

Órgano del Colegio de Escribanos
de la Ciudad de Buenos Aires

Fundada el 15 de noviembre de 1897

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

2014

ISSN 2451-537X

Colegio de Escribanos
Ciudad de Buenos Aires

ANUARIO de la
REVISTA del NOTARIADO

2014

ANUARIO

de la REVISTA del NOTARIADO



Órgano del Colegio de Escribanos
de la Ciudad de Buenos Aires

Fundada el 15 de noviembre de 1897

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

2014

ISSN 2451-537X

ANUARIO
de la REVISTA del NOTARIADO

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

Propietario: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

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

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 1^{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: en trámite

ISSN: 2451-537X

Queda hecho el depósito que dispone la Ley 11.723

Diseño de tapa: Florencia Cardoso

Diseño de interior: Liliana Chouza

Consejo Directivo

Ejercicio 2013-2015

Presidente **María Cecilia Herrero de Pratesi**

Vicepresidente **Bernardo Mihura de Estrada**

Secretario **Santiago Joaquín Enrique Pano**

Secretaria **Patricia Adriana Lanzón**

Prosecretario **Ricardo Jorge Blanco Lara**

Prosecretaria **María Magdalena Tato**

Tesorero **Esteban Enrique Ángel Urresti**

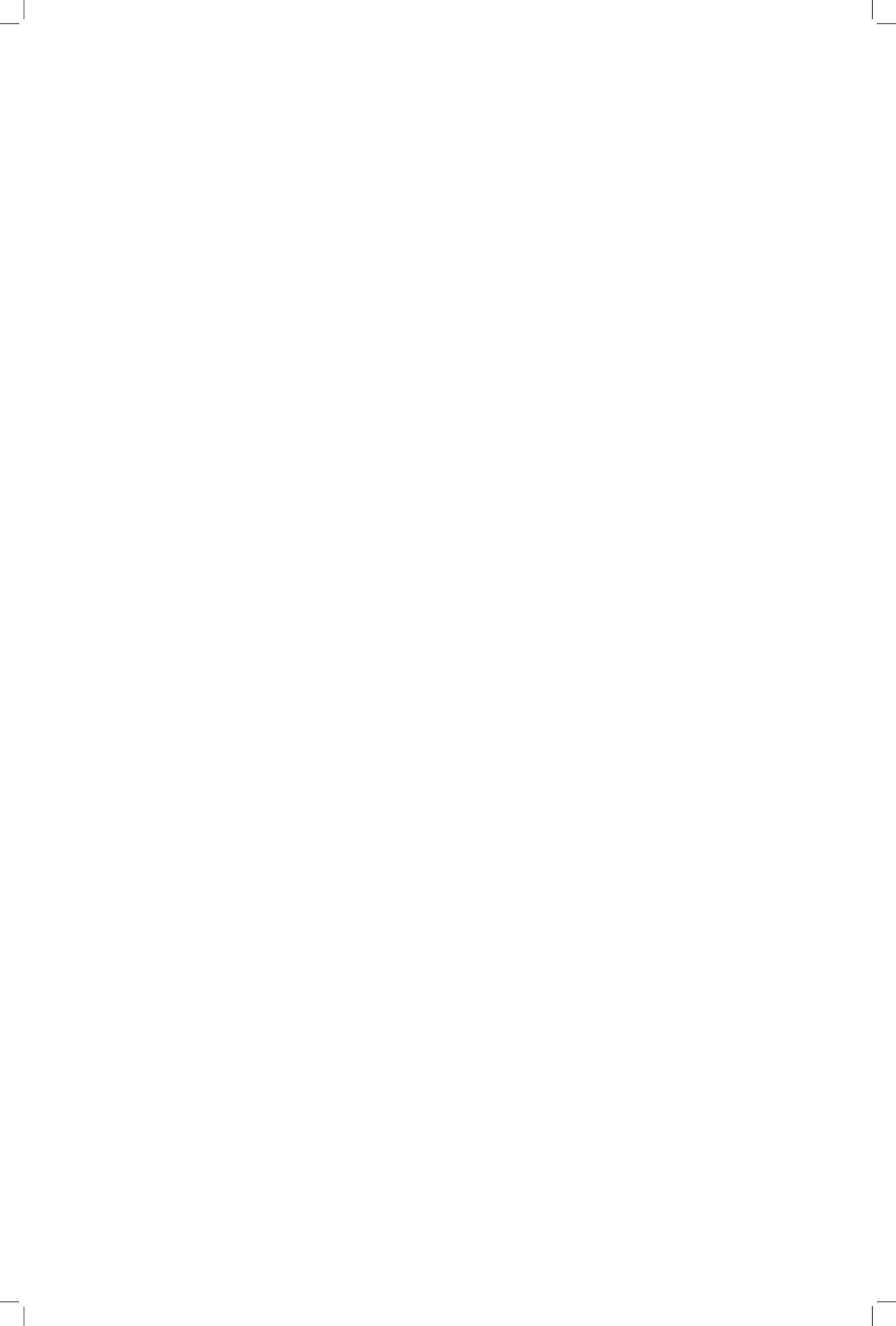
Protesorero **Jorge Andrés De Bártolo**

Vocales titulares **Susana Marta Bonanno**
Liliana Mabel Serebrisky
Julio César Capparelli
Mariana Claudia Massone
Fernando de Abreu
Carlos Ignacio Benguria (h)
Rosana Fabiana Gimeno
Alicia Verónica Castillo
Paula María Rodríguez Foster
Antonio Joaquín Cinque

Vocales suplentes **Enrique Hugo José Garbarino**
Víctor Cabuli
Martín Rodríguez Giesso
María Luciana Mosconi
Virginia Gatti
Diego Alberto Paz Vela

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

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



Comisiones

Actividades Deportivas
Acuerdo entre AAEF y el CECBA
Análisis y Control Previsional
Asesora de Arancel
Asesora de Informática
Asesora de Inspección de Protocolos
Automotores
Congresos, Jornadas y Convenciones
Consejo Consultivo AFIP
Consultas Jurídicas
Criterios Uniformes IGJ
Cultura
Defensa del Escribano
Disciplina y Protección Jurisdiccional
Enlace con la AGIP
Ente de Cooperación con la IGJ
Escribanas Verificadoras
Escribanos Jubilados

Escribanos Referencistas
Integración Profesional
Ley 17.050
Orientación al Público
Portal de Enlace con los Organismos Públicos
Registro de Actos de Autoprotección
Registro de Actos de Última Voluntad
Seguimiento de Proyectos Legislativos

Institutos

Derecho Civil
Derecho Comercial
Derecho Notarial
Derecho Procesal
Derecho Registral
Derecho Tributario
Filosofía
Investigaciones Históricas Notariales

Tribunal de Ética

Presidente: Jorge Enrique Viacava. **Vicepresidente:** Carlos Alberto Guyot. **Secretario:** Alfredo Daniel López Zanelli. **Miembros titulares:** Jorge Alberto Ricciardi, Eduardo Héctor Plaetsier. **Miembros suplentes:** Daniel Augusto Ferro, Marta Esther Goldfarb, Carlos Alberto Ortega, Adriana Patricia Freire.

Revista del Notariado

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

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

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez



Presentación | 11

Artículos del Anuario 2014

Reflexiones sobre el régimen de tierras rurales, por *Adriana Nélide Abella* | **13**

Arbitraje y el nuevo Código Civil y Comercial argentino, por *Fernando Aguilar* | **33**

Derecho superficiario fiduciario. ¿Ahora sí?, por *Maritel Mariela Brandi Taiana* | **45**

Boleto de compraventa y oponibilidad de medidas cautelares. Evolución legislativa y el sistema proyectado en la reforma del Código Civil, por *Ezequiel Cabuli* | **55**

A propósito de ciertas certificaciones, por *José Carlos Carminio Castagno* | **61**

Identidad de género. Aproximaciones al tema, por *Marta Inés Cavalcanti* | **65**

Derecho de autoprotección, *Romina Ivana Cerniello* y *Néstor Daniel Goicoechea* | **79**

El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación, por *María Cesaretti* y *Oscar Daniel Cesaretti* | **113**

La representación societaria y la apariencia jurídica. Los directores electos en asambleas irregularmente celebradas, por *María Cesaretti* y *Oscar Daniel Cesaretti* | **125**

Consecuencias de la extinción del contrato de fideicomiso, por *Eduardo Gabriel Clusellas* | **133**

Mandatos en los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema Justicia de la Nación, por *Sebastián Justo Cosola* | **141**

Appart-hoteles. Condo-hoteles, por *Marcelo Armando de Hoz* y *Santiago Rossetti Messina* | **181**

Análisis de cláusulas contractuales vinculadas con el precio en moneda extranjera, por *Mariano Esper* | **191**

Donación a herederos legitimarios en el Código Civil y Comercial, por *Natalio Pedro Etchegaray* | **211**

Apuntes críticos del Código de Ética Notarial, *Pablo Julián González Mantelli* | **219**

Acerca de un “registro” de documentos y firmas creado por el Colegio Público de Abogados, por *Álvaro Gutiérrez Zaldívar* | **225**

La sociedad del 985, por *Alberto María Miguens* | **231**

Lavado de dinero a través del turismo y desarrollos hoteleros, *Agustín Nicolás Morello* | **269**

Derecho real de anticresis en el nuevo Código Civil y Comercial, por *Marcos Alberto Paz Vela* | **285**

Estudio de la noción de oponibilidad en el derecho inmobiliario. Especial referencia al Proyecto de Código Único 2012, por *Ariel Eugenio Regis* | **293**

Usufructo de acciones y cuotas, por *Pilar María Rodríguez Acquarone* | **327**

Discursus sobre el régimen de vivienda y su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación, por *Mario Gabriel Szmuch* | **347**

Los nuevos paradigmas y desafíos de la reforma, por *Horacio Teitelbaum* | **379**

Buenos Aires, abril de 2015

Han transcurrido casi un año y cuatro números desde la digitalización de nuestra *Revista del Notariado*, con resultados que superaron las expectativas.

El éxito de una publicación como la nuestra se mide desde dos perspectivas: desde la producción, del trabajo intelectual de quienes son apasionados por el estudio y el conocimiento de lo notarial, los autores; y desde los lectores, quienes se interesan y nos estimulan con sus opiniones a seguir trabajando para crecer aún más. Es momento de agradecerles a ellos por esos valores fundamentales, que le dan sentido a la *Revista*.

Estamos orgullosos de los avances que hemos logrado y aspiramos a seguir incorporando, desde la creatividad y la tecnología, todos los recursos y posibilidades que nos permitan enriquecer la tradición de la *Revista* como referente del debate y la producción del campo disciplinar.

En este sentido, deseamos destacar especialmente la conformación del Comité Editorial, un equipo de trabajo integrado por colegas jóvenes comprometidos con la investigación, que colabora con la Dirección en la evaluación de los artículos, para garantizar la calidad de la *Revista*. Asimismo, celebramos la implementación de su nueva página web, que aloja todos los contenidos digitales y que también permitirá en un futuro aprovechar más herramientas interactivas y contenidos audiovisuales. Este sitio recibió más de veinte mil visitas desde que fue puesto en línea –aproximadamente dos mil quinientas, desde el extranjero–. Además, hemos recibido más de ochenta suscripciones nuevas.

Sin embargo, estas innovaciones también nos recuerdan el profundo vínculo que el notariado mantiene con la *Revista* en papel, como un símbolo de su historia. Somos conscientes del rol que aún tiene la lectura en ese soporte material y del gusto que subsiste entre los escribanos por tomarla en nuestras manos y lucir con ella nuestras bibliotecas. Por ello, decidimos –en oportunidad de avanzar en su digitalización– mantener un anuario impreso, que recopile los principales artículos del año.

Hoy presentamos el primer *Anuario de la Revista del Notariado*, que contiene todos los artículos de la sección “Doctrina” publicados en los números 915 a 918.

El Consejo Directivo agradece especialmente al escribano Álvaro Gutiérrez Zaldívar por la labor que desempeña hace más de doce años como director de la *Revista*; a los escribanos que conforman el Comité Editorial y a los colegas que colaboran con él en forma directa: Maritel Brandi Taiana, Arnaldo Dárdano (h), Diego Martí, Mariana Massone, Pilar Rodríguez Acquarone, Mario Szmuch; y al Departamento de Comunicaciones del Colegio. A todos ellos, nuestro reconocimiento por la enorme tarea y responsabilidad que conlleva la edición de la *Revista*.

MARÍA CECILIA HERRERO DE PRATESI

Presidente

Reflexiones sobre el régimen de tierras rurales*

Adriana Nélide Abella

RdN 918

RESUMEN

La Ley 26.737 tiene por objeto: a) determinar la titularidad catastral y dominial de la situación de posesión bajo cualquier título o situación de hecho de las tierras rurales y establecer las obligaciones que nacen del dominio o posesión de dichas tierras; b) regular, respecto de las personas físicas y jurídicas extranjeras, los límites a la titularidad y posesión de tierras rurales, cualquiera sea su destino de uso o producción. Queda comprendida toda adquisición, transferencia, cesión de derechos de dominio y posesorios, cualquiera sea la forma, denominación que le impongan las partes y su extensión temporal.

Sumario: **1.** Introducción. **2.** ¿Qué se entiende por tierras rurales? **3.** Sujetos y actos comprendidos en la limitación a la titularidad extranjera. **4.** Efectos de los actos celebrados en violación de la ley. **5.** Inmuebles que contengan o sean ribereños de cuerpos de agua de envergadura o permanentes y en zonas de seguridad de frontera. **6.** Determinación de la titularidad dominial a los efectos legales. **7.** La cuestión del límite. **8.** Organismos creados por la Ley 26.737. **9.** Deber de denunciar. **10.** Deber de presentar de formularios. **11.** Certificado de habilitación para los actos de transferencia de derechos de propiedad o cesión de derechos posesorios sobre tierras rurales. **12.** Calificación de los títulos en los Registros de la Propiedad Inmueble. **13.** Otros trámites ante el Registro Nacional de Tierras Rurales. **14.** Deber de comunicación de otorgamiento del acto. **15.** Incumplimiento por parte de los otorgantes y/o los profesionales intervinientes. Procedimiento y sanciones. **16.** La cuestión de los tratados internacionales. **17.** Cláusula transitoria. **18.** Conclusiones.

1. Introducción

La Constitución Nacional asegura al titular de dominio “el derecho a usar y gozar de su propiedad conforme las leyes que reglamenten su ejercicio”. El juego de las disposiciones que establecen esos vínculos no restringe sino que configura la propiedad, traza los límites, señala adónde llega el poder del dueño sobre la propia cosa y de disponer de aquella.¹ La regulación del dominio cae en la órbita del Código Civil y las

* Edición ampliada de “Ley de Tierras Rurales n° 26.737”, publicado en AA. VV., *LXIII Seminario Teórico-práctico “Laureano Arturo Moreira”*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2012 (junio), pp. 57-70.

1. Ver ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Clubes de campo y barrios cerrados*, Buenos Aires, Heliasta, 2009.

limitaciones impuestas en el interés privado son del resorte del legislador nacional. No es un instituto propio del derecho público local, sino un derecho tan general que ha justificado su regulación desde la Nación mediante la atribución que al efecto le fue conferida al legislador nacional por medio del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.²

El territorio, como entorno vital del hombre, está condicionado por el interés común. La intervención pública en su ordenamiento, el régimen de explotación rural, forestal, agrícola, urbana y minera, y la preservación de los recursos naturales quedan justificados por ello.³ La escasez de recursos naturales, el cuidado del ambiente, del agua y de la tierra son problemas comunes en los países del mundo, y no es extraño que todo cuanto concierne al derecho, uso, aprovechamiento del suelo, al ambientalismo, se multiplique en distintas soluciones, con resplandor en la regulación de las limitaciones al derecho real de dominio.

El desarrollo sustentable debe satisfacer las necesidades de la generación presente sin comprometer las de generaciones futuras. Por ello, es imprescindible armonizar el desenvolvimiento socioeconómico con la preservación de los recursos naturales (el suelo, los ríos, los bosques, la atmósfera, el paisaje), que deben ser protegidos tanto como el acervo histórico, arqueológico, artístico y documental.

En ese marco, la Ley 26.737 (promulgada el 27/12/2011) establece el régimen de protección al dominio nacional sobre la propiedad, posesión o tenencia de las tierras rurales. Consta de cinco capítulos: 1º) “Ámbito territorial y personal de su aplicación”, 2º) “Del objeto”, 3º) “Los límites al dominio extranjero sobre la propiedad o posesión de las tierras rurales”, 4º) “Del Registro Nacional de Tierras Rurales” y 5º) “Del Consejo Interministerial de Tierras Rurales”. Con carácter de orden público, esta ley rige en todo el territorio de la Nación, no afecta derechos adquiridos y sus disposiciones entraron en vigor el día siguiente al de su publicación.

La Ley 26.737 (LTR) debe ser observada en las respectivas jurisdicciones por las autoridades de los gobiernos federal, provincial y municipal, y se aplicará

... a todas las personas físicas y jurídicas que, por sí o por interpósita persona, posean tierras rurales, sea para usos o producciones agropecuarias, forestales, turísticas u otros usos. [Art. 1]

Es objeto de esta ley

a) **Determinar la titularidad** catastral y dominial de la situación de posesión bajo cualquier título o situación de hecho de las tierras rurales, y establecer las obligaciones que

2. Ver CSJN, 4/8/2009, “Las Mañanitas SA c/ Neuquén, Prov. del”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 26/8/2009, fallo Nº 56.042; 7/8/1970, “S.A.C.I.L. y A. Río Belén c/ Provincia de Buenos Aires”, en *Fallos*, t. 277, p. 313; y 27/2/1997, “Mar de Ostende SRL c/ Buenos Aires, Provincia de”, en *Fallos*, t. 320, p. 222.

3. ABELLA, Adriana N., “La propiedad inmobiliaria. Cuestiones urbanísticas y ambientales”, en Abella, Adriana N. (dir.), *Estudios de derecho inmobiliario*, Buenos Aires, Zavalía, 2012, pp. 9-50.

nacen del dominio o posesión de dichas tierras, conforme las previsiones de la presente ley.

b) **Regular, respecto de las personas físicas y jurídicas extranjeras**, los límites a la titularidad y posesión de tierras rurales, cualquiera sea su destino de uso o producción.

2. ¿Qué se entiende por tierras rurales?

A los efectos de la Ley 26.737, se entenderá por *tierras rurales* todo predio ubicado fuera del ejido urbano, independientemente de su localización o destino. A su vez, el artículo 1 de la reglamentación (Decreto 274/2012) establece que, a los efectos de la aplicación de la ley, las tierras rurales serán

... las que surjan de detraer de la totalidad del territorio provincial, departamental, municipal o divisiones políticas equivalentes el correspondiente a los ejidos urbanos determinados a partir de las constituciones, leyes o decretos provinciales, cartas orgánicas u ordenanzas municipales.

Le corresponde a la autoridad de cada gobierno local informar a la autoridad de aplicación cualquier cambio en la zonificación que signifique una modificación de la superficie de tierras rurales correspondiente a esa jurisdicción, dentro de los diez días de que la ley entre en vigencia.

3. Sujetos y actos comprendidos en la limitación a la titularidad extranjera

3.1. Sujetos

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley de Tierras Rurales, se entenderá que toda adquisición, transferencia, cesión de derechos posesorios, cualquiera sea la forma, denominación que le impongan las partes y extensión temporal, se limita si se trata de:

a) Personas físicas de nacionalidad extranjera, tengan o no su domicilio real en el territorio de la Nación Argentina, con las excepciones establecidas en el artículo 4 de la presente ley.

b) Personas jurídicas, según el marco previsto en el artículo 32 del Código Civil, constituidas conforme las leyes societarias de la Nación Argentina o del extranjero, cuyo capital social, en proporción superior al cincuenta y uno por ciento (51 %) o en proporción necesaria para formar voluntad social mayoritaria independientemente del porcentaje accionario, sea de titularidad de personas físicas o jurídicas, de nacionalidad extranjera, en las condiciones descriptas en el inciso precedente [...⁴]

4. "Toda modificación del paquete accionario, por instrumento público o privado, deberá ser comunicada por la persona jurídica al Registro Nacional de Tierras Rurales, dentro del plazo de treinta (30) días de producido el acto, a efectos del contralor del cumplimiento de las disposiciones de la ley".

Asimismo quedan incluidas en este precepto:

1. Las personas jurídicas, cualquiera sea su tipicidad social, que se encuentren en posición de controladas por cualquier forma societaria o cooperativa extranjera, de conformidad con las definiciones que se establecen en esta ley, en un porcentaje mayor al veinticinco por ciento (25 %) o tengan los votos necesarios para formar voluntad social mayoritaria independientemente del porcentaje accionario.
 2. Aquellas personas físicas o jurídicas extranjeras que, sin acreditar formalmente calidad de socios, actúan en una sociedad como si lo fueren.
 3. Las sociedades que hayan emitido obligaciones negociables o debentures y ello permita a su legítimo tenedor acrecer en sus tenencias accionarias o convertirlas en acciones en un porcentaje superior al veinticinco por ciento (25 %) o que se les permita formar voluntad social mayoritaria independientemente del porcentaje accionario, y se trate de personas físicas o jurídicas extranjeras, de conformidad con las definiciones que se establecen en esta ley.
 4. Cuando se transfiera la propiedad, bajo cualquiera de las formas previstas en las leyes vigentes, en virtud de un contrato de fideicomiso y cuyos beneficiarios sean personas físicas o jurídicas extranjeras en porcentaje mayor al autorizado en el inciso anterior.
 5. Las sociedades de participación accidental, las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas, según la regulación de la Ley de Sociedades, y toda otra forma de colaboración empresarial de carácter accidental y provisorio que se regule en el futuro, cuando en ellas participen personas físicas o jurídicas extranjeras en porcentaje mayor al autorizado en esta ley.
- c) Personas jurídicas de derecho público de nacionalidad extranjera.
- d) Simples asociaciones, en los términos del artículo 46 del Código Civil, o sociedades de hecho, en iguales condiciones respecto de su capital social a las previstas en el inciso b) de este artículo.⁵

El espíritu de la ley, dado por el inciso b) del artículo, es que la participación extranjera no sea superior al 51 % o que un porcentaje menor pueda tener el control de la voluntad social. Entonces, cualquiera sea el porcentaje de participación, no quedan autorizadas las sociedades en las que las acciones que representen los votos de personas jurídicas o físicas extranjeras puedan decidir la voluntad social. Con lo dicho, lo

5. Según el decreto reglamentario: "A los efectos del artículo 3, inciso b, de la Ley N° 26.737, el cumplimiento del deber de informar las modificaciones en las participaciones sociales estará en cabeza del órgano de administración de la entidad. En el caso de las personas jurídicas constituidas en el extranjero, también será obligado el representante de la entidad en el país. Dicha obligación será cumplimentada a través de la presentación de la declaración jurada para personas jurídicas establecida en el Anexo A de la presente reglamentación, dentro del plazo indicado en la Ley N° 26.737. En los casos en que se verifique la modificación de participaciones societarias que no sean informadas en tiempo y forma, el Registro Nacional de Tierras Rurales pondrá en conocimiento de la situación al organismo de registro societario competente, a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y a la Unidad de Información Financiera (UIF), a los efectos de que investiguen si se encuentran cumplidas las obligaciones de registro, impositivas y de prevención de lavado de dinero relativas a las personas y bienes involucrados. La investigación se extenderá a sus socios, administradores y representantes legales. A los efectos del artículo 3, inciso b, apartado 3, de la Ley N° 26.737, la limitación legal se verificará al momento del ejercicio de la opción de conversión de las obligaciones negociables o los debentures en acciones".

que la ley determina es que la participación accionaria extranjera de ninguna manera podrá tener el control de la voluntad social, sea cual fuere su porcentaje.⁶

A partir del análisis del apartado 4 a la luz de las leyes 23.554 (Defensa Nacional) y 24.441 (Vivienda y Construcción), resulta relevante el verdadero sentido, contenido y alcance que debe darse al término *beneficiario*. La ley expresa “beneficiarios sean personas físicas o jurídicas extranjeras en porcentaje mayor al autorizado en el inciso anterior”, sin antes obtener el certificado de habilitación emitido por la autoridad de aplicación creada para tal efecto por la Ley de Tierras Rurales. Sin embargo, entendemos que los límites a la titularidad y posesión de las tierras comprenden a quien percibe los frutos o las rentas del fideicomiso, o sea, el beneficiario, el dueño fiduciario y el fideicomisario.

No se entiende el apartado 5, a través del cual se incluyen las agrupaciones en colaboración y las uniones transitorias de empresas, ya que su objeto no puede tener por fin la adquisición de propiedades del tipo de las que trata la ley.

Según el artículo 6 de la ley

Queda prohibida toda interposición de personas físicas de nacionalidad argentina, o de personas jurídicas constituidas en nuestro país, a los fines de configurar una titularidad nacional figurada para infringir las previsiones de esta ley. Ello se considerará una simulación ilícita y fraudulenta.

3.1.1. Excepciones

Quedan exceptuadas de la aplicación de la Ley de Tierras Rurales las siguientes personas físicas de nacionalidad extranjera:

- a) aquellas que cuenten con diez años de residencia continua, permanente y comprobada en el país;
- b) las que tengan hijos argentinos y demuestren una residencia permanente, continua y comprobada en el país de cinco años;
- c) aquellas que se encuentren unidas en matrimonio con ciudadano/a argentino/a con cinco años de anterioridad a la constitución o transmisión de los derechos pertinentes y demuestren residencia continua, permanente y comprobada en el país por igual término.

3.1.2. Acreditaciones por los sujetos exceptuados

Según el artículo 4 del decreto reglamentario

... la residencia permanente en el país será acreditada ante el Registro Nacional de Tierras Rurales mediante la pertinente constancia expedida por la Dirección Nacional de

6. ABELLA, Adriana N., “Ley de tierras rurales n° 26.737”, en AA. VV., *LXIII Seminario teórico-práctico “Laureno Arturo Moreira”*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2012 (junio), pp. 57-70.

Migraciones, organismo descentralizado dependiente del Ministerio del Interior, o autoridad que la sustituya en el futuro, de encontrarse comprendidos en los alcances del artículo 22 de la Ley N° 25.871. A los efectos de que la residencia sea considerada continua, la persona deberá haber permanecido efectivamente en el país un mínimo de nueve (9) meses por cada año aniversario a computarse. A tal fin, la Dirección Nacional de Migraciones proporcionará la información que requiera la autoridad de aplicación.

Excepcionalmente y ante la imposibilidad de obtener la constancia emitida por la Dirección Nacional de Migraciones para la acreditación de la residencia de la persona física extranjera o la constancia de ingresos y salidas del país, el Registro Nacional de Tierras Rurales podrá otorgar la misma virtualidad a los certificados de trabajo de la persona extranjera y/o constancia de aportes previsionales expedidos por la Administración Nacional de la Seguridad Social y/o cualquier otro instrumento oficial que acredite la residencia.

A efectos de tener por acreditada la procedencia de la excepción contemplada en el inciso b) del artículo 4 de la Ley 26.737 y en el Decreto 274/2012, el Registro Nacional de Tierras Rurales verificará que se hayan consignado en el instrumento de otorgamiento los datos de la partida de nacimiento y de la constancia expedida por la Dirección Nacional de Migraciones.

Las situaciones de matrimonio y paternidad serán acreditadas mediante las partidas expedidas por los registros civiles.

Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, podrán admitirse en forma supletoria otros medios de prueba.

El Registro Nacional de Tierras Rurales cotejará la calificación efectuada respecto de su nacionalidad con la documentación existente en los organismos oficiales con competencia específica en la materia y con la que pueda solicitarle al requirente a los mismos efectos.⁷

En todos los supuestos, el escribano, profesional o funcionario interviniente deberá conservar la documentación respaldatoria del acto a fin de facilitar posteriores requerimientos del Registro Nacional de Tierras Rurales.

7. Se considerarán en particular: a) Personas jurídicas en general: 1. estatuto y sus modificaciones, debidamente inscriptos; 2. última sede social inscripta; 3. última inscripción del órgano de administración. b) Sociedades anónimas y en comandita por acciones, además: 1. libro registro de acciones o accionistas, cerrado y firmado por el profesional interviniente a la última modificación; 2. libro actas de asamblea; 3. libro actas de directorio. c) Sociedades anónimas que cotizan en bolsa, además: 1. informe emitido por la Comisión Nacional de Valores del último día del mes inmediato anterior a la solicitud del certificado sobre titularidad de las acciones. d) Sociedades de responsabilidad limitada, además: 1. libro actas de reuniones de socios; 2. libro actas de órgano de administración o gerencia, si la sociedad alcanza el capital establecido por el artículo 299, inciso 2, de la Ley 19.550; se dejará constancia de dichos documentos en el instrumento de otorgamiento y se archivará en copia por el profesional interviniente. e) Fundaciones, asociaciones civiles y cooperativas: 1. listado de socios.

3.2. *Actos comprendidos*

Debido a que la ley se refiere no sólo a la propiedad sino también a la posesión, quedan comprendidos aquellos actos que tienen por fin inmediato la transmisión del derecho real de dominio o condominio, como así también la constitución o transmisión de cualquier otro derecho real sobre bienes inmuebles que se ejerce por la posesión (p.ej., los actos que tengan por objeto constituir los derechos reales de usufructo, superficie forestal y anticresis). También se incluyen los instrumentos privados por los cuales se hace entrega de la posesión, o sea, un boleto de compraventa en el que se hace entrega de la posesión. No quedan incluidos en la prohibición los arrendamientos rurales, ya que el arrendatario no adquiere la posesión sino la tenencia.⁸

La historia enseña cómo la extranjerización de las tierras puede conducir a la pérdida de la soberanía de un país y/o su fragmentación geográfica, por lo que la política tendiente a evitarla constituye la respuesta que nuestros legisladores consideraron acertada frente a los graves desafíos que enfrenta el país.

La nota al artículo 2507 del Código Civil dice:

Muchos autores dividen la propiedad en propiedad soberana del Estado y en propiedad del derecho civil; en otros términos, en dominio eminente y dominio civil. La Nación tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama el Estado tiene, respecto a los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución, que, aplicado a los inmuebles, no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior. A este derecho del Estado, que no es un verdadero derecho de la propiedad o dominio, corresponde sólo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia o al mayor bien del Estado.

El dominio eminente constituye una potestad del Estado que ejerce sobre el territorio.

4. Efectos de los actos celebrados en violación de la ley

El artículo 7 de la Ley de Tierras Rurales dice:

Todos los actos jurídicos que se celebren en violación a lo establecido en la presente ley **serán de nulidad total, absoluta** e insanable, sin derecho a reclamo indemnizatorio alguno en beneficio de los autores y partícipes del acto antijurídico. A los efectos de esta

8. "Si bien el título de la ley es 'régimen de protección al dominio nacional sobre la propiedad, posesión o tenencia de las tierras rurales', en las partes dispositivas sólo se habla de propiedad o posesión, sin referencia a la tenencia. Ver arts. 2, inciso b, 8° y 9° de la ley" (CORNEJO, Américo A., "Restricciones a las personas extranjeras para la posesión de tierras rurales", en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 17/8/2012, p. 1).

disposición, se considerarán partícipes quienes hicieran entrega de las tierras u otorgaren instrumentos, públicos o privados, que conformaren el obrar antijurídico, los que responderán en forma personal y solidaria con su patrimonio por las consecuencias dañosas de estos actos. La autoridad de aplicación está facultada a examinar los actos jurídicos conforme su naturaleza real, sin sujetarse al nombre que le impongan las partes otorgantes.

5. Inmuebles que contengan o sean ribereños de cuerpos de agua de envergadura o permanentes y en zonas de seguridad de frontera

La ley prohíbe la titularidad o posesión de los siguientes inmuebles por parte de las personas extranjeras definidas en el artículo 3: 1) los que contengan o sean ribereños de cuerpos de agua de envergadura y permanentes; 2) los ubicados en zonas de seguridad de frontera, con las excepciones y procedimientos establecidos por el Decreto-ley 15.385/1944 modificado por la Ley 23.554 (art. 10 LTR).

La adquisición de un inmueble rural ubicado en zona de seguridad por parte de una persona comprendida en esta ley requiere el consentimiento previo del Ministerio del Interior (art. 13 LTR).

Para la aplicación del inciso 1 del cuarto párrafo del artículo 10 de la Ley N° 26.737, se consideran: a) *cuerpos de agua*: todas aquellas aguas dulces o saladas, en estado sólido o líquido, como los mares, ríos, arroyos, lagos, lagunas, humedales, esteros, glaciares, acuíferos, que conforman el sistema hidrológico de una zona geográfica, así como las contenidas en obras hídricas; b) *de envergadura*: aquellos que por su extensión y/o profundidad relativas a su capacidad de satisfacer usos de interés general sean relevantes para las políticas públicas en la región en la que se encuentren; c) *permanente*: aquellos que existan o reaparezcan en un ciclo hidrológico medio.⁹

El Consejo Interministerial de Tierras Rurales determinará los cuerpos de agua que en el territorio nacional respondan a las definiciones precedentes, para lo cual consultará a la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación dependiente de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, que dará participación al Consejo Hídrico Federal (COHIFE).

Hasta tanto el Consejo Interministerial de Tierras Rurales realice la determinación prevista en el párrafo precedente, el pedido de habilitación ante el Registro Nacional de Tierras Rurales será acompañado de una certificación extendida por profesional competente, haciendo constar que el inmueble no incluye cuerpos de agua que respondan a las definiciones de este reglamento. Será requisito para el otorgamiento de la habilitación la consulta previa aludida.¹⁰

9. Se incluirán, asimismo, las obras hídricas en desarrollo y proyectadas consideradas estratégicas y de interés público.

10. La autoridad de aplicación empleará criterios restrictivos para otorgar certificados cuando se encuentren involucrados cuerpos de agua no alcanzados por el inc. 1 del 4° § del art. 10 de la Ley 26.737.

6. Determinación de la titularidad dominial a los efectos legales

Según el artículo 2 de la reglamentación

[Para] la determinación de la titularidad dominial se estará a las inscripciones en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente.

Para la determinación de la titularidad catastral se atenderá a la información relativa al estado parcelario que surja de los organismos catastrales, sean estos provinciales o municipales, priorizando aquella que se encuentre georeferenciada y que identifique efectivamente la ubicación de la parcela.

La situación de posesión será determinada a partir de la información obrante en los registros de poseedores en las provincias en que estos existan, o por aquellas fuentes de información que así considere la autoridad de aplicación.

En los casos de condominio, se entenderá en cabeza de los condóminos una superficie proporcional a su parte indivisa.

7. La cuestión del límite

Se establece en el quince por ciento (15%) el límite a toda titularidad de dominio o posesión de tierras rurales en el territorio nacional respecto de las personas y supuestos regulados por la ley en el Capítulo III. Dicho porcentual se computará también sobre el territorio de la provincia, municipio o entidad administrativa equivalente en que esté situado el inmueble rural.

A los fines del cómputo de la limitación para la titularidad extranjera establecida en el artículo 8 de la Ley 26.737, se considerarán tierras rurales las informadas conforme la prescripción antecedente o –en su defecto– las que determine el Consejo Interministerial de Tierras Rurales, a requerimiento fundado de la autoridad de aplicación.

De acuerdo con la reglamentación (art. 8):

A los fines de determinar el límite de titularidad extranjera del quince por ciento (15%) sobre el territorio nacional, se tendrá en cuenta la superficie continental americana. El territorio de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur será considerado en los cálculos a que se refiere la presente ley una vez cumplido el objetivo establecido en la disposición transitoria primera de la Constitución Nacional.

En lo que respecta al Sector Antártico Argentino, resulta de aplicación el régimen jurídico establecido por el Tratado Antártico.

A los efectos del cumplimiento de la Ley N° 26.737, la superficie total de cada provincia será establecida por el Consejo Interministerial de Tierras Rurales. Hasta que ello ocurra, la autoridad de aplicación tomará como parámetro la información provista por otros organismos oficiales especializados.

En las provincias con municipios ciudad o de ejidos no colindantes, la determinación de la limitación del quince por ciento (15%) atenderá a la superficie total de tierras ru-

rales por departamento o división política equivalente, que será informada por la provincia a la autoridad de aplicación dentro de los sesenta (60) días de aprobada la presente reglamentación.

En las provincias con municipios distritales o de ejidos colindantes, que contienen tierras rurales y urbanas, la determinación de la limitación del quince por ciento (15%) atenderá a la superficie total del municipio, deducidos sus ejidos urbanos. Esta superficie será informada por la provincia y el municipio a la autoridad de aplicación dentro de los sesenta (60) días de aprobada la presente reglamentación.

El artículo 9 de la ley dice:

En ningún caso las personas físicas o jurídicas de una misma nacionalidad extranjera podrán superar el treinta por ciento (30%) del porcentual asignado en el artículo precedente a la titularidad o posesión extranjera sobre tierras rurales.

Las tierras rurales de un mismo titular extranjero no podrán superar las mil hectáreas en la zona núcleo,¹¹ o superficie equivalente, según la ubicación territorial.¹²

A los efectos del otorgamiento del certificado de habilitación, la autoridad de aplicación deberá controlar la cantidad de tierras rurales que posea o de las que sea titular la persona adquirente.

7.1. Régimen de equivalencia de la zona núcleo

Corresponde al Consejo Interministerial de Tierras Rurales determinar las equivalencias de la zona núcleo delimitada conforme este decreto, particularizando distritos, subregiones o zonas. A efecto de aplicar los criterios consignados en los incisos a) y b) del artículo 10 de la Ley 26.737, se tendrá en cuenta el uso y productividad relativa de los suelos, el clima, el valor paisajístico de los ambientes, el valor social y cultural del territorio, como así también el valor ambiental comprensivo de la biodiversidad, biomasa, servicios ambientales y los demás recursos naturales involucrados.¹³

11. Según el art. 10 del decreto reglamentario, la denominada zona núcleo queda comprendida por los departamentos de Marcos Juárez y Unión en la provincia de Córdoba; Belgrano, San Martín, San Jerónimo, Iriondo, San Lorenzo, Rosario, Constitución, Caseros, General López en la provincia de Santa Fe; y los partidos de Leandro N. Alem, General Viamonte, Bragado, General Arenales, Junín, Alberti, Rojas, Chivilcoy, Chacabuco, Colón, Salto, San Nicolás, Ramallo, San Pedro, Baradero, San Antonio de Areco, Exaltación de la Cruz, Capitán Sarmiento y San Andrés de Giles en la provincia de Buenos Aires.

12. "Esa superficie equivalente será determinada por el Consejo Interministerial de Tierras Rurales previsto en el artículo 16 de la presente ley, atendiendo a los siguientes parámetros: a) la localización de las tierras rurales y su proporción respecto del municipio, departamento y provincia que integren; b) la capacidad y calidad de las tierras rurales para su uso y explotación".

13. "El régimen de equivalencia podrá ser modificado por el Consejo Interministerial de Tierras Rurales mediante resolución fundada, atendiendo a cambios que pudieran producirse en la calidad de las tierras o al crecimiento de los ejidos urbanos. Para la determinación de equivalencias, el Consejo Interministerial de Tierras

En tanto no se haya determinado la equivalencia, rige el límite máximo de mil hectáreas en todo el territorio pendiente de determinación para el otorgamiento de los certificados de habilitación. La equivalencia de superficies no podrá ser modificada o alterada por el Registro Nacional de Tierras Rurales.

7.2. *Publicidad*

Las equivalencias de superficie serán divulgadas en todo el país a través de los gobiernos provinciales, los que asegurarán la mayor publicidad en el ámbito de sus respectivas competencias territoriales.

8. Organismos creados por la Ley 26.737

8.1. *Registro Nacional de Tierras Rurales*

Se crea el Registro Nacional de Tierras Rurales en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con integración del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación. Será la autoridad de aplicación y tiene las siguientes funciones específicas:

- a) Llevar el registro de los datos referentes a las tierras rurales de titularidad o posesión extranjera en los términos de la presente ley.
- b) Requerir a las dependencias provinciales competentes en registración, catastro y registro de personas jurídicas la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones.
- c) Expedir los certificados de habilitación de todo acto por el cual se transfieran derechos de propiedad o posesión sobre tierras rurales en los supuestos comprendidos por esta ley. Los certificados de habilitación serán regulados por la reglamentación de la ley y **serán tramitados por el escribano público o autoridad judicial interviniente.**
- d) Ejercer el control de cumplimiento de la presente ley, con legitimación activa para **impedir en sede administrativa o reclamar la nulidad en sede judicial** de los actos prohibidos por esta ley.

El artículo 7 del decreto reglamentario establece que

El Registro Nacional de Tierras Rurales estará facultado para controlar el cumplimiento de la Ley N° 26.737. En tal sentido, podrá intervenir en sede administrativa y **accio-**

Rurales deberá previamente recibir la propuesta de las provincias. Dentro del plazo de sesenta (60) días de constituido el Consejo Interministerial de Tierras Rurales, cada provincia, a través de su representante, elevará al mismo la propuesta de equivalencias para el territorio provincial, siguiendo los criterios referidos precedentemente. Agotado el plazo y no recibida la propuesta, el Consejo Interministerial de Tierras Rurales podrá realizar la determinación”

nar judicialmente en los fueros civil y penal, quedando facultado expresamente para constituirse en actor civil y parte querellante.

8.2. Consejo Interministerial de Tierras Rurales

Se crea el Consejo Interministerial de Tierras Rurales, que será presidido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y conformado por el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros, el Ministerio de Defensa y el Ministerio del Interior, con representantes de las provincias. Tiene las siguientes funciones:

- a) Dirigir las acciones para el cumplimiento de la presente ley.
- b) Ejecutar la política nacional sobre tierras rurales.
- c) Recabar la colaboración de organismos de la administración centralizada y descentralizada del Estado nacional y las provincias.
- d) Determinar la equivalencia de superficies del territorio nacional a que hace referencia el artículo 10 de la presente ley, sobre la base de los instrumentos técnicos elaborados por los organismos oficiales competentes.¹⁴

9. Deber de denunciar

Los propietarios o poseedores de tierras rurales, personas físicas o jurídicas, que involuntariamente estén en la condición de extranjeros deberán, dentro del plazo de ciento ochenta (180) días, contados desde la fecha de entrada en vigencia de la reglamentación de la presente ley, proceder a la denuncia ante el Registro Nacional de Tierras Rurales de la existencia de dicha titularidad o posesión.

Si bien la ley no lo especifica, la obligación de denuncia no rige para las personas físicas de nacionalidad extranjera exceptuadas de la aplicación de la ley por el artículo 4.

10. Deber de presentar formularios

Las personas físicas y jurídicas comprendidas en las limitaciones de la Ley 26.737 deberán presentar los formularios completos a los efectos de presentar la declaración jurada

14. El decreto reglamentario dice que el Consejo Interministerial de Tierras Rurales será integrado por los respectivos ministros y secretarios nominados en el art. 16 de la Ley 26.737 y durarán todo el término de sus designaciones en tales cargos. Las provincias estarán representadas por sus ministros o secretarios de Agricultura, Ganadería y Pesca, o por sus ministros o secretarios de la Producción, según corresponda a la organización provincial. Las funciones serán ejercidas con carácter ad honorem. La sede del Consejo Interministerial de Tierras Rurales será la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dicho Consejo dictará su propio reglamento de funcionamiento en un plazo no mayor de sesenta días desde la publicación del decreto. Asimismo, fijará la periodicidad de sus reuniones, las que serán como mínimo tres por año calendario y podrán ser convocadas por su presidente o a requerimiento de tres de sus miembros.

prevista en el artículo 12 de dicha norma. Si un mismo titular tuviere más de un inmueble comprendido en la presente norma, corresponderá presentar una declaración jurada por cada uno de los inmuebles.¹⁵

En el caso de presentar una declaración jurada de personas jurídicas, se deberá adjuntar el estatuto societario y el listado de accionistas conforme al libro de registro de accionistas vigente al momento de la presentación. Si se tratase de personas físicas, se deberá acompañar copia del documento de identidad (DNI, LE, CDI, u otro). Asimismo, si dicha presentación es efectuada por un representante legal, deberá acreditar esa representación con el poder correspondiente.

La documentación adicional a la declaración jurada de personas jurídicas deberá estar debidamente certificada. Además, tendrá que estar legalizada cuando se trate de una jurisdicción que no sea la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹⁶

En los casos en que se verifique la existencia de inmuebles rurales en cabeza de las personas comprendidas en el artículo 3 de la Ley N° 26.737, cuyos titulares no lo hayan informado por medio de la declaración jurada, el Registro Nacional de Tierras Rurales pondrá en conocimiento de la situación a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y a la Unidad de Información Financiera (UIF), a los efectos de que investiguen si se encuentran cumplidas las obligaciones impositivas y de prevención de lavado de dinero relativas a las personas y bienes involucrados. En el caso de que la titularidad corresponda a una persona jurídica, la investigación se extenderá a sus socios, administradores y representantes legales.

11. Certificado de habilitación para los actos de transferencia de derechos de propiedad o cesión de derechos posesorios sobre tierras rurales

La solicitud del certificado de habilitación deberá contener la información que el Registro Nacional de Tierras Rurales determine para cada caso y será efectuada por los interesados o profesionales intervinientes, los que deberán acompañar el duplicado del plano catastral y el correspondiente informe de dominio de la propiedad objeto de la transferencia.

El pedido del certificado se realiza mediante un formulario tipo y acompañando: 1) duplicado del plano catastral, 2) informe de dominio; 3) certificación extendida

15. El Registro Nacional de Tierras Rurales podrá modificar dichos formularios, sustituirlos o implementar otros, pudiendo además implementar su presentación por medios electrónicos.

16. La documentación podrá ser presentada en copia simple, siempre y cuando la presentación sea personal y con los originales a la vista de personal del Registro Nacional de Tierras Rurales para que puedan certificarlos. Las declaraciones podrán presentarse personalmente en las oficinas del Registro o bien a través de correo postal, donde se deberá indicar datos de contacto por si existiere información faltante.

por profesional competente que haga constar que el inmueble no incluye cuerpos de agua de envergadura y permanentes.

La Disposición 1/2013 del Registro Nacional de Tierras Rurales, en su Anexo I (con las modificaciones introducidas por la Disposición 1/2014¹⁷), dice:

Artículo 15. Una vez ingresada la documentación del trámite, el Registro tendrá un plazo de diez (10) días hábiles para expedirse acerca de si la documentación presentada resulta suficiente para la tramitación del “certificado de habilitación”.

Artículo 16. Se considerará la “solicitud de certificado de habilitación” como pendiente cuando la documentación respaldatoria no ha sido presentada en su totalidad según lo requerido por el Registro.

Cuando la “solicitud de certificado de habilitación” se encuentra pendiente, el usuario contará con el plazo de noventa (90) días hábiles desde la fecha de la consignación de las observaciones en el sistema central del Registro Nacional de Tierras Rurales, para la subsanación de las mismas.

Ante la falta de subsanación de las observaciones, transcurrido el plazo establecido en el párrafo precedente se producirá la caducidad automática del trámite y el mismo será eliminado de la base de datos del sistema, debiendo el solicitante ingresar nueva solicitud en caso de querer continuar con el mismo, abonando nuevamente el formulario correspondiente, de acuerdo a las especificaciones del artículo 4, inciso 7, de la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326.

En el supuesto de extravío de la documentación, el usuario deberá presentar la constancia de pérdida y se reiniciará el plazo de noventa (90) días hábiles contemplado en este artículo.

Artículo 17. Una vez completa la documentación requerida, el Registro deberá expedirse acerca del trámite, otorgando el “certificado de habilitación” o emitiendo la “constancia de denegación” según corresponda, en el plazo de veinte (20) días hábiles.

Artículo 18. Denegada la “solicitud de certificado de habilitación”, podrá el usuario dentro de los ciento ochenta (180) días hábiles presentar una nueva solicitud, abonando nuevamente el arancel correspondiente y utilizando la misma documentación de la solicitud denegada, siempre que se trate del mismo inmueble y los mismos sujetos. Para ello, deberá también presentar una “declaración jurada” de que se mantienen idénticas circunstancias a la solicitud anterior.

Artículo 19. Una vez otorgado el “certificado de habilitación” o emitida su “constancia de denegación”, el usuario dispondrá de sesenta (60) días hábiles para descargar el documento electrónico correspondiente.

Artículo 20. En los supuestos de inmuebles rurales que además deban tramitar la previa conformidad en la Dirección de Asuntos Técnicos de Fronteras, dependiente del

17. Disposición 1/2014 del Registro Nacional de Tierras Rurales, fecha 20/11/2014, publicada en el Boletín Oficial del 27/11/2014, modificatoria de la Disposición 1/2013: sustitución del art. 13 del Anexo I, e incorporación del art. 13 bis y de los Títulos V, VI y VII del Libro I.

Ministerio del Interior y Transporte, podrá el presentante solicitar una prórroga del “certificado de habilitación”, acompañando constancia del trámite en curso. Dicha prórroga podrá ser otorgada sucesivamente hasta que esté finalizado el trámite de previa conformidad.

Artículo 21. En otros supuestos donde se requiera otros motivos de prórroga de vigencia del “certificado de habilitación”, se deberá presentar ante el Registro una nota en la cual se exprese causa fundada mediante el Formulario N° 6.

Artículo 13. **No requerirán “certificado de habilitación”** los actos que transfieran la propiedad o posesión de inmuebles que, independientemente de su nomenclatura catastral, se encuentren ubicados **dentro de una “zona industrial”, “área industrial” o “parque industrial”**, este último deberá estar debidamente inscripto en el Registro Nacional de Parques Industriales, dependiente del Ministerio de Industria, y cuya normativa provincial de creación sea preexistente a la transferencia del inmueble, debiendo el escribano o funcionario interviniente relacionarlo en el instrumento, dando cuenta de la normativa local aprobatoria de la zona, área o parque industrial de que se trate.

Artículo 13 bis. **No requerirán “certificado de habilitación” los actos que constituyan derecho real de usufructo** a favor de los sujetos comprendidos en el artículo 3 de la Ley N° 26.737 **cuando el destino sea el desarrollo de proyectos de parques eólicos o algún emprendimiento para la generación de energía eléctrica, de conformidad con el objeto de la Ley 26.190.**

Atendiendo a la dispersión geográfica de los usuarios del Registro Nacional de Tierras Rurales, se ha puesto en funcionamiento el sistema de trámites con el objetivo de poder petitionar el certificado de habilitación desde cualquier punto del país, manteniéndose los máximos estándares de seguridad y protección de datos personales en Internet.

Los actos no comprendidos en la Ley 26.737 y los exceptuados por ella, que sean calificados por los escribanos, profesionales o funcionarios intervinientes como tales, relacionando tal circunstancia en el instrumento de otorgamiento del acto, no requerirán la intervención del Registro Nacional de Tierras Rurales.

12. Calificación de los títulos en los Registros de la Propiedad Inmueble

Según la Disposición 1/2013 del Registro de Tierras Rurales:

Artículo 3. A fin de regularizar la inscripción de los actos que cuenten con inscripción provisoria en los términos de la Ley N° 17.801, en atención al dictado de la Ley N° 26.737, el Registro Nacional de Tierras Rurales intervendrá –si correspondiere– con el alcance indicado en el artículo anterior, a efectos de la presentación pertinente ante el Registro de la Propiedad Inmueble en el que se haya realizado la rogatoria.

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires ha dictado una disposición en tal sentido, que dice:

Artículo 1. En los supuestos de documentos que contengan transmisiones de dominio de inmuebles rurales en los que resulten adquirentes personas físicas o jurídicas extranjeras, se deberá requerir que en toda la documentación acompañada conste que el negocio jurídico autorizado no configura una violación a los límites establecidos por la Ley N° 26.737 y su Decreto Reglamentario N° 274/2012, y, a su vez, que se ha dado cumplimiento a los recaudos previstos por dicha normativa.

Artículo 2. En caso de no cumplimentarse lo establecido en el artículo 1, se procederá a la inscripción provisional del documento en cuestión (artículo 9 inciso b de la Ley N° 17.801).¹⁸

13. Otros trámites ante el Registro Nacional de Tierras Rurales

- En los supuestos en que se efectúe el trámite de *modificación en la composición del capital social*, se deberá presentar ante el Registro: 1) formulario correspondiente debidamente cargado y abonado; 2) escritura o instrumento que acredite la operación.
- En los supuestos de *modificación de los contratos de fideicomiso*, se deberá presentar ante el Registro: 1) formulario correspondiente debidamente cargado y abonado; 2) nuevo contrato de fideicomiso, documento modificadorio del contrato suscripto o instrumento de cesión de participaciones; 3) contrato anterior.
- En los supuestos de *modificación de condominios*, se deberá presentar ante el Registro: 1) formulario correspondiente debidamente cargado y abonado; 2) escritura o instrumento que acredite la operación.
- En los supuestos de *denuncia de venta parcial o total del inmueble*, se deberá presentar ante el Registro: 1) formulario correspondiente debidamente cargado y abonado; 2) escritura o instrumento que acredite la operación.
- En los supuestos de *prórroga del certificado de habilitación*, se deberá presentar ante el Registro: 1) formulario correspondiente debidamente cargado y abonado; 2) constancia del trámite en curso o nota que exprese causa fundada, según corresponda, de conformidad con el artículo 20.

Toda la documentación a presentar deberá estar debidamente certificada y legalizada por el respectivo colegio de escribanos. Por su parte, el Registro se reserva la facultad de solicitar otra documentación adicional que estime pertinente.

18. Disposición Técnico-Registral 4/2012 de la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad (Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires), fecha 17/4/2012, publicada en el Boletín Oficial del 8/5/2012.

14. Deber de comunicación de otorgamiento del acto

El escribano público o profesional interviniente deberá comunicar al Registro Nacional de Tierras Rurales el otorgamiento del acto dentro del plazo de veinte días de ocurrido, de conformidad con el formulario que obra como anexo B del decreto reglamentario. En igual plazo, deberá comunicar las transferencias de propiedades y cesiones de derechos posesorios operados por los sujetos comprendidos en la ley hacia terceros no alcanzados.

El decreto reglamentario aprueba las declaraciones juradas para personas físicas y para personas jurídicas y el formulario de operaciones comprendidas.

- En los supuestos de *escrituras otorgadas en el marco de las excepciones* (art. 4 Ley 26.737), se deberá presentar ante el Registro: 1) formulario correspondiente debidamente cargado y abonado; 2) escritura o instrumento que acredite la operación en la que se califique la excepción.
- En los supuestos en que se deba comunicar al Registro Nacional de Tierras Rurales el otorgamiento de una *escritura con el certificado de habilitación*, se deberá presentar ante el citado Registro: 1) formulario correspondiente debidamente cargado y abonado; 2) escritura o instrumento que acredite la operación.

15. Incumplimiento por parte de los otorgantes y/o los profesionales intervinientes. Procedimiento y sanciones

Cuando de una denuncia o constatación surgieran preliminarmente evidencias de incumplimiento de alguna de las exigencias y/u obligaciones dispuestas por la Ley 26.737 o su reglamentación, el Registro Nacional de Tierras Rurales, en su carácter de autoridad de aplicación, **dispondrá la apertura del procedimiento administrativo para la investigación de las infracciones.**¹⁹

Los incumplimientos por parte de los otorgantes y/o los profesionales intervinientes en las operaciones comprendidas por la Ley 26.737 o su reglamentación respecto de las obligaciones indicadas en dichas normas o la obstrucción de las tareas de fiscalización del Registro Nacional de Tierras Rurales serán pasibles de las siguientes sanciones, de acuerdo a la gravedad de la infracción y a los antecedentes del infractor.

1. **Apercibimiento:** sólo será aplicada por faltas leves, siempre que no se verifiquen infracciones antecedentes dentro de los dos años inmediatos anteriores.

¹⁹. De la apertura del procedimiento se correrá traslado al sumariado para que, en el plazo de diez días hábiles de notificado, formule los descargos y ofrezca la prueba que hagan a su derecho. Producida la prueba, el director nacional del Registro Nacional de Tierras Rurales resolverá y aplicará la sanción que estime corresponder, graduándola según la índole y gravedad de la falta y/o incumplimiento y los antecedentes del infractor. El acto administrativo que imponga la sanción deberá ser notificado al infractor personalmente, por cédula o telegrama colacionado, indicando los recursos que se puedan interponer contra dicho acto y el plazo dentro del cual deben articularse.

2. Multa: hasta un monto equivalente al 1 % del valor de la operación o de la valuación fiscal del inmueble (la que resulte mayor) a la que corresponda la infracción.
3. Inhabilitación especial: de seis meses a dos años para solicitar la expedición de los certificados de habilitación ante el Registro Nacional de Tierras Rurales, aplicable a los profesionales intervinientes que incumplan las obligaciones legales y reglamentarias, independientemente de la aplicación de otras sanciones.

Sin perjuicio de la aplicación de estas sanciones, el Registro Nacional de Tierras Rurales pondrá en conocimiento de las autoridades administrativas, judiciales o de los respectivos colegios profesionales que correspondan las faltas o incumplimientos que verifique en el ejercicio de sus funciones.²⁰

El titular del Registro Nacional de Tierras Rurales podrá delegar en los integrantes del cuerpo de inspectores la actuación en sede administrativa o judicial en procura del cumplimiento de la Ley 26.737.

16. La cuestión de los tratados internacionales

El artículo 11 de la ley agrega:

A los fines de esta ley y atendiendo a los tratados bilaterales de inversión (TBI) suscritos por la República Argentina y que se encuentren vigentes a la fecha de entrada en vigor de esta ley, no se entenderá como inversión la adquisición de tierras rurales, por tratarse de un recurso natural no renovable que aporta el país receptor.

17. Cláusula transitoria

El artículo 18 de la ley establece que

... toda adquisición, transferencia, cesión de derechos posesorios, cualquiera sea la forma, denominación y extensión temporal que le impongan las partes, a favor de personas físicas o jurídicas extranjeras en los términos del artículo 3, que se realice en el período comprendido entre la entrada en vigencia de la ley y su reglamentación por el Poder Ejecutivo Nacional, queda alcanzada por las disposiciones de la presente ley y sujeta a las consecuencias previstas en el artículo 7.

20. Las sanciones con multa a personas jurídicas serán impuestas en forma solidaria a la entidad y a sus directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubiesen intervenido en el acto sancionado.

18. Conclusiones

Del análisis de la Ley 26.737 y su decreto reglamentario concluimos:

- Las personas físicas y jurídicas extranjeras, salvo las específicamente exceptuadas, no podrán comprar tierras rurales con una extensión superior a mil hectáreas en la zona núcleo o superficie equivalente según su ubicación territorial, o que contengan o sean ribereñas a cuerpos de agua de envergadura permanentes.
- Se establece un límite del 15 % del territorio nacional de dominio o posesión de tierras rurales por parte de extranjeros. En ningún caso personas de una misma nacionalidad podrán superar el 30 % de ese 15 %.
- **Serán los escribanos, profesionales o funcionarios intervinientes los responsables de calificar la calidad de los sujetos exceptuados** que intervengan en el acto, solicitando para ello la documentación necesaria para acreditar la excepción.
- Corresponderá que el interviniente deje constancia de la calificación en el instrumento público de otorgamiento del acto y adjunte los documentos habilitantes al mismo y, en su caso, al protocolo.
- **Los incumplimientos por parte de los otorgantes y/o los profesionales intervinientes** en las operaciones comprendidas por la Ley 26.737 o su reglamentación, respecto de las obligaciones indicadas en dicha norma, o la obstrucción de las tareas de fiscalización del Registro Nacional de Tierras Rurales serán pasibles de sanciones, aplicables en cada caso de acuerdo a la gravedad de la infracción y a los antecedentes del infractor.
- Todos los actos que se celebren en violación a lo establecido en la ley serán nulos de nulidad absoluta. Se consideran partícipes quienes hicieren entrega de tierras u otorgaren instrumentos públicos o privados que conformen el obrar antijurídico, y responderán en forma personal y solidaria.
- La Ley de Tierras no afecta derechos adquiridos.



Arbitraje y el nuevo Código Civil y Comercial argentino

Fernando Aguilar

RdN 918

RESUMEN

El nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina contiene un capítulo que regula el contrato de arbitraje, incorporando conceptos consagrados en todo el mundo. La tipificación del contrato de arbitraje dentro de un código no procesal es una novedad a la que deberán ajustarse el resto de las leyes existentes en cuanto puedan considerarse contradictorias con el texto aprobado. La redacción aprobada incurre en serios errores que podrían ser corregidos en el plazo señalado para su puesta en vigencia.

Sumario: **1.** Concepto de arbitraje. **2.** Rasgos típicos del arbitraje. **3.** Ventajas del arbitraje frente a los pleitos que llegan a los estrados judiciales. **4.** Novedades positivas del Código Civil y Comercial de la Nación. **5.** Conclusiones.

1. Concepto de arbitraje

El arbitraje es uno de los múltiples modos de solución pacífica de conflictos previsto en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Es de derecho público cuando involucra Estados o personas de derecho público;¹ es privado cuando el conflicto se desarrolla entre personas físicas o jurídicas no estatales. Es internacional si no todas las partes residen dentro de las fronteras de un único Estado o el pleito contiene elementos de carácter internacional.

Un caso muy especial es el arbitraje de inversión, que pretende dar solución pacífica a los conflictos entre un Estado receptor de inversiones e inversores extranjeros. Fue estructurado a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en el marco del Banco Mundial y de los tratados bilaterales de protección de inversores extranjeros celebrados por un gran número de países.²

1. Como el conflicto reciente entre Argentina y Uruguay causado por la construcción de una planta de pasta de celulosa sobre la ribera del río Uruguay.

2. Es notoria la cantidad de acuerdos bilaterales suscriptos por Argentina durante la última década del siglo xx.

El Código Civil y Comercial de la Nación sancionado en 2014 (CCCN) no regula el arbitraje público y tampoco se ocupa del arbitraje de inversión del CIADI. Además, son excluidos el arbitraje laboral y el arbitraje de consumo, porque tienen legislación específica propia. El CCCN incluye como contrato tipificado el de arbitraje privado o comercial exclusivamente (Capítulo 29, arts. 1649-1665).³ Tampoco se ocupa del proceso arbitral, aunque contiene pocas reglas sobre la designación de árbitros y su remuneración y para dar solución práctica a determinadas incidencias que podrían presentarse cuando las partes no han acordado nada al respecto, con la intención de dotar de la mayor eficacia al contrato de arbitraje.

El juicio de arbitraje se encuentra incluido dentro del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN; Libro VI, arts. 736 y ss.) y en los diversos códigos de procedimientos provinciales. Los códigos procesales establecen reglas para el proceso del juicio arbitral, pero no regulan el acuerdo de arbitraje ni los restantes acuerdos bajo los cuales se estructura el arbitraje, tales como el acuerdo con la institución administradora y los acuerdos con los árbitros designados. El CPCCN omite legislar el arbitraje internacional.

