

octubre | diciembre 2017

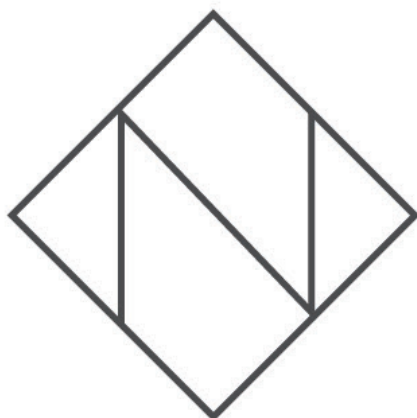
930

REVISTA DEL NOTARIADO

Director: Diego M. Martí

octubre | diciembre 2017

930



REVISTA DEL NOTARIADO

Director: Diego M. Martí

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

ISSN 2362-6186

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 2017-2019

Presidente **Claudio Alejandro Gustavo Caputo**

Vicepresidente **Mariana Claudia Massone**

Secretario **Antonio Joaquín Cinque**

Secretaria **María Magdalena Tato**

Prosecretario **Diego Alberto Paz Vela**

Prosecretaria **María Alejandra Astuena**

Tesorero **Carlos Eduardo Medina**

Protesorero **Ramiro Javier Gutiérrez De Lio**

Vocales titulares **Alejandra Graciela Vidal Bollini**
Irene Recalde
Isaac Raúl Molina
Mauricio Feletti
Enrique Hugo José Garbarino
Ariel Román Tesei
Ana María Kemper
Eduardo Héctor Plaetsier
Beatriz Susana Roella
Alicia Olivares

Vocales suplentes **Angélica Generosa Emilia Vitale**
José María Lorenzo
Pablo Hernán De Santis
Ricardo Jorge Oks
Virginia Judith Benfield
Virginia Carolina Olexyn

Decano **R. Gastón Courtial**
(Resolución Asamblea Extraordinaria del 26/9/2013)

Presidente honorario **Julio A. Aznárez Jáuregui †**
(Resolución Asamblea Extraordinaria del 30/9/2004)

Editorial | 6

In memoriam

“Francisco Cerávolo. 1927-2017”, por *Diego M. Martí* | 8

Doctrina

“El consorcio de propietarios como persona jurídica. Su capacidad para adquirir bienes”, por *Pablo R. Barreiro* | 10

“Oferta de donación conjunta o solidaria. Una solución jurídica, práctica y eficaz para las ofertas de donación (art. 1547 del Código Civil y Comercial)”, por *Natalio P. Etchegaray* | 33

“Una propuesta interpretativa del justo título y la buena fe del adquirente de inmuebles”, por *Francisco Hotz* | 40

“La persona humana. El estatuto personal en el derecho internacional privado argentino”, por *Luciana B. Scotti* | 52

Dictámenes

“Pérdida de la matriz. Reconstrucción del protocolo. Sede judicial y notarial”, por *Alicia V. Castillo* | 76

“Régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil. Bienes propios, carácter. Declaración del cónyuge adquirente”, por *Diego Mariano Mage* | 84

Historia

“Guillermo Brown, en el bicentenario de nuestra Independencia”, por *Emilia E. Menotti* | 97

El valor económico de la seguridad jurídica

Mirar hacia afuera es siempre una forma de perfeccionar lo que hacemos. Pero ello no significa que siempre nos encontremos con mejores sistemas o formas de hacer las cosas, ya que en no pocas oportunidades, y fundamentalmente en lo que a nuestra profesión se refiere, también nos hallaremos ante realidades que nos harán valorar lo propio. Así, nos encontramos con el “seguro de título”, sistema ampliamente instaurado, por ejemplo, en Estados Unidos, y comprensible dentro de dicho ámbito territorial, ya que en ese país no existe un notariado “profesional del derecho”, generador de seguridad y certeza jurídica, sino meros certificadores. Es que resulta fundamental tener en claro que no es lo mismo un sistema basado en el “seguro de título” que uno que gira en torno al “título seguro”. Se trata, en líneas generales, del ejercicio de la verdadera función del notariado de nuestro país (latino) a través de la elaboración del documento notarial: entre las múltiples actividades que desarrolla el notario, aconseja y asiste en la formación y exteriorización de la voluntad negocial, siendo el documento notarial una de las más significativas expresiones de la función del notario.

Sabido es que en los derechos positivos de los países integrantes del sistema legal continental romanista o romano-germánico, el hacedor del derecho positivo es el legislador, y el esqueleto del ordenamiento jurídico es la ley, pero la realidad demuestra que siempre llegan detrás de los cambios que se producen en una sociedad. Las situaciones que ofrece la cotidianeidad son captadas por el legislador y transformadas en derecho positivo en forma diferida respecto del tiempo en que se producen. Es indudable que la práctica notarial es un factor o elemento idóneo para el nacimiento, desarrollo y perfeccionamiento del derecho positivo, brindando soluciones que requieren de una rápida respuesta frente a situaciones trascendentes de la vida humana.

Resulta innegable que la actividad notarial reduce la litigiosidad. Además de su actividad pacificadora en la etapa precontractual, asesorando a las partes y mediando entre ellas, el quehacer de nuestra profesión también se exterioriza a través del documento notarial, portador de seguridad jurídica y de certeza, indispensables para la convivencia y el desarrollo social. La incertidumbre tiene un alto costo; al crear certeza, creamos valor. De este modo, el sistema notarial latino, lejos de encarecerlas, reduce notablemente el costo de las operaciones.

La seguridad y las nuevas tecnologías

La vinculación con las nuevas tecnologías no es ajena a la actividad notarial. Su relación con los registros públicos, su rol como agente de información impositivo así como su colaboración con otros entes estatales que delegan en el escribano numerosas facultades, y en general toda aquella información provista que es relevante para el Estado y que se obtiene del conjunto de datos recogidos de los documentos notariales, tienen un fuerte componente tecnológico, fundamentalmente en su modo de formalización. Simplificar los trámites y bajar significativamente los costos es parte del objetivo permanente de la comunidad notarial. La desburocratización del Estado debe darse de la mano del notaria-

do. Y ello sumado a que el escribano es un agente de paz social, y participa de la solución de los conflictos de manera preventiva, descomprimiendo la actividad judicial. Somos un estratégico colaborador del Estado, como agentes de información y de retención, por supuesto, pero también como actores en la lucha contra el delito, como en el caso del lavado de dinero.

Nada nuevo decimos al elogiar nuestra función, hablando bien de nosotros mismos, es verdad. Pero también lo es que la institución notarial recibe habitualmente críticas vinculadas con el encarecimiento de los servicios y las demoras. Pero ¿cuál es el costo de la inseguridad y la falta de certeza? ¿Cuál es la consecuencia, a nivel económico o en cualquier otro orden, de judicializar?

En el plano internacional, el notariado es una vía de comunicación e intercambio, gozando el documento notarial de reconocimiento y aceptación en el mundo entero.

En cuanto al crédito, indudablemente las posibilidades de financiación se ven significativamente favorecidas contando con la garantía de una propiedad inmueble. Sabemos que los derechos reales de garantía han sido precisamente los que han generado la necesidad de creación de los registros inmobiliarios, que se alimentan permanente y fundamentalmente de las registraciones de los documentos notariales. Un documento notarial, con todos los atributos que le son propios, y la información de un registro de la propiedad eficaz, completo y ágil forman una combinación que convierte una propiedad inmueble en una garantía formidable para el acceso al crédito. Vemos aquí la doble importancia que cobra el documento notarialmente producido como base segura para el fomento del crédito: por un lado, en cuanto título de propiedad que goza de certeza y, por el otro, como documento portante del derecho real de garantía.

Por supuesto, todo ello sin perjuicio de que la actividad del notariado latino es perfectible, y así lo demuestra su constante evolución y su búsqueda permanente de actualización científica en aras de su perfeccionamiento.

DIEGO M. MARTÍ

Francisco Cerávolo 1927-2017

Francisco Cerávolo fue, sin duda, uno de esos colegas que nos hace inflar el pecho cuando mencionamos que compartimos la misma profesión. Nació el 1º de febrero de 1927 y falleció el 27 de diciembre de 2017. Se recibió de escribano en 1950 y nos regaló bastante más de medio siglo de su vocación por el notariado, habiendo llevado adelante una rica trayectoria tanto en el ámbito académico como en el profesional y dirigencial.

Cerávolo comenzó a ejercer como escribano en la provincia de Buenos Aires, donde ocupó la presidencia del Colegio entre 1971 y 1975. Allí, se desempeñó como consejero e integrante de diversas comisiones y también fue director de la *Revista Notarial*. Fue en nuestra ciudad de Buenos Aires donde se desempeñó como asesor jurídico notarial entre 2001 y 2016, donde puso fin a su carrera.

Horacio Pelosi, al presentarlo en la sesión pública de la Academia Nacional del Notariado del 3 de diciembre de 2001, se refirió a él como “Pancho” Cerávolo para todos los colegas y amigos: “distinguido notario, estudioso, profundo conocedor del derecho notarial”.¹ Pelosi, además, nos dejó en esa presentación los antecedentes de Cerávolo, entre los que queremos aquí recordar los siguientes. Fue miembro de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires entre 1992 y 2000, de la comisión redactora del anteproyecto de la actual Ley Orgánica del Notariado de la Ciudad de Buenos Aires 404 y de su decreto reglamentario, y también asesor jurídico-notarial de la institución. Además, nos representó (tanto al notariado de la Ciudad de Buenos Aires como al nacional) en diversos congresos y jornadas, y fue coautor del trabajo presentado por la delegación argentina en el X Congreso Internacional del Notariado Latino (Montevideo, 1969), titulado “Comprobación notarial de hechos”, de ineludible consulta en la materia y texto de referencia incluso en la actualidad.

Pelosi citó en aquella oportunidad muchas de las publicaciones de su autoría o colaboración: “La equidad del reparto del trabajo del Estado en instituciones oficiales”, “La transmisión de terreno a cambio de sectores de propiedad autónoma en edificios a construir”, entre otras, y varias respecto de los títulos provenientes de donaciones y sus formas de subsanación, tema al que dedicó mucho trabajo y por el que puso su ciencia al servicio de todos. La lista de sus aportes es enorme: participó en la redacción del anteproyecto de Ley de Reforma a los Artículos 1001, 1003 y 1004 del Código Civil, que sirvió de base a



1. Sesión en la que Francisco Cerávolo se incorporó como miembro de número de la Academia Nacional del Notariado y ofreció su disertación “La usucapión como excepción a la acción real prevista por el artículo 3955 del Código Civil” (publicada en *Revista del Notariado*, N° 869, 2002, pp. 108-116 [ver [aquí](#)]).

la sanción de la Ley 15875; ejerció la docencia en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Notarial Argentina; disertó en varios de los seminarios Laureano Moreira de la Academia Nacional del Notariado; y fue miembro de comisiones de estudio en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Estaba casado con Beatriz Alcaraz, también escribana de la Ciudad de Buenos Aires, al igual que uno de sus hijos, Ángel, miembro de número de la Academia Nacional del Notariado y miembro de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas y asesor jurídico-notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad.

El propio Cerávolo decía, en aquella oportunidad, que sus antecedentes profesionales y académicos eran los méritos de una larga vida dedicada con vocación al tan difícil ejercicio de esta profesión.²

Serán estas, seguramente, las reglas del juego: vamos perdiendo a algunos maestros y referentes, a la vez que surgen otros, pero es inevitable tener patente el vacío que provoca la partida de tamaña personalidad, de semejante talla de jurista, al que tanto le debemos. Recordarlo y tener presente su legado es lo menos que podemos hacer desde aquí.

DIEGO M. MARTÍ

2. Ídem, p. 108.

El consorcio de propietarios como persona jurídica

Su capacidad para adquirir bienes

Pablo R. Barreiro

RESUMEN

Estudio del consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica, de conformidad con la regulación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación-Ley 26994 a fin de poder determinar si tiene la capacidad para adquirir bienes.

PALABRAS CLAVE

Propiedad horizontal, consorcio de propietarios, capacidad para adquirir bienes inmuebles.

Fechas de recepción y aceptación

2/8/2017 - 1/1/2018

Sumario: 1. Derecho real de propiedad horizontal. 1.1. Concepto. 1.2. Naturaleza. 1.3. Constitución. 1.4. Objeto. 1.5. La unidad funcional. 1.6. Cosas y partes comunes. 1.6.1. Caso especial de las cocheras. 1.6.2. Clasificación de las cosas y partes comunes. 1.6.2.1. Los balcones. 1.7. Cosas y partes propias. 2. El consorcio de propiedad horizontal es persona jurídica. 2.1. Reconocimiento expreso en el Código Civil y Comercial. 2.2. Comienzo de su existencia. 2.3. Caracteres de la persona jurídica "consorcio de propiedad horizontal". 2.3.1. Nombre. 2.3.2. Domicilio. 2.3.3. Integrantes. 2.3.4. Duración. 2.3.5. Funcionamiento. Órganos del consorcio. 2.3.6. Patrimonio. 2.3.7. Objeto. 2.3.8. Capacidad. 2.3.8.1. Principio de especialidad como marco de la capacidad de derecho. 2.3.8.2. Los fines del consorcio. 2.3.8.3. Caracteres de la personalidad del consorcio. 2.3.8.4. La capacidad como regla. 2.3.8.5. Capacidad para adquirir bienes. 2.3.8.6. Alcances de la capacidad de adquirir bienes. 2.3.9. Modos de adquisición. 2.3.9.1. Adquisición originaria. 2.3.9.2. Compraventa. 2.3.9.3. Permuta. 2.3.9.4. Donación. 2.3.9.5. Institución hereditaria. Legado. 2.3.9.6. Subasta. 2.3.9.7. Dación en pago. 2.3.10. ¿Puede el consorcio adquirir inmuebles que no sean unidades funcionales del edificio? 2.3.11. Mayoría necesaria para adquirir o enajenar bienes del consorcio. 2.3.12. Normativa registral. 3. Bibliografía.

1. Derecho real de propiedad horizontal

Es necesario realizar, previamente a adentrarnos en el tema que nos ocupa, un breve análisis del derecho real de propiedad horizontal, ya que el consorcio de propiedad horizon-

tal tiene su razón de existir y comienza su existencia cuando un inmueble es sometido al régimen –hoy derecho real– de propiedad horizontal. Son institutos incondicionalmente ligados por la ley.

1.1. Concepto

El CCCN deroga la [Ley 13512 de Propiedad Horizontal](#) y sus decretos reglamentarios, y consagra en el artículo 1887, inciso c), la propiedad horizontal como un derecho real. El mismo cuerpo legal, en su artículo 2037, da un concepto de propiedad horizontal, que dice:

La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible.

1.2. Naturaleza jurídica

Se trata en este caso de un derecho real complejo por cuanto la extensión de las facultades otorgadas a su titular varía según dichas facultades se ejerzan sobre partes exclusivas o privativas o sobre partes y sectores comunes del edificio.¹

1.3. Constitución

El artículo 2038 CCCN la regula de la siguiente manera:

Constitución: A los fines de la división jurídica del edificio, el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad horizontal, que debe inscribirse en el registro inmobiliario. El reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional.

Para dividir jurídicamente el edificio, el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad horizontal, que debe inscribirse en el registro inmobiliario. El reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional (en adelante, “UF”).

El otorgamiento del reglamento crea el denominado “estado de propiedad horizontal”, que posibilita la división jurídica del inmueble en propiedades autónomas.

Como señala Highton,

1. Ver GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. y SAUCEDO, Ricardo J., *Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Tiempo compartido. Cementerios privados*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016, p. 39.

Lo que jurídicamente era una sola cosa, se sustituye por dos o más, susceptibles de convertirse en propiedades separadas pertenecientes a distintos titulares. Mientras una sola persona sea propietaria de todo el inmueble, o lo sean varias en condominio sin haberse procedido a la adjudicación de las distintas unidades, no existirá aún derecho real de propiedad horizontal a favor de ninguna de ellas.²

En el mismo sentido Kiper señala,

... una vez redactado e inscripto, el inmueble está afectado al sistema de propiedad horizontal y en adelante se podrán adquirir las unidades bajo este sistema. Se requiere al menos la existencia de dos titulares, pues el Código no ha recibido la figura del consorcio de un solo propietario...³

1.4. Objeto

El objeto del derecho real de propiedad horizontal es siempre el edificio. Lo que varía es la extensión en que se usan y gozan las cosas privativas y las cosas comunes; en forma exclusiva y en su totalidad, las primeras, y en forma compartida, las segundas. El objeto del derecho real es un inmueble edificado (art. 2037) que se compone de partes privativas (arts. 2039-2043) y de cosas y partes comunes (necesarias o no indispensables) (arts. 2040-2042).

1.5. La unidad funcional

Dice el artículo 2039 CCCN:

El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, que consiste en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, que tengan independencia funcional y comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común. La propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más unidades complementarias destinadas a servirla.

La UF puede consistir en: a) pisos, b) departamentos, c) locales, d) otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino.

Características:

- 1) Independencia funcional: vale decir, que cada unidad sea autónoma y se baste a sí misma para satisfacer el fin al cual va a ser destinada.

2. HIGHTON, Elena I. y NOLASCO, Elena C. (colab.), *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 145 [colección "Derechos reales", v. 4].

3. KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 558.

- 2) Comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común (pasillo, escaleras, etc.).

La propiedad de la UF comprende:

- 1) Parte indivisa: del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad.
- 2) Unidades complementarias (en adelante, “UC”): puede abarcar una o más unidades complementarias destinadas a servirla.

1.6. Cosas y partes comunes

Dice el artículo 2040 CCCN:

Son comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales las cosas y partes de uso común de ellas o indispensables para mantener su seguridad y las que se determinan en el reglamento de propiedad horizontal. Las cosas y partes cuyo uso no está determinado, se consideran comunes. Sobre estas cosas y partes ningún propietario puede alegar derecho exclusivo, sin perjuicio de su afectación exclusiva a una o varias unidades funcionales. Cada propietario puede usar las cosas y partes comunes conforme a su destino, sin perjudicar o restringir los derechos de los otros propietarios.

Son comunes a todas o a algunas de las UF las cosas y partes: a) de uso común de ellas; b) indispensables para mantener su seguridad; c) y las que se determinan en el reglamento de propiedad horizontal. Las cosas y partes cuyo uso no está determinado se consideran comunes. No hay derecho exclusivo sobre estas cosas y partes ningún propietario puede alegar derecho exclusivo, sin perjuicio de su afectación exclusiva a una o varias UF. Asimismo, deben usarse conforme su destino, sin perjudicar o restringir los derechos de los otros propietarios.

Caracteres

Dice el artículo 2045 CCCN:

La constitución, transmisión, embargo, etc. sobre la U.F. comprende a las cosas y partes comunes y a la U.C. y no puede realizarse separadamente de éstas.

De dicho artículo surge que las cosas y partes comunes poseen los siguientes caracteres: son 1) inseparables, 2) indivisibles, 3) accesorias, e 4) interdependientes.

1.6.1. Caso especial de las cocheras

Pueden ser:

- 1) distintas UF (separadas e independencia funcional);
- 2) una sola UF (condominio entre los copropietarios);
- 3) como una parte común, cuyo uso tienen todos los copropietarios según su porcentual;
- 4) como UC, por lo que deberán ser de titularidad de las UF.

1.6.2. Clasificación de las cosas y partes comunes

- 1) Necesariamente comunes (art. 2041).
- 2) No indispensables (art. 2042).

El artículo 2041 CCCN establece que

Son cosas y partes necesariamente comunes: a) el terreno; b) los pasillos, vías o elementos que comunican unidades entre sí y a estas con el exterior; c) los techos, azoteas, terrazas y patios solares; d) los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispensables para mantener la seguridad; e) los locales e instalaciones de los servicios centrales; f) las cañerías que conducen fluidos o energía en toda su extensión, y los cableados, hasta su ingreso en la unidad funcional; g) la vivienda para alojamiento del encargado; h) los ascensores, montacargas y escaleras mecánicas; i) los muros exteriores y los divisorios de unidades entre sí y con cosas y partes comunes; j) las instalaciones necesarias para el acceso y circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, externas a la unidad funcional, y las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros; k) todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común; l) los locales destinados a sanitarios o vestuario del personal que trabaja para el consorcio.

Esta enumeración tiene carácter enunciativo.

1.6.2.1. Los balcones

Son parte común: 1) la estructura (la losa o contrapiso) (art. 2041 inc. d); 2) la baranda.

Son parte propia: 1) los revestimientos (baldosas) (art. 2043); 2) el espacio y superficie que encierra el balcón.

El artículo 2042 CCCN establece que

Son cosas y partes comunes no indispensables: a) la piscina, b) el solárium, c) el gimnasio, d) el lavadero, e) el salón de usos múltiples. Esta enumeración tiene carácter enunciativo.

1.7. Cosas y partes propias

El artículo 2043 CCCN establece que:

Son necesariamente propias con respecto a la unidad funcional las cosas y partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias, los tabiques internos no portantes, las puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos, incluso de los balcones.

También son propias las cosas y partes que, susceptibles de un derecho exclusivo, son previstas como tales en el reglamento de propiedad horizontal, sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia ordenada.

2. El consorcio de propiedad horizontal es persona jurídica

2.1. Reconocimiento expreso en el Código Civil y Comercial

Durante la vigencia del régimen de la Ley 13512 de Propiedad Horizontal, se debatió arduamente acerca de la naturaleza jurídica del consorcio, existiendo dos teorías enfrentadas: una que negaba la personalidad jurídica del consorcio y otra, mayoritaria, que le reconocía personalidad jurídica. El CCCN puso fin a la histórica discusión, recogiendo expresamente la opinión de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias y admitiendo que el consorcio tiene personalidad jurídica. Así, los artículos 148 y 2044 del CCCN expresamente le acuerdan el carácter de persona jurídica.

Dice el artículo 2044:

Consortio. El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador.

Por su parte, el artículo 148, inciso h), menciona al consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica privada: “Son personas jurídicas privadas: [...] h) el consorcio de propiedad horizontal”.

2.2. Comienzo de su existencia

El CCCN no cuenta con un artículo que expresamente establezca el comienzo de la existencia del consorcio de propietarios, pero nos permite, a través del análisis de distintos artículos, llegar a la conclusión de que la persona jurídica nace con el otorgamiento por escritura pública del reglamento de propiedad horizontal, el que debe inscribirse en el registro inmobiliario. Como señalan Gurfinkel y Saucedo,

... es posible llegar a idéntica conclusión por aplicación de las siguientes normas:

- i) El art. 2038 ordena que a los fines de la división jurídica del inmueble hay que redactar un reglamento de propiedad horizontal que debe inscribirse en el registro inmobiliario. El reglamento de propiedad horizontal contiene no solo la descripción de la división del inmueble, tal como surge de los planos respectivos, sino fundamentalmente una serie de cláusulas destinadas a regir la vida de la comunidad y por lo tanto debe ser aceptado libremente por las partes al momento de contratar. Es el verdadero estatuto del consorcio, destinado a ordenar las relaciones de los propietarios entre sí y con respecto a terceros, constituyendo un convenio de cumplimiento obligatorio para las partes en los términos del art. 959 del Código Civil y Comercial.
- ii) El art. 2044, luego de asignar al Consorcio la calidad de persona jurídica, dispone en su segundo párrafo: «La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal... Instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario». Una interpretación a contrario sensu permite afirmar que la afectación del inmueble en la forma ordenada por el art. 2038 señala el comienzo de la existencia del consorcio de propiedad horizontal.

iii) El art. 142 establece como regla general que «La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución», principio plenamente aplicable al consorcio de propiedad horizontal en virtud que éste no requiere autorización legal para funcionar. La norma citada reconoce el acuerdo de voluntades como fuerza jurígena en la creación de las personas jurídicas privadas dentro de las formas admitidas y en este sentido, es el reglamento de propiedad horizontal el estatuto en el que queda plasmada la voluntad de los consorcistas, ya fuera que intervinieron en su redacción o que adhirieron a él con posterioridad.⁴

2.3. Caracteres de la persona jurídica “consorcio de propiedad horizontal”

2.3.1. Nombre

Como toda persona jurídica, el consorcio debe tener un nombre que la identifique, conforme a lo establecido por el artículo 151 CCCN: “Nombre. La persona jurídica debe tener un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada”. Por lo general, se suele denominar al consorcio con el nombre de la calle y la altura en donde se encuentra el inmueble, esto permite relacionar rápidamente a consorcio con el edificio en cuestión ya que nada impide denominar al consorcio con otro nombre que no sea su dirección.

La denominación «consorcio» no sólo identifica la persona jurídica sino que permite a los terceros conocer su naturaleza; cuando se agrega el domicilio es posible diferenciar a este tipo de personas por la ubicación del inmueble.⁵

2.3.2. Domicilio

Conforme al artículo 152 CCCN, el domicilio es un atributo de toda persona jurídica y por ende el consorcio debe tener un domicilio. Es el propio artículo 2044 el que establece que el consorcio tiene su domicilio en el inmueble. Además, también conforme al artículo 152, no se trata solo del domicilio, sino también de la sede, y, conforme al artículo 153, se tienen por válidas y vinculantes para la persona jurídica todas las notificaciones en la sede inscripta.

2.3.3. Integrantes

Esta persona jurídica está integrada «obligatoriamente» por todos los titulares de unidades funcionales, quienes dejan de serlo en el momento en que las transfieren a terceras personas, los que, a su vez, pasan automáticamente a ser integrantes de ésta. No existe voluntad asociativa, nadie selecciona quiénes son los otros integrantes, no es factible no integrarla o renunciar el carácter de miembro del consorcio. Se es integrante de la persona jurídica, mientras

4. GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. y SAUCEDO, Ricardo J., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 242.

5. Ídem, p. 244.

se es propietario de una unidad funcional y mientras exista la afectación del inmueble.⁶

2.3.4. Duración

Dice el artículo 155 CCCN: “Duración. La duración de la persona jurídica es ilimitada en el tiempo, excepto que la ley o el estatuto dispongan lo contrario”.

La vida de esta persona jurídica está atada a la vigencia del derecho real de propiedad horizontal. Si por algún motivo el inmueble es desafectado, consecuentemente se extinguirá la personalidad del consorcio.⁷

2.3.5. Funcionamiento. Órganos del consorcio

El consorcio, como toda persona jurídica distinta de sus integrantes, actúa a través de órganos propios. Así lo exige el artículo 158 CCCN:

Gobierno, administración y fiscalización. El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica.

Dicha exigencia es receptada por el artículo 2044 cuando dice que los órganos del consorcio son: a) la asamblea, b) el consejo de propietarios y c) el administrador. La asamblea es el órgano de gobierno, el administrador es el representante legal del consorcio y el consejo de propietarios funciona como órgano consultivo y de control.

Cabe aclarar que la ley no exige de forma obligatoria la existencia del consejo de propietarios como órgano del consorcio. Su carácter de facultativo no surge de una norma de forma expresa, sino del análisis de varias normas, como el artículo 2064 CCCN, que establece que la asamblea “puede” designar a un consejo, con lo que no hace de ello un deber; también el artículo 2048, cuando se refiere al consejo de propietarios en las siguientes palabras: “si este existe”; y el artículo 2058, que menciona al consejo de propietarios diciendo “si lo hubiere”.

2.3.6. Patrimonio

El consorcio tiene y debe tener un patrimonio propio, distinto del de cada uno de los consorcionistas, conforme lo exige el artículo 154 CCCN: “Patrimonio. La persona jurídica debe tener un patrimonio”. Del articulado del CCCN no surge claramente cómo se conforma dicho patrimonio, ya que: a) el artículo 2044 solamente admite su existencia, b) el artículo 2048 hace referencia a los bienes del consorcio, pero no los especifica, y c) el artículo 2056, que regula el contenido del reglamento de propiedad horizontal, en los incisos e) e i) alude a los bienes del consorcio sin decir cuáles son. El [proyecto de Código de 1998](#) era más preciso al respecto ya que el artículo 1980 decía:

6. RASPALL, Miguel A., “¿Concursalidad del consorcio de propiedad horizontal? Análisis crítico”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 27/5/2016 (t. 2016-C, p. 1049, cita online AR/DOC/1536/2016).

7. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 584.

El patrimonio del consorcio se integra con el fondo de reserva, otras recaudaciones, los créditos contra los consortes o terceros, las unidades funcionales que se le asignen o adquiera en el inmueble, y en general las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia.

Las partes y cosas comunes no integran el patrimonio del consorcio ya que pertenecen a los consorcistas. Es el propio artículo 2045 CCCN el que establece que las partes privativas y las comunes conforman un todo inescindible, de modo tal que el derecho real que corresponde a cada propietario sobre las partes comunes no puede ser enajenado o gravado en forma independiente. El consorcio tiene solo la administración de las cosas comunes:

Los consortes no transfieren parte de su patrimonio al consorcio sino sólo la administración de las cosas comunes que implica la obligación, para este último, de mantenerlas en buen estado de conservación.⁸

La doctrina mayoritaria admite que el activo del consorcio se integra con las expensas percibidas, los créditos por expensas, los intereses punitivos por expensas adeudadas, intereses que devenguen las cuentas bancarias a nombre del consorcio, el fondo de reserva, los créditos respecto a terceros, otras recaudaciones, las UF que se le asignen o adquiera en el inmueble, y en general las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia.

No coincide la doctrina acerca de si las rentas provenientes de espacios comunes (alquileres), o de publicidad efectuada en las paredes divisorias, o los créditos por medianería integran el patrimonio del consorcio. Para algunos sí, para otros corresponden a los titulares del derecho real. Si las partes comunes no integran el patrimonio del consorcio, tampoco lo integran las rentas que de ellas provienen, salvo decisión de los propietarios en sentido contrario.⁹

2.3.7. Objeto

El consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica debe tener un objeto, conforme así lo exige la letra del artículo 156 CCCN: “el objeto de la persona jurídica debe ser preciso y determinado”. Ahora bien, el CCCN no establece para esta persona jurídica cuál debe ser su objeto ni sus características; no lo hace cuando regula la persona jurídica privada en forma general ni cuando regula el derecho real de propiedad horizontal. Es más, el propio artículo 2056, que regula y establece el contenido que debe tener el reglamento de propiedad horizontal, no dice nada respecto del objeto.

La falta de norma específica trae como consecuencia tener que analizar cuál debe ser el objeto del consorcio de propiedad horizontal. Para Kiper, el objeto del consorcio es

... el mantenimiento, conservación y reparación de las cosas comunes; por ende, su accionar debe estar enderezado al cumplimiento de tales fines. Éste

8. GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. y SAUCEDO, Ricardo J., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 252.

9. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 581.

es, entonces, el aspecto que no debe perderse de vista cuando se pretende aplicar al principio de especialidad de la persona jurídica consorcio.¹⁰

2.3.8. Capacidad

2.3.8.1. Principio de especialidad como marco de la capacidad de derecho

El CCCN no dice nada acerca de la capacidad como atributo de la persona jurídica consorcio, pero por aplicación de las reglas generales aplicables a las personas jurídicas, la extensión de la capacidad del consorcio debe ceñirse al cumplimiento de los actos que hagan al cumplimiento de sus fines. En ese sentido, el artículo 141 CCCN le confiere “aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”. Es decir, el CCCN recepta en dicho artículo el principio de especialidad contenido en el artículo 35 del Código de Vélez (en adelante “CCIV”).

Como señalaran Alterini y Vázquez:

La capacidad de derecho del consorcio, como la de todas las personas jurídicas, debe ajustarse al *principio de especialidad*, o sea, que están condicionadas, en los términos del art. 35 del Cód. Civil por «los fines de su institución».¹¹

Si bien las personas jurídicas están condicionadas por el principio de especialidad, esto no significa que tengan una personalidad limitada.

Como dice Llambías:

La personalidad no es, por su misma sustantividad, propiedad que se pueda detentar de manera disminuida. Lo que se puede tener en más o en menos es la capacidad, pero no la personalidad que hace a la existencia misma del sujeto y, desde este punto de vista, se es o no persona del derecho, pues es inconcebible que exista una categoría de semisujetos.¹²

Asimismo,

Importa una inadmisibile confusión reconocer el carácter de persona del consorcio y al mismo tiempo postular que ostenta una personalidad limitada. Con esa mirada todas las personas jurídicas tendrían personalidad limitada, pues deben desenvolverse dentro de los fines propios de su objeto.¹³

Toda persona tiene aptitud para adquirir derechos o contraer obligaciones, la persona humana por su propia naturaleza y la persona jurídica por atribución legal. La capacidad o incapacidad jurídica o de derecho, importa un atributo esencial de toda persona.

10. Ídem, p. 580.

11. ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., “Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/5/2007 (t. 2007-C, p. 1076, cita online AR/DOC/1610/2007).

12. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Perrot, 1967, §1087, p. 32.

13. ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., ob. cit. (cfr. nota 11).

2.3.8.2. Los fines del consorcio

Para poder determinar la capacidad de derecho de una persona jurídica hay que analizar previamente y definir cuáles son sus fines, ya que en virtud del principio de especialidad todas las personas jurídicas tienen su aptitud limitada por los fines para los cuales fueron creadas. A diferencia de lo que sucede con el estatuto de una sociedad, el reglamento de propiedad horizontal regulado por el artículo 2056 CCCN no contiene una cláusula que determine el objeto social o los fines del consorcio ya que el reglamento, como señalan Alterini y Vázquez,

... no podría atribuirle al consorcio facultades que exorbiten el diseño legal de esa personalidad, máxime en una materia en la que es regla el orden público, proyectado a través de normas estatutarias no susceptibles de derogación por acuerdo de los particulares.¹⁴

El consorcio de propietarios es una persona jurídica creada por imperio legal y ligada intrínsecamente al derecho real de propiedad horizontal; es por eso que para determinar el fin de su existencia hay que analizar las normas referidas al derecho real de propiedad horizontal.

