308/2015).
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., [comentario al art. 1010], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 5, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016.

- MANÓVIL, Rafael M., “Las participaciones residuales y el derecho de exclusión en el Decreto 677/2001. Razonabilidad, constitucionalidad y crítica a un fallo de 1ª instancia”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2004-D, p. 417, cita online: AR/DOC/1400/2004.
- MARZORATI, Osvaldo J., “La sociedad anónima simplificada. ¿Será una realidad?”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1/12/2016 (t. 2016-F, p. 990; cita online: AR/DOC/3617/2016).
- MIRKIN, Gastón A., “Régimen de ofertas públicas y de declaración unilateral de adquisición en la nueva ley de mercado de capitales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/8/2013 (t. 2013-E, p. 655, cita online: AR/DOC/2804/2013).
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sociedad por acciones simplificada (SAS)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 21/4/2017 (t. 2017-B, p. 991; cita online: AR/DOC/1012/2017).
- NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades comentada*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2017.
- “Debe limitarse la constitución y actuación de las sociedades unipersonales incorporadas a nuestra legislación a las «sociedades anónimas unipersonales»”, en Boquin, G., Nissen, R. A. y Vítolo, R. A. (dirs.), *Los aspectos empresarios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, Buenos Aires, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2015.
- “Incorporación y exclusión de herederos”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, pp. 87-102.
- RICHARD, Efraín H., “Libertad asociativa y autonomía estatutaria”, en AA. VV., *X Congreso Argentino de Derecho Societario. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. 1, Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa, 2007.
- RIVERA, Julio C., [comentario al art. 1010], en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2014.
- RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Personas jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 920, 2016.
- ROVIRA, Alfredo L., “Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades. Régimen de sociedad anónima simplificada”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 17/10/2016 (t. 2016-F, p. 515, cita online: AR/DOC/3074/2016).
- SKIARSKI, Enrique M., “Retiro y fallecimiento de socios en las sociedades no constituidas regularmente”, en *Doctrina Tributaria*, Errepar, N° 338, mayo 2008 (t. 29, pp. 432-437).
- SPOTA, Alberto G. (y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. [actualizador]), *Contratos. Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- TOM, Walter R., “El nuevo régimen societario argentino debe permitir la libertad asociativa, respetando la autonomía de la voluntad”, en AA. VV., *X Congreso Argentino de Derecho Societario. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. 1, Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa, 2007.
- VAN THIENEN, Pablo A., “La declaración de adquisición en la sociedad anónima cotizada bajo control casi total: la «expropiación de acciones» y la «expulsión forzosa del accionista minoritario» (breves reflexiones a raíz del caso «Tenaris»)”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 5/3/2004 (t. 206, pp. 981-1006).
- VERÓN, Alberto V., “La sociedad por acciones simplificada en la Ley 27349”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 25/4/2017 (t. 2017-B, p. 1018, cita online: AR/DOC/1027/2017).
- VÍTOLO, Daniel R., *Ley 27349 comentada: Apoyo al capital emprendedor. Sociedad por acciones simplificada (SAS). Cuadro comparativo con la Ley 19550 y el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2017.
- “La sociedad anónima simplificada (SAS)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/10/2016 (t. 2016-E, p. 1134, cita online: AR/DOC/3076/2016).
- “La situación de los herederos en la SRL”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, pp. 145-166.
- ZALDÍVAR, Enrique y otros, *Cuadernos de derecho societario*, t. 3, Buenos Aires, Macchi, 1973.
- ZUNINO, Jorge A., *Disolución y liquidación*, Buenos Aires, Astrea, 1984.