Es opinión generalizada que este conjunto de normas incluidas en los códigos de procedimientos ya son obsoletas y requieren una actualización en forma urgente.⁴ La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se ha preocupado por dictar –y actualizar– la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.⁵ Con ligeras modificaciones, los enunciados de la Ley Modelo han sido adoptados hace décadas por un gran número de países, y varios de sus principios principales se encuentran incorporados al CCCN.

Hasta la sanción del CCCN, la mayor fuente de normas positivas que incluyeran el arbitraje se encontraba en los tratados internacionales y multinacionales en los que la Argentina es parte. Cabe mencionar los principales: la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York de 1958 (Ley 23.619) y los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR (Ley 25.223).⁶

La institución del arbitraje existe en todos los Estados que tienen alguna relación comercial con Argentina, incluidos Cuba, Rusia, China, los países de África y del Cercano Oriente, y todos los Estados europeos. Es decir, es respetada y utilizada en naciones con organizaciones políticas y culturas jurídicas disímiles. Existió en

3. Ver RIVERA, Julio C., “Código Civil y Comercial. Modificaciones que cambian el espíritu del proyecto” [web], publicado en *infobae* (“Opinión”), 17/11/2013; y GUAIA, Carlos I., “El arbitraje en el proyecto de unificación legislativa”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, t. 72-1, julio 2012, pp. 27-52.

4. Como excepción debe recordarse el admirable CPCC de la Provincia de Río Negro.

5. Documento de Naciones Unidas A/40/17, Anexo I, 11/12/1985.

6. Ver RIVERA, Julio C., *Arbitraje comercial. Internacional y doméstico*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, 1ª. ed., p. 85; y CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, 2ª ed.

la Grecia clásica y bajo el derecho romano, perduró durante la Edad Media, estuvo presente en el derecho colonial hispano, fue actualizada durante la Revolución Francesa y fue revitalizada para el comercio internacional desde los inicios del siglo XX.

Es notoria la importancia actual del arbitraje en los países de la región, entre ellos, Chile, Perú, Brasil, Colombia y, además, España y Méjico, merced a una adecuada legislación, frente a la cual nuestro derecho resultaba vetusto y atrasado. No sorprende, entonces, que, remediando en lo posible la falencia normativa, los tribunales argentinos hayan convalidado esta institución, tan arraigada en la comunidad de naciones, y tanto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial como la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y los tribunales provinciales hayan afirmado su vigencia en incontables fallos por sobre las infaltables y retrógradas disidencias. En cambio, resulta sorprendente que entre legisladores, funcionarios de gobierno de Argentina y profesionales del derecho, el arbitraje infunda inexplicables resquemores, atávicos temores y una resistencia encarnizada a los cambios requeridos para adoptar los modos de convivencia pacífica propios de las transacciones comerciales que se celebran hoy en todo el planeta.

2. Rasgos típicos del arbitraje

El arbitraje comercial privado es un acuerdo de voluntades destinado a resolver un conflicto presente o futuro de carácter patrimonial mediante la intervención de un árbitro, que dicta una sentencia llamada laudo, obligatoria para las partes, con efectos similares a los de una sentencia firme emanada de un juez competente (ver art. 499 CPCCN). En palabras de la CSJN,⁷ es

... la institución por la que un tercero resuelve las diferencias que enfrentan a dos o más partes, en ejercicio de facultades jurisdiccionales conferidas por ellos mismos.

El CCCN define el contrato o cláusula arbitral de este modo:

Artículo 1649. Definición. Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual...

La definición admite críticas, incluso de técnica legislativa, ya que puede sustentarse que no es conveniente insertar definiciones en un cuerpo de legislación que debe

7. CSJN, 5/11/2002, "Meller Comunicaciones SA UTE c/ ENTel", en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 2003-B, p. 905.

ser preceptivo. Sin embargo, la divulgación del concepto tiene utilidad residual en la medida en que son frecuentes las confusiones entre mediación, conciliación y arbitraje con las que todavía tropiezan, sin ruborizarse, legos, escribanos y abogados del foro doméstico.

Cabe agregar que, por lo común, *arbitraje* también alude al procedimiento o juicio arbitral, según resulta de la cita del fallo de la CSJN. Esta sinonimia entre acuerdo arbitral y procedimiento o juicio arbitral suele dar lugar a confusiones.

La inclusión del Capítulo 29 del CCCN entre los contratos típicos o nominados es singular, ya que, generalmente, los países con cultura jurídica similar a nuestro ordenamiento legal reglamentan esta institución a través de una ley especial. Numerosos proyectos de ley inspirados en las excelentes recomendaciones de la Ley Modelo de Naciones Unidas (CNUDMI) no han logrado ser aprobados por nuestro Congreso, cuyo desinterés por el tema es notable.

Del artículo 1649 del CCCN surge en forma patente la naturaleza bidimensional del arbitraje privado:⁸ se trata de un acuerdo entre personas privadas; sin embargo, este “contrato” tiene por objeto designar un juez, fijarle la competencia y dotarlo de normas procesales propias. Ello resulta incómodo porque estamos muy acostumbrados a la idea de que la administración de justicia es uno de los tres poderes constitucionales, ejercido por jueces designados por el Estado, y de que sus competencias y sus procedimientos surgen de la respectiva ley. Lo extraordinario de este juez que las partes eligen para resolver su caso es que se encuentra dotado de jurisdicción; es decir, sus decisiones tendrán el valor legal de una sentencia firme emanada de un juez estatal, porque así lo establecen el CPCCN y las restantes leyes aplicables.

Este rostro bifronte del arbitraje –de un lado, acuerdo entre privados; del otro, jurisdicción para establecer los derechos de las partes en conflicto que las leyes de ordinario confían a los jueces estatales– resulta desconcertante para ciertos juristas acostumbrados a los silogismos de la lógica formal y a distinguir, en forma tajante y absoluta, el ordenamiento jurídico vigente en las esferas de lo público y de lo privado, como si fueran ámbitos estancos. De allí los esfuerzos de benevolentes comentaristas para introducir el arbitraje en el estrecho molde de los contratos,⁹ o el de sus contrincantes, que pretenden adjudicarle al arbitraje un rol de función jurisdiccional que consideran propio de la administración pública. A ello se suman quienes atacan el arbitraje como a su peor enemigo, afirmando con pobre rigor intelectual que “es la privatización de la justicia”, implicando que ello es muy indeseable.

Aquí cabe recordar que tanta sospecha y temor desaparecerían no bien se toma-se en cuenta que el arbitraje no es una panacea para todo tipo de litigio, ya que

8. OPPETT, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Bogotá, Legis, 2006, p. 57.

9. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y SILVA ROMERO, Eduardo, *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis, 2005.

- 1) la ley limita estrictamente los conflictos que pueden ser sometidos a arbitraje (art. 1651 CCCN) y lo reserva exclusivamente para aquellos en los que se dirimen derechos patrimoniales libremente disponibles por las partes;
- 2) los árbitros, si bien en sus laudos establecen el derecho cuestionado con fuerza de cosa juzgada, carecen de *coercio*, es decir, las partes deben recurrir a los jueces estatales si se trata de hacer cumplir las decisiones arbitrales mediante el concurso de la fuerza pública. Esto no resulta tan sustancial como pareciera a primera vista en virtud de que la experiencia demuestra que los laudos son cumplidos voluntariamente en un altísimo porcentaje (arriba del 90%) en Argentina y en el resto del mundo.

Quienes sostienen que la Constitución Nacional reserva la jurisdicción para los magistrados que integran la administración de justicia y que, por lo tanto, su naturaleza afecta el orden público –implicando que los ciudadanos mayores de edad, capaces y con libre administración de sus bienes nada pueden pactar respecto de cómo solucionar un pleito de naturaleza patrimonial que sólo a ellos atañe– olvidan que los derechos afectados por los laudos son libremente disponibles por sus titulares. Bien podrían éstos renunciarlos, condonarlos, cederlos, transarlos o resolver el pleito tirando una moneda al aire, y en nada quedaría afectado el *proteiforme* orden público con este resultado –iguales argumentos han sido alzados en numerosos países y derrotados en todos los casos; Brasil es un buen ejemplo de ello–.¹⁰

Finalmente, para apaciguar a los escépticos, cabe subrayar que la delegación de competencia en los árbitros elegidos por las partes, que el Estado reconoce mediante el contrato de arbitraje, no es absoluta, ya que la ley reserva el control de la validez o nulidad del laudo final a los magistrados (entre otras facultades ejercibles a falta de acuerdo de las partes). El artículo 1656 del CCCN dispone:

Efectos. Revisión de los laudos arbitrales. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable.

En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico.

En un gran número de países es generalmente aceptado que la legislación aplicable considere inválida la renuncia anticipada a reclamar en sede judicial la nulidad del laudo final. Sin embargo, se enuncian en cada caso las causales taxativas que pueden

10. AGUILAR, Fernando, *Manual práctico de arbitraje privado*, Buenos Aires, Heliasta, 2011, 1ª ed., p. 49.

invocarse para sustentar la eventual nulidad alegada. En contraste, es por todos aceptado que el recurso de apelación es renunciable (ver art. 760 CPCCN).

Ello en nada contradice el derecho argentino. En numerosas oportunidades distintos fueros han afirmado que la doble instancia mínima, inherente al derecho penal,¹¹ no es un requisito necesario para asegurar el derecho constitucional a tener un juez imparcial, cuando se trata de derechos patrimoniales disponibles por sus titulares.¹² En segundo lugar, es claro que toda parte en un pleito sustanciado ante los magistrados puede consentir la sentencia de primera instancia –de hecho, ello sucede frecuentemente–, sin que ello afecte su derecho de defensa. Por ello, una interpretación razonable y congruente con la intención de consagrar el arbitraje como contrato válido impone establecer que la única impugnación irrenunciable *ab initio* es la basada en alguna de las nulidades expresamente establecidas por la ley.

No cabe interpretar de otro modo la última oración del artículo transcrito, añadida sin debate ni mayor reflexión al texto original del Proyecto. Cuando el CCCN alude al laudo definitivo “contrario al ordenamiento jurídico”, no amplía las causales de nulidad previstas en la oración precedente, sino que aclara lo que ésta establece. Si ello no fuera así, a nadie se le ocurriría pactar el arbitraje a fin de delegar la competencia para obtener una solución final a su discrepancia fuera del alcance de las leyes de procedimientos judiciales locales si ello las condujera de todos modos al mismo proceso judicial que pretendieron evitar.

La interpretación contraria a la aquí propugnada sería repudiable por los resultados absurdos que lograría, en contradicción a la tendencia mundial favorable al arbitraje. En tal sentido, prevalece lo establecido con claridad meridiana en el primero y en el segundo párrafo del mismo artículo. Por lo demás, la voluntad del legislador es favorecer el arbitraje, incorporando el ordenamiento jurídico de Argentina a la comunidad de naciones más avanzadas, en lugar de entorpecer la voluntad de las partes para encontrar solución pacífica a las controversias sobre derechos disponibles por ellas. Las partes no desean ni solicitan una tutela estatal de esa clase.

El principio básico enunciado, utilizando el escueto latín del derecho romano como *pacta sunt servanda*, ha sido reconocido como norma fundamental de la nueva *Lex Mercatoria*, necesaria para llevar adelante las nuevas y complejas transacciones internacionales y solucionar en forma definitiva y pacífica los conflictos surgidos del entramado de relaciones globalizadas. Es reconocido en forma uniforme por la mayor parte de los Estados nacionales y constituye un pilar básico del sistema jurídico argentino (ver arts. 959, 961 y cc. CCCN). Es por ello imperativo utilizarlo como parámetro de interpretación de la ley.

11. Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969, aprobada por Ley 23.054), art. 8.2.h.

12. RIVERA, Julio C., ob. cit. (cfr. nota 6), p. 640.

3. Ventajas del arbitraje frente a los pleitos que llegan a los estrados judiciales

Si una institución jurídica ha permanecido durante siglos, es utilizada por los sistemas jurídicos de la mayor parte de los Estados existentes y ha sido adoptada por instituciones internacionales y transnacionales, es porque resulta útil a las partes en situación de conflicto y más conveniente que la vía judicial. Las principales ventajas radican en que las partes involucradas pueden acceder a una solución pacífica de sus conflictos patrimoniales en un plazo esencialmente más breve que el de cualquier pleito, que perdurará años ante los tribunales estatales, y a un costo razonable.

Ello cobra mayor importancia en el campo de las relaciones comerciales internacionales. Cuando se trata de conflictos entre comerciantes situados en distintos países, es explicable que el arbitraje ofrezca mayores garantías de alcanzar una solución justa frente al temor de sucumbir bajo eventuales simpatías nacionalistas, o de otra clase, de los jueces estatales, que por otro lado deben subordinarse a los vericuetos, chicanas, formulismos, tribunales de segunda o tercera instancia y plazos extendidos, propios a las leyes procesales locales.

Dichas ventajas esenciales, que son la verdadera razón de ser del arbitraje, quedarían destruidas si la ley, despreciando la voluntad común de las partes, las obligase a recaer una y otra vez ante los jueces estatales para que decidan lo ya resuelto por los árbitros, con el costo consiguiente emanado de leyes arancelarias, tasas de justicia, años de evitables demoras y honorarios de profesionales involucrados, entre otros inconvenientes y gastos accesorios, e incertidumbres cuando se trata de litigar en foros extraños e ignotos.

4. Novedades positivas del Código Civil y Comercial de la Nación

El Capítulo 29 del CCCN es un extraordinario avance para modernizar la regulación del arbitraje en nuestro ordenamiento legal, a la vez que aproxima la ley de fondo a los tratados que tienen por parte signataria a la República Argentina. De este modo, el derecho positivo gana congruencia y alcanza el nivel de las modernas legislaciones en la materia. En los próximos párrafos se examinarán las principales innovaciones.

Sin duda, el principal avance es haber consagrado, por fin, que el acuerdo de arbitraje para solucionar en forma pacífica conflictos sobre derechos disponibles existe y es frecuentemente utilizado en las transacciones con elementos de internacionalidad y en conflictos patrimoniales puramente domésticos, más allá de la reglamentación de los aspectos procesales en los códigos respectivos.

El artículo 1653 del CCCN establece la autonomía del acuerdo o cláusula arbitral respecto del contrato base relacionado. La autonomía determina la preser-

vación de la fuerza obligatoria del acuerdo arbitral aun cuando el contrato que lo contiene pueda ser impugnado o anulado. Además, en virtud de la autonomía, el acuerdo de arbitraje puede alcanzar los actos anteriores a la firma del contrato y las consecuencias posteriores a su terminación, rescisión o extinción. Ello permite respetar los efectos del acuerdo para la solución de toda discrepancia relacionada con el contrato base. En materia internacional, la autonomía del acuerdo arbitral permite que la cláusula de arbitraje resulte gobernada por una ley distinta a la ley del contrato.

La facultad que el artículo 1654 le concede al tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia corre aparejada con la regla que consagra la autonomía; es aceptada en la generalidad de los países y ha sido incorporada hace décadas a la Ley Modelo CNUDMI. La regla es conocida como competencia de la competencia. Es una solución práctica que permite llevar adelante los arbitrajes con eficacia, logrando que se cumpla el acuerdo de arbitraje cuando alguna de las partes pretende cuestionar su existencia, alcance o poder vinculante. De todos modos, la decisión del tribunal arbitral sobre los alcances del contrato de arbitraje y la decisión sobre su propia competencia se encuentran siempre sujetas al control de los magistrados mediante la impugnación del laudo final por nulidad, basada en las causales taxativamente enumeradas.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1655 CCCN, el árbitro puede dictar medidas cautelares, pero si la parte resuelve acudir a un juez estatal para solicitarlas, dicha elección no será interpretada como renuncia a ejercer los derechos emanados de la cláusula arbitral. Nuevamente, la norma recoge los principios generalmente aceptados por numerosos ordenamientos jurídicos y los criterios consagrados por los antecedentes de la jurisprudencia comercial. Sin embargo, es criticable la disposición que al final aclara que las medidas cautelares pueden ser impugnables si violan derechos constitucionales, que parecería una obviedad, pero, cuando agrega que también serían apelables si fueran irrazonables, abre una puerta a impugnaciones que debería permanecer cerrada en tanto en cuanto –como ya se dijo– el laudo final es impugnado en sede judicial si fuese nulo. La previsión en cuanto a la ejecución forzosamente judicial de la medida es un error y ocasiona, de nuevo, un área de indefinición que el procedimiento arbitral pretende evitar.

Merece ser elogiada la existencia de instituciones dedicadas a la administración de casos, prevista en el artículo 1658. En efecto, en ausencia de institución administradora, llevar adelante el arbitraje ad hoc plantea numerosas dificultades, en especial cuando la ley del foro no ha sido actualizada con los progresos de la técnica jurídica creada a fin de asegurar el cumplimiento de la convención arbitral. Las instituciones o centros de arbitraje son un auxilio eficaz a las partes para ejecutar el acuerdo de arbitraje. En tal sentido, gozan de mayor prestigio la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la London Court of International Arbitration (LCIA), la American Arbitration Association (AAA y ICDR) y la CIETAC (China).

En Argentina, las instituciones de arbitraje existen desde hace décadas. Son tradicionales el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, el Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio (CEMARC) y los tribunales de arbitraje de asociaciones de profesionales, tales como el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y el Consejo Profesional de Ciencias Económicas, entre otros. Además, tanto en la Ciudad de Buenos Aires como en las provincias, proliferan los centros menos conocidos que administran pocos casos.

La elección de la institución que administrará el caso debe ser objeto de especial atención. En tal sentido, los reglamentos de cada una presentan diferencias importantes que deben ser conocidas y evaluadas con sumo cuidado por quienes redacten el convenio arbitral.

Los artículos 1659 y 1660 CCCN avanzan sobre el procedimiento de designación de los integrantes del tribunal arbitral y calidades de los árbitros. Esta es una normativa que, por lo general, encuentra su lugar en los reglamentos de las instituciones administradoras. Sin embargo, debe entenderse que estos artículos son aplicables en el caso de que las partes no hayan acordado nada. En tal sentido, por ser normas supletorias, pueden ser útiles para quebrar la parálisis del arbitraje cuando una de las partes pretende obstaculizar el cumplimiento de lo pactado.

Ha sido tema de enfáticos debates la necesidad de exigir que los árbitros posean algún título terciario, sustentada por los colegios de abogados, celosos de su incumbencia. Sobre ello podríamos extendernos en argumentos en pro y en contra. Basta aquí señalar que:

- jueces legos existieron en nuestro país;
- el título habilitante para la profesión de abogado exige distintos requisitos y estudios en distintos países;
- los jueces nacionales han debido aplicar el derecho extranjero sin inconvenientes (ver arts. 2595 y cc. CCCN) y ello permite pensar que la aplicación de derecho argentino por extranjeros no representaría problema alguno;
- en materia de arbitraje internacional, es habitual que los árbitros apliquen el derecho elegido por las partes, que es distinto del derecho del lugar en el que ejercen su práctica profesional (por caso, el art. 13.5 del reglamento de arbitraje de la CCI expresamente prefiere la designación de un árbitro de nacionalidad distinta a las de todas las partes, como garantía de su imparcialidad).

La restricción de las personas que pueden ser designadas árbitros al hecho de haber cursado estudios en alguna escuela de derecho local no resulta razonable ni asegura la correcta aplicación del derecho que gobierna el caso, ya que puede muy bien no ser el derecho argentino, especialmente cuando las partes no se encuentran domiciliadas en el territorio nacional o los lugares de cumplimiento de las prestaciones contractuales rebasan las fronteras territoriales.

Por lo demás, el artículo comentado no hace más que recoger un principio ya establecido por distintos tratados que tienen a la República Argentina como signataria. Ello dicho, es dable anotar que la experiencia práctica indica que, a la hora de elegir el árbitro que juzgará el caso, las partes acostumbran elegir profesionales del derecho, de modo que el debate de las incumbencias en los hechos tiene escasa aplicación. Entre las excepciones se encuentran los casos que son sometidos al arbitraje del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, referidos generalmente a discrepancias relacionadas con inmuebles.

El artículo 1662 CCCN aborda en forma original el acuerdo de los árbitros con las partes, ya que es una relación pocas veces legislada genéricamente, aunque las reglas que enuncia son comunes a los reglamentos de las instituciones administradoras más prestigiosas. El tema enunciado en el inciso a), la obligación de revelar cualquier circunstancia anterior o concomitante que pueda afectar la imparcialidad e independencia del árbitro, desvela a los expertos en cuanto congreso de la especialidad es celebrado. Ello, en tanto las reglas de ética son muy rigurosas cuando se trata de establecer si el árbitro tiene conflicto de intereses con las partes o si ha incurrido en actividad profesional o de otra índole que pueda generarle a una parte que actúa con buena fe razonables dudas sobre su imparcialidad.

El artículo 1663 CCCN establece que los árbitros pueden ser recusados por las mismas razones que los jueces. Sin embargo, debe interpretarse que las partes pueden pactar causas de recusación específicas, en especial mediante el reglamento de la institución administradora respectiva. Lo cierto es que, por regla general, los árbitros son profesionales destacados en su especialidad, que por ello han tenido clientes, tienen clientes y esperan tener clientes en el futuro. La situación en cuanto a eventuales conflictos de interés es completamente distinta de la que puede presentarse con un magistrado dedicado a tiempo completo a ser juez del Estado. Por ello, los enunciados contenidos en los códigos procesales sobre causas justificadas de recusación de los magistrados son demasiado generales y contemplan los casos más burdos. Las restricciones para los árbitros son mayores que las de un juez, porque su inserción profesional y social no es comparable a la que presenta un magistrado.

El artículo 1664 CCCN aborda la retribución de los árbitros. Es un tema sumamente ríspido y de cierta complejidad. El pacto de honorarios se encuentra prohibido en prestigiosas instituciones como la CCI. Sin llegar a ese extremo, no es imaginable que un árbitro pacte su remuneración con la parte que lo designa cuando el reglamento de la institución administradora no lo prohíbe, sin dar a conocer de inmediato dicho acuerdo a los restantes árbitros y a las restantes partes en el arbitraje. La reticencia u omisión de un árbitro a revelar esta circunstancia (ver art. 1662 a) es causal suficiente para su recusación, sin perjuicio de constituir una falta ética descalificante para desempeñarse como árbitro en el futuro. En los arbitrajes ad hoc, cuando el árbitro único debe pactar sus honorarios, es imperativo que cualquier contacto en relación con este tema se haga en presencia de todas las partes involucradas, sin excepciones, estando prohibido que aborde la cuestión en una reunión *ex parte*.

La misma regla debe imperar sobre el panel de tres árbitros si fuera el caso. La oportunidad para pactar honorarios debe ser inmediatamente después de notificar a las partes la aceptación de su designación.

El artículo 1652 CCCN menciona el arbitraje de equidad, también conocido como de arbitradores o amigables componedores. En el arbitraje de equidad las partes liberan al árbitro de fundar en derecho su decisión. Pueden existir muchas razones para que las partes en una relación comercial opten por la elección de esta vía.

El arbitraje de equidad adquiere una importancia imprevista, debido a que, en el entramado de las relaciones comerciales internacionales y mega-empresamientos, cobra impensada relevancia la existencia de acuerdos o constelaciones de contratos relacionados, no vinculables a ningún derecho nacional o ligados a múltiples derechos con vocación de ser aplicables al caso y que aportan soluciones contradictorias. Esta norma del CCCN, al establecer como regla general que a falta de acuerdo el arbitraje es de derecho, viene a contradecir el principio opuesto que, en contra de la tendencia mundial contemporánea, sobrevive en los códigos de procedimientos domésticos.¹³

El artículo 1650 CCCN impone la forma escrita. La exigencia de forma escrita ha sido atenuada y, por lo general, implica que resulta suficiente un principio de prueba escrita, sin necesidad de que exista un documento firmado por todas las partes afectadas.¹⁴ Resulta loable que la norma comentada consagre la incorporación por referencia, ya que es una práctica frecuente en las contrataciones contemporáneas.

Los artículos 2663 y siguientes del CCCN contienen en apariencia una limitación a la *arbitrabilidad* de los conflictos que involucren derechos reales sobre inmuebles o muebles registrables. La norma establece la competencia exclusiva de los jueces nacionales para tales casos,¹⁵ y no se advierte cuál pudo ser el motivo de esta limitación cuando no se trata de una acción declarativa ejercida *erga omnes*. En este tipo de acción no existe acuerdo previo de arbitraje, porque es el titular del derecho quien exige una rectificación de partidas o de otro modo persigue la registración de un derecho alegado en relación directa con un inmueble. En cambio, la situación es completamente distinta cuando la pretensión es ejercida contra una persona determinada que cuestiona el derecho alegado. En tales casos no se advierte el motivo de la exclusión.

Cabe recordar en este punto que han existido laudos del Tribunal de Arbitraje del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires cuyo objeto fue la declaración de existencia de una servidumbre. En estos casos, no habría interés en privar a las partes involucradas de solucionar su discrepancia mediante arbitraje. De todos modos, debe entenderse que si esta exclusión no es derogada y la dilucidación de

13. Ver AGUILAR, Fernando y CAIVANO, Roque J., "Notas sobre el arbitraje de equidad o de amigables componedores", en *Jurisprudencia Argentina*, 13/9/2006, fascículo n° 11 (t. 2006-III).

14. Ver Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958, aprobada por Ley 23.619), art. II.2.

15. GUAIA, Carlos I., ob. cit. (cfr. nota 3).

los derechos reales queda a cargo de los jueces locales con exclusividad, deberían ser arbitrables los conflictos patrimoniales entre personas privadas derivados de la decisión judicial sobre estos derechos tanto como aquellos juicios donde la discusión sobre la existencia o alcance de un derecho real resulta accesoria y no constituye la principal pretensión de la parte demandante.

Resulta muy positivo que el artículo 2548 CCCN haya establecido con claridad que la mera solicitud de arbitraje interrumpe la prescripción.

5. Conclusiones

- 1) Toda nueva ley, en especial si posee el alcance general propio de una nueva codificación, es susceptible de colisionar con la estructura normativa vigente, que viene de larga data. El Capítulo 29 del CCCN no es excepción. Será tarea de los jueces encargados de interpretar los conflictos de leyes limar las asperezas y trascender las contradicciones. Por lo demás, existen errores (destacamos la última oración del art. 1656 CCCN como el más evidente) que deberían ser objeto de análisis, debate y corrección antes de su entrada en vigencia.
- 2) El modo irregular en que el Poder Ejecutivo dispuso que se votara el Proyecto de ley en la Cámara de Diputados de la Nación no ha sido materia del presente trabajo, aunque sin duda ejercerá influencias negativas durante mucho tiempo, sin que pueda descartarse una futura derogación para introducir correcciones parciales a todo texto aprobado que no goce de consenso.
- 3) La principal virtud del texto analizado es que no pretende originalidad. El legislador no ha querido mejorar lo dispuesto en el resto del mundo, sino que ha receptado en forma razonable los principios fundamentales de la institución que han sido elaborados y probados por un gran número de países y, en ciertos casos, ya habían sido consagrados por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Con ello, el CCCN representa un avance legislativo notable que restituye el orden jurídico argentino a su posición de avanzada respecto de las legislaciones vigentes en el mundo entero.
- 4) El flamante CCCN, por contraste, resalta la vetustez de los códigos procesales en esta materia. Si el CPCCN y los restantes códigos de procedimientos provinciales se adaptasen al nuevo ordenamiento durante el tiempo que debe transcurrir hasta la vigencia del CCCN o inmediatamente después de su entrada en vigencia anticipada, la institución del arbitraje, por fin, podría florecer en Argentina. Para ello, no haría falta más que las legislaturas locales y el Congreso de la Nación adoptaran la Ley Modelo CNUDMI y sus enmiendas aprobadas, con mínimas adaptaciones, como lo han hecho con singular éxito numerosos Estados nacionales que poseen los más diversos sistemas jurídicos.¹⁶

16. Más de sesenta Estados nacionales, ocho estados de Estados Unidos y trece provincias de Canadá.

Derecho superficiario fiduciario. ¿Ahora sí?*

Maritel Mariela Brandi Taiana

RdN 916

RESUMEN

El derecho real de superficie constituye una herramienta novedosa en el ámbito de la construcción para abaratar sus costos. Unido al contrato de fideicomiso y la propiedad fiduciaria, puede disminuir los riesgos de los emprendimientos, y resulta especialmente interesante con relación a los terrenos propiedad del Estado y las políticas públicas de vivienda. La ampliación de su objeto a los “derechos”, más allá de las “cosas”, le da versatilidad al instituto y le permite un mayor desarrollo también en el ámbito sucesorio. En el fideicomiso testamentario resulta una alternativa en protección de las personas con discapacidad, por cuanto minimiza el perjuicio de los restantes herederos legitimarios, que pueden además ser sus beneficiarios, más allá de devenir propietarios de los bienes fideicomitidos en su condición de sucesores.

Sumario: **1.** Introducción. ¿Por qué el derecho real de superficie? **2.** Derecho superficiario fiduciario. ¿Para qué? **3.** Inscripción del derecho superficiario fiduciario. **4.** Conclusión.

1. Introducción. ¿Por qué el derecho real de superficie?

Vélez, en la nota al artículo 2503 del Código Civil vigente, al justificar la no inclusión del derecho de superficie entre los derechos reales legislados, dice que “El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”. Es posible que la sospecha de Vélez tuviera asidero en su momento. Cabe tener presente que el Código no incorporó el derecho de propiedad horizontal y deben haber concurrido los mismos fundamentos.

Alterini explicó cómo la incorporación de ese derecho a nuestra normativa vigente empezó a ser considerada como una necesidad desde el punto de vista doc-

* [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26.994. Por tal motivo, las referencias utilizan el término “Proyecto”].

trinario, a pesar de la prohibición originaria del Código.¹ El autor comenta que, a partir del VI Congreso Internacional de Derecho Registral² (Madrid, 22-26 octubre 1984), los juristas argentinos tuvieron la oportunidad de transitar el camino de un instituto que, si bien prohibido en nuestro derecho, en los tiempos que corren puede ofrecer “la posibilidad de que el propietario de un terreno que no quiere o no puede construir otorgue la alternativa de hacerlo a un tercero, con el aliciente de convertirse en propietario de lo edificado”, y, de esta manera, colaborar a “paliar la crisis habitacional”.

Sin embargo –como destaca Alterini–, los tiempos cambiaron y la recepción del derecho real de superficie en nuestra legislación se encuentra ampliamente legitimada en muchos aspectos, especialmente el económico, dado que reduciría el costo de los emprendimientos y, de esa manera, facilitaría su desarrollo. Así, se redactaron distintos proyectos de ley para incorporar el derecho real de superficie, postura que fue receptada en el último Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de 2012, prácticamente sin variaciones respecto de la forma en que fue abordado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1995; la excepción fueron los plazos de duración previstos, que se extendieron, de conformidad con lo previsto en el artículo 2117: un máximo de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para forestaciones y plantaciones.

En el año 2000, tuvimos oportunidad de analizar el derecho real de superficie en el Proyecto 1995 y aplaudir su incorporación a nuestro sistema jurídico positivo en el marco de las innovaciones propuestas para los derechos reales.³ Propusimos la articulación conjunta del derecho real de superficie y el fideicomiso para asegurar mejor el uso del primero como instrumento de inversión, dando origen a lo que bautizamos dominio fiduciario superficiario. Hoy, tras haber continuado profundizando el estudio del tema y recibido interesantes opiniones,⁴ debemos reformular su denominación y proponemos hablar de **derecho superficiario fiduciario**.

Al contrario de lo que proponía Alterini cuando sostuvo que el mayor interés de aplicación de este instituto residía en el ámbito de la construcción, finalmente, en el año 2001, a través de la Ley 25.509, el derecho real de superficie se legisló exclusivamente para el ámbito forestal.

En el círculo doctrinario, esta normativa dejó gusto a poco, no sólo por lo **acotado de su objeto** y las críticas a las que dio lugar la definición del derecho (art. 2),

1. ALTERINI, Jorge H., “Derecho real de superficie”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 850, noviembre 1997, pp. 9-22.

2. Actuó como coordinador nacional del tema II “El derecho de superficie y el Registro” y como coordinador general de la delegación argentina.

3. BRANDI TAIANA, Maritel M., “Dominio fiduciario superficiario y algunas consideraciones sobre forestación y donaciones a terceros”, en AA. VV., *XXV Jornadas Notariales Argentinas. Ponencias*, Mendoza, Colegio Notarial de Mendoza, 2000, pp. 235-248.

4. Agradezco muy especialmente la colaboración prestada por la escribana Adriana Abella, quien desinteresadamente leyó este trabajo y realizó importantes aportes.

sino porque, al apartarse de la reforma integral propuesta, **perdió el soporte que le ofrecía el Proyecto 1995 como un todo.**

Dijimos en un comentario: la ley prevé la posibilidad de gravar la propiedad superficiaria con derecho real de garantía, reconociendo así la posibilidad de constituir un derecho real sobre un derecho real; es decir, un derecho real no sobre una *cosa* en los términos del artículo 2311 del Código Civil sino sobre *bienes* en los términos del artículo 2312. Esta conclusión surge de la lectura del artículo 2 *in fine*. La ley se expresa en términos genéricos: “derecho real de garantía”, con lo que surge la posibilidad de constituir hipotecas y fideicomisos en garantía.⁵

Lo cierto es que la redacción de la ley no es clara y llevó a la doctrina a discutir su alcance en diversos aspectos, entre ellos, la posibilidad de constituir un derecho real de garantía sobre el derecho real de superficie forestal en su etapa de derecho sobre cosa ajena, previa a la propiedad superficiaria.

Cabe recordar que el derecho de superficie, según lo ha concebido la doctrina y lo regula la Ley 25.509, presenta dos planos: uno en tanto derecho sobre cosa ajena a plantar, forestar o construir, y otro en tanto derecho real sobre cosa propia respecto de lo plantado, forestado o construido en el terreno, que da nacimiento a la propiedad fiduciaria propiamente dicha. Como consecuencia de que el derecho de superficie forestal fue legislado de forma independiente al Proyecto 1995, se dejaron de lado dos aspectos fundamentales: a) la extensión del derecho real de superficie más allá del ámbito forestal, a plantaciones y construcciones; y b) la ampliación expresa del objeto de los derechos reales a determinados derechos, sin limitarlos únicamente a las cosas, como lo hace el artículo 2311 del Código Civil.

No podemos dejar de destacar que con la legislación vigente existe cierta incomodidad jurídica para la constitución del derecho real de hipoteca sobre el derecho real de superficie en su etapa previa a la propiedad superficiaria. No ocurre lo mismo con el fideicomiso en garantía, dado que la Ley 24.441, desde su origen, ha admitido la transmisión de bienes en propiedad fiduciaria de. Sin embargo, por los mismos argumentos, no podríamos ampliar la convivencia entre el derecho real de superficie forestal y la propiedad fiduciaria más allá de la excepción taxativa prevista en la ley únicamente para los derechos de garantía, por cuanto se trata de una excepción que debe aplicarse en sus términos estrictos.

Estamos ahora ante una nueva oportunidad de modificar la conceptualización del Código Civil vigente en este sentido, ya que, a la par de receptor dentro de los derechos reales el de superficie en términos generales, el Proyecto 2012 admite la ampliación del objeto de los mismos en general a fin de incrementar los supuestos de aplicación. El artículo 2114 del Proyecto 2012 establece:

Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición

5. BRANDI TAIANA, Maritel M. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., “Derecho de superficie forestal”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 868, abril-junio 2002, pp. 17-25.

material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este título y las leyes especiales.

Asimismo, el artículo 1883 dispone:

Objeto. El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un **bien taxativamente señalado por la ley.**

2. Derecho superficiario fiduciario. ¿Para qué?

Cuando nos adentramos en el estudio de este instituto, llegamos a la conclusión de que su utilidad no reside únicamente en su propia existencia, sino que su implementación en conjunto –propiedad superficiaria y propiedad fiduciaria– permitiría soslayar algunos aspectos que, en la práctica, pueden hacer poco atractiva su utilización.

En efecto, junto con los beneficios que ofrece la figura del derecho real de superficie, en especial en cuanto al abaratamiento del emprendimiento por el menor valor de adquisición del terreno superficiario, es factible su transmisión fiduciaria de manera de **añadir la protección del patrimonio de afectación que nos acerca el fideicomiso**, no sólo en su aspecto de garantía, al permitirse tanto en el Proyecto 1995 como en el Proyecto 2012 la constitución de determinados derechos reales sobre derechos.

En consonancia con el artículo 1 de la Ley 24.441, el artículo 1666 proyectado define el contrato de fideicomiso de la siguiente manera:

Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, **transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes** a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.

Específicamente **se admiten como objeto de los derechos reales los derechos** en los casos previstos por la ley, y **el contrato de fideicomiso permite puntualmente que la propiedad fiduciaria recaiga sobre bienes**, es decir, **tanto sobre cosas como sobre derechos**. De esta manera, es factible que el derecho real de superficie, tanto en su etapa de derecho sobre bien ajeno como en su etapa de propiedad superficiaria, sea transmitido en el marco de un contrato de fideicomiso, de manera tal de constituir una propiedad fiduciaria sobre el objeto de dicho derecho real. Ello daría origen al **derecho superficiario fiduciario**.

Con respecto al contrato de fideicomiso, no hay innovación en cuanto a su objeto, dado que, aún hoy con el texto vigente de la Ley 24.441, la propiedad fiduciaria puede recaer sobre derechos. Su artículo 1 dispone:

Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) **transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados** a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

En todo caso, la innovación trascendental que acerca la regulación proyectada del contrato de fideicomiso es la posibilidad de que el fiduciario sea beneficiario. Veremos que esta novedad puede ayudarnos a implementar la operatoria del derecho superficiario fiduciario en algunos aspectos, con mayor comodidad.

A continuación se detallan algunos supuestos prácticos de utilidad –expuestos oportunamente⁶–.

2.1. *Fideicomiso de administración*

Es evidente que el derecho real de superficie permite que un propietario que no puede o no quiere construir transmita dicho derecho a un tercero para que éste construya en el inmueble y haga propio lo construido, abonando –precisamente debido a la temporalidad del derecho de superficie– un importe menor por el predio del que debería desembolsar para la adquisición de su dominio pleno. A su vez, el transmitente no sufre la pérdida definitiva de su propiedad. Más atrayente es aún este esquema cuando se trata de predios propiedad del Estado.

Cuando el Estado es parte en el contrato, la combinación del derecho real de superficie con el contrato de fideicomiso permitiría limitar los riesgos del negocio exclusivamente al propio emprendimiento y aseguraría, aún más, la debida restitución del predio al transmitente a la extinción del derecho de superficie, libre de los avatares económicos y financieros del adquirente.

La propuesta consiste en que el Estado, evitando correr con los riesgos empresarios correspondientes, transmita en fideicomiso el derecho de superficie sobre terrenos inexplorados a una fiduciaria que, en principio, sería una empresa constructora. La fiduciaria tendría en su cabeza el derecho superficiario fiduciario de tales terrenos, con el cargo de construir a su costo, por ejemplo, un complejo de viviendas (bajo el régimen de propiedad horizontal) para enajenar a terceros –fideicomisarios– el derecho de superficie al finalizar la obra, dentro de determinadas condiciones (éstas serán reglamentadas por el Estado en el contrato, teniendo en cuenta los intereses del sector social al que van dirigidas esas viviendas). El plazo del derecho real de super-

6. Cfr. nota 3.

ficie no tiene necesariamente que coincidir con el plazo del fideicomiso, ya que, si bien éste tiene una duración máxima de treinta años –en este caso, presumiblemente durará sólo hasta la finalización de la obra–, podría preverse que, en cabeza de los fideicomisarios, el derecho real de superficie que en definitiva les sea adjudicado tenga una duración mayor, siempre que no se exceda el plazo máximo de setenta años en total.

Evidentemente, debe reconocerse un lucro –controlado– a favor de la fiduciaria por cuanto el Estado no puede pretender un enriquecimiento sin causa, pero dicho beneficio podría consistir en el producido de la venta de algunas de las unidades existentes a la finalización del proyecto.

Este plan de acción debería completarse con beneficios impositivos a favor de las constructoras, lo que les facilitaría encarar proyectos que de otra manera excederían sus posibilidades, y se integrarían así las pymes al circuito económico.

El programa de adquisición de la vivienda podría complementarse con la celebración de contratos de *leasing* con los eventuales adquirentes –fideicomisarios de un derecho real de superficie sobre la unidad funcional construida–. Estos contratos estarían sujetos a la condición suspensiva de que, una vez extinguido el derecho superficiario fiduciario, los fideicomisarios –que deberían reintegrar su vivienda al Estado al finalizar el plazo del derecho de superficie– accedan a la propiedad plena, siempre que reúnan determinados requisitos que garanticen el pago del saldo de precio residual y el cierre de la operación de financiación. En este supuesto, los fideicomisarios tendrían un derecho de preferencia respecto de otros adquirentes con relación a las viviendas construidas bajo esta modalidad, de las que hubieran sido adjudicatarios oportunamente.

Entendemos que el escalonamiento de los riesgos favorece las inversiones y hace más eficiente la intervención del Estado.

2.2. Fideicomiso testamentario

Además del esquema propuesto, que en definitiva es el que naturalmente surge del derecho real de superficie, sugerimos la utilización de estas herramientas en el marco de protección a los incapaces.

Sin perjuicio de las disposiciones contenidas respecto del fideicomiso testamentario en la Ley 24.441, el artículo 1699 del Proyecto 2012 establece que se le aplican al fideicomiso testamentario los artículos 2448 y 2493.

Artículo 2448:

Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o

prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar social, educacional o laboral.

Artículo 2493:

Fideicomiso testamentario. El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8ª, Capítulo 30,⁷ Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448.

Es evidente la espectacular modificación estructural que suponen los artículos transcritos –independientemente del déficit de su redacción⁸–, dado que introducen no sólo una mejora especial para el caso de las personas con discapacidad, sino que reconocen la existencia de la discapacidad natural⁹ como circunstancia determinante de su aplicación.

El derecho de superficie, como objeto del fideicomiso testamentario y constitutivo del derecho superficiario fiduciario, también sería de suma utilidad en este caso. El beneficio reside en que, dado el menor valor del derecho real de superficie respecto del derecho real de dominio –del que de todos modos la persona con discapacidad no podría libremente disponer–, la combinación de ambos institutos permite asegurarle mejor al disponente que la porción de su patrimonio que destina a la protección de aquél no excede la parte que la ley le permite afectar al efecto, lo que, además, redunda en una mejor relación entre los herederos.

Como comentábamos, es conveniente tratar de evitar la disposición más allá de la porción legítima, por cuanto no estamos únicamente en el terreno de la ley abstracta sino fundamentalmente en el de las relaciones humanas, con todas las debilidades que ello puede conllevar. Los inconvenientes patrimoniales en casos como el expuesto suelen devenir en la desprotección emocional del incapaz, cuya atención es tan necesaria como el apoyo patrimonial.

Colaborará también en la ingeniería a desarrollar para el debido cumplimiento de la voluntad del disponente, la protección de la persona con discapacidad y la preservación de la paz familiar el hecho de que en el propio fideicomiso testamentario **puede designarse fiduciario a uno o más herederos que podrán, además, ser sus beneficiarios** durante su vigencia, dado que es admitido por el Proyecto 2012 (art. 1671).

7. Regulación del contrato de fideicomiso.

8. En el artículo 2448 no queda claro si se trata de una mejora que involucra una tercera parte de la herencia o una tercera parte de dos terceras partes de ella.

9. Venimos bregando por su reconocimiento normativo desde el año 2002, como expusimos en “Incapacidad”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 954, 2006, pp. 431-512.

En cuanto a la prohibición que se mantiene respecto de que el fiduciario sea, a su vez, fideicomisario, entendemos que en el caso del fideicomiso testamentario el hecho de que los restantes herederos legitimarios resulten últimos titulares de los bienes del causante después del fallecimiento de la persona con discapacidad o superada la discapacidad que lo afecte no supone que se reúna en la misma persona la calidad de fiduciario y fideicomisario, dado que, al momento de la adquisición por parte de los legitimarios de los bienes objeto del fideicomiso testamentario, éste se habrá extinguido y aquéllos regresan al patrimonio del fiduciante-disponente, con la consecuente distribución entre los legitimarios.

3. Inscripción del derecho superficiario fiduciario

A la luz de lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 25.509 debe analizarse pormenorizadamente la inscripción del derecho real de superficie forestal. Dicho artículo establece:

El derecho real de superficie forestal se adquiere por contrato, oneroso o gratuito, instrumentado por escritura pública y tradición de posesión.

Deberá ser inscripto, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados, en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente.

Rescatamos el carácter publicitario de la inscripción, por contraposición al carácter constitutivo existente en otros ordenamientos jurídicos respecto de este derecho de superficie, como el caso del Reglamento Hipotecario español.¹⁰

Por otra parte, si bien compartimos con parte de la doctrina especializada la opinión de que la ley se excedió en los lineamientos indicados para la inscripción, en tanto en cuanto supone un avance sobre competencias provinciales, lo cierto es que a esta altura se cuenta con una metodología de trabajo al efecto, que sería conveniente extender, en caso de que se apruebe la reglamentación amplia del derecho real de superficie según se establece en el Proyecto 2012, sin más modificaciones, a los nuevos supuestos contemplados.

En este sentido, sería conveniente aplicar las conclusiones a las que arriba Mazzei¹¹ respecto del derecho real de superficie forestal:

... aparece como técnica de registración adecuada la siguiente: en la matrícula donde consta la titularidad del dominio, en el rubro "Gravámenes y restricciones e interdic-

10. El art. 16 de ese ordenamiento establece: "Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir".

11. MAZZEI, Juana B., "Derecho real de superficie forestal. Consideraciones sobre la publicidad registral", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 885, julio-septiembre 2006, pp. 57-61.

ciones”, se consignará: 1) afectado derecho real de superficie forestal Ley 25.509; 2) la superficie afectada, en caso de no ser la totalidad del inmueble; 3) la identificación del plano respectivo; 4) los datos de la escritura de afectación y del escribano autorizante; y 5) los datos registrales correspondientes (nº de presentación al registro, fecha).

En el folio anexo, donde se inscribe el derecho real de superficie forestal Ley 25.509, deberá estar claramente identificado el número de la matrícula, que coincidirá con la del folio original que es su antecedente, y se le podrá agregar seguidamente “superficie forestal” o las iniciales SF, para completar su determinación.

A modo de ejemplo, transcribimos parcialmente la Disposición técnico-registral 22/2005 de la provincia de Buenos Aires, que establece respecto de la superficie forestal lo siguiente:

Artículo 2. Cuando la superficie afectada no coincida con la superficie total del inmueble, deberá confeccionarse un plano de mensura aprobado por los organismos competentes.

Artículo 3. La registración del documento producirá la conversión a la técnica de folio real. Su toma de razón originará la creación de un “folio real anexo”, que mantendrá la misma numeración que el folio real de origen, seguida de la expresión “superficie forestal”, en el que se asentarán todos los asientos registrales referente al derecho real de superficie forestal. En el rubro b) “Gravámenes, restricciones e interdicciones” del folio real de origen, se dejará constancia de la inscripción del derecho real de superficie forestal.

Es probable que el criterio de registración a seguir sea el mismo en el caso de que se apruebe el Proyecto 2012. En el supuesto de que exista derecho superficiario fiduciario, éste debería anotarse en el rubro “Gravámenes, restricciones e interdicciones”, en donde se harían constar, además de los datos relativos al derecho real de superficie en sí mismo, los correspondientes al fideicomiso, es decir: el fiduciario, el plazo de hasta treinta años, los datos de la escritura de constitución y las limitaciones para su disposición, en su caso. En el folio real anexo correspondiente al derecho real de superficie, se anotarían los demás datos relevantes que afecten la concurrencia de ambos derechos, como, por ejemplo, la parte material del inmueble afectada.

4. Conclusión

La posibilidad de constituir derechos reales sobre derechos, prevista en los Proyectos de 1995 y de 2012, amplía el marco de aplicación del derecho real de superficie.

Según el Proyecto 2012, es factible la complementación del derecho real de superficie con el fideicomiso para la constitución del derecho superficiario fiduciario, de manera tal de disminuir los riesgos de los emprendimientos superficiarios y hacer más atractiva su utilización.

El derecho superficiario fiduciario constituye una herramienta trascendente para diversos proyectos, entre ellos: a) desarrollo de una política estatal que, sin dis-

minuir el patrimonio nacional, provincial o municipal, permita superar el déficit habitacional con menores riesgos para el Estado; b) la protección de los herederos con discapacidad, en consonancia con las previsiones establecidas por el Proyecto 2012 en sus artículos 2448 y 2493.

En caso de que se apruebe la regulación del derecho real de superficie en los términos previstos en el Proyecto 2012, es conveniente extender la experiencia registral desarrollada a la luz de la Ley 25.509 respecto del derecho real de superficie forestal.

El derecho superficiario fiduciario tendrá reflejo registral mediante su inscripción en la matrícula correspondiente al inmueble, en el rubro “Gravámenes, restricciones e interdicciones” y originará un folio real anexo. En la inscripción que tendrá lugar en la matrícula raíz del inmueble, se harán constar las particularidades del derecho de superficie con vocación registral –según se hace actualmente–, acompañadas de la identidad del fiduciario, el plazo del fideicomiso y las limitaciones de disposición si existieran. En el folio real anexo, se anotarán los demás datos relevantes que afecten la concurrencia de ambos derechos, como, por ejemplo, la parte material del inmueble afectada.

Boleto de compraventa y oponibilidad de medidas cautelares

Evolución legislativa y el sistema proyectado en la reforma del Código Civil*

Ezequiel Cabuli

RdN 916

RESUMEN

Se aborda la evolución legislativa del boleto de compraventa a través de las distintas reformas legislativas, haciendo hincapié en la última reforma del Código Civil. El autor hace un análisis particular de la importancia de la intervención del escribano en la redacción y análisis del boleto de compraventa y, especialmente, del estudio de títulos y antecedentes, que prevalece como actividad esencial, incluso con las nuevas prerrogativas de la normativa que entrará en vigencia.

Sumario: 1. Introducción. 2. El boleto de compraventa. Su tratamiento y evolución legislativa. 3. El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. 4. Conclusiones.

1. Introducción

El sistema legal argentino regula las consecuencias de los actos jurídicos derivadas de la interpretación de cláusulas contractuales y sus sanciones en los casos de incumplimiento o controversia. No obstante, la costumbre –como fuente del derecho– torna disvaliosas determinadas soluciones impulsadas por la aplicación lineal de normas preestablecidas. Ante estas situaciones, se producen injusticias que provocan una mutación en la interpretación clásica de las normas y, en consecuencia, el dinamismo necesario para que el derecho evolucione conjuntamente con la sociedad en la cual se aplica.

Estas circunstancias le sirven al legislador como motor para crear derecho a través de la modificación de determinados aspectos particulares de la ley con el fin de

* [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26.994. Por tal motivo, las referencias utilizan el término “Proyecto”].

corregir imperfecciones y de que siga funcionando en sintonía con la realidad. Sin embargo, en determinados casos, las buenas intenciones de las reformas legislativas chocan con la claridad de la redacción primitiva de los artículos que se quieren perfeccionar; por ejemplo, cuando se agregan párrafos a artículos existentes o cuando se repite la numeración de un artículo con el aditivo bis para consolidar una interpretación. Esta técnica legislativa genera contradicciones interpretativas que dificultan aceptar el contenido de tales disposiciones. Sólo en algunos casos bien vale el esfuerzo si el resultado es conforme a derecho y justo.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación les da la ventaja a sus creadores de sostener las realidades jurídicas de la sociedad sin la necesidad de agregados o parches al ya tan modificado Código Civil existente. La oportunidad de empezar de cero es trascendental para confeccionar un articulado originario claro y armónico. Este es el mayor desafío del Proyecto.

Para poder interpretar el alcance de los artículos en una situación particular, debemos regirnos por los principios generales, entre los cuales se sostiene que una norma especial debe prevalecer sobre una de alcance general. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido un límite para la aplicación de este principio:

... “es regla de interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (*Fallos*, t. 255, p 192) y que la inconsecuencia o la falta de previsión no se suponen en el legislador y por esto se reconoce como principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (*Fallos*, t. 278, p. 62)”.¹

Es necesario interpretar en forma razonable una prerrogativa jurídica, para que esta pueda aplicarse en forma especial a un caso particular para la cual fue diseñada y no permitir interpretarla erróneamente derogando principios esenciales como el de transmisión de derechos reales por actos entre vivos (regulada por los arts. 577, 1184 inc. 1, 1185, 2505, 2524, 2601, 2603 y 2609 CCIV).

1. CSJN, 5/6/1979, “M. de A., A.”, citado en FOGNINI, Ariel I. y RODRÍGUEZ, Juan P., “Artículo 1185 bis del Código Civil. ¿Se puede aplicar a las ejecuciones individuales?”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 11/9/2007 (t. 2007-E, p. 1065).

2. El boleto de compraventa. Su tratamiento y evolución legislativa

Existe un tratamiento especial del boleto de compraventa, que se basa en la interpretación del agregado que la reforma de 1968 le hizo al artículo 2355 del Código Civil. Ésta sostiene que el boleto de compraventa le otorga al adquirente el derecho de obtener la escritura traslativa del dominio, como obligación de hacer; incluso el juez, en los casos de incumplimiento, el juez podrá otorgar la escritura a favor del comprador. Esta evolución legislativa le confiere al boleto una protección para el adquirente, ya que “se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe”.

La posesión legítima resulta del ejercicio de un derecho real, constituido de conformidad con las disposiciones del Código, y ese derecho real es el derecho de dominio. En consecuencia, existe una contradicción en la parte reformada, que ha sido interpretada por distintos autores.

Bustamante Alsina² sostiene que esa posesión legítima a la que se refiere el último párrafo del artículo 2355 resulta del ejercicio de un derecho de dominio imperfecto. La imperfección no se origina en su limitación o su resolubilidad, tampoco en la existencia de desmembraciones, sino en la falta de cumplimiento de la solemnidad requerida por la ley. Entendido así, será un dominio relativamente oponible. Borda³, en sintonía con esa interpretación, ha sostenido que la posesión adquirida de buena fe por boleto compraventa supone un verdadero dominio imperfecto, que el adquirente puede oponer al vendedor y a terceros.

No obstante, creemos que proteger al adquirente por boleto y posesión de ciertas circunstancias no significa otorgarle el estatus de título de conformidad con el sistema vigente de transmisión de derechos reales, pues claramente esta no ha sido la intención del legislador. La incorporación del artículo 1185 bis al Código Civil, a través de la Ley 17.711, ha introducido una norma especial, destinada a tutelar el derecho del comprador de buena fe por boleto de compraventa en el caso de concurso o quiebra del vendedor:

Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor, cualquiera sea el destino del inmueble, si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio.

2. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., “Derechos reales, la posesión. Eficacia del boleto de compraventa”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 25, pp. 833 y ss; y FLAHERTY, Lily R., “El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad”, en *La Ley*, t. 1990-A, p. 207 (comentario a CNCiv., Sala C, 17/6/1988, “*Rey, Raúl O. c/ Fisicaro, Daniel S.*”).

3. BORDA, Guillermo A., “La posesión adquirida por boleto de compraventa y la quiebra del vendedor”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 96, pp. 500 y ss.; *Tratado de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Perrot, 1979, t. 1, §118. Ver FRUSTAGLI, Sandra A., “La compraventa inmobiliaria. Algunas cuestiones”.

Por otra parte, el principio general del artículo 2505 del Código Civil establece que

La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.

Es decir, el artículo 1185 bis es una excepción en materia concursal al régimen establecido por el artículo 2505, que de ninguna forma puede alterar el sistema de transmisión de derechos reales.

Creemos que el texto jurídico debe estar al alcance del entendimiento del hombre común, es decir, manifestarse a través de un lenguaje simple, orientado a no confundir y a cubrir las posibles controversias entre particulares que, a través de la exteriorización de su voluntad, han querido contratar en base a percepciones básicas y socialmente predisuestas.

Las reformas legislativas incorporadas por la Ley 17.711 son de suma utilidad para proteger a los adquirentes por boleto de determinadas situaciones particulares, pero no reemplazan el sistema vigente.

A los efectos de cerciorar la buena fe del comprador por boleto, deben cumplirse los requisitos tradicionales: solicitar los correspondientes certificados de dominio e inhabilitación antes de suscribir el boleto de compraventa; un adecuado estudio de títulos; que el vendedor no se encuentre inhabilitado ni pesen embargos sobre la propiedad; que el boleto se encuentre sellado, con fecha cierta; que existe desconocimiento diligente o error excusable del estado de insolvencia patrimonial del vendedor; que el sujeto ostenta la posesión en forma comprobada (con la protección legal del artículo 2355 CCIV) y junto con el pago total del precio.

Una vez cumplidos tales requisitos, puede concluirse que este sujeto comercial *comprador* ha orientado su voluntad a obtener un resultado, que consiste en la obtención de un bien inmueble a cambio de un precio cierto en dinero, pero esta buena fe no puede crear un título suficiente. El adquirente conoce la ley y el riesgo que significa no otorgar la escritura pública traslativa de dominio. El derecho no puede amparar la imprevisión voluntaria.

No es una casualidad el hecho de que en la República Argentina un alto porcentaje de las operaciones de compraventa de inmuebles que tienen como operadores a los agentes inmobiliarios se concreten a través de boletos de compraventa, en los cuales habitualmente se pacta que del precio de venta definitivo se abone el 30 % en ocasión de celebrarse el boleto y el 70 % restante contra escritura pública. Ese 30 % se refiere exclusivamente a la seguridad del comprador para superar el 25 % requerido por el 1185 bis, sin pagar todo el precio. Y justamente por eso es que se resguarda el 70 %, ya que si entra un embargo en la propiedad antes del momento de la firma de la escritura, el 70 % puede servir para cubrirlo.

El que asume el riesgo de pagar el 100 % del inmueble sin otorgar la escritura traslativa de dominio asume un excesivo riesgo, que probablemente provenga de un asesoramiento erróneo, orientado a ahorrar gastos y/o impuestos o postergar obligaciones fiscales.

3. El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

El Proyecto contiene dos artículos específicos en materia de boleto de compraventa, que recogen la evolución relacionada en el presente trabajo. Su fundamento es evitar la desprotección del adquirente por boleto de compraventa de la eventual situación jurídico-económica del vendedor que pueda perjudicarlo. Como veremos, el componente esencial de la buena fe es estudiado en forma particular por los reformistas, junto con otros requisitos.

Artículo 1170. Boleto de compraventa de inmuebles. El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.

A través de este artículo, se pretende proteger a los compradores por boleto. No obstante, estudiaremos cuáles son los riesgos que debe asumir el adquirente.

Consideramos que, para acreditar su buena fe –requerida por el artículo–, deberá demostrar que ésta no se limita a conocer o desconocer la situación económico-jurídica del vendedor, sino además una actitud diligente a los efectos de verificar las condiciones de legitimidad y legitimación del vendedor. Si falla, la ley no cubre su negligencia: la mejor prueba de tal preocupación estará dada por la realización del estudio de los antecedentes dominiales del inmueble, para llegar a la convicción impecable de estar obrando con arreglo a derecho, derivada de una situación aparente que el derecho puede proteger.⁴

4. “El estudio de título de propiedad resulta necesario para que se configure en el adquirente del derecho real la buena fe creencia, que consiste en la impecable convicción de estar actuando con arreglo a derecho” (CSJN, 1/1/1985, “Compañía Financiera Universal c/ Provincia de Santiago del Estero”, en *Fallos*, t. 306, p. 2029). “No obstante no existir disposición legal que exija a los escribanos los estudios de títulos, la cantidad de problemas notariales suscitados indica la imprescindible necesidad de que dichos profesionales agoten los medios a su alcance para dar garantía de los actos que pasen en su presencia” (CNCiv., Sala F). Ver HIGHTON, Elena I., “De las sorpresas que puede llevarse un propietario”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 809, abril-junio 1987, pp. 601-614 (comentario a CámC.C. Morón, Sala II, 19/4/1983, “Gonella, Bartolomé c/ Portella, Héctor Damián y otros s/inexistencia e inoponibilidad de escritura pública y reivindicación”).

En cuanto a la oponibilidad del boleto a la quiebra o concurso, el Proyecto establece lo siguiente:

Artículo 1171. Los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado como mínimo el veinticinco por ciento del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio.

4. Conclusiones

Si bien el Proyecto consolida mecanismos tendientes a proteger al comprador por boleto, las consecuencias de suscribirlo sin un adecuado análisis conservan los riesgos que actualmente posee.

Se aconseja entonces la contratación de profesionales idóneos a los efectos de realizar el estudio de títulos, para consolidar la buena fe del comprador antes de celebrar el contrato. Este estudio de títulos se realiza mediante el análisis crítico de los antecedentes jurídicos que legitiman el dominio que se alega, referenciándose en sus originales las escrituras públicas y expedientes judiciales o administrativos que correspondan, mediante un examen exhaustivo de todos los titulares anteriores y de las circunstancias por las que obraron, hasta la prescripción de las acciones de posibles terceros perjudicados.

Una vez suscripto el boleto en estas circunstancias, el comprador reposará en la tranquilidad de su buena fe activa y diligente. Luego, la escritura pública será esencial y la única forma legítima para transmitir el dominio.

La inscripción es la forma de oponerlo a terceros. Este es el sistema legal que se constituye con título y modo y se perfecciona con su inscripción registral. Desconocer la ley sin asumir los riesgos no representa una manifestación de seguridad jurídica.

A propósito de ciertas certificaciones

José Carlos Carminio Castagno*

RdN 915

RESUMEN

El autor –basado siempre en sus anteriores aportes– comienza destacando las comunes incumbencias de abogados y notarios y las que corresponden exclusivamente a unos y otros, analizando posteriormente los requisitos esenciales del instrumento público. Luego de la crítica a la resolución que motiva el trabajo, finaliza proponiendo que dichos profesionales se unan en la defensa de su compartida competencia como jurisperitos, frecuentemente invadida por otros sectores.

Deseo aclarar primeramente que este breve y presuroso¹ aporte no apunta a la defensa de intereses corporativos sino a contribuir con un enfoque estrictamente técnico-jurídico. Por ello –y además, como evidencia de que no se trata de una postura circunstancial–, habré de reiterar aquí ideas y fundamentos que he expuesto desde hace ya más de cuarenta años.