Del estudio de dichas normas surge claramente que la finalidad del consorcio está orientada a satisfacer el interés común del conjunto de los propietarios de las UF. Precisamente, el propósito de perseguir objetivos comunes para alcanzar el bien común propio del consorcio denota la existencia de una persona jurídica:

... podría postularse que el consorcio fue ideado sustancialmente para realizar actos enderezados hacia el interés común, finalidad que se traduce en la búsqueda de «seguridad», «salubridad», «comodidad» y optimización y racionalización de los recursos y los gastos que requiere el desarrollo de la vida consorcial [...] Estas metas, que corporizan la utilidad común, son la vara con la que deben apreciarse los alcances de la aptitud jurídica del ente.¹⁵

2.3.8.3. Caracteres de la personalidad del consorcio

Para mayor comprensión acerca del alcance de la especialidad de este tipo de persona jurídica, es necesario citar a Alterini y Vázquez, quienes brindan la siguiente noción conceptual:

... el consorcio es la persona jurídica conformada por los distintos propietarios de un inmueble afectado a la propiedad horizontal, que tiene por finalidad recaudar los distintos créditos de los que es titular, gestionar el patrimonio afectado al interés comunitario en la administración de los bienes comunes y, en general, realizar todos los actos que procuren la seguridad, salubridad y comodidad en el uso y goce del inmueble respectivo u optimicen y racionalicen los recursos y gastos de la comunidad.¹⁶

14. Ídem.

15. Ídem.

16. Ídem.

2.3.8.4. La capacidad como regla

El CCCN regula la capacidad de derecho en su artículo 22, que reza:

Capacidad de derecho. 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.

A partir de este artículo, el CCCN regula el régimen de capacidad de las personas, sin apartarse del principio general de capacidad del código derogado. Siempre la regla es la capacidad de las personas, sean humanas o jurídicas. Se admite la existencia de determinadas limitaciones a la capacidad, de hecho o de derecho, pero son de interpretación estricta, excepcional y en función de la protección de un determinado interés.

Las incapacidades de derecho siempre se establecen teniendo en consideración a una persona en relación con ciertos hechos, simples actos o actos jurídicos, como, por ejemplo, las incapacidades establecidas en relación a la celebración de determinados contratos (compraventa, donación), los contratos prohibidos entre padres e hijos en el ejercicio de la responsabilidad parental, entre el tutor y su pupilo, las inhabilidades para suceder, etc. Consecuentemente, si la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, va de suyo que pueden contratar todas aquellas personas a quienes la ley no se los prohíbe expresamente.

Como señalan Alterini y Vázquez,

Así lo ha puesto de relieve la doctrina jurisprudencial, afirmando que la regla general es que, por principio, la persona tiene capacidad para ser titular de todos los derechos y para ejercerlos; que las incapacidades y limitaciones al libre ejercicio de la voluntad deben estar señaladas por el ordenamiento jurídico (arts. 19, Constitución Nacional, y 53 y 62, Cód. Civil) y que no pueden extenderse por analogía los impedimentos o restricciones de la capacidad (CS, 06/11/1980, «S. y D., C. G.», *La Ley*, 1981-A, 401, del voto de los doctores Frías y Guastavino).¹⁷

Como expresara Borda, las incapacidades de derecho

a) Son excepcionales. La regla no puede ser sino la capacidad [...] b) Obedecen siempre a una causa grave. Sólo por un motivo muy serio puede privarse a las personas de su capacidad de derecho; es necesario que medie siempre un interés superior o una razón de moral y buenas costumbres. De ahí que, en principio, las incapacidades de derecho sean de orden público...¹⁸

2.3.8.5. Capacidad para adquirir bienes

La doctrina mayoritaria sostiene que el consorcio de propietarios, como persona jurídica, tiene capacidad para adquirir bienes para sí. Así, por ejemplo, Abella y Mariani de Vidal sostienen que

17. Ídem.

18. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, \$457, pp. 391-392.

... es posible concluir en que el consorcio de copropietarios en su calidad de persona –de existencia ideal o persona jurídica– se encuentra habilitado para ser titular de unidades funcionales en el inmueble sometido al régimen de la Ley 13512. Ello, ya sea porque en el Reglamento de Copropiedad le sea asignada una (o más) unidad(es) funcional(es), o porque las adquiera luego previa decisión de la asamblea adoptada por unanimidad.

Pues si la regulación legal, como hemos visto, confiere al consorcio la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, si se concluye en que es titular de los créditos por expensas, del fondo de reserva, de créditos por medianería, si puede aún solicitar el beneficio de litigar sin gastos; en suma, si se reconoce su carácter de persona jurídica, no se comprende cuál sería el estorbo para admitir que pueda ser titular de una unidad en el inmueble, esto es, del derecho de propiedad horizontal, inclusive teniendo en cuenta la relevancia de este derecho real [...] Fuera, entonces, de las cosas que de conformidad con la ley revisten el carácter de necesariamente comunes (v. gr., «los locales para alojamiento del portero y portería») o las que la ley dispone que pueden ser comunes o privativas (sótanos y azoteas), si los copropietarios decidieran adquirir una unidad funcional en el edificio, ninguna norma [...] fuerza a que esa unidad funcional deba *convertirse* en una parte común de los consorcistas, ni impide que conserve su naturaleza de unidad funcional y, como tal, sea asumida su propiedad por la persona jurídica consorcio, con la pertinente inscripción del respectivo título. Lo mismo cabría predicar para la asignación de unidades funcionales en el reglamento de copropiedad.¹⁹

El CCCN nada dice acerca de la posibilidad de que el consorcio pueda adquirir bienes, lo que por el contrario sí admitía el artículo 1980 del *proyecto de 1998* cuando regulaba que el patrimonio del consorcio se integra entre otras cosas con las UF que se le asignen o adquiera en el inmueble.

Para Kiper,

La capacidad que debe reconocerse al consorcio, no va más allá de la necesaria para realizar todos aquellos actos que se relacionan con el manejo de las cosas comunes, la atención satisfactoria de las necesidades e intereses de los copropietarios derivados de la peculiar naturaleza del derecho real que les corresponde sobre sus unidades privativas y las cosas comunes.²⁰

Sin embargo, como también señala Kiper: “la falta de previsión legal expresa mantendrá abierta la discusión”.

El mencionado jurista sostiene que parecen convincentes las siguientes razones expuestas por quienes admiten la posibilidad de que el consorcio adquiera unidades:

... 1) el consorcio puede ser titular de unidades funcionales tanto por atribución hecha en el propio reglamento, como por su posterior adquisición; 2) la adquisición de la unidad por parte del consorcio no implica modificación ni de planos, ni de reglamento dado que no troca su carácter de cosa privativa a cosa en condominio de los titulares de unidades funcionales; 3) la compra

19. ABELLA, Adriana N., MARIANI DE VIDAL, Marina, “Propiedad horizontal. El consorcio dueño de unidades funcionales”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 11070, 19/8/2004 (t. 208, p. 1022).

20. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 582.

de la unidad funcional por parte del consorcio puede perfectamente encajar dentro de los propósitos propios de su existencia (por ejemplo, para obtener renta que ayude a afrontar las expensas, o para evitar el fracaso de una subasta con efectos ruinosos para los consorcistas); 4) la decisión de la compra de la unidad por parte del consorcio debe admitirse con la sola aprobación en asamblea de la mayoría absoluta de los consorcistas, al no regir la exigencia de unanimidad propia del condominio.²¹

El mismo autor sostiene que en el CCCN hay un argumento contundente que admite la posibilidad de que el consorcio adquiera UF:

Los conjuntos inmobiliarios deben someterse al régimen de propiedad horizontal, son una especie del género (art. 2075). Ahora bien, dentro del Capítulo 1, del Título VI, dedicado a los conjuntos inmobiliarios, se encuentra el artículo 2085 que dice expresamente que el reglamento puede prever un derecho de preferencia en la adquisición de unidades funcionales «a favor del consorcio de propietarios». Por ende, se reconoce aquí en forma expresa la potestad del consorcio para adquirir una unidad funcional.²²

Por último, frente a la pregunta de si es posible captar en el consorcio de propiedad horizontal una capacidad jurídica que se extienda a la facultad de adquirir bienes para sí, con los recursos que integran su patrimonio diferenciado, Alterini y Vázquez responden afirmativamente:

Creemos que la respuesta debe ser afirmativa; no sólo por no existir un obstáculo legal que se le oponga, sino porque la formulación positiva encuentra sustento tanto en el espíritu de la Ley 13512 como en su propio texto rectamente interpretado. No debe silenciarse que la Ley 13512, en su art. 8, reconoce la posibilidad de que se aspire a fines rentísticos («mayor renta») en materia de actividades que involucran al conjunto de los propietarios. Con este miraje, al trazar el requisito de la especialidad en lo atinente al consorcio de propietarios, aludimos a que abarcaba a los actos enderezados a optimizar y racionalizar los recursos y gastos de la comunidad. No es difícil imaginar que la adquisición de una unidad para el consorcio responda a la necesidad o conveniencia de obtener una utilidad pecuniaria o de otro orden que tenga entidad como para disminuir las erogaciones a cargo de los propietarios o mejore las alternativas del uso y goce a que tienen derecho.²³

2.3.8.6. Alcances de la capacidad de adquirir bienes

En virtud de los fundamentos expuestos, el consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica tiene capacidad para adquirir inmuebles tanto por actos entre vivos, a través de los distintos contratos que así se lo permitan, como por actos de última voluntad. La misma conclusión es la sostenida por Alterini y Vázquez:

21. *Ibidem*.

22. *Ídem*, p. 583.

23. ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., *ob. cit.* (cfr. nota 11).

Admitida la legitimación del consorcio para adquirir unidades funcionales, es indiferente que lo sea por actos entre vivos (venta, permuta, donación, etc.), por actos de última voluntad (institución hereditaria, legado), también por prescripción adquisitiva decenal o veintenaria o incluso mediando enajenaciones forzosas, como en la subasta (judicial).²⁴

2.3.9. Modos de adquisición

2.3.9.1. Adquisición originaria

Denominamos “adquisición originaria” a aquella que se produce en el momento en que nace el derecho real de propiedad horizontal conjuntamente con la persona jurídica “consorcio”, o sea, al otorgar la escritura pública de reglamento de propiedad horizontal. El titular de dominio o los condóminos, al otorgar el reglamento, se adjudicarán las distintas unidades, pudiendo asignarle una UF al consorcio de manera tal que sea este el titular dominial de dicha unidad. Conforme al artículo 2056 CCCN, inciso e), del reglamento deberá surgir que dicha unidad forma parte del patrimonio del consorcio.

2.3.9.2. Compraventa

Frente al interés de un propietario de querer vender su UF, la asamblea puede resolver que el consorcio adquiera dicha unidad, por ejemplo, a fin de poder obtener una renta que haga disminuir el monto de las expensas. No hay que olvidar que, conforme al artículo 2085 CCCN, el reglamento puede prever un derecho de preferencia en la adquisición de UF “a favor del consorcio de propietarios”.

En caso de que los consorcistas decidan adquirir una unidad funcional, no deberían ser modificados ni los planos del edificio, ni el Reglamento de Copropiedad, pues dicha unidad funcional no mudaría su carácter. En cambio, si esa adquisición implicara que sólo puede serlo en carácter de «cosa común», sería necesario modificar los planos y el Reglamento de Copropiedad, como es lógico, pues una unidad funcional pasaría a convertirse en cosa común; y esos trámites insumirían tiempo y demandarían los consiguientes gastos. Si los consorcistas decidieran luego enajenar la unidad funcional adquirida [...] siendo el consorcio titular podría hacerlo como cualquier otro copropietario.²⁵

2.3.9.3. Permuta

Puede suceder que el consorcio sea titular de una UF destinada a vivienda, la cual alquila obteniendo una determinada renta, y que a su vez exista en el edificio un propietario de una UF que es un local comercial, que quiera adquirir una UF vivienda. Nada impediría que celebren un contrato de permuta en virtud del cual el propietario del local adquiera la vivienda y que el consorcio adquiera el local comercial, pudiendo así obtener una mayor renta.

24. *Ibidem*.

25. ABELLA, Adriana N., MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (cfr. nota 19), p. 1032.

2.3.9.4. Donación

Conforme el artículo 1548 CCCN, cualquier persona que tenga plena capacidad para disponer de sus bienes puede donarlos; asimismo, conforme al artículo 1549 CCCN, se requiere ser capaz para aceptar donaciones. En virtud de lo expuesto y no existiendo otra norma que lo prohíba, toda persona con plena capacidad para ello puede disponer de un inmueble de su propiedad a título de donación a favor de un consorcio de propietarios y este último, aceptarla.

El consorcio donatario, al aceptar la donación, no incumple con su objeto ni con los fines de su institución, ya que lo importante es el destino que el consorcio le dará a ese inmueble, y ese destino deberá atender el interés común de los propietarios que conforman la persona jurídica consorcio. La idea puede verse más claramente si la donación es con cargo a favor de los propietarios que conforman el consorcio, en donde el cargo es, por ejemplo, que el consorcio destine el inmueble para brindar esparcimiento a los propietarios que conforman el consorcio o bien darlo en locación para que la renta obtenida sea destinada a disminuir el monto de las expensas del conjunto de propietarios. De existir cargo, este podrá consistir en imponer un destino a la cosa donada o beneficiar a los designados en el acto, pero siempre deberá satisfacer la finalidad del consorcio, es decir atender el bien común de los propietarios.

Reforzando el concepto de finalidad, cabe recordar incluso que, conforme al artículo 354 CCCN²⁶, el cargo puede ser estipulado como condición resolutoria, de manera tal que, si el consorcio no cumple con el mismo, y en virtud del artículo 1562²⁷, el donante y sus herederos pueden revocar la donación por inejecución del cargo.

2.3.9.5. Institución hereditaria. Legado

Conforme a los artículos 2462 y 2484 CCCN,²⁸ las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte mediante testamento otorgado con las solemnidades legales, y podrán hacerlo a través de la institución de herederos o bien a través de un legado. El CCCN en su artículo 2497²⁹ establece que pueden ser legados to-

26. Art. 354 CCCN: "Cargo. Especies. Presunción. El cargo es una obligación accesoria impuesta al adquirente de un derecho. No impide los efectos del acto, excepto que su cumplimiento se haya previsto como condición suspensiva, ni los resuelve, excepto que su cumplimiento se haya estipulado como condición resolutoria. En caso de duda, se entiende que tal condición no existe".

27. Art. 1562 CCCN: "Donaciones con cargos. En las donaciones se pueden imponer cargos a favor del donante o de un tercero, sean ellos relativos al empleo o al destino de la cosa donada, o que consistan en una o más prestaciones. Si el cargo se ha estipulado en favor de un tercero, éste, el donante y sus herederos pueden demandar su ejecución; pero sólo el donante y sus herederos pueden revocar la donación por inejecución del cargo. Si el tercero ha aceptado el beneficio representado por el cargo, en caso de revocarse el contrato tiene derecho para reclamar del donante o, en su caso, de sus herederos, el cumplimiento del cargo, sin perjuicio de sus derechos contra el donatario".

28. Art. 2462 CCCN: "Testamento. Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales.

Art. 2484 CCCN: "Principio general: La institución de herederos y legatarios sólo puede ser hecha en el testamento y no debe dejar dudas sobre la identidad de la persona instituida".

29. Art. 2497 CCCN: "Bienes que pueden ser legados: Pueden ser legados todos los bienes que están en el comercio, aun los que no existen todavía pero que existirán después. El legatario de bienes determinados es propietario de ellos desde la muerte del causante y puede ejercer todas las acciones de que aquel era titular.

dos los bienes que están en el comercio, aun los que no existen todavía pero que existirán después. Atento a lo expuesto y la inexistencia de norma que lo prohíba, el consorcio de propietarios, como persona jurídica, puede adquirir un inmueble en virtud de un legado o por haber sido instituido como heredero.

Al igual que las donaciones, los legados pueden ser con cargo y, de ser así, se regirán por disposiciones relativas a las donaciones sujetas a esa modalidad –ver punto anterior–; todo ello conforme al artículo 2496 CCCN, que dice:

Adquisición del legado. Modalidades: El derecho al legado se adquiere a partir de la muerte del testador o, en su caso, desde el cumplimiento de la condición a que está sujeto. El legado con cargo se rige por las disposiciones relativas a las donaciones sujetas a esa modalidad.

2.3.9.6. Subasta

Corresponde preguntarse si, frente a un juicio por cobro de expensas comunes en donde se ha resuelto la subasta del inmueble, el consorcio acreedor puede ser adjudicatario de la UF a subastarse. Creemos que la respuesta debe ser afirmativa, ya que en determinadas situaciones podría ser lo más ventajoso para el consorcio.

Puede suceder que el monto por expensas adeudado sea una gran suma de dinero y en virtud de ello no existan postores, dado que en el caso de resultar adquirentes deberían hacerse cargo de las mismas. En el presente supuesto, el consorcio, como acreedor de mayor suma, podría resultar económicamente favorecido al adquirir la unidad objeto de subasta, para luego, por ejemplo, venderla en forma más ventajosa.

Como expresáramos con anterioridad, si el patrimonio del consorcio se integra entre otras cosas con las expensas percibidas y los créditos por expensas, va de suyo que con dichas recaudaciones el consorcio debe cumplir con su finalidad, que entre otras cosas consiste en la optimización y racionalización de los recursos y los gastos que requiere el desarrollo de la vida consorcial. En virtud de lo expuesto, el consorcio, al tener un crédito por falta de pago de expensas, podrá satisfacer su acreencia, ya sea percibiendo el dinero adeudado con lo obtenido en la subasta o bien, en virtud del artículo 921 CCCN³⁰ y la normativa procesal pertinente del [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#), compensar su crédito en la subasta, adquiriendo el inmueble subastado por compensación.

Respecto de la adquisición de unidades en subasta por expensas comunes promovidas por el propio consorcio, se ha resuelto que

... dado que constituye [...] una alternativa válida para que el consorcio de copropietarios enjuge su crédito –sobre todo si se ejecutan bienes que pueden ser invendibles por diversos motivos–, creemos que la posibilidad de resultar adjudicatario de una unidad funcional está dentro de la órbita de la capacidad

30. Art. 921 CCCN: “Definición: La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta el monto de la menor, desde el tiempo en que ambas obligaciones comenzaron a coexistir en condiciones de ser compensables”.

de derecho del ente consorcial y accede a su objeto, no violentándose consiguientemente el principio de especialidad...³¹

2.3.9.7. Dación en pago

Como toda persona jurídica, el consorcio tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones; en el primer aspecto, puede reclamar el cobro de cualquier acreencia que tenga a su favor. Puede entonces ser acreedor de un propietario de una UF que adeude expensas, puede serlo de cualquier otra persona física o jurídica que sin ser propietario de una UF del edificio hubiere contratado con el consorcio, o también podría ser acreedor en virtud de una sentencia judicial, que obligue a un tercero a abonar al consorcio una determinada suma de dinero en concepto de reparación por daños y perjuicios.

Dicho esto, cabría preguntarse: ¿puede el consorcio aceptar el pago de las sumas que se le adeudan en otra cosa que no sea dinero? ¿Puede el deudor extinguir su obligación, ofreciendo en pago una prestación diversa a la adeudada? La respuesta debe ser afirmativa, ya que nos encontramos frente a un modo de extinguir una obligación como es la dación en pago. El propio artículo 942 CCCN establece: “la obligación se extingue cuando el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diversa de la adeudada”. Entonces, será al consorcio acreedor el que tendrá que evaluar la conveniencia o no de aceptar en pago un inmueble, siempre claro está teniendo en miras el cumplir con su finalidad, que entre otras cosas consiste en la optimización y racionalización de los recursos y los gastos que requiere el desarrollo de la vida consorcial.

No se comparte la opinión de cierta doctrina que sostiene que las deudas por expensas no puedan ser canceladas con la UF en forma extrajudicial, fundando su postura en el artículo 2049 CCCN en cuanto a que el deudor no puede liberarse del pago de ninguna expensa por abandono de su UF. En primer lugar, si el titular de una UF que debe expensas se encuentra en un estado de insolvencia tal que le impida saldar su deuda y decide ofrecer en pago su UF, no está haciendo abandono de la misma; muy por el contrario, se está haciendo cargo de su obligación. En segundo lugar, teniendo en cuenta la situación, quizás lo más conveniente para el consorcio sea aceptar la dación en pago, ya que, caso contrario, se vería obligado a continuar el juicio de ejecución de expensas iniciado, que terminaría probablemente con la subasta de la UF, proceso que le insumiría mayores gastos y recursos al consorcio y dilataría en el tiempo el cobro de la suma adeudada.

2.3.10. ¿Puede el consorcio adquirir inmuebles que no sean unidades funcionales del edificio?

Admitida la capacidad del consorcio para adquirir UF que pertenezcan al edificio, cabe preguntarse si esa capacidad puede extenderse a la adquisición de otros inmuebles que no formen parte del edificio o complejo inmobiliario sobre el cual se asienta su personalidad. La respuesta debe ser afirmativa.

31. Cám.1ª Civ.Com. de Mar del Plata, Sala II, 20/5/2004, “Consortio Prop. Moreno 2244/66 c/ Kleiman, Moisés y otro” (*La Ley Buenos Aires*, t. 2004, p. 872; *Doctrina Judicial*, t. 2004-3, p. 607; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2004-IV, p. 844; cita online AR/JUR/1854/2004).

Como se ha señalado, las personas jurídicas pueden adquirir todos los derechos y ejercer todos los actos que no les sean prohibidos y que se ajusten al principio de especialidad. En virtud del principio de especialidad, la capacidad del consorcio solo puede ejercerse en orden a los fines de su constitución, es decir, de acuerdo a aquellos objetivos que, en su momento, el Estado computó como conducentes y en vista de los cuales reconoció al ente como sujeto de derecho.

Conforme a la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, la interpretación sobre la determinación de la actividad autorizada a la persona jurídica debe ser realizada con prudencial amplitud; en tal sentido, se ha resuelto que es necesario apreciar los fines de la entidad de modo tal que, además de los actos jurídicos correspondientes a su objeto, se entienda que ella también está capacitada para practicar los actos que, por implicancia, sean requeridos para la mejor consecución de tales fines. Por aplicación de este criterio, debe considerarse que la persona jurídica está habilitada para encarar toda actividad más o menos relacionada con el fin de su creación, desde que son sus autoridades las que deben elegir los medios adecuados para el logro de ese fin y, en orden a ese propósito, realizar los actos jurídicos consecuentes.

En virtud de lo expuesto, para afirmar si un acto realizado por el administrador como representante legal del consorcio, cumple o no con el principio de especialidad, vale decir “para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación” (art. 141 CCCN), no corresponde analizar el acto en sí mismo ya que por sí solo no puede ser considerado contrario al objeto ni a los fines del consorcio. Por el contrario, para determinar si un acto cumple o no con el principio de especialidad, hay que analizar lo que motivó al consorcio a realizar dicho acto y si esa motivación era satisfacer o cumplir con el objeto y los fines de la creación de la persona jurídica consorcio.

A pesar de que no exista norma que impida al consorcio adquirir inmuebles dentro o fuera del edificio, es aconsejable que en el reglamento de propiedad horizontal exista una cláusula que faculte o permita al consorcio adquirir inmuebles para cumplir con su objeto y los fines de su creación. Asimismo, no menos importante es que del acta de asamblea en la que resuelve adquirir o enajenar un inmueble surja claramente cuáles son las causas o la finalidad que motivaron dicha decisión y que dichas causas están en todo acorde con el objeto y fines del consorcio.

A continuación, se desarrollarán algunos ejemplos que permiten apreciar las ventajas de que el consorcio sea titular de inmuebles y eso no signifique un acto contrario al objeto y fines consorciales:

- Un señor es propietario de una UF en la que habita y además es propietario de un complejo deportivo ubicado en frente del edificio en donde vive, que cuenta con cinco canchas de tenis y dos de fútbol. En dicho complejo suele encontrarse todos los días con alguno de sus vecinos del edificio donde vive. El señor decide otorgar su testamento y en una de sus cláusulas lega al consorcio del edificio en donde vive su complejo deportivo, pero lo hace con el cargo de que dicho consorcio se obligue a: 1) no cambiar el destino de la cosa legada, 2) que todos los propietarios del edificio, que son sus vecinos con los cuales ha construido una relación de amistad durante tantos años, puedan utilizar las instalaciones deportivas en forma gratuita de manera tal que esto contribuya a su esparcimiento y 3) que en el tiempo en que los vecinos no usen las instalaciones, el consorcio pueda alquilar las canchas a

terceros de manera tal de obtener una renta y destinar la misma a solventar las expensas del edificio para que cada propietario se vea beneficiado con una reducción en el monto de las expensas que le corresponde.

En el presente ejemplo, al aceptar el inmueble legado, el consorcio está actuando conforme su objeto y los fines de su creación, ya que lo hace en pos del interés comunitario, persiguiendo el bien común de todos los consorcistas.

- En un edificio que no cuenta con cocheras y en donde la mayoría de los propietarios tienen un vehículo, se resuelve en asamblea que el consorcio adquiera un terreno ubicado a una cuadra del edificio, para luego poder ser utilizado por todos los propietarios como espacio guardacoches y debido a que el terreno es lo suficientemente grande como para albergar más vehículos que los que tienen los propietarios, deciden que los espacios guardacoches sobrantes sean alquilados a terceros ajenos al edificio, para así obtener una renta y destinar la misma a solventar las expensas del edificio.

Al igual que en el ejemplo anterior, el consorcio, al adquirir el terreno y cumplir con el destino que decidió darle la asamblea, estaría cumpliendo con su objeto y los fines de su creación.

- En los edificios, existen muchas veces ciertas cuestiones, que de manera imprevista pueden afectar económicamente al conjunto de los propietarios, como, por ejemplo, frente a la rotura de las calderas o frente a un incendio que afecte a gran parte del edificio y que el seguro contra incendio no alcance a cubrir. En estos casos, es necesario resolver el problema de manera urgente, y ello requiere de una erogación de mucho dinero. Dicha erogación de dinero es considerada como un gasto extraordinario, motivo por el cual, generalmente es en la asamblea donde se discute cómo hacerle frente, existiendo por lo general tres alternativas, 1) afrontar dicho arreglo con el dinero del fondo de reserva, siempre, claro está, que exista y que tenga los fondos suficientes, supuestos que generalmente no ocurren; 2) establecer una expensa extraordinaria que permita afrontar el gasto; y 3) si es factible y el o los proveedores lo admiten, pagar las reparaciones, cambios y/o arreglos en cuotas, con lo que esto implica, ya que el monto total de las reparaciones se incrementa considerablemente debido a la financiación. Cualquiera de las dos últimas alternativas impacta fuertemente en el bolsillo de cada propietario ya que, o bien tendrán que desembolsar una gran suma de dinero de una sola vez, o bien se verán obligados a pagar un precio superior, por haber financiado el pago.

Bien podría ser una solución para estas situaciones extremas que la asamblea resuelva que el consorcio celebre un contrato de mutuo y garantice dicho contrato hipotecando un inmueble de propiedad del consorcio. De esta manera, el consorcio podría obtener un importante descuento por pago al contado de las reparaciones y financiar el pago del mutuo en mayor cantidad de cuotas, con un menor interés, de manera tal que no impacte tan fuertemente en el bolsillo de cada propietario.

Vale aclarar nuevamente que el consorcio, al hipotecar el inmueble de su propiedad, estaría cumpliendo con su objeto y los fines de su creación.

2.3.11. Mayoría necesaria para adquirir o enajenar bienes del consorcio

Admitida la capacidad y legitimación del consorcio para adquirir o disponer de inmuebles, corresponde preguntarse: ¿cuál es la mayoría necesaria para que la asamblea como órgano de gobierno decida la adquisición de un inmueble, y si esa mayoría sería la misma en caso que se decida la enajenación de un inmueble? Del análisis de las distintas formas en que el consorcio puede adquirir un inmueble, va de suyo que cuando la adquisición es originaria, es decir, cuando la atribución de la titularidad de la UF al consorcio surge del propio reglamento, ello requiere la unanimidad. En el resto de los casos, es decir, cuando no se trata de una asignación dispuesta en el reglamento, la mayoría necesaria para que la asamblea decida la adquisición o venta de una UF, se produce, en virtud del artículo 2051 CCCN,³² con la mayoría absoluta de los propietarios. Del mencionado artículo 2051, que legisla sobre las mayorías necesarias para realizar mejoras u obras nuevas, surge claramente que los propietarios o el consorcio requieren consentimiento de la mayoría de los propietarios, y “la adquisición de la unidad puede, por lo menos, asimilarse a una mejora”.³³

Cierta doctrina sostiene que la adquisición debe ser decidida por la asamblea por unanimidad, con fundamento en el artículo 14 de la derogada Ley 13512. Dicho artículo requería la unanimidad para hipotecar el terreno común, habiéndolo extendido la doctrina a todos los casos en que se perjudique o afecte el derecho de algún comunero.

En tales casos se explicaba el requisito de unanimidad dada la analogía con los arts. 2680 y 2682 del Cód. Civil derogado y ahora con el art. 1990 del Código Civil y Comercial. Pero en la cuestión en examen el Consorcio actúa como ente independiente sobre bienes que le serán propios y no para adquirir cosas a incorporarse a un condominio, por ello, parece lógico que cese la regla de la unanimidad y se haga primar la de la voluntad de las mayorías.³⁴

Entonces, la decisión de adquirir o enajenar un inmueble deberá ser tomada con la previa aprobación en asamblea por el voto de la mayoría absoluta del conjunto de los propietarios, salvo que el reglamento prevea una mayoría superior y, conforme el artículo 2060 CCCN,³⁵ dicha mayoría deberá ser computada sobre la totalidad de los propietarios de

32. Art. 2051 CCCN: “Mejora u obra nueva que requiere mayoría. Para realizar mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes, los propietarios o el consorcio requieren consentimiento de la mayoría de los propietarios, previo informe técnico de un profesional autorizado. Quien solicita la autorización si le es denegada, o la minoría afectada en su interés particular que se opone a la autorización si se concede, tienen acción para que el juez deje sin efecto la decisión de la asamblea. El juez debe evaluar si la mejora u obra nueva es de costo excesivo, contraria al reglamento o a la ley, y si afecta la seguridad, solidez, salubridad, destino y aspecto arquitectónico exterior o interior del inmueble. La resolución de la mayoría no se suspende sin una orden judicial expresa”.

33. COSSARI, Nelson G. A., [comentario al art. 2044], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016, p. 850.

34. *Ibidem*.

35. Art. 2060 CCCN: “Mayoría absoluta. Las decisiones de la asamblea se adoptan por mayoría absoluta computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto. La mayoría de los presentes puede proponer decisiones, las que deben comunicarse por medio fehaciente a los propietarios ausentes y se tienen por aprobadas a los quince días de notificados, excepto que éstos se opongan antes por igual medio, con mayoría suficiente. El derecho a promover acción judicial de nulidad de la asamblea caduca a los treinta días contados desde la fecha de la asamblea”.

las UF y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto.

La adquisición de un inmueble por el consorcio no genera compromiso individual directo para el derecho patrimonial del comunero. No obstante, la minoría disconforme podrá reclamar judicialmente para que se deje sin efecto la decisión de la asamblea, conforme al artículo 2051, que establece que

Quien solicita la autorización si le es denegada, o la minoría afectada en su interés particular que se opone a la autorización si se concede, tienen acción para que el juez deje sin efecto la decisión de la asamblea.

El juez debe evaluar si la mejora u obra nueva es de costo excesivo, contraria al reglamento o a la ley, y si afecta la seguridad, solidez, salubridad, destino y aspecto arquitectónico exterior o interior del inmueble. La resolución de la mayoría no se suspende sin una orden judicial expresa.

Esta disposición, interpretada con criterio amplio, le permite al consorcista disconforme plantearle al juez lo pertinente a fin de evitar la violación de sus derechos o negocios judiciales, pero se evita que con una actitud obstructiva, pasiva o negligente perjudique los intereses del consorcio.

Como señalaran Alterini y Vázquez,

Y si alguna duda cupiere, no debería soslayarse que la interpretación que afirma la exigencia de la unanimidad tornaría prácticamente imposible, en los hechos, que el consorcio ejerciera esta facultad jurídica que, como hemos tratado de exhibir, se presenta claramente acorde con la especialidad que caracteriza a esta persona de existencia ideal (art. 35, Cód. Civil). Y también aquí, la directriz de la libertad debería guiar la respuesta por un discurrir que facilite el ejercicio de los derechos, desechándose reparos que no parecen hallar aval normativo definido.³⁶

Por otro lado, Cossari apunta:

Entendemos que tal solución se conforma con la normativa vigente y con las dificultades para obtener unanimidad y por ende se frustraría una ventajosa solución para el consorcio sobre todo cuando pretende ser adquirente en una subasta donde el mismo es actor...³⁷

¿Se lograría la aprobación del titular de la UF que se rematará y sigue siendo un consorcista, y debe contribuir al voto unánime, de exigirse este?

Si entendemos que el consorcio tiene capacidad jurídica como persona, en tales asuntos debe regirse –en principio– por la regla de la voluntad mayoritaria formada en la Asamblea y no la de la unanimidad propia del condominio.³⁸

36. ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., ob. cit. (cfr. nota 11).

37. COSSARI, Nelson G. A., ob. cit. (cfr. nota 33), p. 850.

38. Ibídem.

2.3.12. Normativa registral

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires admite expresamente la capacidad del consorcio de propietarios para ser titular dominial de inmuebles. Así lo hace la Disposición Técnico Registral (DTR) [14/2010](#) en su artículo 35:

El Consorcio de Propietarios del régimen de Propiedad Horizontal, en su calidad de sujeto de derecho con personalidad restringida para los fines de su constitución, es susceptible de ser titular dominial de inmuebles enajenados a su favor, siempre que lo sea en cumplimiento, uso y defensa de intereses comunes, siendo los mismos calificados por el Notario Autorizante del acto y/o el Juez, dejándose debida constancia de ello en los respectivos documentos ingresados para su registración.