Unidad funcional como “proyecto en construcción”

Calificación registral.
Ausencia de constancia en el folio*

Bárbara Noelia De Pascale

Yamila Ailén Di Trolio

RESUMEN

Se presenta el consultante designado para autorizar la escrituración de una unidad funcional en una operación de compraventa por el sistema de tracto abreviado. De los antecedentes surge, según el reglamento (año 1975), que la unidad consta como “proyecto en construcción”. El folio real se abrió en 1984 para anotar una compraventa por tracto abreviado. En 1988, la actual titular dominial, hoy causante, adquirió el inmueble y en la escritura expresó que conocía el reglamento; sin embargo, no existe constancia en el folio de que la unidad fuera un proyecto en construcción ni su alta definitiva. El Instituto concluye que será necesaria la obtención del alta definitiva de la unidad funcional, para lo que se requiere el plano modificatorio de la mensura y particular división por el régimen de propiedad horizontal y la modificación del reglamento de copropiedad y administración; y sería conveniente que, al momento de materializar la transmisión dominial, en la escritura conste la manifestación de los herederos, hoy vendedores, sobre que conocen y aceptan las escrituras antecedentes.

PALABRAS CLAVE

Calificación registral, unidad funcional en construcción, alta definitiva.

Sumario: 1. Antecedentes. 2. Consideraciones. 3. Conclusión.

1. Antecedentes

Visto el expediente del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires N° 16-00801-17, iniciado como consulta jurídica por [...] de esta ciudad [...], del mismo resulta:

- Que el consultante fue designado para autorizar la escrituración de la unidad funcional uno, ubicada en planta baja, primer piso y azotea del edificio sito en esta ciudad con frente [...] de esta ciudad, en una operación de compraventa por el sistema de tracto abreviado.

* Dictamen aprobado por mayoría de los miembros del Instituto de Derecho Registral del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 13/6/2017. Expediente: 16-00801-17.

- Que, conforme al reglamento de copropiedad y administración otorgado con fecha 15 de mayo de 1975, por escritura 511 [...], se trata de un edificio de tres plantas que se encuentra en parte terminado y en parte en construcción, constando la unidad funcional uno como “proyecto en construcción”. Así el mencionado expresa

El edificio, según el plano precitado que se agrega, aún se encuentra en obra, parte terminado, y parte en construcción, se desarrollará en tres plantas [...] en dicho plano, la unidad funcional número uno figura como proyecto en construcción, y las unidades funcionales dos o tres como ya construidas [...] y se registran las siguientes notas: registrado con carácter de proyecto en construcción para la unidad que así figura en este plano. Terminada su construcción deberá solicitarse el alta definitiva (Decreto N° 16717/63).

A la fecha de la mencionada afectación al régimen de propiedad horizontal, la normativa vigente era la [Ley 13512](#), su Decreto Reglamentario [18734/1949](#) y el Decreto 16717/63.

- Que del informe de dominio solicitado por el consultante se observa que el folio real del inmueble se abrió en julio del año 1984, para anotar una compraventa autorizada por tracto abreviado ante la escribana [...].
- Que, con posterioridad a dicha escritura, la actual titular dominial, hoy causante, adquirió el inmueble por escritura 129 de fecha 19 de agosto de 1988, otorgada ante la mencionada escribana. En dicho momento se encontraba vigente el Decreto Reglamentario de la [Ley Registral 2080/1980](#).

La referida escritura 129 expresa que la adquirente conoce y acepta el reglamento de copropiedad y administración, “c) Que la unidad que adquiere se encuentra en el rubro observaciones del plano de mensura relacionado, en proyecto, estando transcrita en el reglamento de copropiedad y administración «registrado con carácter de proyecto en construcción para la unidad que así figura en este plano. Terminada su construcción deberá solicitarse el alta definitiva (Decreto N° 16717/63)»”.

- Que después de los actos notariales relacionados se sucedieron dos hipotecas y embargos originados en procesos ejecutivos, hoy caducos.
- Que no existe constancia en el folio real que se consignara de que la unidad fuera “proyecto en construcción” ni de su alta definitiva.