Comienzo afirmando que el escribano y el abogado poseen algunas incumbencias exclusivas (en tanto no se comparten con el otro): el ejercicio de la potestad fedante y la representación y el patrocinio en los procesos judiciales, en ese orden (o, dicho sintéticamente: la fe pública y la litis).² Y, asimismo, que comparten un ámbito de actividad jurídica concurrente en materia de asesoramiento, formulación de dictámenes, estudios de títulos y redacción de instrumentos privados.

Pese a ello, los señores letrados proclaman y difunden –con profusa publicidad– ser los únicos que saben derecho, extraña pretensión que supongo debe haberse originado en el mayor contenido y duración de la carrera universitaria de

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y miembro de número de la Academia Nacional del Notariado.

1. [N. del E.: este artículo fue solicitado al autor a raíz de eventos sucedidos en el mes de abril de 2014].

2. En cuanto a la llamada jurisdicción voluntaria, la he tratado en la conferencia “Particiones extrajudiciales de herencias: su registración y homologación judicial” (LVIII Seminario de la Academia Nacional del Notariado; Buenos Aires, 29/10/2009). Destaqué entonces, refutando las más difundidas opiniones en contrario: 1) que su denominación no encuadra en ninguno de ambos conceptos, dado que el juez no ejerce la *iurisdictio* dirimiendo un conflicto y, en algunos casos, su intervención es ineludible; 2) que se encuentra restringida a los supuestos expresamente determinados en cada caso por la ley; 3) que las resoluciones judiciales recaídas en dicho ámbito no hacen cosa juzgada respecto de terceros; 4) sus puntos de contacto y diferencias con la transacción, advirtiendo que tampoco se da siempre la existencia de derechos dudosos (ya que –lo mismo que en los conflictos– las dudas deben persistir al momento de instarse la actividad jurisdiccional). Agrego aquí, a título de mera observación, que –aunque no se lo propongan conscientemente– los abogados, por su propio quehacer, no desdeñan la posibilidad de un eventual litigio.

Abogacía³. Sin embargo, eso no se ajusta a lo que hoy sucede, ya que –desde hace varios años– el de notario se ha convertido en un postítulo del de abogado en la gran mayoría de las universidades argentinas, circunstancia que bien podría generar una situación inversa: que los escribanos alardeasen de poseer una mejor formación jurídica que dichos letrados.

No obstante, la verdad es que –como en todas las actividades– hay gente que sabe y otra que no (al menos, en lo que hace presumir –sólo *iuris tantum*– el título que se ostenta). Así, existen abogados y escribanos que conocen profundamente los temas societarios –escribiendo con solvencia sobre ellos– y otros que carecen de nivel; notarios y abogados que saben y enseñan muy bien lo referido a los derechos reales y otros que casi ignoran esa materia.

En cuanto a otras argumentaciones que se esgrimen, no cabe duda de que la idea de acotar la incumbencia de los notarios sólo a los actos de facción protocolar –amén de carecer de basamento jurídico– contradice frontalmente expresas normas del vigente Código Civil⁴ y de las leyes orgánicas locales (a las que aquél remite⁵).

También así resulta –pero en sentido inverso– el empeñoso anhelo de que se consagre el patrocinio letrado para que cualquier persona, aunque sea plenamente capaz, pueda formalizar actos jurídicos (lo que convertiría al letrado –por dar sólo un ejemplo, de imposible solución– en una especie de imprescindible alter ego de todo aquel que desee declarar su última voluntad en la forma de testamento ológrafo).

Para elucidar toda esta problemática, se hace necesario ordenar las cuestiones que el tema suscita. Y a tal fin, considero prioritario –previo a examinar la “competencia”– analizar la “función”⁶. En efecto: dentro del género de los funcionarios públicos existen diversas especies, cada una de las cuales tiene atribuida una específica función, de lo que deviene que un determinado acto pueda ser considerado tal.⁷

3. Veinticinco o más materias, frente a alrededor de la mitad en Notariado –que no incluían el derecho comparado ni la jurisprudencia–, programa luego ampliado a diecinueve asignaturas, con los mismos programas que Abogacía.

4. V.g.: art. 3666, dado que es indudable que el pliego que contiene el testamento cerrado no es protocolo. Otro caso expresamente previsto en un código nacional se encontraba en el art. 1021 del de Comercio, que confería el carácter de instrumento público a la póliza de fletamento hecha “por escribano que dé fe de haber sido otorgada en su presencia y la de dos testigos que suscriban, aunque no esté protocolizada”.

5. Así lo hace el inc. 2 del art. 979 (“en la forma que las leyes hubieren determinado”) y el art. 998 (“según las leyes en vigor”).

6. Remito a mi “Teoría general del acto notarial”, publicada en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 727, enero-febrero 1973, pp. 17-102. Allí defino la competencia como el “dónde” –en sentido pluridimensional– del hacer jurídico, y la función como el “qué” de dicho hacer.

7. En el punto 1.2. de la misma obra explico que si a un juez en lo penal se le solicita que dicte una ley en sentido formal, aquél no es sólo incompetente, ya que le falta algo más que competencia: carece de función *legisferante* –patología que propuse denominar ineptitud funcional–, agregando en la nota 55 que “Tal situación ha sido denominada, en ocasiones, incompetencia absoluta, rótulo bajo el que se engloban supuestos heterogéneos (algunos de típica incompetencia)”.

Habida cuenta de la importancia que los hechos tienen en el derecho⁸ y de su fugacidad temporal, resulta necesario arbitrar un medio a efectos de lograr la certeza de su acaecimiento y la perdurabilidad de dicha certidumbre. A ello apunta la función que el orden jurídico asigna a los oficiales públicos,⁹ que consiste en declarar hechos por ellos sensorialmente percibidos, con autoridad de plena fe.¹⁰ Y no resulta ocioso subrayar, desde ya, que tales cargos deben ser creados por los órganos legislativos.¹¹

Necesariamente, dicha noción legal impone revisar crítica y objetivamente la enumeración contenida en el artículo 979, luego de lo cual corresponde concluir en que sólo los incisos 1, 2, 4 y 10 refieren a instrumentos públicos en sentido estricto.¹²

En cuanto al inciso 2, señalo que en el artículo 688 del *Esbozo* de Freitas –esclarecedora fuente de nuestro Código Civil, que resulta imprescindible para su correcta interpretación– se hace referencia a “los mismos escribanos o funcionarios”, significando que no se trata de todos los funcionarios sino de los del precedente inciso 1: aquellos que están investidos de la misma función fedante que está atribuida a los escribanos.¹³ Destaco, a título de ejemplo, que la Ley Orgánica del Notariado de la Provincia de Entre Ríos N° 6200 –en la que se distinguen con precisión las incumbencias fedatarias y profesionales del notario (arts. 6 y 7, respectivamente)– consagra con claridad la naturaleza de los actos notariales extraprotolares en la segunda parte de su artículo 71: “La intervención extraprotocolar, cumplimentando los requisitos

8. “*Ex facto oritur ius*” (“no hay derecho que no provenga de un hecho”), reza una antigua máxima, citada por Vélez Sarsfield en la larga nota a la Sección II del Libro II de su Código. “El hecho es la figura suprema de la teoría mecánica del derecho”, afirma CARNELUTTI en su *Teoría general del derecho*.

9. Así son mencionados los funcionarios públicos investidos de potestad fedante –que denomino *factidiccional*, remarcando que consiste en declarar hechos– en numerosos artículos del Código Civil (en algunos, más de una vez): 174, 178, 179, 181 a 189, 196, 248, 973, 980, 982, 983, 987, 990, 992, 993, 1008, 3138, 3141, 3145, 3146, 3201, 3690.

10. Esa es precisamente la noción que debe extraerse del art. 993 –verdadera piedra angular del concepto de instrumento público– en tanto la *fehaciencia* (plena fe) versa sobre “la existencia material” (acaecimiento) “de los hechos que el oficial público hubiese anunciado” (declarado) “como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia” (por él sensorialmente percibidos).

11. Según se deduce del 3° párrafo de la segunda parte de la nota al art. 997: “Así, las leyes y las ordenanzas municipales pueden crear oficiales públicos sin el carácter general de escribanos, ante quienes pasen algunos actos jurídicos especiales”.

12. Me he ocupado extensamente de este tema en la conferencia “Reflexiones en torno al concepto de instrumento público” –dictada en la Academia Matritense del Notariado el 18/5/1995 e incluida en el t. XXXV (1996) de los anuarios de dicha corporación–, a la que remito. Reiteré allí la división de los instrumentos públicos que había formulado en 1972: a) Impropios: no encuadran en la noción provista por el art. 993: 1) por la protección penal (v.g.: art. 297 de nuestro Código); 2) por su origen: los documentos oficiales emanados de funcionarios que no tienen atribuida la función fedante; gozan de protección penal y de plena fe sólo en cuanto a su autoría, el lugar y la fecha; por lo que hace al contenido: se tiene por cierto, salvo la simple prueba en contrario (fuerza probatoria presuntiva, según propongo). B) Propios: por encuadrar en la noción legal diseñada en el art. 993: autoría, lugar, fecha y contenido hacen plena fe (como ya he explicado).

13. En síntesis, se trata únicamente de los oficiales públicos y no de los que no ejercen la potestad fedante. Esto resulta lógico y fácilmente comprensible (del mismo que no todos los funcionarios son magistrados, legisladores o jefes de gobierno).

exigidos en la legislación de fondo y en la presente, tendrá el carácter de instrumento público”¹⁴.

Por lo que hace a los dictámenes de los peritos calígrafos –que, indudablemente, constituyen una opinión técnica emitida por profesionales especializados en la materia– y aquellas “certificaciones” que se realizan mediante el simple cotejo de una firma ya estampada con la que obra en el correspondiente registro –hechas generalmente por empleados de instituciones de crédito, carentes de formación específica para dicha tarea–, no son actos de ejercicio de la fe pública, por lo que no producen los efectos de tales.¹⁵ Y exactamente lo mismo ocurre –pese a la meticulosidad que se advierte en la copia de las formalidades impuestas en los reglamentos que en la materia dictan los colegios de escribanos (engañosa semejanza que se extiende a la terminología que se adopta, como “folios de actuación”, “libros de registro”, etc.)– con las efectuadas por los señores abogados.

Volviendo a la eficacia de dichos actos “certificantes”, no está de más señalar que –aunque por vía de hipótesis se admitiera que fuesen instrumentos públicos– estarían alcanzados por la expresa nulidad que consagra el artículo 985 del vigente Código Civil, por el incompatible interés personal que los letrados tendrían en el asunto.¹⁶

En conclusión: se trata de un intento de asumir incumbencias ajenas, que parece inspirado en intereses económicos tanto del colegio como de sus miembros.¹⁷

Finalmente, resulta oportuno preguntarse si no es tiempo de sumar esfuerzos a fin de defender las compartidas incumbencias de los profesionales de las ciencias jurídicas –cualesquiera sean sus títulos o actividades– ante el renovado avance de otros sectores que carecen –ellos sí– de una formación especializada, en lugar de malgastarlos en torpes embestidas y en la creación de fantasiosos productos de birlibirloque intelectual.

14. Dedicué al tratamiento de este tema el ensayo “Algunas precisiones acerca de las intervenciones extra-protocolares y del respectivo libro de registro”, publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, octubre-diciembre 2000, n° 862, pp. 57-70.

15. Sostengo que la fe pública es verdad impuesta, con similar valor al de la cosa juzgada formal –según afirma Rafael Núñez Lagos– y de las pruebas legales (en opinión de Carlo Furno).

16. Para abundar en el tema: ver “Invalides de los instrumentos notariales”, en mi obra *Teoría general del acto notarial y otros estudios*, Paraná, [ed. del autor], 2006 t. II, pp. 31-84, en la cual califico esa patología como ilegitimación del agente.

17. De otro experimento parecido –por su motivación recaudatoria– me ocupé en el artículo “Acerca de una resolución (y de cierto registro)” –obra y tomo citados, pp. 385 y ss.–, en el que critico la advertencia contenida en el reglamento acerca de que el colegio “no se pronuncia ni califica la validez jurídica de los instrumentos privados que se incorporen al registro que por este acto se crea”, lo que marca una esencial diferencia con lo que sostengo en materia de certificaciones notariales. Afirmo que estos actos presuponen un juicio afirmativo de la legalidad del escrito al que la firma que se certificará accede o del documento cuya copia habrá de certificarse (siempre sólo referido a lo que de tales instrumentos surge, sin necesidad de practicar otras indagaciones). Y así lo hago porque es indudable que certificar la firma en contratos de prostitución, comprventas de personas, acuerdos constitutivos de sociedades cuyo objeto es el ejercicio del contrabando, locaciones de servicios para cometer homicidios, etc. generan la responsabilidad del escribano interviniente (quien no podrá alegar que sólo asumió el rol de mero certificador). Cierro el punto agregando que el mismo criterio sustento en cuanto a las legalizaciones ante la repetida e ineficaz fórmula *autoexculpatoria*: “Esta legalización no juzga sobre la validez ni la forma del documento”.

Identidad de género

Aproximaciones al tema

Marta Inés Cavalcanti

RdN 918

RESUMEN

La Ley de Identidad de Género plantea un interesante desafío para el ejercicio de la actividad notarial, ya que requiere tratar de incluir y equilibrar dos importantes valores en pugna. Por una parte, se trata de resguardar la confidencialidad respecto de situaciones que tienen que ver con la intimidad de las personas, a fin de evitar su discriminación; por la otra parte, se hace necesario aplicar el principio de tracto sucesivo a fin de proteger la seguridad jurídica.

Sumario: 1. Introducción. 2. Legislación comparada. 3. Jurisprudencia anterior a la Ley 26.743. 4. La Ley 26.743 de Derecho a la Identidad de Género y el Decreto reglamentario 1007/2012. 5. Conclusión.

1. Introducción

En noviembre de 2006, se reunieron en la ciudad de Yogyakarta (Indonesia) veintinueve expertos en derecho internacional y derechos humanos pertenecientes a múltiples países. Esta reunión se efectuó como consecuencia del llamamiento que hicieron cincuenta y cuatro Estados del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para que se respondiera ante las graves violaciones de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y personas transsexuales o transgénero e intersexuales que se producían en varias naciones. La reunión dio lugar a los Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación a la Orientación Sexual y la Identidad de Género, denominados más sencillamente Principios de Yogyakarta. Este documento, elaborado a petición de Louise Arbour, ex alto comisionado de Naciones Unidas, marca estándares básicos para que la ONU y los Estados avancen en orden a garantizarles protección a dichas minorías.

En los Principios de Yogyakarta¹ se define la identidad de género como

... la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del naci-

1. Publicados en <http://www.yogyakartaprinciples.org/>.

miento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.²

Surge de esta definición la diferencia que se articula entre *sexo* y *género*. Mientras la mayoría de los autores coincide en darle a *sexo* una connotación meramente biológica, la de *género* tiene que ver con lo psicológico, lo social y lo cultural.³

En los últimos años existieron casos resonantes en lo referido a esta materia, que generaron debate en la opinión pública. Fuera de nuestro país encontramos la resolución del 2 abril del 2014 del Tribunal Supremo de Australia en el caso “NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie”, que permitió que una persona consignara su género como “no específico o neutro”, luego de haberlo variado de masculino a femenino y no sentirse aún de esa manera definida en su autopercepción. En Alemania existe la posibilidad de que los padres de bebés nacidos con características hermafroditas los inscriban con sexo neutro, hasta tanto los niños crezcan y puedan definir el género de acuerdo a su autopercepción.

En nuestro país, tomaron estado público durante el año 2013 tres casos que fueron considerados novedosos. Uno de ellos es el caso “Lulú”, la niña *trans* de 6 años de edad a quien, habiendo nacido con sexo masculino, el Registro Provincial de las Personas de la Provincia de Buenos Aires le otorgó su nuevo documento nacional de identidad acorde con el género autopercebido. Fue el primer caso en el mundo donde no se judicializó el trámite. La situación se planteó como recurso de reconsideración ante el Registro Civil y, luego del dictamen favorable de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, se le otorgó el nuevo documento.

Otro caso paradigmático fue la resolución del Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba, que le reconoció el derecho a la identidad de género a una persona que cumplía condena privativa de la libertad por la comisión de un delito y que, habiendo mutado su género de hombre a mujer, solicitó ser alojada en un complejo carcelario de mujeres y así se cumplió.⁴

2. “Preámbulo”, p. 6, nota 2.

3. El término *género* puede conceptualizarse como “los atributos y oportunidades asociados con ser hombre y mujer y las relaciones socioculturales entre hombres y mujeres. Vienen generados y son específicos de la cultura de cada sociedad. Se aprenden a través de procesos de socialización y pueden cambiar” (v. GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, “Derecho a la identidad sexual y conformación de la identidad de género”, en *Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2012 [septiembre], p. 235). “El género se refiere a los atributos y oportunidades de tipo económico, social y cultural que tiene una persona en un momento dado, asociados con el hecho de ser hombre o mujer. (Definición de la Organización Mundial de la Salud)” (v. MAIZTEGUI MARCÓ, Felicitas, “Derecho a la identidad de género. Ley 26.743”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 27/6/2012, p. 93).

4. TSJ Córdoba, 2/9/2013, “P., L. D. (o) R. J. s/ Ejecución de pena privativa de libertad - Recurso de Casación”.

El tercer caso ocurrió en la provincia de Entre Ríos, donde dos convivientes que mutaron su género y mantuvieron sus órganos genitales de origen engendraron una hija llamada Génesis. Este fue el primer caso en el país en que un varón dio a luz.

La Ley 26.743 de Identidad de Género fue aprobada por la Cámara de Diputados de la Nación el 30 de noviembre de 2011 y por el Senado el 9 de mayo de 2012; fue promulgada el 24 de mayo del mismo año a través del Decreto PEN 773/2012 y reglamentada por el Decreto PEN 1007/2012, de fecha 3 de julio de 2012. Está fuertemente relacionada con la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario, sancionada el 15 de julio de 2010 y que, por lo tanto, la precedió, circunstancia curiosa si se tiene en cuenta que en la mayoría de los países el proceso fue inverso: primero, el reconocimiento de la identidad de género y luego, la posibilidad de contraer matrimonio igualitario.⁵

La temática de la Ley de Identidad de Género no es tan reciente, pero el hecho de que se le otorgue operatividad efectiva sí lo es. Mediante esta norma se posibilitó que aquellas personas que tuvieran una vivencia de género distinta a la que les impuso el orden jurídico al momento de su nacimiento, atendiendo solamente a sus rasgos físicos, pudieran adecuarlo a su realidad interna personal. A medida que analicemos el texto de la ley, veremos que incluso avanzó sobre varios aspectos más allá que el derecho internacional vigente en la materia.

2. Legislación comparada

La mayor parte del derecho comparado exige para la mutación de género la mayoría de edad,⁶ ser nacional del país otorgante, la tramitación es judicial, prueba de la disforia de género mediante el correspondiente diagnóstico,⁷ y el trámite es oneroso.

Los países de Europa en los cuales se reconoce el derecho a la identidad de género, implementado por la vía judicial o legal son: Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza y Turquía. En América: Perú, algunos estados de Esta-

5. Otras normas nacionales que se interrelacionan son: las Resoluciones 1795/2012 y 493/2013 del Registro Nacional de las Personas; 1/2012 y 2/2012 del Registro Nacional de las Personas y la Dirección Nacional de Migraciones (resolución conjunta); 331/2013 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación; y la Disposición 227/2013 de la Subdirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios.

6. Suecia: ley del 21/4/1972. Alemania: ley del 10/9/1980; Reino Unido: Gender Recognition Act de 2004.

7. Alemania: ley del 10/9/1980. Turquía: Ley 3444 del 4/5/1988. Finlandia: Ley 563/2002, The Gender Confirmation of Transsexual Individuals Act. Sudáfrica: ley del 23/7/2003, Alteration of Sex Descriptions and Sex Status Act. Reino Unido: ley de 2004 Gender Recognition Act. España: Ley 3/2007 del 15/3/2007, Reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas. Bélgica: ley del 10/5/2007, Relati-ve à la Transsexualité. Uruguay: Ley 18.620. Holanda: ley del 24/4/1985.

dos Unidos y provincias de Canadá y Uruguay. En el continente africano: Sudáfrica. En Oceanía: Australia.⁸

La mayoría de las legislaciones sobre identidad de género realizan el control de legalidad del cambio de género mediante la tramitación judicial.

Existen países que exigen que el solicitante esté imposibilitado para procrear: Alemania, Austria, Bélgica, Finlandia, Holanda y Suecia.

Muchos exigen que exista una intervención quirúrgica o que la persona se someta a tratamientos médicos: Alemania, Austria, Bélgica, Finlandia, Holanda, Reino Unido, Sudáfrica, Turquía y Uruguay. La mayoría otorga esta facultad solamente a sus nacionales, como Alemania y Suecia.

Varias legislaciones exigen que el solicitante sea de estado civil soltero: Alemania, Austria, Finlandia (excepto cuando la pareja presta conformidad con la mutación de género), Holanda y Suecia.

En los países donde no está previsto el matrimonio de personas del mismo género, la mutación de género disuelve el matrimonio, como Austria, Italia, Suecia y Turquía.

En todos los casos, el trámite no es gratuito.

3. Jurisprudencia anterior a la Ley 26.743

La jurisprudencia previa a la sanción de la Ley de Identidad de Género era absolutamente heterogénea en cuanto a las acciones, los fueros, las medidas probatorias y la publicación de edictos. Los primeros fallos que autorizaron la rectificación del documento lo hicieron por tratarse de transexuales con intervención quirúrgica hecha en país extranjero.

La primera voz que se registra en orden a respetar la identidad de género fue la de Calatayud, en 1989, en su voto en minoría respecto de un caso de reasignación de género solicitada por un transexual (CNCiv., Sala E, 31/3/1989, "P. F. N").⁹ Dicho magistrado señaló expresamente:

- que la transexualidad era una situación no contemplada por la ley y librada al libre arbitrio de los jueces;
- que la decisión de ser transexual era adoptada libremente por un individuo;
- que en la ciencia médica no existía una noción unívoca de lo que debía entenderse por sexo, sino que se brindaban distintos conceptos, entre los que resul-

8. ARMELLA, Cristina N., "La ley de identidad de género en la República Argentina y su impacto en el ámbito del derecho notarial y registral. Los derechos humanos de las minorías y la seguridad jurídica del tráfico negocial", en Arévalo, Miguel Á. y Pérez Gallardo, Leonardo B. (coords.), *Escritos sobre derecho notarial. Libro Homenaje a Carlos Enrique Becerra Palomino*, Lima, Gaceta Notarial, 2013, p. 51.

9. En *Revista de Derecho de Familia*, t. 1990-4, p. 142.

taba relevante el de identidad sexual social del individuo o identidad psico-sexual.¹⁰

Hubo fallos en los cuales se rectificó el nombre, pero se anotó en la partida como transexual, como el del Tribunal de Familia de Bahía Blanca en “V. A. A.” (30/8/1999).¹¹ Otro negó el efecto retroactivo al cambio de sexo en orden a “salvaguardar las dificultades y equívocos que pueden suscitarse en torno a las relaciones familiares y, en particular, a las paternofiliales” (SC Buenos Aires, “C., H. C.”, 21/3/2007).

Existieron fallos que exigieron la publicación de edictos de la Ley 18.248; a modo de ejemplo, el del Tribunal de Familia N° 1 de Quilmes del 30 de abril de 2001 en “K., F. B.”, que ordenó su publicación en el Boletín Oficial y en dos diarios: uno de la localidad de Quilmes, donde se domiciliaba el solicitante, y otro de la ciudad de Rosario, donde había vivido la mayor parte de su vida.¹² Otros no exigieron la publicación de edictos, pero autorizaron la rectificación de género sin que hubiera intervención quirúrgica alguna (Juzg.Cont.Adm.y.Trib. CABA, 29/12/2010, “S., D. A.”, y Tribunal de Familia n° 2 Mar del Plata, 10/6/2011, “C., C. D.”).¹³

Las cirugías de reasignación debían ser autorizadas judicialmente, según el inciso 4 del artículo 19 de la Ley 17.132; la Ley 26.743 ha derogado el inciso.

4. La Ley 26.743 de Derecho a la Identidad de Género y el Decreto reglamentario 1007/2012

4.1. Generalidades

En su artículo 1 expresa que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género y al trato de acuerdo a ese género.

10. Juzg.CC n° 8 Quilmes, 15/5/1997, “N. N.”, *La Ley Buenos Aires*, 1997, p. 959. CCC y de Minas La Rioja, 16/6/1999, “A. D. M. S.”, *La Ley Gran Cuyo*, 1999, p. 695. Juzg.CC 19ª nom. Córdoba, 18/9/2001, “M. L. G.”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 2001-IV, p. 479. CNCiv., Sala L, 30/6/2009, “S. J. D.”, *Derecho de Familia y de las Personas*, 2010 (enero), p. 291.

11. *La Ley Buenos Aires*, 2000, p. 1051.

12. *La Ley*, t. 2001-F, p. 217.

13. Juzg.Cont.Adm.y.Trib. CABA n° 13 CABA, 29/12/2010, “S., D. A. c/ GCBA”, *La Ley CABA*, 2011, p. 164. Trib. Familia n° 2 Mar del Plata, 10/6/2011 “C., C. D. c/ Dirección Provincial del Registro de las Personas s/ amparo”, *Derecho de Familia y de las Personas*, 2011 (noviembre), p. 237. El juzgado exigió una entrevista con la amparista y testigos, mientras que el Tribunal de Familia de Mar del Plata ordenó una entrevista con la amparista e informes de peritos médicos, peritos psicológicos e informes socioambientales.

4.2. Libre desarrollo

El derecho de toda persona a su libre desarrollo conforme a su identidad de género se encuentra asimismo explicitado en el artículo 11, que estipula que los mayores de dieciocho años de edad podrán, a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para acceder a tratamientos integrales hormonales, no es necesario acreditar la voluntad de ser intervenido quirúrgicamente mediante reasignación genital total o parcial. Tanto en el caso de tratamientos hormonales como en el de la intervención quirúrgica se requiere únicamente el consentimiento informado de la persona.

Para el caso de que se trate de menores de edad, el artículo remite a los principios y requisitos establecidos en el artículo 5 de la ley para la obtención del consentimiento informado. Asimismo, establece que, sin perjuicio de ello, en el caso de intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, la que deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a, de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849) y la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Le da al juez un plazo para expedirse juez no mayor de sesenta días a partir de la solicitud de conformidad. Teniendo en cuenta el peligro que entrañan las intervenciones quirúrgicas, los efectos en gran parte irreversibles de ellas y el compromiso que implican respecto de la salud reproductiva, parece absolutamente adecuado que en los casos de menores se requiera la conformidad judicial correspondiente.

Obliga a todos los efectores del sistema público de salud, sean estatales, privados o de obras sociales, a garantizar en forma permanente los derechos reconocidos en la ley. Asimismo, las prestaciones de salud que se mencionan en el artículo 11 quedan incluidas en el plan médico obligatorio (o el que eventualmente lo reemplace).

El tema de la gratuidad de los tratamientos ha sido bastante discutido. Según Pastore:¹⁴

En este punto, la ley no logra superar el test de no contradicción. Toda ella se nutre de una concepción despatologizadora, al tiempo que pretende incluir este derecho al libre desarrollo de la personalidad como una subespecie del derecho a la salud, incorporando los tratamientos referidos al programa médico obligatorio. Esto denota también que se ha configurado un derecho subjetivo absoluto, ilimitado y habilitado para vulnerar derechos de terceros.

14. PASTORE, Analía G., "La ley 26.743. Posicionamiento de nuestro país respecto del mundo", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2012 (octubre), p. 203.

En sentido similar se explya Maiztegui Marcó:¹⁵

Garantizar, en el sentido de la ley, es que en el ámbito de la salud la persona pueda efectivamente consolidar el cambio de sexo percibido. Ello implica, sin dudas, al menos dos consecuencias. Por un lado, se impone una suerte de “solidaridad y reparto” que recae sobre el total de los ciudadanos para afrontar los costos de la reasignación sexual, de discutible equidad e igualdad. Por otro, esa obligación a los efectores de la salud implica un impacto económico no analizado, previsto y consensuado, como también la imposición de contar con la infraestructura y especialización necesarias o bien disponer la subcontratación de las prestaciones adecuadas para cumplir la manda.

La extensión del contenido de este derecho importa crearlo a la sombra de la realidad argentina sobre el déficit del sistema de salud para los que menos tienen, para los ancianos, para los discapacitados, respecto a los cuales sólo consiguen las prestaciones mediante infinidad de amparos judiciales que se producen a veces porque los prestadores de salud dilatan la concreción de sus obligaciones, por la crisis del sistema de salud en el que vivimos, por las medidas económicas a las importaciones sobre medicamentos, prótesis, materias primas, farmacológicas, etc.

En otra postura ubicamos a Cantore,¹⁶ quien sostiene: “la gratuidad en las intervenciones médicas pone en pie de igualdad a quienes tienen, o no, recursos económicos”.

Con similar orientación, González Magaña¹⁷ dice:

Con respecto al impacto patrimonial que la sanción de la presente ley implicará para los agentes de salud, pensamos que dado que la presente patología se presenta estadísticamente en proporciones ínfimas en nuestra sociedad, su cobertura por parte de los agentes de salud involucrados en cada caso no implicará una erogación grave como para alterar el normal desarrollo de sus funciones. Por otra parte, coincidimos con Graciela Medina en cuanto sostiene que el Estado debe hacerse cargo del costo de los tratamientos de las personas transgéneros no solamente porque esté en juego su derecho a la salud, ya que no todas las necesidades de salud pueden ser satisfechas por el Estado, sino porque la adecuación del género permite rescatar de la marginalidad social a personas que han caído en ella a consecuencia de su disforia y, de este modo, fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad.

15. MAIZTEGUI MARCÓ, Felicitas, ob. cit. (cfr. nota 3).

16. CANTORE, Laura, “La nueva Ley del Derecho a la Identidad de Género en la República Argentina”, en *SJA*, 2012-III, p. 1284.

17. GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, ob. cit. (cfr. nota 3).

4.3. *Trato de acuerdo a la identidad de género*

Según el texto de la ley, el derecho al trato de acuerdo al género se refiere en particular al derecho de la persona a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de los nombres de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada. Esto se relaciona directamente con el artículo 3 de la ley, que se refiere al ejercicio del derecho a la identidad de género.

4.4. *Ejercicio*

Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida.

Cabe destacar que la ley distingue entre mayores y menores de edad a los efectos de la modificación del género. El artículo 4 fija los requisitos para que los mayores de edad puedan solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila y de imagen:

- 1) Acreditar la edad mínima de dieciocho años, con excepción de lo estipulado respecto de los menores en el artículo 5. Parece claro que los casos de emancipación por matrimonio también estarían incluidos.
- 2) Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes una solicitud a través de la cual manifieste encontrarse amparado por esta ley y requiera la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad, conservándose el número original.
- 3) Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse.

En ningún caso hará falta acreditar intervención quirúrgica por reasignación total o parcial, ni terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

4.4.1. *Menores de edad*

En relación con los menores de edad, el artículo 5 determina que la solicitud del trámite debe ser efectuada a través de sus representantes legales y con su expresa conformidad. Aclara que deben tenerse en cuenta dos principios fundamentales, el de capacidad progresiva y el de interés superior del niño/a, de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061. El menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño, prevista en esta última norma.

No obstante, como lo hace notar Brandi Taiana:¹⁸

Si la Ley de Identidad de Género prevé un simple trámite en lugar de un proceso que asegure la debida comprensión por parte del menor de la decisión que va a adoptar y

18. BRANDI TAIANA, Maritel M., "Una cuestión de respeto y responsabilidad", s. e. (trabajo presentado en la XXXI Jornada Notarial Argentina [Córdoba, 7-9 agosto 2014]).

la trascendencia de la misma, ¿cómo puede el abogado del niño garantizar el consentimiento libre y personal del menor? ¿No merecen los menores, como mínimo, la asistencia psicológica que permita dilucidar si su decisión es propia y querida?

Existen dos supuestos respecto de los menores: cuando existe conformidad entre el menor y los representantes legales, y cuando no existe acuerdo entre ambas voluntades. Si dicho acuerdo no existe, se deberá recurrir a la vía sumarísima para que el juez resuelva teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño y el principio de capacidad progresiva del menor. Si existe más de un representante legal, se requiere el consentimiento de ambos; si falta el consentimiento de uno de ellos, resolverá el juez por la vía sumarísima.

4.5. *Trámite*

Nos queda claro que la rectificación se realiza mediante un simple acto administrativo y no es necesaria la autorización judicial. En nuestro país, la identificación de las personas se basa en dos sistemas interdependientes, el de los Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas (en adelante, Registros Civiles) y el del Registro Nacional de las Personas (Renaper). Por medio de los registros civiles se inscriben todos los actos o hechos que originan, alteran o modifican el estado civil y la capacidad de los individuos: nacimientos, matrimonios, incapacidades, defunciones, entre otros. Su organización depende de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se regulan por la Ley 26.413. El ámbito registral se completa con el Renaper, que tiene alcance en todo el territorio. Emite el documento nacional de identidad sobre la base de una matrícula única y el uso de técnicas de identificación dactiloscópicas. Es regulado por la Ley 17.671 y la Ley 24.540.

Al nacer, la persona es identificada con el certificado médico de nacimiento regulado en los artículos 33 y 34 de la Ley 26.413, en el que se debe consignar el sexo del recién nacido, asignado al momento del nacimiento. El Registro Civil confecciona el acta de nacimiento en base a este certificado médico.

El trámite, entonces, consiste en rectificar la partida de nacimiento de origen, basada en el acta, y solicitar la expedición de un nuevo documento nacional de identidad, basado en la nueva partida. Por regla general, las modificaciones de los asientos de los Registros Civiles deben efectuarse mediante orden judicial, cosa que no sucede en el caso de la ley que nos ocupa.

El Decreto 1007/2012, en su artículo 14, establece que el oficial del Registro Civil debe practicar y suscribir la rectificación mediante nota de referencia al margen del acta de nacimiento. Posteriormente se procede a inmovilizar el acta y a labrar una nueva acta de nacimiento, con todos los recaudos previstos en la Ley 26.413 (la inmovilización del acta se refiere a que no se podrán expedir copias de ella, excepto con autorización del titular o autorización judicial fundada). Finalmente, se ex-

pide una nueva partida de nacimiento, en la que no se puede hacer mención a la Ley 26.743 (art. 6 de la ley y art. 4 del decreto reglamentario).

Una vez que la persona obtuvo su partida de nacimiento rectificadas, ya puede iniciar la rectificación de su documento nacional de identidad en el Renaper o –lo que en la práctica sucede con mayor asiduidad– en cualquier oficina seccional de los Registros Civiles habilitados, que reciben el trámite y luego lo remiten al Renaper. El solicitante debe presentarse personalmente a efectuar el trámite y debe llevar la partida de nacimiento rectificadas y el documento nacional de identidad que desea rectificar. El organismo cotejará la identidad del solicitante a través de la identificación dactiloscópica, según lo establece el decreto reglamentario en su artículo 7, registra su firma y lo fotografía. Una vez cumplidos estos requisitos, se expide el nuevo documento con las modificaciones solicitadas; estos datos y la nueva partida de nacimiento se deben adjuntar al legajo del Renaper. Todo el trámite es personal y gratuito.

De acuerdo al artículo 10 de la ley y el artículo 11 del decreto reglamentario, el Renaper debe notificar el cambio de documento al Registro Nacional de Reincidencia, a la Secretaría del Registro Electoral que corresponda para que se modifique el padrón electoral y a los organismos que reglamentariamente se determine, debiendo incluirse aquellos que puedan tener información sobre medidas precautorias existentes a nombre del interesado, a la Inspección General de Justicia y al Banco Central de la República. Las direcciones generales, provinciales o de la Ciudad de Buenos Aires de los Registros Civiles procederán a la notificación de los organismos y registros públicos provinciales que determine cada reglamentación local.

Una circunstancia a puntualizar es que el documento antecedente, con el nombre, el género y la imagen anteriores, no es retenido por el Renaper, sino que es devuelto al solicitante. Consideramos que esto no contribuye a afianzar la seguridad jurídica y no vemos ningún motivo por el cual el solicitante deba conservarlo. Tampoco parece conveniente que el Renaper no informe a la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES) ni a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

4.6. *Efectos*

Según el artículo 7 de la Ley 26.743, los efectos de la rectificación del sexo y nombre de pila serán oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en los registros. La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponderle a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia, que se mantendrán inmodificables, incluso la adopción.

El artículo 7 también dice que en todos los casos el número de documento nacional de identidad de la persona tendrá preponderancia sobre el nombre de pila o la apariencia morfológica. Sin embargo, veremos que existen casos en los cuales este número puede variar.

4.6.1. *Variación del número de matrícula*

Armella expresó:¹⁹

En la Argentina, los varones obtuvieron matrícula identificatoria (LE) antes que las mujeres (LC). Luego, la Ley 17.671 creó el DNI para todos los habitantes, con una numeración para los nativos y otra para los extranjeros (empezando para éstos a partir del número 92.000.000). Se previó que cuando el titular de una LE o LC cambiase por DNI, se le asignaría una matrícula documentaria determinada por la combinación del número y sexo masculino-femenino, manteniendo el número del documento anterior –que podría coincidir con el asignado a una persona del otro sexo– y se lo diferenció adicionando la letra M para masculino y la F para femenino (Ley 11.386 y 13.010).

Si la persona que desea mutar su género fuera de aquellas matriculadas inicialmente con libreta cívica o libreta de enrolamiento, al cambiar la letra podría generarse la duplicación de la matrícula: quien muta de género y quien figuraba con esa letra y número originariamente. El decreto reglamentario dice en su artículo 8 que en el caso de que la persona que opta por ejercer el derecho a identidad de género posea una matrícula documentaria determinada por la combinación de número y sexo, el Renaper deberá necesariamente asignarle una nueva matrícula identificatoria a los efectos de evitar su duplicación. La dirección general, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de los Registros Civiles que deban emitir una nueva partida rectificadora solicitará previamente a la Dirección del Renaper la asignación de la nueva matrícula para que conste en el acta respectiva.

Aproximadamente el cinco por ciento de los casos de rectificación de género pertenece a este tipo de situación.

4.7. *Nuevas rectificaciones del género*

El artículo 8 de la ley expresa que la rectificación de género puede ser realizada por trámite administrativo una vez; si la persona interesada desea efectuar una nueva rectificación, sólo podrá hacerlo con autorización judicial.

4.8. *Confidencialidad*

El artículo 9 de la ley aborda el tema de la confidencialidad estrictamente. En ningún caso la nueva partida de nacimiento ni el nuevo documento nacional de identidad pueden mostrar que son un resultado del reconocimiento al derecho de identidad de género. Solamente tendrán acceso al acta de nacimiento originaria el titular y quien tenga su autorización u orden judicial por escrito y fundada.

19. ARMELLA, Cristina N., ob. cit. (cfr. nota 8).

Tampoco se dará publicidad a la rectificación de sexo y al nombre de pila en ningún caso, salvo que así lo autorice quien mutó de género. Además, se debe omitir la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la Ley 18.248.

El tema de la confidencialidad es uno de los más conflictivos en el ámbito jurídico y especialmente en lo relativo al quehacer notarial, ya que plantea un conflicto importante entre la seguridad jurídica en general y este derecho protector de una minoría en particular.

4.9. *Trato digno*

El artículo 12 de la ley exige el trato digno y el respeto que debe darse a la identidad de género de las personas –especialmente niñas, niños y adolescentes– que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. Si así lo desean, el nombre que hayan elegido debe ser el utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio tanto en los ámbitos públicos como privados.

Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema de encriptado que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, el día y el año de nacimiento y el número de documento, y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado.

En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público, deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada.

4.10. *Extranjeros residentes en la Argentina*

La Ley 26.743 no menciona en forma expresa a los extranjeros, pero determina que “toda persona” tiene derecho a ser identificada de acuerdo a su identidad de género. En consecuencia, por aplicación de los principios constitucionales, no hay inconveniente en que aquellos que residan en suelo argentino lo soliciten.

Por su parte, el Decreto 1007/2012 se ocupó expresamente del tema y en su artículo 9 prevé dos supuestos. El primero es el de la persona que logró rectificar la documentación en su país de origen, caso en el que debe presentar

... su documento de identidad, la partida de nacimiento, pasaporte, sentencia judicial o cualquier otra documentación debidamente legalizada donde se disponga o conste la rectificación del sexo y/o cambio de nombre/s según la legislación de su país de origen.

Este sería el caso, por ejemplo, de un español residente en la Argentina.

El segundo supuesto se da cuando en el país de nacimiento de la persona extranjera no se reconozca el derecho al cambio de género. Tales serían los casos de países limítrofes y con una importante inmigración en nuestro país, como Bolivia y Chile. En estos casos se deberán cumplir los siguientes requisitos: tener residencia legal permanente en nuestro país, contar con documento nacional de identidad para extranjeros o denuncia policial de extravío de dicho documento y presentar una nota del consulado de su país de origen donde se indique que no es posible la rectificación de género en dicho país.

La persona debe dirigirse a la Dirección Nacional de Migraciones y solicitar allí la modificación de la residencia permanente registrada, consignar en un formulario el nombre y sexo elegido, y acompañar fotocopia del documento nacional de identidad o denuncia de extravío y de la nota del consulado. Luego de que el Renaper le expide su nuevo documento con la identidad de género autopercibida, se le retiene el anterior y se lo destruye –una medida prudente a los fines de aumentar la seguridad jurídica–.

Cuando el trámite finaliza, la Dirección Nacional de Migraciones remite notas acerca de la rectificación al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, a Interpol y al consulado correspondiente al país de origen del extranjero solicitante, con las reservas de la Ley 25.326 de Habeas Data. La documentación emitida sólo será válida en la República Argentina. El extranjero deberá mantener su documentación de origen cuando quiera salir del país, de acuerdo con el decreto reglamentario y con la Resolución conjunta 1/2012 y 2/2012 del Renaper y Migraciones.²⁰ Como consecuencia de ello, una persona puede tener un género en la Argentina y otro distinto para el resto del mundo, con los problemas de difícil solución que ocasionan este tipo de situaciones.

5. Conclusión

La Ley 26.743 es en la mayoría de los aspectos mucho más avanzada que el resto del derecho internacional vigente en la materia. Protege ampliamente a una minoría muchas veces relegada a la marginalidad.

Desde el punto de vista notarial, su postura extrema respecto de la confidencialidad es el principal escollo para el ejercicio de la actividad profesional, ya que implica una importante disminución de la seguridad jurídica.

20. Anexo 1 “Procedimiento para el reconocimiento del derecho de identidad de género conforme Ley nº 26.743”, art. 1.



Derecho de autoprotección*

Romina Ivana Cerniello y Néstor Daniel Goicoechea

RdN 915

RESUMEN

Este artículo presenta una síntesis de los recientes avances que han tenido los actos de autoprotección como nueva incumbencia notarial. Partiendo de una conceptualización del derecho de autoprotección, hace un recorrido por sus fundamentos normativos y analiza los distintos tipos de estipulaciones que pueden incluirse en los actos de autoprotección y las ventajas de que sean otorgados por escritura pública. Aborda especialmente la cuestión registral y el cambio de paradigma relacionado con la capacidad en el Código Civil y Comercial. Asimismo, repasa jurisprudencia vinculada con la materia de estudio y propone un modelo de escritura de autoprotección.

Sumario: 1. Introducción y conceptualización. 2. Fundamentos normativos. 3. Contenido de los actos de autoprotección. 4. Capacidad para el otorgamiento. 5. Forma del acto de autoprotección. 6. Registración. 7. Modelo de escritura. 8. Jurisprudencia. 9. Conclusiones.

1. Introducción y conceptualización

El presente trabajo pretende sintetizar el avance que los **actos de autoprotección** han tenido en estos últimos años como nueva incumbencia notarial.

Las VIII Jornadas Notariales Iberoamericanas (Veracruz, México, 1998) se consideran el puntapié del desarrollo de esta materia. Allí nació la expresión *autoprotección*, para referirse a las previsiones para la eventual pérdida del discernimiento.

En realidad, el término *autoprotección* tiene una doble acepción. Alude al **derecho subjetivo** que tiene todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su cuerpo, su persona y sus bienes para el futuro ante una eventual pérdida de su capacidad o discernimiento. Este derecho tiene como basamento el respeto a la libertad, la dignidad, la igualdad de las personas y la autonomía de la voluntad. También se utiliza el término *autoprotección* para designar el **acto jurídico** a través del cual se ejerce dicho derecho subjetivo, que es aquel en el que el otorgante deja plasmada su

* Presentado en el XXIV Encuentro Nacional del Notariado Novel (San Javier, Tucumán, 24-26 de octubre de 2013).

voluntad en relación con los tratamientos médicos futuros y su patrimonio y con la manera en la que desea vivir en caso de no poder valerse por sí mismo.

Se ha criticado la expresión *autoprotección* por ser demasiado amplia, pero es la que se impuso. Se propone la expresión **disposiciones y estipulaciones para la propia incompetencia**,¹ entendiendo por *disposiciones* los actos unilaterales; por *estipulaciones* las convenciones bilaterales (cuando concurre la persona propuesta por el disponente a asumir la encomienda); y por *incompetencia* tanto la incapacidad jurídica declarada judicialmente como la mera pérdida del discernimiento eventual, transitoria o definitiva (la mal llamada incapacidad natural, expresión que es fuente de equívocos²).

Más allá de las críticas a la utilización del vocablo *competencia* por producir confusiones por su utilización con distinto sentido en otras ramas del derecho (p. ej., el procesal: competencia territorial o competencia en razón de la materia), debemos destacar que este nuevo uso que se le da (originado en la bioética), conforme con la doctrina más moderna, es un sinónimo de capacidad de hecho. Esta doctrina moderna reserva capacidad de hecho para las cuestiones patrimoniales y competencia para las extrapatrimoniales.³ Es por esto que, en virtud de la distinta naturaleza que las disposiciones de autoprotección pueden tener, podemos utilizar el término incapacidad para referirnos a las previsiones en materia patrimonial e incompetencia (o falta de discernimiento, también mediante el neologismo *dis-discernimiento*) para las cuestiones extrapatrimoniales, especialmente en materia de salud.

Se trata de una **necesidad social** que surge a raíz del aumento del promedio de vida y la supervivencia artificial, consecuencia de los avances científicos y tecnológicos.

En la actualidad, se observa una incipiente respuesta a reclamos efectuados durante años por la doctrina nacional experta en el tema. La creación de registros de autoprotección en gran parte de las provincias del país desde sus colegios notaria-

1. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *Derecho de autoprotección. Previsiones para la eventual pérdida del discernimiento*, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 4.

2. Aparece como opuesta a incapacidad jurídica (incapaz declarado). Llambías critica la expresión incapacidad natural cuando afirma: “Dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado emplear la expresión incapacidad natural o incapacidad accidental, pues, tratándose de sujetos que carecen de aptitudes psíquicas suficientes, ellos seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces” (voto en CNCiv., Sala A, 20/9/1960, “M. de H. de A., M. L. y otros c/ R., A. y otros”, *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. cit. 101, p. 232; citado por LLORENS, Luis R., “La falta o disminución del discernimiento, ¿constituye una incapacidad?”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 14/9/2007).

3. “Capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos [...] competencia es un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día o en una semana. Bajo esta denominación se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión; si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en Bergel, S. y Minyersky Menasse, N. [coords.], *Bioética y derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, 1ª ed., pp. 108 y ss.; citada por LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 54).

les, el Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección (creado por el Consejo Federal del Notariado Argentino), la sanción de la Ley Nacional 26.529 de Salud Pública (con las reformas introducidas por las leyes 26.742 y 26.812) y su reglamentación (Decreto PEN 1089/2012) –con sus imperfecciones–, las leyes 26.061 y 26.657, y el cambio de paradigma relacionado con la capacidad en el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial son ejemplos de estas respuestas y avances a los que hacíamos referencia y que trataremos someramente en el presente trabajo.

2. Fundamentos normativos

El **derecho a la autoprotección** no tiene en nuestro ordenamiento jurídico interno un reconocimiento en su dimensión total, conforme al concepto que hemos desarrollado en los párrafos anteriores.

Hasta 2009, no existía a nivel nacional una norma que previera algunas de las cuestiones relativas al tema; la sanción de la Ley 26.529, ocurrida en ese año, receptó el derecho de toda persona a establecer directivas médicas anticipadas. Sin embargo, la ley sólo abarca una de las problemáticas del derecho a la autoprotección, las relativas a la salud.

Como hemos mencionado, las disposiciones que la persona puede prever para una eventual pérdida de la capacidad no se refieren sólo a la cuestión médica, sino que abarcan otros temas de no menor importancia: el manejo y destino de su patrimonio, el alojamiento, el trato y la atención personal, instituciones médicas y geriátricas, las personas de confianza en quienes deslindar la toma de decisiones, y otros tantos relativos a su calidad de vida, que hacen a la dignidad del ser humano y que actualmente es imposible negar a la luz de la normativa supralegal que se citará.

Es por esto que, antes y después de la sanción de la Ley 26.529, la doctrina abocada al tema y algunos fallos que se citarán han buscado solucionar el vacío legal en base a normas y principios que surgen de nuestra Constitución Nacional, de los tratados de igual jerarquía y de otros que, aun sin gozar de rango constitucional, son imperativos en derecho y de jerarquía superior incluso a las leyes que se propugnan en la materia.

La reforma constitucional de 1994, la incorporación de la mayoría de los tratados de derechos humanos, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño, y la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante la Ley 26.378 conforman un plexo normativo que obliga al Estado –y a sus habitantes– al respeto de la libertad, la igualdad y la dignidad de todas las personas. En materia de minoridad e incapacidad, implican un innegable cambio de paradigma, tendiente a la inclusión y el respeto de las decisiones

que los sujetos en esta situación puedan tomar conforme a su madurez y a las circunstancias propias de la patología que padezcan, tratando de que los remedios legales sean un apoyo a la persona y a su individualidad y no un reemplazo absoluto de sus deseos y voluntad.

2.1. *Constitución Nacional*

- El artículo 16 sienta el principio de igualdad. No es posible sostener la antigua concepción de este derecho sólo como igualdad ante la ley. La igualdad constituye hoy en día un concepto mucho más amplio y abarcador. Se trata, justamente, de poder identificar las diferencias de las personas, las distintas situaciones, posibilidades, contextos, y de legislar para lograr una igualdad de oportunidades, partiendo de que cada ser humano es distinto al otro. En términos aristotélicos, implica igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales. La particular situación en que se encuentran las personas privadas de su discernimiento amerita que el principio de igualdad se utilice en sentido positivo, esto es, que sea la ley, el propio Estado el que busque la inclusión y la igualdad de oportunidades para ellos, así como el respeto de su personalidad.
- El artículo 75 inciso 23, incorporado por la reforma de 1994, complementó el artículo 16 al implantar definitivamente el principio de igualdad de oportunidades como una obligación innegable e inmanente del Estado. Implica un conjunto de deberes tendientes a “garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”⁴.
- El artículo 17 establece la inviolabilidad de la propiedad. Garantizar la autodeterminación del individuo sobre el manejo de su patrimonio, en el caso de su eventual incapacidad o incompetencia, resulta una derivación directa del principio constitucional citado. Lo contrario implicaría dejar estas cuestiones al arbitrio del sistema de tutela establecido por la normativa legal.
- El artículo 19 declara: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Este artículo resulta de una importancia vital en la materia. En base a él podemos indicar que los actos de autoprotección no deberían recibir el menor menoscabo por parte de los jueces, en tanto no impliquen un perjuicio para terceros. Este principio ha sido la clave de los fallos que han

4. BARBERO, Daríel O. y DABOVE, Ma. Isolina, “Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2ª circunscripción, 2009, n° 1, p. 36 (citados por LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 21).

resuelto a favor de las directivas médicas anticipadas y, en especial, del reciente fallo “Albarracini”, dictado por la Corte Suprema de la Nación –ver punto 8.4 del presente artículo–.

- El artículo 33 se refiere a los derechos implícitos, afirmando que la existencia de los derechos enumerados no significa la negación de los no enumerados.
- El artículo 75 inciso 22, otorga rango constitucional a varios tratados de derechos humanos, que constituyen en su mayoría normas de “derecho internacional de orden público”.

2.2. *Pactos internacionales*

Los tratados mencionados por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y los demás tratados de derechos humanos sin esa jerarquía normativa constituyen un plexo normativo que hace a los citados derechos de igualdad, dignidad, no discriminación, inclusión de las personas con circunstancias desfavorables y demás derechos económicos, sociales y culturales que han significado el cambio de paradigma de la segunda mitad del siglo xx y que, de forma progresiva, fueron logrando reconocimiento en las normas fundamentales de la mayoría de los países occidentales.

En materia de derecho de autoprotección, resulta de particular importancia la referencia a dos de ellos: la Convención sobre los Derechos del Niño⁵ y la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por la Ley 26.378.⁶

5. Vale aclarar que, por remisión legal, las disposiciones sobre minoridad y tutela son de aplicación a la materia de incapacidad y curatela en tanto en cuanto no sean contradictorias (art. 475 CCIV). Podemos destacar los siguientes artículos de la Convención: art. 12: “1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidades de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”; art. 5: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres [...] u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

6. Ley 26.378: art. 1: “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente [...] aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo”; art. 3: “Los principios de la presente Convención serán: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas...”; en el art. 4 se les impone a los Estados suscriptores la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos que la Convención establece; art. 12: “1. Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de la capacidad jurídica. 4. [...] que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el

2.3. *Derecho privado*

Como hemos mencionado, el derecho interno argentino aún no ha receptado el derecho a la autoprotección, excepto las directivas médicas anticipadas en la Ley 26.529.

El derecho privado estipula varias normas que, en principio, resultan obstáculos para el otorgamiento de los actos de autoprotección. Podemos citar al respecto: la caducidad del mandato por incapacidad sobreviniente del mandante (art. 1963, inc. 4 CCIV), la indicación de las personas que serán curadores (art. 476-478, CCIV), la actuación del tutor prescindiendo absolutamente de la voluntad del menor (art. 411, CCIV), la designación ante la interposición de la demanda por insania de un curador provisional que recaerá en un abogado de la matrícula (arts. 626 y 633, CPCCN), etc.

En materia de protección, estas normas resultan concordantes con un sistema basado en la anulación de la voluntad del incapaz. Este paradigma ya no resulta sostenible en base a las normas de mayor jerarquía que hemos citado y a las leyes que citaremos más adelante, sancionadas en los últimos años, circunstancia que implica la necesidad de reinterpretar el sistema legal, armonizándolo con los principios que hoy resultan rectores en la materia. En base a ello, se busca interpretar las normas que permiten sostener la validez de los actos de autoprotección, aun con el sistema legal vigente. Entre ellas, se destacan:⁷

- el artículo 53 del Código Civil, que permite el ejercicio de todos los actos y derechos que no fueren expresamente prohibidos (en concordancia con los arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional);
- el artículo 475 del Código Civil, que hace aplicables las normas en materia de menores a los incapaces declarados, en la medida en que no sean incompatibles;
- los artículos 383, 384, 479 y 480 del Código Civil, que les permiten a los padres nombrar tutores de sus hijos menores y curadores de sus hijos incapaces, el cual debe coincidir con el propio si éste deviene también incapaz (con qué razón no permitir entonces nombrar su propio curador);
- los artículos 2613 y 2715 del Código Civil y 51 de la Ley 14.394, que permiten establecer la inenajenabilidad e indivisibilidad de determinados bienes;
- el artículo 15 de la Ley 14.394, que establece que no se nombrará curador de los bienes del ausente si hubiese apoderado con facultades suficientes;
- el artículo 144 del Código de Comercio, que establece que el mandato del factor no caduca por muerte del principal, de donde la doctrina deduce que tampoco caduca por su incapacidad;
- la reciente Ley 26.529, que prevé expresamente (art. 11) la posibilidad de otorgar directivas anticipadas en materia de salud –referiremos a ella en el apartado correspondiente–.

derecho internacional en materia de derecho humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona...”.

7. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 24.

Con anterioridad a la Ley 26.529, resultaba ya aplicable en la materia la antigua Ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración, dictada para su aplicación en la Capital Federal y demás territorios Federales. En su artículo 19, esta ley dispone que los profesionales de la salud deben “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse” –con excepciones–.

Además de las normas citadas, hacia finales del año 2010 se sancionó la Ley 26.657 de Salud Mental. Esta ley incorpora un cúmulo de derechos para la persona con dichos padecimientos⁸ que va en la dirección de la normativa internacional citada, respetando su persona, el derecho a brindar su opinión y decidir sobre su tratamiento en la medida de sus posibilidades y, fundamentalmente, a prestar ella misma el consentimiento informado⁹ si su situación lo permite. No obstante, lo más destacable de dicha ley es la incorporación del artículo 152 ter al Código Civil, en el cual se estipula que

Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad [...] deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

Este agregado importa un verdadero avance en la adaptación del derecho interno a la normativa internacional, pues es la primera que, desde la incorporación del artículo 152 bis al mismo cuerpo legal, atenúa el sistema de incapacidad en aras de brindarle mayor autonomía a la persona sometida a asistencia y fomentar la independencia en la toma de decisiones. Además, implica un verdadero giro en la presunción de qué actos puede o no realizar la persona declarada insana, pues del texto de la norma puede inferirse que la persona podrá ejercer por ella misma los actos que no le hayan sido específicamente vedados por la sentencia o por la ley.

Por otra parte, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece un cúmulo de derechos, principios y obligaciones del Estado, que implementan, en la órbita nacional, las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. En concordancia con ella, la ley establece la aplicabilidad obligatoria de dicha convención en toda decisión en el ámbito administrativo y judicial (art. 2) y el derecho de los menores a que se respete su condición como sujetos de derecho, a ser oídos, a que su opinión sea tomada en cuenta, a que se

8. A los efectos del presente trabajo, destacamos de la Ley 26.657: art. 7: “El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos: [...] d) derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; e) derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; [...] j) derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas de consentimiento informado [...]; k) derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades...”; art. 10: “Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley”.

9. Ver el apartado 3.3.

respete su edad, madurez, capacidad de discernimiento y demás cuestiones personales (art. 3).

Las normas citadas, tanto nacionales como internacionales, no pueden dejar duda sobre el derecho de las personas a la autoprotección y la validez de los actos que con dicha finalidad otorguen.

Actualmente, cabe destacar el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que se encuentra en tratamiento legislativo desde el año 2012 –con las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional– (elaborado por un grupo de prestigiosos juristas, encabezado por los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, y Aída Kemelmajer de Carlucci).

Respecto de la materia que nos ocupa, el Proyecto recepta en forma sistémica e integrada la adecuación del derecho interno a las normas internacionales ya citadas y propone la independencia de las personas menores o incapaces y su derecho a tomar sus decisiones propias en el marco de sus posibilidades. Incorpora, en forma armónica, el nuevo paradigma que evita la diferenciación tajante entre capacidad e incapacidad, distinguiendo las circunstancias intermedias que pueden existir en cada caso concreto y previendo la figura de la capacidad restringida y un sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad. Así, entre otros, podemos citar:

- el artículo 32, que expresa que el curador designado debe promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida;
- los artículos 37 y 38, que mandan que la sentencia que decreta la incapacidad o capacidad restringida contenga el régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible, la extensión y alcance de la incapacidad, establecer los límites o restricciones a la capacidad y señalar los actos y funciones que no puede realizar por sí mismo;
- el artículo 43, que establece un sistema de apoyos con la función de “promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”.

En materia de autoprotección, se destacan el artículo 60, que recepta las directivas médicas anticipadas, y el artículo 139, que prevé la designación del propio curador –haremos referencia a estos artículos oportunamente–.

La sanción del Proyecto significará un gran avance en la materia y disipará cualquier tipo de dudas en torno a la validez de este tipo de actos y, especialmente, a la designación del propio curador.

Por último, cabe destacar que los actos de autoprotección están receptados con diferentes denominaciones y regulaciones en muchas legislaciones extranjeras.¹⁰

10. Estados Unidos, Alemania, Quebec, Italia, España, Francia, Austria, México. Ver CALO, “Il testamento biologico tra diritto e anomalia” (recomendado por LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 38).

3. Contenido de los actos de autoprotección

3.1. *Calidad de vida*

Con respecto a esta cuestión, suelen incluirse estipulaciones acerca del lugar de residencia, deseos del requirente de permanecer en su hogar, los institutos en los cuales prefiere ser internado o el rechazo de alguno en particular, el cuidado del hogar, su aseo, su alimentación, el personal encargado de su cuidado, etc.

Se trata de diseñar su plan de vida, de preservar su dignidad, sean cuales fueren las circunstancias. No existe herramienta más idónea y apropiada para ello que el acto de autoprotección.¹¹

3.2. *Disposiciones patrimoniales*

En estos casos, la persona decide sobre la forma en que su patrimonio deberá ser organizado en el supuesto de su posterior incapacidad o falta de discernimiento transitoria o definitiva, en cuanto a la administración de sus bienes, la posible enajenación de los mismos o el empleo de los fondos. Se trata, pues, de optimizar los recursos económicos a fin de asegurar el mantenimiento de la calidad de vida de la persona, de asegurar sus deseos, su dignidad y de evitar que su patrimonio quede a merced de terceras personas con prescindencia de su voluntad.

La viabilidad de esta planificación patrimonial se vincula con la posibilidad de la designación del propio curador para la eventual incapacidad. Si bien pueden otorgarse otros actos a tales fines –los citaremos más adelante–, las directivas que se puedan incluir con respecto a la administración del patrimonio siempre serán efectuadas con la finalidad de ser respetadas por quien termine siendo el representante legal.

Existe un sinnúmero de motivos por los cuales una persona puede preferir que su curador sea alguien que escapa a su vínculo familiar o al orden legal establecido para tal designación; el otorgante puede carecer de familiares que respondan a tal llamamiento. Por otro lado, además de prever quién desea que sea su curador, el otorgante puede establecer expresamente qué personas desea excluir de tal función. En ambos casos, es conveniente que en el documento se expresen las causas que motivan tal decisión, las que serán tan variadas como otorgantes podamos tener.

Como hemos señalado, esta posibilidad posee varias dificultades si se analiza solamente y en forma aislada desde el punto de vista del derecho interno –reiteramos–: la caducidad del mandato en caso de incapacidad sobreviniente del mandante (art. 1963 inc. 4 CCIV); la regulación de la incapacidad en el Código Civil tiende a suprimir la voluntad del incapaz y a sustituirla íntegramente por la decisión de su curador; la designación del curador se efectúa por el juez, según el orden legal esta-

11. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 7.

blecido, el que, si bien no resulta obligatorio para el juez, no puede apartarse de ella de forma arbitraria; la previsión de los códigos procesales de la designación de un curador provisorio, que recae en un abogado de la matrícula; etc.