Por su parte, la Orden de Servicio (OS) [45/2015](#), del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, al regular la personalidad del consorcio de propiedad horizontal, reafirma el criterio: “En la calificación, se mantienen los lineamientos establecidos por el artículo 35 de la DTR 14/2010”.³⁹

3. Bibliografía

- ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, “Propiedad horizontal. El consorcio dueño de unidades funcionales”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 11070, 19/8/2004 (t. 208, p. 1022).
- ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., “Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/5/2007 (t. 2007-C, p. 1076, cita online AR/DOC/1610/2007).
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- COSSARI, Nelson G. A., [comentario al art. 2044], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. y Saucedo, Ricardo J., *Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Tiempo compartido. Cementerios privados*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016.
- HIGHTON, Elena I. y NOLASCO, Elena C. (colab.), *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000 [colección “Derechos reales”, v. 4].
- KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Perrot, 1967.
- RASPALL, Miguel A., “¿Concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal? Análisis crítico”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 27/5/2016 (t. 2016-C, p. 1049, cita online AR/DOC/1536/2016).

39. [N. del E.: ver p. 35 de la OS [45/2015](#)].

Oferta de donación conjunta o solidaria

Una solución jurídica, práctica y eficaz para las ofertas de donación (art. 1547 del Código Civil y Comercial)

Natalio P. Etchegaray

RESUMEN

La utilización de la modalidad de donación conjunta o solidaria (art. 1547 del Código Civil y Comercial) permite que la aceptación de un solo donatario ocasione la pérdida total del dominio para el donante. Los restantes donatarios podrán, en consecuencia, aceptar la donación aun después de la muerte del donante, no aplicándose entonces el artículo 1545 del Código Civil y Comercial. Si los restantes donatarios o alguno de ellos no aceptaren la donación, ya fuera por su muerte, rechazo o por revocación del donante, el dominio quedará proporcionalmente en cabeza de los donatarios que hubieren aceptado. Por lo tanto, el artículo 1547 del Código Civil y Comercial aporta una solución jurídica, práctica y eficaz para aceptar ofertas de donación con posterioridad a la muerte del donante, superadora del impedimento que plantea el artículo 1545.

PALABRAS CLAVE

Donación, oferta conjunta o solidaria, aceptación de oferta, derecho de acrecer, registro de la propiedad.

Fechas de recepción y aceptación

12/11/2017 - 16/12/2017

Sumario: **1.** Donación "solidaria". La aceptación por uno solo de los donatarios se aplica a la donación entera. **2.** Los artículos 1547 del Código Civil y Comercial y 1794 del Código de Vélez Sarsfield. **3.** Donación solidaria u oferta conjunta. Concepto. La nota de Vélez Sarsfield al artículo 1794. **4.** Escasa o nula utilización de la donación solidaria. **5.** Otros aspectos a tener en cuenta en la aceptación de ofertas de donación. **5.1.** El Código Civil y Comercial no exige la subsistencia de la capacidad del donante al tiempo de la aceptación. **5.2.** El donatario puede aceptar la donación en forma expresa o tácita. **5.3.** Aceptación tácita de la donación y posibilidad de tener por notificado al donante. **5.4.** Silencio legislativo sobre el derecho de acrecer en las donaciones. **6.** Aspectos registrales. **7.** Conclusión. **8.** Bibliografía.

1. Donación “solidaria”. La aceptación por uno solo de los donatarios se aplica a la donación entera

La sanción del Código Civil y Comercial (CCCN) trajo una importante novedad en lo relativo a la aceptación de ofertas de donaciones de bienes registrables y produjo un fuerte impacto en las costumbres domésticas: la exigencia que la aceptación se produzca en vida del donante. Así lo expresa el artículo 1545:

Aceptación. La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas a la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario.

Esta reforma legislativa puso de manifiesto una situación hasta ese momento no considerada relevante por los donatarios: definir, según el estado de salud del donante, la necesidad de aceptar rápidamente la donación, pendiente de aceptación. Dentro del universo de codonatarios que puede presentarse en cada oferta de donación, los tendremos cercanos, viviendo en la localidad, en el resto del país, o en el exterior, ya fuera en países cercanos o remotos, y algunos de estos donatarios con posibilidad de viajar de inmediato u otorgar rápidamente un poder para aceptar, y otros que no pueden hacer ni una cosa ni la otra. Y allí se presenta el problema: que el donante fallezca antes de que hubiesen aceptado todos los donatarios, con lo que quedarán imposibilitados de aceptar los que todavía no lo hubieran hecho y la oferta quedará revocada para ellos y en consecuencia deberán realizarse los trámites sucesorios respecto de las partes indivisas del inmueble ofertado en donación, partes indivisas cuya titularidad continuó estando a nombre del causante.

Es aquí donde encontramos que este problema se soluciona utilizando la figura de la donación “solidaria”: la aceptación por uno solo de los donatarios se aplica a la donación entera y aún pendiente de aceptación por el resto de los donatarios, y el titular pierde totalmente el dominio, que queda abierto para incorporar a los demás codonatarios, a medida que vayan aceptando. Producida la primera aceptación por cualquier donatario, el donante pierde su dominio sobre la totalidad del bien ofertado en donación; la muerte de algún otro donatario sin haber aceptado la oferta o la revocación de la oferta por el donante respecto de un donatario que todavía no aceptó no hará renacer el dominio del donante sobre esas partes indivisas del bien, que irán acreciendo proporcionalmente a los que vayan aceptando. Al final del proceso, cuando ya no queden donatarios con derecho a aceptar, la totalidad del bien quedará proporcionalmente en el dominio del o de los que fueron aceptando la donación.

Todas estas etapas deberán tener adecuado reflejo registral a partir de la primera aceptación, ya que provocará el desplazamiento del donante de la titularidad del dominio y la registración, como titulares parciales de dominio del o los donatarios que aceptaron. El porcentaje de titularidad restante se cubrirá sucesivamente, a medida que se produzcan las aceptaciones pendientes. Si ellas no se producen por revocación de la oferta, por muerte o renuncia del donatario, pendiente su aceptación, acrecerán proporcionalmente al dominio de los que hubiesen aceptado.

2. Los artículos 1547 del Código Civil y Comercial y 1794 del Código de Vélez Sarsfield

Artículo 1547 del CCCN:

Si la donación es hecha a varias personas **solidariamente**, la aceptación de uno o alguno de los donatarios se aplica a la donación entera. Si la aceptación de unos se hace imposible por su muerte, o por revocación del donante respecto de ellos, la donación entera se debe aplicar a los que la aceptaron.

Artículo 1794 del Código de Vélez Sarsfield:

Si la donación se hace a varias personas separadamente, es necesario que sea aceptada por cada uno de los donatarios, y ella sólo tendrá efecto respecto de las partes que la hubiesen aceptado. Si es hecha a varias personas **solidariamente**, la aceptación de uno o alguno de los donatarios se aplica a la donación entera. Pero si la aceptación de los unos se hiciera imposible, o por su muerte o por revocación del donante respecto de ellos, la donación entera se aplicará a los que la hubiesen aceptado.

3. Donación solidaria u oferta conjunta. Concepto. La nota de Vélez Sarsfield al artículo 1794

Los artículos transcriptos expresan en idénticos términos lo medular de esta figura jurídica: si la donación es hecha a varias personas solidariamente, la aceptación de uno o alguno de los donatarios se aplica a la donación entera. La nota de Vélez Sarsfield al artículo 1794¹ cita a Demolombe;² se transcribe entonces a continuación lo que expresa este jurista:

156. Los notarios o tabeliones acostumbraban que las donaciones se aceptaran por los donatarios presentes, como estipulantes para los donatarios ausentes. El artículo 5 de la Ordenanza de 1734 hizo la defensa expresa de esa figura. Es evidente que esa situación subsiste (y con mayor razón) en el día de hoy. 157. Furgole ponía en estos términos una primera pregunta sobre la ordenanza de 1734, a saber: «¿Si la donación se hace para dos personas, donde una está presente y otra ausente, la aceptación de una beneficia a la otra?» Él respondía: «No, si los dos donatarios no lo son en conjunto, cada uno de ellos es donatario separadamente, dividen por su parte; si ellos son codonatarios *in solidum* y a tal punto juntos, como dice Ricard, si la donación caduca a la vista de uno, su parte debe incrementar el perfil del otro». Esta distinción parece todavía exacta, pero importa entenderla correctamente. El principio es, en efecto, que uno de los codonatarios no puede aceptar por sus codonatarios, lo cual hace necesario distinguir, en todos los casos, si la donación hecha a

1. [N. del E.: acceda [aquí](#) a las notas del codificador, p. 107 {fuente: *Notas del Código Civil de la República Argentina tales como fueron publicadas por el Dr. D. Dalmacio Vélez Sarsfield en su proyecto del código sancionado por el H. Congreso Argentino*, Buenos Aires, Pablo Coni editor, 1872, edición digitalizada por [Google Books](#)}].

2. DEMOLOMBE, Charles, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, t. 3, París, A. Durand-L. Hachette et Cie., 1864.

varios lo ha sido separada o conjuntamente. Esto es verdad solamente en el caso en que la donación se haya hecho *in solidum*, de manera que el rechazado o incapacitado posibilite a los otros *jure non decrescendi*, que la aceptación hecha por uno de los codonatarios se aplicaría en efecto, a la donación entera, en su interés, naciendo desde ese punto, un obstáculo para que el donante pueda revocarla para su perjuicio. Esta aceptación, sin duda, no perjudica al otro codonatario, en el sentido que no le impediría a éste aceptar en adelante y demandar su parte del objeto donado. Sin embargo si su aceptación se hace imposible, sea por su deceso, o por el deceso del donante, o por la revocación que éste hiciera respecto de él, la donación, toda entera, irá al donatario que la hubiera aceptado.

4. Escasa o nula utilización de la donación solidaria

Esta modalidad de **donación solidaria** ha sido muy poco utilizada en nuestro medio. Históricamente, son contados los casos de anotación de donaciones solidarias en los distintos registros de la propiedad inmobiliaria. Esta evidencia demuestra que, durante toda la vigencia del Código velezano, los operadores del derecho no le encontraron utilidad práctica al uso de esta modalidad de donación, pues a la vista del artículo 1795 del Código velezano (“si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donación, **puede éste, sin embargo, aceptarla, y los herederos están obligados a entregar la cosa dada**”), el fallecimiento del causante no impedía que el donatario aceptara. En consecuencia, no había apuro en aceptar la oferta de donación, cualquiera fuera el estado de salud del donante o aun ante la certeza de su próximo fallecimiento.

Esta situación se vivió durante toda la vigencia del Código velezano y, como consecuencia de ese **no uso**, la figura de la donación solidaria fue absolutamente desconocida en el gran público y también –justo es reconocerlo–, entre muchos operadores del derecho. Se puede afirmar que en el Código velezano solo existía un límite a la aceptación de la donación: la revocación de la oferta por voluntad del donante.

5. Otros aspectos a tener en cuenta en la aceptación de ofertas de donación

5.1. El Código Civil y Comercial no exige la subsistencia de la capacidad del donante al tiempo de la aceptación

En el CCCN se diferencia claramente el régimen especial de aceptación de ofertas de donaciones del régimen general de aceptación de ofertas. En la parte especial de donaciones solamente se exige la sobrevivencia del donante (art. 1545); **no se exige la subsistencia, al tiempo de la aceptación, de la capacidad del donante**, que sí se impone en la parte general (art. 976).

5.2. El donatario puede aceptar la donación en forma expresa o tácita

El artículo 1545 CCCN mantiene la posibilidad para el donatario de “aceptar la donación en forma expresa o tácita”, tal como se lo otorgaba el artículo 1792 del Código de Vélez, sustituyendo la necesidad de “recibir la cosa donada”, por la de “sujetar la aceptación a las reglas establecidas respecto a las formas de las donaciones”. En otras palabras, confiere importancia al cumplimiento de las formalidades mínimas para la existencia del contrato, buscando diferenciar la entrega gratuita de un bien en propiedad de un simple préstamo de uso gratuito de ese bien.

5.3. Aceptación tácita de la donación y posibilidad de tener por notificado al donante

A propósito de la aceptación de ofertas de donación y especialmente en el caso de bienes inmuebles, parece oportuno recordar dos artículos de la parte general del CCCN: los artículos 979 (modos de aceptación) y 983 (recepción de la manifestación de la voluntad), que permiten tener por aceptada tácitamente tanto la oferta por el donatario como la notificación al donante.

Según el artículo 979, “toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación”. Al respecto, Acquarone, Cosola y Roca señalan que cuando el artículo “se refiere a todo «acto» del aceptante, está aludiendo a la manifestación tácita de la voluntad en los términos del art. 264 del Cód. Civil y Comercial”,³ y el artículo 264 define la manifestación tácita de la voluntad como aquella que “resulta de los actos por los cuales se le puede conocer con certidumbre”. A su vez, el artículo 983 CCCN establece que

... la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoce o debió conocerla, ya se trate de una comunicación verbal, o de la posibilidad de haber recibido en su domicilio el instrumento pertinente, o de cualquier otro modo útil.

Dadas las especiales circunstancias de comunicación verbal que brinda la vida familiar entre legitimarios, así como la publicidad posesoria respecto de los inmuebles entre los miembros de una familia y otros modos útiles de notificación tácita, resulta sobreabundante exigir prueba documental para tener al donante por notificado de la aceptación de la oferta por el donatario.

5.4. Silencio legislativo sobre el derecho de acrecer en las donaciones

Otra de las novedades en esta materia del CCCN la constituye el silencio legislativo sobre la posibilidad de establecer el derecho de acrecer entre los donatarios. El artículo 1798

3. ACQUARONE, M. T., COSOLA, S. J. y ROCA, R., [comentario al art. 979], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 3, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 717.

del Código velezano le permitía al donante establecer el derecho de acrecer entre codonatarios, en los siguientes términos:

Cuando la donación se haga a dos o más beneficiados conjuntamente, ninguno de ellos tendrá derecho de acrecer, a menos que el donante lo hubiese conferido expresamente.

Hay una importante discusión doctrinaria sobre la diferencia entre la donación solidaria u oferta conjunta y el derecho de acrecer entre los donatarios. El tema ha sido extensamente tratado por Franco y Gastón Di Castelnuovo al comentar el artículo 1547 CCCN, con amplias referencias a los artículos 1794 y 1798 del Código de Vélez y a los autores que se ocuparon del tema, y allí nos remitimos. No obstante, se transcriben sus conclusiones sobre la situación que nos deja el CCCN al suprimir toda referencia al derecho de acrecer entre los donatarios:

En el ordenamiento en estudio no encontramos un artículo equivalente al art. 3810 del Cód. Civil, razón por la cual pensamos que si el donante podía otorgar ese derecho en virtud de una norma que así lo contemplaba (art. 1798, Cód. Civil), nada prohíbe que lo siga haciendo ante la falta de una prohibición expresa, otra vez por ese acercamiento que indudablemente existe entre el legado y la donación, aun cuando este nuevo Código exija que el donante esté vivo al momento de la aceptación.⁴

Para reiterar más adelante:

En líneas generales compartimos la opinión de Borda, sin perjuicio de remarcar las coincidencias señaladas con el modo de funcionar del derecho de acrecer en las donaciones tal como explica López de Zavalía. Sin perjuicio de ello, discrepamos en un punto. Se ha sostenido, como hemos visto, que derecho de acrecer y solidaridad son conceptos equivalentes. Sin embargo, consideramos que no es así, y entendemos que el donante podrá escoger por una u otra estipulación al ofertar la donación, imponiendo la solidaridad o dando el derecho de acrecer a los beneficiarios. Como dijimos, y aunque no resulte decisivo para llegar a la misma conclusión en el marco del nuevo ordenamiento, no encontramos en él un artículo que establezca que el derecho de acrecer sólo tiene lugar en las disposiciones testamentarias.⁵

Comparto este criterio y, por lo tanto, que el donante puede establecer el derecho de acrecer entre los donatarios, ya que si no está expresamente permitido, tampoco está expresamente reservado al derecho testamentario, como lo era en el artículo 3810 del Código de Vélez.

4. DI CASTELNUOVO, Franco y DI CASTELNUOVO, Gastón R., [comentario al art. 1547], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 5, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 461.

5. Ídem, pp. 464-465.

6. Aspectos registrales

El registrador debe tener en cuenta que el asiento indicativo del titular del dominio, como resultado de la aceptación parcial de una donación solidaria, es complejo:

- a) El anterior titular pierde íntegramente el dominio, aunque no acepten todos los donatarios;
- b) El aceptante parcial solo resulta titular de una parte del dominio, de acuerdo a la proporción que le hubiere donado el titular;
- c) El resto del dominio queda sujeto a las sucesivas aceptaciones de los restantes donatarios;
- d) Recién cuando resulte imposible que los donatarios remisos puedan aceptar, ya fuera por su muerte o por rechazo voluntario, o por revocación del donante, el dominio quedará en cabeza del donatario que aceptó inicialmente y de los que lo hicieron después, proyectando la proporción que el donante hubiera indicado en la oferta de donación, en relación al número definitivo de aceptantes.

7. Conclusiones

La utilización de la modalidad de donación conjunta o solidaria (art. 1547 CCCN) ocasiona que, con la aceptación de un solo donatario, el donante pierda la totalidad de su dominio. Los restantes donatarios podrán aceptar la donación, aun después de la muerte del donante, no aplicándose en ese caso la exigencia de que la donación se acepte en vida del donante (art. 1545 CCCN). Si los restantes donatarios o alguno de ellos no aceptaran la donación, ya fuera por su muerte, rechazo o por revocación del donante, el dominio quedará proporcionalmente en cabeza de los donatarios que hubieran aceptado. Por lo tanto, el artículo 1547 CCCN aporta una solución jurídica, práctica y eficaz para aceptar ofertas de donación con posterioridad a la muerte del donante, superadora del impedimento que plantea el artículo 1545 de dicho Código.

8. Bibliografía

- ACQUARONE, M. T., COSOLA, S. J. y ROCA, R., [comentario al art. 979], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 3, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- DEMOLOMBE, Charles, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, t. 3, París, A. Durand-L. Hachette et Cie., 1864.
- DI CASTELNUOVO, Franco y DI CASTELNUOVO, Gastón R., [comentario al art. 1547], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 5, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

Una propuesta interpretativa del justo título y la buena fe del adquirente de inmuebles

Francisco Hotz

RESUMEN

Considerar la realización del “estudio de títulos” como una diligencia esencial para la configuración de la buena fe del adquirente es un error que desentona con la realidad comercial y humana a la que deberían ajustarse la ley y las costumbres jurídicas, ya que la buena fe es un estado de certeza íntimo de quien contrata, no una opinión profesional del escribano. El Código Civil y Comercial no ha modificado la presunción de buena fe aplicable a todas las relaciones de poder, por lo que la realización de un “examen previo de la documentación y constancias registrales”, como el texto del art. 1902 exige, es un elemento que buscó delimitar los casos de justo título y no imponer una regla aplicable a todas las transmisiones de derechos reales. Su redacción es una reafirmación de la función legitimante del escribano, que es cumplida perfectamente con la constatación de matricidad.

PALABRAS CLAVE

Presunción de buena fe, estudio de títulos, prescripción breve, justo título.

Fechas de recepción y aceptación

12/10/2017 - 20/12/2017

Sumario: 1. Introducción. 2. La prescripción breve. 2.1. El justo título. 2.2. El justo título en el Código Civil y Comercial. 3. La buena fe para la prescripción corta. 4. Limitación de los casos de justo título. 5. La buena fe tasada. Discutible presunción. 6. Función legitimante del notario. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

La interpretación actual de los cánones exigidos para acreditar la buena fe del adquirente deviene de una inexacta interpretación del artículo 1902 del Código Civil y Comercial (en adelante, “CCCN”), toda vez que este artículo contempla las exigencias especiales para apelar a la buena fe solo a los efectos de obtener el beneficio de la prescripción breve o decenal, sin hacer referencia a los parámetros generales para la buena fe en la posesión de derechos reales en general, cuya presunción se mantiene inalterada. A su vez, de la lógica aplicada al nuevo artículo 1902 se desprende que se ha delimitado la aplicabilidad de la prescripción breve a casos patológicos con delitos penales de por medio, como sustitución de personas y falsificación de instrumentos públicos.

La buena fe debe entenderse como un elemento psicológico e íntimo del adquirente, ajeno al escribano, cuya acreditación no puede sustentarse en una diligencia profesional. De aquí que el criterio jurisprudencial por el que se tiene por probada la buena fe con la realización del estudio de títulos no se ajusta a la realidad de los hechos.

2. La prescripción breve

El tratamiento de la prescripción breve comienza en el CCCN con el artículo 1898:

La prescripción adquisitiva de derechos reales con **justo título y buena fe** se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de dos años. Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título.¹

Este tipo de prescripción, que reduce a la mitad el tiempo exigido comúnmente para adquirir cosas inmuebles, consolida el derecho real de dominio luego de ejercer la posesión *animus domini* por diez años en forma pública, pacífica, continua e ininterrumpida, por lo que no difiere en absoluto de la usucapión o prescripción veintañal en relación a que se requieren posesión y tiempo. Sin embargo, en este caso se exigen dos elementos más para hacerla efectiva: justo título y buena fe. La exigencia de mayores requisitos para dar viabilidad a la pretensión de prescribir a los diez años es equitativa y lógica, toda vez que a mayores elementos a favor del adquirente, es natural que sea mayor la ventaja o protección contra terceros reivindicantes. Así, quien ostente justo título y buena fe se verá favorecido por sobre quien solo posee en forma pública, pacífica e ininterrumpida, independientemente de su buena o mala fe e, incluso, sin título alguno. En cuanto a su naturaleza jurídica, Vélez nos aclaraba que no es una prescripción para adquirir, dado que la cosa ya estaba adquirida mediante justo título y buena fe: “La prescripción que determina el artículo no es rigurosamente de adquirir: la cosa está ya adquirida con título y buena fe”.²

Hemos visto que desde tiempos muy remotos, el derecho positivo distinguió para la usucapión, entre el caso en que el poseedor aducía un título revestido de ciertos caracteres y aquel en que sólo podía invocar la posesión; diferencia que se hizo más visible, al reclamarse para el primer supuesto, el requisito de la buena fe, que no era necesario para el segundo. Inútil es decir que las preferencias y las facilidades están a favor de quien no gana el dominio en realidad, por este solo medio, y más bien corrige los vicios de una adquisición, que entendió efectuar válidamente desde un comienzo.³ A su vez, el fundamento de la prescripción adquisitiva es consolidar situaciones fácticas como medio

1. El destacado es nuestro.

2. Nota al art. 3999 CCIV. [N. del E.: ver [aquí](#), p. 264, art. 53 *in fine* {fuente: *Notas del Código Civil de la República Argentina tales como fueron publicadas por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield en su proyecto del Código sancionado por el H. Congreso Argentino*, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1872; última consulta: 1/2/2018}].

3. ALTERINI, Jorge H. y LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley - Ediar, 2010, p. 414.

de favorecer la seguridad jurídica, liquidando situaciones inestables, dando certeza a los derechos y poniendo en claro la composición del patrimonio, con lo cual se propende a la paz y orden social.⁴

2.1. El justo título

Como es de suponer, quien posea un inmueble con un título perfecto o suficiente no tendrá necesidad de acudir a la protección en análisis, por lo que se desprende que el justo título es un negocio causal de transmisión de dominio (*iusta causa traditionis*) que adolece de algún defecto que impide u obstaculiza su perfección. Se trata de la deficiencia que se subsana mediante el transcurso del tiempo. El Código Civil (en adelante, “CCIV”) en su artículo 4010 rezaba:

El justo título para la prescripción, es todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la condición de la persona de quien emana.

Su fuente directa es la obra de Aubry y Rau, para quienes

... un título considerado en sí, es decir, con abstracción de si emana del vendedor propietario y de una persona capaz de enajenar, es apto para conferir un derecho de dominio.⁵

Complementa la interpretación del concepto la nota de Vélez Sarsfield, donde dice:

Por justo título se entiende exclusivamente la reunión de las condiciones legales que prescribe el artículo. Cuando se exige un justo título no es un acto que emane del verdadero propietario, pues que es contra él que la ley autoriza la prescripción. Precisamente el vicio resultante de la falta de todo derecho de propiedad en el autor de la transmisión es lo que la prescripción tiene por objeto cubrir...⁶

El maestro Peña Guzmán lo ha definido como:

... el acto jurídico que, revestido de los caracteres que la ley establece, es idóneo para hacer adquirir el dominio por la posesión continuada durante diez años, siempre que tenga por objeto transmitir el dominio de una cosa y que se encuentre revestido de las solemnidades exigidas por la ley, debiéndose valorarse el título por sí mismo, sin consideración a la condición de la persona que lo otorgó, fuese o no propietaria.⁷

4. CNCom., Sala B, 25/4/2011, “Sircovich, Samuel s/ Quiebra” (*elDial.com*, AG224E [N. del E.: ver sumarios oficiales [aquí](#)]).

5. Citada por ALTERINI, Jorge H. y LAFAILLE, Héctor, ob. cit. (cfr. nota 3), § 218-A, p. 419.

6. [N. del E.: ver [aquí](#), p. 265, art. 64 {fuente: *Notas del Código Civil de la República Argentina tales como fueron publicadas por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield en su proyecto del Código sancionado por el H. Congreso Argentino*, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1872; última consulta: 1/2/2018}].

7. PEÑA GUZMÁN, Luis A., *Derecho civil. Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, TEA, 1975, p. 242.

Por su parte, Salvat entiende que

... en los casos en que la prescripción se invoca, el título emana de una persona que no era propietaria de la cosa o del derecho real transmitido o de una persona que, siendo propietaria, no tenía el derecho de disponer de ella; la propiedad no ha sido, en estos casos, legalmente adquirida y el poseedor se ve, entonces, para conservar la cosa, en la necesidad de recurrir a la prescripción [...] desde el momento que él haya adquirido por un título apto para operar la transmisión de la propiedad, el justo título existe, porque la prescripción tiene por objeto cubrir al poseedor no sólo contra la falta de todo derecho de propiedad en el enajenante, sino también contra los vicios que puedan afectar este derecho...⁸

En cuanto a la forma del justo título y las vagas interpretaciones que le han querido otorgar al boleto de compraventa la calidad de tal, no hay lugar a disquisiciones, debe ser una escritura pública, ya que este es el instrumento idóneo para transferir el dominio sobre bienes inmuebles.

2.2. El justo título en el Código Civil y Comercial

El CCCN en su artículo 1902 prescribe:

El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto.

La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella.

Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.⁹

Así, se proyecta una primera conclusión, el concepto de justo título no ha variado en lo sustancial, pero hubo dos cambios importantes: 1) el artículo ahora se refiere solo a derechos reales principales; y 2) se exigen, al tratarse de cosas registrales, el estudio de antecedentes, constancias registrales y demás actos de verificación pertinentes para configurar la buena fe a los efectos de la prescripción corta. Este último cambio es el que ha dado lugar a considerar incorporada la obligatoriedad de la realización del estudio de antecedentes de dominio para acreditar la buena fe del adquirente a título oneroso en general.

Las preguntas que cabe formularse son: si debemos entender que el estudio de antecedentes perfecciona la buena fe en todos los casos de adquisiciones a título oneroso, ¿cómo se armoniza esta afirmación con lo impuesto como principio general en el

8. SALVAT, Raymundo M., *Derecho civil argentino. Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, TEA, 1952, pp. 259-260.

9. El destacado es nuestro.

artículo 1919 CCCN al decir que la relación de poder se presume siempre de buena fe, a menos que exista prueba en contrario? ¿Por qué los codificadores no emplearon el plural para referirse a la relación posesoria, haciéndolo, en cambio, en singular y, por ende, en estricta referencia al instituto tratado en ese mismo artículo –el justo título–?

3. La buena fe para la prescripción corta

La nota diferenciadora para la justa interpretación del artículo 1902 CCCN radica esencialmente en lograr entrever la diferencia que plantea el nuevo ordenamiento en cuanto a la buena fe a la que hace referencia. El CCIV sostenía en el artículo 4006 que

La buena fe requerida para la prescripción, es la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa. Las disposiciones contenidas en el título «De la posesión», sobre la posesión de buena fe, son aplicables a este capítulo.

En la nota a este artículo, Vélez Sarsfield dejaba en claro cuál era la diligencia necesaria para obtener esa “creencia sin duda alguna” de ser el exclusivo señor de la cosa:

... no debe ser considerado en estado de buena fe, el que duda si su autor era ó no señor de la cosa, y tenía ó no el derecho de enajenarla, porque la duda es un término medio entre la buena y mala fe.¹⁰

La jurisprudencia durante la vigencia del CCIV ha definido la buena fe requerida para la prescripción decenal como

... la creencia del poseedor, sin duda alguna, de ser el dueño exclusivo del inmueble, creencia que es un estado de espíritu del adquirente derivado de las condiciones en que se la ha transmitido el dominio y que lo autoriza a pensar con fundamento que es su dueño.¹¹

Mariani de Vidal entiende que la buena fe del poseedor existe cuando cree, sin ningún género de vacilaciones, que quien le transmitió la posesión era titular del derecho o tenía capacidad para constituirlo o transmitirlo. La ignorancia o error deben resultar excusables, lo que implica que la conducta del poseedor ha de ser diligente a fin de ser calificado como poseedor de buena fe.¹²

Sin embargo, analizando los comentarios tanto de Vélez Sarsfield como de la jurisprudencia y doctrina de entonces, percibimos sin mucho esfuerzo que la buena fe a la que se refería Vélez para la prescripción corta en nada difería de la buena fe exigida para la posesión en general. De hecho, lo aclara en la segunda parte del artículo 4006:

10. [N. del E.: ver [aquí](#), p. 265, art. 60 {fuente: *Notas del Código Civil de la República Argentina tales como fueron publicadas por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield en su proyecto del Código sancionado por el H. Congreso Argentino*, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1872; última consulta: 1/2/2018}].

11. C.Fed. Mendoza, 22/10/1952 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1953-II, p. 318, f. 15051); CNCiv. 1ª, 14/9/1938 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 63, p. 859); CNCiv. 2ª, 31/7/1931 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 36, p. 266); citados en SALAS-TRIGO REPRESAS, *Código Civil anotado*, t. 3, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 332.

12. MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, t. I, Buenos Aires, Zavalía, 2004, p. 159.

“Las disposiciones contenidas en el título «De la posesión», sobre la posesión de buena fe, son aplicables a este capítulo”. Por lo tanto, la definición del artículo 2356 CCIV bastaba para definirla.¹³ Incluso le era aplicable la presunción general de mala fe del artículo 4009 CCIV: “el vicio de forma en el título de adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor”. En consecuencia, a quien le concernía un justo título le correspondía la presunción de buena fe en su posesión (arts. 2362 y 4008 CCIV¹⁴), salvo que su mala fe se presumiera, hecho que solo se daba en caso de vicios de forma manifiestos (art. 4009 CCIV). Esta situación implicaba una inequidad en beneficio de los adquirentes por justo título, dado que, sin exigir requisitos más rigurosos que al poseedor común y corriente, le otorgaba una ventaja significativa contra el verdadero titular, pudiendo tornar oponible su justo título, sobre todo en los casos de ventas del *non domino*, caso típico.

Esta lógica nos exigía razonar lo siguiente: Si por un lado uno de los requisitos esenciales del justo título era –y continúa siéndolo– el cumplimiento de la forma y, por el otro, la presunción de mala fe solo se daba en casos de defecto de forma –que por ende implicaban la inexistencia de justo título–, ¿en qué casos se presumiría la mala fe de quien oponía un justo título? Este cuestionamiento concernía porque, de no exigirse un requisito que diferenciara la buena fe de la posesión para la usucapción corta, se imponía su presunción en todos los casos, relativizando las defensas jurídicas de los verdaderos propietarios y el derecho de propiedad, ya que cualquiera que se hiciera de una escritura pública y entrara en posesión, podía regularizar su situación en la mitad del tiempo exigido ordinariamente. Así, por ejemplo, se presentarían casos donde, incluso a sabiendas de un defecto no ostensible (de nulidad absoluta o relativa) en la legitimación del disponente y gozando de la presunción de buena fe en su favor, se acceda sin más al beneficio, consolidando el dominio perfecto en diez años, lo que abriría las puertas a maniobras fraudulentas conocidas en el medio inmobiliario.

Salvat también entendía que la presunción de mala fe en materia de prescripción breve solo tenía lógica e interés práctico si se refería a los antecedentes del título del usucapiente:

Aplicada al título mismo de adquisición, es decir, al acto por el cual el poseedor ha adquirido la cosa, esta disposición nos parece completamente inútil, porque el título nulo por defecto de forma no constituye un justo título, y, en consecuencia, la prescripción de diez a veinte años (ahora sólo diez) era ya inaplicable por esta causa. Pero, aplicada con relación a los antecedentes del título del enajenante poseedor, nuestra disposición tiene un interés práctico decisivo, en el sentido de que la existencia en ellos de defectos de forma, darían lugar a la presunción de mala fe, y, en consecuencia, harían imposible la prescripción de diez o veinte años.¹⁵

13. Art. 2356 CCIV: “La posesión puede ser de buena o de mala fe. La posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad”.

14. Art. 2362 CCIV: “Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión, hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presume”.

Art. 4008 CCIV: “Se presume siempre la buena fe, y basta que haya existido en el momento de la adquisición”.

15. SALVAT, Raymundo M., ob. cit. (cfr. nota 8), p. 268.

4. Limitación de los casos de justo título

Como se presenta la redacción del artículo 1902, para oponer la prescripción breve se deberá acreditar la realización del estudio de la documentación y constancias registrales que acrediten la buena fe del poseedor. Dicho análisis jurídico permitirá descartar las faltas de legitimación suficientes y toda otra observabilidad patente como inexistencia o falta de firmas, falta de autorización del acto, presuntas donaciones inoficiosas, falta de legitimidad en los disponentes, apoderamientos insuficientes, errores procesales, inexistencia de documentación acompañada, etcétera. Por lo que estos casos –de más está aclarar que son los más frecuentes– serían descartados o subsanados, eliminando la posibilidad de que se cree un justo título, ya que quien adquiera sin subsanarlos previamente, no podría ser considerado poseedor de buena fe.