2. Consideraciones

El escribano consultante adjunta la documentación respaldatoria de sus dichos y funda su posición entendiendo que no le es posible escriturar en las condiciones expresadas. Solicita que la Comisión Asesora “se expida sobre la viabilidad o invisibilidad jurídica de la escrituración del inmueble relacionado”, y la Consulta ingresa a la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, la que solicita su derivación al Instituto de Derecho Registral.

En virtud de tal, abogados a dar respuesta en el marco de nuestra especificidad y contemplando la normativa registral, expresamos:

- A. Sabido es que, de los principios que inspiran el derecho registral inmobiliario argentino –y así expresamente establece la *Ley Registral 17801* (art. 4)– surge que el carácter de la inscripción registral es declarativo y no convalidante. Tanto en los tiempos del *Código Velezano* (momentos en los cuales sucedieron los hechos del caso) como en la actualidad, la inscripción constituye un requisito de oponibilidad a terceros (art. 2505 *CCIV* y arts. 1892 y 1893 *Código Civil y Comercial* [CCCN]). Ella solo tiende a publicitar una relación jurídica que se ha producido extra registralmente.
- B. Que la *Ley Registral Inmobiliaria 17801* fue reglamentada en el año 1980 mediante el Decreto 2080/1980. El mencionado estaba vigente al momento de materializarse las compraventas en los años 1984 y en 1988, fecha en que adquiere la actual titular dominial, hoy causante. El decreto reglamentario de la *Ley Registral*, en su versión original, regula la situación de marras en los artículos 119 a 123.

El artículo 119 expresaba:

Si en el reglamento de copropiedad y administración se incluyeren unidades por construir o en construcción, los asientos registrales consignarán tal circunstancia. Respecto de ellas solo se admitirá el registro de medidas cautelares dispuestas por autoridad competente, haciéndose saber a los jueces que dichas unidades no pueden ser objeto de actos que transmitan o constituyan derechos reales hasta que fueren habilitadas.

Del informe de dominio agregado al expediente de consulta no surge ningún asiento registral que consigne que la unidad funcional uno se encuentra en construcción.

- A. Dicha omisión pudo resultar de un error del registrador al no advertir que la unidad se encontraba en construcción o por la omisión del escribano interviniente al no rogar dicha circunstancia en la minuta rogatoria. Esta frase nos invita a recordar la existencia y vigencia de otros dos principios del derecho registral inmobiliario, a saber:
- i. *El de rogación, instancia o dispositivo, consagrado en el artículo 6 de la Ley 17801*: conforme al mismo, como principio general (sin negar la existencia de la posibilidad de actuar de oficio, conforme al art. 37 de la *Ley Registral*), podemos decir que el registro obra a petición de parte. El legitimado es quien puede incitar la actividad del registro que conduzca a la inscripción o anotación definitiva.
 - ii. *El de legalidad y la calificación registral*: El principio de legalidad (que no es privativo de nuestra materia, sino que se trata de un principio general del derecho) en el ámbito registral se expresa, se hace efectivo, mediante la calificación registral consagrada en diversos artículos de la *Ley 17801* (arts. 3, 8 y 9).
- B. El Decreto 2080/1980, en su texto actual, ordenado y modificado por el Decreto 466/1999, regula la situación analizada en los artículos 113 y 114.
- C. La unidad funcional uno, objeto del contrato, se encuentra jurídicamente “en construcción”, en virtud de lo que expresa su título.

3. Conclusión

Conforme a lo expuesto precedentemente, el Instituto de Derecho Registral, centrado en consideraciones de la materia, entiende que, sin perjuicio de las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la presente, a los efectos de esta consulta será necesaria la obtención del alta definitiva de la unidad funcional, para lo que se requiere el plano modificadorio de la mensura y particular división por el régimen de propiedad horizontal, y la modificación del reglamento de copropiedad y administración; y sería conveniente que, al momento de materializar la transmisión dominial, en la escritura conste la manifestación de los herederos, hoy vendedores, sobre que conocen y aceptan las escrituras antecedentes.