Sin embargo, estos inconvenientes no constituyen hoy un impedimento para la designación del propio curador por parte de la persona que prevé su eventual falta de capacidad o discernimiento. El cúmulo de normas constitucionales e internacionales a las cuales hemos hecho referencia, así como las leyes 26.061 y 26.657, y una interpretación del derecho interno conciliadora con tales normas permiten afirmar que, más que una posibilidad, es un derecho de todo ser humano. Estas normas imponen como obligación que

... quienes se vinculen con la persona cuya declaración de incapacidad se solicita, incluidos los funcionarios judiciales o no judiciales intervinientes, deben escucharla y respetar, siempre que sea posible, su voluntad expresada fehacientemente con anterioridad a las circunstancias que motivaron el proceso de interdicción.¹²

Esta legislación impone su plena participación en todos los asuntos de su interés y propende a que el curador la acompañe en el manejo de sí misma y de sus bienes, y que sólo en casos de imposibilidad absoluta y comprobada la reemplace en el ejercicio de sus derechos.¹³ En principio, la posibilidad no está prohibida en ninguna norma, por lo que la aplicación del ya citado artículo 53 del Código Civil permite también sustentar su validez. Se trata en todo momento de hacer valer los nuevos paradigmas en torno a las personas con discapacidad, de respetar su autonomía, su derecho a ser escuchados y a la autodeterminación, incluso en circunstancias tan particulares como las previstas.

Sin duda, la indicación de la persona del curador efectuada por una persona en pleno uso de su discernimiento y que luego es declarada incapaz, así como las instrucciones sobre la atención de su persona y de sus bienes, expresadas fehacientemente en un documento idóneo, no pueden ignorarse a la hora de la decisión judicial.¹⁴

En base a los argumentos vertidos es que resulta destacable la sanción de la Ley 6212 de la provincia de Chaco en el año 2008, que reconoce plenamente este derecho, a la vez que legitima y ubica en su debida función el preexistente registro de actos de autoprotección del Colegio de Escribanos de dicha provincia.¹⁵

12. Ídem, p. 10.

13. Ídem, p. 9.

14. Ídem, p. 10.

15. La ley modifica varios artículos del Código Procesal chaqueño. Nos parece oportuno transcribir aquí la parte pertinente de algunos de ellos: art. 602: "Resolución. Con los recaudos de los artículos anteriores, previa vista al asesor de menores e incapaces y pedido de informe al Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia, el juez resolverá: 1) el nombramiento de un curador

Asimismo, el tema ha sido previsto en el actual Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Como hemos mencionado, el Proyecto trata de insertar en el derecho interno los principios internacionales en la materia. Así, el artículo 139 establece que

La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela.

Los padres pueden nombrar curadores de sus hijos incapaces o con capacidad restringida en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente...

La norma no plantea dudas y acabaría con cualquier discusión al respecto.

Cambiando el objeto de análisis, las previsiones en materia patrimonial suelen ir acompañadas del otorgamiento simultáneo de otro tipo de actos, como poderes, donaciones con cargo de asistencia (con o sin reserva de usufructo), fideicomisos o rentas vitalicias, entre otros. (Se ha efectuado una gran cantidad de modelos y ejemplos que ilustran la actuación práctica en la materia, a los cuales remitimos). No obstante, ninguna de las figuras planteadas soluciona en forma total los problemas que pueda afrontar el futuro incapaz, y cada una tiene sus fortalezas y debilidades.

El mandato sigue siendo insuficiente para estos casos al no subsistir ante la incapacidad sobreviniente del mandante, más allá de propugnarse su validez hasta que la sentencia que decreta la insania.

En cuanto a las donaciones, el cargo que se le impone al donatario puede no ser cumplido, y resultará un proceso judicial, generalmente largo y costoso, revocarlas o lograr que se cumplan las mandas impuestas. A esto debemos sumarle el problema en la circulación de los bienes si el donatario no resulta ser hijo del donante. Sin embargo, la confianza que la persona generalmente tiene en quien resulta donatario suele justificar el otorgamiento de estos actos.

El fideicomiso tiene como principal barrera que la persona debe desapoderarse de sus bienes. Se han propuesto cláusulas que sometan el fideicomiso a una condición suspensiva, como la declaración de incapacidad del fiduciante, posponiendo la transmisión de los bienes a dicho momento. Esto puede resultar de utilidad, si bien la transmisión de los bienes con posterioridad a la declaración de incapacidad impli-

provisional que recaerá en un abogado de la matrícula, salvo que el juez considerase conveniente designar al propuesto por el propio denunciado en un acto de autoprotección previo"; art. 604: "El juez siempre valorará prioritariamente todo lo dispuesto anticipadamente por el presunto insano, especialmente lo manifestado con relación a la designación o rechazo de determinado curador"; art. 779: "en todos los casos, el juez deberá requerir informe al Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia, quien deberá expedirse acerca de la existencia de disposiciones efectuadas por el interesado en cuanto al discernimiento de su propio curador. De existir estipulaciones de este tipo, el Juez deberá considerarlas especialmente en pos de respetar la voluntad del interesado, siempre que no afecte los derechos de terceros".

cará que será el curador quien deba realizar dicha transmisión, contando necesariamente con autorización judicial a dicho fin.

Quizás, la mejor herramienta de las propuestas es la transferencia de nuda propiedad con cargo de renta vitalicia, en la que se pueden incluir garantías reales o personales y la posibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento. De esta forma, la persona se garantizará una renta fija que pueda ser utilizada por sus curadores a efectos de solventar los posibles gastos de atención, internación, etc. Además, el transmitente cuenta con distintas herramientas para el caso de incumplimiento del deudor de la renta.

Como en todas las cuestiones relativas a la autoprotección, las generalizaciones resultan vanas y habrá que tomar en cuenta las particularidades de cada caso en concreto.

3.3. *Directivas médicas anticipadas*

En general, se llaman directivas médicas anticipadas a una variedad de documentos mediante los cuales una persona civilmente capaz y bioéticamente competente consigna determinadas pautas y/o indicaciones, referentes a cómo deberá procederse a su respecto en materia de la atención médica que se le prestará ante un futuro estado patológico, en caso de incompetencia sobreviniente.¹⁶

En definitiva, se trata del derecho inalienable de toda persona a decidir sobre su propio cuerpo, sobre su salud, en base a su libertad y a su derecho a la autodeterminación; a elegir cómo desea vivir y cómo desea llegar al fin. Se intenta evitar que un estado físico o psíquico que le impida tomar la decisión en el momento de producirse la afección provoque que familiares o médicos actúen en contra de su voluntad, en virtud de que esa voluntad estará previa y expresamente aclarada en un documento que asegure la autenticidad de la declaración.

Más allá de la normativa indicada en el apartado anterior, el derecho a otorgar las directivas anticipadas se funda en un derecho subjetivo previo, que hoy tiene expreso reconocimiento legislativo a nivel nacional. Se trata de la autonomía de la voluntad en la decisión del paciente y en la moderna teoría del consentimiento informado.

Este derecho es reconocido en la doctrina desde larga data como consecuencia de un cambio de paradigma en el ámbito de la ética respecto de la relación médico-paciente. Es en la década de 1970 cuando comienza a ser abandonada la idea de un paciente que debe someterse a las decisiones de los médicos sólo como un objeto de cuidado. Así, se fue abriendo paso a la doctrina de la persona razonable, que implica

16. BLANCO, Luis G., "Directivas médicas anticipadas. La disidencia, admisión y rechazo de tratamientos médicos y el derecho a morir dignamente", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 951, mayo-agosto 2005, pp. 437-461.

reconocerle supremacía al derecho a la autodeterminación del paciente por sobre el deber del médico de preservar la vida, tratando de evitar el llamado encarnizamiento terapéutico.¹⁷

El reconocimiento expreso de estos derechos en materia legislativa se dio en nuestro país recién en el año 2009, con la sanción de la Ley 26.529, que, a su vez, ha sido modificada en el año 2012 por la Ley 26.742 y reglamentada por el Decreto PEN 1089/2012.

La ley reconoce plenamente el derecho personalísimo de todo ser humano a decidir sobre su propio cuerpo y su salud.¹⁸ En su artículo 2, la ley establece los derechos esenciales del paciente, enunciando y describiendo así los derechos de asistencia, a un trato digno y respetuoso, a la intimidad y confidencialidad, a la información sanitaria, a la interconsulta médica y, fundamentalmente, a la autonomía de la voluntad, que resulta el punto esencial de este sistema legal. Este último derecho se encuentra consagrado en el inciso e), modificado recientemente en el marco de la llamada Ley de Muerte Digna (sancionada en 2012 bajo el número 26.742).¹⁹

Esta última modificación incorporó un extremo fundamental: el derecho del paciente terminal a decidir si desea seguir viviendo o no. Hasta ahora, el médico no tenía por qué hacerlo, pero con esta ley sí debe preguntarle al paciente terminal si quiere continuar viviendo así o no. Legalmente, el enfermo tiene otorgada toda la libertad y la responsabilidad de contestar esa pregunta.²⁰

17. El encarnizamiento terapéutico consiste en “retrasar el advenimiento de la muerte por todos los medios, incluso desproporcionados y extraordinarios, aunque no haya esperanza alguna de curación y aunque eso signifique infligir al moribundo unos sufrimientos y penalidades añadidos. El ensañamiento terapéutico supone el uso de terapias inútiles o ineficaces en la relación entre el riesgo y el beneficio y de cara a la curación del enfermo” (AGUELLES SIMÓ, Pau, “Revisando el llamado testamento vital”, en *Cuadernos de Bioética*, Madrid, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, vol. XXI, n° 72, mayo-agosto 2010, pp. 169-183 [citado por TOBAR TORRES, Jenner A., “Las directivas anticipadas, la planificación anticipada de la atención y los derechos a la dignidad y autonomía del paciente. Estado de la cuestión a nivel internacional y su posibilidad de ejercicio en el derecho colombiano”, en *Revista Colombiana de Bioética*, Bogotá, Universidad el Bosque, vol. 7, n° 1, enero-junio 2012, pp. 141-162]).

18. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 28.

19. Art. 2, inc. e: “Autonomía de la voluntad: El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimiento médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a recovar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminar irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

20. LANZÓN, Patricia A., “Modificación de la Ley 26.529, agregado del concepto de muerte digna. El derecho a ser dejado a solas”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 910, octubre-diciembre 2012, pp. 121-132.

El derecho a la autonomía de la voluntad encuentra su acompañamiento en el andamiaje legal en el llamado consentimiento informado, que implica

... una declaración de voluntad efectuada por un paciente por la cual, luego de ser informado suficientemente y de obtener las respuestas apropiadas a sus inquietudes, decide prestar su conformidad a un procedimiento, tratamiento o intervención. La noción comprende dos aspectos: que el médico le revele adecuada información y que obtenga luego el consentimiento del paciente.²¹

Esto reviste una importancia meridiana, pues el ejercicio pleno del derecho a la autonomía de la voluntad implica necesariamente que el paciente tome su decisión luego de haber recibido la información cierta y precisa y en un lenguaje claro acerca de su afección y las consecuencias que puedan derivarse de someterse o no a un determinado tratamiento. En definitiva, la autonomía de la voluntad sin el derecho a la información previa se tornaría en una prerrogativa vacía de contenido y en un riesgo aún mayor para los pacientes. En virtud de ello, los artículos 5 y 6²² de la ley establecen la obligatoriedad de requerir el consentimiento informado del paciente. Asimismo, detallan la información que se le debe brindar previamente a que tome su decisión y describen quiénes pueden tomar esa decisión en el caso de incapacidad del paciente.

Como derivación de estos derechos, se le brinda al paciente la posibilidad de otorgar directivas anticipadas que prevean la propia incapacidad, la falta de discerni-

21. HIGHTON, Elena I., "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, n° 1 "Daños a la persona", pp. 165-212 (citada por LLORENS, LUIS R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 11).

22. Art. 5: "Definición. Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento". Art. 6: "Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario".

miento o cualquier situación que traiga aparejada la imposibilidad de otorgar el consentimiento informado en el caso concreto. Es una derivación directa del derecho a la autoprotección, pues no puede negársele a la persona la posibilidad de planificar el modo en que desea ser tratada en caso de que una afección le impida decidir por sí misma, pues ello plantea una violación del cúmulo de derechos fundamentales que hemos enunciado en el comienzo de este trabajo, especialmente del artículo 19 de la Constitución Nacional, lo cual ha sido reconocido en reiterados fallos judiciales.²³

El artículo 11 de la Ley 26.529 dispone:

Directivas anticipadas. Toda persona capaz, mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. **Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo**, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes...

Es la primera norma que recepta expresamente en el derecho interno argentino alguna de las facetas del derecho de autoprotección.

De más está decir que las directivas anticipadas sólo serán de aplicación en el supuesto de incapacidad sobreviniente del otorgante, temporal o permanente, pues, en caso de que esto no suceda, el paciente seguirá en condiciones de otorgar el consentimiento informado en el caso concreto, más allá de la posibilidad de revocar las directivas en cualquier momento. Esto implica que, en el supuesto de la eventual incapacidad o imposibilidad, el médico está obligado a respetar la voluntad expresada previamente en las directivas anticipadas:

En principio, una directiva de alguien que ya no puede expresarse, que no contempla la revocación, es totalmente irrevocable, a menos que del texto del documento surgieran dudas sobre la expresión de la voluntad, circunstancia que deberá resolverse judicialmente.²⁴

El decreto reglamentario incorpora una cuestión de vital importancia: la posibilidad de nombrar en las directivas anticipadas a un **interlocutor designado** para que, llegado el momento, procure el cumplimiento de sus instrucciones. La importancia radica en que la ley supone que la persona designada por el propio paciente será quien se encuentre en las mejores condiciones para tomar las decisiones de acuerdo a la voluntad de éste. Interpreta que tal designación responde a un vínculo de cercanía preexistente y que los lineamientos de las decisiones a tomar ya han sido debatidos por los involucrados. Es decir, esta posibilidad no hace más que ratificar la importancia de las decisiones tomadas por la propia persona para su propia incapacidad.

23. Ver CSJN, 1/6/2012, "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias".

24. LANZÓN, Patricia A., ob. cit. (cfr. nota 20), p. 129.

El interlocutor designado no agota su función al procurar el cumplimiento de las directivas, sino que será la persona que podrá brindar el consentimiento informado en los casos que escapen a tales directivas.²⁵ Ello es así porque resulta obvio que, al otorgar el acto, el declarante no pueda prever la totalidad de las afecciones que podría padecer ni de los tratamientos aplicables.

La figura evita que las decisiones sean tomadas por los familiares que deberían hacerlo según el orden legal instituido, quienes, por distintas circunstancias, pueden no tener una buena relación con el paciente; así, logra que esto quede a cargo de la persona que mejor comprende al sujeto y a quien seguramente se designa en base a la cercanía, al cuidado y al afecto que se tienen mutuamente. Esto resulta concordante con la doctrina general de los actos de autoprotección y con la citada posibilidad de designar al propio curador para las decisiones patrimoniales.

Asimismo, es destacable la recepción de la figura en el actual Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que en su artículo 60 establece:

La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto a su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

Este artículo implica el reconocimiento legal de las figuras del mandatario para la posterior incapacidad y el interlocutor designado (actualmente regulada sólo por vía reglamentaria), y de la potestad de estos para tomar las decisiones si así se ha expresado.

4. Capacidad para el otorgamiento

En primer lugar, es conveniente repasar los conceptos de **capacidad** y **discernimiento** y la diferencia entre ellos.

La expresión *capaz* es imprecisa en nuestro léxico jurídico. El propio Codificador se refiere como persona incapaz tanto a aquella cuya incapacidad ha sido declarada judicialmente en un juicio de insania como a quien simplemente carece del discernimiento para otorgar actos jurídicos, esto es, aquella persona mayor de edad que no ha sido incapacitada pero que padece de fallas de discernimiento.²⁶ Por ejemplo, el artículo 1045 del Código Civil dispone que “son anulables los actos jurídicos cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental como si por cualquier causa

25. Decreto 1089/2012, art 5: “... habrá consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y no haya designado persona alguna para hacerlo...”

26. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 43.

se hallasen privados de su razón”. En este caso, la palabra *incapacidad* sólo puede ser entendida como sinónimo de incapacidad natural, en la terminología jurídica clásica, o de incompetencia, como se utiliza actualmente en el campo de la bioética.

El concepto de discernimiento tampoco resulta preciso. En general, los autores lo vinculan con la capacidad de comprender las consecuencias jurídicas del acto otorgado y con la capacidad de abstraer y de distinguir lo lícito de lo ilícito. Esa aptitud para discernir se relaciona y valora siempre en relación con el acto concreto a otorgar, en un tiempo y lugar determinados.²⁷

Recordamos que, si no se reúne el requisito de su declaración judicial, es impropio decir de una persona que es incapaz. Sin embargo, lo cierto es que no existe en el ámbito jurídico un léxico apropiado para designar a quien carece de discernimiento suficiente para otorgar negocios jurídicos y que no ha sido “incapacitado por sentencia judicial” o “beneficiado por un régimen de protección”²⁸.

En resumen: la capacidad es una cuestión de la ley, una categoría jurídica, y el discernimiento y sus grados constituyen una cuestión de la naturaleza que el operador jurídico debe considerar. El hecho de que una persona carezca, de la manera más absoluta imaginable, de la aptitud de discernir y de expresar sus deseos sólo le impide otorgar actos jurídicos (art. 1045, CCIV; acto anulable) y no le ocasiona una falta de capacidad en tanto en cuanto la ley o el juez así no lo declaren. Así, en el régimen velezano, si un incapaz otorga un acto jurídico, ese acto será nulo (art. 1044), mientras que, si una persona capaz otorga un acto sin el discernimiento necesario al momento de otorgarlo, el acto ha de ser anulable (art. 1045) por falta de discernimiento pero no de capacidad.²⁹

En definitiva, la protección de los derechos fundamentales de las personas, en especial de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, exige claridad en esta materia, en la que esta confusión de conceptos persistió históricamente. Sólo la ley o una sentencia judicial pueden restringir la capacidad de ejercicio de una persona y no puede hacerlo de manera generalizada ni absoluta. Tal como lo manda nuestra legislación vigente, las limitaciones deben ser excepcionales y determinar los actos y funciones que comprenden.

Respecto de los sujetos que pueden otorgar directivas anticipadas, el artículo 11 de la Ley 26.529 dispone que “toda persona **capaz, mayor de edad** puede disponer directivas anticipadas sobre su salud. **Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo...**”. Como exponen los escribanos Llorens y Rajmil,³⁰ si bien falta la conjunción y entre las palabras *capaz* y *mayor*, ello no resulta óbice para afirmar que

27. LLORENS, Luis R., ob. cit. (cfr. nota 2).

28. Cfr. nota 21.

29. RAJMIL, Alicia B., “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos vinculados al régimen jurídico de capacidad de las personas”, Rosario, [s.e.], 2012 (ponencia presentada ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación).

30. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 31 y ss.

la ley pide ambos requisitos, esto es, capacidad y mayoría de edad para que la directiva anticipada sea de **cumplimiento obligatorio** para el médico.

Capaz refiere a toda persona que se halla en pleno uso de su discernimiento y que, además, no se encuentra interdicta por una sentencia que la incapacite. Por tal motivo, resulta una expresión redundante, porque el discernimiento junto con la intención y la libertad son requisitos de todo acto jurídico. *Mayor de edad* es quien ha cumplido los dieciocho años de edad; sin embargo, el sistema de la mayoría de edad en fechas fijas y determinadas está en crisis.

En función de los nuevos paradigmas que portan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país, **la capacidad es la regla**. Deben tenerse especialmente en cuenta los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en tanto en cuanto no admiten, en ningún caso, que el menor o el mayor sujeto a un régimen de protección sea privado de ejercer sus derechos por sí mismo mientras tenga aptitudes suficientes para ello y los derechos a opinar, a ser oído y a que su opinión sea, al menos, tenida en cuenta. Por ello,

... el requisito de que el otorgante sea capaz y mayor de edad para otorgar directivas anticipadas es un requisito necesario para que la misma sea obligatoria para el médico tratante. Empero, si la directiva anticipada fue otorgada por un menor de edad o un débil mental (aun insano declarado), no será inválida y deberá ser escuchada y tenida en cuenta **de acuerdo con las circunstancias del caso**, en función de las disposiciones del art. 2, inc. e de la misma ley, de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Nacional 26.061, y la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.³¹

La opinión transcrita anteriormente tiene el inmenso mérito de interpretar la normativa desde un punto de vista conciliador entre las distintas fuentes del derecho aplicable en la materia. Lamentablemente, la reglamentación de la ley en cuestión realizada por el Poder Ejecutivo puede llevar a interpretar esto en sentido contrario. El Decreto 1089/2012 dice en el séptimo párrafo de su artículo 11: “no se tendrán por válidas las directivas anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento”. Creemos que esta disposición en nada obsta la interpretación transcrita anteriormente, pues el juez, en el caso concreto, deberá igualmente tener en cuenta dichas manifestaciones, en virtud de la jerarquía de las normas en cuestión.

Retomando la diferenciación entre competencia y capacidad (utilizando la primera para referirnos al ejercicio de los actos personalísimos y la segunda para los actos contractuales), y teniendo en cuenta la variabilidad del contenido de los actos de autoprotección (cuestiones patrimoniales y extrapatrimoniales), entendemos que,

31. Ídem, p. 33.

en principio, no habría inconveniente en que un menor se presente en la escribanía a otorgar un acto de autoprotección con contenido extrapatrimonial. Respecto de un incapaz, si la sentencia que declara la incapacidad no prohíbe otorgar actos de autoprotección, entonces éstos están permitidos, de acuerdo con el artículo 152 ter del Código Civil.

Por supuesto, siempre estará en manos del escribano analizar en cada caso concreto el discernimiento del otorgante, pero debemos luchar contra el miedo producido por el paradigma rígido de capacidad-incapacidad y tener en cuenta la necesidad del requirente a la luz de los principios supraleales. Lo contrario comportaría una injusticia. Pongamos por ejemplo la situación de un menor de dieciséis años que padece una enfermedad terminal y acude a la escribanía –incluso acompañado por sus padres– a otorgar directivas anticipadas en materias de salud. Ello deberá eventualmente ser tenido en cuenta por el juez, máxime si al momento de tener que decidir el menor se encuentra en un estado de inconsciencia profunda.

5. Forma del acto de autoprotección

En principio, no existe en la legislación nacional una forma impuesta para este tipo de actos jurídicos, consecuencia lógica de la falta de regulación de la figura en términos generales. Como excepción, podemos marcar los requisitos que la Ley 26.529 y su decreto reglamentario imponen en materia de directivas médicas anticipadas y los que establecen algunas normativas locales –luego las citaremos–.

No obstante la libertad de forma existente, creemos acertada la doctrina que no ahorra esfuerzos en recomendar la escritura pública como la forma instrumental más adecuada para este tipo de actos, en virtud de su especialísimo contenido:

Cuando la emisión de voluntad se refiere a cuestiones de tanta trascendencia y destinada a personas, lugar y tiempo que pueden ser indeterminados, no existe en el sistema jurídico argentino otro instrumento más adecuado que el notarial. La escritura pública es el medio idóneo y eficaz para dejar constancia de estas decisiones, dado que asegura su autenticidad, hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga fecha cierta y matricidad al documento, protegiéndolo así ante la posibilidad de alteración o pérdida.³²

Agregamos a las ventajas citadas la posibilidad de que sea otorgada por quien no puede firmar, mediante la utilización de la firma a ruego.

Hace además a la seriedad del asunto. Cuando el interesado, íntimamente preocupado por estos temas, se sienta frente a un escribano, pretende que éste le explique las posibi-

32. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 60. Los autores citan a ANSÓ, Adriana L. y otros, "Actos de autoprotección. Directivas anticipadas", en *Cuadernos del Instituto de Derecho Notarial*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2ª circunscripción, nº 6, p. 70.

lidades y las consecuencias del acto que está meditando hacer, que mantenga el secreto profesional, que extienda un documento que no se extravíe y que no deje dudas sobre la fecha y voluntad de quien lo dictó. Nada de esto sucede cuando el escribano interviene solamente a los fines de certificar la firma del interesado, porque dicha actuación no juzga sobre el contenido. Además, en ese caso, el escribano no conserva copia del instrumento ni lo inscribe en el registro pertinente.³³

En efecto, el contenido de los actos de autoprotección hace que cada caso sea único, como la persona que lo otorga. La cantidad de particularidades, de variables a considerar para una situación tan especial como la de prever la propia falta de discernimiento implica que

... este documento no puede consistir en un mero formulario, burocrático y automático –al decir de la Dra. De Carlucci–; si así fuese, se incumpliría la finalidad propia de esta figura, “que escapa de todo molde, de toda posible protocolización y enlaza con la individualidad de cada uno”.³⁴

5.1. *Forma y demás requisitos instrumentales en materia de directivas médicas anticipadas*

Como hemos expresado, la materia de las directivas anticipadas se diferencia hoy del resto de los posibles contenidos de los actos de autoprotección por estar expresamente regulada a nivel nacional. La forma no se escapa de esta circunstancia: la legislación impone la forma escrita, la presencia de testigos instrumentales, el otorgamiento ante escribano o juez y otros requisitos.³⁵

A partir de la lectura de esta legislación, no cabe duda respecto de las posibilidades otorgadas al paciente. Deberá efectuar el acto en forma escrita. Podrá hacerlo ante un juzgado de primera instancia o ante escribano, y, en este último caso, podrá recurrir a la escritura pública o a la certificación de firmas en instrumento privado.

33. LANZÓN, Patricia A., ob. cit. (cfr. nota 20), p. 129.

34. LANZÓN, Patricia A., “Actos de autoprotección”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 896, abril-junio 2009, pp. 233-240.

35. Art. 11 Ley 26.529: “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.” Asimismo, la reglamentación del citado artículo en el Decreto 1089/2012 en sus partes pertinentes dice: “El paciente debe arbitrar los recaudos para que sus directivas anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores si las hubiera, así como ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento, y éstas deben con su firma documentar que consienten representarlo. Las directivas anticipadas con intervención de un escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente, de dos testigos, o en su caso de la o las personas que éste autorice a representarlo en el futuro, y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo”.

En todos los casos deberá contar con dos testigos instrumentales y la aceptación expresa de las personas que designe para representarla.

Estas normas merecen varias críticas. En primer lugar, la equiparación de la escritura pública a la certificación de firmas en un instrumento privado no resulta del todo feliz; los argumentos vertidos anteriormente dejan ver las enormes distancias que existen entre ambas. La imposición de los testigos instrumentales resulta una consecuencia de las posibilidades brindadas; de haberse impuesto la escritura pública, esto no hubiese sido necesario. Vale decir que estos testigos deberán cumplir con los requisitos del artículo 990 del Código Civil en caso de que el acto se otorgue por escritura pública.

No obstante, sin duda, el mayor error en la reglamentación es el requisito de la aceptación expresa por parte de las personas designadas para representarla. En muchos casos este requisito sería un obstáculo; por ejemplo, si la persona designada no vive en el mismo lugar que el otorgante. Por otro lado, pueden designarse varias personas para que actúen en forma conjunta o con carácter de sustitutas, en un orden de prelación. No creemos que haya sido necesario imponer que todas estas personas comparezcan al otorgamiento de las directivas anticipadas; y sostenemos, de todas formas, que la omisión de la aceptación expresa no es óbice para la validez del acto, pues ello implicaría una desnaturalización de los requisitos legales por parte de la reglamentación. En esos casos, la posterior aceptación, incluso tácita, al momento de ejercer la representación designada debería considerarse plenamente válida.

Asimismo, la reglamentación impone otros requisitos en cuanto al contenido del documento, como el de que los testigos

... en el mismo texto de las directivas anticipadas, deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlos, y rubricarlos, sin perjuicio del deber del propio paciente-otorgante de manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad.

Respecto de la revocación de las directivas anticipadas, la reglamentación impone, en principio, los mismos requisitos que para su otorgamiento, pero plantea la siguiente excepción:

Si el paciente no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal con la presencia de dos testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante.

Así, la norma intenta salvaguardar el derecho del paciente a expresar su voluntad hasta la última instancia y de cualquier forma.³⁶

36. LANZÓN, Patricia A., ob. cit. (cfr. nota 20), p. 129.

Desde el punto de vista de las normativas locales, son varios los reglamentos de registros de actos de autoprotección que imponen el requisito de la escritura pública para la registración; la mayoría de ellos, anteriores a la reciente modificación y reglamentación de la Ley Nacional 26.529.

Resulta interesante destacar la Resolución 66/2012 del Colegio de Escribanos de la Provincia de Chaco, que es posterior a la citada reforma y dispone en su artículo primero que “conforme artículo 2° del reglamento del Registro de Actos de Autoprotección [...] deben ser realizados en escritura pública a los fines de inscripción en el registro creado al efecto”. Como dijimos, la resolución fue sancionada con posterioridad al dictado de la Ley 26.742, y el reglamento del registro es anterior a dicha norma.

Si bien sólo se impone el requisito a efectos de hacer posible su inscripción en el registro y no juzga sobre la validez del acto, no nos parece acertado excluir las directivas anticipadas que se otorguen en instrumento privado (en legal forma conforme la normativa nacional) de la posibilidad de inscripción, pues esta cuestión resulta muy trascendente para la eficacia plena del acto otorgado. En tal sentido, consideramos acertada la última modificación al reglamento del Registro de Actos de Autoprotección del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, que incorpora expresamente la posibilidad de inscribir actos otorgados en instrumentos privados.

6. Registración

Este punto resulta de vital importancia en el tema. Si hasta ahora hemos analizado los fundamentos del derecho sustancial que permiten otorgar actos en previsión de la propia incapacidad, el tema de la registración se enmarca en una problemática no menor, esto es, lograr la plena eficacia de los actos otorgados.

De nada servirá todo el estudio y los avances en la materia si no podemos lograr que el contenido de los actos que se otorgan llegue al conocimiento de las personas a las cuales van dirigidos, es decir, los médicos tratantes, los jueces y las personas designadas para las cuestiones patrimoniales o médicas.

Fue el interés temprano del notariado en la materia el que ha propugnado y logrado la proliferación de los actuales registros de actos de autoprotección, que funcionan en varias provincias, bajo la órbita de sus respectivos colegios de escribanos. Se ha seguido el camino recorrido hace varias décadas con los registros de testamentos, creación también de los respectivos colegios, los que con el tiempo fueron logrando su reconocimiento legislativo y su funcionalidad en los procesos judiciales pertinentes.

Las leyes orgánicas de todos los colegios notariales contemplan expresas atribuciones para la adopción de resoluciones tendientes a lograr una mayor eficacia en los servicios notariales. Esto constituye un valioso soporte normativo que legitima

ampliamente la creación de los registros.³⁷ Ya en el año 1999, los escribanos Llorens y Taiana de Brandi propiciaron la utilización de la estructura de los registros de testamentos a efectos de registrar actos de autoprotección y hacer lo propio con el Centro Nacional de Registros de Actos de Última Voluntad, creado por el Consejo Federal del Notariado Argentino.³⁸

La demarcación pionera en la materia fue la provincia de Buenos Aires, cuyo Colegio de Escribanos creó el primer registro de actos de autoprotección en el año 2004. Este registro comenzó a funcionar en el año 2005 y alcanzó reconocimiento legislativo a nivel local en 2010, con la sanción de la Ley 14.154. Posteriormente, fueron creados los registros de Santa Fe-2ª circunscripción en 2006; Entre Ríos, Chaco y Córdoba en 2007; y San Juan, Ciudad de Buenos Aires, Salta, Tierra del Fuego, Santa Cruz, Catamarca y Santa Fe-1ª circunscripción en 2009. Asimismo, en el año 2009, el Consejo Federal del Notariado Argentino creó el Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección para registrar y brindar información sobre los actos registrados en cualquier demarcación del país.

Como hemos señalado, en la provincia de Chaco se logró el reconocimiento legislativo de los citados registros en el año 2008, mediante la sanción de la Ley 6212, que modificó el Código Procesal e instauró como requisito previo en todo proceso de insania la solicitud de un informe al registro.

La mayoría de los registros admiten la inscripción de actos de autoprotección en la medida en que hayan sido otorgados en escritura pública. Como hemos mencionado anteriormente, creemos que la última modificación de la Ley 26.529 y su reglamentación (Decreto 1089/2012) ameritan que dichos registros acepten la inscripción de actos otorgados en instrumento privado. La convicción acerca de la conveniencia de la escritura pública para estos supuestos no puede convertirse en un desconocimiento del derecho que hoy tienen los ciudadanos de otorgar los actos por otros medios instrumentales, que resulta contraproducente con el interés y el aporte que el notariado siempre ha mostrado hacia el tema en cuestión.

Los registros protegen la reserva del caso, estipulando la legitimación para la inscripción y para la solicitud de informes en forma restrictiva. Se brinda la posibilidad de inscribir a solicitud del otorgante o del escribano autorizante o incluso, en algunos casos, de las personas designadas en los instrumentos. Los informes se efectúan a pedido del interesado, el juez competente y las personas habilitadas en el instrumento; algunas reglamentaciones permiten también que sean solicitados por el titular del establecimiento médico donde se trata el paciente.

En cuanto a la información a registrar, se solicitan los datos del instrumento (fecha, datos de la escritura, registro y lugar de guarda en su caso), del otorgante, de las

37. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 63.

38. LLORENS, Luis R. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., "El derecho de autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 857, julio-septiembre 1999, pp. 21-33.

personas autorizadas a tomar decisiones en materia de salud y/o designadas como curadores. Asimismo, algunos reglamentos prevén la inscripción de las cláusulas relativas a las directivas médicas anticipadas, mediante su transcripción (previa autorización expresa del otorgante en el mismo instrumento).³⁹

Como vemos, en la última década el notariado y los colegios han logrado grandes avances en el tema, que se incrementarán con el tiempo. Y creemos que también se obtendrán los reconocimientos legislativos que la materia amerita, a efectos de lograr la plena eficacia de este tipo de actos.

El Decreto 1089/2012 es la primera norma que reconoce a nivel nacional la existencia de los registros creados por los colegios notariales y convalida su actuación.⁴⁰ La norma otorga la posibilidad de crear los registros (reconociendo tácitamente la validez de los ya existentes) y también promueve la creación de registros en el ámbito judicial. Asimismo, reconoce la posibilidad de que existan otros registros creados por normativas locales. No obstante, consideramos que no resulta conveniente la superposición de registros en distintos ámbitos. La mayoría de las provincias cuenta hoy con registros que funcionan en forma eficiente en sus colegios de escribanos o que se encuentran en proceso de creación y puesta en marcha. Esto último se relaciona con las normativas provinciales que han reconocido, en forma previa y posterior a las leyes 26.529 y 26.742, la potestad de otorgar directivas médicas anticipadas y han creado registros de estas directivas en el ámbito de sus respectivos ministerios de salud,⁴¹ lo que resulta inoportuno.⁴²

Resta comentar que el Decreto 1089/2012 ordena la inscripción de las directivas médicas anticipadas en la historia clínica del paciente. Esta decisión nos parece acertada, pues su ventaja resulta adecuada en torno a lograr el rápido y adecuado conocimiento por parte de los médicos tratantes. No creemos que esta registración resulte una innecesaria superposición con los registros ya existentes, pero –como hemos mencionado– la agregación de disposiciones que nada tienen que ver con la salud en

39. Por ejemplo: Resolución 66/2012 del Colegio de Escribanos de la Provincia de Chaco.

40. El último párrafo del reglamento del art. 11 dice: “Los escribanos, a través de sus entidades representativas, y las autoridades judiciales, a través de las instancias competentes, podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente”.

41. Ver: Ley 2611 de Neuquén; Ley 10.058 de Córdoba; Ley 4263 de Río Negro.

42. “La creación en el área de la administración pública generaría, sin duda, aumento de burocracia, gastos al erario público y, por supuesto, no otorgaría las seguridades que requiere la naturaleza de los actos a inscribir. Estas propuestas no encuentran justificativo alguno en provincias que cuentan con los registros de actos de autoprotección creados por los respectivos colegios notariales, funcionando eficazmente, sin dificultades administrativas y sin generar gastos al Estado ni a los usuarios [...] Es evidente que el registro en el Ministerio de Salud no resulta práctico ni eficaz y que está sometido a los vaivenes administrativos inevitables en dicho ámbito. [...] mediante convenios con los colegios notariales es posible organizar una fluida comunicación entre los registros de actos de autoprotección y el Ministerio de Salud, para facilitar el acceso rápido y eficiente a la información por parte de los sectores de salud [...] Por otro lado, inscribir en el Ministerio de Salud directivas que nada tienen que ver con su incumbencia, además de ser absurdo, viola el respeto a la privacidad y la debida reserva a esta clase de actos, que atañen a la esfera más íntima de la persona” (LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], pp. 66-67).

la historia clínica merece el mismo comentario citado anteriormente respecto de la privacidad del paciente. Por el momento, nos parece que esta crítica no es suficiente para desmerecer la ventaja que ofrece dicho registro en la historia clínica. El avance y el desenvolvimiento del tema irán dictando el camino a seguir.

7. Modelo de escritura

Como aclaración previa, se debe tener en cuenta que los modelos existentes en materia de autoprotección constituyen, más que nada, una guía para el instrumentador y deben estar lejos de convertirse en un mero formulario.

Cada caso particular en esta materia es único e irrepetible, pues la historia, los deseos, el patrimonio, las convicciones y las demás cuestiones personales que encierran estos actos implican la necesidad de que el notario preste especial atención. Por ello, se recomienda efectuar reiteradas audiencias preliminares con el requirente y con las personas que éste desee que participen del proceso, un asesoramiento adecuado y elaborar, leer, explicar y reelaborar la redacción, conforme a los comentarios –y reiterar este proceso cuantas veces sea necesario–.

A continuación, se presenta un modelo para el caso particular de una persona sin familia directa. Se basó en los diversos modelos que el notariado ha brindado hasta ahora⁴³ y agrega, quizás como única novedad, el uso de la terminología brindada por la Ley 26.529 (modificada por la Ley 26.742) y su decreto reglamentario.

DISPOSICIONES Y ESTIPULACIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD⁴⁴. PÉREZ, Juan. Escritura número [...]. En [...], a los [...] días del mes de [...] del año [...], ante mí, escribano/a autorizante, COMPARECEN: Juan Pérez [...]. Como testigos instrumentales lo hacen [...] y [...] ⁴⁵; y, a efectos de aceptar los cargos que les serán conferidos, lo hacen Claudia M., y Martín H. Los comparecientes justifican su identidad con los citados documentos, de conformidad al artículo 1002, inciso “c” del Código Civil. Y el señor Juan Pérez EXPRESA: I) MANIFESTACIONES PRELIMINARES: a) que viene por la presente a establecer las disposiciones y estipulaciones que considera necesarias para el supuesto de que una enfermedad mental, física, sensorial, un accidente o simplemente su avanzada edad le impidan en forma transitoria o permanente gobernar su persona o sus bienes o tomar las decisiones necesarias respecto de su salud; b) que funda su

43. Ver en particular los modelos elaborados por los notarios Nelly A. Taiana de Brandi, Luis R. Llorens, Alicia R. Rajmil, Gastón R. Di Castelnuovo, y los de la Comisión de Autoprotección del Consejo Federal del Notariado Argentino y el Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2ª circunscripción.

44. Cada profesional podrá utilizar la expresión que más se adapte a sus convicciones. En lugar de incapacidad, son opciones válidas la falta de discernimiento o competencia. Algunos modelos incorporan en el membrete la denominación “directivas anticipadas” para referirse a las cuestiones de salud. Creemos que la unicidad del acto jurídico que se otorga hace innecesaria esta distinción.

45. Testigos instrumentales conforme al art. 11 de la Ley 26.529.

derecho a otorgar el presente acto en los principios y derechos establecidos en la Constitución Nacional, los tratados internacionales –especialmente, en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad– y las leyes 26.657 y 26.529, sus modificatorias y reglamentaciones; c) que el presente otorgamiento es el resultado de un profundo análisis, y las disposiciones que efectuará son en su entender las más convenientes para su persona, su salud y sus bienes; d) que es mayor de edad, plenamente capaz y cuenta con la competencia y el discernimiento necesarios para el presente otorgamiento;⁴⁶ e) que es de estado civil soltero y que no posee ascendiente, descendientes, ni más familia directa que su sobrina Sandra Pérez, hija de su fallecido hermano Pedro, con quien mantiene un trato cordial, pero que nunca ha mostrado preocupación por su situación personal ni por sus necesidades; f) que desde hace diez años es acompañada y asistida por la señora Claudia M. y por su hijo, Martín H., quienes, si bien no mantienen con él vínculo sanguíneo ni familiar de ningún tipo, han sido sus más cercanos amigos y quienes han estado a su lado en los momentos difíciles de su vida y son, sin ninguna duda, las personas que mejor conocen sus preferencias, necesidades y deseos; g) que, por los motivos antedichos, en la fecha ha otorgado ante mí testamento por acto público, instituyendo como su única y universal heredera a la señora Claudia M., y, para el supuesto de prefallecimiento de ésta, a su nombrado hijo, Martín H.; II) ESTIPULACIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD O FALTA DE DISCERNIMIENTO: que, en virtud de las consideraciones antedichas y para el supuesto de su incapacidad o falta de discernimiento, por la presente DISPONE: Primero. Disposiciones para la vida cotidiana: a) que mientras sea posible desea seguir viviendo en su casa, sita en la calle [...], con el cuidado y control de la señora Claudia M. y su hijo, Martín H.; b) que, ante el supuesto de volverse dependiente y mientras ello sea posible, lo mantengan en su citada casa, con la atención del personal necesario y especializado para su cuidado y atención; c) que, en caso de no ser posible continuar habitando en su hogar, sea internada en el instituto geriátrico [...] o aquel que la señora Claudia M. o su hijo, Martín, consideren conveniente; d) que es su voluntad que en cualquiera de las situaciones antedichas se respete su calidad de vida, sus costumbres, se mantenga su aseo, alimentación, vestimenta y cuidados de acuerdo a su gusto; d) que se mantenga su cobertura y plan de salud con la empresa [...]. Segundo. Disposiciones en materia de salud: a) que, en el caso de que requiera ser hospitalizado y/o internado, transitoria o permanentemente, sometido a cirugía o a cualquier tratamiento que fuera necesario se le realice, sean las personas mencionadas en la cláusula tercera las que otorguen el consentimiento debido, siendo sus “interlocutores”⁴⁷, en el orden establecido en dicha cláusula; b) que autoriza a las citadas personas a agregar oportunamente la presente escritura a su historia clínica;⁴⁸ c) que, no obstante la posibilidad de que las personas designadas anteriormente decidan en el caso concreto de acuerdo a las circunstancias, desea que éstas y los profesionales tratantes respeten en principio las siguientes directivas: 1) que sea atendido en la clínica [...] por

46. Mención necesaria conforme a lo dispuesto por el Decreto 1089/2012.

47. Creemos que estas menciones alcanzan para dar a persona el carácter de interlocutor designado conforme al Decreto 1089/2012.

48. Conforme al Decreto 1089/2012.

los especialistas que lo han atendido a lo largo de estos últimos años, a saber: médico de cabecera: [...], cardiólogo [...] [etc.]; 2) que en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, encontrarse en un estadio terminal o sufrir lesiones que lo coloquen en igual situación, RECHAZA cualquier tipo de procedimiento quirúrgico, de hidratación, alimentación, reanimación artificial o soporte vital cuando éstos resulten extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría o produzcan un sufrimiento desmesurado; 3) que RECHAZA los procedimientos de hidratación y alimentación asistida cuando éstos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo del estadio nombrado en el punto anterior; 4) en todos los casos, deberán mantenerse aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del dolor y sufrimiento del paciente.⁴⁹ Tercero. Designación de curador: a) que, para el supuesto de incapacidad o inhabilitación, desea se designe como curadora, provisoria y luego definitiva, a la citada señora Claudia M., y, para el supuesto de que ésta no pueda aceptar, al citado señor Martín H., en virtud de los motivos anteriormente expresados; b) que autoriza a las nombradas personas a proceder, en el momento oportuno, a la apertura del proceso judicial de insania o inhabilitación; c) que rechaza el nombramiento como curador provisorio de un abogado de la matrícula, por considerar que las personas designadas son quienes tienen verdadero conocimiento de su situación, sus anhelos y necesidades, y no desea que su futuro quede en manos de una persona “extraña a su entorno”; d) que, por los motivos antedichos, no desea que se nombre curadora a su sobrina Sandra Pérez. Cuarto. Disposiciones patrimoniales: a) que posee en la actualidad los siguientes bienes e ingresos: [*describir patrimonio, jubilaciones y pensiones, y demás ingresos que pueda tener la persona y que sean del caso*]; b) que, ante su eventual incapacidad, desea que los curadores designados en la cláusula anterior administren su patrimonio en la forma y con el cuidado que el otorgante ha mostrado a lo largo de su vida, respetando en principio las siguientes instrucciones: 1) los haberes jubilatorios y la renta mensual de los bienes descriptos deberán ser utilizadas para el mantenimiento de los gastos del compareciente, internaciones, establecimientos asistenciales o geriátricos, personal de asistencia, obra social, y en fin, para mantener el nivel y calidad de vida, conforme a lo estipulado en la cláusula primera; el remante de sus ingresos deberá ser depositado su citada caja de ahorro; 2) que sus inmuebles, en especial su casa-habitación, no sean enajenados, continuando con la locación de éstos últimos como medio de renta para los citados gastos. En caso de ser necesario y con la autorización judicial pertinente, podrá procederse a la venta de los bienes, en el siguiente orden: [...]. Quinto. Disposiciones sobre su cuerpo:⁵⁰ que, ante su fallecimiento, desea que las personas mencionadas en la cláusula tercera procedan en la siguiente forma: a) que sus restos sean velados en [...]; b) que se celebre una misa en su memoria en la parroquia [...]; c) que sus restos sean cremados y esparcidos en [...]. Sexto. Disposiciones finales: a) que, ante el acaecimiento de alguna de las circunstancias previstas en el presente otorgamiento, es su voluntad que las personas designadas, así como los profesionales intervi-

49. Esta expresión resulta de buena práctica, pero creemos que es innecesaria por ser una obligación del médico tratante.

50. Este tipo de disposiciones, para ser aplicadas con posterioridad al fallecimiento, no deben referirse a cuestiones patrimoniales, las que deberán instrumentarse por vía testamentaria.

nientes en materia de salud, y los magistrados que deban intervenir respeten la voluntad dispuesta en el presente, en base a los motivos anteriormente expresados; b) que revoca y deja sin efecto cualquier otra disposición que anteriormente haya efectuado para su eventual incapacidad y/o en carácter de directiva médica anticipada;⁵¹ c) que autoriza al escribano interviniente a inscribir la presente en el Registro de Actos de Autoprotección del Colegio de Escribanos, así como a transcribir en la minuta respectiva las declaraciones concernientes a directivas de salud;⁵² d) que solicita al citado escribano interviniente expida copia de la presente para los citados señores Claudia M. y Martín H.; e) que autoriza a Claudia M. y Martín H., a los médicos tratantes y a las autoridades de la clínica [...] a solicitar informes al citado Registro de Actos de Autoprotección y a solicitar copias de la presente escritura. ACEPTACIÓN DE CARGOS: los señores Claudia M. y Martín H. manifiestan que aceptan expresamente los cargos y funciones para los cuales han sido designados en el presente por el señor Juan Pérez y que consienten representarlo, respetando en cuanto sea posible las instrucciones recibidas.⁵³ DECLARACIÓN DE LOS TESTIGOS: los señores [...] y [...] manifiestan que han estado presentes durante todo el acto, que conocen al señor Juan Pérez y que les consta la capacidad, discernimiento y competencia de éste para efectuar el presente otorgamiento.⁵⁴ CONSTANCIAS NOTARIALES: yo, escribano autorizante, hago constar que he advertido al otorgante que, eventualmente, las disposiciones para su propia incapacidad formuladas en esta escritura quedan sujetas a una posible resolución judicial al respecto, así como a la decisión de sus destinatarios o parientes, y/o al dictado de una modificación posterior de la ley que reglamenta esta especie de actos.⁵⁵ LEO a los comparecientes, quienes firman de conformidad, ante mí, doy fe.

8. Jurisprudencia

Existen en la actualidad fallos en materia de directivas médicas anticipadas. Destacamos los que significan un avance en el tema y se fundamentan en los principios que hemos resaltado a lo largo de este trabajo. Empero, comenzaremos analizando el caso “Bahamondez” de la Corte Federal, en virtud de la frecuente referencia que los fallos de la última década efectúan a él y porque, si bien no alude a las directivas anticipadas, aborda el tema de la autodeterminación sobre el propio cuerpo.

51. Declaración necesaria conforme al Decreto 1089/2012.

52. Necesario en aquellos distritos que prevén la posibilidad de incluir dichas declaraciones en la minuta de inscripción.

53. No obstante las aclaraciones formuladas en el presente trabajo, la aceptación del cargo en cuestiones de salud resulta obligatoria conforme al Decreto 1089/2012.

54. Declaración necesaria conforme al Decreto 1089/2012.

55. Constancia necesaria en la demarcación de Ciudad de Buenos Aires, conforme a la última modificación del reglamento del Registro de Actos de Autoprotección. Consideramos que ésta no resulta necesaria y, muy por el contrario, perjudica el acto. La jerarquía de la normativa aludida en el presente trabajo a fin de fundamentar los actos de autoprotección torna esta aclaración una excesiva reserva de responsabilidad por parte del notariado. No creemos que ninguna modificación a la legislación actual pueda alterar esta situación.

8.1. CSJN, 6/4/1993, "Bahamondez, Marcelo"⁵⁶

Marcelo Bahamondez había sido internado por padecer una hemorragia digestiva. Aun ante la posibilidad de poner en riesgo su vida, éste decide no someterse a ningún tipo de transfusión de sangre por pertenecer al culto Testigo de Jehová, que no permite dichas prácticas. La Corte denegó la viabilidad del recurso extraordinario por falta de un agravio actual al momento del decisorio, pues el recurrente había sido dado de alta de dicho cuadro hacía mucho tiempo. No obstante, los votos en disidencia de los doctores Belluscio y Petracchi y aun los votos concurrentes de los ministros Fayt y Barra han marcado una doctrina que permanece hasta hoy como caso testigo en la materia de autodeterminación sobre el propio cuerpo.⁵⁷

Se destaca de estos votos la especial referencia a la autonomía personal que brinda el artículo 19 de la Carta Magna y que es especialmente en estos casos donde se aprecia claramente la operatividad de esta prerrogativa, pues lo contrario implicaría vaciarla de contenido y decir que sólo es aplicable a situaciones sin trascendencia en el mundo exterior.

56. Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 1993-D, p. 130; *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 153, p. 254.

57. "3) Que la Cámara, al configurar el pronunciamiento de la instancia anterior, sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un 'suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano mediante un acto, sino por la omisión propia del suicida' que no admitía tratamiento y de ese modo se dejaba morir. Señaló el tribunal que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resulta posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma...". "11) Que [...] el art. 19 de la Ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán -entre otras obligaciones- 'respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse...', con excepción de los supuestos que allí expresamente se contemplan. La recta interpretación de la citada disposición legal aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Ello, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente, en la que obviamente le es vedado ingresar al tribunal, en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, en la más elemental de sus interpretaciones". "12) [...] Además del señorío sobre las cosas que deriva de la propiedad o del contrato -derechos reales, derechos de crédito y de familia-, está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre". (Del voto de los doctores Fayt y Barra).

"8) Que la Corte ha tenido oportunidad de dejar claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros...". "9) [...] la posibilidad de que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho de la autonomía individual, fundamento éste sobre el que reposa la democracia constitucional". "13) Que, de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros. Una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior". (Del voto en disidencia de los doctores Belluscio y Petracchi).

8.2. *SC Buenos Aires, 9/2/2005, "S., M. d. C."*⁵⁸

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires debió pronunciarse sobre el pedido que el curador y el cónyuge de un paciente efectuaron para desconectar a una persona que se encontraba bajo un estado vegetativo permanente e irreversible. La paciente no había dictado disposiciones anticipadas y tampoco era verificable en forma indubitada que ésa fuera la voluntad que había manifestado al respecto.

Si bien la resolución del tribunal resultó denegatoria, sus fundamentos resultan de interés para este trabajo, pues varios de los ministros abordaron el tema de las directivas anticipadas. Hicieron un profundo análisis del tema y dieron a entender que si en el caso concreto hubiesen existido tales directivas, la decisión habría sido favorable. Se destaca de los votos del doctor Roncoroni y de la doctora Kogan la afirmación contundente respecto del derecho de toda persona para otorgar directivas anticipadas, aun con anterioridad a la vigencia de la Ley 26.529.⁵⁹

8.3. *Juzg. Crim. Corr. de Transición n° 1 Mar del Plata, 25/7/2005, "M."*⁶⁰

Este fallo, también anterior a la sanción de la Ley 26.529 y dictado por el juez Pedro F. Hooft, es el primero que reconoce la validez de las directivas anticipadas otorgadas mediante escritura pública.

58. Publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 212, p. 551; *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2005-B, p. 267.

59. "1) [...] toda persona adulta, libre, consciente y en su sano juicio tiene el derecho (la libertad) de rechazar o suspender el tratamiento de una enfermedad que le es aconsejado o aplicado por profesionales del arte de curar, aun a sabiendas de que ello lo conducirá a la muerte". "6) [...] ha de prestarse oídos a tal voluntad si ella se manifestó en forma inequívoca con antelación a llegar al estado en que se encuentra y aunque la misma no haya quedado vestida con las formas de un testamento de vida o de un apoderamiento. Bastaría la prueba rotunda y convincente de que la paciente, en pleno uso de sus facultades mentales y como fruto de una madura y seria reflexión, dio cuenta de sus deseos de rechazar todo tratamiento si en el futuro llegara a encontrarse en dichas circunstancias". (Del voto del doctor Roncoroni).

"1) [...] si bien la vida es un bien supremo y el primer derecho de toda persona, éste debe armonizarse con el derecho a la autonomía, a la autodeterminación y a la libertad individual de cada ser humano reconocidos en el art. 19 de la Carta Magna, con estrecha relación con la dignidad de la persona contemplada en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (arts. 5.1, 7.1, 11.1 y 16, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros) [...] La vida no puede mantenerse en cualquier circunstancia y a cualquier costo, pues ese bien acarrea también el derecho de vivir en condiciones de dignidad [...] debe primar la autonomía de la voluntad del paciente que, en virtud de su derecho a la autodeterminación sobre su persona y su propio cuerpo, decide rechazar un determinado tratamiento médico, aunque esa negativa pudiera poner en peligro su vida". (Del voto de la doctora Kogan).

"9) [...] f) si bajo determinadas circunstancias un enfermo en peligro de muerte puede decidir no afrontar una intervención terapéutica recomendable según la praxis médica, haciendo valer su autonomía (art. 19, Constitución Nacional), no veo por qué no estará facultado a invocarla cuando ha de enfrentarse a un cuadro clínico caracterizado por la irreversibilidad. Debe estarse, entonces, a la decisión del paciente competente adecuadamente informado, adoptada en un ambiente libre de otra presión que no sea la inherente al contenido dilemático de la propia situación existencial". (Del voto del doctor Soria).

60. Publicado en *La Ley Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 1066.

La paciente M. padecía una enfermedad degenerativa, progresiva, continua e incurable que produce trastornos motrices, del habla, la deglución y la respiración. Ante el conocimiento de su patología, M. otorgó un acto de autoprotección por escritura pública, en el cual aclaró su intención de no someterse a ninguna práctica que prolongara su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos, y designó como mandatarios especiales para el cumplimiento de su voluntad a su cónyuge y, en forma sustituta, a su hermana. Fue el citado cónyuge quien, a instancias de la propia M., inició una acción de amparo a efectos de proteger anticipadamente la decisión que había tomado la paciente en la escritura.

El juez, en un fallo brillante, ahondó en la doctrina del tema, tanto nacional como internacional, y en los dos fallos citados anteriormente. Asimismo, no se limitó a sentenciar desde su despacho, sino que interactuó y se entrevistó con la paciente y sus familiares y tuvo en cuenta la opinión de peritos en materia médica y bioética y los dictámenes de la defensora de incapaces y la fiscal interviniente.

La lectura del fallo en su totalidad es necesaria para cualquiera que se encuentre interesado en la materia. El juez hizo una especial referencia a los fallos citados anteriormente y a toda la normativa supralegal aludida en el presente trabajo, y dejó especialmente aclarado que la falta de normativa subconstitucional no es óbice para la plena operatividad de los derechos y prerrogativas otorgadas por estas normas.⁶¹

61. “VI) [...] Señala con justeza la señora defensora que la aceptación de las directivas anticipadas implica un avance en la consolidación del principio de autonomía y del derecho del paciente a rechazar tratamientos que –como en el caso– prolonguen su vida artificialmente a costa de su calidad de vida y dignidad”. “VIII) [...] el comité ad hoc del Programa Temático Interdisciplinario en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata sostiene que las directivas anticipadas constituyen un ‘instrumento legal cada vez más necesario en el entramado médico jurídico existente hoy día, en la concreción del derecho a la libre decisión, a la calidad de vida y a la preservación de la salud como un proceso integral biológico, psicológico, social e histórico, socio-individual...’. “XI) [...] cabe aquí destacar que la ausencia de normativa subconstitucional específica referida a las denominadas directivas anticipadas [...] no implica que el referido instituto resulte extraño al ordenamiento jurídico argentino, partiendo prioritariamente de normas, principios y valores consagrados en la Constitución Nacional y, en un sentido más amplio, del denominado bloque de constitucionalidad, conforme previsiones del art. 75 numeral 22 de la Constitución Federal, que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos allí numerados (Germán J. BIDART CAMPOS, *Compendio de derecho constitucional*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 23/24)”. “XII) [...] desde la Constitución y el bloque de constitucionalidad irradian principios rectores que requieren operatividad en el mundo jurídico cotidiano, puesto que de lo contrario las sabias previsiones constitucionales podrían de hecho verse cercenadas –y convertidas en letra muerta– debido a la ausencia de normas infraconstitucionales que expliciten en concreto el modo de realización de la normativa superior [...] resultaría manifiestamente irrazonable sostener que una persona plenamente capaz (padre o madre) pudiesen designar tutor para sus hijos bajo la patria potestad, e inclusive curador para la persona de hijos mayores jurídicamente incapaces, mientras que al mismo tiempo y dentro de un mismo sistema jurídico con una raíz constitucional personalista, le negase el legítimo derecho de una persona mayor de edad y plenamente capaz al momento de exteriorizar su voluntad de designar un mandatario para la toma de decisiones referentes a la salud del mandante, en el hipotético caso de llegar éste a una situación de incapacidad de hecho”.

8.4. CSJN, 1/6/2012, “Albarracini, Nieves, Jorge W.”⁶²

Las circunstancias de hecho de este caso se asemejan a las de “Bahamondez”. Pablo Albarracini ingresó al hospital con varias heridas de bala, producidas durante un intento de robo. El paciente profesaba la religión Testigo de Jehová; por tal motivo, las transfusiones de sangre, que resultaban, desde el punto de vista médico, indispensables para salvarle la vida iban contra sus creencias.

Las diferencias de hecho con “Bahamondez” son: en primer lugar, la actualidad de la pretensión, es decir, el paciente se encontraba internado y en grave estado de salud al momento de la decisión de la Corte; por otra parte –aun más significativa para este trabajo–, el paciente llegó al nosocomio en estado de inconsciencia, sin la posibilidad de expresar su voluntad respecto de los tratamientos médicos a serle brindados. Ante esta circunstancia, su pareja exhibió un documento en el cual el paciente, años atrás y con su firma certificada ante escribano público, rechazaba todo tipo de transfusiones de sangre. En contra de esta decisión, el padre de Albarracini solicitó ante la justicia la intervención médica, a través de una medida precautoria. El caso llegó a la Corte tras la aceptación de la medida en primera instancia y la negativa de la Cámara de Apelaciones en lo Civil en segunda instancia.

En un fallo conciso y sin fisuras, la Corte resolvió a favor de la declaración de voluntad del paciente. Para ello, estableció una referencia sistemática a los fundamentos del caso “Bahamondez”, con el artículo 19 de la Constitución Nacional, y como argumento principal tomó en consideración la Ley 26.529, vigente al momento del pronunciamiento. Fue el primer fallo en referirse a las directivas anticipadas en la citada ley.⁶³

9. Conclusiones

Como se ha advertido a lo largo de estas páginas, aún queda un largo camino por recorrer y muchos ajustes por hacer. Sin embargo, desde una visión positiva y esperanzadora, entendemos que no es poco lo logrado y que somos nosotros –los notarios, desde nuestras escribanías, y el notariado, como cuerpo, desde los colegios y sus

62. *Abeledo Perrot*, AP/JUR/769/2012.

63. “13) Que ante un caso de la gravedad del presente corresponde recordar que una de las premisas fundamentales de la libertad individual en la Constitución Nacional se encuentra en el art. 19...”. “16) [...] es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aún cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada. Esta idea ha sido receptada por el legislador en la Ley 26.529...”. “19) [...] mientras una persona no ofenda el orden, a la moral pública o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo (*Fallos*, t. 328, p. 2966, disidencia de la doctora Highton de Nolasco)”.

institutos, congresos y jornadas– los que tenemos la misión de difundir esta figura y de brindarles a las personas una herramienta eficaz para ejercer sus derechos básicos.

Celebramos los logros alcanzados y la existencia de la Ley Nacional de Salud, pero entendemos que resulta necesario cooperar para lograr su perfeccionamiento (incluir las directivas anticipadas en cuestiones ajenas a la salud, la escritura pública como forma, el reconocimiento de la registración y la publicidad a nivel nacional, etc.), pues la ley debe ser una herramienta para facilitar el ejercicio pleno de los derechos de las personas y no lo contrario. A tal fin, debemos unirnos y trabajar en conjunto con médicos, abogados, jueces y legisladores.

Resaltamos la importancia del principio de intermediación y del asesoramiento del escribano en esta materia. Debemos estar preparados para escuchar e interpretar los deseos de las personas que recurren a nosotros para buscar soluciones cuando deben tomar decisiones trascendentales en sus vidas. Especialmente, cuando nos requieren un testamento o una donación para *evitar* una sucesión, debemos informarles acerca de los actos de autoprotección, para difundir la figura y ofrecerla como un complemento. Debemos recordar siempre que el escribano brinda un servicio público.