Entonces, ¿cuáles serán los defectos que no podrán ser percibidos por un estudio de antecedentes y abrirán las puertas a la buena fe del adquirente, dándole vida al justo título? El escribano que realice ese diligenciamiento no podrá evidenciar, por ejemplo, la sustitución de personas o falsificación de documentación, ya que no es perito idóneo para realizar un juicio de valor al respecto, como tampoco podrá percibir de vicios procesales que surjan de ocultamientos, por ejemplo la omisión de denunciar un coheredero o el vicio en una notificación que provoque la nulidad de todo lo actuado.

En estos casos, el estudio de antecedentes será siempre favorable para transmitir, aunque exista un defecto grave que, por imperceptible, otorgará al adquirente el beneficio de la prescripción breve. Entonces el ámbito de aplicación del justo título se circunscribirá a esos supuestos excepcionales, patológicos, que no se presentan frecuentemente en el mercado inmobiliario, apartando al justo título a un rincón de absoluta excepción. A su vez, siguiendo este hilo conductor, nos encontraremos con que en estos casos de ventas del *non domino*, además de acreditarse siempre la buena fe del adquirente, nunca habrá responsabilidad del escribano que intervino –haya realizado o no el estudio de antecedentes–, ya que, conforme la jurisprudencia que considera obligatoria su realización, lo que determina la responsabilidad o no del profesional es la ostensibilidad del vicio, no la ausencia de la diligencia.

En el caso, se trató de una enajenación *a non domino* por interposición de persona [...] no puede entenderse que el apelante debía constatar la supervivencia de los enajenantes de una escritura pasada ante otro escribano al momento de celebrarse aquella operación, en razón de que es inadmisibles llevar un estudio de título al extremo de procurar la dilucidación de aspectos que han de tenerse por ciertos en razón de la fe pública de la que gozaba la escritura antecedente. Va de suyo, que los juicios sucesorios que la juez tuvo a la vista y mencionó en la sentencia no podían ser detectados en aquel entonces por el escribano demandado.¹⁶

16. CNCiv., Sala H., 28/4/2005, “Sánchez, Enrique Dante c/ Tassi, Felipe Romero V. s/ Nulidad de acto jurídico” (*elDial.com*, AA29A4).

5. La buena fe tasada. Discutible presunción

En base a la reforma del artículo 4006, actual 1902, parte de la doctrina ha pasado a considerar que debe entenderse aplicable a todos los casos de posesión, no solo a la destinada a usucapir en diez años. Este razonamiento ha dado principalmente frutos en el ámbito judicial, convirtiéndose en la bisagra que permite o no el acceso a la protección del artículo 392 CCCN (art. 1051 CCIV).

A nuestro entender, si sostenemos que el estudio de antecedentes es un elemento esencial de la buena fe en la posesión en términos generales, nos sumergimos en un grave error interpretativo que impide escindir el fuero íntimo de convicción de la persona, de los elementos extraños que pueden o no coadyuvar a la obtención del estado de certeza exigido. La buena fe en el adquirente de inmuebles es un estado de certeza íntimo de quien contrata, un elemento psicológico que determina la ignorancia del vicio inherente al título del enajenante. De aquí que nadie podrá ejercer el acto con buena o mala fe más que la parte, independientemente de cuántos elementos tenga a su disposición para reforzar o no su convencimiento.

El estudio de títulos es una diligencia que se encomienda al notario antes de la autorización del acto. De manera que la comunicación al adquirente sobre la legitimidad del derecho invocado por el transmitente se encuentra en manos del escribano y su juicio profesional. No se trata de una íntima convicción, sino de un elemento que, estando sujeto al criterio interpretativo de un tercero ajeno al negocio –el escribano–, condiciona o reafirma la voluntad del adquirente. Dicho de otro modo, a quien convence el estudio de antecedentes es al escribano, no al adquirente:

El estudio de títulos y antecedentes (referencia) es uno de los medios que **afianzan la creencia notarial** en la legitimación del disponente.¹⁷

En esta lógica, lo allí manifestado puede modificar la voluntad del requirente del servicio o no, ya que existen circunstancias personales e íntimas que, sin poder ser advertidas por el notario, determinan el camino a tomar por el adquirente y burlan todo pretendido sistema de acreditación tasada de buena fe. A su vez, el dictamen del profesional no es una sentencia. Cualquier observabilidad del título que no implique una nulidad ostensible deberá ser informada, pero no podrá obstaculizar la autorización del acto en caso que las partes opten por asumir los riesgos; de lo contrario, el notario estaría negando la prestación de un servicio público, hecho que implica responsabilidad de su parte. En esta misma sintonía se han expresado Capurro y Etchegaray:

... reiteramos nuestra posición en el sentido de que el estudio de títulos no forma parte de los elementos requeridos para integrar la buena fe del adquirente...¹⁸

... nosotros sostenemos que la exigencia de la realización previa del estudio de títulos para configurar la buena fe del adquirente parte de una confusión técni-

17. ETCHEGARAY, Natalio P., *Escrituras y actas notariales. Examen exegético de una escritura tipo*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 44. El destacado es nuestro.

18. ETCHEGARAY, Natalio P., *Boleto de compraventa. Examen exegético de un boleto tipo*, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 177.

ca y jurídica sobre el rol del escribano autorizante; no es posible basar la buena fe del requirente en un acto propio de ejercicio del escribano requerido...¹⁹

Podemos idear algunos supuestos donde, no obstante haberse efectuado el estudio de antecedentes, existe mala fe en el adquirente: supongamos que B adquiere el dominio existiendo un vicio invalidante y no ostensible en su título; luego B le transfiere el dominio a C a título de compraventa. Resulta que C, conociendo la existencia del vicio no manifiesto, encomienda realizar un estudio de antecedentes previo a la firma, análisis que no advierte el vicio. El resultado será que, no obstante la mala fe de C, su título vencerá toda acción de reivindicación del verdadero titular por el solo hecho de haber encomendado la diligencia previa del estudio de antecedentes.

Otro ejemplo puede ser la compra de un inmueble al heredero aparente de mala fe: A se entera del fallecimiento del único hermano de B, su vecino, y ofrece comprarle la casa del difunto. A es consciente de la existencia de un hijo, sobrino de B, con quien su hermano, quien era soltero, había perdido contacto hacía muchos años; por ello acuerda con B la apertura del sucesorio sin denunciar la existencia de un heredero forzoso con vocación al 100 % de la herencia. Se obtiene declaratoria de herederos a favor de B (colateral), se denuncia el bien y se requiere autorización para venta por tracto a favor de A, quien requiere el estudio de antecedentes sabiendo que el notario no podrá percatarse de la existencia de un heredero no denunciado. Nuevamente el resultado de un estudio de antecedentes no impedirá el fraude al legitimario, mientras que consolidará el dominio de A por “ignorar” la existencia de un heredero de mejor derecho y, por ende, será adquirente de buena fe.

En materia procesal, pueden plantearse innumerables ejemplos que provoquen la nulidad de todo lo actuado, como vicios en las citaciones o notificaciones, que difícilmente podrán ser percibidas por el escribano. También puede plantearse el caso en que sea el mismo escribano quien, por su negligente actuar, o por adoptar un criterio doctrinario o jurisprudencial determinado, considere inobservable un antecedente y transmita esa seguridad al adquirente, hecho que configuraría su buena fe, aunque exista un defecto ostensible en el título antecedente, o ¿acaso un lego es capaz de percibir los vicios por su propia cuenta?

Por lo tanto, ¿pueden ponerse estas operatorias al amparo de toda acción con efecto reivindicatorio por el mero hecho de engañar al escribano y encomendarle realizar un estudio de títulos o por una negligente actuación del mismo? Entendemos que no, y es éste el mayor fundamento para escindir la buena fe de cualquier diligencia encomendada al profesional que sea ajena al acto mismo de escrituración y a su función legitimante, que siempre tuvo.

6. Función legitimante del notario

El artículo 392 CCCN ha aclarado que “los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del dere-

19. CAPURRO, Vanina L. y ETCHEGARAY, Natalio P., *Derecho notarial aplicado*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 272 (colección “Función notarial”, dirigida por Natalio P. Etchegaray, v. 1).

cho”. Vemos que, a diferencia del artículo 1902, aquí no se hace mención del estudio de documentación y constancias registrales al hablar de la buena fe del subadquirente y se excluye de la protección a las ventas del *non domino*. Entonces, si los casos más recurrentes de intervención de quien no es titular (*non domino*), como sustitución de personas, alteración de documentos o cualquier otro, ya se encuentran amparados por este artículo y además, como sostuvimos, no pueden ser percibidos en un estudio de títulos, ¿qué función cumple un estudio de títulos que no satisfaga la función legitimante del escribano?

La redacción del 392, sin mencionar un “estudio de antecedentes”, reafirma la función legitimante, que es propia del actuar profesional del escribano y se encuentra íntimamente relacionada con el principio rector del notariado latino: la fe pública notarial. En virtud de la función legitimante, el escribano tiene el deber de acreditar la legitimidad del compareciente, constatar la eficacia de la documentación aportada, la matricidad del antecedente de dominio, como de los apoderamientos que se presenten y la capacidad del disponente. Estas actuaciones quedan manifiestas en las atestaciones notariales de la escritura, sector del acto notarial que goza de fe pública y que demanda su presunción de exactitud y veracidad, por lo que solo con la exhibición de la escritura pública debidamente inscrita y constatada su autenticidad/matricidad, la buena fe debe presumirse, ya que para obtenerla, un notario ejerció su función legitimante previamente.

Es este el mecanismo legal adecuado y que responde a la lógica del CCCN. Interpretar lo contrario, es decir, considerar obligatorio el estudio de antecedentes, produce tres efectos potencialmente ruinosos para el mercado inmobiliario:

1. Se destruye el principio de seguridad jurídica, ya que la lógica interpretativa imperante gesta un virus que relativiza los efectos probatorios propios de todos los instrumentos públicos (actas de nacimiento, sentencias judiciales, partidas de defunción, resoluciones administrativas, los mismos asientos registrales del registro de la propiedad inmueble, etcétera) no solo del instrumento notarial.
2. Al ser considerado una función notarial cuya indelegabilidad se presume por ser un servicio público, la realización de los estudios de antecedentes por “referencistas” no se ajustaría a dicho calificativo, ya que se estaría delegando su realización en un profesional que no posee capacidad para otorgar un instrumento público de análoga fuerza probatoria al testimonio que se tiene a la vista.
3. Como derivación de lo anterior, se desprende que la indelegabilidad implica también que no podrán realizarse estudios de antecedentes fuera de la jurisdicción territorial del escribano autorizante.

Por lo tanto, opinamos que, en pos de brindar mayores seguridades en la bondad de los títulos al dominio, debería establecerse la obligatoriedad de constatar la existencia de matricidad de la escritura antecedente. Este mecanismo obligatorio permitirá agilizar la circulación de riquezas y despejará dudas interpretativas, mientras que se acoplará al sistema del notariado latino como un elemento más de la función legitimante del notario. A estos fines, se cuenta actualmente con la tecnología necesaria para regular un sistema de consulta de matricidad virtual que permita que el notario –en forma personal– mediante este tipo de mecanismos constata la existencia de la escritura matriz en cualquier

parte del país, tarea que actualmente y a menudo se realiza en forma telefónica, a modo de consulta con los colegas.

En similar sentido se expidieron las siguientes jornadas nacionales:

1. La XXI Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 1977):

Que en el camino de la seguridad jurídica, de la que el notario es digno exponente, el estudio de títulos juega un rol esencial.

Que, no obstante ello, se considera que el estudio de títulos no debe ser obligatorio, tal como lo preconiza el artículo 156 de la proyectada ley, orgánica del notariado bonaerense, por cuanto la apreciación acerca de la bondad del título no puede basarse en una prueba tasada sino en el sistema de las libres convicciones tradicionalmente aplicado por el cuerpo notarial argentino, en un país que se caracteriza por su excelente titulación.

Que, dentro de nuestro sistema romanista del «título y modo», complementado con la inscripción declarativa (artículo 2505 C. C. y ley 17.801), cualquier exigencia adicional a la de los artículos 577, 1184 y 2609 del Código Civil impuesta por una ley local, resulta a todas luces inconstitucional (artículos 31 y 67 inc. 11 Constitución Nacional), tal como lo ha declarado la Corte Suprema de la Nación.

Que ante la distorsión provocada por la interpretación del artículo 1051 del Código Civil en lo que respecta a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, es necesaria su revisión legislativa.

2. XVIII Jornada Notarial Argentina (Salta, 1980);

Que el estudio de títulos es una actividad de técnica notarial ajena a la esfera intelectual del adquirente, en consecuencia ineficaz para calificar su buena fe. No obstante lo cual algún sector de la doctrina interpretó que era un medio determinante de su existencia.

Que dadas las características del notariado de tipo latino es imprescindible reafirmar los valores del documento notarial. Por lo que la implantación obligatoria del estudio de títulos significaría atentar contra el principio de autenticidad y los pilares de nuestra institución.

El estudio de títulos no puede considerarse un elemento determinante para tipificar la buena fe que el artículo 1501 del Código Civil requiere del adquirente. Este deposita su confianza en el asesoramiento y opus del notario.

3. La XXVI Jornada Notarial Argentina (Córdoba, 2002):

Ratificando lo declarado en la XVIII Jornada Notarial Argentina, se expresa que el estudio de títulos no es un elemento determinante de la buena fe que exige el art. 1051 del Cód. Civil, pues el actuar diligente es cumplido por el notario con la calificación y control de legalidad del último título que legitima al transmitente el que, a su vez, se funda en sus antecedentes.

4. La XXXV Jornada Notarial Bonaerense (Tandil, 2007):

En una futura modificación de la ley, incluir como operación de ejercicio la necesidad de verificar la matricidad del último título (este último con voto en disidencia de las Delegaciones de Necochea y Azul, quienes se manifestaron en contra de la obligatoriedad).

5. La XXXIX Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015):

... se propicia una futura modificación de la ley, que incluya como operación de ejercicio la necesidad de verificar sólo la matricidad del último título y de los poderes invocados.²⁰

7. Conclusiones

Sostenemos que no habiendo cambios sustanciales en la presunción de buena fe de la posesión que impone el artículo 1919 CCCN, en los casos de prescripción, corta la inequidad planteada se mantendría, permitiendo supuestos dolosos que constituyan justos títulos y permitan burlar la propiedad del verdadero propietario. Es esta inseguridad la que pretende sanear el artículo 1902 CCCN, exigiendo a quien procure el beneficio de la usucapición corta la realización del estudio de la documentación y constancias registrales, lo que la doctrina mayoritaria entiende sería un estudio de títulos, pero que de su exégesis no se evidencia diferencia con la actual función legitimante.

¿A qué se debe esto? Al simple hecho de que la obtención de un justo título no es ardua tarea, ya que basta para ello cumplir con la formalidad de escritura pública. A esto se suma que la propia definición del mismo incluye los casos de falta total de legitimidad –*non domino*–, por lo que, evitando maniobras donde con la simple obtención de un justo título se logre prescribir a los diez años, el CCCN ha exigido, solo para estos casos patológicos, una diligencia que tiende a evitar las deficientes legitimaciones, circunscribiendo el marco operativo del justo título a los casos descriptos, e imponiendo una presunción de mala fe a quien intente hacerse del beneficio sin acreditar, al menos, esa diligencia previa. Esto en modo alguno implica exigir dicho requisito para la posesión en términos generales, donde la buena fe del titular de dominio debe presumirse dada la función legitimante del autorizante, sea un escribano o un magistrado.

8. Bibliografía

- ALTERINI, Jorge H. y LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley - Ediar, 2010.
- CAPURRO, Vanina L. y ETCHEGARAY, Natalio P., *Derecho notarial aplicado*, Buenos Aires, Astrea, 2011 (colección “Función notarial”, dirigida por Natalio P. Etchegaray, v. 1).
- ETCHEGARAY, Natalio P., *Escrituras y actas notariales. Examen exegético de una escritura tipo*, Buenos Aires, Astrea, 2016.
- *Boleto de compraventa. Examen exegético de un boleto tipo*, Buenos Aires, Astrea, 2009.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, t. I, Buenos Aires, Zavalía, 2004.
- PEÑA GUZMÁN, Luis A., *Derecho civil. Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, TEA, 1975.
- SALAS - TRIGO REPESAS, *Código Civil anotado*, t. 3, Buenos Aires, Depalma, 1977.
- SALVAT, Raymundo M., *Derecho civil argentino. Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, TEA, 1952.

20. [N. del E.: el lector podrá acceder a continuación a las conclusiones completas de todas las jornadas citadas –respectivamente–: JNB 21, JNA 18 {ver pp. 179-197}, JNA 26 {ver pp. 283-291}, JNB 35, JNB 39].

La persona humana

El estatuto personal en el derecho internacional privado argentino

Luciana B. Scotti

RESUMEN

Se aborda el llamado “estatuto personal”, que alude a todas aquellas cuestiones jurídicas relativas a la persona humana en el derecho internacional privado. A tal fin, se realiza un desarrollo doctrinario de tema, para luego analizar las normas del derecho argentino, en especial aquellas disposiciones específicas que contiene el Código Civil y Comercial argentino, ello sin perjuicio del estudio de la normativa convencional vigente. Se comparten al final del artículo algunas conclusiones personales.

PALABRAS CLAVE

Persona, estatuto personal, derecho internacional privado, capacidad.

Fechas de recepción y aceptación

30/10/2017 - 22/12/2017

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Criterios antagónicos: nacionalidad versus domicilio. **3.** Una opción superadora: la residencia habitual. **4.** El derecho internacional privado argentino. Fuentes que regulan el estatuto personal. **5.** Calificaciones sobre domicilio y residencia habitual de la persona humana. **6.** Calificación del domicilio de las personas menores de edad. Incidencia en el ámbito de la restitución internacional de niños. **7.** Calificación de domicilio de otras personas incapaces. **8.** La capacidad de la persona humana. **9.** Conflicto móvil o cambio de estatutos. **10.** Supuestos de personas incapaces. Principio del favor negotii o doctrina del interés nacional. **11.** El nombre de la persona humana. **12.** Ausencia y presunción de fallecimiento. **13.** Consideraciones finales. **14.** Bibliografía.

1. Introducción

Las cuestiones jurídicas relativas a la persona humana en el derecho internacional privado (en adelante, DIPr) usualmente se conocen con el nombre de *estatuto personal*. Sin embargo, en relación al alcance de la expresión “estatuto personal” nos encontramos con diversas definiciones:

- a) el estatuto personal son las leyes o normas jurídicas que regulan las cuestiones relativas a las personas, b) el estatuto personal es el conjunto de materias que se rigen por la ley propia de la persona, es decir ese es el ámbito de la ley

personal, c) el estatuto personal es el conjunto de instituciones relativas a la persona con independencia de la ley que las regule.¹

Por otro lado,

En lo que concierne a la delimitación del ámbito de aplicación sustantivo del estatuto personal [...] un análisis de Derecho comparado nos ofrece un panorama que, en esencia, se resume en la existencia de tres concepciones: la estricta, en la que el estatuto personal estaría conformado por el estado civil y la capacidad como consecuencia de una consideración de la persona como individuo aisladamente considerado; la intermedia, que añadiría a lo anterior las relaciones de familia por entender a la persona en su calidad de miembro de una institución familiar; y la amplia que agregaría a lo precedente la sucesión mortis causa por asentarse en un concepto de la persona como miembro de una sociedad.²

El DIPr argentino se inclina por la concepción estricta en tanto las relaciones de familia (matrimonio, uniones convivenciales, filiación, responsabilidad parental, etc.) así como las sucesiones tienen un régimen propio y, por ende, autónomo. En consecuencia, cuando aludimos al estatuto personal en este trabajo, con un sentido preciso, nos referimos al estado y capacidad/incapacidad de la persona humana, al principio y fin de su existencia y al nombre.

2. Criterios antagónicos: nacionalidad versus domicilio

El estatuto personal fue objeto de un divergente tratamiento por las doctrinas tradicionales del DIPr, lideradas por Mancini y Savigny. Tal como nos recuerda Uriondo de Martinoli, a finales del siglo XIX, Pasquale Mancini, en un contexto histórico muy peculiar –el de la unificación de Italia–, formuló el principio de identidad entre Nación y Estado, sustituyendo el estatuto domiciliario por el estatal y aplicando la ley nacional como estatuto personal (1851). A partir de ese momento, se rompió la unidad en el sistema del estatuto personal y la nacionalidad y el domicilio comenzaron a disputarse el favor de los autores y de los sistemas jurídicos.

El sistema de nacionalidad tuvo excelente acogida en toda Europa continental, sea en la codificación interna, con excepción de Noruega y Dinamarca, como internacional del DIPr (Convenios de La Haya de 1902, en materia de [Matrimonio](#), [Divorcio y Separación](#) y [Tutela de Menores](#), y de 1905, relativo a los [Efectos del Matrimonio](#)).³ La más célebre expresión del pensamiento de Mancini, la encontramos en el artículo 3.3 del [Código](#)

1. CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, t. 2, Granada, Comares, 2009, p. 14.

2. RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, “[El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado](#)” [online], en *Cuadernos de derecho transnacional*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, v. 2 (2010), Nº 1, p. 187. (Última consulta: 24/1/2018).

3. Ver URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, “El estatuto personal ante los desplazamientos transfronterizos. Criterios para la determinación del contenido del estatuto personal. Posibles conexiones localizadoras del derecho aplicable”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Nº 21, 2012, pp. 203 y ss. (última consulta: 24/1/2018). [N. del E.: la fuente de todos los hipervínculos agregados

dicto Civil francés de 1804: “Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los franceses, aun cuando residan en países extranjeros”.⁴

A su turno, la Corte Internacional de Justicia de La Haya, en el caso “Nottebohm” (1955), afirmó:

... la nacionalidad es un vínculo legal que tiene su base en el hecho social del enraizamiento, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de recíprocos deberes y derechos [...] el individuo al cual le es conferida directamente por la ley o como resultado de un acto de las autoridades, está de hecho, más vinculado a la población del Estado que le confiere la nacionalidad que a la de cualquier otro Estado.⁵

La adopción del criterio de la nacionalidad garantiza la identidad nacional, religiosa y cultural de los migrantes, por cuanto permitiría la aplicación del ordenamiento de su país de origen en el Estado receptor a instituciones sensibles desde una perspectiva religiosa o cultural.⁶ Además, la nacionalidad de la persona es un punto de conexión que garantiza, en principio, la aplicación de una sola ley estatal a las cuestiones jurídicas relativas al individuo. Al ser una conexión estable, evita fraudes y potencia la seguridad jurídica.

Por otra parte, se sostiene que resulta más fácil cambiar de domicilio que de nacionalidad, en atención a que el cambio del domicilio depende enteramente del individuo, mientras que el de nacionalidad requiere el consentimiento del Estado cuya nacionalidad se adquiere. Sin embargo, en contra de este criterio, se ha expresado que

... abrir la puerta a la aplicación en el territorio de acogida de ordenamientos extranjeros puede dar lugar a la activación del correctivo del orden público internacional por las autoridades del foro (como límite a la aplicación de normas o a la eficacia de decisiones extranjeras) dependiendo del grado de tolerancia o de respeto que hacia estos ordenamientos se tenga en dicho Estado... A lo anterior se añade que la nacionalidad, al ser una «conexión formal», obliga a aplicar a las cuestiones personales la ley de un Estado con el que el individuo no tiene una «conexión real», basada necesariamente en contactos sustanciales de éste con un país. Al igual que el domicilio, la nacionalidad es una conexión jurídica [...] cuya comprobación resulta más dificultosa, ya que puede ser muy difícil precisar si una persona ha adquirido o perdido una determinada nacionalidad, complicándose más aún la investigación frente a casos de múltiple nacionalidad (conflicto positivo) y apatridia (conflicto negativo).⁷

En la otra vereda, encontramos el criterio del domicilio, que genera un nivel suficiente de proximidad de la persona humana con un concreto Estado.

en este ensayo que dirigen a los convenios internacionales de La Haya es el [sitio web de la HCCH](#) {última consulta: 24/1/2018}.

4. MENICOCCHI, Alejandro A., “El estatuto de la persona humana: del domicilio y la nacionalidad a la autonomía conflictual y material”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° 21, 2012, p. 49 (última consulta: 24/1/2018).

5. CIJ, 6/4/1955, caso “Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) (segunda fase)” [N. del E.: ver 1} [ficha técnica](#) del caso, 2} [sentencia completa en inglés](#) {ver p. 23}, 3} [sumario en español](#) {ver pp. 46-47}].

6. URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 205.

7. Ídem, p. 206.

Savigny, entendiendo que la aplicación de un derecho debía hacerse en función de la naturaleza esencial de la relación jurídica, le atribuyó al domicilio la regulación de todo lo relacionado con la capacidad de la persona. También Story afirma que la ley que rige la capacidad de las personas es la del domicilio.⁸ Kaller de Orchansky, por su parte, sostiene que la nacionalidad es un concepto totalmente extraño al DIPr, porque

... si lo que se busca es someter la capacidad e incapacidad de la persona física al ordenamiento jurídico más justo y adecuado, teniendo en cuenta la vinculación inmediata y concreta de la persona con el lugar en el que tiene su asiento principal y desarrolla su actividad como sujeto de derechos y obligaciones, la noción de nacionalidad es inadecuada, ya que no supone vinculación real y efectiva de la persona con el ordenamiento jurídico privado respectivo, mientras que la noción de domicilio sí supone esa relación vinculante con el ordenamiento jurídico privado.⁹

El debate nacionalidad versus domicilio fue arduo en el proceso de codificación del DIPr en América Latina. La opción por uno u otro criterio no era pacífica porque era una decisión de índole política con efectos prácticos, sociales y políticos relevantes. Esta circunstancia quedó reflejada en la solución de compromiso a la que arribaron las negociaciones del *Código de Bustamante y Sirven* (Código de Derecho Internacional Privado firmado en la ciudad de La Habana, en 1928),¹⁰ cuyo artículo 7 dispone que “cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior”. En definitiva, la opción por una u otra conexión ha implicado desde siempre asumir una posición frente al fenómeno de las migraciones.

Como bien señala Fernández Arroyo, la aplicación de la ley de la nacionalidad “acompaña” al nacional emigrante donde quiera que vaya:

... tiene por tanto mucho sentido y una comprensible explicación política y práctica que el criterio de la nacionalidad haya triunfado en los países de Europa continental (los países tributarios del *common law* han seguido tradicionalmente el criterio del *domicile*, que se corresponde un poco más con lo que nosotros conocemos como domicilio de origen que con nuestra idea de domicilio a secas) en las codificaciones del siglo XIX y de buena parte del siglo XX, siendo como eran estos países, países de emigración.¹¹

Por el contrario, para los países de inmigración, como los del Río de la Plata y, en especial, Argentina, el panorama era exactamente el opuesto: regir las relaciones personales por el derecho de la nacionalidad de las personas hubiera generado la aplicación del derecho

8. SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, t. 8, 1849; STORY, Joseph, *Comentarios sobre los conflictos de leyes*, Buenos Aires, Lajouane, 1891.

9. KALLER DE ORCHANSKY, Berta, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1991, pp. 187-188.

10. [N. del E.: el [hipervínculo](#) dirige a la versión oficial digitalizada por la Dirección de Tratados de la Cancillería Argentina; el lector podrá consultar también la versión disponible en el [sitio web oficial](#) de la Organización de Estados Americanos].

11. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Personas físicas”, en AA. VV. (Fernández Arroyo, D. P. [coord.]), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur. Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 506.

extranjero en un número muy significativo de casos, debido a la alta proporción de población inmigrante en la región.

La opción a favor del criterio domiciliario permitía la aplicación del derecho del lugar del país de acogida y la consolidación de una soberanía aún muy endeble en Estados recientemente independizados, que daban sus primeros pasos en la comunidad internacional. Así fue que países como Argentina, Paraguay y Uruguay optaron originariamente por el domicilio como criterio rector de la vida civil de las personas humanas; lo propio hicieron Brasil, en 1942, y Venezuela, finalmente, en 1998 (Ley de Derecho Internacional Privado). Sin embargo, ante esas posiciones antagónicas, surge como opción superadora la residencia habitual.

3. Una opción superadora: la residencia habitual

A mediados del siglo pasado y hasta nuestros días, se advierte

... el intento de superación de las relaciones de contraposición entre nacionalidad y domicilio mediante una conexión integradora de los países partidarios de ambas: se trata de la residencia habitual, que ha sido la preferentemente acogida en su ingente obra codificadora por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado [...] así como por diversos legisladores estatales en las nuevas normas de derecho internacional privado promulgadas en los últimos años.¹²

Asimismo, la doctrina ha indicado que la noción de residencia habitual

... se asimila al domicilio de hecho y por ende, sitúa a la persona en su medio real (elemento objetivo), evitando las estrías normativas provocadas por la calificación del domicilio. Al mismo tiempo, recoge el ánimo de la persona de vivir donde se encuentra (elemento subjetivo). La residencia habitual es, por otro lado, más afín a los constantes desplazamientos propios de nuestro tiempo, que no necesariamente son acompañados por una mutación normativa efectuada por el sujeto que se desplaza.¹³

Las convenciones de la Conferencia de La Haya y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) han recurrido, en forma cada vez más creciente, a esta conexión en materias específicas. En efecto, la primera convención que opta por la residencia habitual es la que regula la adopción de medidas encaminadas a proteger la persona y bienes del menor ([convenio del 5 de octubre de 1961](#)), en virtud de la cual se sustituye la solución básica del [citado texto de 1902](#), que consistía en someter la tutela a la ley nacional del menor. Otras convenciones que utilizan la residencia habitual como conexión determinante para definir la ley aplicable son el [convenio de 2 de octubre de 1973](#), que consagra como conexión principal la residencia habitual del acreedor alimentario (art. 4) y como subsidiaria de primer grado, su nacionalidad (art. 5). La residencia habitual del acreedor de alimentos es también la regla general para señalar la ley aplica-

12. RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, *ob. cit.* (cfr. nota 2), p. 188.

13. MENICOCCHI, Alejandro, *ob. cit.* (cfr. nota 4), pp. 53-54.

ble a las obligaciones alimenticias establecida por el [Protocolo del 23 de noviembre de 2007](#). Esta conexión también es adoptada en los convenios de La Haya sobre [Sustracción Internacional de Menores](#) (convenio del 25 de octubre de 1980), sobre [Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de Menores](#) (convenio del 19 de octubre de 1996) y en materia de [Adopción Internacional](#) (convenio del 29 de mayo de 1993).

En el foro de codificación interamericano, la residencia habitual es el criterio rector en las convenciones interamericanas sobre [Adopción Internacional](#) (1984),¹⁴ [Obligaciones Alimentarias](#) (1989),¹⁵ [Restitución Internacional de Menores](#) (1989)¹⁶ y [Tráfico Internacional de Menores](#) (1994).¹⁷

Recientemente, y en el marco de la Unión Europea, cabe mencionar el [Reglamento UE N° 650/2012](#) del Parlamento Europeo y del Consejo (del 4 de julio de 2012), relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Este establece como criterio único para determinar tanto la jurisdicción como la ley aplicable en los asuntos transfronterizos el lugar de residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21, inc. 1). Para determinar la residencia habitual,

... la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la frecuencia de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento. [Considerando N° 23]

Sin embargo, en casos excepcionales, la autoridad que sustancie la sucesión puede llegar a concluir que la ley aplicable a la sucesión no sea la ley del Estado de residencia habitual del causante, sino la ley del Estado con el que el difunto tenía un vínculo manifiestamente más estrecho en el momento del fallecimiento (art. 21, inc. 2).

4. El derecho internacional privado argentino.

Fuentes que regulan el estatuto personal

En el Código Civil y Comercial de la Nación ([CCCN](#)), encontramos una sección destinada especialmente a la persona humana. En las disposiciones de DIPr (título IV del libro sexto), la sección 1ª del capítulo 3 (parte especial) se dedica a las personas humanas consideradas en sí mismas. Los artículos 2613 a 2620 se ocupan de definir el domicilio y

14. Suscripta en el marco de la [CIDIP-III](#) (La Paz, 1984).

15. Suscripta en el marco de la [CIDIP-IV](#) (Montevideo, 1989).

16. Suscripta en el marco de la [CIDIP-IV](#) (Montevideo, 1989).

17. Suscripta en el marco de la [CIDIP-V](#) (México DF, 1994).

la residencia habitual de la persona física, el domicilio de las personas menores de edad y de otras personas incapaces, a los fines de la aplicación de las normas de DIPr; establecen el régimen internacional de la capacidad de la persona humana, el derecho aplicable al nombre, y la jurisdicción competente y la ley aplicable a la declaración de ausencia y presunción de fallecimiento.

Por otro lado, encontramos normas específicas sobre el tema que nos ocupa en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional [de 1889](#) y [de 1940](#) (de rango superior a la fuente interna, de acuerdo al art. 2594 CCCN y al art. 75 inc. 22 de la [Constitución Nacional](#)).¹⁸

5. Calificaciones sobre domicilio y residencia habitual de la persona humana

La importancia del domicilio en el DIPr argentino radica en dos circunstancias: la atribución de jurisdicción internacional a los jueces argentinos y la determinación del derecho aplicable a las materias del estatuto personal. Sin embargo, el Código Civil de Vélez Sarsfield ([CCIV](#)) no previó la calificación autárquica, es decir, la definición del punto de conexión clásico “domicilio” que él mismo eligió para regir las relaciones jusprivatistas internacionales de carácter personal. En cambio, las fuentes convencionales más antiguas que forman parte del DIPr argentino contemplaban su definición. Se destaca en este sentido el [citado](#) Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940:

Artículo 5: En aquellos casos que no se encuentren especialmente previstos en el presente tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran:

- 1ª) La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él.
- 2ª) A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida común; o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva.
- 3ª) El lugar del centro principal de sus negocios.
- 4ª) En ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio la simple residencia.

El artículo siguiente completa el anterior, indicando que “ninguna persona puede carecer de domicilio ni tener dos o más domicilios a la vez”.