El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación

María Cesaretti y Oscar Daniel Cesaretti

RdN 918

RESUMEN

La reforma ha mantenido la prohibición del pacto sobre herencia futura, pero, cuando en el haber sucesorio existe una unidad productiva o participaciones sociales referentes a una gestión empresarial, ha permitido la suscripción de un pacto sucesorio. Este pacto es de carácter contractual e irrevocable. Salvo el acuerdo de los otorgantes, no instituye herederos y no transfiere el dominio de la hacienda a los beneficiarios. No obstante, les concede el derecho a la hacienda o participaciones sociales respecto de los restantes coherederos, siempre que se respete la legítima hereditaria. El pacto sucesorio no reviste carácter autónomo y debería estar inserto en un protocolo respecto del manejo de la empresa familiar.

Sumario: 1. Introducción. 2. El objeto del pacto. 3. Los sujetos del pacto. 4. Las formas del pacto. 5. Los efectos del pacto. 6. Las conclusiones.

1. Introducción

En cualquier tratado de sucesiones, aun manual, el lector encontrará los fundamentos de Vélez para la sanción prescripta en los artículos 1175 y 1176¹ del Código Civil (CCIV). La solución de Vélez, enraizada en la tradición jurídica latina,² fue suficiente mientras el desarrollo de la actividad económica estaba fundamentado en la explotación agrícola o artesanal. Cuando la empresa se convirtió en un objeto de derecho y motor del capitalismo, la tradición romanística no resultó satisfactoria para conservar esta nueva realidad: fue necesario buscar alternativas para pre-

1. Ver igualmente los arts. 848, 3311 y 3599 CCIV.

2. “El pacto sucesorio por el que se adoptan disposiciones sobre la sucesión futura de alguna de las partes, instituyendo heredero o estableciendo un legado, se ha considerado tradicionalmente una institución que se encontraba reclusa en los países de tradición germánica, o bien en los países de tradición latina como una reminiscencia feudal; ha ido adquiriendo un mayor protagonismo en cuanto se ha constatado que se trata de un negocio jurídico útil para ordenar la sucesión, señaladamente para la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar” (FONT I SEGURA, Albert, “La ley aplicable a los pactos sucesorios” [web], en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, mayo 2009, n° 2).

servar aquello que es productor de beneficios tanto para sus titulares como para la comunidad.³

Así, llegamos al artículo 1010 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).⁴ Su primer párrafo reitera la prohibición del artículo 1175 del CCIV y concordantes; por su parte, el segundo párrafo –el más relevante– dice:

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

El legislador siguió la línea de los Códigos Civiles de Italia, de Cataluña⁵ y de Aragón. Estos modelos, al igual que el artículo 1010 del CCCN argentino, difieren sustancialmente del ensayado por el Código Civil de España en su artículo 1056, donde se observa que el legislador no optó por la figura del contrato que se menciona en los regímenes descriptos sino por la vía del testamento:

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo...⁶

3. La recomendación de la Comisión Europea del 7/12/1994, DOCE-L-385 del 31/12/1994 (cfr. nota 2), manifiesta la preocupación respecto de la problemática de la continuación de la empresa familiar ante el régimen sucesorio.

4. El artículo resulta totalmente novedoso, ya que no existen antecedentes en los restantes anteproyectos de reforma del CCIV ni en el de unificación sancionado como Ley 24.032 y posteriormente vetado por el Poder Ejecutivo de la Nación.

5. Para mayores detalles del régimen catalán: ver MEDINA, Graciela, “Empresa familiar”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2010-E, p. 930.

6. El texto original decía: “Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos”. La reforma de dicho art. producida por la Ley 7/2003 (1/4/2003) modificó el 2º §, que quedó redactado con el siguiente tenor: “El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844”. La norma ha sido criticada fundamentalmente por la indeterminación respecto del momento

Por otra parte, el modelo del CCCN tiene una modalidad que no encontramos en el derecho comparado al cual hemos accedido, puesta de manifiesto por Favier Dubois: “el pacto es una convención accesoria, vale decir que no podrá ser autónomo, sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un protocolo familiar”⁷ o pacto de sindicación de acciones (abordaremos este aspecto al considerar la forma).

2. El objeto del pacto

La terminología del derecho foral español adopta la expresión “sucesión contractual” para caracterizar los pactos de herencia futura, en contraposición con los conceptos de sucesión testamentaria y legal. El nuevo derecho civil del CCCN se enrola en esta tendencia, aunque limitada, en cuanto al acervo que puede ser objeto del pacto de herencia, únicamente a la empresa familiar: de acuerdo con el texto del artículo 1010 del CCCN, el pacto debe ser relativo a una explotación productiva⁸ o una participación societaria, excluyéndose de su objeto principal el resto del eventual acervo sucesorio.

Como afirmáramos arriba, el objeto inmediato del pacto es una explotación productiva o participaciones sociales que recaerán sobre determinados legitimarios (los denominamos legitimarios-beneficiarios) pero estableciendo, como dice la norma, “compensaciones a favor de otros legitimarios”. Los otros legitimarios serán los no beneficiarios de la explotación productiva o participaciones sociales. Y si establecemos compensaciones para los otros legitimarios, estamos extendiendo el objeto del pacto en forma indirecta a otros bienes que no conforman la explotación productiva o participaciones sociales. Difícilmente el pacto con atribución a favor de determinados legitimarios (beneficiarios) y compensación a los restantes pueda comprender la totalidad del acervo al momento del fallecimiento del futuro causante. A falta de disposiciones testamentarias, el patrimonio remanente de las previsiones contractuales será regido por la sucesión legal del CCCN.

Volviendo sobre el objeto del pacto, el concepto de participaciones sociales⁹ es comprensivo de cualquiera de los tipos sociales regulares de la Ley 19.550, incluido

de cuantificación de la legítima a pagar en metálico por la existencia de dos normas en el Código de soluciones contradictorias. El art. 818 establece la muerte del testador como el momento temporal a tener en cuenta en la valoración de los bienes entregados; por su parte, el art. 1074 acoge el criterio del momento de adjudicación. Otro sector de la doctrina rechaza la supuesta contradicción, alegando que el art. 818 es aplicable para la reducción de las disposiciones inoficiosas y que el 1074 se emplea para calcular el caudal relicto. Ver SERRAÑO CAÑAS, José M., *El cambio generacional en empresas familiares*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 98 y nota 40.

7. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial”, *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, 21/11/2014.

8. La expresión “explotación productiva” es acorde a la derogación de los actos de comercio del antiguo art. 8 CCOM.

9. Idéntica terminología utiliza el Código Civil italiano en su art. 768 bis.

el supuesto de asociación bajo forma de sociedad del artículo 3,¹⁰ las comprendidas en los nuevos artículos 17 y 21 (sustituidos por la Ley 26.994) y las del artículo 31, ya que la norma no exige que la actividad empresarial sea ejercida directamente por la sociedad cuyas participaciones sean objeto del pacto. Si bien el texto, al referirse a participaciones societarias, no distingue tipos sociales, tal condición es necesaria pero no suficiente, ya que expresa “con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial”. Ello nos lleva a considerar que las participaciones respecto de una sociedad meramente tenedora de bienes no podrían ser objeto del pacto por no desarrollar una actividad referida a la producción o intercambio de bienes o servicios.¹¹

En el derecho italiano, la caracterización de los pactos de familia surge de la reforma del Código Civil del 14 de febrero de 2006:

Art. 768-bis. È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti.

Aunque una de las finalidades del *patto di famiglia* italiano sea preservar los bienes productivos del riesgo del fraccionamiento o disgregación, la técnica del legislador nacional ha sido más precisa al consignar que los pactos son con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial.

3. Los sujetos del pacto

Respecto de los sujetos que pueden ser partes, podemos observar diferentes modalidades de pactos,¹² dependiendo de la intervención o no del futuro causante, el cónyuge (como legitimario), los legitimarios y los legitimarios que revistan el carácter de beneficiarios¹³ del pacto en relación con la explotación productiva o las participaciones sociales.

El cónyuge podrá asumir diferentes roles. Será legitimario exclusivamente cuando el matrimonio hubiera adoptado el régimen de separación de bienes (art. 505

10. Ver Ley 13.744 de Agrupamientos Industriales de la provincia de Buenos Aires.

11. Ver BALESTRA, Luigi “Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione (parte seconda)”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, vol. 61, n° 4, 2007, pp. 1037-1064 (cfr. la cita de autores de opinión contraria); y TASSINARI, Federico, “Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela del legitimario”, en *Problemas de Actualidad*, p. 814/1, *Giurisprudenza Commerciale* 33.5, septiembre-octubre 2006, Giuffrè.

12. El Código Civil de Italia caracteriza el pacto de familia como un contrato (art. 768 bis). El Código Civil de Cataluña se refiere a los pactos sucesorios en el Título III “La sucesión contractual y las donaciones por causa de muerte” (arts. 431-1 y ss). El Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto legislativo 1/2011, del 22/3) da a entender, conforme a la doctrina, la prevalencia de la sucesión contractual sobre la testamentaria y la legal.

13. Denominamos legitimarios-beneficiarios a aquellos que, revistiendo el carácter de legitimarios, han sido beneficiados por las estipulaciones referidas a futuros derechos hereditarios.

CCCN) y el pacto recayere sobre bienes de exclusiva titularidad del futuro causante. Respecto del acervo hereditario, debe tenerse presente que, de conformidad con el artículo 2433 del CCCN, en este régimen el cónyuge concurre con los descendientes por cabeza.

Si el matrimonio hubiera adoptado el régimen de comunidad (art. 463 CCCN), tomándose en consideración que la reforma mantiene la calificación histórica de bienes propios y gananciales y el régimen de comunidad a la extinción de la sociedad conyugal (art. 475 CCCN), al producirse la extinción, el supérstite detendrá un doble rol, disponiendo respecto de la cuota ganancial que le corresponderá (art. 498 CCCN) y como legitimario si en el acervo sucesorio existieran bienes propios (art. 505, 1º §, CCCN).

Al margen del futuro causante y cónyuge, y en términos novedosos respecto del derecho comparado, la legislación propone el pacto de empresa familiar sin la comparecencia de los primeros, es decir, entre los legitimarios descendientes exclusivamente.¹⁴

Hemos descripto que el pacto puede conformarse en tres variantes principales: en las dos primeras, el rol del cónyuge está determinado por el régimen patrimonial del matrimonio, y, en la tercera, en la que no participan el futuro causante y cónyuge, son partes exclusivamente los legitimarios. Cabe analizar entonces cuándo se modifica este cuadro de sujetos intervinientes y cómo esto afecta el pacto:

- 1) *Preterición de algún legitimario* (sea que viva a la fecha del pacto o que nazca a la apertura del sucesorio del futuro causante). En las reglas del testamento y antes de la reforma del CCIV producida por la Ley 17.711, el artículo 3715 anulaba la institución del heredero. La reforma expresamente optó por la solución contraria y no invalidó la institución hereditaria, salvada que sea la legítima y pagadas las mandas: el resto debe entregarse al heredero instituido.
- 2) *Matrimonio del futuro causante posterior al pacto*. El artículo 2514¹⁵ del CCCN establece que el matrimonio contraído por el testador revoca el testamento anterior otorgado.

Consideramos que la respuesta a estos interrogantes y a muchos más que la práctica profesional nos planteará debe partir de determinar la naturaleza de este pacto. En primer lugar, cabe destacar que el CCCN regula el pacto en el Libro Tercero “Derechos personales”, Título II “Contratos en general”, y como una excepción a que la herencia futura no puede ser objeto de contrato; a diferencia del Código Civil

14. Consideramos que esta alternativa es plausible, ya que la práctica nos ha demostrado que el cambio generacional en la gestión de la empresa familiar reviste una gran dificultad, y la alternativa de la regulación entre los legitimarios por sí es una forma de prevenir los eventuales conflictos. Para profundizar la temática ver SERRANO CAÑAS, José M., ob. cit. (cfr. nota 6).

15. La redacción del CCCN mejora el texto del art. 3826 CCIV y adopta la postura de la doctrina y la jurisprudencia, al establecer expresamente: “excepto que en éste se instituya heredero al cónyuge o que de sus disposiciones resulte la voluntad de mantenerlas después del matrimonio”.

italiano, que lo regula, bajo la denominación de “*patto di famiglia*”, en el Título IV, referido a la división de la herencia, del Libro II, que trata el régimen sucesorio.

Si bien una apreciación metodológica respecto de dónde se ubica una norma no permite establecer en hermenéutica su naturaleza jurídica, es claro que estamos no ante un negocio *mortis causa* sino ante un contrato entre vivos, por lo que las reglas testamentarias no son aplicables.¹⁶ No obstante, resta considerar la situación en la que el o los disponentes hubieran omitido a un legitimario.

El legislador no ha insertado en el artículo comentado una referencia como la expuesta en el artículo 768 quáter del Código Civil de Italia¹⁷:

Partecipazione. Al contratto devono partecipare anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell' imprenditore.

Sin embargo, en virtud de que el presupuesto de validez de los pactos es la no afectación de la legítima, la preterición de un legitimario no tendrá otro efecto que la inoponibilidad del pacto al omitido (art. 1021 CCCN). Si además de habersele omitido resultare la afectación de su legítima, el resultado sería la invalidez del contrato.

Como situación conflictiva de la eventual omisión de un legitimario, y respetada que sea la legítima con los bienes no incorporados al pacto, cabe analizar si éste puede oponerse a la adjudicación de la explotación productiva o las participaciones sociales resultantes a favor de los otros legitimarios beneficiarios. Si bien el pacto le resulta inoponible al omitido, no podemos sostener que sea inválido, por cuanto el remanente del patrimonio del causante satisface la legítima del legitimario omitido.

Consideramos que la incorporación del régimen de atribución preferencial regulado en los artículos 2380 y 2381 del CCCN permite sostener que el legitimario, respetada que sea su cuota de la legítima, no podrá oponerse a la adjudicación preferencial que implica el pacto del artículo 1010. La *conditio iuris* del pacto de familia en el derecho argentino es la no afectación de la legítima, sea de los otorgantes del pacto o de los no partícipes.

16. TASSINARI, Federico, ob. cit. (cfr. nota 11).

17. Aunque el legislador italiano ha determinado quiénes deben revestir el carácter de partes del contrato, ha omitido la eventual sanción por su violación. La sanción de nulidad se relaciona por la violación a la forma impuesta (art. 768 ter). Para mayor complejidad, el art. 768 *sexies* establece “*All' apertura della successione dell' imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal secondo comma dell' articolo 768-quater, aumentata degli interessi legali*”. Para algunos autores, el referido art. 768 *sexies* es aplicable para el supuesto de legitimarios devenidos como tales posteriormente al pacto de familia respecto de los cuales su derecho hereditario estaría reconducido a un derecho creditorio (VITUCCI, Paolo, “Ipotesi sul patto di famiglia”, en *Rivista de Diritto Civile*, Milano, CEDAM, vol. 52, n° 4, 2006, pp. 447-480). Oppo se plantea qué sucede con el pacto con nuevos legitimarios anteriores a la apertura de la sucesión, considerando que el pacto debe ser abandonado o reformulado (OPPO, Giorgio, “Patto de famiglia e diritto della famiglia”, en *Rivista de Diritto Civile*, Milano, CEDAM, vol. 52, n° 4, 2006, pp. 439-438).

Se debe tener presente que el CCCN ha modificado la porción legítima de los descendientes (art. 2445), dando mayor espacio para la libre disponibilidad del futuro causante. En este sentido, consideramos que el causante podrá afectar la porción de libre disponibilidad por medio del pacto de familia para preservar la unidad de la explotación productiva o evitar la división de las participaciones sociales. El artículo 2448 del CCCN (“Mejora a favor de heredero con discapacidad”) establece que “el causante puede disponer, por el medio que estime conveniente [...] además de la porción disponible”, y no observamos inconveniente en extender esta interpretación al pacto de familia a fin de preservar su estabilidad.¹⁸

En el *patto de famiglia* del derecho italiano, el artículo 768 quáter establece la participación del cónyuge y los legitimarios, pero no una sanción para el caso de una eventual omisión. A diferencia del derecho nacional, el sistema del Código italiano altera sustancialmente el régimen sucesorio, al establecer que los bienes que reciben los contratantes¹⁹ están exentos de la acción de colación o reducción.

El derecho nacional se encuentra muy lejos de esta alternativa de crear un régimen autónomo sucesorio por la aceptación del pacto regulado en el artículo 1010 del CCCN. Sus efectos son específicamente limitados y están sujetos a la no violación de la legítima tanto de las partes como de aquellos legitimarios que no lo han sido.²⁰

4. Las formas del pacto

A diferencia del Código Civil de Italia, cuyo artículo 768 ter expresamente establece el otorgamiento por acto público bajo pena de nulidad, el CCCN no hace mención alguna al respecto. Como hemos expresado, no constituye una partición por donación, en la cual la existencia de bienes raíces determinará la forma de escritura pública (art. 1017, inc. 1), ni una partición testamentaria, que recepta las formas autorizadas para el testamento. Es claro que el legislador ha optado por la libertad formal (art. 1015).

El pacto de herencia es una convención accesoria. Vale decir que no podrá ser autónomo, sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un protocolo familiar o pacto de sindicación de acciones (art. 1010 CCCN). Ambos instrumentos gozan de libertad respecto de la forma en que pueden otorgarse y podrán ser otorgados en diferentes oportunidades, satisfaciendo así la vinculación entre sí. Es decir, la

18. Ver art 2414 CCCN, que en la partición por el ascendiente, sea por donación o por testamento, permite la disposición de la porción disponible en el referido acto en la medida en que se manifieste expresamente.

19. El término “*contraenti*” del art. 768 quáter también dificulta interpretar si se refiere a los legitimarios-beneficiarios (*assegnatari* para la doctrina italiana) o es extensivo a todos los contratantes. Ver TASSINARI, Federico, ob. cit. (cfr. nota 11).

20. Si el art. 1010 CCCN establece la validez del pacto aunque no sean parte el futuro causante y su cónyuge, con más razón puede no ser parte algún descendiente.

relación entre ambos instrumentos será de conexidad (art. 1073 CCCN), ya que “se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común”.

Si el instrumento relativo a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos hubiera sido otorgado por escritura pública, la característica de conexidad no determina que el pacto a ser otorgado posteriormente sea accesorio en el sentido de que sea aplicable el artículo 1017, inciso b, del CCCN. Igualmente, al tratarse el pacto de herencia futura de una partición anticipada de la masa hereditaria, ya que la unidad productiva o las participaciones sociales son atribuidas preferencialmente a determinado legitimario-beneficiario, los otorgantes pueden otorgarlo en la forma que juzguen conveniente, no siendo obligatoria la escritura pública (art. 2369 CCCN).

Sin lugar a dudas, la elección de la opción de escritura pública estará determinada por la matricidad que implica. La gravitación del pacto de herencia en la vida futura de la empresa familiar inclinará a los actores jurídicos por la opción de la escritura notarial. Igualmente, dada la naturaleza de los intereses en juego en el pacto de herencia futura –y siguiendo el modelo del Código Civil de Cataluña²¹– consideramos aconsejable que los colegios de escribanos dicten normativas que hagan factible su inscripción en los registros de actos de última voluntad.

5. Los efectos del pacto

La primera observación que se debe consignar es que el pacto de herencia futura no reviste el carácter de *institutorio*, ya que no instituye la calidad de heredero. Ésta es dada por el ordenamiento legal y no es disponible por la autonomía de la voluntad. Tampoco avala o faculta en forma directa o tangencial una afectación de la legítima respecto de algún heredero forzoso; la validez del pacto está sujeta al respecto a la referida institución. Por lo tanto, la validez del pacto será evaluada en la apertura de la sucesión, ya que el futuro causante conserva la titularidad de los bienes, pudiendo resultar de esta circunstancia que las previsiones del pacto a dicho momento resulten lesivas a la legítima.

21. Art. 431-8. “Publicidad de los pactos sucesorios. 1) Los pactos sucesorios deben hacerse constar en el Registro de Actos de Última Voluntad en la forma, en el plazo y con el alcance establecidos por la normativa que lo regula. A tal fin, el notario que autoriza la escritura que los contiene debe hacer la comunicación procedente. 2) Los heredamientos y las atribuciones particulares ordenados en pacto sucesorio pueden hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en vida del causante, por medio de nota al margen de la inscripción de los bienes inmuebles incluidos en el heredamiento y que no hayan sido transmitidos de presente o de los bienes inmuebles que sean objeto de una atribución particular. 3) Si los heredamientos o atribuciones particulares incluyen o tienen por objeto acciones nominativas o participaciones sociales, pueden hacerse constar, en vida del causante, en los respectivos asentamientos del libro registro de acciones nominativas o del libro registro de socios. 4) Si la finalidad de un pacto sucesorio es el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar, puede hacerse constar la existencia del mismo en el Registro Mercantil con el alcance y de la forma que la ley establece para la publicidad de los protocolos familiares, sin perjuicio que consten, además, las cláusulas estatutarias que se refieran al mismo”.

¿Es similar la validez de un pacto que en forma originaria, es decir, desde su suscripción, determina la violación de la legítima a la de aquel que, suscripto respetando las cuotas legitimarias, deviene en una violación de ellas? Consideramos que ambos supuestos no son asimilables. En el primero, el pacto estará afectado *in totum* en cuanto a su validez; en el otro caso, se estará a dicha consecuencia en tanto en cuanto los remedios para recomponer las cuotas legitimarias afectaren la atribución preferencial realizada por el causante, impidiendo la finalidad económica del mismo, que era la conservación de la unidad de gestión empresarial.

Nos enfrentamos en este caso a la frustración de la finalidad del contrato, conforme lo determina el artículo 1090 del CCCN:

La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración...

Si el legitimario-beneficiario no puede recomponer²² la cuota legitimaria de los coherederos, la validez del pacto estará afectada y el juez deberá proseguir el sucesorio por la vía de la sucesión intestada; es decir, el haber sucesorio será objeto de partición.

Otro efecto que cabe consignar –tangencialmente se enunció al exponer la frase “la sucesión contractual” al principio de esta entrega– es que el pacto de herencia futura es una partición²³ que impedirá la existencia parcial de la comunidad hereditaria respecto de los bienes atribuidos al legitimario-beneficiario. A diferencia de la partición testamentaria, el pacto de herencia futura es un contrato, por lo tanto, un acto inter-vivos; y la partición testamentaria, como su nombre lo indica, un acto de última voluntad. Pero ambos buscan el efecto de obviar la comunidad hereditaria.²⁴

Para el pacto de herencia futura, la no existencia de comunidad hereditaria es parcial, ya que el objeto del pacto no es la totalidad de los bienes del futuro causante sino exclusivamente los consignados en el artículo 1010 del CCCN. El pacto es un contrato inter-vivos pero que surtirá efecto a partir de la apertura del sucesorio del futuro causante, y, a más de aspectos relacionados a la afectación o no de la legítima en dicho momento, cabe que los bienes objeto del mismo ya no existan en el patrimonio, por lo que el contrato carecería de objeto.

22. El art. 2454 CCCN faculta al donatario a entregar una suma de dinero a sus coherederos para completar el valor de la legítima afectada. Igualmente, para reforzar esta alternativa, el 2375, reiterando conceptos del CCIV, establece respecto de la partición que “aunque los bienes sean divisibles, no se los debe dividir si ello hace antieconómico el aprovechamiento de las partes”. Se dirá que las participaciones sociales son divisibles, pero justamente partirlas frustra el contrato que tenía por finalidad conservar la unidad de gestión empresarial, para asegurar la continuidad de la empresa familiar.

23. “Una partición hecha por el ascendiente entre sus descendientes en su testamento, por ejemplo, puede impedir *ab initio* la relación de comunidad o indivisión” (ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., t. II, p. 611).

24. “Si la partición hecha por los ascendientes no comprende todos los bienes que dejan a su muerte, el resto se distribuye y divide según las reglas legales” (art. 2412 CCCN).

El pacto de herencia futura donde al legitimario-beneficiario se le atribuye la explotación productiva o las participaciones no puede implicar la renuncia a la totalidad de su cuota legitimaria, ya que el CCCN establece que las herencias futuras no pueden ser aceptadas ni renunciadas.²⁵ Como contrato conexo a un protocolo familiar, puede pre-establecer una determinada mecánica para el avalúo de los bienes objeto de éste.

Si ese mecanismo o alternativa de valuación afecta la legítima del legitimario-beneficiario, será considerada una renuncia anticipada o una violación al artículo 2447 del CCCN, que determina que “el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas”. Ciertamente, no se puede considerar que las eventuales valuaciones que expusiera el futuro causante en el protocolo o en el pacto pueden revestir cualquiera de los caracteres enunciados, ni tampoco tener fuerza vinculante respecto de los legitimarios. El valor que se le debe asignar es de orden moral exclusivamente. El futuro causante ha justificado la atribución de los bienes objeto del pacto, procurando demostrar que no afectará la legítima de los restantes legitimarios, pero tal circunstancia tan solo se podrá verificar jurídicamente a la apertura del sucesorio. En consecuencia, si no hay acuerdo entre los legitimarios respecto de los valores de los bienes atribuidos vía pacto al legitimario-beneficiario y los restantes legitimarios, se estará a la partición judicial (art. 2371, inc. c, CCCN) y la formación de los lotes deberá respetar la atribución preferencial a favor del legitimario-beneficiario conforme surge del artículo 2377 del CCCN.

Consciente el legislador de la situación que puede originarse respecto de los valores de la explotación productiva o las participaciones sociales desde el pacto hasta la apertura del sucesorio, y a fin de preservar la continuidad de la empresa familiar, ha establecido que las correspondientes hijuelas podrán ser cubiertas con dinero²⁶ (art. 2377 CCCN), confiriendo para el caso de que exista una atribución preferencial (art. 1010 CCCN) la posibilidad de que el saldo a satisfacer represente más de la mitad del valor del lote. En caso de espera para las operaciones de equilibrio de las hijuelas, los saldos juegan en función del mayor o menor valor de los bienes atribuidos cuando las variaciones resultaren apreciables con relación al valor asignados a los lotes.

A diferencia del modelo catalán,²⁷ no existe de parte del legislador plazo para el pago para respetar las hijuelas. En consecuencia, deberá respetarse lo acordado entre los legitimarios. Si la intención es preservar la empresa familiar –desde el punto de económico, un bien social–, la solución catalana del plazo máximo legal resulta

25. Art. 2286 CCCN.

26. Cfr. texto del art. 1056 del Código Civil de España. Las filosofías de ambas normas coinciden en procurar la continuidad de la empresa familiar; la expresión “efectivo extrahereditario” resulta superflua. La eventual deuda que asuma el legitimario-beneficiario con la atribución preferencial será de él y no de la empresa representada por las participaciones sociales atribuidas.

27. Cfr. nota 21.

más satisfactoria. En este caso, el legislador nacional ha razonado con un concepto individualista.

6. Las conclusiones

- 1) Técnicamente, el artículo 1010 del CCCN no constituye un pacto *institorio*, ya que no instituye la calidad de heredero. Ésta está dada por el ordenamiento legal y no es disponible por la autonomía de la voluntad.
- 2) Reviste carácter contractual. Su eventual modificación en todo o en parte estará sujeta al consentimiento de los otorgantes. Es técnicamente necesario en caso de modificación relacionar los respectivos instrumentos para una correcta interpretación de la voluntad de los otorgantes.
- 3) Las atribuciones conferidas a los legitimarios-beneficiarios revisten carácter irrevocable, salvo su modificación conforme al apartado anterior.
- 4) Constituye un negocio inter-vivos y no un acto de última voluntad.
- 5) Tiene efecto traslativo de derechos a partir de su suscripción respecto de los otorgantes, ya que el derecho de los beneficiarios a la explotación productiva o a las participaciones societarias se incorpora a su patrimonio en forma irrevocable, estando sujeta su materialización a la apertura del sucesorio.
- 6) El futuro causante mantiene el dominio pleno de los bienes objeto del pacto, y constituyen prenda común de sus acreedores.
- 7) Todos los legitimarios conservan el derecho a mantener incólume su porción legítima.
- 8) Al mantenerse el régimen sucesorio legal e igualmente las disposiciones sobre la legítima, el legitimario omitido o sobreviviente conserva las acciones correspondientes.
- 9) Los bienes no comprendidos en el pacto por su objeto se distribuyen y dividen según las reglas legales.
- 10) Los legitimarios no beneficiados con la asignación del futuro causante por omisión deben respetar la correspondiente asignación en la medida en que se conforme su cuota legitimaria; igualmente el legitimario sobreviviente.
- 11) El pacto no puede incorporar renuncia anticipada de la legítima (art. 2449 CCCN).
- 12) Los legitimarios-beneficiarios de la asignación por el pacto reciben los bienes a título sucesorio.
- 13) La asignación de la unidad productiva o de las participaciones sociales determina que dichos bienes no conforman la indivisión y no serán objeto de partición entre los restantes legitimarios del causante. Podrá existir partición entre los legitimarios-beneficiarios de la asignación cuando esta fuere en parte pro-indivisa.

- 14) El pacto es una convención accesorio, vale decir que no podrá ser autónomo, sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un protocolo familiar o pacto de sindicación de acciones (art. 1010 CCCN).
- 15) La incorporación de este instituto al derecho privado nacional no implica la construcción de un nuevo orden moral.²⁸

28. Con una postura absolutamente crítica al régimen del CCCN, cfr. CORDOBA, Marcos, "Pacto sobre herencia futura. El derecho vigente y el proyectado", en *Revista de Derecho de familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, n° 11, 2013; y LAJE, Alejandro, "Pactos sobre herencias futuras", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, n° 4, 2014.

La representación societaria y la apariencia jurídica

Los directores electos en asambleas irregularmente celebradas*

María Cesaretti y Oscar Daniel Cesaretti

RdN 916

RESUMEN

Si realizando una maniobra fraudulenta, sin contar con la presencia de los reales accionistas, se asientan en los libros las actas necesarias para la venta de un inmueble y dicho inmueble es adquirido por un tercero sin relación con la sociedad y que abona por el bien el valor de mercado, cabe concluir que los vicios originados en instrumentos de representación societaria, mediando o no inscripción registral, no afectarán los actos celebrados por los directores "aparentes" cuando el tercero actúe de buena fe. No corresponde al escribano verificar la autenticidad de lo asentado en los libros rubricados.

Sumario: **1.** Introducción. **2.** La representación societaria. La sociedad anónima. **3.** La inscripción del artículo 60 de la Ley 19.550. **4.** Protección a la seguridad del tráfico. **5.** Conclusiones.

1. Introducción

En la *Revista del Notariado* n° 913 se publicó el comentario realizado por Osvaldo Solari Costa¹ al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial –Sala E– dictado en autos “Achinelli, Alberto Pedro c/ Agropecuaria Los Remolinos SA y otro s/ ordinario” el 12 de octubre de 2012. Analiza el caso de una sociedad anónima de dos socios, en la que uno de ellos procede a fraguar una asamblea, a la que reviste del carácter de unánime y en la que se procede a reemplazar al directorio, haciendo

* Los autores agradecen a Eduardo M. Favier Dubois la jurisprudencia facilitada.

1. SOLARI COSTA, Osvaldo, “Nulidad de asamblea, de la venta de un inmueble y de la escritura”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 913, julio-septiembre 2013, pp. 236-254.

comparecer falsamente al socio restante. En base a los directores electos, mediante un acta de directorio, se enajena un establecimiento agropecuario que constituía el único bien inmueble de la sociedad; resulta adquirente, justamente, el socio responsable del fraude.

La Sala declaró la nulidad de la escritura traslativa de dominio, en base al carácter irregular del acta de elección de autoridades. Uno de los jueces alegó el carácter de acto nulo del acta y el otro calificó el acto como inexistente; ambos llegaron a igual resultado respecto de la nulidad de la asamblea de elección del directorio y, en consecuencia, del acto notarial de transferencia dominial.

Analicemos un supuesto en el que hubiera mediado una maniobra similar, en el sentido de que el acta de elección de autoridades no contara con la presencia de los accionistas reales, que ésta fuera inscrita en la Inspección General de Justicia –de conformidad con la normativa del artículo 60 de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales (LSC)– y que mediara una asamblea ordinaria debidamente convocada para autorizar la venta del establecimiento² –habida cuenta de que fuera la base económica de la actividad social– y que el adquirente fuera un tercero. Este tercero no tiene relación alguna con la sociedad, no es proveedor, ni pariente de los accionistas ni de los directores; se ha interesado en la operación por medio de un corredor inmobiliario –debidamente matriculado– y abona por el bien el valor de mercado. El escribano del adquirente tiene delante de sí los respectivos documentos habilitantes en originales, el título de propiedad del bien y ha realizado el correspondiente estudio del título.

¿El tercero correrá la misma suerte que la determinada en el juicio relacionado?

2. La representación societaria. La sociedad anónima

De acuerdo con el artículo 58 de la LSC

El administrador o el representante que, de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley, tenga la representación de la sociedad obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

El sentido de esta norma es dotar al representante legal de plenas facultades de obligar a la sociedad frente a terceros, sin necesidad de que su actuación requiera autorización previa del directorio o de la asamblea, y tornar inoponibles a terceros las limitaciones internas que pudiera tener la actuación del presidente. Así, la doctrina ha diferenciado claramente la faz interna y externa de la sociedad:

... la formación y exteriorización de la voluntad social requiere distinguir dos sectores distintos e independientes entre sí: a) la administración, que atiende a la tarea de

2. Ídem, p. 250.

cumplir el objeto social, decidiendo en tal sentido e internamente la voluntad del ente; b) la representación, por medio de la cual se transmiten las decisiones a los terceros en general.³

Y ha aclarado expresamente que la LSC da prevalencia al acto de representación:

El criterio legal expuesto a través del contenido del artículo 58 es que el acto celebrado por el representante dentro del marco de competencia establecido en dicho artículo obliga a la sociedad, ya que la actuación interna de la administración no puede ser opuesta a terceros, frente a quienes solamente importa el acto externo de representación.⁴

En el mismo sentido, se ha fallado que

Conforme a la regla sentada por el artículo 58 de la Ley 19.550, al que remite el artículo 268 de la citada ley, en cuanto establece que el administrador o representante que, de acuerdo al contrato o por disposición de la ley, tenga la representación de la sociedad obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, se crea para terceros la certeza de que los actos realizados son imputables a la sociedad, aun cuando sean violatorios de dispositivos internos del ente o sean realizados sin autorización del directorio.⁵

Es sustancial recordar que el artículo 58 se aplica a toda contratación que efectúe la sociedad:

... no existe dentro de la Ley 19.550 otra norma que regule el régimen legal y forzoso de imputación de actos a la sociedad, por lo que la aplicación del art. 58 cabe efectuarla imperativamente frente a cualquier situación en que se produzca la contratación de la sociedad frente a terceros.⁶

Esta disposición legal ha sido expresamente aplicada por la jurisprudencia civil en materia de compraventa de inmuebles:

Habiéndose invocado que los firmantes del boleto de compraventa de un inmueble carecían de facultades para obligar a la sociedad demandada, cabe tener en cuenta que el ordenamiento societario, a través de su art. 58, no ha venido a otorgar al representante facultades decisorias, sino, más bien, a consagrar (en exclusiva protección de terceros)

3. BENSEÑOR, Norberto R. y WEISVEIN, Marta J., "La representación orgánica en el ámbito notarial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1998-E, p. 1087.

4. BENSEÑOR, Norberto R., "Actuación notarial del representante de la sociedad anónima. Art. 58 Ley 19.550", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 783, mayo-junio 1982, pp. 643-651. Ver CNCom., Sala C, "Carrano, Mario c/ Catequil SA", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 12, p. 576.

5. CNCom., Sala B, 11/3/1988, "Vitivinícola Andina SA c/ Industrias Frigoríficas Recreo SA".

6. BENSEÑOR, Norberto R. y WEISVEIN, Marta J., ob. cit. [cfr. nota 3], p. 1087.

una suerte de convalidación legal de los actos que éste lleva a cabo sin la debida autorización, limitándose a imputar directamente a la sociedad representada todos los actos celebrados por aquél que no sean notoriamente extraños a su objeto social". Con ello, queda vedado para la sociedad la posibilidad de desconocer eficacia a los vínculos negociales creados por su representante en uso de la firma social, so pretexto de violación a su régimen decisorio interno [...] Además, otra razón más que abrevia en la buena fe creencia del adquirente consiste en que el mismo razonablemente pudo estimar que contrataba con quien se encontraba en facultades suficientes para ello, en virtud del conocimiento anterior de los estatutos de la sociedad [...] Siendo evidente que el boleto de compraventa fue integrado con una certificación de firma realizada por un escribano mediante actuación notarial, quien no solo se limitó a certificar la firma de la vendedora, sino que relevó el carácter de presidente del otorgante, lógico es concluir que la falta de autenticidad atribuida al documento referido no puede ser admitida [...] Tratándose de una sociedad inmobiliaria, la compraventa de inmuebles constituye un acto de administración, dado que se trata de un acto de enajenación que está dentro de su objeto social. Por consiguiente, el tercero que contrata se ve protegido por la apariencia que ejerce el contratante que ha desplegado una conducta idónea para crear una apariencia de atribución de facultades de representación.⁷

3. La inscripción del artículo 60 de la Ley 19.550

En el caso hipotético planteado, la sociedad ha procedido a inscribir su directorio. Es ampliamente aceptada en la doctrina la concepción de que la inscripción reviste el carácter meramente declarativo, pudiendo el tercero alegarla contra la sociedad sin mediar las excepciones que determina el artículo 12 LSC.

Ahora bien, ¿qué efectos produce la inscripción una vez cumplida? Por un lado, la sociedad queda obligada por el acto inscripto si no mediere una resolución asamblearia en sentido contrario. Respecto de terceros, la designación inscripta produce los efectos propios de los actos registrados, es decir, la oponibilidad *erga omnes* del documento, siempre que dichos terceros no hayan tomado conocimiento de una decisión asamblearia que la revoque.

Al respecto, la jurisprudencia ha expresado:

Según el principio de la apariencia, la existencia y alcance de un acto debe juzgarse sobre la base de su manifestación exterior o forma externa con la cual sus autores lo han hecho conocido, de modo que produzcan convicción respecto de su regularidad y realidad.⁸

7. Cám.Civ.yCom. 4ª Córdoba, 22/12/2005, "Mercado, Camila Alejandra c/ CACI SA s/ ordinario-escrituración".

8. CNCom., Sala F, 16/7/2010, "Helmbold, Daniel Alberto c/ Orbis Cía. Argentina de Seguros SA y otros s/ ordinario", en DIEGUES, Jorge A., "Doctrina de la apariencia", *La Ley*, 6/3/2012.

Continuando con el planteo hipotético: al tercero adquirente, quien no es parte de la sociedad y no tiene vínculos con sus accionistas ni directores, se le presenta un sujeto con su designación como presidente de la sociedad; sin lugar a dudas, se encuentra frente a una realidad, ese sujeto es presidente de tal sociedad. Puede ser que esa realidad que se le presente al tercero sea producto de un acto viciado, es decir, es una realidad formal pero no sustancial.

Así también, es inadmisibles que se suponga existente –o aún en vigor– a una norma inexistente (ya no más en vigor o no aún en vigor). Por lo tanto, es inadmisibles el concepto de apariencia de derecho objetivo, mientras que, por el contrario, es legítimo el concepto de apariencia del derecho subjetivo.

Puede darse en el plano del ejercicio de un derecho que sea ejercitado y hecho valer por quien no es el titular, sea o no autorizado a hacerlo. Tal situación se llama legitimación, entendiéndola a esta última en sentido sustancial y no procesal. La legitimación, en el sentido expuesto, significa además que alguien está investido del poder de ejercitar un derecho, o sea, que está cualificado para ejercitar el derecho. Se habla entonces de vicio o de defecto de legitimación para indicar la carencia de la legitimación.

En el campo del derecho societario, la apariencia campea por sus fueros, siendo aplicable, en general, cuando se ha creado una apariencia jurídica frente a un tercero que, de buena fe, se ha relacionado con una sociedad, en base a esa apariencia. Así se ha puesto, como particular ejemplo en doctrina, el caso de un contrato de sociedad que presenta vicios esenciales y, no obstante ello, ha sido inscripta en el Registro Público de Comercio: se está en presencia de una apariencia de una sociedad que, en vez, es nula. En este caso, se interpretaba que la nulidad de la sociedad no tenía influencia sobre la eficacia de los negocios cumplidos con terceros en nombre de la sociedad.

Este, con la debida transposición, es un caso que encontramos en nuestro derecho societario; por ejemplo, los supuestos de la sociedades de objeto ilícito (art. 18 LSC), de objeto lícito y actividad ilícita (art. 19 LSC) y objeto prohibido (art. 19 LSC), sociedades nulas de nulidad absoluta, pero cuya existencia puede ser opuesta a los socios –no obstante su nulidad absoluta– por los terceros de buena fe (en este caso, para la protección de estos terceros de buena fe, la nulidad tiene efectos para el futuro, es decir *ex nunc*). Pero donde la teoría de la apariencia cobra singular fuerza y relevancia es en el campo de la representación societaria.

En este sentido, puede decirse que cuando quien actúa (o dice actuar) por una sociedad –su representante, administrador, funcionario, mandatario, empleado– genera en los terceros de buena fe que contratan con él la apariencia de la legitimidad de su actuación, queda prisionero de ella, esto es, que esa apariencia vincula a la sociedad, no pudiendo entonces alegarse que quien actuó por la sociedad no tenía facultades para obligarla.

Un autor que ha indagado sobre este tema sostiene que esta teoría de la apariencia tiene su justa aplicación para proteger a los diligentes. Para él, la teoría de la

apariencia consiste en que aquél –la sociedad–, que a través de sus funcionarios o empleados genera en los terceros que contratan con ellos la sensación legítima de que están contratando con quien tiene las facultades para ello no pueden luego ser sorprendidos invocándoseles que dicho aparente funcionario o empleado no tenía facultades suficientes para obligar al principal. Quien crea esa apariencia debe asumir las consecuencias. Naturalmente, el tercero ha de ser de buena fe. Y esto, sea como sea que se defina la buena fe: si actuar genuina y honestamente en las circunstancias del caso, como lo ha entendido la jurisprudencia de los tribunales ingleses, o que la buena fe en los contratos consiste en que éstos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de acuerdo a lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (criterio del art. 1198 del Código Civil), o, como lo expone el *Diccionario de la lengua española*, actuar con rectitud y honradez. Los terceros de buena fe quedan protegidos por la apariencia de legitimidad, precisamente porque actúan de buena fe, tanto en el sentido de buena fe probada como en el de buena fe diligencia. Es decir que tienen que darse ambos aspectos de la buena fe para que el tercero quede protegido.⁹

Siguiendo a Favier Dubois¹⁰

Podemos definir al director “aparente” como aquel sujeto que aparece en la posición jurídica de director, es decir, que ha sido designado formalmente como tal, pero que o bien resulta un mero “prestanombres” o bien presenta un vicio en su designación derivado de que existe algún defecto en el acto de nombramiento, como puede ser la nulidad de la asamblea que designa al presidente de una sociedad anónima.

4. Protección a la seguridad del tráfico

Conforme a Garrigues¹¹

... al adquirente de un derecho ha de concederle la certidumbre de que no será más tarde perturbado en el ejercicio de ese derecho y en el goce del bien económico con él adquirido, aunque concurren circunstancias adecuadas para hacer fracasar la adquisición de aquel derecho [...] En el conflicto que en tales casos se produce entre la seguridad del tráfico y seguridad del derecho, vence la protección a la primera [...] El alcance práctico del principio protector de la seguridad del tráfico, que es característico del derecho mercantil y se traduce en la subordinación de la realidad a la apariencia jurídica...

9. MOGLIA CLIPS, Guillermo A., “Algunas reflexiones sobre la teoría de la apariencia” [web], en *Revista Aequitas Virtual*, Buenos Aires, Universidad del Salvador-Facultad de Ciencias Jurídicas, n° 1, 2006.

10. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “El representante ‘de hecho’ y la apariencia en la actuación societaria”, en *Doctrina Societaria*, Buenos Aires, Errepar, n° 105, agosto 1996, t. 8, p. 202. Ver SASOT, Miguel P. y SASOT BETES, Miguel A., *Sociedades anónimas. El órgano de administración*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 73.

11. GARRIGUES, Joaquín, *Temas de derecho vivo*, Madrid, Tecnos, 1978, p. 47.

Concordantemente, la jurisprudencia ha dicho que

En el tráfico mercantil moderno, en innumerables ocasiones, las soluciones encuentran su debido cauce a través de la aplicación de las teorías de la apariencia, privilegiando la buena fe de los terceros que celebran acuerdos con quienes aparecen revestidos de facultades para representar a la sociedad. El ordenamiento jurídico protege, por imperio del principio de la buena fe, la aceptación de las consecuencias derivadas de un estado jurídico que se basa no sólo en una declaración de voluntad, sino en la apariencia de una situación jurídica.¹²

La doctrina del director aparente ha sido recogida igualmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case* “Frigorífico Setti SACIA s/ convocatoria, hoy quiebra”, en el que sentó que

No puede perderse de vista el fundamento relativo a la necesidad de tener en cuenta los imperativos de la seguridad jurídica y contemplar el interés de terceros de buena fe, como son los acreedores, a quienes no puede exigirse un constante examen sobre los antecedentes relativos a la forma de elegirse las autoridades de la sociedad anónima.¹³

El fuero civil se ha expresado con igual criterio:

... en el moderno derecho societario, se advierte un apartamiento de las concepciones rígidas y formalistas, habiéndose viabilizadas las denominadas teorías de la apariencia y del riesgo, conforme a las cuales: 1) la legitimación, aun cuando sea en casos de derecho singular, puede nacer de la apariencia; 2) cuando la seguridad de los terceros depende de la publicidad, la nulidad o la inexistencia de las deliberaciones no puede afectar a los terceros de buena fe; 3) el tercero que contrate con la compañía tiene derecho a presumir que se han cumplido todas las regulaciones internas; 4) todos los actos de los funcionarios de facto (es decir, cuando se cuestiona la validez de su nombramiento o desempeño) son válidos frente a terceros.¹⁴

5. Conclusiones

- 1) Cabe distinguir plenamente el rol del adquirente en la operación. Si éste ha actuado con buena fe probada y con buena fe diligencia, no existiendo una relación fraudulenta entre las partes en perjuicio de terceros, el adquirente se encuentra amparado por el criterio de la seguridad del tráfico y la teoría de la apariencia jurídica.

12. CNCom., Sala B, 27/5/2005, “Chaya, Elías c/ Valmed SA”.

13. CSJN, 4/12/1968, “Frigorífico Setti SACIA s/ convocatoria, hoy quiebra”, en *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, 1970, p. 239.

14. CNCiv., Sala E, 22/8/1984, “Lens, Ricardo E. c/ Alproar SA y otro”.

- 2) Los vicios originados en los instrumentos de representación societaria, median-do o no su inscripción registral (art. 60 Ley 19.550), no afectarán los actos celebrados por los directores aparentes cuando mediare el presupuesto de actuación del tercero anteriormente consignado.
- 3) Compartimos las conclusiones de Solari Costa en cuanto a que “la nulidad de la asamblea tiene origen en un vicio del acto jurídico y no de la escritura. La nulidad de un acto jurídico no provoca per se la nulidad del instrumento que contiene dicho acto –y viceversa–”.
- 4) Igualmente, adherimos a lo expuesto por Solari Costa cuando expresa que “el escribano no es responsable de verificar la autenticidad de lo que se ha asentado en los libros rubricados, ni si quienes asistieron a la asamblea son los socios o si las firmas son realmente de ellos”.
- 5) En caso de duda en relación a si se trata de un acto de administración extraordinaria¹⁵ o no, se debe estar por la validez del acto –conforme al criterio del artículo 58 LSC–, siempre que éste no sea notoriamente extraño al objeto social. La determinación por parte del tercero si el acto reviste el carácter de administración extraordinaria.

15. Con relación al criterio de un sector de la doctrina que, ante la enajenación de un inmueble que constituya el único activo sustancial de la sociedad, requerir una asamblea –que deberá ser ordinaria, conforme al art. 234 inc. 1 LSC– para cubrir la buena fe diligencia del tercero.

Consecuencias de la extinción del contrato de fideicomiso*

Eduardo Gabriel Clusellas

RdN 915

RESUMEN

Se analizan algunas problemáticas relacionadas con la extinción del fideicomiso inmobiliario, específicamente en cuanto al vencimiento del plazo y el cumplimiento de la condición. Aborda el interrogante de si el vencimiento del único plazo previsto produce la extinción del dominio fiduciario y de si el fiduciario posee facultades para continuar actuando. Asimismo, describe algunas de las alternativas de que dispone el escribano para extinguir el dominio fiduciario y transformarlo nuevamente en dominio pleno tras la conclusión de las obras, con sus implicancias impositivas. Propone un modelo de escritura de transmisión onerosa del dominio pleno al beneficiario-fideicomisario.

Sumario: **1.** Vencimiento del plazo contractual. **2.** Transmisión de dominio pleno en cumplimiento del contrato de fideicomiso y sus implicancias impositivas. **3.** Modelo.

1. Vencimiento del plazo contractual

Resulta interesante analizar algunas de las problemáticas más comunes referidas a la extinción del contrato de fideicomiso. Circunscribiré el análisis al desarrollo de los fideicomisos inmobiliarios y a los efectos que el vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición acarrea.

Al configurarse el negocio inmobiliario y redactarse el contrato, las partes pretenden, lógicamente, que las ganancias sean ciertas y los plazos sean cortos. Como la realidad no siempre va de la mano con las previsiones, es usual que los plazos resulten insuficientes para concluir las obras o para que el fiduciario pueda proceder a la firma de las escrituras de venta o de transmisión del dominio pleno de los beneficiarios o a los fideicomisarios.

De acuerdo a lo normado por la mayoría de las disposiciones técnico-registrales u órdenes de servicio de las distintas jurisdicciones del país, la toma de razón del dominio fiduciario incluye la registración del plazo al que se somete o la indicación de

* Publicado en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 973, enero-abril 2013, pp. 215-223.

si se encuentra sujeto a condición. La fórmula más problemática es la que impone un plazo fijo y determinado, por ejemplo, dos años. Lógicamente, resultaría más conveniente sujetar el contrato a la condición de la conclusión total de las obras, pero la sujeción a la condición sin indicar un plazo de referencia no resulta habitualmente aceptada por las partes contratantes. Resulta entonces conveniente fijar un plazo cierto y, además, sujetar la posible extensión al cumplimiento de la condición o encargo, por ejemplo: “el contrato tendrá un plazo de dos años o hasta que se produzca la total terminación de las obras que habiliten a escriturar las unidades resultantes a los fideicomisarios”. Debemos tener en cuenta la importancia de no incluir al final la mención “o lo que ocurra primero”, puesto que, si la obra se demora, como habitualmente ocurre, la previsión de la extensión quedará automáticamente bloqueada.

Surgen varios interrogantes que se presentan ante el vencimiento de los plazos. ¿Qué tratamiento debemos darle a aquellos casos en los que solo fue previsto un plazo y éste se encuentra vencido? ¿El vencimiento del plazo produce la extinción del dominio fiduciario? ¿Carece el fiduciario de facultades para proseguir actuando?

La limitación temporal, como dominio imperfecto, es uno de los elementos diferenciadores del dominio fiduciario. Como sabemos, el nacimiento y la extinción del contrato de fideicomiso y del dominio fiduciario no necesariamente coinciden temporalmente. El contrato de fideicomiso obligará al fiduciante a aportar el inmueble o facultará al fiduciario a adquirir un inmueble que revestirá tal carácter, sin que resulte necesario que se opere dicha transmisión en forma simultánea con la firma del contrato. De la misma forma, la extinción del contrato por cumplimiento de su objeto no pone fin al dominio fiduciario, sino que habilita y obliga al fiduciario a transmitir el dominio pleno a los destinatarios finales, que serán quienes resulten fideicomisarios, beneficiarios o, en su caso, compradores de las unidades resultantes.

Para analizar los efectos del plazo vencido, deberemos analizar en protección de quién se establecieron los plazos. Lógicamente, los fiduciantes los han previsto para dar protección a los beneficiarios. Por lo tanto, si se hubiese agotado el plazo previsto contractualmente, serán los beneficiarios o los cesionarios de sus derechos quienes se encontrarían habilitados a prorrogarlo, a pesar de que no hubieran suscripto el contrato de fideicomiso que lo impuso, que ha sido suscripto por los fiduciantes originantes.

Como ya mencionamos, el plazo es uno de los datos que tienen vocación registral, por lo que el acuerdo de prórroga deberá ser formalizado por instrumento público y se deberá rogar la inscripción. Pero ¿qué sucede con el dominio fiduciario si no se alcanzan las mayorías necesarias para otorgar la prórroga?

La extinción de otros derechos reales sujetos a una limitación temporal, tal como el usufructo temporal, es automática y se produce con el solo transcurrir del tiempo. Al alcanzarse el plazo previsto, automáticamente se extingue el derecho y se consolida el dominio pleno en cabeza del nudo propietario.

Pero no es así como se encuentra concebido el dominio fiduciario en la Ley 24.441. Al cumplirse el plazo o acaecer la condición, el dominio no se consolida en cabeza del fiduciario, ni revierte a favor del fiduciante que aportó el bien. Por tratarse

de un negocio complejo, la obligación del fiduciario será la de transmitir el dominio pleno a favor del fiduciante, fideicomisario o del beneficiario designado en el contrato. El dominio fiduciario no pierde automáticamente este carácter por el mero vencimiento de los plazos, sino que mantiene su vigencia porque, como vimos, el acaecimiento de la condición (haber concluido las obras) dentro del plazo previsto no hace más que habilitar y obligar al fiduciario a transmitir el dominio pleno a los fideicomisarios previstos.

Esto surge del análisis profundo de los artículos 24 y 25 de la Ley 24.441.¹ Todos los contratos de fideicomiso sujetos a plazo contemplan un encargo fiduciario, que resulta el objeto central del contrato. De manera indirecta, el encargo representa una condición. El plazo resulta impuesto como un tiempo previsto para alcanzar dicha condición. Quedaría en riesgo el negocio instrumentado por esta vía contractual, si el mero vencimiento del plazo conllevara la automática extinción del contrato y la imposibilidad de actuar y contratar del fiduciario. Generaría un perjuicio mayor si el fiduciario se encontrara inevitablemente obligado a transmitir automáticamente el dominio pleno a los fideicomisarios, quienes revestirían la calidad de condóminos en el estado de terminación en que se encuentre el bien al vencimiento del plazo, con el riesgo que ello implica. Si así fuera, el fiduciario debería abstenerse de efectuar cualquier acto con relación al patrimonio fideicomitado, el que quedaría totalmente desprotegido. Eso no es lo que haría un “buen hombre de negocios”.

De alguna forma queda claro que el plazo ha sido previsto para cumplir con la condición que se da en el encargo fiduciario. Al producirse el vencimiento del plazo, serán los beneficiarios quienes deberán decidir si extienden el plazo para permitir el cumplimiento del encargo, o acotan el encargo para respetar el plazo. A todas luces, la primera de las alternativas resulta la más razonable, sin perjuicio de considerar una justa causa de remoción del fiduciario la de no haber podido concluir con las obras en el plazo previsto.

Entiendo que los actos ejecutados por el fiduciario que cumple su encargo en virtud de un contrato de fideicomiso que ya tiene su plazo vencido no son nulos, y resultarán oponibles a los beneficiarios y a los terceros que contraten con el fideicomiso; se considerarán efectuados dentro de la etapa liquidatoria.

2. Transmisión de dominio pleno en cumplimiento del contrato de fideicomiso y sus implicancias impositivas

Describiré algunas de las alternativas de las que disponemos para extinguir el dominio fiduciario y transformarlo nuevamente en dominio pleno al concluirse las obras encomendadas en un fideicomiso inmobiliario.

1. Art. 25: “El fideicomiso se extinguirá por: a) el cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal...”; art. 26: “Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes”.

Los esquemas de funcionamiento de los negocios fiduciarios nos permiten manejar múltiples alternativas para regular su funcionamiento. Un esquema tradicional habilitaría al fiduciario a vender las unidades funcionales a construirse y, en ese supuesto, el tratamiento sería el de una venta ordinaria, sin necesidad de efectuar más consideraciones que la necesidad de dejar claramente acreditada la legitimación del fiduciario en tal rol. Será necesario agregar copia del contrato de fideicomiso o, en su defecto, efectuar la remisión al folio del protocolo donde se encuentre agregado. El resto de las cláusulas de la compraventa tendrá el tratamiento habitual de cualquier operación del tipo.

Este esquema, si bien desde el punto de vista operativo releva al fiduciario de la obligación de rendir cuentas a los adquirentes –quienes serán tratados como simples compradores y recibirán el inmueble prometido en venta en las condiciones pactadas–, obliga a liquidar el producido de la utilidad del emprendimiento a favor de sus fiduciantes beneficiarios (los inversores), luego de practicar el pago de los impuestos correspondientes. Recordemos que para los administradores de patrimonios ajenos, la ley prevé una alícuota del 35 % a aplicar sobre la base imponible. Por esta razón, éste no es el esquema fiduciario habitualmente utilizado para instrumentar los negocios inmobiliarios.

Los desarrollistas prefieren la alternativa de recurrir a la figura de la coincidencia entre ambos sujetos negociales –fiduciante y beneficiario–, que permite aplicar, de acuerdo con las previsiones del Decreto 780/1995, las consecuencias impositivas del acto en cabeza de los mismos fiduciantes beneficiarios, quienes tributarán el impuesto a las ganancias del negocio de acuerdo a la alícuota que a cada uno de ellos le corresponda.

Estamos hablando del impuesto a las ganancias sobre la utilidad que arroje el negocio, puesto que en ambos casos el impuesto –que en nuestro carácter de notarios y agentes de retención debemos retener e ingresar– será del 3 % del valor del acto. La AFIP interpreta que, salvo casos especiales, como podría ser un fideicomiso en garantía o que contenga un negocio subyacente consistente en una donación, la regla general será la de la presunción de que quien forma parte de un fideicomiso inmobiliario lo hace con la expectativa de obtener un beneficio patrimonial, y esto servirá de base para fundamentar la retención antes mencionada.

Sobre dicho tema corresponde efectuar algunas aclaraciones. En algunos supuestos, al no existir fondos disponibles sobre los cuales efectuar la retención mencionada, los colegas, constituyen a las partes en agentes de autorretención. Esta figura no libera a las partes del pago del impuesto referido sino sólo al agente de retención (en este caso, al escribano interviniente). Este procedimiento puede acarrear algunos riesgos para las partes si éstas, aprovechando las ventajas de no haber tributado el impuesto en el acto escriturario, omiten definitivamente su pago. En este caso, la AFIP podrá determinar de oficio el impuesto omitido y condenar a su efectivo pago a las partes con su correspondiente multa y actualización.

Para calcular la base imponible a aplicar, deberemos acudir a las normas generales tributarias. De acuerdo a dichas normas, la base imponible siempre es el mayor valor, considerando la valuación fiscal luego de aplicar su respectivo índice corrector; en su defecto, el VIR, el valor real de los aportes efectivamente realizados al fideicomiso o el valor de mercado; para estimar a este último, bastará con considerar el precio de la última cesión.

Para determinar el criterio a aplicar con relación al impuesto de sellos, deberemos tener en cuenta que la regla general es que la escritura de transmisión del dominio pleno a favor del beneficiario-fideicomisario se encuentra alcanzada por las normas de dicho impuesto. Pero cabe aclarar que también comprenderán al acto los beneficios de exenciones impositivas, si el inmueble que recibe el beneficiario-fideicomisario se destina a su vivienda única, familiar, de uso propio y de ocupación permanente; y se encuentra dentro de los montos alcanzados por dicha exención total o parcial.

En consecuencia, desarrollaré el modelo del supuesto más habitual para este tipo de operaciones inmobiliarias. El caso de análisis será el de un fiduciario que deberá transmitir el dominio pleno al beneficiario-fideicomisario una vez concluidas las obras. El mismo podrá revestir este carácter, ya por haber formado parte del contrato que dio origen al negocio, como adherente en fecha posterior, o como cesionario de los derechos de alguno de ellos.

3. Modelo

[*Epígrafe*] ESCRITURA NÚMERO DIECINUEVE. TRANSMISIÓN ONEROSA EN CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE FIDEICOMISO. “SANTA MARÍA S. A.” a favor de [...].²

[*Encabezamiento*]³ En la ciudad de [...]⁴, ante mí [...]⁵, comparecen [...]⁶, personas capaces para este acto a quienes identifico de acuerdo a lo previsto por el inciso... del art. 1002 del Código Civil, quienes intervienen por sí y dicen:

2. El epígrafe descriptivo busca aportar mayor claridad a quien deba referenciar la escritura. Intentamos dejar en claro que la transmisión es del dominio pleno y no se trata de una transmisión del dominio fiduciario, como sería el caso si se transmitiera el dominio al fiduciario sustituto. El acto resulta oneroso, dado que los fiduciantes-beneficiarios han efectuado los aportes necesarios para ejecutar la obra, y se encuentra encuadrado dentro de lo previsto por los códigos de actos de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En la Provincia, el código de acto es el 121-00.

3. Tratándose de transferencia de dominio de inmuebles, conforme al art. 1184 CCIV, se debe realizar sólo por escritura pública. Colocar en el encabezamiento, número de escritura, descripción del acto y partes.

4. Incorporar data, lugar y fecha de la escritura con la forma de estilo del notario autorizante.

5. Identificación del notario interviniente y del registro notarial.

6. Datos personales de los sujetos intervinientes. Recordar que, por tratarse de un acto registrable, debe incorporarse la clave de identificación tributaria de las partes, a quienes identificamos de acuerdo a lo previsto por el art. 1002 CCIV. Se redacta la comparecencia en los términos de la técnica notarial. Recordamos que

[*Objeto*] Que, dando cumplimiento al encargo fiduciario, “SANTA MARÍA S. A.” transmite el DOMINIO PLENO, a favor de [...], de la UNIDAD FUNCIONAL [...], NOMENCLATURA CATASTRAL: circunscripción [...]; parcela [...]; subparcela [...]; polígono [...]. Partida inmobiliaria: [...]. Valuación fiscal: \$[...], valuación fiscal para el impuesto al acto: \$[...]. Catastro número [...]⁷.

[*Enunciación del antecedente negocial de este acto*] Por escritura pública número [...]⁸, el señor [...] celebró un contrato de fideicomiso inmobiliario, que se denominó “Fideicomiso [...]”⁹, cuya clave única de identificación tributaria es [...], en el que se obliga a la transmisión del dominio pleno del inmueble referido a favor del beneficiario de esos derechos.