A su turno, el [Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual](#) (Mercosur - 1994)¹⁹ dispone en su artículo 9 que se entenderá por domicilio del demandado cuando se tratare de personas físicas: 1) su residencia habi-

18. [N. del E.: el lector podrá ver [aquí](#) las versiones oficiales digitalizadas por la Dirección de Tratados de la Cancillería Argentina].

19. Tratado suscripto entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 5/8/1994 ([Mercosur](#)). [N. del E.: ver detalles técnicos [aquí](#); el lector podrá ver también la [versión oficial](#) digitalizada por la Dirección de Tratados de la Cancillería Argentina].

tual, 2) subsidiariamente el centro principal de sus negocios, y 3) en ausencia de estas circunstancias, el lugar donde se encontrare la simple residencia. Idéntica definición encontramos en el artículo 2 del [Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito](#) (Mercosur - 1996).²⁰

Asimismo, la fuente convencional se ha ocupado de definir la “residencia habitual”. Ya es clásica la definición que nos brinda el [Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores](#) (1981) en su artículo 3: “a los efectos de este convenio, se entiende por residencia habitual del menor el Estado donde tiene su centro de vida”.

El CCCN define en su artículo 73 el domicilio real de la persona como el lugar de su residencia habitual; pero si ejerce actividad profesional o económica, lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de obligaciones de esa actividad. Por lo tanto, en el derecho nacional, el domicilio real es el lugar de residencia habitual del sujeto y, en caso de ejercer actividad profesional o económica, el del asiento de esa actividad para las obligaciones de su ocupación.

A su turno, el artículo 2613 establece dos calificaciones autárquicas claves para el sistema de DIPr argentino, como son las definiciones de “domicilio” y “residencia habitual” de la persona humana. La disposición establece que, a los fines del DIPr, la persona humana tiene: a) su domicilio en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él; b) su residencia habitual en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. Asimismo, la norma aclara que la persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o, en su defecto, su simple residencia.

Es interesante la apreciación que realiza Menicocci en tanto en cuanto, “a los fines del derecho internacional privado”, ha de entenderse la determinación de la jurisdicción internacional en las acciones personales y el derecho aplicable a las materias sometidas a la ley domiciliaria. La aclaración es útil para evitar las definiciones de los artículos 73 a 78 del CCCN.²¹

En igual inteligencia, Iñiguez expresa:

... las disposiciones de derecho internacional privado son autónomas con respecto a la calificación nacional de domicilio, porque no distingue categorías de domicilio, salvo que haya sido acordado en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Para el ámbito internacional solo se tiene en cuenta el domicilio a secas y en subsidio la residencia habitual o simple residencia, pero no concurren clasificaciones de domicilio. La redacción de la norma refleja una calificación autónoma de domicilio y residencia habitual, que evita al intérprete la necesidad jurídica de definir la calidad del domicilio o residencia.

20. Tratado suscripto entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 25/6/1996 ([Mercosur](#)). [N. del E.: ver detalles técnicos [aquí](#); el lector podrá ver también la [versión oficial](#) digitalizada por la Dirección de Tratados de la Cancillería Argentina].

21. MENICOCCI, Alejandro A., “Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial de contratos y responsabilidad civil extracontractual en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” [relato presentado al XXVI Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán, 2014], pp. 36-37. [N. del E.: ver también en [Anuario Argentino de Derecho Internacional](#), Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° 23, 2014, p. 217].

Esa finalidad es comprensible desde la perspectiva internacional, ya que lo relevante es donde reside la persona humana con la intención de establecerse (domicilio) y el lugar donde vive y establece vínculos durables por tiempo prolongado (residencia). En el primer caso, la intención de establecerse exige una registración documental, una residencia registrada con el propósito de acreditar la intención y, en el segundo, es una cuestión fáctica que se demuestra por cualquier medio probatorio.²²

Afirmamos que estas definiciones son piezas muy significativas para nuestro sistema jusprivatista internacional porque, desde al menos la entrada en vigor en 1871 del Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield, nuestro ordenamiento jurídico se ha inclinado por el criterio del domicilio como punto de conexión básico y principal en el ámbito de las relaciones personales, desechando la otra opción posible: la nacionalidad de las personas físicas.

El artículo que analizamos define, como vimos, el domicilio como el lugar en el que la persona reside con la intención de establecerse en él, y a la segunda, como el lugar donde vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. Como se puede advertir, el concepto de domicilio comprende un elemento objetivo y otro subjetivo consistente en la voluntad, la intención de permanecer en ese Estado. En cambio, la residencia habitual es una noción más objetiva y de índole fáctica.

La residencia habitual se ha venido imponiendo en los últimos años, tal como hemos explicado en la sección anterior. Prestigiosa doctrina ha sostenido que

... si el domicilio traduce el concepto jurídico del asentamiento, la residencia habitual pretende despojar al arraigo de toda consideración legal y de psicología individual. Mientras el primero se ha ido confirmando como el instrumento mediante el que el sistema otorga trascendencia jurídica a una conducta por la que el sujeto manifiesta su intención de vincularse a un determinado medio sociojurídico, la residencia, en cambio, se limita a atender a los hechos reales, es decir, al *domus colere* efectivo, sin fijarse en el *animus manendi* ni tratar de deducirlo a través de ficciones o presunciones legales.²³

En suma, la residencia habitual debe ser entendida como una cuestión de hecho, de carácter sociológico, diferente a la noción de domicilio, de carácter normativo.

Proyectos anteriores habían contemplado calificaciones autárquicas que incluían la definición de estos dos puntos de conexión. En particular, cabe destacar el [proyecto](#) de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, que ha sido fuente de inspiración para los redactores del CCCN y que contenía en su artículo 6 una serie de definiciones y seguidamente se ocupaba de brindar reglas generales en materia de calificaciones.

22. IÑIGUEZ, Marcelo D., [comentario al art. 2610], en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* [online], t. 6, Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 348-349.

23. ESPINAR VICENTE, José M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 24-25.

6. Calificación del domicilio de las personas menores de edad.

Incidencia en el ámbito de la restitución internacional de niños

Las normas derogadas no contenían definiciones sobre el concepto del domicilio de las personas menores de edad. Sin embargo, las convenciones más importantes, principalmente en la órbita de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, han acogido, como vimos, la residencia habitual como conexión principal en materia de relaciones jurídicas que comprenden a menores de edad, considerándola como el centro de vida del niño tanto para determinar la jurisdicción internacional como la ley aplicable.

A su turno, el [Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889](#) establece que el menor de edad tiene el domicilio de su padre o de quien ejerce la patria potestad (art. 7), pero su padre tiene el domicilio en el Estado cuya ley regula la patria potestad (art. 6). La patria potestad se somete, en lo relativo a los derechos y deberes personales, a la ley del lugar donde se ejerce (art. 14). La redacción confusa de estas normas fue corregida en el [tratado de 1940](#), disponiendo que el domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, tutela o curatela, es el de sus representantes legales y el de éstos, el lugar de su representación (art. 7).

El artículo 2614 [CCCN](#) define el domicilio de las personas menores de edad. Señala que se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual. La disposición aclara en el último párrafo que, sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.

En consonancia con lo dispuesto por el artículo 6, inciso d), del proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, el artículo 2614 [CCCN](#) identifica el domicilio del menor con el de quienes ejercen la responsabilidad parental, generalmente los padres del niño. Solo para el caso en que ambos padres tengan su domicilio en diferentes estados, se considera que el domicilio del menor es el lugar de su residencia habitual. El segundo párrafo de la norma que analizamos se ocupa de aclarar una cuestión central en materia de restitución internacional de menores, la de que los niños no adquieren un nuevo domicilio en el lugar donde se encuentran ilícitamente retenidos por uno de sus padres en violación de los derechos de custodia del otro progenitor.

Las convenciones a las que alude el artículo son principalmente el convenio de La Haya sobre [Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores](#) (1980) y la Convención Interamericana sobre [Restitución Internacional de Menores](#) (1989).²⁴ Tales tratados, en realidad, no se refieren al domicilio del menor, sino directamente a su residencia habitual. En el ámbito de la restitución, precisamente, la expresión “residencia habitual” fue definida por la jurisprudencia como una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con ex-

24. Cfr. nota 16.

clusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores. Un Estado no puede invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia para oponerse a la restitución, vaciando de contenido el sistema de las Convenciones.²⁵

En febrero de 2016, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil interpretó estas disposiciones en un caso donde M. V. C. P., por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad V. y M. S. C., contra el padre de ambos niños, G. S., solicitó la autorización judicial para viajar y residir con los niños en la ciudad de Panamá, República de Panamá. En primera instancia, el juez otorgó la autorización y estableció un régimen de comunicación y un plan de vacaciones destinados a mantener el contacto paterno-filial. El juez interpretó el significado de los conceptos “centro de vida” y “residencia habitual” y estimó que, dadas las características de trabajo de sus padres, los niños V. y M. S. C. no tenían centro de vida en lugar alguno, en una conclusión que el recurrente (el padre) entiende se aparta de lo prescripto por la [Ley 26061](#).

El estudio del significado del concepto “centro de vida” se realizó a partir de argumentos basados en una situación fáctica que, según se indica en la resolución, tiene componentes físicos, ambientales, psicológicos, emocionales, de calidad de vida y vinculares, entre otros, a cuya consideración se ha agregado el texto del artículo 3 de la Ley 26061 para concluir que estos niños carecen de centro de vida. El artículo 3 de la Ley 26061 dice que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa norma. A partir de esa determinación en torno al principio del artículo 3 de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#), se dispone en aquella norma que debe respetarse, respecto del niño:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

La Cámara, que revocó la sentencia de primera instancia, sostuvo que

El «centro de vida» es una noción definida normativamente que precisa la idea general de «mejor interés del niño», en términos similares a los que adoptara la comunidad internacional en la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y que –a finales de 2005–, mereció consagración legislativa en el art. 3, inc. f de la ley 26061, que debe ser considerado como una pauta interpretativa respecto de la aplicación de ese principio [...] Este concepto técnico del centro de vida se construye a partir de

25. CSJN, 14/6/1995, “Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela” (*Fallos*, t. 318 [v. 2], p. 1269). [N. del E.: ver [aquí](#)].

una perspectiva retrospectiva que requiere considerar la historia de los niños en tanto sujetos de derecho (conf. art. 3, inc. a de la Ley 26061). Los niños tienen vidas vinculadas y dependientes de los padres, lo cual no significa que el concepto de «centro de vida» se verifique exclusivamente a partir de consideraciones derivadas de las intenciones de sus progenitores. Lo que importa en la norma es la cuantificación del lapso en que los niños han residido en un lugar donde han desarrollado una parte importante de sus vidas.²⁶

El tribunal de alzada estimó que el *a quo* omitió atender al significado expresado por el [Decreto 415/2006](#), que, al reglamentar el artículo 3 de la Ley 26061, dispone:

El concepto de «centro de vida» a que refiere el inciso f) del artículo 3º se interpretará de manera armónica con la definición de «residencia habitual» de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad.

Así como la Ley 26601 estipula cómo debe ser entendida la expresión técnica “centro de vida”, de modo similar el decreto establece que el concepto de residencia habitual debe ser interpretado según pautas vinculadas a un sector específico del derecho, como el de los mencionados tratados internacionales en el ámbito de la sustracción de los menores. Y la Cámara agrega:

Además del texto de esta Convención –aprobada por la ley 23857– ha de considerarse lo dispuesto ahora por el Título IV del Libro Sexto del Código Civil y Comercial de la Nación «Disposiciones de derecho internacional privado», que distingue en su Parte Especial en el art. 2613 del CCCN entre el domicilio y la residencia habitual y también lo previsto por el art. 2614 que prescribe que en el caso de ejercicio plural de la responsabilidad parental y sus titulares se domicilien en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual. El concepto de domicilio en ambas normas se vincula al elemento subjetivo e intencional y en el segundo al lugar donde se vive y se establecen vínculos durables por un tiempo prolongado, definición que alude a una noción más objetiva, sociológica y de índole fáctica despojada, en lo posible, de una consideración psicológica y de razonamientos basados en ficciones o presunciones legales (Scotti, Luciana en Bueres, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, t. 2, pág. 678 y lo dicho recientemente en un caso de competencia por este tribunal en la c. 82.736/2010/1/CA1 del 23 de diciembre de 2015 con cita de CSJN, *Fallos*: 323:2021; 324:908; 324:2487; 325:339; 332:238, y Mizrahi, Mauricio Luis, «El niño y las cuestiones de competencia», *La Ley* 2012-E, 1183).²⁷

El examen de las pruebas producidas y el relato de las historias de vida efectuado en la sentencia permite advertir –en el limitado marco necesario para verificar si se configura esta pauta interpretativa– que V. nació el 23/2/2011 y M. el 30/10/2012, y que viven en la República Argentina desde septiembre de 2013, donde, según se admite en la sentencia,

26. CNCiv., Sala E, 2/2/2016, “C. P., M. V. c. S., G. s/ Autorización” (*La Ley Online*, AR/JUR/5264/2016).

27. Ídem.

concurrir al jardín de infantes (el segundo de ellos, desde el 7/5/2014, cuando contaba con diecisiete meses de edad) y desarrollan actividades de recreación extracurriculares con una sana y nutricional interacción con ambos padres. No se han realizado denuncias respecto de su ubicación en nuestro país de modo que la residencia es legítima y –desde un punto de vista estrictamente cuantitativo– se ha desarrollado en la Ciudad de Buenos Aires durante gran parte de las existencias de V. y M. S. C.

Para rechazar el pedido de autorización, la Cámara consideró que

... el concepto jurídico de la residencia habitual de los menores no constituye una noción pétrea o inmodificable, pero no implica considerar que las mejores posibilidades de desarrollo profesional de la madre justifiquen, de por sí, desarraigar a los niños de su centro de vida [...] Sobre este aspecto de la cuestión se han evidenciado los problemas que podrían sufrir V. y M. con el cese de la relación íntima y personalizada que tienen con su padre de producirse el traslado a Panamá que la actora ha explicado como conveniente fundamentalmente con sustento en sus motivaciones de desarrollo profesional en el caso de unos niños que han llevado hasta la actualidad una existencia óptima en nuestro país teniendo en cuenta el estado de conflicto de sus progenitores [...] El rechazo del pedido de autorización se adopta por este Tribunal al entenderse que resulta conveniente que los menores permanezcan en el estado en que se encuentran en la República Argentina para favorecer su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 17, 23, 27 y 32.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño), donde se ha conformado su centro de vida y por ser esta la decisión que mejor contempla el interés superior del niño frente a una decisión, como el cambio de radicación, que no se ha demostrado como necesariamente conveniente para mejorar la situación en que se encuentran V. y M.²⁸

7. Calificación de domicilio de otras personas incapaces

El CCIV y los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 establecieron el domicilio de los menores e incapaces en el domicilio de quienes ejercían, respectivamente, la patria potestad, tutela o curatela (art. 89 inc. 6 CCIV; art. 7 de ambos tratados). El centro de gravedad de la protección del incapaz se localiza en el domicilio de su representante, de suerte tal que la disociación espacial entre representantes y protegidos obligaba a los jueces a atender al derecho domiciliario de los primeros. En tales condiciones, el incapaz menor de edad y demente residente en el extranjero, cuyo padre se domiciliaba en nuestro país, mantenía el domicilio argentino de su padre aun después de la muerte de aquél y aun cuando hubiera cesado la insania mientras siguiera siendo menor de edad.²⁹

En cambio, el artículo 2615 CCCN califica el domicilio de otras personas incapaces, sujetas a curatela u otro instituto equivalente de protección, señalando que es el lugar

28. Ídem.

29. Doctrina del fallo CCiv. Capital, Sala 1ª, 19/7/1932, “Zucker, Carlos Octavio” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 38, pp. 1044-1047).

de su residencia habitual. Esta disposición se ocupa de calificar el domicilio de otras personas incapaces que no sean menores de edad, como aquellos sujetos a curatela, y lo identifica con la residencia habitual, sin indagar en el elemento subjetivo o volitivo propio del criterio domiciliario. De esta manera, nuestra norma de fuente interna se diferencia de la fuente convencional anteriormente mencionada que lo asimila al domicilio de los representantes legales del incapaz. Al respecto, doctrina actualizada ha afirmado que

La protección de las personas es una cuestión de hecho, habida cuenta de que cada sistema jurídico evaluará cuál es el grado de aptitud de un ser humano para desenvolverse por sí mismo y otorgar, en mayor o menor medida, mecanismos de cuidado. La residencia habitual del incapaz otorga una proximidad de la que carece el domicilio del representante, cuando ambos (incapaz y protector) no se domicilian en el mismo Estado. El precepto se inclina por privilegiar la circunstancia real en la que se encuentra el incapaz calificando su domicilio como el lugar de su residencia habitual.³⁰

8. La capacidad de la persona humana

La capacidad de las personas humanas es la primera categoría del estatuto personal. En el DIPr nos podemos encontrar con soluciones diversas en cuanto al criterio de regulación de la existencia, de la capacidad y del estado de las personas humanas. Y, por otra parte, se puede observar que no todas las legislaciones adoptan un criterio abarcativo de tales instituciones. En efecto, los criterios clásicos de regulación de la capacidad de las personas físicas básicamente pueden agruparse de la siguiente manera: el sistema de la ley personal, ya sea la ley del domicilio o la de la nacionalidad de la persona, el sistema de la ley del lugar de situación de los bienes objeto del acto,³¹ y el sistema de la ley del lugar de celebración del acto (teoría del *favor negotii* o del interés nacional). Sin dudas, el primer sistema mencionado es el que ha recibido mayor acogida por las legislaciones de todo el mundo. Así, pues, mientras que el derecho continental europeo mayoritariamente adoptó el criterio de la ley de la nacionalidad, inspirado en el *Código de Napoleón de 1804* y sustentado en la tesis de Mancini, el derecho anglosajón y el escandinavo, así como gran parte de las legislaciones americanas, optaron por el domicilio, criterio que ya había sido utilizado por los estatutarios y que luego fue magníficamente defendido por Savigny.

En nuestra legislación interna, el régimen internacional de la capacidad se encontraba fundamentalmente establecido en los artículos 6 y 7 del CCIV,³² que la sujetaban a la ley del domicilio. Sin embargo, en dicho cuerpo normativo existían otras normas

30. MENICOCCI, Alejandro A. y RABINO, Mariel C., [comentario al art. 2615], en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.), Esper, M. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 841.

31. Este sistema, pese a que prácticamente no cuenta en la actualidad, se encontraba consagrado en el art. 10 CCIV en tanto en cuanto la célebre *lex rei sitae* regía todo lo relativo a los bienes inmuebles situados en el país, incluso la capacidad para adquirirlos.

32. Art. 6 CCIV: “La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero”.

Art. 7 CCIV: “La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos o bienes existentes en la República”.

referentes al tema que nos ocupa: los artículos 9, 948, 949, 3611, 3612 y 3286 principalmente. Del análisis conjunto de estas disposiciones surgieron dudas y controversias interpretativas que dieron origen a diversas teorías. Aludimos a las tesis literal o restringida, intermedia, y amplia, cosmopolita o universalista.

La teoría literal o chauvinista reduce la aplicación de la ley del domicilio solamente a la capacidad e incapacidad de hecho y somete la capacidad e incapacidad de derecho a la ley territorial. Por el contrario, la tesis cosmopolita proclama que la capacidad e incapacidad de hecho y de derecho se rigen por la ley de domicilio con la salvedad que las incapacidades de derecho de la ley territorial prevalecen sobre la capacidad de hecho o derecho de la ley domiciliaria. Finalmente, la tesis intermedia sostiene que la capacidad de derecho, asimilada en su tratamiento jurídico a la capacidad e incapacidad de hecho, está sometida a la ley del domicilio mientras que la incapacidad de derecho se rige por la ley territorial. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritarias eran pacíficas al afirmar que tanto la capacidad como la incapacidad, de derecho o de hecho, se regían por la ley del domicilio.³³ Además, esta interpretación coincide con las normas convencionales vinculantes para nuestro país.

En efecto, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 someten la capacidad de las personas físicas a la ley del domicilio (art. 1). Tan solo cabe destacar que el tratado de 1940 consagra una norma más completa en tanto en cuanto sujeta a dicha ley no solo la capacidad sino también la existencia y el estado de las personas humanas, disipando toda duda que hubiera podido suscitarse al respecto.

El artículo 2616 CCCN ha mantenido el criterio regulador del domicilio en materia de capacidad de las personas de existencia visible o personas humanas. En los [fundamentos del anteproyecto](#) se afirmó que

... siguiendo la tradición de nuestro sistema, las normas relativas a la capacidad y al nombre de la persona humana han mantenido la conexión del «domicilio» como centro de gravedad.³⁴

Aun cuando se haya omitido, entendemos que, no existiendo ninguna norma especial, tanto el estado como la existencia (comienzo y fin) se rigen por el mismo criterio.³⁵

En relación a la nueva disposición, la doctrina especializada sostiene:

La primera parte del precepto somete la capacidad jurídica (o de derecho) y la capacidad de obrar (o de ejercicio) a la ley domiciliaria. Se elimina así la contradicción entre las disposiciones del Código de Vélez y se reconcilia el derecho de fuente interna con el de fuente convencional. Si bien el precepto no contiene las limitaciones del Código de Vélez a determinadas incapacidades contrarias, «a las leyes de la naturaleza», tales incapacidades pueden

33. Ver BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000; GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, Buenos Aires, LexisNexis, 2002; KALLER DE ORCHANSKY, Berta, ob. cit. (cfr. nota 9); VICO, Carlos M., *Curso de derecho internacional privado*, t. 2, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1935; entre otros.

34. [N. del E.: cfr. p. 235 del documento [pdf](#) {título IV, “Disposiciones de derecho internacional privado”}].

35. El estado consiste en la situación particular de un sujeto respecto a sí mismo (menor, mayor) frente a las relaciones de familia (casado, soltero, conviviente, divorciado, viudo) y con el Estado (nacional o extranjero).

ser fulminadas por principios de orden público (art. 2600) que, como vimos, encuentran su raíz positiva en los tratados internacionales sobre derechos humanos.³⁶

9. Conflicto móvil o cambio de estatutos

Nuestro antiguo Código Civil regulaba el llamado principio del mantenimiento o irrevocabilidad de la capacidad adquirida. Esto significa que, cuando se produce un cambio de estatutos, debe estarse al régimen que conceda o mantenga la capacidad, tal como ya indicaba Froland, estatutario de la Escuela Francesa del Siglo XVIII. Los artículos 138 y 139 CCIV solo regulaban el caso de quien, residiendo en el extranjero, mudaba su domicilio a la República Argentina. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han admitido su aplicación analógica a aquellos casos de traslados de la Argentina al extranjero. Son célebres en este tema los casos “Valle Inclán, María Beatriz” y “Berman, Evelina Geraldina Faustina”.

En el primer caso, María Beatriz Valle Inclán, hija del escritor español, siendo menor de edad, había sido enviada por su madre, viuda, durante la Guerra Civil Española, a diversos países, entre ellos la Argentina. Es aquí donde cumple los veintidós años, resultando entonces mayor de edad en virtud del derecho argentino pero aún menor según el derecho español, teniendo la madre su domicilio en España. La madre reclamó de las autoridades argentinas que obligasen a su hija a repatriarse, ya que ella se negaba a obedecerla. La sentencia argentina considera a María Beatriz mayor de edad y rechaza la petición de la madre.³⁷

En el caso “Berman”, Evelina llegó a Tel Aviv (Israel) siendo mayor de dieciocho años de edad. Como deseaba casarse y sus padres no le otorgaban la correspondiente autorización, creía necesario regresar a Buenos Aires, donde la familia estaba domiciliada, a fin de solicitar ante el juez competente la venia judicial en el juicio de disenso. Pero como para regresar necesitaba un pasaporte argentino, que el Consulado argentino no le quería extender por considerarla menor de edad, y carecía del consentimiento de sus padres, la señorita Berman, como primera medida, pidió al juez en Buenos Aires que autorizara al Consulado argentino en Tel Aviv a concederle un pasaporte, para que pudiera regresar a Buenos Aires y tramitar allí su venia. El juez de primera instancia, por oficio, hizo saber al Poder Ejecutivo Nacional que el Consulado estaba autorizado a proveer a la señorita Berman de la documentación necesaria para que volviera al país. Contra la resolución se alzó el padre de Evelina. Entretanto, el asesor de menores de la Cámara había formulado un nuevo planteamiento, sosteniendo que domiciliándose la hija en el Estado de Israel, donde se adquiere la mayoría de edad a los dieciocho años, corresponde la revocación del autoapelado y el archivo de las actuaciones. Así fue resuelto por la Sala C de la Cámara de Apelaciones en lo Civil el 30 de diciembre de 1957, aplicándose por analogía los ar-

36. MENICOCCHI, Alejandro A. y RABINO, Maríel C., [comentario al art. 2616], en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.), Esper, M. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 30), p. 843.

37. CNCiv, Sala 2ª, 7/5/1942, “Valle Inclán, María Beatriz” (*La Ley*, t. 26, p. 573, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1942-II, p. 789).

títulos 138 y 139 CCIV. El caso había sido declarado urgente, dado el estado de gravedad de la señorita Berman. La doctrina Berman fue tenida en cuenta por las “[Normas de aplicación del Reglamento Consular](#)”, dictadas en virtud del artículo 342 del [Reglamento de Cancillería](#), que estatuyen que

... cuando funcionarios consulares procedan a expedir, renovar o prorrogar pasaportes a menores de 21 años, tendrán en cuenta los artículos 138 y 139 del CCA, respetando las leyes del domicilio que determinan los mismos.³⁸

La doctrina de estos fallos fue invocada en posteriores casos. Entre ellos, se destaca “D., O. A. c/ C., T. M. s/ Cesación de cuota alimentaria” de la Cámara Civil, del 31 de agosto de 2004. La cuestión se centra en la discusión que entablan las partes acerca de si M. D., de nacionalidad francesa, nacido el 6 de mayo de 1983, en Maisons Alfort (Val de Marne), Francia, del matrimonio que formaban T. M. C. y O. A. D., ha arribado a la mayoría de edad, conforme al derecho francés, que la fija en los dieciocho años, o bien continuaba, al tiempo de los hechos litigiosos, siendo menor de edad, conforme al derecho argentino, hasta los veintiún años:

En el caso de autos no puede discutirse que desde el mes de febrero (según la madre), o marzo de 2001 (según el padre), M. D. vive en Montpellier, República de Francia, país del que tiene la nacionalidad, al igual que sus padres. En dicho país vive, estudia (si bien no está claro el objeto de sus estudios, francés o ecología según discrepan las partes, punto sobre el que no se ha producido prueba), goza de una beca del gobierno francés y según refieren testigos, en prueba no del todo sólida, habría alquilado vivienda, tendría una novia ecuatoriana y efectuaría cuando menos algunos trabajos o actividades lucrativas durante el receso en sus estudios. Ello basta para considerar, apreciando además el tiempo transcurrido desde entonces, que M. tiene en Francia su residencia habitual, su centro de vida, un domicilio de hecho.³⁹

En consecuencia, y siendo el pretendido alimentado, mayor de edad, la Cámara decreta el cese de la obligación alimentaria a que se obligara el demandante por el convenio homologado en los autos sobre divorcio, desde la fecha de notificación de la demanda.

Actualmente, también el segundo párrafo del artículo 2616 [CCCN](#) consagra el principio de mantenimiento o irrevocabilidad de la capacidad adquirida, de manera muy similar al texto del artículo 2 de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940: el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida. Para que opere este principio, debemos interpretar que cuando el menor no traslada su domicilio conjuntamente con sus padres o representantes legales, sino que establece residencia estable en un país distinto al del domicilio de aquellos, debe primar la concepción objetiva del domicilio, ya que de lo contrario, el principio de la irrevocabilidad de la capacidad adquirida carecería de aplicación práctica. Es decir, se debe tener en

38. CNCiv, Sala C, 30/12/1957, “Berman, Evelina” (*La Ley*, t. 91, p. 439, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1958-IV, p. 27).

39. CNCiv., Sala I, 31/8/2004, “D., O. A. c/ C., T. M. s/ Cesación de cuota alimentaria” (*La Ley Online*, AR/JUR/7203/2004). Ver comentario al fallo: SCOTTI, Luciana B., “Capacidad, mayoría de edad y otras cuestiones a la luz del derecho internacional privado argentino”, en *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, N° 30, 2005, p. 211 (en plataforma online Información Legal de Thomson Reuters-La Ley, cita online AP/DOC/1334/2012).

consideración el elemento objetivo del domicilio, el *factum*, en definitiva, la residencia habitual. En suma, tal como lo expresa con absoluta claridad Goldschmidt, cuando se produce un cambio de estatutos, debe aplicarse en todos los casos la ley más favorable a la mayoría de edad o emancipación.⁴⁰

10. Supuestos de personas incapaces.

Principio del *favor negotii* o doctrina del interés nacional

El artículo 2617 CCCN se ocupa de un supuesto particular, la parte en un acto jurídico que sea incapaz, según el derecho de su domicilio, no puede invocar esta incapacidad si era capaz según el derecho del Estado donde el acto ha sido celebrado, a menos que la otra parte haya conocido o debido conocer esta incapacidad. Esta regla no es aplicable, en cambio, a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios.

El CCIV no contenía una norma similar. Esta norma recepta la llamada doctrina o excepción del interés nacional, por la que se sustituye la ley personal por la del lugar donde se ha celebrado un acto, generalmente un contrato, con el fin de salvaguardar la buena fe negocial o, en general, proteger la seguridad en el tráfico jurídico.

Menicocci señala que el precepto es de naturaleza material y limita los alcances de la norma indirecta contenida en el artículo 2616:

... no es una norma de excepción a la incapacidad domiciliaria sino una aplicación del principio *favor negotii*, aunque en una versión restringida, ya que el único derecho llamado a remediar la invalidez del acto jurídico nulo es la *lex loci celebrationis*, no participando del convite ni la *lex loci executionis* ni la *lex domicilii* de la parte capaz.⁴¹

El caso emblemático que consagra la teoría es el caso “Lizardi”, de la Corte de Casación francesa. A mediados del siglo XIX, un mexicano de veintitrés años compra joyas en Francia y su tutor pretende la nulidad por ser menor conforme a su ley personal, veinticinco años. Lizardi había pagado en efectivo 30.000 francos y el resto serían pagados con posterioridad, por lo que el joyero le hizo aceptar una cantidad de letras de cambio. Existían dos tipos de negocios jurídicos: el contrato de compraventa de joyas, que era la relación principal y las letras de cambio; es decir, la obligación cambiaria vinculada a la relación subyacente o principal. Vencidas las letras de cambio, Lizardi se rehúsa a pagarlas y el joyero lo demandó ante tribunales franceses. La Corte de Casación francesa da la razón a los joyeros franceses por ser el comprador mayor, conforme a la ley francesa, la del lugar de celebración del contrato, por contratar el comprador confiado en la aparente capacidad, protegiéndose así la buena fe del que contrata con la debida diligencia y en base a la salvaguarda de la seguridad en el tráfico jurídico. Pero con respecto a las letras

40. GOLDSCHMIDT, Werner, ob. cit. (cfr. nota 33), pp. 206 y ss., y *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, t. 2, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 139.

41. MENICOCCHI, Alejandro A., ob. cit. (cfr. nota 21), p. 39. [N. del E.: ver también en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° 23, 2014, pp. 209-210].

de cambio, decidió que el joyero debía actuar con mayor diligencia pues no se trataba de un oficio habitual recibir letras de cambio por la venta de sus joyas y por ende, debía haber tomado todas las precauciones necesarias, tendientes a cerciorarse de si Lizardi era capaz o no; por ende, la Casación consideró que la reclamación del joyero, en lo que respecta a las letras de cambio, debían declararse improcedentes.

Esta doctrina fue adoptada por el artículo 11 del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE), y por el artículo 13 del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales ("Roma I"):

Incapacidad. En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.

En similar sentido, el artículo 18 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998 indica que

La persona que es incapaz de acuerdo con las disposiciones anteriores, actúa válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto.

Por último, téngase presente que, según dispone el artículo 2617 CCCN, esta regla no es aplicable a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios. En relación a esta limitación, prestigiosa doctrina reflexiona:

... el fundamento de la última parte del precepto no es tan claro por la distinta naturaleza de las tres excepciones. El derecho de familia y el sucesorio son ramas jurídicas con mayor penetración del orden público. En tales casos, la seguridad del acto jurídico parece ceder ante materias de poca disponibilidad por la persona. El fundamento vendría dado, en tal circunstancia, por el orden público en que se sustenta la incapacidad de derecho (prohibición especial) del incapaz. En cambio, en materia de derechos reales inmobiliarios, pareciera que el fundamento obedece a la protección del propio incapaz, inspirándose la última parte del precepto en el brocárdico «res mobilis, res vilis». Y ello es así porque no hay posibilidad de que en tales casos funcione el orden público (económico) en que se sustentan los derechos reales, ya que tal orden público se ha asegurado por la aplicación de la *lex situs* (art. 2667) a la materia real, no desplazada por la *lex loci celebrationis*.⁴²

42. MENICOCCHI, Alejandro A. y RABINO, Mariel C., [comentario al art. 2617], en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.), Esper, M. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 30), p. 848.

11. El nombre de la persona humana

La doctrina ubica mayoritariamente el tema del nombre de la persona humana en el llamado “estatuto personal”, aunque también se ha indicado que el régimen del nombre pertenecería en gran medida al derecho administrativo y al derecho administrativo internacional, lo que explicaría la carencia de normas indirectas expresas sobre el punto en muchos ordenamientos jurídicos, ya que en las señaladas ramas del derecho impera por regla general la territorialidad del derecho público local.⁴³ Asimismo, nuestra jurisprudencia ha señalado que

... como principio, en ausencia de normas de derecho internacional privado de fuente interna que se refieran específicamente al nombre [...] cabe extraerlos de las que se ocupan del estado y capacidad de las personas, en tanto la cuestión forma parte de lo que genéricamente ha dado en llamarse como «estatuto personal», tomando en cuenta, de todos modos, las disposiciones de la ley 18248 [...] Ha de hacerse mérito entonces, del Derecho Internacional Privado argentino, que en materia de estado y capacidad de las personas naturales o físicas declara aplicable el derecho domiciliario (cfr. art. 1 de ambos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1989 y 1940 y arts. 6 y 7 CC.).⁴⁴

Sin embargo, existen algunas discrepancias en cuanto al derecho aplicable al nombre, habida cuenta de la influencia de ciertas relaciones jurídicas subyacentes (patria potestad, adopción, matrimonio). No obstante, coincidimos con Ciuro Caldani, quien considera que la problemática del nombre es una cuestión autónoma de las relaciones con que se corresponde en abstracto y pertenece al ámbito del estado de las personas.⁴⁵ Y así parece haberlo advertido nuestro legislador en el nuevo Código.

En cuanto a los cambios de apellidos y nombres o a la alteración de su ortografía, existe consenso en cuanto a su sometimiento a la ley que regula el estatuto personal.

El CCIV no contenía disposiciones de DIPr específicas en materia de nombre de la persona humana. Sin embargo, la doctrina era uniforme en cuanto a someterlo al lugar del domicilio de la propia persona. En esta inteligencia, el artículo 2618 CCCN se dedica al nombre de la persona humana en el DIPr y dispone que

El derecho aplicable al nombre es el del domicilio de la persona de quien se trata, al tiempo de su imposición. Su cambio se rige por el derecho del domicilio de la persona al momento de requerirlo.

De acuerdo a la norma que analizamos, entonces, el derecho al nombre, en tanto atributo de la personalidad, se considera integrante del estatuto personal, al igual que el estado y la capacidad de la persona humana. En suma, el artículo 2618 indica que se somete el nombre al derecho del lugar del domicilio de la persona al tiempo de su imposición y que todo cambio queda bajo la órbita del domicilio, pero al tiempo de requerirlo.

43. Ver CIURO CALDANI, Miguel A., “El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el derecho internacional privado”, en *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, Rosario, Colegio de Abogados de Rosario, N° 12, 2ª época, 1977, pp. 117 y ss.

44. CNCiv., Sala I, 18/7/1996, “Cabre, Nicolasa” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1997-III, p. 474).

45. CIURO CALDANI, Miguel A., ob. cit. (cfr. nota 43), pp. 117 y ss.

12. Ausencia y presunción de fallecimiento

En sentido estricto, la ausencia y la presunción de fallecimiento son instituciones independientes con sustantividad propia y distinto grado de trascendencia, tal como se desprende de los artículos 79 a 84 y 85 a 92 CCCN, respectivamente. Sin embargo, el DIPr otorga un tratamiento conjunto.

El hecho de que una persona de cuya existencia no se tienen noticias falte de su entorno vital durante un período de tiempo provoca situaciones caracterizadas por la desprotección de ciertos bienes e intereses del ausente o de las personas con él vinculadas. Asimismo, esa circunstancia genera incertidumbre no solo con respecto a la suerte de las relaciones jurídicas que tienen como fundamento la existencia de la persona, sino también acerca de aquellas que se subordinan a su muerte. Los mecanismos de protección de los intereses del ausente y de los terceros afectados por la situación condicionan el futuro de relaciones jurídicas muy diversas: familiares, patrimoniales, etcétera.⁴⁶

Los artículos 2619 y 2620 CCCN se ocupan de determinar los criterios atributivos de jurisdicción y las conexiones para determinar el derecho aplicable a la declaración de ausencia y presunción de fallecimiento, respectivamente. En materia de jurisdicción, el artículo 2619 dispone que

Para entender en la declaración de ausencia y en la presunción de fallecimiento es competente el juez del último domicilio conocido del ausente o, en su defecto, el de su última residencia habitual. Si éstos se desconocen, es competente el juez del lugar donde están situados los bienes del ausente con relación a éstos; el juez argentino puede asumir jurisdicción en caso de existir un interés legítimo en la República.

El artículo 16 de la [Ley 14394](#) disponía que era competente

... el juez del domicilio o, en su defecto, el de la última residencia del ausente. Si éste no los hubiere tenido en el país o no fuesen conocidos, lo será el del lugar en que existiesen bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontrasen en diversas jurisdicciones.

En efecto, en casos donde el litigio tenga relación con la existencia de bienes, la jurisdicción del patrimonio se revela idónea. Un buen ejemplo es esta disposición: el sujeto ausente deja relaciones jurídicas que se relacionan con varios Estados, pero como no es encontrado, la ley fija como jurisdicción la de situación de los bienes.⁴⁷

El artículo 2619 CCCN es muy similar a la norma derogada, es decir, establece la jurisdicción del juez del último domicilio conocido del ausente o, en su defecto, el del lugar de su última residencia habitual para declarar la ausencia y la presunción de fallecimiento. En caso de que ambos sean desconocidos, se acepta el llamado “foro del patrimonio”. Sin embargo, la nueva norma aclara que la competencia de los jueces del

46. MENICOCCHI, Alejandro A. y RABINO, Mariel C., [comentario al art. 2619], en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.), Esper, M. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 30), p. 852.

47. OYARZÁBAL, Mario J. A., *Ausencia y presunción de fallecimiento en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, p. 28.

lugar donde existan bienes del ausente se limita a ellos, y además agrega la facultad excepcional del juez argentino de asumir jurisdicción en caso de encontrarse presente un interés legítimo en la República Argentina.

Con respecto al derecho aplicable, el artículo 2620 CCCN establece que

La declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento se rigen por el derecho del último domicilio conocido de la persona desaparecida o, en su defecto, por el derecho de su última residencia habitual. Las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente.

Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes inmuebles y muebles registrables del ausente se determinan por el derecho del lugar de situación o registro de esos bienes.

Si bien nuestra legislación derogada contemplaba una norma atributiva de jurisdicción internacional, omitió determinar la ley aplicable para los casos de declaración de ausencia y presunción de fallecimiento. La nueva normativa (art. 2620 CCCN), en materia de ley aplicable a la declaración de ausencia y presunción de fallecimiento, admite conexiones subsidiarias, siendo la principal, la ley del lugar del último domicilio conocido del ausente, y la secundaria, que solo operará en defecto de la primera, la ley del lugar de su última residencia habitual. Asimismo, la disposición que comentamos aclara que las demás relaciones jurídicas del ausente quedan sometidas a las respectivas leyes que las regían con anterioridad a la declaración.

Por último, en relación a los bienes inmuebles, los efectos de la declaración de ausencia se rigen por la ley del lugar de su situación, y los bienes registrables, por la ley del registro, criterios que rigen ambos tipos de bienes según los artículos 2667 y 2668 CCCN. Esta disposición coincide, en términos generales, con lo establecido en el artículo 10 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y en el artículo 12 del Tratado de 1940:

Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes del ausente, se determinan por la ley del lugar en donde esos bienes se hallan situados. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía.

13. Consideraciones finales

En los últimos años, especialmente en el DIPr de los países miembros de la Unión Europea, la doctrina especializada se ha replanteado la vigencia de las ya clásicas conexiones rígidas relativas al estatuto de la persona humana: nacionalidad, domicilio y residencia habitual. En efecto, ante las corrientes migratorias y los flujos de refugiados que tales países han recibido procedentes de Estados de tradición islámica, se les presenta el siguiente dilema: a) aplicar la ley de la nacionalidad o la ley de origen de las personas procedentes de países con una cultura diferente, o b) aplicar a las situaciones privadas internacionales la ley de la residencia habitual, es decir, la ley del país de acogida. En el primer supuesto, el orden público internacional del foro, es decir, los principios fundamentales del juez que

intervenga en el asunto limitarán muchas veces la aplicación del derecho extranjero; en el segundo caso, en pos de la integración al nuevo centro de vida, se les imponen las pautas culturales del foro a inmigrantes que pertenecen a otra cultura. Ante esta encrucijada, se abre paso la autonomía de la voluntad, es decir, el derecho de elegir la ley aplicable, pero limitando tal elección entre el derecho de la nacionalidad o de la residencia habitual. Y, en defecto de elección, la doctrina ha propuesto la aplicación de la ley de la residencia habitual.⁴⁸

Más allá de estas tendencias que marcan la agenda actual del tema que nos ocupa ante los escenarios multiculturales del siglo XXI, lo cierto es que el DIPr argentino ha mantenido los principios tradicionales en materia de estatuto personal, incluyendo el más moderno criterio de residencia habitual y sistematizando las disposiciones, evitando incurrir en las contradicciones que encontrábamos en el Código derogado sobre el derecho aplicable a la capacidad/incapacidad de derecho y completando lagunas importantes como las calificaciones autárquicas de domicilio y residencia habitual, el derecho aplicable al nombre de la persona humana o a la ausencia y presunción de fallecimiento, cuya inclusión expresa celebramos.

14. Bibliografía

- BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.
- CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2009.
- CARLIER, Jean-Yves, “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en Calvo Caravaca, A. L. e Iriarte Ángel, J. L. (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000.
- CIURO CALDANI, Miguel A., “El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el derecho internacional privado”, en *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, Rosario, Colegio de Abogados de Rosario, N° 12, 2ª época, 1977.
- ESPINAR VICENTE, José M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Personas físicas”, en Fernández Arroyo, D. P. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur. Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Buenos Aires, Zavallia, 2003.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, Buenos Aires, LexisNexis, 2002.
- *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, t. 2, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.
- IÑIGUEZ, Marcelo D., [comentario al art. 2610], en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* [online], t. 6, Buenos Aires, Infojus, 2015.
- KALLER DE ORCHANSKY, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1994.
- *Nuevo manual de derecho internacional privado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1991.
- MENICOCCHI, Alejandro A., “Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial de contratos y responsabilidad civil extracontractual en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” [relato presentado al XXVI Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán, 2014],

48. CARLIER, Jean-Yves, “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en Calvo Caravaca, A. L. e Iriarte Ángel, J. L. (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38.

- en AA.VV., *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° 23, 2014.
- “El estatuto de la persona humana: del domicilio y la nacionalidad a la autonomía conflictual y material”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° 21, 2012.
- MENICOCCHI, Alejandro A. y RABINO, Mariel C., [comentario a los arts. 2615-2619], en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.), Esper, M. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- OYARZÁBAL, Mario J. A., *Ausencia y presunción de fallecimiento en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, Ábaco, 2003.
- RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, “[El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado](#)” [online], en *Cuadernos de derecho transnacional*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, v. 2 (2010), N° 1.
- SCOTTI, Luciana B., “Capacidad, mayoría de edad y otras cuestiones a la luz del derecho internacional privado argentino”, en *Revista Derecho de Familia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, N° 30, 2005.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, t. 8, 1849.
- STORY, Joseph, *Comentarios sobre los conflictos de las leyes*, Buenos Aires, Lajouane, 1891.
- URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, “El estatuto personal ante los desplazamientos transfronterizos. Criterios para la determinación del contenido del estatuto personal. Posibles conexiones localizadoras del derecho aplicable”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° 21, 2012.
- VICO, Carlos M., *Curso de derecho internacional privado*, t. 2, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1935.

Pérdida de la matriz

Reconstrucción del protocolo. Sede judicial y notarial*

Alicia V. Castillo

RESUMEN

Los escribanos S. y W. consultan respecto de una escritura de "reconstrucción" con los antecedentes siguientes: 1) por escritura del 20/6/2000, la señora MJA dona como anticipo de herencia a uno de sus hijos, AJE, un departamento en CABA; 2) el 20/6/2002, la Justicia incauta la matriz de dicha escritura en el marco de una causa seguida contra la donante, finalmente sobreseída; 3) el 24/11/2016, ante el sobreseimiento de la donante, el autorizante de la escritura de donación solicita la devolución de los folios incautados; 4) el juzgado le solicita a la fiscalía la remisión de la documentación incautada y esta informa (25/11/2016) no haberla hallado; 5) ante esta situación, el escribano autoriza una nueva escritura, donde transcribe fotocopia certificada de las fojas 473 y 475 de la causa, consistentes a su vez en fotocopias certificadas por el secretario de la fiscalía de los protocolos incautados; a dicha escritura concurre como único compareciente un apoderado del donatario. Los consultantes solicitan opinión respecto de si ha quedado subsanada la falta de matriz de la escritura de donación. Se concluirá que en la escritura traída a consulta no se cumple con ninguno de los dos procedimientos de subsanación correspondientes.

PALABRAS CLAVE

Extravío de matriz, reconstrucción de protocolo, reproducción de acto.

Resolución del Consejo Directivo: 28/6/2017, acta N° 4013

Sumario: 1. Doctrina. 2. Antecedentes. 3. Introducción. 4. Reconstrucción de protocolo. 4.1. Planteo de la cuestión en el Código Civil velezano. 4.2. Planteo de la cuestión en el Código Civil y Comercial. 5. Reproducción del acto. 6. Conclusión.

1. Doctrina

- Existen dos mecanismos tendientes a subsanar la pérdida de una escritura matriz:
a) la reconstrucción de protocolo en sede judicial (si se cuenta con la primera copia

* Dictamen aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en su sesión del 9/6/2017; expediente: 16-00928-17.

de la escritura) y b) la reproducción del acto en sede notarial (si estuvieren todas las partes presentes). De acuerdo a las circunstancias y particularidades de cada caso se optará por uno u otro mecanismo, siendo ambos igualmente eficaces.

- El procedimiento judicial de reconstrucción de protocolo que preveía el artículo 1011 del Código Civil derogado continúa vigente luego de la sanción de la Ley 26994, ya que si bien no existe una disposición de fondo en el actual Código Civil y Comercial que admita esta posibilidad, existen otras disposiciones legales, aún vigentes, que remiten al mencionado artículo y regulan el procedimiento a seguir en sede judicial.

2. Antecedentes

Se presentan los consultantes a los fines de requerir la opinión de esta comisión respecto de la escritura de “reconstrucción” que se acompaña y cuyos antecedentes son los siguientes:

- 1) Por escritura número 529, de fecha 20 de junio de 2000, la señora MJA donó como anticipo de herencia a uno de sus hijos, AJE, un departamento ubicado en la calle Riobamba de la Ciudad de Buenos Aires.
- 2) El 20 de junio de 2002, la Justicia procedió a incautar la matriz de dicha escritura en una causa que se seguía contra la donante y en la cual fue finalmente sobreseída.
- 3) Habiéndose dictado el sobreseimiento, el 24 de noviembre de 2016 el escribano autorizante de la escritura de donación presentó ante el juzgado interviniente un escrito en el cual solicitaba la devolución de los folios incautados.
- 4) Ante este pedido, el juzgado libró cédula a la fiscalía interviniente solicitando la remisión de la documentación incautada, habiendo informado la fiscalía, con fecha 25 de noviembre de 2016, que “no se halló la documentación original incautada”.
- 5) Ante este panorama, el escribano procedió a autorizar una nueva escritura con el acápite “Declaración de certeza - matricidad - reconstrucción de escritura”, en la cual narra los hechos acontecidos y transcribe una fotocopia certificada de las fojas 473 y 475 de la causa judicial, las cuales consisten en fotocopias certificadas por el secretario de la fiscalía de los protocolos incautados. A dicha escritura concurre como único compareciente un apoderado del donatario.

Los consultantes solicitan que esta comisión se expida respecto de si con la mencionada escritura de “reconstrucción” quedó subsanada la falta de matriz de la escritura de donación y en caso negativo, emita opinión en cuanto a si existe orden a seguir para subsanar supuestos como este o si es discrecional del afectado optar por la reconstrucción o reproducción del acto.

3. Introducción

Existen dos procedimientos igualmente válidos y eficaces para subsanar la pérdida de una escritura matriz: 1) la reconstrucción de protocolo en sede judicial y 2) la reproducción

del acto en sede notarial. Comenzaremos por desarrollar cuáles son los requisitos de cada uno de estos mecanismos de subsanación para luego pasar a analizar si la escritura de “reconstrucción” sometida a consulta encuadra en uno u otro procedimiento.

4. Reconstrucción de protocolo

4.1. Planteo de la cuestión en el Código Civil velezano

En primer término, analizaremos la situación durante la vigencia del [Código Civil de Vélez Sarsfield](#) (CCIV). Como bien explica Pelosi, la falta de matriz de una escritura pública puede deberse a alguno de los siguientes acontecimientos:

- a) Pérdida o extravío por desaparición de una o más fojas o folios.
- b) Destrucción. Total o parcialmente en su parte material. Se reduce a la nada.
- c) Deterioro.
- d) Sustracción.¹

El artículo 1011 CCIV preveía expresamente el procedimiento a seguir para el supuesto enunciado en el apartado a), es decir, para el caso de pérdida o extravío de folios:

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

En consecuencia, teniendo el donatario la primera copia de la escritura extraviada, podría recurrir al procedimiento judicial de reconstrucción previsto en el artículo 1011 CCIV.

4.2. Planteo de la cuestión en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial sancionado por la [Ley 26994](#) (CCCN) no contiene norma similar que reemplace al artículo 1011 CCIV, lo que lleva a cuestionarnos si la omisión se debe a un descuido involuntario del legislador o si, por el contrario, la supresión del artículo fue deliberada. ¿Debemos interpretar entonces que el procedimiento de reconstrucción previsto ya no es viable? Sostenemos que, aun ante la falta de norma expresa, el procedimiento judicial de reconstrucción de protocolo continúa vigente por los argumentos que se desarrollan a continuación.

1. PELOSI, Carlos A., “Subsanación de la pérdida de fojas del protocolo”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 768, 1979, p. 2113. [N. del E.: ver [aquí](#)].

4.2.1. Normas vigentes que remiten al artículo 1011 del Código Civil

Si bien el CCCN no contiene norma alguna que recepte el contenido del artículo 1011 CCIV, existen otras disposiciones legales, aún vigentes, que remiten al mismo. Tanto el artículo 779 del [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#) (CPCCN) como el artículo 89 de la [Ley 404](#) (vigente para el ejercicio de la función notarial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) se refieren al supuesto del artículo 29 de la Ley Nacional del Registro de la Propiedad Inmueble [17801](#), que a su vez remite al artículo 1011 CCIV.

El artículo 29 de la Ley 17801 establece que “el asiento registral servirá como prueba de la existencia de la documentación que lo originara en los casos a que se refiere el artículo 1011 del Código Civil”. En consecuencia, el asiento registral sirve para probar la existencia del protocolo cuando se tenga que recurrir al procedimiento de reconstrucción judicial del mismo por pérdida o extravío de folios. Este es el denominado *procedimiento de título supletorio*. Por su parte, el artículo 779 CPCCN (que a su vez remite al art. 778), establece el modo en que se llevará a cabo en sede judicial la obtención del título supletorio, previendo expresamente que debe protocolizarse. Y la Ley 404 establece en su artículo 89 el contenido del acta de protocolización que tuviere por objeto reunir los antecedentes judiciales relativos a títulos supletorios.

Por lo expuesto, manteniendo su plena vigencia el artículo 29 de la Ley 17801, los artículos 778 y 779 CPCCN y el artículo 89 de la Ley 404, podemos afirmar que no existe impedimento alguno para que, en el caso de pérdida de protocolo, la reconstrucción se lleve a cabo con arreglo al citado artículo 779 CPCCN. Decretada judicialmente la reposición de la copia, ella se agregará al protocolo corriente labrándose el acta de protocolización pertinente.

4.2.2. Aplicación supletoria de las normas sobre reconstrucción de expedientes judiciales y administrativos

Tanto los códigos de procedimientos locales como la reglamentación de la Ley [19549](#) Nacional de Procedimiento Administrativo (Decreto [1759/1972](#))² (RPA) prevén en su articulado normas destinadas a regular el procedimiento de reconstrucción de expedientes judiciales y administrativos en caso de pérdida. Así, el [CPCCN](#) establece en su artículo 129 que, comprobada la pérdida de un expediente, el juez ordenará su reconstrucción. El procedimiento fijado en el mencionado artículo consiste básicamente en la agregación de copias de los escritos, documentos y diligencias que obren en poder de las partes y de copias de todas las resoluciones que obren en los libros del juzgado. En este sentido, la jurisprudencia sostuvo que la reconstrucción de un expediente implica la recolección de los instrumentos que reflejan los actos procesales esenciales ya ejecutados en expedientes extraviados o destruidos.³

2. [N. del E.: el [link](#) dirige a la versión ordenada por el Decreto PEN 894/2017, publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina N° 33743, del 2/11/2017].

3. Ver CNCrim.Corr., Sala 2, 4/4/1990, “Valenzuela, Gustavo E. s/ Reconstrucción de expediente - excarcelación” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1990-IV, p. 301; *La Ley*, t. 1990-D, p. 530; *Doctrina Judicial*, t. 1991-1, p. 223, cita online AR/JUR/999/1990).

Por su parte, el artículo 105 del [RPA](#) establece un mecanismo similar para la reconstrucción de expedientes administrativos:

- a) Comprobada la pérdida o extravío de un expediente [...], se ordenará dentro de los dos (2) días su reconstrucción, incorporándose las copias de los escritos y documentación que aporte el interesado, de los informes y dictámenes producidos, haciéndose constar los trámites registrados. Si se hubiere dictado resolución, se agregará copia autenticada de la misma, prosiguiendo las actuaciones según su estado.

El procedimiento de reconstrucción de expedientes judiciales y administrativos puede aplicarse extensivamente para reconstruir escrituras, ya que en los tres supuestos estamos frente a reconstrucción de instrumentos públicos. En este sentido, el artículo 289 [CCCN](#) establece en su inciso segundo que son instrumentos públicos aquellos que extienden los escribanos o funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes. En consecuencia, son instrumentos públicos, además de las escrituras, aquellos que emanan de jueces y actuarios, tales como las sentencias judiciales y resoluciones administrativas. Si es viable, a través de un procedimiento judicial o administrativo, reconstruir expedientes perdidos que contienen instrumentos públicos, claramente resulta viable que también, a través de un procedimiento judicial, se pueda reconstruir una matriz cuando esta no existe por la causa que fuere y se cuenta con su primera copia o testimonio. De hecho, el artículo 1011 [CCIV](#) no hacía otra cosa más que recoger un procedimiento de reconstrucción judicial en caso de extravío de fojas de protocolo similar al previsto para los casos de extravío de expedientes.

4.2.3. Principio de matricidad

Por último, haremos una breve referencia al principio rector del sistema de notariado de tipo latino: el principio de matricidad. En virtud de este principio, el notario conserva y custodia los documentos originales que ha autorizado, mientras que solo sus copias operan en el tráfico. Este principio

... tiene carácter esencial y no puede faltar en un notariado para que pueda calificarse de latino; de manera que el no conservar los documentos originales es un dato más para negar el carácter de notarios al *notary public* inglés o norteamericano o a los *scrivener notaries* de Londres.⁴

Neri sostiene que el protocolo

... ha sido una creación derivada de la necesidad que el hombre tiene de llevar al papel escrito la voluntad creadora de las relaciones jurídicas, para que de él surja, sin riesgo de pérdida y en caso de duda para mejor probar, la intención contractual...⁵

4. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “[Los principios de matricidad y de protocolo](#)”, en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, N° 25, 2009 [última consulta: 5/12/2017].

5. ORELLE, José M. R., [comentario al art. 998], en Belluscio, Augusto C. (dir.), Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 4, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 564.

La función del protocolo no es otra más que la de conservar ordenadamente los documentos notariales matrices, resguardar los derechos que por ellos se crean, modifican, transmiten o extinguen, y facilitar su reproducción. De esta manera, podemos afirmar que el principio de matricidad es el pilar fundamental sobre el cual se asienta el sistema de notariado latino y que su principal finalidad es garantizar la seguridad jurídica, puesto que al quedar el protocolo en poder del escribano “se prolonga la eficacia del documento, se lo hace duradero y se aseguran efectos probatorios”.⁶

El principio de matricidad se encuentra receptado en el artículo 299 CCCN, que define la escritura pública como “el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público”; y si bien la copia o testimonio hace plena fe como la matriz, no la reemplaza:

La escritura matriz es la escritura pública original, la que está asentada en el protocolo del escribano público de registro. Si bien las copias o testimonios expedidos por los escribanos a pedido de partes intervinientes e interesadas hacen plena fe y, en tal sentido, funcionan «como» la escritura matriz, no lo son.⁷

Lo expuesto nos permite afirmar que no es viable pasar por alto la pérdida de una escritura original, ya que la falta de matricidad atenta contra el principio rector de nuestro sistema notarial. Por tal motivo, resulta imprescindible contar con un mecanismo que brinde una solución eficaz en aquellos casos de pérdida de protocolo, y el procedimiento que garantiza la seguridad jurídica en esta materia es, claramente, el de reconstrucción en sede judicial.

5. Reproducción del acto

No obstante, existe otro procedimiento para subsanar la falta de matricidad de una escritura: la reproducción del acto. En este caso, se trata de volver a otorgar o celebrar el acto con efecto retroactivo, para lo cual deben comparecer todas las partes involucradas en el mismo.⁸

Esta comisión resolvió en tal sentido al sostener que

La escritura de venta cuya matriz ha desaparecido puede ser reconstruida mediante la reproducción del acto por parte de todos sus otorgantes [...] La reproducción del acto cuya matriz ha desaparecido por imperio de las incautaciones judiciales subsana la falta apuntada y completa la legitimidad del otorgamiento en cuestión.⁹

6. Ídem, p. 565.

7. BALIERO DE BURUNDARENA, Ángeles, [comentario al art. 299], en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 484. [N. del E.: ver [aquí](#)].

8. Ver ORELLE, José M. R., [comentario al art. 1011], en Belluscio, Augusto C. (dir.), Zannoni, Eduardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 641-644.

9. COMISIÓN ASESORA DE CONSULTAS JURÍDICAS [COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CAPITAL FEDERAL], “Subsanación de escritura cuya matriz ha desaparecido. Confirmación (arts. 1061 y conc. Cód. Civil)”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 849, 1997, pp. 109-111. [N. del E.: ver artículo [aquí](#)].

La reproducción del acto es un mecanismo que se lleva a cabo en sede notarial y que puede, en algunos casos, ser más rápido y expeditivo que el procedimiento judicial de reconstrucción de protocolo.

El Departamento de Inspección de Protocolos del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires estableció pautas para llevar a cabo la reproducción del acto:

... deberá instrumentarse una nueva declaración de voluntad [...] haciendo relación de las causas determinantes de su otorgamiento e incluyendo todas las estipulaciones propias del contrato de que se trate y las constancias notariales correspondientes. Las únicas diferencias con el acto originario resultarán, por razones temporales, de la redacción del instrumento, por cuanto ha de referirse a los hechos ya ocurridos y reconocidos voluntariamente por las partes que produjeron los efectos jurídicos del acto o negocio original, a cuya fecha se retrotraen...¹⁰

La reproducción consiste en un nuevo acto jurídico –nueva declaración de voluntad o de ciencia– con las mismas partes que otorgaron el acto originario, explicando las causas que la hacen necesaria [...] La única diferencia [...] es que [...] deberá redactarse en tiempo pasado.¹¹

6. Conclusión

Ante la falta de escritura matriz por pérdida de protocolo quedan expeditas dos vías de subsanación: 1) recurrir al procedimiento de reconstrucción judicial, 2) recurrir a la reproducción del acto en sede notarial. No obstante, cabe aclarar que el mecanismo de reproducción del acto no siempre es viable, sobre todo en situaciones en las que ya han transcurrido varios años desde el otorgamiento del acto y puede resultar muy difícil y engorroso contactar a las partes para el nuevo otorgamiento, o quizás estas hayan fallecido. En estos supuestos queda expedita la vía de la reconstrucción de protocolo siempre y cuando se cuente con la primera copia de la escritura extraviada.

No admitir la vigencia de este procedimiento importaría dejar al inmueble fuera del comercio en aquellos supuestos en los que no fuera viable la reproducción del acto, privando a su dueño de la posibilidad de disponer de él por razones que le son totalmente ajenas. Consideramos que ante la falta de una norma que expresamente lo prohíba, continúa vigente el procedimiento judicial de reconstrucción de protocolo que preveía el artículo 1011 CCIV.

Si bien es cierto que ya no existe una disposición de fondo que admita esta posibilidad, existen otras disposiciones legales, aún vigentes, que remiten al mencionado artículo y regulan el procedimiento a seguir en sede judicial. Asimismo, entendemos que las normas que regulan la reconstrucción de actos procesales que revisten carácter de instrumentos públicos pueden aplicarse, por analogía, a la reconstrucción de protocolo.

10. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES [Rosin de Allende, Elsa {coord.}], *Vademécum. Inspección de Protocolos Notariales 2011*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2011, p. 69.

11. Ídem, p. 108.

Con la intervención del juez se garantiza el debido control, resguardando tanto el interés de las partes como el interés general radicado en la incolumidad de los registros. En consecuencia, siendo ambos procedimientos de subsanación igualmente eficaces, se optará por uno u otro de acuerdo a las circunstancias y particularidades de cada caso en concreto.

En la escritura traída a consulta no se cumple con ninguno de los dos procedimientos de subsanación que hemos analizado. No se trata de un supuesto de reconstrucción de protocolo, ya que no solo no se transcribe y agrega la primera copia de la escritura extraviada, sino que tampoco existe orden judicial que decrete su reposición. Tampoco se trata de un supuesto de reproducción del acto, puesto que no se cumple con el requisito de comparecencia de todas las partes ni existe una nueva declaración de voluntad de ellas.

Esta comisión considera que, a los fines de subsanar la falta de matriz de la escritura de donación, se deberá reproducir el acto en sede notarial, siempre y cuando sea viable contactar a ambas partes para el nuevo otorgamiento, o, en su defecto, iniciar el procedimiento judicial tendiente a obtener la orden de protocolización de la primera copia de la escritura extraviada, siempre y cuando el donatario cuente con dicha primera copia en su poder. Ambas opciones son perfectamente viables, por lo que los consultantes deberán evaluar las circunstancias y particularidades del caso concreto previo a optar por uno u otro mecanismo.

Régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil

Bienes propios, carácter. Declaración del cónyuge adquirente*

Diego Mariano Mage

RESUMEN

Se presenta el consultante con motivo de la presunta observabilidad del título de propiedad de un inmueble cuya venta se vio afectada por no haberse acreditado el carácter propio de los fondos afectados a su compra y a la amortización de capital e intereses de un préstamo contraído con el Banco Hipotecario Nacional para pagar una parte del precio. Se deriva a la Comisión consulta para que dictamine si resulta suficiente la declaración del cónyuge adquirente de que los fondos provienen de su trabajo personal cuando era soltera y de donaciones manuales realizadas por sus padres. Se analizará doctrinariamente la calificación de los bienes y la subsanación de la omisión de declarar origen de fondos. Finalmente, se concluirá que el título no es observable porque tanto la escritura de adquisición como su complementaria se encuentran revestidas de las formalidades legales, se otorgaron cumpliendo con los requisitos del artículo 1246 CCIV, están inscriptas en el RPI y la situación jurídica allí expresada no solo resultó del mutuo acuerdo de sus otorgantes, sino que no existen constancias fehacientes de que haya sido controvertida por terceros.

PALABRAS CLAVE

Bienes propios, omisión de declarar, origen de los fondos, escritura aclaratoria.

Resolución del Consejo Directivo: 20/9/2017 - acta N° 4023

Sumario: **1.** Doctrina. **2.** Antecedentes fácticos. **3.** Consideraciones jurídicas. **3.1.** Régimen del Código Civil. **3.2.** Subsanación de la omisión de aclarar el origen de los fondos. **4.** Conclusión.

1. Doctrina

- La calificación del carácter propio o ganancial de los bienes de los cónyuges no queda librada a su voluntad, sino que surge objetiva e imperativamente de los

* Dictamen aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en su sesión del 8/9/2017; expediente: 16-02063-14.

elementos que señalan las normas pertinentes en la materia, por cuanto no puede atribuirse a tales bienes una calidad distinta de la que surge de su naturaleza, pues las previsiones legales que la regulan se consideran de orden público.

- La norma del artículo 1246 establece que el cónyuge que declara que adquiere el bien como propio debe consignar cómo le pertenece el dinero mediante el que efectúa la adquisición. Las dos primeras son meras manifestaciones que no requieren fórmulas sacramentales, en tanto que la última exige consignar datos lo más precisos posibles como para posibilitar a quienes en su momento pretendan discutir la veracidad de ese origen.
- En el caso en que se omita expresar el origen de los fondos, ello puede subsanarse con pruebas subsiguientes. Todo tipo de prueba es admisible, y esta omisión inclusive puede subsanarse a posteriori en sede notarial mediante el otorgamiento de una escritura complementaria.
- Los bienes son propios o gananciales porque así lo establece la ley y no porque lo digan los particulares. A la hora de establecer el carácter de propio o ganancial, no obstante que las partes no hayan utilizado oportunamente los recursos que la ley otorga, o lo hayan hecho con posterioridad, la previsión del artículo 1266 del Código Civil nos enseña que los bienes adquiridos pertenecen al cónyuge de quien efectivamente era el dinero.

2. Antecedentes fácticos

El escribano C. eleva a consideración de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas una consulta en base a la documentación notarial y la que surge de las respectivas actuaciones judiciales, de las cuales podemos extraer los hechos que a continuación se relatan:

- 1) El 16 de diciembre de 1958, doña M. A. BdC., casada en primeras nupcias con C. G. F. A., adquirió una unidad funcional (UF 22) ubicada en el décimo piso del edificio sito en [...]. En la escritura de compra, la adquirente manifestó que la totalidad del precio pagado provenía en parte de dinero que poseía en su poder (sin aclarar el origen de los fondos) y en parte de dinero que le fuera prestado por el Banco Hipotecario Nacional (mediante préstamo instrumentado por escritura simultánea de mutuo con garantía hipotecaria). A la escritura compareció el cónyuge de la adquirente, quien manifestó su conformidad y aceptación con la adquisición efectuada por la esposa.
- 2) El 19 de abril de 1968, ambos cónyuges otorgaron una escritura complementaria, en la cual la esposa declaró que la adquisición del citado inmueble se hizo con fondos provenientes de su trabajo personal cuando era soltera y de donaciones manuales de dinero hechas por sus padres y parientes, siendo tales fondos de carácter propio. Aclaró también que los fondos con los cuales hasta ese momento se había efectuado el pago de los servicios de amortización del capital e intereses del préstamo contraído con el Banco Hipotecario Nacional tenían el mismo origen. En consecuencia, declaró que el departamento aludido tenía el carácter de bien propio. La esposa también manifestó que, a partir de ese momento, en los términos del artículo 3 de

la [Ley 11357](#), pasaría a administrar de manera exclusiva sus bienes propios y los derivados de su trabajo personal.