[*Transmisión de dominio. Evicción. Manifestación acerca de la tradición*] Las partes declaran que esta transmisión es de dominio pleno, extinguiéndose en relación a él el dominio fiduciario, y, en consecuencia, el fiduciario transfiere en este acto a favor del beneficiario, quien adquiere de conformidad, todos los derechos de propiedad, posesión y dominio que sobre el inmueble relacionado tenía y le correspondían, obligándose a responder por el saneamiento, en caso de evicción, con arreglo a derecho y otorgándole la posesión del inmueble mediante la tradición que opera a favor del adquirente en este acto, manifestando que por la unidad objeto de este acto no existen deudas por expensas comunes y/o extraordinarias y que el inmueble en general se encuentra asegurado contra riesgo de incendio, con póliza vigente.

[*Aceptación de la transferencia dominial*] Por su parte, declara el adquirente que acepta los términos de esta escritura de transmisión de dominio pleno, operada a su favor en este acto, por ser lo convenido, manifestando que recibe de conformidad la posesión del inmueble por la tradición que se opera en este acto y que conoce y acepta el reglamento de copropiedad y administración que rige la finca, antes mencionado, el que se obliga a cumplir en todas sus partes. Surgen del mencionado reglamento de copropiedad y administración las siguientes cláusulas, que, transcriptas textualmente, dicen: [...]

[*Restricciones a las facultades del titular fiduciario*] Las partes declaran, además, que, a los efectos de determinar las facultades que el administrador fiduciario posee con relación a la posibilidad de disponer de los bienes fideicomitidos, surge claramente su ad-

serán enunciados todos los sujetos instrumentales y será acreditada la legitimación de su intervención para dejar claramente establecida la identificación de los sujetos del contrato; ellos son el fiduciario y el beneficiario. La identificación y legitimación de los comparecientes debe ser efectuada por el notario. Debemos tener presente que se debe acreditar claramente el carácter del titular de dominio fiduciario, lo que se podrá producir con la agregación del contrato de fideicomiso o con la remisión si el contrato se encuentra protocolizado o formalizado en escritura pública ante el mismo registro notarial.

7. Descripción íntegra del inmueble de acuerdo con título. Tener presente que si el inmueble hubiera sido modificado por plano (mensura, división, etc.), la descripción debe hacerse por plano. También debe consignarse la designación catastral. De acuerdo con la técnica notarial aplicada por el escribano interviniente, esta constancia podrá trasladarse a las constancias notariales.

8. Relación íntegra y clara del contrato de fideicomiso por el que el fiduciante se obliga a otorgar esta transferencia de dominio.

9. Resulta práctico asignarle al fideicomiso un nombre de fantasía para diferenciarlo claramente del patrimonio personal del fiduciario y de los restantes patrimonios fideicomitidos que se encuentren bajo su titularidad.

misión en el contenido del contrato de fideicomiso referido, que regula las facultades y prohibiciones del fiduciario en el ejercicio de la propiedad fiduciaria.

[*Acreditación de los derechos que el beneficiario posee para que se le adjudiquen los bienes*] Y LOS CONTRATANTES MANIFIESTAN: Que los derechos de adjudicación de las unidades objeto de este acto surgen de los siguientes antecedentes: 1) del contrato de fideicomiso otorgado el [...] de 20[...], anteriormente mencionado, las unidades objeto de este acto fueron adjudicadas a [...]; 2) por cesión de derechos del día [...] de [...] de 20[...], cedieron los derechos que le correspondían sobre las unidades a favor del aquí adquirente, por la suma de [...] PESOS, (\$[...]), que los cedentes recibieron en oportunidad de la firma de la cesión y que se repondrá con dinero que retengo al efecto.

[*Constancias notariales*] Yo, el autorizante, hago constar: que le corresponde al fiduciario transmitente el dominio del inmueble.¹⁰ Que de los certificados solicitados para este otorgamiento, entre ellos los expedidos por el Registro de la Propiedad referidos a dominio y anotaciones personales,¹¹ que agregó, resulta que por el nombre del fiduciario y en la forma solicitada no se registran anotadas inhibiciones que le impidan disponer de sus bienes, ni del que por este acto transfiere, cuyo dominio consta en la forma solicitada, no se registran hipotecas, embargos, gravámenes ni otros derechos reales.¹² De los demás certificados solicitados resultará que no se registran deudas por impuestos, tasas, ni contribuciones, hasta la fecha de este otorgamiento. Que, a los efectos fiscales e impositivos que pudieran corresponder, el valor de la unidad funcional [...] es de: [...] pesos (\$[...])¹³, y, a los efectos contables, el valor efectivamente ingresado por el fiduciante al fideicomiso para solventar los costos del emprendimiento es de: [...] pesos (\$[...]). Que, en mi carácter de agente de retención, retengo a la sociedad fiduciaria la suma de pesos [...], en concepto del impuesto a las ganancias, los que ingresaré en el tiempo y la forma que exige la reglamentación vigente,¹⁴ por no haber fondos disponibles, constituyendo a las partes en agentes de autorretención en caso de corresponder su tributación. 3) Que en el citado plano figuran las siguientes notas que transcritas textualmente dicen: [...].

LEÍDA Y RATIFICADA, así la otorgan y firman ante mí, doy fe.

10. Descripción de los actos que sirvan de título al dominio del transmitente en su carácter de fiduciante, con la constancia de su registración, a los efectos de conservación del principio registral de tracto sucesivo.

11. Acreditación de las constancias de los certificados solicitados para el acto, conforme a los arts. 23 y cc. de la Ley 17.801.

12. Pueden transferirse inmuebles gravados siempre que el adquirente acepte el gravamen, lo que dependerá de la voluntad negocial.

13. La base imponible para el pago de los impuestos de sellos y a las ganancias surgirá del mayor valor entre el que informa la valuación fiscal con su respectivo índice corrector, el valor efectivamente aportado por el fiduciante al fideicomiso –en este contrato nos referimos a él como “a los efectos contables”– y el valor de la mayor cesión operada sobre esa unidad, que configura claramente el valor de plaza. El Código Fiscal considera como la base imponible sobre la que corresponde aplicar la alícuota, el mayor valor de todos ellos.

14. Excepcionalmente, cuando no existen fondos disponibles, se puede constituir a las partes en agentes de autorretención en caso de corresponder su tributación, desligando de responsabilidad al escribano autorizante. Esto no hace desaparecer la obligación tributaria, pero existen algunos casos de conflicto en donde esta solución aparece como modelo de resolver el conflicto.



Mandatos en los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Sebastián Justo Cosola

RdN 917

Con respecto a los mandatos, se observa que casi todos están llenos de superfetaciones, con expresiones clásicas inspiradas en poderes de antaño, que indicaban las facultades *ad solemnitatem* [...] criterio absurdo de “lo que abunda no daña”, que no hay razón para sostener, porque el poder vale no por la fórmula que siga al estilo, sino tan sólo por lo que expresa, es decir, por el acto jurídico a ejecutar [...] porque, en la “hora de la innovación”, ya es tiempo de que la técnica notarial moderna, creadora, deseche la estructura clásica de las fórmulas que aún se hilvanan.

Argentino NERI, *Ciencia y arte notarial***

Pienso que la clave de la función notarial se halla en saber captar el sentido del derecho, en actuar dentro del ámbito de la libertad civil y de conformidad con los usos negociales. Sin duda, el sentido del derecho, o sentido de lo justo, se funda en un sentimiento de justicia que se halla innato en el hombre [...] Los usos notariales, especialmente los revelados en las convenciones notariales, constituyen a la larga una aportación a las formaciones legales, una intervención de los prácticos del derecho en la esfera de la normación jurídica, cerrando un ciclo lógico e inevitable entre la norma reguladora y la vida palpitante de los negocios jurídicos. La ética y el respeto a los usos vividos para configurar la voluntad de los otorgantes, siguiendo los cauces que dejan libres las normas imperativas y prohibitivas, creo que deben constituir la pauta general orientadora para el notario en su función configuradora de los negocios jurídicos y un punto de orientación de las preguntas que es preciso formularles. Se trata de hallar la equidad en el sentido de buscar y procurar la solución individualizadamente más justa que pueda encontrarse.

Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Manuales de metodología jurídica****

* Esquema presentado en el LXVII Seminario Teórico y Práctico “Laureano A. Moreira”, organizado por la Academia Nacional del Notariado (Buenos Aires, 5-6 junio 2014) sobre la base de la investigación realizada para la colección “Máximos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (ARMELLA, Cristina N. [dir.] y ESPER, Mariano [coord.], *Contratos*), La Ley, Buenos Aires, 2014. El presente esquema resulta ampliado en cuestiones de expresiones académicas y limitado en las exposiciones de las sentencias escogidas originariamente. Es preparado exclusivamente para la atención del jurista-notario asistente al Seminario. Para su profundización, estudio de fuentes, relaciones constitucionales, etc., remito al estudio referido, de reciente publicación.

** NERI, Argentino I., *Ciencia y arte notarial. Crítica razonada y práctica aplicada*, Buenos Aires, Ideas, 1945, t. I, pp. 345-346.

*** VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Manuales de metodología jurídica. De la determinación del derecho*, Madrid, Consejo General del Notariado Español, 2004, t. III, pp. 257-259.

RESUMEN

Se presenta un panorama actualizado de las doctrinas nacionales e internacionales en el intento por precisar los conceptos de mandato, poder y representación en el derecho privado actual. Asimismo, se hace referencia a los casos trascendentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que incluyen apuntes interesantes acerca de la temática en estudio. Finalmente, se hace alusión a la tarea notarial de confección, precisando los deberes éticos notariales aplicados que el notario debe anteponer a la redacción del documento.

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Esquema del mandato, la representación y el poder en la doctrina civilista. **3.** El mandato, la representación y el poder en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil. **4.** Esquema del mandato, la representación y el poder en la doctrina notarialista. **5.** El mandato, la representación y el poder en las Jornadas Notariales Argentinas y en las Jornadas Notariales Bonaerenses. **6.** Precisiones desde algunos aportes provenientes del derecho de procedimientos. **7.** Algunos apuntes coincidentes del contrato de mandato, la representación y el poder en el derecho proyectado. **8.** Algunos de los máximos precedentes escogidos. **9.** Líneas y tendencias asumidas por la Corte Suprema de Justicia a través del tiempo. **10.** Palabras finales.

1. Introducción

En razón de ser una de las instituciones más importantes del universo jurídico, la teoría general del contrato siempre ha denostado una amplia recepción académica, la que se ha presentado desde ricos, variados y novedosos enfoques de las más diversas naturalezas: históricos,¹ técnicos y formularios,² iusfilosóficos,³ etc. Dentro de la teoría mencionada, el mandato se ubica también dentro de las categorías de contratos que presentan, a nivel teórico, disquisiciones académicas motivadas por lo terminológico y lo metodológico.⁴

Sin embargo, resulta necesario argumentar o refutar ideas de ese esquema contractual en el intento por detectar la línea jurisprudencial trascendente que viene siguiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el tema que ocupa la particular

1. Cfr. ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 325; DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELLI, Ángel E., *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, p. 281.

2. LAMBER, Rubén A., *La escritura pública*, La Plata, FEN, 2006, t. IV; D'ALESSIO, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. II.

3. RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del derecho*, Madrid, Reus, 2008, p. 253; CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 283; RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, México DF, Porrúa, 2008, p. 312; entre otros.

4. SÁNCHEZ URITE, Ernesto A., *Mandato y representación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 341.

atención de este ensayo. La mejor forma que encuentro de exposición me permitirá presentar un análisis de los hechos y motivos absolutamente resumido de los fallos escogidos, que recojan las opiniones centrales y las disidencias, para luego determinar si efectivamente puede existir una línea de pensamiento que a lo largo del tiempo demuestre una interrelación o conflicto de los principios contractuales designados de la interpretación del contrato de mandato, de la teoría de la representación y del poder.

El contrato en referencia presenta un vasto tratamiento tanto en el estudio del derecho civil como en el propio campo del derecho notarial, circunstancia ésta que, analizada desde la enciclopedia jurídica,⁵ que propone unidad y división del derecho, posibilita una mejor concentración de su estudio desde dos puntos de vista absolutamente trascendentes: el que se refiere al estudio del continente y el dirigido al análisis del contenido,⁶ con apéndices del derecho de procedimientos que también merecen considerarse. Así, debe empezar por reconocerse que la doctrina mayoritaria es relativamente coincidente en aceptar con críticas la figura del mandato tal cual se encuentra receptada en el Código Civil:

Artículo 1869. El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza.⁷

Suele destacarse especialmente la confusión que se genera entre el contrato y la idea emergente de representación, que originariamente no era admitida en el derecho romano.⁸ Si bien el tratamiento de ambos institutos reconoce como antecedente obras de prestigio –a las que remito en razón de la brevedad encomendada para la redacción de estas líneas– corresponde hacer un esquema introductorio que sea de fácil acceso de consulta o repaso a la hora de analizar alguno de los máximos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación estudiados con anterioridad.

5. GATTARI, Carlos N., *Manual de derecho notarial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 387.

6. Para estudiar en profundidad la cuestión del continente y del contenido, esa tan famosa referencia notarial creada por un gran maestro hispano, consultar NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Lima, Gaceta Notarial, 2013 (estudio preliminar de Sebastián Justo Cosola; Colección “Biblioteca notarial”: Rafael Pérez Gallardo, Guillermo Cam Carranza, y Miguel Ángel Arévalo directores).

7. Este artículo, además de las fuentes citadas por el Codificador, guarda referencia con los principios emergentes de las *Institutas*, que operan como una herramienta invaluable de interpretación jurídica en la actualidad. Ver correspondencia en GAIUS, *Institutas*, La Plata, Librería Jurídica, 1975, trad. de Di Pietro, § 155, p. 243.

8. Cfr. SALAS, Acdeel E., “El carácter patrimonial del mandato”, en Armella, Cristina N. (dir.), *Summa de contratos. Doctrina, legislación, jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, t. II, p. 2675.

2. Esquema del mandato, la representación y el poder en la doctrina civilista

El mandato es un contrato y existe cuando una persona (mandante) da un poder a otra (mandatario), que acepta para representarla y ejecutar así actos jurídicos por cuenta y en nombre de la primera de ellas.⁹ Algunos autores advierten que entre los rasgos fundamentales del mandato deben considerarse tanto la función representativa como la naturaleza de la gestión encomendada.¹⁰ Otros, en cambio, únicamente le atribuyen a la representación el carácter esencial y propio del mandato.¹¹

Para Alberto Spota, por ejemplo, el mandato es un acto jurídico de apoderamiento unilateral que se halla sometido a la condición suspensiva de la aceptación por quien reviste la calidad de apoderado, y cuya actuación además se extiende a los hechos jurídicos que no son actos negociales.¹² Para este autor, el mandato, como acto de apoderamiento, no es un contrato¹³ y uno de los mayores inconvenientes que advierte al momento de analizar la figura es el error o defecto de la definición legal establecida en el Código, que incluye la función representativa, ajena al mandato.¹⁴

Ricardo Lorenzetti aclara que existe una notoria diferencia entre los contratos, que son actos jurídicos bilaterales, y la representación, que es un acto jurídico unilateral.¹⁵ Concretamente, mientras que el mandato es un contrato de colaboración, que busca la actividad de una persona diferente, permaneciendo el interés en cabeza del titular mandante,¹⁶ la representación es una declaración unilateral de voluntad que emite el representado, que es dirigida hacia los terceros –generalmente mediante un poder–, para que el representante obre por cuenta y orden de aquel, produciendo el efecto jurídico principal, que es la eficacia directa.¹⁷

Cabe recordar que la representación contiene dos elementos caracterizadores: la actuación en nombre ajeno y la producción de los efectos directamente en el dueño del negocio.¹⁸ Es que, en cierta manera, la representación también importa una

9. Cfr. LAJE, Eduardo J. y otros, *Curso de derecho civil*, Buenos Aires, Macchi, 1980, t. II, p. 384.

10. Ver SALAS, Acdeel E., “La caracterización del mandato”, en Armella, Cristina N. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 8), t. II, p. 2714. (El autor se refiere a Machado, Segovia y Spota).

11. *Ibidem*. (Se refiere a Lafaille).

12. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. VII, p. 1.

13. *Ídem*, p. 2.

14. *Ídem*, p. 9.

15. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. II, p. 153.

16. *Ídem*, p. 154.

17. *Ídem*, p. 153. El tema de la eficacia directa en materia de representación habilita el estudio, según el autor, a la teoría de la ratificación y en determinadas circunstancias, a la de la apariencia jurídica.

18. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Colección de análisis jurisprudencial. Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 449.

sustitución que el derecho únicamente admite dentro de ciertos límites y bajo determinados presupuestos, para evitar convalidar la invasión de la esfera jurídica ajena.¹⁹ De esta manera, la representación es aplicable a toda clase de actos jurídicos, aunque especialmente –en lo que a este ensayo interesa– a los de índole patrimonial.²⁰

En otra posición, Guillermo Borda intenta convencer de que es necesario que haya representación del mandante por el mandatario.²¹ Si bien reconoce que puede existir representación sin mandato y mandato sin representación,²² persiste en su idea y afirma:

El mandato es casi siempre representativo y aun en los casos en que no lo es, la gestión que realiza el mandatario debe ser de una índole tal que pueda ser objeto de representación.²³

Es importante destacar que, a pesar de las discrepancias con Spota, ambos autores coinciden al resaltar, con verdadero esmero y entusiasmo, las bondades de la irrevocabilidad del contrato en estudio²⁴ –de la misma manera en que Rubén Lamber lo ha hecho desde el notariado²⁵–, aquella que, de manera alarmante, no es tenida en cabal consideración en el último Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del Poder Ejecutivo, redactado por la Comisión de reformas designada por Decreto 191/2011, o tan siquiera considerada su total esplendor y plenitud.²⁶

El maestro tucumano Fernando López de Zavalía le atribuye a la doctrina de la representación un carácter singular, dirigiendo su estudio a la parte general del derecho civil y emancipándola absolutamente del contrato de mandato.²⁷ Así, quien fuera uno de los grandes maestros del derecho argentino nos propone la comprensión de una representación directa activa, la representación directa pasiva y la representa-

19. TARANTO, Hugo O., “Representación”, en Stiglitz, Rubén S. (dir.), *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. II, p. 141.

20. Ídem, p. 143.

21. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Perrot, 1990, t. II, p. 469 (versión resumida: BORDA, Guillermo A., *Manual de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2008, act. por Alejandro Borda, p. 679).

22. *Ibidem*.

23. Ídem, p. 470.

24. BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, p. 353; SPOTA, Alberto G., *Curso sobre temas de derecho civil*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1971, p. 276.

25. LAMBER, Rubén A., *ob. cit.* (cfr. nota 2), t. III, p. 78.

26. ETCHEGARAY, Natalio P., “La representación irrevocable en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/7/2012, p. 1. [N. del E.: publicado asimismo en *Revista del Notariado* n° 911, enero-marzo 2013, pp. 221-227].

27. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte General*, Buenos Aires, Zavalía, 2006, t. I, p. 490.

ción indirecta.²⁸ En definitiva, sostiene que puede haber representación sin que haya mandato –casos de representación legal– e incluso, que hay representación voluntaria sin mandato.²⁹

Otro gran maestro del derecho civil, Jorge Mosset Iturraspe, afirma que la teoría de la representación debe ser estudiada con motivo de los actos o negocios jurídicos, muy a pesar de ser relevante para la disciplina de los contratos, desde donde realiza su aporte.³⁰ Para el profesor santafesino, son dos los presupuestos que requiere la consolidación de la teoría de la representación: declarar en nombre ajeno y actuar por cuenta ajena o en interés ajeno. Así, afirma lo siguiente:

La teoría de la representación únicamente se refiere al estudio del vínculo directo que se forma entre el representado y el tercero de las denominadas relaciones externas.³¹

Continúa enseñando que, en la teoría en estudio, la voluntad y el interés, elementos de la noción de derecho subjetivo, se encuentran disociados, pudiendo darse:

- 1) actuación en nombre y por cuenta ajena en los casos de representación necesaria y el mandato en su versión crítica del artículo 1869 del Código Civil;³²
- 2) actuación en nombre propio y en interés ajeno, como es el supuesto del mandato oculto del artículo 1929, aunque reconoce que en el supuesto no hay una verdadera representación;³³
- 3) actuación en nombre ajeno pero en interés propio, refiriendo al caso excluido por el artículo 1892, conocido como *procurator in rem suam*;³⁴
- 4) representación de interés de ambas partes, de interés común o de interés exclusivo de un tercero.³⁵

El profesor también precisa que no puede haber confusión entre el representante, que declara una voluntad negocial en nombre del representado, y el nuncio o

28. Ídem, p. 491.

29. Ídem, p. 498: “El caso más claro es el que se presenta cuando alguien comunica a otro que ha designado a determinada persona como apoderada de recepción. Aunque el apoderado ignore la designación, aunque proteste frente a la recepción de la declaración que se le impone, ella debe tenerse por recibida. Evidentemente aquí no hay mandato, al no haber consentimiento contractual, pero hay acción y efectos representativos. Los efectos se explican porque hay un poder. Y desde luego, tampoco cabe confundir el poder voluntario con el mandato, pues el primero es facultamiento emanado de un acto jurídico unilateral, mientras que el segundo es el contenido de un acto jurídico bilateral (específicamente: de un contrato) del que se desprende una obligación”.

30. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 209.

31. Ídem, p. 210.

32. *Ibidem*.

33. *Ibidem*.

34. Ídem, p. 211.

35. *Ibidem*.

mensajero, que únicamente transmite una voluntad ajena. Tampoco puede prestarse a confusión la gestión del representante con la del mero ejecutor de hechos materiales en interés ajeno, el locador de servicios o el empresario de obras.³⁶

En cuanto al origen de la representación, considera el apoderamiento como un acto jurídico unilateral, dirigido hacia los terceros –futuros contratantes–, mediante el cual se autoriza al apoderado a actuar en nombre y por cuenta del poderdante.³⁷ Advierte que la representación voluntaria puede nacer tanto del mandato como de la locación de servicios, de obras, entre otras. Sostiene que el mandato, como contrato, tiene en cuenta las reglas internas entre mandante y mandatario y se diferencia de la actuación del mandatario con los terceros, que puede o no determinar la representación del mandante, según se actúe en nombre propio o en nombre ajeno.³⁸ Y concluye que “de ahí que pueda existir representación voluntaria sin mandato y mandato sin representación”³⁹. Finalmente, explica que la teoría de la representación no fue receptada de manera autónoma por el Codificador.

Mosset Iturraspe tiene varios estudios relacionados con el que hoy ocupa nuestra atención;⁴⁰ es de elemental lectura una de sus obras dedicadas con exclusividad al mandato y la representación. En muchos de sus postulados se orienta la visión de este exponente.

Jorge Joaquín Llambías también presenta un desarrollo de la teoría de representación dentro de la parte general del acto jurídico y considera que los representantes voluntarios son los mandatarios.⁴¹ Sin embargo, advierte que la teoría de la representación no ha sido receptada en el Código Civil y que, por ello, ha sido legislada con relación al contrato de mandato, cuyas reglas se han extendido a las demás representaciones legales o voluntarias.⁴² Por tal motivo, no duda en plantear una remisión relevante: “es al contrato de mandato adonde debemos acudir para encontrar los principios básicos de la teoría de la representación”⁴³.

Julio César Rivera considera la temática dentro de la teoría del acto jurídico, lectura de donde se advierte que los presupuestos para que exista una representación son:

- 1) la declaración en nombre ajeno que efectúa el representante;

36. *Ibidem*.

37. *Ibidem*.

38. *Ídem*, p. 212.

39. *Ibidem*.

40. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Mandatos*, Buenos Aires, Ediar, 1979 (versión ampliada: Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005). Ver también del mismo autor “La representación”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 6, 1994, p. 9-52.

41. LLAMBIÁS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1991, t. II, p. 351.

42. *Ibidem*.

43. *Ibidem*.

- 2) actuar por cuenta e interés ajeno;
- 3) existencia de una facultad apropiada y suficiente, que provendrá de la ley o de la convención.⁴⁴

En sintonía con Llambías, también niega que nuestro Código Civil recepte originariamente la teoría de la representación; concluye que, en materia de representación voluntaria, la relación e identificación deben encontrarse con las normas previstas para el contrato de mandato.⁴⁵

Santos Cifuentes estructura la temática en tratamiento dentro del elemento sujeto del acto jurídico.⁴⁶ En coincidencia con los autores precitados, advierte que la teoría de la representación plantea una sustitución, un reemplazo de parte. Reconoce los avances que esta teoría ha venido desarrollando y la diferencia del mandato por cuanto puede haber representación sin mandato –legal o administración judicial– y mandato sin representación –oculto–.⁴⁷ También distingue la representación del poder, al que considera el elemento que brinda validez a los actos del representante.

Para Cifuentes, el apoderamiento se concreta mediante un negocio jurídico unilateral del poderdante; lo diferencia del mandato, que reconoce como acto jurídico bilateral.⁴⁸ (Otras apreciaciones interesantes del autor pueden extraerse de sus comentarios a los artículos del mandato en el Código Civil).⁴⁹

En orientaciones similares, el reconocido profesor platense Rubén Compagnucci enseña que cuando un sujeto puede actuar en nombre de otro, sustituyéndolo, aparece el fenómeno de la representación,⁵⁰ la que puede presentarse en su faz activa o pasiva.⁵¹ Considera que la caracterización de la representación se encuentra en la actuación por cuenta ajena, aunque también reconoce la existencia de la representación oculta.⁵²

Explica que el poder es una autorización que el representante le otorga al representado para que éste realice en su nombre uno o varios negocios jurídicos,⁵³ no sin

44. RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, t. II, p. 331.

45. Ídem, p. 332.

46. CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 167.

47. Ídem, p. 170

48. Ibídem.

49. CIFUENTES, Santos (dir.) y SAGARNA, Fernando A. (coord.), *Código Civil. Comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. IV p. 1.

50. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 389.

51. Ibídem: hay representación activa “cuando el representante por su propia voluntad realiza el negocio y es el emisor de esa voluntad”; hay representación pasiva “cuando el representante es el destinatario de una declaración para otro”.

52. Ibídem.

53. Ídem, p. 395.

antes advertir que la palabra *poder* –también conocida como autorización, poder de representación, facultad de representar o apoderamiento⁵⁴– tiene varios significados, que la asocian al documento, al acto jurídico donde se otorga la representación o a la situación jurídica por la cual el representante influye con sus actos en la esfera del representado.⁵⁵ Diferencia el poder del mandato: el último, considerado como contrato, es siempre un acto jurídico bilateral, mientras que el poder es siempre un acto jurídico unilateral.⁵⁶

En lo que a este estudio respecta, opina, como la mayoría de los autores citados, que el poder es un negocio abstracto, al que considera, además, como un verdadero negocio, abstraído del convenio causal antecedente, pues el mismo se encuentra desinteresado de la causa que carece de incidencia en la suerte del acto.⁵⁷ El profesor platense presenta notables interpretaciones de estas figuras⁵⁸ y a esos estudios dirijo al lector en razón de la economía de palabras encomendada.⁵⁹

Tampoco se debe dejar de destacar en este punto los notables aportes del profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata Ernesto Sánchez Urite, quien presenta una obra especialísima y de vanguardia hartamente referida en este ensayo, de cuyas conclusiones me he nutrido para comprender los alcances y los significados del contrato en estudio.⁶⁰ Así, considera que la definición establecida en el artículo 1869 es insuficiente, por cuanto únicamente contiene al mandato en su versión representativa.⁶¹

Los autores Roque Garrido y Jorge Zago precisan que hay diferencias notables entre el mandato civil y el mandato comercial.⁶² Advierten que, para el mandato civil, no sólo debe existir el encargo realizado por una parte a la otra, sino que debe darse la aceptación de ésta para que se configure el contrato.⁶³ Del mandato civil destacan además que su finalidad concreta es en realidad la realización de actos jurídicos, y esto diferencia al mandato de otros actos y, en lo específico, de otros

54. Ídem, p. 396.

55. Íbidem.

56. Ídem, p. 397.

57. Ídem, p. 400.

58. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Representación, mandato y negocio de apoderamiento”, en Alterini, Jorge H. (dir.) y Alterini, Ignacio E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II, p. 321.

59. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Mandato”, en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 2007, t. IX, p. 176.

60. SÁNCHEZ URITE, Ernesto A., ob. cit. (cfr. nota 4).

61. Ídem, p. 279.

62. GARRIDO, Roque F. y ZAGO, Jorge A., *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Universidad, 1993, t. II, p. 469.

63. Ídem, pp. 469-470.

contratos, como la locación de servicios, en donde se encargan actos materiales.⁶⁴ En el mandato comercial, el mandato es asimilado genéricamente a las comisiones o consignaciones, según emerge del Título Segundo del Libro Segundo del Código de Comercio.⁶⁵

Los autores enseñan que este último se diferencia del primero por la naturaleza de los actos encomendados al mandatario: así, será comercial o civil por la naturaleza de los actos encomendados.⁶⁶ Además, el mandato comercial se divide en mandato propiamente dicho, en donde el mandatario obra en nombre del mandante, y comisión o consignación, en donde el comisionista actúa en nombre propio.⁶⁷ El mandato comercial puede comprender todos los negocios del mandante; en la comisión o consignación, se suele referir únicamente a negocios individualmente determinados⁶⁸. Finalmente, destacan que mientras en el mandato comercial las relaciones que se crean consideran al mandante y al mandatario, en la comisión se crean dos relaciones diferentes: comisionista y comitente, y comisionista y tercero contratante.⁶⁹

Por su parte, Carlos Ghersi ha considerado el mandato como un contrato perfeccionado mediante acuerdo de voluntades; el poder, como el instrumento que formaliza el contrato;⁷⁰ y la representación, como la investidura que el mandante le otorga al mandatario, referida al contrato por ellos celebrado e instrumentado en el poder.⁷¹

3. El mandato, la representación y el poder en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, máximo bastión de discusión y reflexión sobre temas de trascendencia para el derecho privado, se nutren de los aportes de notables académicos del derecho civil y legan algunas conclusiones interesantes sobre los temas motivo de análisis en el presente ensayo.

En efecto, las II Jornadas (Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 1965) proponen una reforma del Código Civil en lo relativo a la representación y el man-

64. *Ibidem*.

65. *Ídem*, p. 471.

66. *Ídem*, p. 472.

67. *Ídem*, p. 473.

68. *Ibidem*.

69. *Ibidem*.

70. GHERSI, Carlos A. (dir.) y WEINGARTEN, Celia (coord.), *Manual de contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 403.

71. *Ídem*, p. 403.

dato.⁷² De las propuestas que hacen alusión al ensayo que se me ha encomendado redactar se infiere lo siguiente:

- 1) La representación requiere una legislación autónoma ubicada dentro del acto jurídico (voluntad).
- 2) El poder es un acto unilateral que tiene que regularse dentro del capítulo de la representación, la misma que reconoce tres tipos: legal, judicial y voluntaria.
- 3) En relación con los estados subjetivos y vicios de la voluntad, debe atenderse a los del representante. El representado de mala fe no puede beneficiarse con la ignorancia o buena fe del representante.
- 4) En la representación voluntaria, en los casos en que exista autorización o ratificación del dueño del negocio y en todo aquel supuesto que no reconozca conflicto de intereses, debe admitirse el autocontrato.⁷³
- 5) En relación con la validez del poder y la capacidad negocial del representado, la protección de la confianza exige una obligación de garantía del representante hacia el tercero de buena fe.⁷⁴

Por su parte, las III Jornadas (Universidad Nacional de Tucumán, San Miguel de Tucumán, 1967), si bien encaminadas a establecer las bondades del mandato irrevocable, sus fundamentos y alcances, dejan como resultado estas importantes conclusiones en la parte que nos interesa:

- 1) No debe confundirse el contrato de mandato con el poder.
- 2) Existen reglas propias para la cesación del contrato de mandato y para la cesación del poder.
- 3) La revocación del poder es un tema que interesa a la teoría general del acto jurídico y la extinción del mandato por la voluntad del mandante es un tema que corresponde a la doctrina general del contrato, sujeto a principios que regulan las convenciones sobre prestación de actividad.⁷⁵

De las deliberaciones de las XII Jornadas (Universidad Nacional del Comahue, Bariloche, 1989) surge la propuesta de una registración de la revocación de los mandatos en los registros personales.⁷⁶

Finalmente, las XV Jornadas (Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata 1995), bajo el título “La representación en los actos jurídicos”, dejan como resultado las siguientes cuestiones relevantes:⁷⁷

72. AA. VV., *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 31.

73. *Ibidem*.

74. *Ídem*, p. 32.

75. *Ídem*, p. 35.

76. *Ídem*, p. 99.

77. *Ídem*, p. 141.

- 1) Tanto la representación voluntaria como la legal, más allá de las diferencias que existen entre ellas, pueden englobarse en una teoría general de la representación.
- 2) Para ejercer la representación voluntaria, es suficiente poseer discernimiento para celebrar actos lícitos. La incapacidad del representado acarrea la invalidez del acto. Por excepción, esta deficiencia no perjudica a los terceros de buena fe.
- 3) El representante debe actuar en nombre de otro, haciendo conocer que actúa por el representado y clarificando la identidad de éste.
- 4) Los efectos del acto deben producirse en cabeza del representado sin afectar la esfera jurídica del representante.
- 5) El interés jurídico es siempre del representado, mientras que el interés económico puede ser aprovechado por el representante, el representado, un tercero, o común a ellos.
- 6) El poder de representación es un acto unilateral y recepticio. La sola voluntad del poderdante establece el contenido del acto. Es necesaria la aceptación del apoderado, por cuanto conforma un requisito de eficacia.
- 7) El poder de representación es necesario para la configuración de la representación voluntaria.
- 8) La representación no es un rasgo distintivo del mandato en el derecho vigente.
- 9) Revisten cierta trascendencia los vicios de la voluntad del representante. También resulta trascendente la mala fe del representado.⁷⁸
- 10) El autocontrato es en principio válido, no así cuando existan discrepancias o conflictos de intereses insalvables que no puedan ser objeto de aprobación posterior por el representado.⁷⁹

4. Esquema del mandato, la representación y el poder en la doctrina notarialista

Las teorías apuntadas con anterioridad encuentran también recepción y un profundo tratamiento entre los cultores de la ciencia, arte y técnica del derecho notarial, en su doble vertiente, tanto formal como sustantiva.

Debe tenerse en cuenta, como bien puede deducirse de las enseñanzas del maestro Carlos Pelosi, que la teoría de la representación somete al escribano a un análisis previo a los anteriormente expuestos. El escribano, antes que reflexionar acerca del alcance de la teoría en estudio, de su relación estrecha o de alejamiento con el mandato y con el poder y todos los bemoles al respecto, debe preguntarse quién representa el pensamiento en el documento, por cuanto tanto el notario como las partes se expresan en lo que posteriormente será considerado como un instrumento de valor

78. Ídem, p. 142.

79. *Ibidem*.

probatorio más que trascendente.⁸⁰ Es así que existe un autor del documento y un autor de las declaraciones vertidas en él, y, por cuanto en definitiva el documento es creado por el notario, también incluye el pensamiento del notario sobre el pensamiento de los otorgantes.⁸¹

Existe entonces una primera teoría de la representación en relación directa con el documento notarial⁸² que, analizada de antemano, puede evitar consecuencias que son propias del cumplimiento o incumplimiento del mandato, de la buena o mala fe del representante o de las facultades insuficientes del instrumento y que sirve de prueba para acreditar la manda, evitando así cuantos conflictos se deriven de las diferentes interpretaciones, a través del adecuado encuadre del instituto de la responsabilidad. De aquí que, entre otras cosas, las conclusiones de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991) revistan tanta importancia, y a sus conclusiones remito, en razón de la brevedad.⁸³

Teniendo en cuenta entonces ese trascendente punto de partida, corresponde ahora considerar aspectos relevantes de las figuras en tratamiento, que son argumentados por la doctrina mayoritaria.

El punto de partida dentro de los clásicos autores de nuestra amada disciplina lo constituye sin dudas el genial Argentino Neri.⁸⁴ Importa destacar aquí que este autor considera que la definición de mandato es defectuosa y errónea:

... pues no se ajusta al principio civil que rige en punto a mandato, por lo mismo que no pone de relieve su rasgo típico, esto es, la representación; por lo demás, sólo alude a la administración de “un” negocio, lo cual es criticable, ya que lo exacto es que también puede comprender uno o más actos jurídicos.⁸⁵

Sin embargo, qué importante resulta atender la crítica que realiza el maestro de la confección de los poderes. En efecto, al tratar las diferencias entre el mandato comercial y la comisión –similar tratamiento al que han realizado Garrido y Zago–, argumenta una crítica formularia muy interesante a las alocuciones “y dijo: que confiere poder”,⁸⁶ “que, teniendo necesidad por ausentarse por algún tiempo, confiere poder a”,⁸⁷ entre otras. Y afirma categóricamente:

80. PELOSI, Carlos A, *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 80.

81. Ídem, p. 81.

82. Ídem, p. 80.

83. AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 72), p. 107.

84. NERI, Argentino I., *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1972, t. 5, pp. 384-440.

85. Ídem, p. 434.

86. Ídem, p. 439.

87. Ídem, p. 440.

Ante la relativa pobreza de la técnica usada y de la redacción empleada, que, dicho sea de paso, parecería ofrecer una resistencia a la innovación, nosotros, con evidente espíritu científico, preconizamos modelos más jurídicos.⁸⁸

Lógicamente, Neri sabía a qué se refería. Una de sus primeras grandes obras, *Ciencia y arte notarial. Crítica razonada y práctica aplicada* –de lectura obligada para los notarios, porque en definitiva son estos aportes los que abrieron el camino a la jerarquización del notariado en nuestro país– expone con esmero las diferencias entre ciencia y arte y, más precisamente, entre formalismo y formulismo, dedicando un tomo a las críticas académicas y otros tres tomos a la confección de formularios para su utilización cotidiana. Allí, se ocupa del mandato como crítica y como desarrollo formulario.⁸⁹

Sin duda, hablamos de uno de los más grandes notarialistas argentinos, a quienes nosotros debemos mucho más que respeto y admiración. En el final de este ensayo, motivado quizás por mi inmadura juventud, llevaré al escribano a considerar una nueva perspectiva, que pienso hace caso a los tiempos en los que nos toca ejercer.

En el presente, la era del formulario, tan defendida en las primeras épocas cuando se consideraba el documento notarial como el elemento esencial de la función que realizaba el escribano –y mucho antes también!: piénsese en los trabajos de *summa artis* de los postglosadores y en *Aurora* de Rolandino, etc.–, debe dar lugar a una nueva argumentación notarial de la función: la potenciación de los deberes éticos notariales de información, asesoramiento y consejo, de la imparcialidad y la independencia, y de la adecuación del principio de legalidad integrado (leyes + principios + constitución).⁹⁰ Sobre esta nueva categorización de la función, sí se construyen firmes e indubitables los modernos y nuevos documentos notariales.

Natalio Etchegaray opta por clarificar los conceptos.⁹¹ Enseña que el mandato es un contrato que requiere de un acuerdo de voluntades expreso o tácito, que rige y regula las relaciones internas entre mandante y mandatario.⁹² El escribano de Gobierno también se refiere al poder de representación y habla de una declaración unilateral y recepticia, o dirigida a otra parte, por la cual se autoriza un acto ajeno, asumiendo para sí las consecuencias que se deriven de ello.⁹³ Sin embargo, no deja de destacar que en la práctica notarial cotidiana se suele referir al poder para designar

88. *Ibidem.*

89. NERI, Argentino I., *Ciencia y arte notarial. Crítica razonada y práctica aplicada*, Buenos Aires, Ideas, 1945, p. 345.

90. COSOLA, Sebastián J., *Fundamentos del derecho notarial. La concreción del método*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013. En Perú: *La prudencia notarial*, Lima, Gaceta Notarial, 2014.

91. ETCHEGARAY, Natalio P., *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 138.

92. *Ibidem.*

93. *Ibidem.*

al instrumento que acredita la subsistencia de esa voluntad recepticia.⁹⁴ Por ello, se refiere a la necesidad de exhibir el poder, respetando las formas adecuadas, en el acto de la firma del boleto de compraventa o de la escritura pública según corresponda, etc.⁹⁵

En sintonía con el último autor citado, Rubén Lamber considera que el contrato de mandato regula las relaciones entre las partes intervinientes: mandante y mandatario.⁹⁶ Y además recuerda que:

- 1) El contrato puede ser oneroso o gratuito.⁹⁷
- 2) Las gestiones encargadas al mandatario deben ser las que el propio mandante podría llegar a ejecutar, teniendo en cuenta aquellas que expresamente no están permitidas –otorgar testamento o contraer matrimonio–.⁹⁸
- 3) Puede tener por objeto todos los negocios lícitos.⁹⁹
- 4) El mandato, como contrato, debe ser aceptado, pero su actuación debe circunscribirse a los límites del poder, no haciendo menos de lo que se le ha encargado.¹⁰⁰
- 5) Es un contrato de gestión, que reconoce un encargo del mandante y que, hasta que no se haya cumplido, el negocio continuará en trance de ejecución.¹⁰¹

Lamber también traza la diferencia entre mandato, representación y poder. Ya descripto el contrato de mandato, interesa aquí destacar que para el autor en estudio la representación es

... una abstracción jurídica que produce el traslado de los efectos del acto de quien naturalmente los debería recibir en una actuación normal a otro vinculado con éste por medio de poderes que tienen la fuerza de traslado cuando está autorizado para invocarlo y ejercerlo.¹⁰²

En cuanto al poder, en cambio, si bien coincide con Etchegaray en que en una primera instancia se identifica con el instrumento,¹⁰³ no duda en recordar que al fin de cuentas un poder es mucho más que ello:

94. ETCHEGARAY, Natalio P., *Boleto de compraventa. Examen exegético de un boleto tipo*, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 97.

95. Ídem, p. 98.

96. LAMBER, Rubén A., *Derecho civil aplicado*, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 773.

97. Íbidem.

98. Íbidem.

99. Ídem, p. 774.

100. Íbidem.

101. Íbidem.

102. Ídem, p. 775.

103. Ídem, p. 776.

- 1) Facilita el desvío del acto celebrado con el tercero al poderdante por mérito de su invocación y contenido.¹⁰⁴
- 2) Es un disparador de una voluntad distinta de la habitual.¹⁰⁵
- 3) Es una especie de potencia que no produce efecto alguno hasta que el representante lo invoca y celebra el negocio.¹⁰⁶
- 4) Es independiente de su causa –no reconoce instancia negocial–.¹⁰⁷
- 5) Es instrumental.¹⁰⁸
- 6) Reconoce una forma abstracta –similar a la abstracción jurídica de la representación–, porque proyecta sobre las facultades que contiene un efecto de traslado hacia el poderdante de la actuación del apoderado.¹⁰⁹
- 7) Puede ser expreso o tácito.¹¹⁰
- 8) Puede ser general o especial.¹¹¹

Otro gran autor notarialista, Mario Zinny, opina que el mandato es el contrato del cual surgen derechos y obligaciones entre el mandante y el mandatario,¹¹² mediante el cual una parte, mandante, encomienda a otra, mandatario, la celebración de uno o más actos por cuenta de ella –sin invocar su nombre–, con lo que el mandatario corre con sus propios colores.¹¹³ Se crea entre las partes una relación interna.¹¹⁴ Sin embargo, con notoria audacia, introduce una figura, casi como si fuera una acción: el apoderamiento, al que se refiere como el negocio unilateral y abstracto¹¹⁵ del que surge el poder de representación.¹¹⁶ A través del apoderamiento, el poderdante logra conferirle al apoderado el poder de representación, que es una relación externa, para que se celebre en su nombre uno o más actos jurídicos.¹¹⁷

104. *Ibidem*.

105. *Ídem*, p. 777.

106. *Ibidem*.

107. *Ibidem*.

108. *Ibidem*.

109. *Ibidem*.

110. *Ibidem*.

111. *Ídem*, p. 778.

112. ZINNY, Mario A., *Nulidades, instrumentos públicos, mandato, apoderamiento y poder de representación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 62.

113. *Ídem*, p. 67.

114. *Ídem*, p. 71. El autor aclara que generalmente esta relación interna es el mandato, pero que bien puede ser otra figura: locación de obra, fideicomiso, etc.

115. *Ibidem*. Es abstracto porque es independizado de la relación interna entre mandante y mandatario. Por ello, el autor explica que, como consecuencia de esa abstracción, “la invalidez del negocio causal y la consiguiente inexistencia o extinción de la relación interna no afectan al apoderamiento y viceversa”.

116. *Ídem*, p. 62.

117. *Ídem*, p. 71.

Sobre esta figura, construye al poder de representación, que define como

... un derecho subjetivo que legitima al apoderado para invocar al poderdante y lograr que los efectos del negocio celebrado en su nombre pasen a corresponderle en forma directa.¹¹⁸

El poder integra la relación externa, que vincula al poderdante y al apoderado con los terceros con quien el último actúe, invocando el mencionado poder.¹¹⁹ Por ello, el autor afirma que tanto el mandato como el apoderamiento son negocios jurídicos, mientras que los derechos del mandante y del mandatario y el poder de representación del apoderado son derechos subjetivos.¹²⁰

También Adriana Abella diferencia las tres figuras.¹²¹ La eximia profesora considera el mandato como un contrato expreso o tácito entre el mandante y el mandatario:¹²² es un negocio de gestión por el que una persona, por cuenta de otra, celebra determinados actos previamente consentidos por el mandante, pudiendo efectuarlo en su nombre propio o en el de *dominus negotii*.¹²³ El poder de representación es una declaración unilateral de autorización de un acto, es un acto por el cual se inviste a una persona de la facultad de representación, que cotidianamente se asocia al instrumento.¹²⁴

También considera que existe en la actualidad una diferencia entre la representación y el contrato de mandato; considera –igual que la doctrina anteriormente repasada– que puede haber representación sin mandato (caso de los representantes legales) y mandato sin representación (caso del mandato oculto).¹²⁵

Finalmente, se preocupa por resaltar que, en materia de representación voluntaria, la capacidad de obrar con facultades suficientes debe constar en la documentación habilitante.¹²⁶ No debe dejar de tenerse en cuenta que la representación se acredita con documentos habilitantes. Se entiende por tales a aquellos que justifican el otorgamiento a nombre de otros, ya sea voluntaria, legal u orgánicamente,¹²⁷ incluso además teniendo en cuenta la representación que en sede notarial suele conocerse

118. Ídem, p. 62.

119. Ídem, p. 72.

120. Ídem, p. 62.

121. ABELLA, Adriana N., *Derecho notarial*, Buenos Aires, Zavalía, 2010, p. 495.

122. Ídem, p. 496.

123. *Ibidem*.

124. *Ibidem*.

125. Ídem, p. 495.

126. Ídem, p. 504.

127. GATTARI, Carlos N., *ob. cit.* (cfr. nota 5), p. 139.

con el nombre de representación por notoriedad.¹²⁸ Como explica Susana Violeta Sierz, si en definitiva se está en presencia de una persona que en un tiempo inmediato realizará un hecho o acto jurídico en nombre de otra, y de manera tal que tal actuación del representante implique la del representado,¹²⁹ resulta por demás importante que el notario, al examinar los documentos habilitantes, adecue el deber ético de legalidad para advertir los alcances, la suficiencia y la eficacia del instrumento o documento que se exhiba al efecto.¹³⁰

Otro notable aporte proviene de Alicia Perugini de Paz y Geuse. La autora se preocupa por tratar el poder notarial, que considera abstracto, con el derecho internacional privado.¹³¹ Presenta una tesis novedosa, que deslinda al poder de otras categorías jurídicas,¹³² ya que de esta manera se facilita notoriamente su circulabilidad internacional.¹³³

Finalmente, queda por referir que al ser el mandato un tema que en sede notarial vive a través del contenido del poder en cualquiera de sus vertientes –general, especial o irrevocable–, algunos autores se han ocupado con verdadero entusiasmo de la elaboración de fórmulas técnicas de aplicación; a ellos debe remitirse el lector si pretendiera comprender acabadamente las cuestiones emergentes de la técnica notarial.¹³⁴

5. El mandato, la representación y el poder en las Jornadas Notariales Argentinas y en las Jornadas Notariales Bonaerenses

La XII Jornada Notarial Argentina (Resistencia, 1968) advierte sobre la necesidad de mantener una buena técnica notarial en la redacción del contrato de mandato en el instrumento que lo contiene –en el caso, un mandato especial irrevocable– para evitar malas interpretaciones e inseguridad jurídica.¹³⁵

Por su parte, las Jornadas Notariales Bonaerenses han abordado la temática que hoy ocupa mi atención, desde diferentes ópticas. En efecto, la I Jornada Notarial Bonaerense

128. Ídem, p. 141.

129. SIERZ, Susana V., *Derecho notarial concordado*, Buenos Aires, Dilalla, 2007, p. 421.

130. Cfr. COSOLA, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 478.

131. PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, Alicia M., *La validez y circulabilidad internacional del poder de representación notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 35.

132. Ídem, p. 43.

133. Ídem, pp. 44 y ss.

134. GATTARI, Carlos N., *Práctica notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. 12 p. 1; *Práctica notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1991, t. 3, p. 1; RAGGI, Ma. Elena, *Poderes y mandatos*, Buenos Aires, Di Lalla, 2011; D'ALESSIO, Carlos M. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 2), t. II.

135. AA. VV., *Jornadas Notariales Argentinas*, La Plata, FEN, 2010, p. 80.

rense (Tandil, 1957) estableció la necesidad de suprimir la inscripción de los mandatos que surtan efecto fuera de la jurisdicción de origen –en el caso, fuera de la provincia de Buenos Aires–.¹³⁶

Las IX Jornadas Notariales Bonaerenses (Lomas de Zamora, 1965) advirtieron que no existe impedimento alguno para que el directorio de una sociedad anónima confiera uno o varios poderes tanto a los administradores que no tengan uso de la firma como a personas extrañas o ajenas. Para ello, pueden otorgarse poderes especiales, que surtirán efecto sin más, y también poderes generales, los que, en razón de su generalidad, deberán estar acompañados por el acta de la cual resulten las facultades dadas en la decisión.¹³⁷

Las XI Jornadas Notariales Bonaerenses (La Plata, 1967) trataron en profundidad el tema del mandato irrevocable.¹³⁸

Finalmente, las XXVII Jornadas (Bahía Blanca, 1988) dirigieron sus esfuerzos hacia el tratamiento de la representación, el poder y el mandato.¹³⁹ De sus propuestas, debo destacar los siguientes considerandos, en razón de su importancia:

- 1) El mandato es esencialmente representativo.
- 2) Es necesario que el instituto de la representación obtenga una legislación autónoma que se ubique dentro de la teoría general del acto jurídico –voluntad–.
- 3) La existencia de la representación ocurre cuando un acto jurídico es realizado por una parte a nombre y por cuenta de otra, en condiciones tales que los efectos se produzcan directamente para el representado, como si el mismo hubiera ejecutado el acto.
- 4) El poder es la facultad de representación otorgada por acto jurídico o por la ley.¹⁴⁰
- 5) El mandato es un contrato de gestión.
- 6) El mandato sin representación mantiene la independencia de la relación entre mandante y mandatario con un tercero.
- 7) Se admite la autocontratación siempre y cuando no exista abuso en la representación ni conflicto de intereses, para la cual se recomienda una regulación a través de una norma de carácter general.¹⁴¹

136. AA. VV., *Jornada Notarial Bonaerense. Cincuenta años*, La Plata, FEN, 2007, p. 8.

137. Ídem, p. 56.

138. Ídem, p. 67.

139. Ídem, p. 244.

140. Ídem, p. 245.

141. Ídem, p. 246.

6. Precisiones desde algunos aportes provenientes del derecho de procedimientos

Según comprobaremos en algunos de los fallos escogidos para el análisis sucinto, el mandato debe aplicarse cuando no entra en colisión con los preceptos del derecho de procedimientos o de leyes especiales al efecto (caso de la Ley 10.996). Las mencionadas conclusiones responden claramente a un principio de coherencia jurídica, que parte de presuponer que quien otorga un mandato lo hace por imposibilidad o incomodidad o cuestiones afines o de carácter técnico –necesidad de patrocinio letrado– que no le permiten estar en persona ante una situación jurídica que así lo requiera. En segunda instancia, adelantamos que el criterio razonable y prudente judicial determina que, ante un mandato ya otorgado, hay que estarse al fondo del asunto, por cuanto no puede un defecto meramente formal desvirtuar el fin del mandato. Esto también se desprende de algunos de los fallos escogidos para el presente ensayo.

En esta línea, el artículo 47 del Código de Procedimientos de la Nación, en notoria coincidencia con los respectivos códigos de las provincias argentinas, ordena lo siguiente:

Los procuradores o apoderados acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente escritura de poder. Sin embargo, cuando se invoque un poder general o especial para varios actos, se lo acreditará con la agregación de una copia íntegra firmada por el letrado patrocinante o por el apoderado. De oficio o a petición de parte, podrá intimarse la presentación del testimonio original.

Algunos autores entienden que no solamente la escritura pública de poder es habilitante para ejercer la representación, muy a pesar de que el precepto es claro –precisamente, por ser claro, no está en principio sujeto a interpretación, integración o argumentación–.¹⁴² Así, atribuyen los mismos efectos a la certificación expedida por una entidad pública en la forma prevista por la ley acreditando el carácter de mandatario de quien se presenta a juicio, la que entienden es suficiente, no siendo necesaria la escritura de poder, lo mismo que una resolución administrativa certificada donde conste esa circunstancia, por tratarse de instrumentos públicos.

No puedo compartir ni coincidir, con el máximo de mis respetos, con tal afirmación. Aunque entiendo que el mencionado aporte se encuentra motivado seguramente por cuestiones que en lo cotidiano del ejercicio jurídico habitual suelen asemejarse a la celeridad, a la economía, etc., jamás podrá asimilarse para estos casos un poder –instrumento– otorgado y autorizado en sede notarial con otros que, aunque

142. Cfr. FALCÓN, Enrique M., *Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de La Nación y leyes complementarias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 97.

sean similares, se conocen como autorizados por otras instituciones reconocidas. El derecho notarial actual ya no fundamenta su importancia únicamente en la elaboración del documento. Si así fuera, en épocas de celeridad y mecanización de las operaciones, en algún día no muy lejano, una máquina mucho más perfecta y prolija que el hombre podrá reemplazar a la escritura pública sin más motivaciones que un buen y mejor coste. El nuevo siglo le impone nuevas tareas al jurista, que motivan, sin duda alguna, a realizar algunas reflexiones interesantes.¹⁴³

En épocas de esplendor del contrato con cláusulas predisuestas o también en aquellos conocidos como de adhesión, que contienen fórmulas que cambian la orientación del concepto tradicional de la autonomía de la voluntad, entre otras cosas, parece evidente que la redacción y confección del documento son tareas que no alcanzan la jerarquía que tienen otras labores notariales previas a la confección. Éstas anteceden a la elaboración del documento y, en cierta manera, de su adecuada implementación y conformación estructural dependen la jerarquía y seguridad jurídica autocompleta del documento notarial. De aquí surge el espíritu de una nueva consideración acerca de las bondades de la función notarial en la época que nos toca vivir y habitar: revalorizar lo que considero son deberes éticos notariales aplicados, es decir, la información, el asesoramiento, el consejo, la imparcialidad, la independencia y el deber integrado de legalidad.¹⁴⁴ La aplicación de cada uno de estos deberes en su adecuada concreción y todos juntos en interacción potencial obtendrán como resultado la mejor confección del documento, efectivizada por un notario predispuesto a captar los deseos para adecuarlos al derecho.

El contrato de mandato –de cuyas líneas principales surge el instrumento conocido como poder– necesaria e impostergablemente exige la concreción de los deberes éticos notariales que le sirven de antecedente y que son desarrollados en las primeras audiencias notariales, para que quien concurre a otorgar el mencionado contrato unilateral no se encuentre a las resueltas del juicio, por ejemplo, con un problema impensado por desconocimiento en las atribuciones otorgadas de percepción de dinero o valores afines, que lamentablemente, en cada vez más reiteradas circunstancias, no se condice con las reglas, normas y principios de la ética profesional.¹⁴⁵

En definitiva, los problemas se advierten, se asumen o se presienten a través del asesoramiento y no a través de la lectura de un instrumento ya elaborado, que se integra sin mayores requisitos que la autenticación de la personalidad –absolutamente asimilable al formulario– y que no requiere más formalidades que la suscripción de

143. Soy consciente de que en este punto la prudencia me impone ser lo suficientemente claro, para que de ninguna manera se llegue a considerar que en un aporte académico se puedan introducir cuestiones de política gremial, las que espero y auguro nunca alcancen a priorizarse por sobre la discusión jurídica argumentativa.

144. COSOLA, Sebastián J., ob. cit. (cfr. nota 90).

145. FALCÓN, Enrique M., ob. cit. (cfr. nota 142), p. 109. Para ampliar: ver COSOLA, Sebastián J. y otros, *Ética de las profesiones jurídicas. Abogados, jueces, notarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

conformidad. En efecto, otros autores no dudan en admitir las reglas claras establecidas para la presentación de los poderes y sólo se refieren a la ratificación posterior del mandato en caso de defectos que puedan luego subsanarse, en sintonía con lo descripto en los fallos reseñados.¹⁴⁶

7. Algunos apuntes coincidentes del contrato de mandato, la representación y el poder en el derecho proyectado

El genial Juan Berchmans Vallet de Goytisolo se refería a la representación cuando explicaba en su *Panorama de derecho civil* cómo la actuación de un sujeto podía producir efectos en la esfera de otro sujeto, presupuesta ya la capacidad y todos sus alcances.¹⁴⁷ Así lo expresaba el inolvidable maestro:

En su virtud –se refiere a la representación– una persona fuera de su esfera jurídica puede actuar en una esfera jurídica ajena y estar legitimada para realizar aquellos actos jurídicos que el título representativo le permite verificar en la esfera de la competencia de su representado.

Es uno de los pocos juristas que introducen en este tema el problema de la autocontratación. Ésta, configurada como tal, acarrea consecuencias éticas y jurídicas de una envergadura tal que su reflexión se vuelve impostergable.¹⁴⁸

Georges Ripert y Jean Boulanger consideran el tema de la representación y lo ubican, según lo antes afirmado, dentro de la teoría del acto jurídico.¹⁴⁹ En sintonía con lo antedicho, advierten que el mencionado instituto no puede invocarse ni para contraer matrimonio ni para otorgar testamento.¹⁵⁰ En lo que aquí importa, los autores afirman que el término “representar” denota la forma técnica que sirve para designar la intervención de una persona que actúa por otro sin estar afectada por los resultados del acto que realiza.¹⁵¹ Finalmente, explican que la sustitución de una persona por otra para realizar un acto jurídico determinado responde a dos factores: cuando no hay posibilidad de asistencia por parte del interesado al lugar en el cual debe realizarse el hecho porque se encuentra lejos o enfermo; y cuando el propio in-

146. BERIZONCE, Roberto O. y otros, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, La Plata, Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, 1997, p. 156. Para el funcionamiento de los poderes en el Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires: ver FENOCHIETTO, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 72.

147. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Panorama del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1973, p. 99.

148. Ídem, p. 100.

149. BOULANGER, Jean y RIPERT, Georges, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, 1988, t. I, p. 437.

150. Ibídem.

151. Ídem, p. 439.

teresado no está en condiciones de aprender lo que se intenta realizar porque “es un niño pequeño o un loco”¹⁵².

Mucho más sutil resulta Emilio Betti cuando en su fantástica *Teoría general del negocio jurídico* enseña que la teoría de la representación encuentra su razón de ser cada vez que una persona cuyo interés exige ser regulado en determinada forma no presenta ni la capacidad ni la oportunidad para celebrar el negocio correspondiente.¹⁵³ El maestro advierte que cada persona debe ser dueña de mandar en casa propia y regir sus asuntos como mejor lo crea conveniente; por ello, dentro de ciertos límites, el derecho admite esta sustitución.¹⁵⁴ Nos pone al tanto de que una característica importante de la representación es la que del sustituto obra en nombre ajeno y no en el propio.¹⁵⁵ Finalmente, se refiere al poder de representación como uno de los presupuestos específicos de la representación,¹⁵⁶ al que le otorga, también en consonancia con lo referido líneas atrás, las cualidades de independencia y de abstracción.¹⁵⁷

Por su parte, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón nos ponen al tanto de que en la actualidad el contrato de mandato y la representación deben considerarse por separado.¹⁵⁸ De esta manera, puede considerarse el mandato como la base de sustento del poder otorgado al mandatario para la realización del encargo, por cuanto el mismo agota su actuación en las relaciones internas de mandante y mandatario. Diferente es la representación, que –en palabras de los autores– “atribuye al apoderado el poder de emitir una declaración de voluntad frente a terceros en nombre del poderdante”¹⁵⁹.

Más cerca de nuestro territorio, el profesor uruguayo Gustavo Ordoqui Castilla se refiere a la representación como una situación jurídica que encuentra su origen en diferentes causas o fuentes: “es una figura que en línea de principio comprende toda clase de actos jurídicos, incluidos los que no tienen carácter negocial”¹⁶⁰. Considera que en la representación hay una sustitución de persona que opera dentro de los límites de la autonomía privada,¹⁶¹ y afirma que en todo caso de representación hace

152. Ídem, p. 437.

153. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comares, 2000, p. 486.

154. Ídem, p. 487.

155. Ídem, p. 496.

156. Ídem, p. 500.

157. Ídem, p. 504.

158. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 2003, v. II, p. 421.

159. *Ibidem*.

160. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, “Contratos ‘por’ otros y ‘para’ otros (la representación)”, en AA. VV., *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Bicentenario de su nacimiento*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, t. II, p. 234.

161. Ídem, p. 235.

falta una legitimación,¹⁶² por cuanto importa sólo un actuar, ya que su eficacia depende de otro factor, que es el poder de representación, que puede existir o no existir.¹⁶³ Por lo tanto –concluye el autor–, tanto la preexistencia del poder de representación como la concurrencia de una ratificación posterior son requisitos de la eficacia directa de la representación.¹⁶⁴

Por su parte, la académica cruceña María Luisa Lozada Bravo postula la fuerza del mandato. Inicia su análisis haciendo una referencia vehemente a una fuerte intervención notarial en la elaboración del contrato, de donde cobrará relevancia la teoría de la representación, que no puede sino emerger de una cuidada elaboración del poder de representación.¹⁶⁵

Finalmente, puede estudiarse de manera ordenada y precisa el instituto de la representación, sus relaciones con el contrato de mandato y las vicisitudes que se originan con el poder en una monumental obra cubana escrita por juristas de gran prestigio iberoamericano.¹⁶⁶

8. Algunos de los máximos precedentes escogidos

El contrato de mandato presenta en la práctica un desarrollo relativamente esquemático de temas que ya de por sí no ofrecen demasiadas dificultades de interpretación, razón por la cual obtener su óptima y clara comprensión desde la doctrina especializada o desde la jurisprudencia dominante no resulta ser una tarea que le dificulte al jurista apasionado o al estudiante inquieto el estudio de la figura –siempre teniendo en claro las respuestas a las discusiones terminológicas y metodológicas–. El contrato en estudio tampoco presenta debates académicos o jurisprudenciales trascendentes que merezcan ser recordados y argumentados de manera constante a la luz del prisma, por ejemplo, de cada corriente o escuela de pensamiento –como sí ocurre con otros contratos en los que siempre influyen o confluyen cuestiones políticas, económicas, sociales y culturales: compraventa, donación, locación, entre otros–. Sí, en cambio, opino que el interés de su desarrollo radica en su adecuada comprensión como contrato, a la vez de su perfecta delimitación y comparación con otras instituciones muy cercanas que le son afines y que en no pocas ocasiones le sirven de marco.