Su esposo prestó su conformidad a dichas declaraciones y las ratificó –por ajustarse a la estricta realidad–. Esta escritura fue inscrita en el Juzgado Comercial de Registro de la Capital Federal y también en el Registro de la Propiedad Inmueble, conforme dan cuenta la copia de la escritura citada y la copia de asiento registral oportunamente acompañada.

- 3) El escribano C. manifestó que los cónyuges BdC. y A. se divorciaron en 1970, mediante el procedimiento previsto por el artículo 67 bis de la [Ley 2393](#), y que en dichas actuaciones judiciales declararon que el bien inmueble mencionado en el punto 1) era propio de la esposa. Efectivamente, en el Juzgado Nacional en lo Civil N° 29 Secretaría N° 57 de la Capital Federal tramitó el expediente caratulado “A. C. G. F. y BdC. M. A. s/ Divorcio art. 67 bis ley 2393” (expte. 20.110/69), archivado en el legajo 40133, del cual surge:
 - i. A fs. 7/8, las partes presentaron escrito de demanda mediante la cual iniciaron proceso de “separación personal”, autorizada por el artículo 67 bis de la Ley 2393, y manifestaron: a) que primero vivieron con los padres de la esposa, hasta que en el año 1957 se mudaron al inmueble sobre el cual versa la consulta; b) reiteraron que dicho inmueble era un bien propio de la esposa, en el cual convivieron hasta la separación y en el cual continuó viviendo la esposa junto a los tres hijos habidos del matrimonio; c) efectuaron un acuerdo de tenencia de los hijos a favor de la madre y dejaron a salvo los derechos de la esposa a reclamar alimentos; d) solicitaron la separación personal, la disolución de la sociedad conyugal, y la homologación del acuerdo de tenencia.
 - ii. En la audiencia celebrada con fecha 25 de febrero de 1970, ambas partes ratificaron las manifestaciones efectuadas en el escrito de demanda.
 - iii. Previo al dictado de la sentencia de divorcio, a fs. 11, obra un dictamen elaborado por la Dirección General de Minoridad y la Familia, elaborado con fecha 8 de abril de 1970, en el cual la trabajadora social designada informó al juzgado que la señora BdC. en ese momento no trabajaba y que, además de los alimentos que recibía del señor A, también recibía apoyo económico de su familia.
 - iv. El 5 de mayo de 1970, se dictó sentencia, en la cual el juez sentenció: “decreto el divorcio del matrimonio C. G. F. A. - M. A. BdC., por culpa de ambos [...] decretando asimismo la separación de bienes de la sociedad conyugal”.
 - v. A fs. 19, luego de sancionada la [Ley 23515](#), el señor A. se presentó nuevamente y solicitó la conversión de la separación personal en divorcio vincular. En dicha presentación nada dijo respecto de bienes del matrimonio; solo se limitó a efectuar su petición para readquirir aptitud nupcial. Por ello, con fecha 20 de agosto de 1987, se dictó sentencia de divorcio vincular (fs. 25), reasumiendo las partes su aptitud nupcial según lo previsto por los artículos 217 y 218 del Código Civil.
- 4) No surgen de estas actuaciones judiciales resoluciones o anotaciones marginales que dieran cuenta de la existencia de reclamos entre los exesposos relativos a cuestiones incidentales por asuntos relativos a bienes.

- 5) El señor C. G. F. A. falleció el 13 de junio de 1996 y se inició su juicio sucesorio ab-intestato, el cual tramitó en el Juzgado Nacional en lo Civil N° 32 de la Capital Federal, en los autos caratulados “A., C. F. G. s/ Sucesión” (expediente 48.909/99), que se encuentra archivado en el legajo 69377, y del cual surge que:
 - i. El juicio sucesorio fue promovido por su hijo C. G. A., único heredero que se presentó (no lo hicieron sus otros dos hermanos).
 - ii. El señor A. contrajo segundas nupcias con doña A. M. S., el día 5 de noviembre de 1987, quien sobrevivió a su esposo y tampoco se presentó en la sucesión. El heredero del señor A. manifestó que su padre no había tenido hijos de esta segunda unión.
 - iii. Se ordenó la citación de todos los herederos por cédulas, que no fueron diligenciadas. Solo se publicaron edictos. Tampoco se dictó declaratoria de herederos por falta de impulso procesal de quien iniciara la sucesión, que se limitó a manifestar que su padre no tenía bienes propios y sí gananciales obtenidos de su segundo matrimonio (aunque aclaró que desconocía cuál era su cuantía). También manifestó que se encontraba en vías de iniciar un juicio de rendición de cuentas contra la viuda de su padre por la administración de los gananciales que le pertenecían a él con motivo del segundo matrimonio.
 - iv. Ante la falta de movimiento, las actuaciones judiciales fueron paralizadas y luego archivadas sin que se dictara declaratoria de herederos.
- 6) La señora A. M. S., cónyuge en segundas nupcias del señor A., falleció, y su juicio sucesorio tramitó por ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 67 Secretaría N° 97 de la Ciudad de Buenos Aires, el expediente caratulado “S., A. M. s/ Sucesión testamentaria” (expediente 99.035/2010), actualmente paralizado en el legajo 19/13. En dichas actuaciones se ordenó a favor de los beneficiarios del testamento otorgado por la señora S. la inscripción ante el Registro de la Propiedad Inmueble de la UF 9 sita en [...] (que no es el inmueble objeto de esta consulta).
- 7) Con fecha 6 de noviembre 2008, la señora BdC. donó a sus hijos el inmueble mencionado en el punto 1, reservándose para sí el usufructo.
- 8) Según manifiesta el escribano consultante, la señora BdC. falleció el 25 de abril de 2014, sin que existan constancias de que se iniciara su juicio sucesorio.

3. Consideraciones jurídicas

Coincidimos con el escribano C. en cuanto a que son incuestionables las conclusiones obrantes en el dictamen elaborado por esta Comisión Asesora de Consultas Jurídicas con fecha 30 de mayo de 2001 y publicado por la *Revista del Notariado* en su N° 884 (pp. 237 y ss.) respecto del carácter de orden público del régimen patrimonial del matrimonio. Pero también coincidimos en que dicho dictamen hace referencia a situaciones distintas a las del presente caso, dado que, fruto del análisis que de ellas se efectuará a continuación, consideramos que el título de propiedad que origina esta consulta no resultaría observable. Asimismo, en atención a la fecha en la cual acontecieron todos los hechos anteriormente relatados, entendemos que resulta aplicable para su evalua-

ción y análisis el [Código Civil](#) sancionado por la Ley 340 y sus posteriores reformas (en adelante, CCIV).

Pasaremos a fundar nuestro dictamen.

3.1. Régimen del Código Civil

El CCIV, en la parte relativa al régimen patrimonial del matrimonio, estructuró un régimen básico de comunidad relativa o restringida, es decir, un régimen de comunidad de ganancias y adquisiciones de ambos cónyuges que nacía con la propia celebración del matrimonio, de manera imperativa, por expresa disposición de una norma de orden público inderogable para los cónyuges.¹ Por ello, siempre ha procedido la distinción entre bienes que integran dicha comunidad y bienes que escapan a ella, pudiéndose diferenciar: a) bienes propios de la mujer y del marido;² b) bienes gananciales o comunes, de titularidad de cualquiera de los esposos, sea quien quiera que fuese el que los hubiese adquirido, que forman en sentido estricto el denominado activo de la sociedad conyugal.³

Como señala Capparelli,

Esta noción básica que establece una división tajante entre los bienes de un carácter y otro se opone a la absorción, o sea, a la unificación de los bienes

1. Ver: 1) CIFUENTES, Santos, “Calificación de los bienes de la sociedad conyugal. La presunción de ganancialidad y los elementos que la contradicen. Omisión de la manifestación que prevé el artículo 1246 del Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1999-D, p. 560, cita online AR/DOC/17445/2001; 2) FASSI, Santiago C., “El orden público y la calidad de propios o gananciales de los bienes de la sociedad conyugal. La promesa bilateral o boleto de compraventa de bienes muebles y su repercusión sobre la calidad de propios o gananciales de los bienes comprados”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 142, 1971, pp. 416-418; 3) GUASTAVINO, Elías, “La calificación dual de los bienes en el matrimonio”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 123, 1967, pp. 1181-1185; 4) HIRSCH, León, “La omisión de cumplimentar los recaudos exigidos por el artículo 1246 del Código Civil. Subsanción en sede notarial”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 830, 1992, pp. 449-459; 5) KRASNOW, Adriana N., “La calificación de los bienes como una cuestión de orden público familiar. Especial referencia a la calificación mixta”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, t. 2007-I, p. 914, cita online AR/DOC/1179/2007; 6) MÉNDEZ COSTA, María J., “El cónyuge adquirente y la prueba en contra de la ganancialidad”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1992-B, p. 186; 7) RUFINO, Marco A., “Bienes propios y gananciales” [reseña], en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1995-I, p. 1030 (cita online en plataforma de Thomson Reuters: 0003/001902); 8) SAMBRIZZI, Eduardo A., “Con respecto a la calificación de bienes en propios y gananciales”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 12962, 21/3/2012 [N. del E.: ver también en *Revista del Notariado*, N° 911, 2013, pp. 196-203]; 9) VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Vigencia inalterada del artículo 1246 del Código Civil Argentino”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 148, 1973, pp. 163-173, cita online AR/DOC/562/2012; 10) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1978, pp. 435 y ss.

2. Art. 1243 CCIV: “El dote de la mujer lo forman todos los bienes que lleva al matrimonio y los que durante él adquiera por herencia, legado o donación”. Art. 1263 CCIV: “El capital de la sociedad conyugal se compone de los bienes propios que constituyen el dote de la mujer, y de los bienes que el marido introduce al matrimonio, o que en adelante se adquiera por donación, herencia o legado”.

3. Al comentar el art. 1263 CCIV, Hernández advierte: “Tal vez en su afán por la analogía con el contrato de sociedad, la intención de Vélez fue trazar un paralelo con los aportes de los socios a la sociedad o considerar capital social a aquellos bienes cuyos frutos serían gananciales. Lo cierto es que, de considerar un capital de la sociedad, en el régimen de comunidad restringida, el mismo se compone únicamente con los bienes gananciales y no con los propios, que nunca integrarán la masa partible a la disolución del régimen” (HERNÁNDEZ, Lidia B., [comentario al art. 1263], en Bueres, A. J [dir.] y Highton, Elena I. [coord.], *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 3C, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 126).

propios con los gananciales. Para evitar esta universalización o ganancialización de los bienes propios, la ley fija normas que permiten reconocer y distinguir los propios de los gananciales.⁴

Así, han resultado claves, entre otros, los artículos 1266, 1267 y 1246 CCIV⁵ frente a la presunción de ganancialidad que establecía el artículo 1271,⁶ fundamentalmente cuando, al momento de adquirirse un inmueble, por descuido, olvido o por razones personales, el adquirente omitía manifestar que el bien era propio, resultando por imperio de las normas mencionadas que las constancias documentales (títulos de adquisición e inscripciones) no se condecían con la realidad.

3.2. Subsanación de la omisión de aclarar el origen de los fondos

La cuestión a resolver en este caso radica en determinar si las manifestaciones efectuadas por los cónyuges BdC. y A. en la escritura complementaria del 19 de abril de 1968 fueron suficientes para acreditar que el bien adquirido era propio de la señora BdC., por haber utilizado para su compra y amortización del préstamo fondos propios obtenidos por su trabajo personal anterior al matrimonio y fondos que le fueran donados antes y durante el matrimonio, para pagar no solo el precio de compra sino también la amortización del capital e intereses del préstamo oportunamente contraído.

3.2.1. Acerca del cumplimiento de las prescripciones del artículo 1246

Sobre el particular, no podemos dejar de tener en cuenta que, sobre la cuestión, la Cámara Nacional Civil en pleno resolvió que

... después de la reforma del Código Civil por la ley 11357, respecto de terceros y para asignar el carácter de propio a un bien inmueble adquirido por la esposa, es de absoluta necesidad que la escritura contenga la manifestación que el dinero es de ella, así como la designación de cómo el dinero pertenece a la mujer.⁷

4. CAPPARELLI, Julio C., “Prevalencia de la calificación de bienes como propios a pesar del silencio respecto al origen del dinero en la escritura de compra”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 181, p. 572.

5. Art. 1266 CCIV: “Los bienes que se adquieren por permuta con otro de alguno de los cónyuges, o el inmueble que se compre con dinero de alguno de ellos, y los aumentos materiales, que acrecen a cualquier especie de uno de los cónyuges, formado un mismo cuerpo con ella por aluvión, edificación, plantación, u otra cualquier causa, pertenecen al cónyuge permutante, o de quien era el dinero, o a quien correspondía la especie principal”. Art. 1267 CCIV: “La cosa adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges”. Art. 1246 CCIV: “Los bienes raíces que se compraren con dinero de la mujer, son de la propiedad de ella, si la compra se hiciese con su consentimiento y con el fin de que los adquiriera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose como el dinero pertenece a la mujer”.

6. Art. 1271 CCIV: “Pertenecen a la sociedad, como gananciales, los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio o que los adquirió después por herencia, legado o donación”.

7. CNCiv, en pleno, 14/7/1972, “Serrey de Drabble, Marica C. c/ Drabble, Leslie Carlos, Suc.” (*La Ley*, t. 148, p. 163; *El Derecho*, t. 43, p. 515; *Jurisprudencia Argentina*, t. 1972-15, p. 262).

Así, siguiendo el voto del doctor Garzón Maceda, la Cámara entendió que para que un bien quedara incorporado al peculio propio de una mujer casada, debían cumplirse simultáneamente estos dos requisitos: a) que se expresara de esa manera en la escritura de compra; b) que se designara allí cómo el dinero pertenecía a la mujer. En caso contrario, a juicio del juez preopinante,

La falta de cumplimiento de cualquiera de esos presupuestos de la incorporación del inmueble, con carácter de bien propio de la mujer, determinaba que, en las relaciones con los terceros debiera considerárselo ganancial conforme al art. 1272 del Cód. Civil...⁸

Puesto que

... la organización del régimen de la subrogación real en materia de bienes propios de la mujer se ha concebido en defensa de los intereses de terceros, y así en beneficio de la noción de seguridad jurídica.⁹

Sin embargo, también aclaró que

La solución indicada [...] no obsta a que, en las relaciones entre los cónyuges (art. 1260 Cód. Civil), puedan proceder otros medios de comprobación de la efectividad de la inversión del dinero [...] según se sostiene corrientemente...¹⁰

En la escritura del 16 de diciembre de 1958, de adquisición del inmueble, no se expresó nada respecto del origen propio de los fondos utilizados por la adquirente para pagar parte del precio, ni tampoco se dijo nada acerca de que el préstamo contraído para saldar la otra parte se pagaría también con dineros propios. Esa manifestación recién se hizo mediante escritura complementaria del 19 de abril de 1968.

Como primer dato, debemos remarcar que las afirmaciones de la señora BdC. fueron corroboradas por quien entonces era su esposo. Y el señor A. no solo lo hizo al momento de otorgar la escritura complementaria de fecha 19/4/1968, sino que lo efectuó en dos oportunidades más: al suscribir la demanda de divorcio en los términos del artículo 67 bis de la Ley 2393 y al ratificar su contenido en la audiencia celebrada el 25 de febrero de 1970 en el curso del juicio de divorcio. Es decir, en tres oportunidades y de manera expresa, el señor A. confirmó que los fondos utilizados por la señora BdC. para adquirir el inmueble le pertenecían con anterioridad al matrimonio (por su trabajo personal y donaciones recibidas), y que los utilizados para pagar el préstamo contraído con el Banco Hipotecario Nacional también provenían de donaciones de sus padres.

Sobre el particular, es abundante la doctrina y la jurisprudencia que señalan que cuando un cónyuge consiente la manifestación de que el origen utilizado para adquirir

8. Del voto del magistrado GARZÓN MACEDA en CNCiv, en pleno, 14/7/1972, "Serrey de Drabble, Marica C. c/ Drabble, Leslie Carlos, Suc." (*La Ley*, t. 148, p. 163; *El Derecho*, t. 43, p. 515; *Jurisprudencia Argentina*, t. 1972-15, p. 262).

9. *Ibidem*.

10. *Ibidem*.

un bien inmueble es de carácter propio del otro cónyuge que adquiere, no puede sostener luego lo contrario.¹¹ En este caso en particular, no solo no ha acontecido, sino que en sucesivas oportunidades el señor A., durante el matrimonio, durante el divorcio e incluso luego de disuelta la sociedad conyugal (recordemos que solicitó el divorcio vincular para adquirir aptitud nupcial), manifestó expresamente que los fondos utilizados por la señora BdC. eran propios y nunca se retractó de dicha manifestación.

Resta ahora analizar la oportunidad en que se produjeron las manifestaciones de los señores BdC. y A. respecto del origen propio del dinero con el cual se pagó el inmueble. Las mismas no tuvieron lugar al momento de efectuarse la adquisición del inmueble sino luego, a través de una escritura complementaria. Sobre el particular no vemos dificultad alguna. Si bien existe doctrina contraria a que este tipo de manifestaciones pueda formularse a posteriori,¹² lo cierto es que al abordarse el tema en la XVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (Buenos Aires, 1989),

... el dictamen de la mayoría declaró que: «La omisión de la mención del origen del dinero con que se adquiere un inmueble, a que alude el art. 1246 del Código Civil, puede ser subsanada por escritura complementaria».¹³

En idéntico sentido, la XXX Jornada Notarial Bonaerense (Villa Gesell, 1995) determinó que

La omisión o insuficiente declaración del origen del dinero utilizado en la adquisición puede subsanarse en la vía notarial por medio de una escritura complementaria aclaratoria.¹⁴

Hoy en día, el artículo 466 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) expresamente dispone que

Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esta circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge.

11. Ver: 1) SC Buenos Aires, 24/6/1986, “B., E. H. c/ A., E. A. s/ Calificación de un bien como ganancial” - Ac. 36.111 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1987-1, p. 619; *Acuerdos y Sentencias*, t. 1986-II, pp. 126-129): “Admitida la vigencia del artículo 1246 del Código Civil, no puede el marido sostener que es falsa la manifestación contenida en una escritura de compra respecto del origen propio del dinero si él concurrió al otorgamiento del acto prestando su conformidad, porque ello implicó el reconocimiento de la verdad de lo manifestado por la mujer”; y 2) SC Mendoza Sala I, 1/7/2013, “P., D. A. y C., E. G. c/ B., D. O. s/ Div. mutuo acuerdo p/ Div. consensual s/ Inc. cas.” (*La Ley Gran Cuyo*, octubre 2013, cita online AR/JUR/40579/2013; *Doctrina Judicial*, N° 9, 26/2/2014, con nota de BORDA, Alejandro, “Calificación de bienes y teoría de los actos propios”, pp. 13-22, cita online AR/DOC/4671/2013).

12. Cfr.: 1) BASSET, Úrsula C., [comentario al art. 466], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016, p. 324; 2) CAUSSE, Jorge R., “Régimen patrimonial matrimonial. Mecanismo subsanatorio para calificar como indudablemente propio un bien adquirido sin agotar los requisitos exigidos por el art. 1246 del Código Civil”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 945, pp. 457-460; 3) TRANCHINI, Marcela H., “Matrimonio. Bien propio”, en *Cuaderno de Apuntes Notariales*, La Plata, Fundación Editora Notarial, N° 126, 2015, pp. 9-10.

13. Cita extraída de HIRSCH, León, *ob. cit.* (cfr. nota 1), p. 458.

14. En *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 923, p. 271. [N. del E.: ver las conclusiones [aquí](#)].

Sin embargo, al interpretar este artículo, la doctrina mayoritaria entiende que no existe impedimento para que ambos cónyuges efectúen una declaración notarial complementaria en caso de haberse omitido tal manifestación al instrumentar la adquisición.¹⁵

Por lo tanto, debemos concluir que, con la escritura complementaria de fecha 19/4/1968, se cumplió con el requisito formal de aclarar que el origen de los fondos con el cual se había adquirido y pagado el inmueble era propio y cómo le pertenecían a la mujer.

3.2.2. Acerca de la verosimilitud de las afirmaciones

Como ya adelantáramos, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió en pleno que la escritura de adquisición debía contener la manifestación de que el dinero es del cónyuge y la designación de cómo el dinero le pertenece.¹⁶ Todo ello ha acontecido en la escritura complementaria del 19 de abril de 1968; el problema radica en la verosimilitud de las afirmaciones efectuadas por la señora BdC. y ratificadas en sucesivas oportunidades por el señor A., puesto que en los documentos en que intervinieron ambas partes (notariales y judiciales) solo tenemos la afirmación relativa a que la señora BdC. ganó dinero de soltera y recibió dinero de sus padres y parientes.

En este punto, nos parece importante citar a Méndez Costa, quien al abordar la cuestión de la prueba en contra de la ganancialidad, advirtió que el adquirente puede llenar posteriormente el vacío que se presenta en la escritura, con asentimiento del otro consorte o, en su defecto, demostrando que era propio el dinero invertido, admitiéndose a tales efectos cualquier medio de prueba, entre ellas, las presunciones del hombre. Sobre este último punto señaló:

«Las presunciones simples o de hombre», escribe Salvat, «son conclusiones derivadas de otros hechos plenamente probados, de los cuales se induce la verdad del hecho de que se trata probar». Llambías y Alterini aclaran: «El hecho conocido –del que se infiere la realidad de lo desconocido– se deno-

15. Ver: 1) HERRERA, Marisa, [comentario al art. 466], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 113. En idéntico sentido, ver LAMBER, Néstor D., [comentario al art. 466], en Clusellas, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 461-462 (“Nada impide que la falta de conformidad sea satisfecha después, pues, como se dijo previamente, en tanto no se afecten derechos de terceros, se podrá cumplir con una escritura complementaria, sea que se haya dejado constancia en el título de adquisición de la subrogación real o la determinación de los bienes de los cuales se valen para ello, o no se hubiera dicho nada”); 2) MEDINA, Graciela, [comentario al art. 466], en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, pp. 167-168 (“La falta de declaración del carácter propio del bien registral en el acto de adquisición puede subsanarse de diferentes formas. Entre ellas por instrumento complementario y por declaración judicial [...] El artículo en comentario no impone el requisito de la confesión de un cónyuge se emita simultáneamente a la adquisición del bien por parte del otro consorte porque cabe perfectamente que la emita después”). Asimismo, concordamos con Mattered, quien dice: “Hoy se acepta que en principio nada obsta a que el adquirente y su cónyuge puedan manifestar que omitieron la declaración del carácter de propio requerida por el art. 1246, en un instrumento complementario realizado posteriormente a la adquisición y hasta la extinción del régimen patrimonial matrimonial. Esta es la opinión de Borda, Mazzinghi, Capparelli, Azpiri, Fleitas Ortiz De Rozas, Roveda, y de la XVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal” (MATTERA, Marta D. R., [comentario al art. 466], en Cura, J. M. (dir.) y García Villalonga, J. C. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 200).

16. Ver nota 7.

mina indicio, y debe ser suficientemente justificado mediante otros elementos probatorios». ¹⁷

Que la manifestación del origen de los fondos hace cesar la presunción de ganancialidad o invierte la carga de la prueba respecto de ella ha sido admitido jurisprudencialmente. ¹⁸ Al resolverse un caso de compraventa de un inmueble realizada durante la vigencia de la sociedad conyugal, en la cual se había omitido consignar el origen de los fondos y esa omisión fue subsanada por una declaración posterior realizada ante un notario, en un caso análogo al presente, la Suprema Corte de Mendoza, citando a Méndez Costa, entendió que

La referida autora expone en cuanto a las consecuencias de haber omitido consignar el origen de los fondos, que el bien resulta ser ganancial del adquirente. Sin embargo, admite la posibilidad de subsanar la omisión *a posteriori*. Circunscribiéndonos a los bienes donados, cabe destacar que la donación es un contrato consensual, pues queda concluido con el consentimiento de las partes (art. 1139 Cód. Civil) [...] En los supuestos de donaciones no solemnes, es decir, aquellas no comprendidas en el art. 1810 del Cód. Civil, su prueba se rige por el art. 1813, el que dispone: «En todos los otros casos, si en juicio se demandase la entrega de los bienes donados, la donación cualquiera que sea su valor, no se juzgará probada sino por instrumento público o privado o por confesión judicial del donante». ¹⁹

Y aquí es donde cobra relevancia el dictamen de la trabajadora social designada en el expediente de divorcio de los cónyuges BdC. y A., puesto que, al efectuar su informe socioambiental de las condiciones de vida de la señora BdC., debió entrevistarse con sus familiares (evidentemente sus padres), poniendo en conocimiento del juzgado interviniente que recibía apoyo económico de su familia, corroborando que recibía dinero de ellos (donantes del dinero). Esta situación de alguna manera confirma la afirmación efectuada por los señores BdC. y A., según la cual la esposa había recibido donaciones manuales de dinero para afrontar el pago del precio del inmueble, así como del préstamo contraído para completar dicho pago.

Por otro lado, nos parece oportuno hacer referencia a los terceros acreedores que podrían resultar perjudicados por una posible confabulación entre los cónyuges. Para el caso de que existieran terceros acreedores del cónyuge no adquirente frente al cónyuge titular que hubiese manifestado que lo adquiriría con bienes propios cuando en realidad lo hacía con gananciales o propios del otro cónyuge, estos tienen la acción de simulación o fraude. ²⁰ Es decir, como advierte Zannoni,

17. MÉNDEZ COSTA, María J., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 193.

18. Ver CNCiv., Sala A, 30/7/1985, “Giúdice, Andrés S. s/ sucesión” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1986-I, p. 127; *La Ley*, t. 1987-B, p. 594) donde se resolvió, respecto de la manifestación expresada en la propia escritura de que la compra se realiza con fondos propios, que “no parece dudoso que [...] haga cesar la presunción de ganancialidad prevista en el art. 1271 del C.Civ., pues ella sólo tiene sentido ante el silencio respecto del carácter del bien a una enunciaci3n insuficiente”.

19. Ver nota 11-2).

20. HERNÁNDEZ, Lidia B., [comentario a los arts. 1246-1247], en Bueres, A. J (dir.) y Highton, E. I. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 3), p. 117.

La prueba del carácter de los bienes puede estar a cargo de terceros cuando éstos impugnasen contra uno o ambos cónyuges la calificación de los bienes propios o gananciales que resulte de acuerdo a las circunstancias del caso. Así, *v. gr.*, tratándose de un inmueble, los terceros que cuestionasen la verdad de la declaración realizada en la escritura de adquisición de que ésta se efectuó con fondos propios deben probar la falsedad y desvirtuar aquella declaración. Es decir que, en estos casos, la calificación del bien que surge de la declaración es plenamente oponible a los terceros, por lo cual es a éstos quienes incumbe desvirtuar la presunción de verdad que debe atribuírsele.²¹

Nos parece importante destacar un antecedente jurisprudencial que señala lo siguiente:

... toda creación, modificación, transferencia o extinción, suscitado dentro del régimen patrimonial del matrimonio, recién adquiere trascendencia frente a los terceros a partir del conocimiento que estos tengan del mismo, resultando ser el más habilitado para ello la organización del Registro Inmobiliario, tal como lo prevé el art. 2º de la Ley 17801 [...] la Dra. Kemelmajer enseña que: «toda situación jurídica cuya eficacia no depende directa e inmediatamente de la ley, para ser oponible a terceros, requiere una cierta publicidad...; un piso mínimo de manifestación exterior, pues no es posible que el ordenamiento le imponga a una persona el deber de respetar una relación o situación que no es cognoscible» (Kemelmajer de Carlucci Aída, «Las deudas de la persona casada cuando se producen modificaciones en el régimen patrimonial del matrimonio», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 12, Derecho de Familia Patrimonial, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1996, p. 57).²²

Los señores BdC. y A. fueron diligentes en publicitar frente a terceros que el inmueble de la calle [...] era propio de la esposa; es decir, pusieron en conocimiento de terceros interesados que habían omitido declarar esta situación en la escritura de adquisición y rogaron la inscripción de la escritura complementaria que aclaraba la situación.

Por su parte, y a esta altura del análisis de la consulta, ¿quiénes podían resultar interesados en la cuestión? Los herederos, la segunda esposa del señor A. y eventuales acreedores del señor A. Respecto de los herederos, los mismos resultaron en definitiva los titulares dominiales del inmueble, ya que terminaron recibéndolo por donación de su madre. Por su parte, el hecho de que la señora S., viuda en segundas nupcias del señor A., no se presentara en la sucesión de su esposo ni contravirtiera en esa instancia judicial las afirmaciones que él había efectuado en la escritura del 19 de abril de 1968 y en el juicio de divorcio, ni tampoco las declaraciones del hijo relativas a que su padre no poseía bienes propios o gananciales, nos permite deducir que fue porque entendía que su esposo no tenía bienes inmuebles de su propiedad y el inmueble de la calle [...] era un bien propio de la primera esposa del señor A. Con relación a los acreedores, la publicidad registral que emana de la copia del asiento registral acompañada por el escribano C. es una cabal prueba de que no existió acreedor que contravirtiera las afirmaciones de los señores BdC. y A. mediante el inicio de una acción de fraude o simulación y la correspondiente anota-

21. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit. (cfr. nota 1), § 358, pp. 517-518.

22. Cám. 3ª.Civ.Com. Minas, Paz y Tributaria de Mendoza, 12/11/2013 “L., G. Z. en P., J. c/ J., B. J. L. y otro p/ej. hon. p/ tercería” (*El Derecho*, 4/4/2014, N° 13458, t. 257, p. 32; cita online Thomson Reuters, AR/JUR/106914/2013).

ción de medidas cautelares. No podemos afirmar que el señor A. no tuviera acreedores; lo que sí consta es que nadie cuestionó –por eventual fraude o simulación–, mediante la anotación de medidas cautelares que publicitaran la existencia de acciones judiciales, la declaración por él efectuada de que el inmueble de la señora BdeC. era efectivamente un bien propio.

4. Conclusión

Luego de analizar pormenorizadamente la documentación, pudimos advertir que estamos ante el cuestionamiento de una escritura de compraventa de fecha 16 de diciembre de 1958 y su complementaria aclaratoria de fecha 19 de abril de 1968. Los cónyuges que participaron en su otorgamiento obtuvieron sentencia de divorcio (5 de mayo de 1970), que se convirtió en divorcio vincular (Ley 23515) mediante sentencia de fecha 20 de agosto de 1987, sin que nunca se retractaran de las manifestaciones efectuadas en ellas.

El señor A., quien reconoció notarial y judicialmente que el inmueble de la calle [...] era un bien propio de su primera esposa, falleció en 1996, es decir, veintiocho años después de haber admitido que el bien no era ganancial. Durante todo ese tiempo no se desdijo de sus afirmaciones. Su viuda en segundas nupcias falleció más de diez años después sin que conste tampoco que contradijera las afirmaciones de su esposo. Por su parte, la señora BdeC. falleció casi veinte años después que su exesposo.

El reconocimiento del carácter de propios de los fondos utilizados para comprar el inmueble cuyo título fue cuestionado, así como para pagar el préstamo contraído para saldar el precio, no fue objeto de litigio alguno entre las partes, ni cuando estaban casados ni luego, cuando se divorciaron. Incluso, las afirmaciones de las partes efectuadas notarial y judicialmente fueron de alguna manera confirmadas en el juicio de divorcio cuando una asistente social corroboró el auxilio económico de la familia BdeC. respecto de su hija. Reiteramos que esta circunstancia tampoco fue objeto de cuestionamiento por los herederos del señor A.: sus hijos y su segunda esposa, al punto que en su juicio sucesorio ni siquiera se dictó declaratoria de herederos. No hay constancia de la existencia de acciones iniciadas por acreedores para desvirtuar por fraude o simulación las afirmaciones de los señores BdeC. y A. en el sentido de hacerlas caer como si se hubieran confabulado para perjudicarlos.

Debemos entender que, con su accionar, los señores BdeC. y A. solo quisieron cumplir documentalmente con las previsiones del artículo 1266 CCIV: los bienes adquiridos pertenecen al cónyuge de quien es el dinero. Quizás no lo hicieron de una manera escrupulosa, con justificaciones mediante recibos de cada una de las entregas de dinero efectuadas por los padres de la esposa, pero no podemos desconocer que judicialmente se demostró que efectivamente la esposa recibía auxilio económico de su familia, hecho que nos hace presumir que las manifestaciones en cuanto al origen del dinero son ciertas. En síntesis, todos esos indicios nos hacen suponer de manera fundada que efectivamente el dinero utilizado para pagar el inmueble era propio de la señora BdeC.