La teoría de la representación¹⁶⁷ y el concepto de poder –considerado como instrumento, documento o como acto unilateral de apoderamiento– nos ponen al

162. *Ibidem*.

163. *Ídem*, p. 236.

164. *Ibidem*.

165. LOZADA BRAVO, Ma. Luisa, *La fuerza del mandato*, Santa Cruz de la Sierra, El País, 2009.

166. VALDÉZ DIAZ, Caridad del Carmen (coord.), *Derecho civil*, La Habana, Félix Varela, 2006, p. 275.

167. Una idea general de este instituto puede verse en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, n° 6, 1994 (artículos escritos por diversos autores sobre representación).

tanto de la innegable importancia de su estudio dentro de las conclusiones a las que se arriban en el marco del contrato en referencia, y su tratamiento resulta ser indiscutible. Quizás su no delimitación adecuada o su íntima cercanía permitan que en variadas y determinadas circunstancias las instituciones se alteren o se confundan, predisponiéndose hacia el conflicto.

Los análisis que siguen a estas líneas presentarán un desarrollo sucinto de las diecisiete sentencias escogidas, en donde la resolución o postura de la Corte de Justicia Nacional precede a la exposición de los hechos. Luego de su lectura, lo que queda es entablar las doctrinas que emergen de las mencionadas afirmaciones, con algunos comentarios favorables y otros críticos, a la luz de la doctrina nacional y extranjera mayoritaria.

En todos los casos en que sea posible, las conclusiones de lo resuelto en los precedentes serán referenciadas con los principios emergentes de las *Institutas* de Gaius¹⁶⁸, por cuanto servirán para que, en estudios de mayor envergadura, puedan abordarse, analizarse, considerarse y compararse las decisiones de nuestro máximo tribunal en relación con las fuentes primarias y originarias del derecho que les sirven de sustento. Razón de ello es que en este ensayo solamente se anotarán las concordancias al pie cuando la Corte se haya expedido de acuerdo con lo establecido en el gran texto citado.

1) “Don Pedro Bidondo y otro c/ Provincia de Buenos Aires s/ nulidad de contratos de arrendamiento y pago de lo indebido” (26/2/1973)¹⁶⁹

Hechos: Pedro Bidondo y Francisco Figliolo habían suscripto un contrato de arrendamiento con la Provincia de Buenos Aires en carácter de contraparte, en donde, entre otras cuestiones, se establecía que, a cambio del pago de un canon correspondiente, podían hacer uso y explotación de ciertos locales ubicados en la rambla de Mar del Plata. Los contratos mencionados habían sido suscriptos con el administrador de la rambla marplatense, que actuaba en representación del Poder Ejecutivo Provincial en carácter de mandatario, situación jurídica que luego de efectuada y descripta, fue ratificada por el propio Estado de la Provincia de Buenos Aires. Posteriormente, el Poder Ejecutivo Bonaerense declaró por decreto la nulidad de los contratos suscriptos con los arrendatarios, invocando como fundamento que debía negarse su validez cuando los mandatarios de la Provincia excedieran los límites de su mandato. Pero no es el mencionado el tema sustancial del fallo, ya que del mismo se desprenden otras discusiones ajenas al mandato: un arrendamiento suscripto mediante apoderado, un decreto que los anula; un llamado a licitación y la presentación de los actores, que reconocen y abonan, previa protesta, el 25 % del precio del nuevo arrendamiento, entre

168. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7).

169. *Jurisprudencia Argentina*, 10-7.

otras cuestiones de interés jurídico. A través de la protesta, los damnificados se presentan a la Provincia (Ministerio de Hacienda), aduciendo que los nuevos contratos suscriptos a través de la licitación habían quedado sin efecto –sobre todo el monto del canon locativo–, de acuerdo a la puesta en vigencia de una nueva Ley de Alquileres.

Este reclamo es desestimado por el Gobierno Provincial, que aduce que, en virtud de lo ordenado en el artículo 1502 del Código Civil, los arrendamientos de bienes nacionales, provinciales y municipales, entre otros bienes de similar naturaleza, son regidos por las reglas del derecho administrativo, actuando únicamente en subsidio las normas del Código Civil. Este hecho no es reconocido por los actores, quienes incluso sostienen que los primeros contratos celebrados con el mandatario del gobierno no son nulos, pues no hay posibilidad de anulación ya que deben regularse por las reglas del Código Civil. Aducen además vicio del acto jurídico: lesión (art. 954 CCIV, en la redacción anterior a la reforma de la Ley 17.711); y, posicionados desde la vigencia de la Ley de Alquileres, también aducen pago de lo indebido.

*Resolución de la Corte:*¹⁷⁰ no se hace lugar a la pretensión incoada por los actores, por cuanto, entre otros fundamentos, se reconoce la extralimitación de las facultades del mandatario suscribiente:

Las personas jurídicas, como las de existencia visible que obran por medio de mandatarios, están habilitadas, y son, en general, las que están llamadas a serlo, para negar eficacia a los actos de sus representantes cuando éstos se hubieran extralimitado al ejercitar sus poderes, en cuyo caso es de evidencia que no impugnan un acto propio (arts. 33, 36, 1870, 1931 y correlativos del Código Civil)...

2) “Sociedad Terrestre y Puerto Villa Constitución c/ Poder Ejecutivo - D. General de Rentas s/ sustitución de poder” (31/12/1932)¹⁷¹

Resolución de la Corte (no hay publicación de hechos): se mantiene el principio general establecido en el artículo 1870 inciso 6 del Código Civil: las reglas del mandato en el Código Civil sólo son aplicables a las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan a las disposiciones del Código de Procedimientos. De aquí se desprende la no aplicación de los presupuestos del artículo 1924 del mencionado cuerpo legal –posibilidad de sustituir en otra persona la ejecución del mandato– si la mencionada acción estuviera en contradicción con las normas procesales relativas a la representación en juicio.

La sentencia diferencia el personero para pleitos de aquel que hace o realiza otras cosas fuera del juicio, argumentando que quien tiene poder para juicios no puede ubicar a otro en su lugar fuera de las circunstancias que expresa, a menos que

170. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 161, p. 246.

171. Fallos, t. 167, p. 188.

le fuese otorgado tal poderío en la carta de personería. El principio que se desprende del fallo es que los mandatarios no pueden sustituir el poder si no están expresamente autorizados al efecto.

3) “Don Pedro Roth c/ Provincia de Santa Fe s/ cumplimiento de la Ley Contrato número 2036 de empréstito externo y cobro de pesos procedentes del mismo” (2/9/1935)¹⁷²

Hechos: la Legislatura y el Poder Ejecutivo de la Provincia de Santa Fe sancionan y promulgan leyes especiales referidas a los impuestos que gravan el consumo y estipendio de bebidas alcohólicas y a los tabacos, por un lado, y a la emisión de títulos por un importante valor de pesos moneda legal o su equivalente en moneda extranjera en oro, por el otro. Lo recaudado por los mencionados impuestos quedaría afectado a lo previsto en la segunda norma mencionada. Iniciada la emisión de títulos por la Provincia de Santa Fe, se realiza un contrato de compraventa entre el entonces ministro de Hacienda y el representante de los banqueros de White Weld and Co. de Nueva York, pagaderos a elección individual de los tenedores. Simultáneamente, también se celebra un contrato entre el ministro mencionado y otro representante de otros banqueros; para este caso, de Chatham Phenix National Bank and Trust Co. de Nueva York, mediante el cual la compañía mencionada era designada agente fiscal a los fines del empréstito, estipulándose las condiciones de emisión del mismo.

Como resultado de las leyes y contratos citados, se ofrecen a la suscripción del público los títulos emitidos por la Provincia de Santa Fe, del cual el actor resulta poseedor del número 1864, con cupones que oportunamente presentarían la imposibilidad de cobro por incumplimientos atribuidos a la propia Provincia.

Por la Provincia de Santa Fe, el doctor Rodolfo Moltedo, entre otras acciones fuera del análisis del presente, opone excepción dilatoria de falta de personería del actor, la que funda en el artículo sexto del convenio celebrado con la mencionada entidad Chatam Phenix National Bank and Trust Co. El agente fiscal

... podrá en cualquier momento hacer las gestiones que crea convenientes para hacer valer los derechos de los tenedores de títulos [...] y, a tal efecto, será considerado y tratado por la Provincia como el representante y el apoderado general irrevocable de los tenedores de títulos debidamente nombrados y autorizados como tal para actuar bajo el convenio suscripto mencionado, y los tenedores de los títulos, al aceptar los títulos emitidos bajo el mencionado convenio, confieren irrevocablemente tal autorización.

*Resolución de la Corte:*¹⁷³ en lo que aquí interesa, importa destacar que el Máximo Tribunal se ha expedido asimilando el acuerdo de voluntades suscripto oportuna-

172. Extraído del v. CLXXXIII-Antonio García Impresor, Buenos Aires, 1935, pp. 331-348.

173. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 155, p. 243.

mente por la Provincia de Santa Fe a un consistente mandato, al cual incluso le reconoce la misma jerarquía y estructura jurídica. A través suyo, la Provincia de Santa Fe otorga poder a la compañía extranjera Chatam, que ésta acepta, para representarla al efecto de ejecutar a su nombre y por su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza, conforme al artículo 1869 del Código Civil.

Sin embargo, más relevante aún resulta la resolución que sigue a estas líneas, la que se transcribe de manera textual en razón de su importancia:

Se instituye a dicha compañía como representante general y apoderado irrevocable, y no parece dudosa la sinonimia corriente y jurídica de apoderado y mandatario, como que en el mandato éste es el que recibe poder y mandante es el que lo otorga. Pero toda duda posible desaparece cuando se advierte que los poderes otorgados a la Chatam para representar a la Provincia y a los tenedores de títulos alcanza a toda acción o demanda judicial cualquiera que sea su base, lo que está previsto en el inc. 6 del art. 1870 del Código Civil.

El texto finaliza con la declaración de lo que considero es un principio a tener en cuenta en el presente contrato, aunque no fuera rector desde el punto de vista funcional. Es, quizá, tan solo este principio, con las características mencionadas, el que me ha motivado a incluir el presente fallo en la selección efectuada. La Corte concluye: “por lo demás, mandato y representación son conceptos conexos y nociones irreductibles”.

4) “Cáfora Diodato s/ su sucesión” (27/9/1957)¹⁷⁴

Resolución de la Corte (sin referencia a hechos):¹⁷⁵ el Máximo Tribunal se remite al criterio mayoritario del artículo 1969 del Código Civil. En el caso, atento a que no existe una constancia auténtica del fallecimiento de una persona en el extranjero – denunciado por su apoderado–, debe concluirse que, aunque haya cesado el mandato, es obligación del mandatario, sus herederos o representantes de herederos incapaces continuar por sí o por otros los negocios comenzados que no admiten demora, hasta que el mandante, sus herederos o representantes dispongan sobre ellos.

5) “Fernández Dieguez, Julio c/ Fondo Librero Iberoamericano y otro” (4/9/1961)¹⁷⁶

Hechos: se efectúa el traslado de una demanda contra Mariano Medina del Río, quien se encontraba, según dichos de quien atiende la diligencia procesal, fuera de la Capi-

174. Fallos, t. 238, p. 578.

175. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 160, p. 245.

176. Fallos, t. 250, p. 642.

tal Federal. En el expediente en cuestión se presenta, el señor León Plinker, representando al señor Medina del Río, y solicita se declare la nulidad de la notificación, por cuanto no alcanzó a reunir los elementos mínimos que requiere este tipo de diligencias. La parte actora se allana a la nulidad, a la vez que solicita que el emplazamiento se realice en el domicilio de Plinker, apoderado general, quien había justificado su actuación según poder general amplio que obraba en testimonio en el expediente. La primera instancia se inclina por esta solución.

El tribunal de alzada revoca el decisorio, por cuanto considera que las facultades conferidas al representante del codemandado Medina del Río no autorizan a la contraparte a notificarle, en tal carácter, el traslado de la demanda, toda vez que se trata de un emplazamiento que debe efectuarse en la persona contra la cual se dirige la acción y no en la de su apoderado.

Resolución de la Corte: el más alto tribunal realiza una interpretación del alcance de los poderes generales. Así, se afirma en el fallo lo siguiente:

La existencia del poder general amplio cuyo testimonio obra agregado a fojas 45/49, en el que, entre otras facultades, se otorga a Plinker la de intervenir en defensa de los intereses de su mandante “en toda clase de juicios que deban sustanciarse ante los tribunales de la Nación o de las provincias, de cualquier fuero o jurisdicción, ejercitando por sí o por medio de apoderados las acciones pertinentes como actor o demandado o en cualquier otro carácter”, con todas las atribuciones usuales en esta clase de poderes, y la efectiva presentación del apoderado en estos autos, hecho este último al que el ordenamiento procesal vigente atribuye expreso efecto de aceptación del mandato, con la consiguiente vinculación personal que el mandatario contrae respecto de todos los emplazamientos, citaciones y notificaciones que se realicen en el curso del pleito.

De aquí que se afirme el principio que considera que la presentación efectiva del apoderado en un expediente produce los mismos efectos que la aceptación del mandato, con la vinculación personal que el mandatario contrae respecto de todos los emplazamientos, citaciones y notificaciones que se realicen en el curso del pleito.

6) “Argentine Land and Investment Co. Ltd. c/ Fisco Nacional (Dirección General Impositiva) s/ repetición” (3/5/1967)¹⁷⁷

Hechos: ante el conflicto suscitado entre las partes, el representante de la demandada solicita se declare la improcedencia del recurso concedido, por cuanto es interpuesto únicamente por uno solo de los dos apoderados instituidos en el mencionado poder cuyo testimonio obra en el expediente de marras.

El caso es sumamente interesante, lo que viene a plantear es nada menos que un conflicto de normas. En efecto, al tratarse de una procuración judicial, las interpo-

177. *Fallos*, t. 267, p. 393.

siones se realizan teniendo en cuenta la Ley 10.996 y el Código de Procedimientos como primera medida, y luego, las normas del mandato del Código Civil, que actúan en carácter supletorio. Según el artículo 11 de la Ley 10.996, el representante en juicio tiene la obligación de apelar y, según el artículo 17 del Código de Procedimientos, debe entenderse tal acción cualesquiera sean los términos del poder. De aquí se deduce que la intención legislativa se dirige a asegurar y preservar al máximo el derecho de los litigantes.

Esto se asemeja al Código Civil y a la argumentación e interpretación de los principios generales del contrato de mandato. De aquí se deriva que carece de sentido exigir la firma de todos los comandatarios, aun cuando se les instituya en forma conjunta un poder determinado, a no ser que se comprobara la existencia de discrepancias entre ellos que, irremediables, impongan la necesidad de aunar criterios para cumplir los fines del mandato.

Resolución de la Corte: el máximo organismo judicial de la Nación establece pautas o principios. La primera reviste carácter esencial: “es fundamental en el mandato atender a la voluntad y al interés del mandante”,¹⁷⁸ teniendo en cuenta la naturaleza del negocio, determinante de la extensión de los poderes para conseguir o alcanzar el objeto que se tuvo en cuenta. Además, se afirma que sostener que al instituir el mandato conjunto el mandante comprometería el destino de su pleito al defecto de que alguno no lo suscribiera o firmase sería sacrificar, por escrúpulos de forma, derechos sustanciales de las partes en el proceso contra el fin y la razón de ser del mandato otorgado de manera conjunta, concebido para preservar y asegurar al máximo la defensa de los derechos del mandante.

Finalmente, se sostiene que aunque haya sido uno de los apoderados quien interpuso el recurso de apelación, son ambos los que lo sostienen en el memorial obrante en el expediente, con lo que alcanzan con ello a lograr la ratificación de una actuación coincidente que se refleja en todas las partes sustanciales del juicio y que excluye toda suposición de disenso. Es por ello que, con arreglo a las leyes especiales –Ley 10.996, Código de Procedimientos y afines–, es obligación de los mandatarios interponer los recursos correspondientes y seguir en todas las instancias, cualesquiera sean los términos del poder.

7) “Partido Socialista c/ Sociedad Anónima La Vanguardia” (6/11/1973)¹⁷⁹

Hechos: los partidos políticos argentinos fueron disueltos durante la intervención militar a la democracia nacional conocida como la Joven Argentina, en el año 1966. En la consideración de la Cámara, esta situación causó impacto jurídico en los mandatos otorgados a los apoderados de los partidos según las disposiciones del Código Civil,

178. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 156, p. 244.

179. Fallos, t. 287, p. 195.

los que, a partir de su disolución, caducaron de pleno derecho. En virtud de ello, declaran mal concedida una apelación, en razón de que el mandato invocado por los presentantes habría cesado como consecuencia de lo dispuesto en el Decreto 6 del 28 de junio del año 1966, con arreglo a los artículos 1870 inciso 6 y 1963 inciso 4 del Código Civil, y muy independientemente de que el Decreto-ley 19.109/1971 haya intentado colocar a los partidos políticos en situación idéntica a aquella en la que se encontraban antes de su disolución.

El tema aquí ocurre con el Partido Socialista y con unos mandatos que a través suyo se habían otorgado el primer día de julio del año 1954. La mencionada agrupación deja de existir como tal, pero no por causa del Decreto 6/1966 sino por una sentencia judicial del 20 de noviembre del año 1959, en donde se reconoce una escisión interna que conforma al Partido Socialista Argentino por un lado y al Partido Socialista Democrático por el otro, y ninguna de esas dos facciones es calificada como continuadora o sucesora del original Partido Socialista.

*Resolución de la Corte:*¹⁸⁰ el mandato que otorga la mencionada agrupación en el año 1954 se extingue por aplicación analógica del artículo 1963 inciso 3 (fallecimiento del mandante o del mandatario), sólo que considerando en el caso particular la disolución de las personas jurídicas. En razón de la extinción del mandato por desaparición del Partido Socialista, no pueden otorgarse válidamente sub-mandatos con fecha posterior (1966), ya que si cesan los mandatos conferidos al sustituyente por la terminación de los poderes del mandatario que otorgó la sustitución (art. 1962 CCIV), con mayor razón no puede admitirse la validez del sub-mandato otorgado por el mandatario primitivo luego de la extinción del mandato originario.

Finalmente, se afirma que si los recurrentes no invisten la representación del Partido Socialista ni de alguna de las dos líneas en las que se ha escindido, los mismos carecen de toda personería.

8) “Francisco Eduardo Napiarkovski s/ falso testimonio” (24/2/1977)¹⁸¹

Hechos: en una causa penal se intenta aducir que no puede actuar un apoderado en carácter de representante, aun cuando se le hubiere otorgado un poder para actuar en forma conjunta, separada y/o indistintamente, sin que haya cesado en su cometido el anterior profesional actuante, en razón de constituir un supuesto de arbitrariedad por violación de la defensa en juicio y de la legislación de fondo durante el mandato.

Resolución de la Corte: fallo idéntico al comentado en el punto 6) (“Argentine Land and Investment Co. Ltd. c/ Fisco nacional (Dirección General impositiva)”. Se advierte nuevamente que, según el artículo 11 de la Ley 10.996 y el artículo 17 del

180. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 158, p. 246.

181. Fallos, t. 297, p. 56.

–anterior– Código de Procedimientos Civil y Comercial, los apoderados tienen la obligación de interponer todos los recursos y seguir todas las instancias, cualesquiera sean los términos del poder, y que, dada esa obligación legal, no corresponde exigir la firma de todos cuando se los instruye en forma conjunta para que el recurso pueda concederse. En razón de ello, con mayor razón debe admitirse una apelación por un co-apoderado designado para actuar en forma conjunta, separada o indistinta.

Como principio general, se establece que es esencial atender en el contrato de mandato a la voluntad y al interés del mandante,¹⁸² y que el otorgamiento de un poder para actuar en forma conjunta, separada o indistinta no persigue comprometer el resultado del pleito a un defecto de forma, como la falta de firma de uno de los apoderados, cuando haya que interponer recursos o agotar instancias. La Corte enseña que admitir lo contrario implicaría dificultar en sumo grado el cumplimiento cabal del mandato recibido y desvirtuar las intenciones del otorgante.

9) “Antonio Khorozian c/ Romualdo Eugenio Carnago y otro” (10/8/1995)¹⁸³

Hechos: se solicita la declaración de nulidad de la queja por denegación del recurso extraordinario deducido por el codemandado (Jorge Balian) en razón de que, al momento de su interposición, su apoderado carecería de mandato por haber fallecido su representado.

*Resolución de la Corte:*¹⁸⁴ si bien se reconoce que, con arreglo a lo ordenado en el artículo 1963 inciso 3 del Código Civil, la muerte del mandante configura una de las causales de cesación del mandato, en el caso corresponde la aplicación del artículo 1969 del mismo cuerpo legal, que establece que no obstante la cesación del mandato es obligación del mandatario, de sus herederos, o representantes de sus herederos incapaces, continuar por sí o por otros los negocios comenzados que no admiten demora, hasta que el mandante, sus herederos o representantes dispongan sobre ellos, bajo pena de responder por el perjuicio que de su omisión resultare. En efecto, se valora esta última norma citada con el artículo 53 inciso 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

La representación de los apoderados cesará [...] 5) Por muerte o incapacidad del poderdante. En tales casos el apoderado continuará ejerciendo su personería hasta que los herederos o representante legal tomen la intervención que les corresponda en el proceso, o venza el plazo fijado en este mismo inciso...

182. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 156, p. 244.

183. Fallos, t. 318, p. 1506.

184. GAIUS, ob. cit. (cfr. nota 7), § 160, p. 245.

10) “Mario Nicolás Tortorelli c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios” (23/5/2006)¹⁸⁵

Hechos: un interesantísimo caso de responsabilidad civil que incluye a jueces, abogados patrocinantes y personas particulares. El señor Mario Nicolás Tortorelli pretende salir a vacacionar con su familia del país y no le es permitida su partida en razón de imponérsele, en una frontera limítrofe determinada, que tiene prohibida su salida por una quiebra decretada en su contra. Advertido de esta circunstancia, el actor inicia las averiguaciones pertinentes y descubre una cadena de responsabilidades que se originan por una confusión por homonimia con una persona llamada Mario Tortorelli, quien no tiene, según los informes de la Cámara Electoral, y entre otras cosas, el mismo domicilio que el actor. De esta cadena de responsabilidades son partícipes varios agentes y el denominador común de esta sentencia es –como sencillo es de suponerse– la responsabilidad por imprudencia.

En lo que a este ensayo respecta, de la sentencia surge la posición de una persona, Ángela Granato, quien demanda por juicio ejecutivo y luego solicita un pedido de quiebra a Mario Tortorelli –confundiéndose en la persona de Mario Nicolás Tortorelli– actuando la misma a través de su mandatario –según consta el poder en el expediente en referencia–, el abogado Roberto Orlando Carrá. De las contestaciones de los demandados –y en lo que aquí respecta e interesa, especialmente, de estos últimos mencionados– se infiere que, mientras que Ángela Granato considera que su actuación se realizó de buena fe a través de la gestión de su mandatario, el abogado representante se defiende argumentando que su responsabilidad acarrearía inclusive a la de su mandante, por cuanto su actuación se justifica en representación de aquella.

*Resolución de la Corte:*¹⁸⁶ el daño se produce en razón de que el profesional citado (abogado Roberto Orlando Carrá) no actuó, en definitiva, con la prudencia necesaria. De la misma sentencia se desprende que no es responsable quien en estas circunstancias interviene en carácter de mandante, por cuanto respecto de los actos ilícitos no puede haber o no puede existir la representación. La ligereza del abogado patrocinante contraria a la diligencia exigible como principio, según el artículo 902 del Código Civil, compromete únicamente su responsabilidad frente al actor y no la de su representada, Ángela Granato.

El principio general se establece en reconocer que, en lo que concierne a daños extracontractuales, el obligado a repararlos es su actor y que si el representante no sólo se aparta de las instrucciones recibidas, sino que viola el derecho de un tercero al no tomar las precauciones para evitarlo, es el mandatario quien debe cargar con las consecuencias de los daños que provoque. El hecho de demandar a una persona que no era deudor del mandante conforma un acto que no se vincula con el mandato, un

185. *Fallos*, t. 329, p. 1881.

186. *GAIUS*, ob. cit. (cfr. nota 7), § 157, p. 245.

acto que es extraño a este contrato, por lo que de ninguna manera puede imputársele esa conducta al representado.

Finalmente, se establece que el apoderado no puede probar que fuera su poderdante quien le suministró los datos erróneos o equivocados y que no pueden extraerse conclusiones del poder oportunamente otorgado a poco que se advierta su carácter general.

9. Líneas y tendencias asumidas por la Corte Suprema de Justicia a través del tiempo

De las explicaciones que anteceden pueden extraerse conclusiones interesantes, que, en general, han sido imitadas por la doctrina dominante. En este sentido, podría aseverar sin temor alguno que hay dos principios en juego que pueden ser origen de todas las sentencias y que desde ellos, entonces, se desprenden todas las conclusiones que han sido imitadas a lo largo del tiempo. Los mencionados principios deben ser estudiados en su total comprensión, para evitar que una mala argumentación genere una incorrecta e inadecuada apreciación por parte del jurista o el investigador.

9.1. Primer principio rector. La voluntad y el interés del mandante

El primer principio que emerge naturalmente de la selección de fallos escogida para el análisis del presente capítulo es el que afirma que, para cualquier situación jurídica que se trate, como primera medida, habrá que atender a la voluntad e interés del mandante. Este principio, en su adecuada interpretación, permite atender a la voluntad real y lograr que prevalezca sobre efectos secundarios no deseados o, al menos, no previstos por quien otorga, convencido, su manda.

El lector puede encontrar la descripción del primer principio rector en las afirmaciones del Máximo Tribunal que se desprenden expresamente de “Argentine Land”, en perfecta e idéntica sintonía con “Napiarkorvski”: “es fundamental en el mandato atender a la voluntad y al interés del mandante”.

Este principio implica entonces que, ante el conflicto suscitado por una interpretación restrictiva del mandato, siempre se impondrá, sobre cualquier circunstancia, la voluntad real y el interés de quien otorga el mandato de buena fe, muy a pesar de que en diversas circunstancias deban ratificarse las gestiones excedidas o extralimitadas realizadas por el mandatario, para que tengan efecto en el proceso, a través de las diversas instituciones jurídicas mencionadas y confirmadas, como, por ejemplo, la ratificación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que atender a la voluntad real no implica de ninguna manera desconocer determinadas reglas básicas de convivencia formal con el ordenamiento jurídico. Éstas imponen, además de la forma, un modo de comportamiento y de respeto a la justicia adecuado para quien preten-

de ejercer los derechos que considera corresponden con la esfera de su personalidad o cuya concreción ético-jurídica, por alguna circunstancia fáctica no deseada, le ha vulnerado el mencionado y pacífico ejercicio.

9.2. *Segundo principio no rector. Mandato y representación son conceptos conexos y nociones irreductibles*

Este principio surge claramente del fallo “Pedro Roth”. Debe recordarse en este punto que en el mencionado fallo el Máximo Tribunal se expide asimilando el acuerdo de voluntades suscripto a un mandato que se considera verdaderamente consistente, por cuanto se le reconoce la misma jerarquía y estructura jurídica que el contrato homónimo descripto en el Código Civil. De esta sentencia entonces surge la primera conclusión, que sostiene que no parece dudosa la sinonimia corriente y jurídica de apoderado y mandatario, en el sentido en que en el contrato es el mandatario quien recibe el poder y es mandante quien lo otorga. De aquí que se considere en la parte pertinente el siguiente principio no rector: “por lo demás, mandato y representación son conceptos conexos y nociones irreductibles”.

El adecuado uso del lenguaje conforma una parte importante de la responsabilidad que tiene el jurista a la hora de argumentar o interpretar las fuentes del derecho para poder arribar a una adecuada o atinada resolución. Ya el profesor Rodolfo Vigo había advertido que, en materia de principios, los fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional denotaban hasta ese entonces una técnica no cuidadosa en el uso del lenguaje. Así se expide el jurista santafesino:

Corresponde ahora intentar conclusiones o propuestas que [...] responderán a las tesis centrales expuestas a lo largo de este libro. Por supuesto que intentaremos avalarlas con fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque vale insistir en que ellos no siempre lucen técnicamente cuidadosos en el lenguaje y, así, para decir lo mismo a veces se recurre a la terminología de principios, derechos, valores, bienes, intereses, etc.¹⁸⁷

Con humildad pienso que algo similar ha ocurrido con el mandato. A lo largo del tiempo, las sentencias escogidas demuestran que se ha intentado, en beneficio de la belleza del párrafo –para evitar reiteraciones, etc.– incluir conceptos como sinónimos cuando en realidad no lo son en lo más mínimo, muy a pesar de encontrarse en notoria relación. No encuentro otra apreciación posible que me permita entender por qué deben considerarse como intercambiables los términos mandato, representación y poder, y, mucho más, por qué no debe haber confusión en la terminología cuando todo demuestra que no pueden asimilarse los estudios de las instituciones:

187. VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 186.

mientras unos se refieren al análisis de las obligaciones que cada parte asume para sí, los otros destacan con énfasis la calidad de la gestión con otras personas, el alcance de la manda otorgada, los problemas éticos que se derivan de un ilegal o inmoral ejercicio de la representación, entre tantas otras cuestiones relevantes.

Lo expresado surge claramente de la sentencia de “Pedro Roth”. Por ello, en la última parte de este ensayo, corresponde precisar esos conceptos que, ya impuestos por las sentencias citadas, merecen tener un lugar desde la doctrina especializada.

10. Palabras finales

Las líneas que se entregan con humildad y esperanza pretenden realizar un repaso de doctrina y jurisprudencia nacional acerca de los temas mandato, representación y poder, de tan importante práctica en nuestras escribanías. Sin embargo, he decidido no adjuntar modelos de técnica –ni siquiera uno solo–: considero que la creación notarial del derecho que intenta argumentar la voluntad de los requirentes o concurrentes, una vez conformados los deberes éticos notariales aplicados –según la tesis por mí sostenida¹⁸⁸–, debe ser especial, única de cada notario, mucho más en el tema que nos ocupa, en donde la mera copia puede acarrear injusticias notables e irrecuperables a nivel de la confianza.

Creo que es una tarea habitual entre nosotros afirmar la importancia del documento notarial en los foros nacionales o internacionales a los que concurrimos para intercambiar ideas que son producto de nuestra permanente dedicación al estudio de soluciones. Así, suele establecerse que una de las piedras angulares de la función notarial está conformada por la tarea de la confección y la preparación del documento notarial, con todo lo que en los tiempos actuales ello significa, que, además del encuadre jurídico esencial, conlleva también la adecuación de las normas de naturaleza administrativa o tributaria, que en circunstancias cada vez más frecuentes se oponen a los principios emanados de la Constitución Nacional.

Esas ideas, lejos de ser inoportunas, vienen a jerarquizar la seguridad jurídica en su faz preventiva, palpable, visible, establecida en el único medio probatorio que a través de la fuerza de la autenticidad se presenta, tanto en el proceso de acuerdo como en el judicializado, como medio de prueba absolutamente relevante. Además, no hay duda de que esas ideas también fortalecen la historia de nuestra institución, que siempre se ha visto analizada a través de las opiniones de jerarquizados autores acerca de la conformación, redacción, inscripción y jerarquización del documento notarial.

Sin embargo, muy a pesar de esas atinadas interpretaciones, creo que el nuevo siglo le impone nuevas tareas al jurista, que motivan, sin duda alguna, a realizar

188. COSOLA, Sebastián J., ob. cit. (cfr. nota 90), p. 248.

algunas reflexiones interesantes. Me pregunto si el fundamento que ordena históricamente considerar el documento notarial como centro de atención del notario no debería enriquecerse, mutando de perspectiva. En épocas de esplendor del contrato con cláusulas predisuestas o también en aquellos conocidos como de adhesión,¹⁸⁹ parece evidente que la redacción y confección del documento son tareas que no alcanzan la jerarquía que tienen otras labores notariales previas a la confección, que siempre han estado destinadas a conformar los tratos preparatorios, esto es, anteriores a la conformación del documento.

La realidad económica de los países que tienen acceso al intercambio de bienes les ofrece a las personas la oportunidad de interactuar patrimonialmente para que alcancen con creces el confort. Ya no nos preocupamos por vivir bien sino por vivir de acuerdo a parámetros hasta exageradamente inalcanzables, y así ocurren cada vez más frecuentemente las infelicidades, las intolerancias, los desprecios, las envidias, los celos, las separaciones, los problemas sentimentales que se originan a partir de problemas patrimoniales. Los beneficios del progreso, a partir de estándares de vida inalcanzables para las oportunidades que cada uno tiene en la vida, vuelven a las personas diferentes de las que hace tiempo fueron, precisamente porque la carrera por el triunfo de la individualidad echa por tierra los principios y valores asumidos por la humanidad con el correr de los siglos, que ordenan que no hay mejor progreso que el de toda una comunidad que se esfuerza por mejorar la calidad de vida a través de los lazos de la solidaridad, la cooperación, la integración, el compañerismo y la esperanza.

En este panorama, la documentación de las operaciones no es más que un trámite formal que debe cumplirse sin mayores inconvenientes, para cumplir con las normas establecidas, para proteger el patrimonio y para legitimar la protección de la vivienda a través de una escritura pública. El fin es claro y es noble. Pero en épocas de celeridad y mecanización de las operaciones, si con todo lo antedicho estuviera yo en lo cierto, algún día no muy lejano una máquina mucho más perfecta y prolija que el hombre podrá reemplazar a la escritura pública sin más motivaciones que un buen y mejor coste. Si a eso le agregamos las nocivas circunstancias que surgen de la incidencia del poder político, que pretende en nuestros países sustituir a la escritura pública por documentos administrativos de protección de la vivienda única, otorgándoles legalmente el mismo valor, la vida útil del escribano como mero documentador se encuentra en el segundero de una corta cuenta regresiva.

Afortunadamente, no es esa la principal función que desempeña el notario como redactor de las voluntades legítimas y auténticas de las personas que recurren a su auxilio. El documento notarial no es más que el resultado de la confluencia de

189. Contratos que contienen fórmulas auténticas realizadas casi mecánicamente por el notario y que también incluyen fórmulas autenticadas establecidas a través de la opinión de las partes o comparecientes, que actúan libremente pero asintiendo a un cambio radical en el concepto tradicional de la autonomía de la voluntad.

ciertos principios legales o consuetudinarios que encuentran su origen ya sea en el imperio de contratación, ya sea en la instrumentación de los hechos jurídicos trascendentes o en aquellas declaraciones relevantes que causan estado en cuestiones jurídico-patrimoniales, entre otras acciones jurídicas de importancia. Por ello, otras funciones notariales merecen destacarse, por cuanto anteceden al documento y, en cierta manera, la jerarquía y seguridad jurídica autocompleta del documento notarial dependen de su adecuada implementación y conformación estructural.

De aquí surge el espíritu de una nueva consideración acerca de las bondades de la función notarial en la época que nos toca vivir y habitar, revalorizar lo que llamo los deberes éticos notariales aplicados: información, asesoramiento, consejo, imparcialidad, independencia y deber integrado de legalidad. La aplicación de cada uno de estos deberes en su adecuada concreción y todos juntos en interacción potencial obtendrán como resultado la mejor confección del documento, aquella que nadie más que un notario podrá efectuar, que capte los deseos y los adecue de acuerdo de derecho. De esta manera, podrá suplantarse alguna vez la creación del documento, pero nunca podrá alterarse el orden natural de la vida negocial de relación, que genera confianza y respeto en aquellos que depositan su fe –creencia– en la fe –legal– de su escribano o notario, esto es, de su consejero de confianza.

Antes del documento entonces, deben destacarse y enaltecerse otras funciones notariales que, como ya adelanté, he decidido en denominar deberes éticos notariales aplicados. Éstos, en relación directa con el documento y con la teoría de la responsabilidad, conforman, con ciertos puentes en conexión, las bases para la consolidación de la prudencia notarial.

Quizás sea esta una tesis que permita la reflexión desde un punto de partida diferente, que sirva para discutir el verdadero sentido del ejercicio de nuestra función en los tiempos que corren. Evidentemente, si nuestra función fuera únicamente la técnica, no habría más que conformar una tecnicatura notarial que sea una parte más de la burocracia que en situaciones de desprestigio institucional presentan los Estados en vías de desarrollo. Serían mejores notarios los que en menor tiempo copien un documento y no los que estén permanentemente en contacto con el estudio profundo de las materias que componen el eje del ejercicio del derecho notarial sustantivo y formal.

Nuestra función tiene que ser más que eso. En las universidades nos enseñan a estudiar la ciencia, pero no se alcanza a transmitir la inquietud por el estudio y la meditación de los fundamentos de las instituciones. Pensar y repensar los fundamentos dan respuesta a los interrogantes más importantes que intentan en circunstancias no ser respondidos por quienes, en procura de obtener poder, prefieren desconocer la institucionalidad y sus beneficios.

Las instituciones persisten en el tiempo porque reconocen fundamentos mucho más profundos que los meramente técnicos o formales. Y persisten en el tiempo también a pesar de las contingencias que sufren cada vez que un mal director o un mal dirigente confunde sus bondades en pos de un aprovechamiento propio

o personal. Sobre esto, deseo traer aquí lo que escribí en un ensayo recientemente publicado:¹⁹⁰

En los tiempos que corren, muy común es oír ciertos discursos de políticos, periodistas, analistas, comentaristas y demás afines de la prosa literaria que dan por cierto que la actividad de aprobación rápida y sin reproches que realiza el Parlamento de los proyectos o envíos que a éste le realiza el Poder Ejecutivo Nacional bien se parece al funcionamiento de una escribanía. Inclusive, en ocasiones también se refiere popularmente con el mismo término cuando desde las mismas posiciones se intenta demostrar que el material probatorio con el que se cuenta para afirmar tal o cual cuestión –generalmente, denuncias– se encuentra verdaderamente burocratizado.

Nada más inexacto que las aludidas referencias. Si las personas que dirigen las instituciones tuvieran las precauciones con las que día a día un escribano enfrenta su *opus* cotidiano, se lograría hacer prevalecer el *cavere valletiano* y, con él, otro país sería posible, porque las instituciones que lo conforman funcionarían verdaderamente como una escribanía y, así:

- a) no habría que dudar de la legitimidad de ningún documento y, consecuentemente, no habría plazos extendidos para demostrar la veracidad de tal o cual instrumento, porque la legitimidad se considera cierta;
- b) se acelerarían los procesos, porque, contrariamente, disminuirían las posibilidades de derribar las verdades en ellos establecidas, afirmadas o reconocidas;
- c) existiría una elemental confianza de las personas en las instituciones, como ocurre en cada persona y familia con su escribano de confianza;
- d) no habría denuncias falsas que nadie alcanza a comprender del todo –y que siempre quedan en el camino y en el olvido–, porque los supuestos documentos que son similares a los de una escribanía tendrían el sello de autenticidad que siempre supondrá la verdad;
- e) la institucionalización general adquiriría rápidamente la virtud del orden, como es el que impera en las escribanías, y, por ello, no habría documentos perdidos, sustraídos o adulterados;
- f) seríamos contemporáneos de todo lo que ofrezca certeza y seguridad, y los documentos apócrifos, falsos, adulterados tendrían que definitivamente alcanzar la jubilación;
- g) las familias argentinas, para cada pedido, cada elevación o cada plegaria, tendrían la respuesta adecuada y justa, que otorgue o niegue derechos, pero siempre acerca de lo justo;
- h) todo estaría encaminado a trascurrir para alcanzar sanamente la prosperidad, como en las escribanías cuando las personas recurren a asegurar a quienes tengan como destino continuar con su camino;
- i) nadie dudaría de nada que se diga o se oiga, porque lo que se diga o lo que se oiga estará siempre revestido de fe pública;
- j) la comunidad entera transitaría su vida libre de temores, por cuanto sus deseos van a estar siempre protegidos por el asesoramiento o el consejo de una persona que, por histórico mandato, cumple con su misión funcional diciendo siempre la verdad.

190. COSOLA, Sebastián J., ob. cit. (cfr. nota 90), p. 34.

En el caso de la institución notarial, debe afirmarse que no persiste por la perennidad de los documentos que hacen fuerte a la historia, a la antropología, al estudio de las fuentes o a la inmolación de las voluntades individuales o colectivas. La institución notarial persiste porque nunca se dudó ni de su hidalguía ni de la persona del notario o notaria que ha asesorado y resguardado el documento que se mantiene inalterable con el correr de los años. No debe olvidarse que el único denominador común que mantuvo unidos todos los antecedentes notariales desde el *tupsarru* del Código de Hammurabi es el que afirma que a todos los personajes que son parte de nuestra historia se les encomendó tener una conducta moral irreprochable.

En los tiempos actuales, entonces, nuestra misión está más que clara: dar certeza, seguridad, en momentos donde esas mismas expresiones parecen no formar parte de la agenda diaria de las personas que habitan nuestra cultura iberoamericana. Certeza en las transmisiones de dominio y también en la creación de poderes. La certeza, la seguridad, la tranquilidad surgen de los consejos de la persona de donde emergen y ese privilegio, adquirido con naturalidad por investir la profesión notarial, merece que se empiece a considerar una prudencia notarial que posicione a la función en lo que realmente es relevante: la consolidación de la confianza y el establecimiento de la paz jurídica permanente.

Espero con estas palabras despertar la inquietud del colega y, consecuentemente, aumentar sus deseos de alcanzar la excelencia en el desempeño funcional a través de la búsqueda incansable del establecimiento del orden notarial natural a través de la concreción de los deberes éticos notariales aplicados en el caso para la confección de poderes claros, indubitables y auténticos, emanados del noble oficio notarial.

Appart-hoteles. Condo-hoteles*

Marcelo Armando de Hoz y Santiago Rossetti Messina

RdN 915

RESUMEN

Se exponen formas en que los institutos tradicionales del negocio inmobiliario (en sus dos etapas: el negocio inmobiliario propiamente dicho y el hotelero) pueden complementarse entre sí para posibilitar negocios conexos complejos que impliquen una ventaja competitiva del producto. En ese contexto, se analizan los condo o appart-hoteles, su mayor y más prolongada rentabilidad, la estructuración jurídica aplicable y los distintos intereses de los actores en juego. Asimismo, se aborda la posible combinación de figuras jurídicas tanto reales como personales que puedan encauzar esos intereses. Se proponen modelos de cláusulas especiales para contratos de fideicomiso.

Sumario: **1.** Introducción. Planteamiento del negocio. **2.** El marco de los derechos reales. Su interacción con los derechos personales. Una sociedad equilibrada. **3.** Inmuebles ya construidos e inmuebles en construcción. **4.** Pautas genéricas de contratación. **5.** Compendio de cláusulas especiales en caso de utilización del contrato de fideicomiso.

1. Introducción. Planteamiento del negocio

La profesionalización y la alta competitividad del sector inmobiliario han exigido cada vez más de la creatividad de los desarrolladores en un mercado donde el metro cuadrado se perfila, salvando las distancias técnicas, cada vez más como un *comoditie*.

En ese contexto, la innovación y la diferenciación, aplicadas tanto a la renta como a la administración de los negocios inmobiliarios, se tornan la clave del éxito. Si a ello le sumamos la necesidad de estabilizar el valor de las cosas en el tiempo, el creciente aumento de los costos de mantenimiento (expensas, tasas, contribuciones, etc.) y una coyuntura en donde la naturaleza jurídica de las obligaciones en moneda extranjera comienza a ponerse en discusión (y con ello el valor relativo de las cosas), el atractivo del valor de salida (venta) comienza a contrastar con la seducción proveniente de la posibilidad de dicho activo de generar una renta sostenida en el mediano y largo plazo; sin olvidar, por supuesto, el valor refugio de dicho bien.

* Este trabajo fue presentado en el LXIV Seminario Teórico-práctico "Laureano Arturo Moreira", organizado por la Academia Nacional del Notariado (Buenos Aires, 29-30 noviembre 2012).

Frente a las nuevas necesidades, la figura tradicional de la construcción y la venta comienzan a convivir con las del desarrollo y la administración de los activos, incluyendo desde ya alternativas mixtas entre sí. Las relaciones jurídicas que bajo un anterior paradigma debían coexistir en armonía y seguridad por los periodos de obra y comercialización se ven en la necesidad de prolongarse en una aventura común: la administración. Como es de esperarse, la sumatoria de escenarios legales posibles supera ampliamente a las partes, poniendo a prueba los esquemas tradicionales frente a conceptos tan sutiles pero importantes como la responsabilidad y el control.

Es en este nuevo contexto donde los institutos tradicionales requieren un análisis superador y conciliador, que permita, en algunos casos, su adaptación a situaciones diferentes a los supuestos para los cuales fueron originalmente concebidos; si se prefiere, a la aplicación indirecta y complementaria (pero siempre legítima) de algunos negocios jurídicos tradicionales.

El presente trabajo intentará exponer algunas de las formas en que los institutos tradicionales pueden complementarse entre sí para posibilitar un conjunto de negocios conexos que, como un todo, es más complejo que sus partes independientes.

El negocio inmobiliario objeto del presente trabajo se desarrolla en dos etapas bien diferenciadas: el negocio inmobiliario propiamente dicho, de construcción y adjudicación de unidades funcionales resultantes, y el negocio hotelero, por el cual el inversor-adjudicatario del inmueble ya construido lo aporta para su explotación a cambio de obtener una renta por dicha actividad. Es decir, la inversión, ya desde su inicio, tenía en mente esta dualidad negocial inescindible: el negocio inmobiliario y el negocio hotelero.

En virtud de ello, el presente trabajo no se agotará en la primera etapa –construcción y adjudicación inmobiliaria–, sino que analizará algunas de las estructuras jurídicas posibles que nos permitan canalizar ambas etapas con un margen aceptable y definido de seguridad para el inversor inmobiliario.

Si repasamos algunas de las propuestas inmobiliarias con mayor aceptación en los últimos tiempos, la oferta en pozo se encontrará, casi con seguridad, entre las más recurrentes. En este contexto, muchos inversores que se han volcado al negocio de la construcción desde el pozo, adjudicándose al costo la unidad funcional resultante, luego no saben qué hacer con dicha unidad, ofreciéndola generalmente en alquiler a cambio de una renta que pueda prolongarse en el tiempo.

Sin perjuicio de que, en la mayoría de los casos, la naturaleza del negocio y/o la tipología del bien no ameritan una administración conjunta y los costos fijos que ésta pueda generar, en otras oportunidades, ello no sólo puede evitar una multiplicación del esfuerzo administrativo, sino también implicar una ventaja competitiva al permitir una política de precios consolidada, una atomización de los costos operativos y, en la medida de la profesionalización de la administración, una ventaja competitiva de producto, basada en la diferenciación y el servicio.

Por ello, nos resulta interesante abarcar el tema de los condo o appart-hoteles, ya que dichas unidades, adjudicadas e incorporadas al negocio hotelero o de hospede-

daje, pueden resultar más atractivas desde el punto de vista de asegurar una rentabilidad mayor y más prolongada al inversor.

Dentro de la estructuración jurídica aplicable habrá que prever distintos intereses de los actores en juego, tales como el desarrollista del negocio, los inversores y la cadena hotelera implicada; por ello, no escapa de nuestro análisis la posible combinación de distintas figuras jurídicas tanto reales como personales que puedan encauzar dichos intereses.

2. El marco de los derechos reales. Su interacción con los derechos personales. Una sociedad equilibrada

El marco de los derechos reales, con todas sus fortalezas, podrá ser el utilizado tanto para la primera como la segunda etapa del negocio propuesto, pero es muy probable que por sí solo no pueda, en base a su rigidez congénita, adecuarse a la totalidad de las necesidades del negocio.

Deberemos hacer mano del más maleable mundo de los derechos personales (y sus alternativas), especialmente para la estructuración jurídica de la segunda etapa, es decir, la afectación al negocio hotelero. Todo ello, con una salvedad –a la cual recurriremos más adelante en el presente trabajo–: la hoja de ruta que ha de guiar el negocio en su totalidad (valiéndose, por momentos, de los derechos reales y, por otros, de los derechos personales) debe fijar pautas precisas desde el inicio, en miras a constituir un todo inescindible.

En la etapa de la construcción desde el pozo se nos ofrece un gran cantidad de alternativas que van desde el condominio hasta la permuta de lote por unidades a construir, pasando por los esquemas societarios tanto civiles como comerciales, sin dejar de lado la figura del contrato de fideicomiso, que es, a nuestro entender, una modalidad muy útil por su adaptabilidad a una gran cantidad de negocios, incluyendo el propuesto en este trabajo. Para el análisis de las mismas, haciendo hincapié en sus ventajas y desventajas, será muy útil remitirnos a los trabajos y conclusiones que se presentaron en la XXXVII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (3-5 noviembre 2010).

No obstante, en esta oportunidad nuestro análisis va un poco más allá y nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta: de las estructuras jurídicas analizadas para la inversión desde el pozo, para la construcción y adjudicación de unidades al costo, ¿cuáles nos permiten asegurar la segunda etapa, es decir, el negocio hotelero que se tuvo en cuenta al inicio de la inversión inmobiliaria? ¿Cómo operan la necesidad y el justo equilibrio por el control del negocio desde su concepción?

En la mayoría de los casos, el derecho elegido para la primera etapa deberá ser complementado con alguna otra figura jurídica, real o personal, que nos asegure el negocio hotelero, entre las que podemos mencionar: la simple locación o sublocación, la concesión privada, la cesión de derecho de uso, el derecho real de usufructo,

el fideicomiso de administración, el marco societario, los contratos de administración, gerenciamiento y *management*, la tercerización de servicios y demás.

No es nuestra intención analizar una por una las posibles estructuras jurídicas para este negocio y señalar sus ventajas o desventajas, sus conveniencias o dificultades, sino establecer pautas generales que coadyuven al desarrollista e inversores al momento de su elección. Como veremos más adelante, esta elección no toma en cuenta sólo aspectos jurídicos, notariales o registrales, sino que los aspectos fiscales, impositivos y contables deberán tenerse muy en cuenta para acompañar la solución jurídica propuesta, animándonos a decir que muchas veces el aspecto impositivo, el de los costos, determina el rumbo del primero.

3. Inmuebles ya construidos e inmuebles en construcción

En este sentido, cabe destacar que, en cuanto a la documentación a suscribir, la afectación al régimen hotelero dependerá de la situación fáctica de la construcción del inmueble. Es decir, si el inmueble ya está construido y la intención de los propietarios es afectar todas o algunas de dichas unidades al negocio hotelero, se abrirá un abanico de posibilidades instrumentales que escapan al presente trabajo. A título de ejemplo, se pueden mencionar las siguientes:

- 1) derecho real de usufructo, por el cual el titular de la unidad funcional cede el uso y goce del inmueble al operador o desarrollista del negocio hotelero;
- 2) la celebración de un contrato de fideicomiso de administración, por el cual el titular del inmueble transmite los derechos de uso y goce de su unidad a fin de dar cumplimiento con el objeto fiduciario de la explotación del negocio hotelero;
- 3) el otorgamiento de un contrato de gerenciamiento o *management* a favor del desarrollista del negocio, en base a cláusulas y condiciones preestablecidas.

Estos ejemplos, que no agotan la lista, le dan a un titular de una unidad funcional ya construida la posibilidad de ingresar al negocio hotelero. En los supuestos de edificios ya construidos, tendremos que adaptar e incluir el negocio hotelero dentro del régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal y sus decretos reglamentarios, teniendo en cuenta no sólo los términos legales sino, especialmente, las cláusulas y condiciones de un reglamento de copropiedad y administración ya redactado e inscripto.

En un primer análisis, debemos asegurarnos de que dicha actividad, la de la hotelería u hospedaje, no se halle expresamente prohibida como destino de las unidades funcionales que integran el edificio; si se hallara prohibida, deberemos lograr la modificación del destino de las unidades del inmueble por unanimidad –tarea que no es sencilla–. En el caso de que dicha actividad no se encuentre expresamente prohibida en las cláusulas del reglamento, será conveniente agregarle a la instrumentación de la afectación de la unidad al negocio hotelero el otorgamiento de un poder especial a favor del operador o desarrollista del sistema que contemple, entre otras

cosas, la representación del titular de la unidad ante las asambleas y el consorcio de propietarios del edificio con voz y voto, para facilitar el desarrollo de la actividad de hospedaje en el edificio involucrado.

En aquellos casos en que el edificio se encuentre en construcción y el negocio hotelero hubiera sido previsto desde sus inicios –a través de una estructura jurídica de condominio, societaria o fiduciaria–, deberá incluirse en la redacción del respectivo reglamento la actividad hotelera, de hospedaje o de alquiler temporario de las unidades, como posible o única según cada caso. Incluso, en este supuesto el otorgamiento de los poderes de representación consorcial serán de mucha utilidad para el gerenciamiento hotelero.

Independientemente de la estructura elegida para el gerenciamiento del negocio hotelero, en ningún caso la adjudicación y escrituración de la unidad funcional correspondiente al inversor deberá interpretarse como rescisión o extinción del contrato; éste se mantiene plenamente vigente a los efectos de afectar irrevocablemente dicha unidad a la explotación hotelera, según el marco jurídico elegido.

En los párrafos precedentes se han descripto dos situaciones diferentes que ameritan consideraciones y estructuras diferentes. Sin perjuicio de algunos de los aspectos puntuales que acabamos de repasar, la hipótesis del edificio ya construido difiere sustancialmente de aquella en la que el profesional es consultado al momento en que todo el negocio no es más que una idea, concepto y/o proyección.

El primero de los casos escapa un poco del espíritu puntual del presente trabajo en tanto en cuanto la primera etapa del negocio complejo que deseamos presentar ya se encuentra concluida y, con ello, los problemas derivados de la limitación de la responsabilidad durante la etapa de obra y/o del cumplimiento de aporte a la explotación. En el segundo de los casos planteados, el desarrollador no sólo desea una estructura que le permita un marco legal adecuado para la obra, sino que desea contar con las previsiones necesarias que le permitan asegurar la operación posterior. Y esto no es producto de una necesidad caprichosa de control sino, más bien, la clave del negocio como conjunto y, valga la redundancia, como negocio (económico) si el plan de negocios se hace fuerte en base a la operación y no necesariamente en el desarrollo y venta.

Esta circunstancia refleja cada vez mejor la realidad de un mercado en donde el valor de incidencia de los terrenos puede no justificar, por sí solos, un desarrollo inmobiliario de tipo tradicional; negocio que, por su complejidad, difícilmente pueda llevarse a cabo sin pautas mínimas de seguridad y control.

4. Pautas genéricas de contratación

Independientemente de las estructuras jurídicas de condominios, sociedades, fideicomisos, gerenciamientos que se utilicen como vehículo del negocio hotelero, señalamos a continuación las siguientes pautas genéricas de contratación:

a) Inescindibilidad del negocio inmobiliario de construcción y adjudicación de unidades con su posterior afectación al negocio hotelero.

b) Estructura jurídica que asegure la cesión irrevocable, por un plazo cierto y acordado, de los derechos al uso, goce y/o explotación de la unidad o unidad futura (ya construida pero aún no subdividida) para la afectación al negocio de hospedaje.

c) Obligatoriedad de los titulares de las unidades funcionales de proveer lo necesario para las instalaciones, mobiliario y equipamiento del negocio hotelero.

d) Delegar en el desarrollista u operador del sistema el otorgamiento, prórroga y rescisión de los contratos de hospedaje y alquiler temporario de uso de cada unidad funcional.

e) Constitución de reservas, fondos operativos, indemnizaciones, provisiones y previsiones que demanden el cumplimiento de las obligaciones que genere el negocio hotelero tanto en el desarrollo normal de las tareas como en las contingencias, imprevistos e indemnizaciones que surjan.

f) Administración, cobro y percepción de los alquileres por hotelería y hospedaje y distribución de los beneficios entre los inversores del negocio, deducidos los gastos, honorarios, regalías y reservas necesarias para el funcionamiento del negocio hotelero.

e) Obtener las habilitaciones municipales que correspondan a las actividades de condo-hotel, appart-hotel o alquiler temporario de departamentos.

f) Rendición de cuentas del desarrollista a los inversores, realizada en forma detallada, documentada y fundamentada, con criterios claros y precisos, en los plazos a convenir.

g) Tercerización de mano de obra, locaciones de servicios y otorgamiento de contratos de gerenciamiento, administración y *management* por los cuales se desli-gue de responsabilidad en el manejo de la actividad hotelera a los inversores y se optimicen los resultados económicos del negocio.

h) Reglamentar las condiciones para que pueda operar la rescisión anticipada en aquellos supuestos en los que los inversores decidan retirarse del negocio antes del vencimiento de su plazo.

i) Fijar las cláusulas de adhesión al sistema de aquellos que deseen incorporarse luego de que el contrato por el que se inició el negocio hubiera sido suscripto, y fijar también los términos y condiciones de los contratos de cesión de los derechos de aquellos que pretendan comercializar su posición contractual (ambos casos requieren el consentimiento expreso del desarrollista).

j) Una vez vencido el plazo contractual establecido, restituir el uso y goce de las unidades funcionales a favor de los inversores, dejando sin efecto las cesiones de uso constituidas sobre dichos inmuebles a favor del negocio hotelero y procediendo a distribuir las utilidades liquidas resultantes.

k) Fijar precios y tarifas (con mayor o menor grado de discrecionalidad por parte del operador), promover el hotel, seleccionar clientes y huéspedes, contratar insumos y servicios, otorgar descuentos y organizar los permisos de uso a los inver-

sores y su grupo familiar de acuerdo a la disponibilidad existente, en base a tarifas preferenciales oportunamente convenidas.

l) Dar cumplimiento a las normativas legales municipales, laborales, previsionales, impositivas y fiscales del negocio hotelero.

ll) Realizar el mantenimiento de todas y cada una de las unidades afectadas a hospedaje en buen estado de conservación y de acuerdo a los estándares de la industria hotelera, incluyendo la contratación de los seguros exigidos por la actividad.

m) Comparecer con voz y voto a las asambleas de copropietarios convocadas al efecto según el régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal y lo dispuesto en los reglamentos de copropiedad y administración respectivos.

n) Asegurar la continuidad del sistema, obligando a los inversores iniciales, posteriores compradores o cesionarios, a afectar al negocio hotelero las distintas unidades adjudicadas, adquiridas o cedidas, entendiendo que ambos negocios, el inmobiliario y hotelero, están funcional y jurídicamente unidos; se debe transcribir la cláusula que así lo determine tanto en el reglamento de copropiedad y administración como en todas y cada una de las escrituras de adjudicación o compra y en cada instrumento de cesión o adhesión de las respectivas unidades afectadas al sistema.

o) El desarrollista u organizador del sistema deberá otorgar o denegar en cada oportunidad las respectivas cesiones o adhesiones al negocio en razón de los antecedentes personales y patrimoniales que se han tenido en cuenta como determinantes para la concreción del contrato inicial.

p) Recaudar los importes de los inversores referidos a los gastos, equipamiento, constitución de reservas y provisiones, pudiendo compensar los no aportados con las utilidades netas a distribuir, aplicando multas y sanciones, pudiendo llegar a rescindir los contratos de aquellos incumplidores, excluyéndolos del negocio de acuerdo a los términos y condiciones que surgen del contrato oportunamente celebrado.

q) En ningún caso el inversor podrá realizar modificaciones o reformas del departamento o de su mobiliario sin la expresa y previa autorización del administrador del sistema.

r) En aquellos casos en los que existan unidades del edificio no adheridas al sistema, el desarrollista podrá organizar, paralelamente a las existentes en el régimen de propiedad horizontal del edificio, una asamblea y comisión de los propietarios de las unidades que han sido afectadas al negocio hotelero.

s) Pueden existir tanto unidades funcionales como espacios comunes del edificio exclusivamente afectados al negocio hotelero, dejando las correspondientes constancias y cláusulas en el reglamento de copropiedad y administración respectivo (salón de usos múltiples, *business center*, piscina, cochera, spa, gimnasio).

t) Determinar los mecanismos de salida anticipada para el caso de una rentabilidad negativa sostenida en el tiempo; este es un punto a tener especialmente en cuenta, dado que el derecho a la explotación siempre deberá coexistir con el derecho de propiedad sobre la unidad adjudicada y/o con los derechos a la adjudicación.

En síntesis, éstas son algunas de las propuestas que deberían considerarse conjuntamente con aquellas que resulten propias de cada caso en particular. Asimismo, a modo genérico, no debe de perderse de vista la necesidad de instrumentar los medios necesarios para garantizar la continuidad de estas pautas en las sucesivas transmisiones a título singular y/o universal.

5. Compendio de cláusulas especiales en caso de utilización del contrato de fideicomiso

5.1. *Relativas al objeto*

... por la participación como fiduciante-beneficiario en el contrato de fideicomiso “[...] CONDO-HOTEL” (de ahora en adelante, denominado indistintamente “el Fideicomiso”), con “[...] SA” como fiduciaria (en adelante, indistintamente “[...]” y/o “la Fiduciaria”) o con quien éste designe, para: 1) la adquisición de la tierra, la construcción y adjudicación de una futura unidad funcional perteneciente al tipo [...], designada de manera interna y provisional a los efectos del presente contrato como Unidad N° [...] (en adelante, “LA UNIDAD”), con una superficie proyectada y aproximada de [...] metros cuadrados, ubicada en la planta [...] del edificio cuya descripción se adjuntan a la presente como Anexo A, la que formará parte integrante del edificio [...] (en adelante, indistintamente “EL EDIFICIO [...]” y/o “EL EDIFICIO”), ubicado en la Ciudad de [...]; y 2) con el compromiso de participar de manera irrevocable e inescindible, con posterioridad a la adjudicación, como concedente e inversor en: a) la concesión de LA UNIDAD a favor del operador que al efecto designe la Fiduciaria (en adelante, “EL OPERADOR”) y b) su equipamiento, amoblamiento y operación con destino a renta temporaria y/o fraccionada por unidad de día y/o mayor.