Finalmente, nos parece oportuno concluir este dictamen con una reflexión que el escribano Hirsch cita de las conclusiones del fiscal de Cámara en los autos “Soares Gache, Alfredo s/ Recurso de recalificación”:

“Existe en todo el ámbito del derecho una presunción general de buena fe (en este caso de buena fe-creencia), aunque no haya sido formulada expresamente en el Cód. Civil, y del cual sus arts. 2362 y 4008 son sólo aplicaciones particulares. El legislador no puede tener otro punto de partida que el de la honestidad de los ciudadanos; bien está que se prevea sus desviaciones para evitarlas o corregirlas; pero sería de un pesimismo poco tranquilizador si supusiera que el hombre es deshonesto por regla general; admitir que en casos particulares lo sea, y por tanto prevenirlos, está muy distante de presumir que por lo general se obre de mala fe. Considero que la modificación que pretenden las partes no afecta derechos de terceros. En primer lugar, porque como ya lo señalé, ni los esposos están inhibidos ni el inmueble embargado; en segundo término, si no obstante ello en el día de mañana se presentara un acreedor del cónyuge intentando la ejecución del inmueble, nada impedirá a aquél ejercer la acción de simulación y contará, además, con la ventaja de conocer anticipadamente las pruebas de las que tendrá que valerse la esposa para probar el origen de los fondos, ya que ellas quedaron consignadas en la escritura...”²³

Por ello, de acuerdo a las consideraciones de hecho y de derecho vertidas en el presente, y tomando especialmente en consideración la documentación notarial y la que surge de las actuaciones judiciales, estimamos que no es observable el título traído a consulta, toda vez que tanto la escritura de adquisición como su complementaria se encuentran revestidas de las formalidades legales, se otorgaron cumpliendo con los requisitos del artículo 1246 CCIV, están inscriptas en el Registro de la Propiedad Inmueble y la situación jurídica allí expresada no solo resultó del mutuo acuerdo de sus otorgantes, sino que no existen constancias fehacientes de que haya sido controvertida por terceros.

23. HIRSCH, León, ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 459-460. El autor cita el dictamen N° 29130 del fiscal de Cámara Santo S. Faré producido con fecha 26/4/1990 en autos “Soares Gache, Alfredo s/ Recurso de recalificación”, tramitados ante la CNCiv., Sala A (fecha de sentencia: 6/8/1990 [*Jurisprudencia Argentina*, t. 1993-I, pp. 486-488]). [N. del E.: ver fallo y dictamen del fiscal [aquí](#); ver también FERRARI CERETTI, Francisco, “La factibilidad de subsanar, por una escritura aclaratoria, la omisión de consignar en el instrumento adquisitivo de dominio la procedencia del dinero empleado por la mujer, exigida por el artículo 1246 del Código Civil”, en *Revista del Notariado*, N° 832, 1993, pp. 141-151].

Guillermo Brown, en el bicentenario de nuestra Independencia*

Emilia E. Menotti

RESUMEN

El almirante Guillermo Brown, con autoridad y energía, cumplió un magisterio heroico de amplia resonancia en nuestro país. Irlandés de origen, honró y amó a esta, su patria de adopción, a la que dedicó un extenso lapso de su vida. Fue esencialmente un marino, un conductor que brindó a nuestra Nación la iniciativa sobre el mar. En el Río de la Plata, le cupo la gloria de defender la causa patriota y vencer a los realistas en Martín García y Montevideo (1814): “lo más grande que hasta el presente ha realizado la revolución”, como dijera el general San Martín. Para defender la soberanía del Estado, se apeló a un sistema utilizado en la época, la guerra de corso, y, en septiembre de 1815, el director supremo, Álvarez Thomas, le otorgó a Brown su conducción. Con la Hércules, la Santísima Trinidad y la Halcón con Hipólito Bouchard, realizó la Campaña al Pacífico de 1815, con la que, en coincidencia con el Plan Continental de San Martín, llevó los ideales americanistas. Unió el Atlántico con el Pacífico a través del Cabo de Hornos; recortó las costas chilenas; bloqueó El Callao; llegó a Guayaquil, ciudad que no pudo tomar al bajar las aguas del río Guayas, pero sus principios fueron comprendidos por la población, que el 9 de octubre declaró su independencia adoptando para su pabellón los colores de la bandera que enarbolaron sus naves. En Buenaventura (Nueva Granada), su presencia fue un positivo aporte para los defensores de la libertad. A más de veinte años de esta gesta, Brown manifestaba que “así en los tiempos presentes como en los venideros” nada le resultaba más agradable “que saber que yo haya contribuido en algo [...] a un objeto tan deseable como en la eterna independencia de la América del Sur”. Los valiosos aportes de Brown lo ubican dentro de los arquetipos que bregaron por la consolidación de la Gran Patria Americana.

Fechas de recepción y aceptación

8/9/2017 - 20/12/2017

Sumario: Desarrollo. Bibliografía. Bibliografía complementaria.

Desarrollo

En el bicentenario de la Declaración de la Independencia, recordarnos hechos y personajes vinculados con el magno acontecimiento, en observancia de una actividad cívica,

* Este ensayo se elaboró a partir de la disertación ofrecida en el marco de la sesión pública organizada por el Instituto de Investigaciones Históricas Notariales del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y el Instituto Nacional Browniano, llevada a cabo el 22 de septiembre de 2016.

patriótica y educativa que debe constituir una fuente de acción estimuladora. El acto conmemorativo, más allá de su contexto emocional, no se agota en el cumplimiento de una meta, ya que es un punto de partida para seguir inspirándonos en esas horas de alumbramiento que modificaron el panorama histórico y político del *novus orbis*.

América era el “mundo nuevo”, la posibilidad para el Antiguo Continente de convertir la utopía y, con el descubrimiento, alimentar el mito y la leyenda. El hombre de América debió promover sus rasgos fundamentales; labrar una manera propia y organizarse para introducir en la zona de la universalidad, su estilo particular y diferente. Dirá de él Sarmiento: “criado en la lucha por la existencia, más que mía, de mi patria”. Las férreas disposiciones coloniales no pudieron impedir que un sentimiento de libertad y autonomía generase una voluntad revolucionaria aleccionada por las mentes precursoras e ilustradas y llevada a su concreción definitiva por los grandes jefes libertadores y un pueblo rebelde que asumió su responsabilidad histórica.

Recordamos que, ya en 1792, el jesuita Juan Pablo Viscardo y Guzmán, en la *Carta a los españoles americanos*, consideraba que había llegado el momento de la “verdadera proclama de la independencia americana”, y así decía:

... la sabia libertad, don precioso del cielo, acompañada de todas las virtudes y seguida de prosperidad, comenzará su reino en el Nuevo Mundo y la tiranía será inmediatamente exterminada [...] Plugiese a Dios que este día, el más dichoso que habrá amanecido jamás no digo para la América sino para el mundo entero, llegue sin dilación [...] De esta manera la América reunirá las extremidades de la tierra y sus habitantes serán atados al interés común de una sola grande familia de hermanos.¹

Son palabras proféticas que invocan la independencia y la interrelación fraterna de los pueblos y tendrán su ratificación por obra de los congresales de Tucumán, ya que esas premisas anidaban en el espíritu de todos ellos.

Y en América, nuestra América según la denominó por primera vez el poeta santafereño Hernando Domínguez Camargo en 1650, el movimiento independentista fue sincrónico, a pesar de las distancias, y engendró en sus próceres una corriente ideológica que auspiciaba la unidad como recurso indispensable para la libertad.² Hispanoamérica no tardó en expresarse al forjar el camino hacia la existencia de la gran nación y de un destino que los calendarios de la historia determinan con precisión. Y, a través de la historia, componente fundamental de la memoria colectiva que nos permite interpretar e interpelar el pasado, se proyecta la presencia de los referentes que han contribuido a modelar una identidad nacional, afirmando las bases fundadoras del Estado y transfiriendo a las generaciones futuras la herencia invalorable de sus virtudes, entrega al deber y recta moral ciudadana.

En este contexto, sobresale la sombra gigante del almirante Guillermo Brown, quien no pasó en vano por esta tierra y cuyo accionar, el papel que le tocó representar y el éxito que obtuvo lo convierten en figura ejemplar y en héroe no con dimensión

1. OCAMPO LÓPEZ, Javier, *Historia de las ideas de integración de América Latina*, Bogotá, Ed. Bolivariana Internacional, 1981, pp. 76-79.

2. RIVADENEIRA Vargas, Antonio J., “El panamericanismo, antítesis de la integración bolivariana”, en *Nuestra América. Revista del Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Integración de América Latina*, Tunja, Editorial Bolivariana Internacional, N° 1, 1982, p. 9.

legendaria sino como la recta personificación del hombre capaz, idóneo, del capitán que asume el mando impulsado hacia un fin, hacia un ideal. Irlandés, heredero de la tradición ancestral de libertad de los celtas, su homérica epopeya abrió la iniciativa en el mar y, como manifestó Tomás Guido: “semejante al Pampero, alegraba el océano del sud con los cañonazos de la libertad”. La ingente tarea de Brown y sus consecuencias en el devenir del país no deben examinarse con criterio reduccionista o esquemático. Su verdadera importancia trasciende el contexto general en el cual se desenvolvió su misión y el entramado histórico que determinaron la consumación de su proeza.

En el Río de la Plata, hace más de doscientos años, concretó su verdadero y gran destino. A él cupo la gloria de utilizar el arma decisiva del poder naval en la lucha por la independencia, en la que comprometió sus convicciones más profundas. La superioridad realista de Montevideo sobre las aguas rioplatenses obligó al Director Supremo Gervasio Antonio Posadas a formar una escuadra y, superando las dificultades del proyecto, ofreció a Brown “el empleo de Teniente Coronel del ejército y Comandante de la Marina del Estado” el 1º de marzo de 1814. Brown asumió esa responsabilidad en coincidencia con las palabras del poeta Virgilio: “*labor omnia vincit improbus*” (el trabajo tenaz todo lo vence). Con excepcional capacidad de mando, espíritu organizativo e indomable energía, convirtió en marinos a bisoños criollos que jamás habían navegado. Con barcos de mediana envergadura y en una campaña que duró poco más de dos meses, asumió la defensa del Plata y los ríos interiores.

El 15 de marzo, obtuvo el rotundo triunfo de Martín García

Ese día –según narra Brown en su Memoria–, a las cuatro de la mañana, la tropa y marineros, sumando unos ciento cincuenta, desembarcaron bajo un vivo fuego que partía de los bosques de la isla. Como era el día de San Patricio, el tambor y el pífano (irlandeses ambos) ejecutaron el aire nacional y a sus acordes los asaltantes se treparon a la colina, adueñándose prontamente de la isla. Los españoles se reembarcaron en sus buques y huyeron en la mayor confusión, abandonando a los vencedores todas sus provisiones, bagajes y algunos inválidos y mujeres.³

Martín García abrió el camino a la victoria naval de Montevideo. Con valentía e ingenio, bloqueó el apostadero naval, impidiendo el reabastecimiento de los pobladores de Montevideo.

Brown, como Temístocles en Salamina, aplicando la táctica, que consiste en la disposición y dirección de los combates, y la estrategia, que es el arte de ligarlos para obtener el fin de la guerra, puso en práctica un plan de acción para el logro de un objetivo concreto: tomar la ciudad y poner fin a la presencia realista en el Plata. El 17 de mayo, se definió la victoria y Brown bien pudo decir “y así se salvó el Río de la Plata”. El 23 de junio, la fortaleza fue ocupada por el ejército sitiador al mando de Alvear y la gesta rioplatense mereció el expresivo juicio de San Martín: “la victoria naval de Montevideo es lo más grande que hasta el presente ha realizado la revolución”.⁴

3. BROWN, Guillermo [autor institucional: Comisión Nacional de Homenaje al Almirante Guillermo Brown en el Centenario de su Muerte], *Memorias del almirante Brown*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1957, p. 32.

4. RATTO, Héctor R., *Historia del Almirante Brown*, Buenos Aires, Instituto de Publicaciones Navales, 1985, p. 71.

Se avanzaba hacia la consolidación del Estado de derecho, porque las Provincias del Río de la Plata, libres de la presencia del pacificador Pablo Morillo –quien, por esa acción, derivó su rumbo hacia Venezuela–, pudieron encauzar sus energías hacia planes de apoyo bien sistematizados para consolidar la independencia continental. La épica campaña no solo aseguró la vigencia de los principios proclamados en 1810, sino que se convirtió en un punto clave porque comenzó a forjarse con caracteres bien definidos la mentalidad naval expresada por San Martín en su Plan Continental: unión de las fuerzas de tierra y mar para afirmar la libertad de los pueblos americanos.

Con el retorno de Fernando VII al trono español en 1814 y el fusilamiento de Morelos, líder mexicano continuador de la lucha de Miguel Hidalgo en San Cristóbal de Ecatepec el 22 de diciembre de 1815, este año aportó, frente al predominio absolutista, un inestimable material desde la concepción americanista que urgía la unión de los pueblos para lograr su independencia. Ese panorama crítico, que surgió con la represión realista, en especial con la que aplicó Morillo al poner en vigencia aquella terrible sentencia de Breno “*vae victis*” (“¡Ay de los vencidos!”), no fue obstáculo para que San Martín y Bolívar, dos mentes lúcidas, emitieran sendos documentos.

En Jamaica, Simón Bolívar, el exiliado presidente de la 2ª República de Venezuela, derrotado en La Puerta por las fuerzas montoneras de Boves, explicaba en un documento que conocemos como *Carta de Jamaica*, el 6 de septiembre de 1815, el sentido de las revoluciones que ocurrían en Hispanoamérica, con miras a obtener su independencia. Analizaba región por región y, con respecto al Río de la Plata decía:

El belicoso Estado de las Provincias del Río de la Plata ha purgado su territorio y conducido sus armas vencedoras al Alto Perú, conmoviendo a Arequipa e inquietando a los realistas de Lima. Cerca de un millón de habitantes disfruta allí de la libertad.⁵

Bolívar estaba absolutamente convencido, pese a esa situación, de que lo único que podía garantizar el futuro del continente era la unidad: “Yo deseo más que otro alguno ver formar en América la más grande nación del mundo, menos por su extensión y riquezas que por su libertad y gloria”. Para lograrlo –señalaba–, era necesaria la unión, mas esta unión –decía– “no nos vendrá por prodigios divinos sino por efectos sensibles y esfuerzos bien dirigidos”.⁶

San Martín en el oficio al Cabildo de Mendoza, el 19 de octubre del mismo año, expresaba que era urgente la reunión de la Asamblea Nacional “que ha de fixar la suerte de la América del Sur” y reitera la más especial recomendación “de que inste [...] al fin de equipar cuanto antes dicha escuadra”. Se refería a lo ya solicitado al Director Supremo: “que sólo esperaba la decisiva declaración de la independencia y la necesidad de una acción naval en apoyo de sus planes”.

La situación económica del Estado impedía concretar ese intento. Y así consta en la carta del director Álvarez Thomas a San Martín del 1º de septiembre de 1815:

5. BOLÍVAR, Simón, “Carta de Jamaica”, en *Correos del Sur*, Buenos Aires, Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Argentina, N° Especial Bicentenario, 2015, p. 13. [N. del E.: el lector podrá acceder a una versión digital de la carta [aquí](#) {fuente: [web](#) de la Asociación de Historiadores Latinoamericanos y del Caribe; última consulta: 30/1/2018}].

6. Ídem.

La esquadra hubiera hecho prodigios en la Mar del Sur pero la falta de argent nos ha puesto en la precisión de desistir aunque no les desean poco que hacer los corsarios que han salido y saldrán.⁷

Se apeló entonces a una metodología marítima cuya acción se había hecho sentir en nuestras costas desde los primeros años del siglo XVII, la de la guerra de corso. Es por ello que, en carta del 9 de octubre, Álvarez Thomas pudo comunicar a San Martín que “iban a salir cuatro navíos excelentemente aparejados para los mares del sur”. Según la opinión del almirante Laurio Destéfani, la guerra de corso se inició en forma notable hacia 1814 en el Atlántico y el Caribe y alcanzó su apogeo a partir de 1818 hasta 1823 aproximadamente.⁸

Simón Bolívar destacó la aplicabilidad de esta guerra y en carta al almirante Luis Brion del 22 de febrero de 1819, aseveraba que

... la experiencia nos ha probado la utilidad de los corsarios particularmente en nuestra lucha con la España. El gobierno de Buenos Aires que es el que más los ha utilizado, es también el más conocido, respetado y temido. Si nosotros hubiéramos adoptado su conducta [...] habríamos obtenido tantas ventajas sin costo alguno de parte del gobierno, en lugar de que por habernos opuesto a este sistema y adoptado el de los buques de guerra, no tenemos escuadra por falta de medios ni molestamos el comercio.⁹

El 1º de septiembre de 1815, se firmó un convenio entre el Director Supremo Álvarez Thomas y Guillermo Brown, que ratificaron con su firma Marcos Balcarce e Irigoyen. El Estado concedía, para ser dedicado al corso, el bergantín de guerra Santísima Trinidad y proveía a igual fin “25 soldados a embarcarse en la Fragata Hércules y 15 para el bergantín y el aprovisionamiento de ambas naves”.¹⁰

El corso se haría conforme al reglamento español de 1801, que reiteraban las instrucciones reservadas:

1. Hostilizar, apresar o incendiar buques de bandera española.
2. Se respetaría a los neutrales.
3. En caso de trabar combate se tremolaría el pabellón de las Provincias Unidas, blanco en su centro y celeste en sus extremos al largo.
4. Obtener informaciones de los patriotas sobre fuerzas enemigas de mar y tierra; expediciones en la península; partidas patrióticas e introducir proclamas en puertos chilenos y peruanos.
5. Recibir a bordo de las naves a patriotas desterrados en las islas de San Pedro y Juan Fernández.
6. No extender el corso más allá de 11º norte de latitud (aunque lo extenderían si salían tropas españolas de Panamá o Trujillo en auxilio de Lima).

7. INSTITUTO NACIONAL SANMARTINIANO, *Documentos para la historia del libertador general San Martín*, t. 2, Buenos Aires, Comisión Nacional de Museos, de Monumentos y Lugares Históricos, 1954, p. 54.

8. DESTÉFANI, Laurio, “Campañas corsarias de 1818 a 1825”, en AA. VV., *Historia marítima argentina*, t. 5, Buenos Aires, Departamento de Estudios Históricos Navales de la Armada Argentina, 1986, p. 464.

9. CASTELLANOS, Rafael R. (comp.), *Almirante Luis Brión. Bicentenario de su nacimiento. Homenaje*, Caracas, Presidencia de la República, 1982, p. 118.

10. BROWN, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 233.

En las instrucciones reservadas que el Directorio entregó a Miguel Brown el 2 de septiembre de 1815, se había proyectado el americanismo unitivo que guiaría el accionar de Brown en esta campaña corsaria de 1815, rescatando aquel pensamiento de Mariano Moreno que definía el ideal de mayo al entender por patria la vasta extensión de las Américas. En carta al Cabildo Gobernativo de la Provincia Oriental del 30 de junio, Brown certifica ese ideal:

... mucho me interesaría poder persuadir a los sudamericanos para que se unieran, cultivaren y estudiasen sus mutuos intereses [...] Ahora, en este momento promisorio en que el ejército en combinación con la Escuadra prometen todos los bienes imaginables en las costas de Chile y Lima [...] estoy firmemente persuadido que cuando Sud América esté así tan bien unida como los del norte, los viejos españoles nunca intentarán imponer sus bárbaras leyes y costumbres en un pueblo igualmente merecedor de libertad.¹¹

Se desprende de estas palabras que la historia de América no está hecha de acontecimientos aislados de los cuales elegimos arbitrariamente aquellos que concuerdan con nuestros anhelos para edificar una interpretación parcial, sino que los sucesos solo se explican y aclaran si se los enfoca como momentos de un proceso histórico. Y en la actuación de Guillermo Brown en su campaña corsaria en el Océano Pacífico encontramos la clave de etapas vitales para el futuro de América, de una América que atravesaba uno de los tiempos cruciales de su liberación.

Brown cumplió con los propósitos de “adelantar por todos los medios posibles la grande obra de la Revolución Americana”, puesto que su campaña preanunció los objetivos fijados por San Martín en su plan continental: la declaración de la independencia y el cruce de los Andes no como un *jefe insurgente* sino como comandante de un estado nacional. Al respecto, Ricardo Levene dijo: “Brown invocó siempre la razón y la justicia en la lucha contra el enemigo común por la causa de la República en América”.

La fragata Hércules, con el comando directo de Brown y Walter Chitty, su cuñado, como segundo comandante, y el bergantín La Santísima Trinidad, con la jefatura de Miguel Brown, conformaron la primera división patriota destinada a hostigar el comercio español en el Pacífico y cumplir las disposiciones del convenio oficial. A ellas se sumarían la corbeta Halcón, con la comandancia de Hipólito Bouchard, y la goleta Constitución, al mando del escocés Oliverio Russell, conocida como goleta Uribe porque su alistamiento estuvo a cargo del patriota chileno Julián Uribe, con la ayuda de compatriotas emigrados.

La “sutil escuadra” que menciona Brown en su solicitud al gobierno el 31 de enero de 1815, armada en apenas cuarenta y cinco días, esperaba la orden de partida. El 15 de octubre, la fuerza corsaria zarpó de Buenos Aires para terminar en Colonia su reequipamiento. Cambios imprevistos en el Directorio obligaban a Brown a regresar, en su carácter de comandante general de la Marina. Al considerar que los intereses de la Nación estaban por sobre las disposiciones del Directorio, Brown desobedeció la medida, como San Martín en otro momento histórico. Invocando “la causa de los americanos del sur”, el 24 de octubre, comenzó su crucero de corso en aguas del Atlántico rumbo al sur hasta

11. CASTILLO, Roberto P., *Guillermo Brown en la Banda Oriental, 1809-1813*, Montevideo, Prosa, 2017, p. 141.

el cabo de Hornos, “soportando fuertes tormentas que los arrastraron hasta [...] las que son hoy aguas antárticas argentinas”.

Reunidos en la isla de La Mocha con la Halcón de Bouchard, ya que la Constitución se había hundido como consecuencia de un fuerte temporal al doblar el cabo de Hornos, y ante la imposibilidad de llegar hasta la isla de Juan Fernández y recoger “a los patriotas desterrados”, recortaron las costas chilenas. Su presencia causó “lógica preocupación en las autoridades realistas, que comprendieron el trastorno que ocasionarían al comercio español”.¹²

El Callao fue el siguiente objetivo. El bloqueo y ataques al puerto, “ataques temerarios que rayaban en la insensatez” si solo se consideraba la impenetrable muralla con cañones que lo protegía, no acobardó a los tripulantes de la escuadrilla patriota. Las maniobras de guerra le permitieron capturar importantes presas, como la fragata Candelaria y, sobre todo, la Consecuencia, con un valioso cargamento e importantes pasajeros, como el brigadier Juan Manuel de Mendiburu, designado gobernador de Guayaquil.¹³ La audacia de los corsarios rioplatenses les permitió esporádicos bombardeos sobre la ciudad, eventuales desembarcos y valiosas presas que representaban un gratificante botín de guerra.

Tras un bloqueo de quince días, Brown resolvió “llevar a cabo [...] un desembarco en alguna parte de la costa donde hubiera la posibilidad de procurarse provisiones” y, como dice en sus memorias, “se pensó en Guayaquil, una pequeña ciudad floreciente”, centro comercial de primer orden y asentamiento del principal astillero de la Corona en esas costas oceánicas. Las naves, que en su palo mayor lucían el pabellón celeste y blanco, símbolo de los principios de libertad de las Provincias Unidas del Río de la Plata, el 7 de febrero de 1816 entraron al golfo de Guayaquil, confiando en el apoyo de los habitantes para vengar la dura represión de las tropas virreinales a los protagonistas del movimiento revolucionario de 1809.

Brown tomó el mando de la Trinidad por considerarla más adecuada para remontar el río Guayas. Una bajante de las aguas provocó la varadura de la nave frente a la ciudad, que los recibió con un nutrido fuego de sus baterías y el abordaje al navío lo que produjo bajas significativas. La actitud negativa de la población se debió a que consideraron que eran naves piratas intentando por séptima vez atacar la ciudad. Con la intención de buscar apoyo en la poleta Carmen, Brown se lanzó al agua “a pesar de estar infectado el río de cocodrilos”, pero, “ante la imposibilidad de remontar las aguas”, abordó nuevamente la Trinidad.

Según sus memorias, la escena que lo recibió fue “horrible, más allá de toda descripción”: hombres heridos, apuñalados o desollados lo llevaron a tomar una mecha encendida y amenazar con volar al buque prendiendo fuego a la santabárbara. Se sabía que no solo volaría la Santísima Trinidad sino la ciudad con sus casas de madera. Se ordenó el cese del fuego y de la matanza, y Brown, cuya cámara había sido saqueada, cubierto su cuerpo con la bandera de la nave y al frente de sus cuarenta y dos hombres, “que mostraban en su cuerpo las señales del combate”, fueron conducidos hasta los cuarteles.

12. Según Guillermo A. OYARZÁBAL en su biografía de Brown, *Guillermo Brown*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2006, p. 109.

13. La Consecuencia, bautizada como La Argentina, inició el 9 de julio de 1817 la famosa campaña corsaria trans-oceánica (1817-1819), al mando del capitán Hipólito Bouchard.

Según describe la escena Gabriel Pino Roca,

... el fiero almirante marchaba con la cabeza erguida, los cabellos y la barba desgredados, sin ropa, así como fue apresado, envuelto el pecho para abajo con una bandera azul y blanca, la de su desgraciado bergantín. Parecía un Neptuno. Paseaba su mirada con dignidad sobre la multitud apiñada a su paso que no profirió un solo denuesto, tal el respeto que inspiraba; tal la hidalguía del pueblo que le redujera.¹⁴

A Brown se le destinó el palacio gubernativo como prisión y el gobernador Juan Vasco y Pascual lo invitó a compartir su mesa con el arzobispo, opositor cerrado del almirante, y miembros del gobierno. Se iniciaron tratativas y, al firmarse un acuerdo, se estableció la libertad de Brown y los tripulantes con canje de los prisioneros que se habían tomado durante la travesía.

Mucho se habló de la presencia de Brown con naves que no eran piratas y la población comenzó a considerar a la bandera celeste y blanca como un pabellón insurgente. Al reflexionar sobre ese momento histórico, consideramos que no fue inútil el arribo a Guayaquil: demostró que la misión de Brown de acercar a los americanos teniendo como garantía de los ideales el lábaro identificatorio de la libertad tuvo sus frutos. En 1820, el desembarco de San Martín en las costas peruanas alentó a los guayaquileños, que, con la divisa “Guayaquil por la patria”, proclamaron el 9 de octubre su independencia y conformaron su bandera libertaria con los colores de aquel pabellón insurgente que portaba Guillermo Brown.

Desde Galápagos, Brown continuó su gesta marítima. Con la Hércules y la Halcón se dirigió a San Buenaventura, puerto de Nueva Granada –hoy Colombia– el 26 de abril de 1816, para reparar las naves, reabastecerse y apoyar a quienes heroicamente enfrenaban a las poderosas fuerzas de Sámano, lugarteniente de Morillo, que había sojuzgado a la gloriosa Cundinamarca. Brown cursó oficios al presidente de las Provincias Unidas de Nueva Granada, José Fernández Madrid, y al gobernador de Popayán, José Vázquez Figueroa, manifestando que nada le resultaba más agradable

... así en los tiempos presentes como en los venideros que saber que yo haya contribuido en algo [...] a un objeto tan deseable como la entera independencia de la América del Sur [...] Si V.E. tiene a bien comunicarme algunos planes de operaciones contra el enemigo a donde mi fuerza pueda obrar, ruego a V.E. tenga a bien no perder tiempo en comunicarlos, como que la mucha dilación podría ser perjudicial a la seguridad de los buques.¹⁵

El hundimiento de la Halcón, debido a deterioros insalvables, obligó a Brown a anticipar su partida, pero su presencia en Buenaventura fue un aporte para apuntalar los pilares de la ansiada Patria Grande, puesto que

... algo más de un centenar de sus hombres, antes de enfrentar nuevamente los peligros del mar sin rédito manifiesto, prefirieron quedarse en tierra firme e incorporarse a las fuerzas rebeldes de los ejércitos de Nueva Granada.¹⁶

14. Ratto, Héctor R., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 99.

15. ARGUINDEGUY, Pablo E. y RODRÍGUEZ, Horacio, *Guillermo Brown. Apostillas de su vida*, Buenos Aires, Instituto Nacional Browniano, 1994, p. 113.

16. OYARZÁBAL, Guillermo A., ob. cit. (cfr. nota 12), p. 133.

Esta campaña americanista del corso del Pacífico fue efectuada por Brown, según sus palabras, “para sostener la expedición que intentaban hacer los patriotas”. Se refería a la gesta de San Martín que se demoró hasta 1817 por no contar con la declaración de la independencia. Quizá este magno acontecimiento pudo quedar en los límites de la utopía sin la apasionada impaciencia de San Martín y la precursora trayectoria marítima de Brown.

El tiempo histórico de ambos fue coincidente. Su vinculación convergía en los planes estratégicos que auspiciaban la libertad y la unión de los estados tras las heridas del período bélico. La independencia era el respaldo jurídico indispensable para emprender el riesgoso camino de la autonomía y tanto San Martín como Brown lo sabían. Protagonistas del plan continental, no llegaron a conocerse, si bien actuaron de consuno en la gesta emancipadora.

El 6 de febrero de 1829, tras su exilio voluntario, San Martín arribó desde Montevideo a la rada de Buenos Aires. Brown, como gobernador delegado de la provincia, encomendó a Tomás Espora, a quien había designado comandante del puerto, presentara los saludos oficiales al distinguido viajero. Pero San Martín, ante la situación de la Nación, dividida en pasiones irreconciliables, sin desembarcar, retomó a Montevideo para continuar su rumbo a Europa. Cabe destacar que, en carta a Díaz Vélez, así se había referido a Brown: “yo no tengo el honor de conocerlo, pero como hijo del país me merecerá siempre un eterno reconocimiento por los servicios tan señalados que le ha prestado”.¹⁷

Este desencuentro fue comentado por Pastor Obligado con las siguientes palabras:

... los argentinos no pudieron contemplar en estrecho abrazo al más grande de los criollos con el más querido de los extranjeros vinculado a la Patria por sus victorias [...] Fraternidad de glorias que no nos fue dado aplaudir por nuestras continuas discordias.

Y en su hora final, sugestivamente, los unió la definitiva apelación marina. Decía San Martín: “es la tempestad que lleva al puerto”; y el almirante Brown, en el instante crucial, pudo expresar: “comprendo que pronto cambiaremos de fondeadero, ya tengo práctico a bordo”.

Los fallos justos de la historia han consagrado los valores del capitán de los Andes y del forjador de nuestra fuerza naval, protagonistas indiscutibles de la etapa bicentennial, grabando en el bronce el ejemplo de su decisión, arrojo, honradez e inmutable adhesión al deber.

Bibliografía

ARGUINDEGUY, Pablo E. y RODRÍGUEZ, Horacio, *Guillermo Brown. Apostillas de su vida*, Buenos Aires, Instituto Nacional Browniano, 1994.

BOLÍVAR, Simón, “Carta de Jamaica”, en *Correos del Sur*, Buenos Aires, Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Argentina, N° Especial Bicentenario, 2015.

17. QUARTARUOLO, V. Mario, “Frustrado retorno del Libertador”, en *Revista Militar del Círculo Militar Argentino*, N° 658, octubre-noviembre-diciembre de 1960, p. 63.

- BROWN, Guillermo [autor institucional: Comisión Nacional de Homenaje al Almirante Guillermo Brown en el Centenario de su Muerte], *Memorias del almirante Brown*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1957.
- CASTILLO, Roberto P., *Guillermo Brown en la Banda Oriental, 1809-1813*, Montevideo, Prosa, 2017.
- CASTELLANOS, Rafael R. (comp.), *Almirante Luis Brión. Bicentenario de su nacimiento. Homenaje*, Caracas, Presidencia de la República, 1982.
- DESTÉFANI, Laurio, “Campañas corsarias de 1818 a 1825”, en AA. VV., *Historia marítima argentina*, t. 5, Buenos Aires, Departamento de Estudios Históricos Navales de la Armada Argentina, 1986.
- INSTITUTO NACIONAL SANMARTINIANO, *Documentos para la historia del libertador general San Martín*, t. 2, Buenos Aires, Comisión Nacional de Museos, de Monumentos y Lugares Históricos, 1954.
- OCAMPO LÓPEZ, Javier, *Historia de las ideas de integración de América Latina*, Bogotá, Ed. Bolivariana Internacional, 1981.
- OYARZÁBAL, Guillermo A., *Guillermo Brown*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2006.
- RATTO, Héctor R., *Historia del Almirante Brown*, Buenos Aires, Instituto de Publicaciones Navales, 1985.

Bibliografía complementaria

- ACADEMIA ARGENTINA DE LA HISTORIA, *Historia de la Nación Argentina*, t. 6, Buenos Aires, El Ateneo, 1962.
- ARGUINDEGUY, Pablo E. y RODRÍGUEZ, Horacio, *El corso rioplatense*, Buenos Aires, Instituto Nacional Browniano, 1996.
- “Las fuerzas navales argentinas”, en AA. VV., *Historia de la flota de mar*, Buenos Aires, Instituto Nacional Browniano, 1995.
- BUSANICHE, José L., *Historia argentina*, Buenos Aires, Solar Hachette, 1965.
- CAILLET-BOIS, Ricardo, *Nuestros corsarios. Brown y Bouchard en el Pacífico (1815-1816)*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1930.
- DE ALVEAR, Carlos, “Narraciones”, en Rodríguez, Gregorio, *Historia del general Alvear*, t. 1, Buenos Aires, 1911.
- DE MARCO, Miguel Á., *Corsarios argentinos. Héroes del mar en la independencia y la guerra con el Brasil*, Buenos Aires, Planeta, 2002.
- QUARTARUOLO, V. Mario, “Popularidad del almirante Guillermo Brown”, en *Revista del Mar*, Buenos Aires, Instituto Nacional Browniano, N° 110, 1979.
- REYES, Oscar E., *Breve historia general del Ecuador*, ts. 1-3, Quito, 1967.
- RIVADENEIRA Vargas, Antonio J., “El panamericanismo, antítesis de la integración bolivariana”, en *Nuestra América. Revista del Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Integración de América Latina*, Tunja, Editorial Bolivariana Internacional, N° 1, 1982.
- ROSA, José M., *Historia argentina*, Buenos Aires, Oriente, 1979.
- SPINELLI, Guillermo (dir.), *Argentina desde el mar. Introducción de la historia naval argentina (1776-1852)*, Buenos Aires, Armada Argentina, 2014.
- YABEN, Jacinto, *Biografías argentinas y sudamericanas*, t. 5, Buenos Aires, Metrópolis, 1940.