5.2. *Relativas al valor conjunto y/o compuesto de la inversión*

El valor a aportar por EL FIDUCIANTE en contraprestación por su derecho a la adjudicación de LA UNIDAD, conforme al proceso que se establece en el presente contrato, y por su derecho y obligación de conceder LA UNIDAD, una vez adjudicada a favor del OPERADOR, para su operación con destino a renta temporaria y/o fraccionada por unidad de día y/o mayor, será equivalente a: 1) el costo proporcional que represente LA UNIDAD dentro de la totalidad del desarrollo de EL EDIFICIO que para LA UNIDAD objeto del presente contrato será equivalente al [...] % de todos los costos del proyecto; y 2) una vez concedida la explotación de LA UNIDAD, el costo proporcional que represente la operación de la misma dentro del conjunto residencial. En virtud de lo expuesto, los fiduciantes se comprometen a afrontar los costos de la construcción y puesta en funcionamiento de las residencias, llevando a cabo un aporte inicial y documentado por el presente contrato y el saldo, en el tiempo y lugar que la Fiduciaria le indique a tal fin para que la construcción del EDIFICIO avance conforme a proyecto y cronograma de

obra. A tales efectos, a título únicamente estimativo y tomando como valor base aproximado el costo estimado de obra al mes de [...] de 201[...], LA UNIDAD futura objeto del presente contrato representa un valor estimado a aportar por el Fiduciante Beneficiario de pesos [...] (\$ [...].-) (en adelante, indistintamente el “valor base aproximado”).

5.3. *Aclaraciones y reconocimientos*

Por la presente, el FIDUCIANTE declara conocer y aceptar las siguientes particularidades del proyecto: 1) Que el presente contrato se realiza en miras al desarrollo tanto del EDIFICIO como de su posterior concesión con destino a renta temporaria y/o fraccionada por unidad de día y/o mayor, por lo cual el compromiso de entregarlo en concesión a favor del OPERADOR es inescindible del resto del emprendimiento y su incumplimiento generaría un perjuicio grave al proyecto en su conjunto. En ese orden de ideas, se compromete anticipadamente a entregar al OPERADOR en concesión la explotación de LA UNIDAD, adjudicada por un plazo inicial no menor a los diez (10) años y de conformidad con los siguientes términos, condiciones y supuestos de terminación: [...]. 2) Que, durante el periodo de la concesión, le otorgarán al OPERADOR, de así requerirlo éste, un poder especial irrevocable, en beneficio mutuo y del proyecto, y por el tiempo que dure la concesión, para permitirle la realización de todos aquellos actos necesarios para su gestión. 3) Que, hasta que la operación de las residencias genere un resultado positivo, los costos de expensas propios del régimen de la propiedad horizontal y los costos de la operación de las residencias serán soportados proporcionalmente por el Fiduciante-Concedente.

5.4. *Anexos aconsejados*

- Planos de anteproyecto de las unidades
- Características técnicas del edificio
- Cronograma de obra
- Proyecto de reglamento de copropiedad; cláusulas especiales
- Proyecto de contrato de concesión
- Proyecto de poder especial irrevocable



Análisis de cláusulas contractuales vinculadas con el precio en moneda extranjera*

Mariano Esper

RdN 917

RESUMEN

El artículo examina la problemática del precio en moneda extranjera que se suele pactar en diferentes contratos, brinda modelos de cláusulas usuales que es frecuente incorporar en ellos para asegurar el pago en la moneda extranjera acordada y estudia la validez de esas cláusulas y sus principales efectos.

Sumario: **1.** *Presentación del tema.* **2.** *Breve introducción al dinero y a las obligaciones dinerarias.* **3.** *Aspectos relevantes del escenario económico-jurídico actual.* **4.** *Cláusulas contractuales usuales vinculadas con el precio en moneda extranjera.* **5.** *Aplicación de las cláusulas analizadas en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo.* **6.** *Epílogo.*

1. Presentación del tema

Este trabajo expone la redacción de algunas cláusulas que con frecuencia se insertan en los contratos en general y en los inmobiliarios en particular, vinculadas con la moneda de pago en dinero extranjero, con la finalidad de examinar diversos aspectos de su contenido, funcionamiento y ejecución, particularmente a la luz de las medidas gubernamentales de restricción para adquirir moneda extranjera que se han dictado en nuestro país desde octubre de 2011 en adelante.

2. Breve introducción al dinero y a las obligaciones dinerarias

2.1. *El dinero*

Haré una sintética presentación de las cuestiones indicadas en el título, dado que la materia es vastísima y su estudio profundo contraría la finalidad y contenido de este trabajo.

* Este trabajo fue presentado en el LXVI Seminario Teórico-práctico “Laureano Arturo Moreira”, organizado por la Academia Nacional del Notariado (Buenos Aires, 7-8 noviembre 2013).

La doctrina económica explica en general que el dinero desempeña las siguientes funciones económicas:

- sirve como medio de intercambio de bienes y servicios que se adquieren con él, sustituyendo y simplificando el antiguo –no por ello desusado– sistema de trueque que se verificaba particularmente en las agrupaciones humanas prehistóricas e históricas;
- se emplea como unidad de cuenta para medir y comparar el valor de los bienes y servicios;
- es útil como depósito de valor o como medio de atesoramiento, es decir, como un bien que conserva su propio valor durante largos períodos sin deteriorarse.

Desde el punto de vista jurídico, el dinero encuadra dentro de la categoría de cosa, en el sentido técnico-jurídico del artículo 2311 del Código Civil, esto es, como objeto material susceptible de tener un valor. El valor del dinero estaría dado por la cifra indicada en su cuerpo, por su valor intrínseco o por el poder adquisitivo de ese dinero, según el caso.

El dinero es una cosa mueble, fungible, consumible y divisible:¹

- mueble en tanto puede transportarse de un lugar a otro (art. 2318 CCIV);
- fungible desde que “todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie” y pueden sustituirse unos por otros de la misma calidad y en igual cantidad (art. 2324 CCIV);
- consumible, puesto que su existencia termina para quien deja de poseerlo por no distinguirse en su individualidad (art. 2325 y nota al art. 616 CCIV);
- divisible, atento a que, sin ser destruido enteramente, puede ser dividido en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma (art. 2326 CCIV).

Desde otro punto de vista, la moneda o unidad monetaria de un país determinado se puede calificar como:

- De curso legal, cuando reviste el carácter de medio de pago obligatorio para cancelar deudas y obligaciones dinerarias, de modo que el acreedor no puede rehusarse a recibirla.
- De curso forzoso, cuando es inconvertible, esto es, que no puede ser canjeada, sustituida o convertida por su equivalente en reservas o divisas.²

Estas dos categorías en que la moneda puede ser clasificada no deben ser confundidas; responden a criterios diversos y, por ende, sus consecuencias o efectos jurídicos son diferentes. La diferenciación resulta relevante, además, porque nuestro

1. Ver CASIELLO, Juan J. y HIGHTON, Elena I., “Comentario a los arts. 616 y 617”, en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, 2ª ed., t. 2-A, pp. 419 y ss.

2. Ver BARREIRA DELFINO, Eduardo A., “Convalidación de la prohibición de indexar”, *Seminario de Jurisprudencia Argentina*, 14/7/2010, pp. 9 y ss.

Código Civil en sus textos originario y vigente alude a “moneda que no sea de curso legal en la República” (art. 617, redacción primitiva y actual, CCIV).

2.2. *La obligación dineraria*

2.2.1. *Concepto*

En nuestro derecho, las obligaciones de dar cosas se subclasifican en las siguientes especies:

- 1) Obligaciones de dar cosas ciertas (arts. 574-600 CCIV).
- 2) Obligaciones dar cosas inciertas o de género (arts. 601-605 CCIV).
- 3) Obligaciones de dar cantidades de cosas (arts. 606-615 CCIV).
- 4) Obligaciones de dar sumas de dinero (arts. 616-624 CCIV).

Sintéticamente, se puede afirmar que la obligación de dar dinero es aquella que, desde su origen, tiene por objeto la entrega de una suma de dinero³ o aquella en la que el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación.⁴ El primer caso es la hipótesis más frecuente: se pacta entregar equis cantidad de pesos, de dólares estadounidenses o de cualquier otra moneda. El segundo supuesto se verifica cuando, por ejemplo, se acuerda entregar equis cantidad de moneda de curso legal en “tal o cual país o territorio”.

2.2.2. *Las obligaciones dinerarias en el Código de Vélez*

La importancia del dinero en la economía de un país y del mundo en general, por las funciones relevantes y variadas que posee –que antes referí–, determina que exija un tratamiento jurídico particular, diferente al previsto para las restantes cosas muebles. En este sentido, Vélez Sársfield reguló las obligaciones dinerarias en los artículos 616 a 624 del Código Civil, en un capítulo separado dentro del título destinado a tratar las obligaciones de dar. Sin embargo, como es sabido, Vélez Sársfield diferenció el tratamiento jurídico de las obligaciones dinerarias según tuvieran por objeto la entrega de moneda de curso legal en el país (monedas nacionales) o que tuvieran por objeto moneda que no tuviera curso legal en la República (monedas extranjeras).

En el régimen originario del Código Civil, la obligación que tuviera por objeto la dación de moneda nacional era considerada como una obligación de dar sumas de

3. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, 6ª ed. act. por Patricio Raffó Benegas, t. II-A, p. 127.

4. Cfr. art. 765 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012.

dinero propiamente dicha, a la cual se le aplicaban las disposiciones ya indicadas de los artículos 616 a 624. Esta clase de obligaciones era gobernada por el principio nominalista, reflejado en el texto originario del artículo 619 del Código Civil, según lo sostenía la doctrina y jurisprudencia.⁵

Por el contrario, si la obligación del deudor tenía por objeto entregar moneda que no tuviera curso legal en el país, la obligación debía considerarse “como de dar cantidades de cosas” (art. 617 CCIV, texto originario). Es decir, la moneda extranjera no era calificada jurídicamente como dinero o, mejor dicho, su régimen jurídico no era asimilable al del dinero nacional. Así, en los supuestos de contratación en moneda que no tenía curso legal en el país, muy frecuentes en la época de sanción del Código Civil, la obligación no era de dar dinero propiamente dicha, sino que se asemejaba jurídicamente a una obligación de dar cantidades de cosas. En verdad, Vélez Sársfield sostuvo desde siempre que “el dinero pertenece a las cantidades” (nota al art. 616, Código Civil).

2.2.3. *Las obligaciones dinerarias en el derecho vigente*

La sanción de la Ley 23.928 de Convertibilidad del Austral (B. O. 28/3/1991), auto-declarada de orden público (art. 13), alteró el régimen de las obligaciones dinerarias en general y de las obligaciones de dar moneda extranjera en particular al modificar los artículos 617, 619 y 623 del Código Civil y estatuir un sistema nominalista rígido e indiscutible (art. 7). Además, esa ley prohibió terminantemente las normas legales y reglamentarias y las cláusulas contractuales que admitieran o autorizaran cualquier tipo de actualización monetaria (arts. 7, 8 y 10).

En lo que nos interesa, la Ley 23.928 sustituyó el texto originario del artículo 617 del Código Civil, que –como señalé– establecía que las obligaciones de moneda extranjera se regían por las disposiciones de las obligaciones de dar cantidades de cosas, por la siguiente redacción:

Si por el acto por el que se ha constituido la obligación se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.

Entonces –simplificando y evitando participar del inconcluso debate respecto de si la moneda extranjera tiene o no curso legal en nuestro país o, en su caso, qué clase de moneda extranjera lo tendría–⁶, lo cierto es que, desde la vigencia de la Ley 23.928 (1/4/1991), el derecho argentino equiparó el tratamiento legal de las obligaciones de

5. Art. 619 CCIV (texto originario): “Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple su obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación”.

6. Ver CASIELLO, Juan J. y HIGHTON, Elena I., ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 444 y ss.

dar sumas de dinero en moneda extranjera con el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda nacional.

Por otra parte, la modificación del artículo 619 del Código Civil implicó establecer para todas las obligaciones dinerarias, de moneda nacional o extranjera, un rígido y pétreo nominalismo en estos términos:

Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento.

El mismo sistema nominalista fue consagrado simultáneamente por el artículo 7 de la Ley 23.928. (Las modificaciones introducidas a la Ley 23.928 por la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, incluso al art. 7, no alteraron la sustancia de ese régimen legal, en lo que aquí se analiza e interesa).

2.2.4. *Las obligaciones en moneda extranjera*

La antigua y vigente Ley 1130 de Unidad Monetaria de la República Argentina, de 1881, que creó el peso-oro, unidad monetaria vigente y con curso legal en la República, establecía en su artículo 7 una prohibición genérica de circulación de toda moneda extranjera de oro y de plata. Se discute desde entonces si esa prohibición se mantiene vigente a lo largo del tiempo o no, aunque, más allá de ciertas posiciones, la doctrina y jurisprudencia entendieron que no existía prohibición legal para contratar en moneda que no tuviera curso legal en la República, y así se constató y constata perceptiblemente en la práctica negocial.

La sanción de la Ley 23.928, al equiparar jurídicamente el régimen las obligaciones dinerarias cualquiera fuera su objeto –moneda nacional o moneda extranjera–, concluyó con aquellos debates.⁷

La doctrina señala regularmente que la moneda extranjera desempeña en la contratación de nuestro país diversas funciones:

- Como cosa u objeto debido, esto es, funcionando como moneda-mercancía. Ejemplos de esta modalidad son el mutuo y el depósito de dinero, y la compra-venta de moneda extranjera, entre otros supuestos.
- Como precio de los bienes o servicios contratados, esto es, empleada en la función específica de dinero. Es la modalidad más usual y extendida en la práctica contractual. Se sostiene que, en virtud de los procesos económicos que han deteriorado el valor de la moneda nacional a lo largo del tiempo y que han provocado la pérdida de credibilidad y confianza en el signo monetario nacional, esta función de dinero que asume la moneda extranjera encierra o cumple una función de verdadera cláusula de estabilización o de ajuste de la prestación dine-

7. Ver TRIGO REPRESAS, Félix A., “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, n° 2012-XI, p. 5.

- raria, en virtud del valor estable que ciertas monedas foráneas mantienen en el tiempo, ajenas a las fluctuaciones del valor adquisitivo que afectan a la moneda nacional. Una uniforme corriente jurisprudencial admitía, en estos supuestos, que el deudor podía cancelar la obligación dineraria extranjera por su equivalente en moneda nacional.⁸ Ejemplos de esta función de precio de la moneda extranjera, que encierra generalmente una verdadera cláusula de estabilización monetaria, son la compraventa, la locación de cosas, de servicios o de obra, el *leasing*, contratados por un precio en moneda foránea, entre otras hipótesis.
- Finalmente, una tercera posición, diferente de las anteriores o como variante de la precedente, señalaba la hipótesis de contratos en los que la moneda extranjera debía considerarse como verdadero dinero cuando se había previsto como moneda esencial del negocio, supuestos en los cuales no se admitía el pago de la prestación dineraria por su equivalente en moneda nacional, dado que el deudor debía entregar, y el acreedor debía recibir, la cantidad exacta de la unidad monetaria especialmente fijada en el contrato.⁹

3. Aspectos relevantes del escenario económico-jurídico actual

Antes de ingresar a examinar determinadas cláusulas contractuales vinculadas con el precio en dinero extranjero que se presentan masivamente en los contratos de nuestro país, de potencial conflictividad judicial, conviene resaltar algunas notas salientes del escenario económico-jurídico de nuestros días que resultan decisivas para examinar correctamente nuestra temática:

- La presencia de una inflación prolongada y elevada, que afecta simultáneamente el valor adquisitivo de la moneda nacional, deteriorándolo, y el precio de los productos y servicios, encareciéndolos.
- La prohibición legal de indexar o de pactar en los contratos cláusulas de estabilización monetaria. La tajante veda legal surge de los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 de Convertibilidad del Austral; si bien fueron modificados por la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, no se modificó la sustancia ni el espíritu de la interdicción legal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó recientemente la vigencia irrestricta de aquella prohibición.¹⁰
- Las medidas dictadas por el Estado Nacional que tienen por objeto restringir la adquisición de moneda extranjera en el mercado único y libre de cambios esta-

8. Ver Busso, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1958, t. IV, p. 262.

9. Ver CNCiv., Sala C, 26/11/1985, "Vignola, Nidia A. c/ Colombo Marchi, José", en *La Ley*, t. 1986-B, p. 301.

10. CSJN, 20/4/2010, "Massolo, Alberto J. c/ Transporte del Tejar SA", *Seminario de Jurisprudencia Argentina*, 14/7/2010, p. 3

blecido por el Decreto 260/2002 de Régimen Cambiario, Mercado Libre y Único de Cambios. Aquellas medidas gubernamentales se dictaron a partir de fines de octubre de 2011 y se fueron acentuando con el paso del tiempo, en el sentido de profundizar paulatinamente las restricciones para acceder al mercado único y libre de cambios, es decir, para adquirir moneda extranjera. Las medidas en cuestión fueron establecidas por un conjunto extenso de disposiciones, compuesto principalmente, entre otras, por las Resoluciones 3210/2011, 3212/2011, 3333/2012 y 3356/2012 de la Administración Federal de Ingresos Públicos y por las Comunicaciones “A” 5239, 5240, 5241, 5242, 5245, 5261, 5264, 5318, 5330 y 5377 dictadas por el Banco Central de la República Argentina. No parece que las medidas estatales susodichas tengan por resultado indirecto y extremo llegar a calificar a la moneda extranjera como una cosa fuera del comercio en los términos de los artículos 2336 y siguientes del Código Civil –desde que su adquisición requiere de una autorización pública previa–. Tal conclusión llevaría a reputar nulo el acto, por aplicación de los artículos 953, 1167 y concordantes del Código Civil, aun cuando pueda válidamente sostenerse que el objeto del contrato en esos casos no sería la moneda extranjera con que se pretende cancelar el precio acordado sino la cosa, hecho, etc., que se debe entregar o prestar.

4. Cláusulas contractuales usuales vinculadas con el precio en moneda extranjera

Efectuada la introducción breve y necesaria sobre las obligaciones dinerarias y sobre los aspectos relevantes del escenario económico-jurídico actual, me detendré en el objeto central de este trabajo: examinar algunas cláusulas contractuales relacionadas con el precio en moneda extranjera que se advierten con frecuencia en la práctica contractual en general y en los contratos inmobiliarios en particular.

Cabe resaltar que resulta sumamente frecuente, como lo demuestra la experiencia profesional, que esas cláusulas se presenten conjuntamente en los contratos de que se trate y que, en numerosas ocasiones, su redacción resulte aglutinada en una sola y única cláusula, a veces confusa o intrincada.

Las cláusulas que concretamente examinaré en los próximos apartados son las siguientes:

- Cláusula de solvencia de la parte adquirente.
- Cláusula de moneda extranjera como condición esencial del negocio.
- Cláusula de asunción del riesgo cambiario.
- Cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y a alegar otros institutos jurídicos.
- Cláusula de pago con títulos públicos o con pesos para adquirir títulos públicos.

Finalmente, escrutaré brevemente la aplicación de esas cláusulas en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo.

4.1. *Cláusula de solvencia de la parte adquirente*

4.1.1. *Redacciones usuales*

Los textos frecuentes de esta cláusula pueden sintetizarse en los que siguen:

1. “La parte adquirente declara que realmente posee en el país la cantidad de divisas necesarias para atender el pago de las cuotas de precio convenidas en este contrato”.
2. “La parte adquirente manifiesta en forma expresa tener en su poder el dinero físico en la divisa norteamericana en cantidad suficiente para cancelar la operación que por este acto se instrumenta”.

4.1.2. *Validez de este tipo de cláusulas*

Este clase de pactos o declaraciones es absolutamente válida en el marco de la contratación libre que provee y protege nuestro ordenamiento jurídico (doct. arts. 1137, 1143 y 1197 CCIV), en tanto resulten de la expresión libre y no viciada de la voluntad contractual, y más allá de lo que se dirá respecto de su inserción en los contratos por adhesión y de consumo.

4.1.3. *Efectos jurídicos*

El impacto jurídico que provocan cláusulas como las transcritas varía según la posición del acreedor o del deudor en la obligación de dar dinero extranjero de que se trate:

- Con relación al acreedor: esta cláusula refuerza y consolida –aún más– su derecho a obtener la prestación dineraria en la moneda foránea acordada, ahuyentando posibles defensas o argumentaciones del deudor fundadas en eventos externos, complicaciones de diversa índole, casos fortuitos, etc. para evitar el pago en la especie de dinero particularmente pactado.
- Con relación al deudor: la cláusula por la cual éste se postula solvente y en posesión real del dinero extranjero necesario para cancelar sus obligaciones dinerarias pendientes podría considerarse jurídicamente como la confesión extrajudicial de un hecho que le impediría posteriormente alegar situaciones externas que pudieran incidir en su autodeclarada posición de solvencia; si posee el dinero extranjero necesario para cancelar el saldo de precio, las cuotas debidas, etc., entonces las restricciones para adquirir moneda extranjera no podrían perjudicarlo. Así, cualquier evento externo que afectare su titularidad o tenencia de

moneda extranjera no podría ser invocado por él, en virtud del principio “*res perit et crescit domino*” (arts. 578 y ss. y cc., y nota al art. 578 CCIV).

4.2. *Cláusula de moneda extranjera como condición esencial del negocio*

4.2.1. *Redacciones usuales*

Regularmente, esta cláusula presenta textos similares a los siguientes:

1. “El pago del precio establecido en este contrato deberá efectuarse inexcusablemente en la moneda dólar estadounidense pactada, como condición del presente convenio”.
2. “El precio se fija en forma exclusiva y como condición esencial de esta operación en moneda dólar estadounidense, por haber sido libremente convenido entre las partes como condición del presente contrato, debiéndose realizar los pagos en dólares estadounidenses billete sin restricciones y de libre disponibilidad”.

4.2.2. *Validez y utilidad de este tipo de cláusulas*

Como en el supuesto de la cláusula anterior, este clase de estipulaciones son plenamente válidas en nuestro ordenamiento jurídico en el marco de la autonomía de la voluntad, en tanto constituyan el resultado de una voluntad expresada de forma libre y sin vicios (doct. arts. 1137, 1143 y 1197 CCIV).

La inserción de cláusulas de este estilo en los contratos celebrados en moneda extranjera se explica fácilmente como un medio para enfatizar la importancia que las partes han dado a la moneda foránea en el acuerdo de voluntades plasmado en el contrato y para reforzar la interpretación jurídica del acuerdo de voluntades, en el sentido de asignarle a la moneda extranjera un rol central en el contrato (doct. reglas establecidas en los arts. 217 y ss. CCOM, aplicables a los contratos civiles).¹¹

En materia de títulos de crédito, que no son contratos, la ley vigente permite claramente que el librador disponga que el pago deba efectuarse en una moneda determinada. Es la cláusula de pago efectivo en una moneda extranjera (art. 44, 3º párr., respecto de la letra de cambio, y art. 103, respecto del pagaré, Decreto-ley 5965/1963 de Letra de Cambio y Pagaré), lo que elimina cualquier incertidumbre sobre la validez de esas estipulaciones en aquel tipo de actos.

4.2.3. *Efectos jurídicos*

Primeramente, corresponde aclarar una cuestión terminológica importante: la expresión “condición” que se utiliza en este tipo de cláusulas no alude ni se refiere en

11. Ver LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, La Ley - Ediar, 2009, 2ª ed. (act. por Alberto J. Bueres y Jorge A. Mayo), t. II, p. 77, comentario de los actualizadores.

modo alguno a la condición jurídica de que tratan los artículos 527 y siguientes del Código Civil, sea en su variante suspensiva o resolutoria, por la cual se subordina la adquisición de un derecho (suspensiva: arts. 545 y ss. CCIV) o la extinción de un derecho adquirido (resolutoria: arts. 553 y ss. CCIV) al acaecimiento de un suceso futuro e incierto.

Nada de ello acontece en el supuesto bajo análisis, desde que el derecho a percibir el precio en moneda extranjera ya se ha adquirido con la celebración del acuerdo de voluntades y su existencia no se encuentra supeditada a ningún hecho incierto y futuro, como acontece con la condición. En verdad, la expresión “condición” utilizada en los contratos en este tipo de cláusulas sólo alude a que la moneda extranjera se erige como elemento esencial del acuerdo de voluntades. Las partes así lo han presupuesto y han configurado el negocio asignándole a la moneda extranjera un rol central y determinante en el contrato. Nada de ello se vincula con la condición jurídica a que alude el Código Civil, puesto que no reúne su naturaleza, requisitos ni efectos.

En segundo término, el análisis de la cláusula en cuestión requiere diferenciar si se trata de contratos celebrados antes o después de las medidas estatales que restringen la adquisición de moneda extranjera. En el primer caso, podría debilitarse la fuerza jurídica de la expresión contractual de “condición esencial” si la parte afectada solicitara la aplicación de los remedios legales que permiten resolver o readecuar el contrato (doct. del art. 1198, 2ª parte, CCIV).¹² Mientras, en el segundo supuesto, esto es, en los contratos celebrados con posterioridad a la aparición de las normas gubernamentales en cuestión, la base o presupuesto del negocio expresa o tácitamente acordado le impediría al deudor desconocer la situación fáctica y jurídica que influía y afectaba toda la operación. Es decir, en esta última hipótesis, las circunstancias externas en que el negocio se celebró y acordó resultaron determinantes para que los contratantes estipularan la cláusula de “condición esencial” de la moneda del contrato, todo lo cual será sumamente relevante al tiempo de interpretar el convenio celebrado.

Finalmente, la situación variaría sustancialmente si los contratantes hubieran indicado en el contrato cuál era el fundamento de que la moneda extranjera fuera una condición (*rectius*: elemento) esencial del acuerdo de voluntades: por ejemplo, indicando que lo era porque el acreedor –el vendedor, por ejemplo– requería indispensablemente esa moneda y no otra para pagar el precio de una operación simultánea que había celebrado o que se disponía celebrar, o para cancelar un préstamo dinerario solicitado, etc. En estos supuestos, resulta claro que la voluntad contractual se fundaba en un hecho concreto y real que coadyuvará a exigir el pago de la deuda en la moneda extranjera especialmente acordada.

12. Ver STRATTA, Alicia J., “Aplicaciones de la ‘teoría de la imprevisión’”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1980-A, p. 959.

4.3. *Cláusula de asunción del riesgo cambiario*

4.3.1. *Redacciones usuales*

Estas cláusulas suelen adoptar fórmulas semejantes a las siguientes:

1. “La parte adquirente declara conocer cabalmente la situación existente con relación a la moneda dólar estadounidense y las restricciones para su adquisición en el mercado cambiario y asume íntegramente el riesgo cambiario de esta operación”.
2. “La parte adquirente toma expresamente a su cargo el eventual riesgo cambiario que esta operación implica”.

Como lo he resaltado con anterioridad, pero lo enfatizo especialmente en esta cláusula, resulta muy frecuente que esta previsión contractual se encuentre unida o redactada globalmente con la cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y otros institutos jurídicos, que analizaré en los próximos apartados.

4.3.2. *Concepto de riesgo cambiario*

Puede definirse el riesgo cambiario como la eventualidad de que sucedan hechos externos al contrato –propios del mercado, por ejemplo– u originados en ciertas decisiones gubernamentales en virtud de los cuales se modifique mínima o notoriamente la paridad entre la moneda nacional y la moneda extranjera pactada en el contrato, afectándose en definitiva el sacrificio patrimonial a cargo del deudor de la obligación dineraria.

4.3.3. *Fundamentos, finalidad y validez de este tipo de cláusulas*

La historia económica argentina, desde mediados del siglo XX aproximadamente, se encuentra infestada de acontecimientos extremos, medidas estatales intervencionistas, rupturas abruptas de variables macroeconómicas, devaluaciones extremas o sorpresivas, etc.; el último fue la gran crisis y la devaluación monetaria ocurridas en los años 2001-2002, que afectaron el normal desenvolvimiento de las variables y relaciones económicas. Esta situación de inestabilidad económica crónica determinó que, desde hace tiempo, los contratantes inserten estipulaciones previendo el posible cambio de determinadas condiciones macroeconómicas vinculadas con el valor de la moneda nacional y su paridad con monedas extranjeras, particularmente con el dólar estadounidense.

La finalidad, entonces, de cláusulas del estilo que se analiza reside en regular la conducta debida por las partes ante el acaecimiento o aparición de eventos externos o medidas gubernamentales que influyan o alteren el acuerdo de voluntades, particularmente en lo que atañe al precio en moneda extranjera acordado en el contrato. La

validez de este tipo de cláusulas se encuentra fuera de discusión, en tanto constituyan el resultado de un auténtico intercambio de voluntades libres y no viciadas, como lo vengo señalando en esta presentación (doct. arts. 1137, 1143 y 1197, CCIV), más allá de lo que se dirá respecto de su inserción en los contratos por adhesión y de consumo.

Sin embargo, debe resaltarse un aspecto evidente: en tanto los contratantes o uno de ellos asuma expresamente el denominado riesgo cambiario, esa asunción contractual deja de ser en verdad un hecho imprevisible y, menos, un hecho imprevisto. Todo lo contrario: se trata de un suceso futuro expresa y especialmente previsto por las partes en el contrato, y la cláusula que examino es una prueba concluyente de ello. Cabría preguntarse, por otra parte, a tenor de nuestra triste experiencia y tradición en esta materia, si existen en la Argentina decisiones económicas gubernamentales que puedan calificarse jurídicamente como realmente imprevisibles.

4.3.4. *Efectos jurídicos*

La inserción de cláusulas contractuales similares a las que se examinan conlleva trasladar a una de las partes (usualmente, el deudor de moneda extranjera), en su perjuicio, el riesgo de que, por circunstancias del mercado o debido a decisiones gubernamentales, se modifique la paridad entre la moneda nacional y la extranjera que debía entregarse por el contrato o se impida adquirir la moneda extranjera de que se trate –entre tantos eventos posibles– cuando ese riesgo recaer normalmente en ambos contratantes si ninguna previsión se hubiera pactado al respecto.

4.4. *Cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y a alegar otros institutos jurídicos*

4.4.1. *Redacciones usuales*

Esta cláusula presenta fórmulas muy variadas en la práctica negocial. Un texto bastante usual es el siguiente:

- “La parte adquirente renuncia en forma expresa e irrevocable a invocar la teoría de la imprevisión, la teoría del abuso del derecho o cualquier otro instituto previsto o no por la ley o por la jurisprudencia y que esté vigente en la actualidad o se establezca en el futuro para pretender la revisión de lo pactado, una disminución o reajuste del precio fijado en forma definitiva en este contrato”.

4.4.2. *Validez de este tipo de cláusulas*

El análisis de la cuestión indicada en el subtítulo requiere diferenciar previamente cuál es la figura jurídica concreta que una de las partes renuncia invocar. No se puede realizar un análisis genérico sobre la materia, sino que deben discriminarse las

distintas renunciaciones insertas en una misma cláusula según cuál sea la figura jurídica afectada. Así, cabe diferenciar los siguientes institutos jurídicos:

1. Teoría de la imprevisión: esta doctrina fue incorporada expresamente en el artículo 1198 del Código Civil por la Ley 17.711 de Reforma del Código Civil de 1968. Se encuentra controvertido si resulta válida la renuncia a invocar esta teoría, puesto que no existe uniformidad de pensamiento respecto de si la denominada teoría de la imprevisión constituye una institución de orden público, que invalidará su renuncia (doct. arts. 19, 21, 530, 872, 953 y cc. CCIV), o si no lo es y, por ello, su resignación resulta eficaz. Quienes argumentan la viabilidad de esta cláusula razonan que nuestro derecho admite la renuncia a invocar el caso fortuito (arts. 513 y 889 CCIV) y que, por ello y con mayor razón, debe validarse la renuncia a esgrimir la doctrina de la imprevisión.¹³

Por otra parte, se suele sostener que la imprevisión no es una vinculación contractual sino el modo de reajustar o resolver un contrato; entonces, lo que interesa es el carácter de orden público de un contrato dado y no el carácter de orden público de la imprevisión y que, por ello, para determinar la validez de la renuncia anticipada a la imprevisión, es necesario analizar el contrato de que se trata conforme a las circunstancias de lugar, tiempo y etapa.

2. Abuso del derecho, reajuste o revisión del contrato con fundamento en la equidad y enriquecimiento sin causa: estas figuras jurídicas de diverso contenido, fundamento y aplicación, suelen incluirse en cláusulas de contenido similar al de la que se analiza, prohibiéndole a la parte adquirente invocarlas como un medio para pretender la revisión del precio acordado en moneda extranjera. El reconocimiento de estas figuras se encuentra en diversas normas del Código Civil (arts. 515, 656, 907, 1071, entre otras), por lo que no puede discutirse su consagración en nuestro ordenamiento jurídico. La inquietud versa sobre la validez o no de las renunciaciones a estos institutos.

Entiendo que estas tres figuras, esto es, la prohibición del abuso del derecho, la equidad y la prohibición del enriquecimiento sin causa constituyen figuras jurídicas que se encuentran en la base de la celebración de los contratos o, mejor, de los actos jurídicos en general, y constituyen simultáneamente pilares de nuestro

13. Rechaza la validez de la renuncia: MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pp. 379-380; la admite: LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit. (cfr. nota 3), t. I, pp. 210-211. Se ha resuelto que “al menos cuando es formulada por la ‘parte fuerte’ del contrato –en el caso, la empresa de construcciones vendedora de departamentos a construir–, la renuncia a invocar la teoría de la imprevisión no es pasible de objeciones en cuanto a su validez” (CNCiv., Sala A, 11/8/1978, *El Derecho*, t. 81, p. 405); y que “ante todo, nunca podrá esgrimirse contra el deudor una renuncia ‘virtual’ a la teoría mencionada, ya que el art. 874 del Código Civil desecha su presunción e impone un carácter restrictivo a la misma” (CNCiv., Sala C, 4/9/1980, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1981-III, p. 238). También se ha señalado que “no es dudoso que el párr. 2º del art. 1198 del Cód. Civil otorga un derecho a quien se ve perjudicado por el hecho extraordinario e imprevisible, derecho que, desde luego, puede ser renunciado si se tiene la capacidad prevista por el art. 868, pero esta renuncia, o la intención de realizarlo, no puede presumirse, debiendo ser interpretados restrictivamente los actos que tiendan a probarla, según lo dispone el art. 874” (C.Civ.yCom. Rosario, Sala IV, 24/9/1981, “Izquierdo, Juan M. N. c/ Miotto, Antonio L.”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1982-IV, p. 108).

derecho privado y, aun, del ordenamiento jurídico en general, por lo que su renuncia se encuentra vedada a tenor de lo prescripto en los artículos 19, 21 y 872 del Código Civil, entre otros.

3. Institutos jurídicos previstos en leyes de emergencia económica: las normas de emergencia económica que se puedan dictar para alterar el contenido de los contratos libremente acordados, modificando la moneda pactada o su valor o incidiendo en otros aspectos del vínculo jurídico –como ocurría, hace décadas, con las famosas leyes de emergencia en materia locativa, que alteraban el precio o el plazo de los arriendos–, podrían ellas mismas prever el modo en que se debe recomponer el equilibrio contractual afectado por la emergencia económica y por la propia normativa dictada para paliar ese estado de crisis. Así lo establecieron, por ejemplo, el artículo 11 de la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario y el artículo 8 del Decreto 214/2002 de Reordenamiento del Sistema Financiero, que recurrían a la equidad o al denominado principio del esfuerzo compartido para solucionar los conflictos jurídicos derivados de la emergencia y de las normas dictadas consecuentemente.

La cuestión sobre la validez o no de las renunciaciones a esgrimir los institutos que pueda instaurar la normativa de emergencia económica se vincula directamente, como en el caso anterior, con la calificación de ley de orden público o no que merezca la legislación de que se trate. Las normas anteriores, por caso, se autotitularon de tal forma (art. 19, Ley 25.561) y, aunque es cierto que ello no es de por sí definitorio para postular que una norma reviste la condición de orden público, la intención expresa del legislador debe tenerse especial y primordialmente en cuenta al tiempo de interpretar una norma jurídica, como se encuentra hartamente establecido.

Entiendo que ninguna duda cabe de que las normas de emergencia económica son de orden público, en tanto la emergencia económica resulte constatada en la realidad y no se trate de una mera fórmula legal que carezca de respaldo en los hechos y en las situaciones existentes en un momento y lugar determinados.

4. Figuras jurídicas que puedan existir o crearse en el futuro: finalmente, la renuncia que también suele realizarse en los contratos respecto de todas las figuras o institutos jurídicos creados o que puedan crearse en el futuro constituye una renuncia carente de validez, desde que, además del notorio abuso que denota una estipulación de estas características, el objeto de la renuncia recaería sobre algo incierto o desconocido que descalificará al acto como pacto jurídico válido y eficaz.

4.4.3. *Efectos jurídicos*

Las consecuencias jurídicas de la inserción de cláusulas semejantes a las analizadas en los contratos variarán según se admita o se rechace la validez de la renuncia a esas

figuras. En el primer caso, le impedirá al afectado fundar su reclamo o pretensión con base en la doctrina o teoría renunciada, mientras que, en el segundo supuesto, la renuncia será considerada no escrita, inexistente o inválida, lo que le permitirá al afectado ampararse en la figura resignada y esgrimir su derecho dentro de la protección que provea el instituto inválidamente declinado.

4.5. *Cláusula de pago con títulos públicos o con pesos para adquirir títulos públicos*

4.5.1. *Redacciones usuales*

Las cláusulas anteriores de riesgo cambiario y de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y otros institutos jurídicos generalmente se complementan con otras cláusulas, que prevén posibles situaciones de fuerza mayor que impidan cumplir en la moneda extranjera pactada, para las cuales la propia estipulación provee una solución, en el marco de la vigencia del contrato. Usualmente, esas cláusulas poseen un contenido similar al siguiente:

- “Para el caso de que disposiciones legales o causas de fuerza mayor hicieran imposible el pago del precio en la especie de moneda pactada, la parte adquirente deberá cumplir su obligación entregando a la otra parte la cantidad de títulos públicos de la República Argentina de la serie que esta última elija, cuya venta en el mercado de Nueva York, Zürich o Montevideo le permita adquirir en ese mismo mercado la cantidad de la moneda extranjera pactada en este contrato, necesaria para cancelar, libre de todo gasto, impuesto y/o comisión, el saldo de precio adeudado o que deba abonarse”.
- “Para el caso de que, por decisión de política económica, se tornare imposible la adquisición de dólares estadounidenses billete...”, y continúa con una redacción similar a la anterior.
- “Si, por causas ajenas a la voluntad de las partes, no fuera posible la entrega de dólares estadounidenses billete, la parte adquirente deberá entregar a la contraparte la cantidad suficiente de pesos que fuera necesaria para adquirir en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires o en el Mercado Electrónico Abierto la cantidad necesaria de títulos públicos de la República Argentina, en cualquiera de sus clases y series, para que, vendidos en el mercado de Nueva York, permita adquirir, libre de todo gasto, impuesto y/o comisión, los dólares estadounidenses billete necesarios para cancelar la obligación debida. Se considerarán válidas las cotizaciones publicadas en XX periódicos especializados”.

4.5.2. *Validez de este tipo de cláusulas*

Estas cláusulas son válidas en tanto sean consecuencia de un contrato libremente concertado y sin vicios que lo afecten (doct. arts. 1137, 1143 y 1197 CCIV), y no afec-

ten el orden público, no configuren un abuso del derecho ni tipifiquen ninguna situación jurídica reñida con la moral o las buenas costumbres (art. 21, *a contrario sensu*).

Recientemente, la jurisprudencia ha resuelto un supuesto donde se había pactado una cláusula de contenido similar a las expuestas anteriormente, inclinándose por su validez y plena aplicación a las partes contratantes.¹⁴

4.5.3. Efectos jurídicos

La existencia de una cláusula como la analizada resulta determinante para guiar la conducta debida de los contratantes (especialmente, los pagos a cargo del deudor) en caso de que se verifiquen los supuestos de hecho establecidos en la estipulación como condición para autorizar el pago mediante la entrega de títulos públicos o con pesos suficientes para adquirir títulos públicos, según se hubiera acordado.

El funcionamiento y la operatividad de la cláusula requieren la mutua cooperación de las partes contratantes, dado que existen aspectos (fecha de cotización a tomar en cuenta, entidad que intervendrá en la operatoria, etc.) que las estipulaciones de este tipo no precisan concretamente y que necesitan una adecuada implementación, con base en la buena fe que las partes deben demostrar al tiempo de ejecutar e interpretar el contrato (doct. art. 1198, 1ª parte, CCIV).

Una rápida lectura de las cláusulas en cuestión podría conducir a creer que nos encontramos frente a una obligación alternativa, regulada por los artículos 635 y siguientes del Código Civil y cuyas diferencias con la obligación facultativa Vélez explica en la nota al artículo 651. Entiendo que ello no es así: la cláusula en cuestión no refleja una obligación alternativa, desde que no existe en la hipótesis que examino una obligación cuyo objeto sea diversas prestaciones independientes y distintas unas de otras, cuya elección corresponda ser realizada por el deudor (doct. art. 635 y 637 CCIV). Por el contrario, en nuestro caso, se trata de una obligación cuya prestación resulta cierta y determinada desde su propia constitución: el deudor debe entregar la cantidad de dinero extranjero pactada en el contrato. Ahora bien, si por las circunstancias externas previstas en el negocio el pago en ese tipo de moneda resultara imposible, entonces el propio contrato predetermina cuál es el procedimiento a cumplirse, esto es, la entrega de títulos públicos o de pesos para adquirir títulos públicos, en las condiciones que en cada caso se estipulen.

La estructura de la obligación que se analiza no se compadece con el perfil de la obligación alternativa prevista en los artículos 635 y siguientes del Código Civil. Se trata en verdad de una estipulación contractual que prevé una condición, cumplida la cual se procederá forzosamente –no electivamente– como se hubiera pactado; en caso de no cumplirse esa condición, no existirá otra alternativa para el deudor que pagar el precio debido con la entrega de la moneda extranjera particularmente estipulada en el acuerdo.

14. CNCiv., Sala E, 12/4/2013, “Torrado, Norberto Leandro c/ Popow, Alexis”, *La Ley*, t. 2013-D, p. 215.

5. Aplicación de las cláusulas analizadas en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo

5.1. *Contratos por adhesión*

5.1.1. *Nociones generales*

El contrato por adhesión o contrato celebrado por adhesión –como es su correcto nombre– puede ser definido como aquel en el cual la formación del consentimiento se produce por la aceptación integral de una de las partes (adherente) al contenido contractual predispuesto unilateralmente por la otra (predisponente), sin poder modificarlo. Es una categoría de contratos que refiere al modo en que el consentimiento contractual ha sido formado: sin negociación de su contenido, por la sola conformidad de uno de los contratantes al contenido predeterminado por el otro.¹⁵

El criterio de clasificación para determinar si se trata de un contrato de este tipo o no, entonces, reside en verificar si el consentimiento se ha prestado por adhesión de una de las partes al contenido predispuesto por la otra o si ello no ha ocurrido.

El contrato por adhesión constituye una modalidad extendida desde hace décadas en la práctica negocial y está destinada a facilitar el consentimiento contractual, especialmente en la contratación en masa.

La concertación de contratos a través de esta modalidad posee ventajas y desventajas.¹⁶ Constituye una modalidad válida y lícita para celebrar contratos, pese a que usualmente se presta o se utiliza para enmascarar abusos patrimoniales y prepotencia contractual, con inclusión de cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias, o caducidades o renunciaciones de derechos de la parte más débil de la contratación.

Los contratos por adhesión no se encuentran regulados bajo esa categoría o denominación en el ordenamiento jurídico argentino, excepto principalmente lo previsto en el artículo 38 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y la aislada mención en el artículo 58 de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales. Su régimen jurídico está dado por las normas generales de los contratos, de los actos jurídicos y de las obligaciones en general, y por los principios generales del derecho (buena fe, prohibición del abuso del derecho, etc.).

Las particularidades del contrato por adhesión, en cuanto a la génesis y formación del consentimiento contractual, determinan reglas especiales en materia de interpretación. Entre otros principios y pautas desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, rige en este tipo de acuerdos la regla según la cual el contrato por adhesión se interpreta en contra del predisponente y a favor del adherente.

15. Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit. (cfr. nota 13), pp. 146 y ss.

16. Ver FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, Buenos Aires, Zavalía, 1993, pp. 94-95: aunque se refiere a las condiciones generales de contratación, las reflexiones son en general aplicables a los contratos por adhesión.

5.1.2. *Inclusión de las cláusulas examinadas en los contratos por adhesión*

Las características de los contratos por adhesión y su especial régimen de interpretación conllevan que la inserción de cláusulas del estilo de las analizadas en este trabajo modifique algunas de las reflexiones presentadas, puesto que:

- en tanto se acredite que el contrato fue celebrado por adhesión, su contenido predispuesto debe ser interpretado en contra del predisponente (acreedor, generalmente) y a favor del adherente (deudor, usualmente);
- resultará más accesible alegar y obtener la declaración de invalidez de ciertas estipulaciones contractuales que encierren renunciaciones o denoten abusos en la contratación, como podrían ser, en ciertos casos concretos, algunos contenidos de las cláusulas analizadas en esta presentación.

5.2. *Contratos de consumo*

5.2.1. *Nociones generales*

El cada vez más amplio derecho del consumo posee un impacto notable en la contratación jurídica moderna. Su elaboración se ha desarrollado a partir de la legislación que lo ha reconocido (art. 42 CN; Ley 24.240 de Defensa del Consumidor [modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361]; Decreto 1798/1994; Resolución 53/2003 de la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor; y Resolución 9/2004 de la ex Secretaría de Coordinación Técnica, entre otras normas).

Esta área del derecho es particularmente relevante, entre otros motivos, porque la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor se autodefine como de orden público (art. 65), calificación que cabe extender a todo el derecho del consumo en general, por los indudables fundamentos superiores que impulsan su dictado y contenido. El impacto del derecho del consumo en la contratación inmobiliaria es también cada vez mayor, en virtud de las modificaciones que la Ley 26.361 (año 2008) introdujo al articulado de la Ley 24.240, especialmente en lo que atañe a la categorización de los posibles sujetos intervinientes en la relación jurídica como consumidor y como proveedor de bienes y servicios (arts. 1 y 2), es decir, en cuanto al ámbito de aplicación material de la ley, que ha expandido notablemente su campo de actuación en materia de contratos inmobiliarios.

Las consecuencias jurídicas de calificar un contrato como un vínculo de consumo son vastísimas: inciden en su contenido, en su ejecución, en su interpretación y en su potencial reclamo administrativo o judicial. De ese extenso universo de consecuencias, destacaré la siguiente: la inaplicabilidad de las cláusulas contractuales “que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor” (art. 37 Ley 24.240) y la calificación de las cláusulas “que afecten inequitativamente al consumi-

dor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes” como abusivas (art. 37 Decreto 1798/1994).

5.2.2. *Inclusión de las cláusulas examinadas en los contratos de consumo*

La inserción en los contratos de consumo de estipulaciones similares a las analizadas en esta presentación alterará algunas de las conclusiones elaboradas, puesto que determinará la aplicación integral del derecho del consumo, lo que seguramente redundará en beneficio del deudor y en perjuicio del acreedor. Es decir, en tanto el contrato que corresponda analizar constituya, de manera simultánea a la relación jurídica de que se trate (compraventa, cesión, etc.), un vínculo de consumo –siempre que los sujetos que lo han celebrado puedan ser calificados como consumidor y como proveedor de bienes y servicios a consumidores y usuarios en los términos de los artículos 1 y 2 de la Ley 24.240–, el contrato de consumo tendrá la protección legal de orden público que emana del marco normativo anteriormente referido, todo lo cual indudablemente impactará en su contenido, en su ejecución y en su interpretación judicial.

Particularmente, y sin pretender agotar las consecuencias que surgen de la calificación de un contrato como de consumo, ese rótulo tendrá un fuerte impacto en las cláusulas que estatuyan renunciaciones o restricciones de los derechos de los consumidores o usuarios, dado que tales renunciaciones se tendrán por no convenidas, siendo inválido cualquier pacto en contrario (doct. arts. 37 inc. a y 65 Ley 24.240).

6. Epílogo

He realizado una sintética presentación de las cláusulas contractuales vinculadas con el precio en moneda extranjera que mayor difusión tienen en la realidad negocial de nuestro país en los contratos en general y en los contratos inmobiliarios en particular. La finalidad de la presentación ha sido explicar los motivos jurídico-económicos que impulsan la inclusión de este tipo de cláusulas, examinar su validez o posible invalidez y desarrollar los efectos jurídicos que generan esa clase de estipulaciones.

La vasta materia abordada dista de haber concluido. Espero que las reflexiones que contienen estas páginas aporten claridad y elementos para un análisis adecuado de las cláusulas analizadas, de su utilidad y de su interpretación jurídica.



Donación a herederos legitimarios en el Código Civil y Comercial*

Natalio Pedro Etchegaray

RdN 916

RESUMEN

Al no advertirse en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ningún cambio sustancial en los artículos relativos a la colación, surge la posibilidad de seguir aplicando la construcción doctrinaria y jurisprudencial que nace del artículo 3477 del Código Civil y su nota y permite al donatario –legitimario del donante– considerarse dueño y, como tal, enajenar absolutamente el bien recibido en donación, ya que ante una acción de sus coherederos solamente debería reunir a la masa hereditaria el valor del bien y no la cosa misma.

Sumario: **1.** Alarma notarial e inmobiliaria. **2.** Intención de este trabajo. **3.** Interpretación mayoritaria del código vigente. **4.** El Código Civil y el Proyecto, frente a frente. **5.** Opinión de los reformadores sobre el estado actual de la titularidad inmobiliaria proveniente de donaciones. **6.** Conclusiones.

1. Alarma notarial e inmobiliaria

Desde que se conoció el Proyecto de reformas y unificación de los Códigos Civil y Comercial, tanto notarios como entidades dedicadas al crédito inmobiliario se alarmaron frente a los alcances de la reforma en lo relativo a donaciones, al entender que el Proyecto deroga de plano la posibilidad –que para la doctrina mayoritaria otorga el Código Civil actual– de distinguir entre donaciones a herederos forzosos y donaciones a quienes no tuvieren tal carácter.

2. Intención de este trabajo

En este trabajo intentamos dar inicio a un debate que en definitiva determine si es tan cierto que la eventual sanción de la reforma proyectada torne inviable la aplica-

* [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26.994. Por tal motivo, las referencias utilizan el término “Proyecto”.

ción de la doctrina mayoritaria actual, en cuanto impide la acción de reivindicación contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación a herederos legitimarios.

Nuestra inquietud es la siguiente: **¿es posible que únicamente con el texto del artículo 2386 del Proyecto se torne inaplicable la doctrina nacional mayoritaria elaborada sobre el artículo 3477 del actual Código, que dice**

Los ascendientes y descendientes [...] deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto...

y sobre la nota del Codificador a este artículo, que firmemente expresa

Decimos los valores dados por el difunto y no las cosas mismas, como lo dispone el Código francés. La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño...

cuando lo fundamental del artículo 3477 se reproduce en el 2385 del Proyecto?

Personas obligadas a colacionar. Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento.

Sostenemos que los artículos del actual Código Civil, que en el Proyecto se reiteran sin modificaciones sustanciales, obligan a los intérpretes a continuar aplicando las notas que utilizó Vélez Sársfield para justificar su inclusión, así como las doctrinas y elaboraciones jurisprudenciales que las tuvieron en cuenta.

¿Es posible que la sola circunstancia de que el artículo 2386 del Proyecto exprese que

La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario [...] está sujeta a reducción por el valor del exceso...

cambie totalmente la interpretación actual del Código Civil, cuando, al decir “sujeta a reducción”, **reitera** –palabra más, palabra menos– el sentido de los artículos 3601 y 3602 vigentes?

3. Interpretación doctrinaria mayoritaria del Código vigente

Basándose en el artículo 3477 del Código Civil y en la correspondiente nota del Codificador, la interpretación mayoritaria del articulado actual del Código Civil niega

la posibilidad de reivindicar de terceros adquirentes un inmueble donado cuando la donación lo hubiera sido a un heredero legítimo, y, en cambio, otorga esa posibilidad cuando la donación se hubiere efectuado a quienes no fueran herederos forzosos del donante.

Esta doctrina tiene **plena vigencia** y es de aplicación mayoritaria en la actividad notarial y en el universo de los negocios inmobiliarios cuando, a la hora de determinar la bondad de los antecedentes de un título de propiedad y en base al artículo 3477 y su nota, se admite que el donatario heredero legítimo del donante puede sentirse verdaderamente dueño y, como tal, enajenar absolutamente el bien recibido en donación, ya que ante una acción de sus coherederos solamente debería reunir a la masa hereditaria el valor del bien y no la cosa misma. Esta doctrina armoniza la contradicción aparente entre los artículos 3477 y 3955 del Código Civil, circunscribiendo la reivindicación –que el último artículo autoriza– a los inmuebles comprendidos en una donación efectuada a personas que no tengan la calidad de herederos legítimos del donante.

La interpretación actual y mayoritaria del articulado vigente del Código Civil puede enunciarse así:

- a) Títulos provenientes de donaciones a legítimos: **no son observados en el tráfico comercial, justamente por lo expresado en el artículo 3477 y su nota.**
- b) Títulos provenientes de donaciones a quienes no son legítimos: **son observados en el tráfico comercial hasta que transcurran diez años desde la muerte del donante** (doctrina art. 4023 CCIV) **o veinte años desde que se efectuó la donación** (doctrina arts. 4015 y 4016 CCIV).

4. El Código Civil y el Proyecto frente a frente

Analizaremos los artículos del actual Código y los del Proyecto en tres campos distintos: 1) obligación de colacionar, 2) donaciones inoficiosas y 3) acción de reivindicación o reipersecutoria.

4.1. *Obligación de colacionar*

Código Civil vigente

Artículo 3477:

Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa hereditaria los **valores** dados en vida por el difunto. Dichos **valores** deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero. Trátándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso.

Nota de Vélez Sársfield:

Designamos **los valores dados por el difunto** y no las cosas mismas, como lo dispone el Código Francés. La donación fue un contrato que **transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño**. Ese dominio **no se revoca por la muerte del donante**, y los frutos de las cosas donadas **deben pertenecer al donatario, aun después de abierta la sucesión** [...] El Código francés, por el contrario, dispone que la colación se ha de hacer de los bienes mismos donados y de los frutos que hubieren producido desde la apertura de la sucesión.

Artículo 3601:

Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos **se reducirán**, a solicitud de éstos, a los términos debidos.

Artículo 3602:

Para fijar la legítima se atenderá al **valor** de los bienes quedados por muerte del testador. Al **valor líquido** de los bienes hereditarios se agregará **el** que tenían las donaciones, aplicando las normas del artículo 3477. No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo a prorrata o dejando sin efecto, si fuere necesario, las disposiciones testamentarias.

Proyecto de unificación

Artículo 2385:

Personas obligadas a colacionar. Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el **valor de los bienes** que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento. Dicho **valor** se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. También hay obligación de colacionar en las sucesiones testamentarias si el testador llama a recibir las mismas porciones que corresponderían al cónyuge o a los descendientes en la sucesión intestada. El legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario.

Artículo 2386:

Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo **valor** exceda la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a **reducción** por el **valor** del exceso.

No encontramos en lo relativo a la obligación de colacionar diferencias fundamentales entre ambos textos. Al reproducirse el texto de Vélez Sársfield, estamos obligados a tener en cuenta su nota al artículo y, en consecuencia, asumir que, ante una eventual sanción legislativa de la reforma, se puede mantener la doctrina mayoritaria actual, que otorga al donatario legitimario la posibilidad de disponer libremente el bien donado.

4.2. *Donaciones inoficiosas*

Similar apreciación se puede hacer al confrontar la redacción de los artículos relativos a la tipificación de las donaciones inoficiosas, basamento indispensable de la acción de reducción.

Código Civil vigente

Artículo 1830:

Repútase **donación inoficiosa** aquella cuyo valor excede en la parte de que el donante podía disponer; y a este respecto se procederá conforme a lo determinado en el Libro IV de este código.

Artículo 1831:

Si por el inventario de los bienes del donante fallecido, se conociere que fueron **inoficiosas las donaciones** que había hecho, sus herederos necesarios podrán **demandar la reducción de ellas**, hasta que queden cubiertas sus legítimas.

Artículo 1832:

La reducción de las donaciones **sólo puede ser demandada:**

1. Por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero si existieren descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competirá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación.
2. Si las donaciones fueren gratuitas, y no cuando fuesen remuneratorias o con cargos, salvo en la parte en que sean gratuitas.

Proyecto de unificación

Artículo 1565:

Donaciones inoficiosas. Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos de este código sobre la porción legítima.

Artículo 2386:

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

No se aprecia sino una expresa coincidencia en la redacción: ambas se refieren a la reducción.

4.3. *Acción de reivindicación o acción reipersecutoria*

Código Civil vigente

Artículo 3955:

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

Proyecto de unificación

Artículo 2458:

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

Artículo 2459:

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

5. La opinión de los reformadores sobre el estado actual de la titularidad inmobiliaria proveniente de donaciones

Los propios autores del Anteproyecto reconocen –ver exposición de los fundamentos– que con él se intenta **solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico:**

Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve.

Esta intención de mejorar el estado actual de las posibilidades comerciales para los títulos provenientes de una donación es concretada por el citado artículo 2459 del Proyecto, que sitúa el comienzo del plazo de la prescripción adquisitiva breve en la fecha de la donación y no en la fecha de la muerte del donante.

6. Conclusiones

Al no advertirse en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ningún cambio sustancial en los artículos relativos a la colación, surge la posibilidad de seguir aplicando la construcción doctrinaria y jurisprudencial que nace del artículo 3477 del Código Civil y su nota y permite al donatario –legitimario del donante– considerarse dueño, y, como tal, enajenar absolutamente el bien recibido en donación, ya que ante una acción de sus coherederos solamente debería reunir a la masa hereditaria el valor del bien y no la cosa misma.

La reforma proyectada, en cuanto reitera los textos de Vélez Sársfield, impone seguir aplicando las notas que los justifican, así como las doctrinas mayoritarias y fallos judiciales que las tuvieron en cuenta.

Todo ello sin perjuicio de calificar muy acertado que se le otorgue plena certeza al momento de inicio del plazo de prescripción.



Apuntes críticos del Código de Ética Notarial

Pablo Julián González Mantelli

RdN 917

La ética no es necesario definirla, no son los diez mandamientos porque es algo que sentimos cada vez que obramos.

Jorge Luis BORGES*

La primera cualidad moral de vuestra profesión, la que dignifica vuestra competencia técnica la constituye el culto a la verdad.

Papa PABLO VI**

RESUMEN

El planteo de este trabajo se basa en la aplicación de conceptos de metaética y positivismo jurídico a la realidad del Código de Ética Notarial que está vigente en la Ciudad de Buenos Aires y que rige para los notarios colegiados en esa jurisdicción.

Sumario: 1. Objeto del análisis. 2. Descripción normativa. 3. Valoración terminológica. 4. El porqué de un código de ética. 5. Ética y normas. 6. Ética y conciencia. 7. Ética y normas II. 8. Análisis del Código de Ética. 9. Conclusión.

1. Objeto del análisis

Si, como enseña Bulygin, el positivismo jurídico consiste en distinguir la descripción del derecho positivo y su valoración como justo o injusto, comenzaremos por describir las normas que se relacionan con la ética de los escribanos y luego analizaremos su valor.

* En *Cultura de la Argentina Contemporánea*, n° 12, marzo-abril 1986.

** Mensaje a los notarios en el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino.

2. Descripción normativa

Esencialmente, los dos textos principales son el Código de Ética Notarial¹ y su justificación normativa, que es la Ley 404 Reguladora de la Función Notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta ley haremos hincapié en el Capítulo II y, en especial, en:

- el artículo 29 inciso n), que establece como deber del escribano cumplir con las normas de ética establecidas por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires;
- el artículo 124, que establece las atribuciones del Colegio y prevé en su inciso e cuidar el cumplimiento de los principios de ética profesional.
- el artículo 134, que define la irregularidad profesional (entre otras) como incumplimiento de los principios de ética profesional, en tanto en cuanto tales transgresiones afectaren a la institución notarial, a los servicios que le son inherentes, al decoro del cuerpo o a la propia dignidad del escribano.

Además, debemos destacar que el artículo 8 inciso c) establece como requisitos para el ingreso al cuerpo notarial “acreditar, al momento de la matriculación, buena conducta, antecedentes y moralidad intachables”.

3. Valoración terminológica

Se destaca la diferencia entre principios de ética y código de ética: los primeros no se definen, ni se explicitan, ni se remiten; su interpretación queda a la libertad de aquellos agentes que deban utilizarlos (Tribunal de Ética, Consejo Directivo del Colegio y, eventualmente, los jueces que actúen de alzada frente a los pronunciamientos de los dos primeros). En el caso del Código, sí es claro su contenido (sin perjuicio de la polisemia a que puedan dar lugar sus términos y que luego analizaré).

4. El porqué de un código de ética

Entiendo que ser depositario de la fe pública es una carga fuerte, que debe ser resguardada muy celosamente por el Estado (depositante de la fe pública atributo de su soberanía), analizando subjetivamente la habilidad técnica (conocimientos) y la cualidad humana o aptitud moral de quienes sean investidos de la facultad fideifaciente. La razón principal está en la simplificación del concepto de verdad.

1. Aprobado por resolución del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en sesión del 26/9/2001 (acta n° 3296), modificado en sesiones del 3/9/2002 (acta n° 3402) y del 18/7/2012 (acta n° 3821); aclaraciones incorporadas el 8/8/2012 (acta n° 3824).

Para nuestro sistema jurídico aquello que un notario consigna en un documento goza de una fuerza probatoria extra del resto de las verdades que puedan ser probadas en un proceso. Esto conlleva a que el decir verdad como concepto de corrección moral (deber ser) ya no queda simplificado al ámbito privado de las relaciones humanas, sino que trasciende la seguridad jurídica en que la sociedad eligió vivir. Por ejemplo: la mentira en una conversación entre un padre y un hijo tendrá una consecuencia interna de esa relación al afectar la confianza, etc; pero la mentira que pueda consignar un notario en un documento –como puede ser un acta de constatación– afectará no solo al requirente sino a contrapartes y a la sociedad toda, que puede generar un fallo injusto.

Es así que el decir verdad y otras consecuencias de seguir una actitud ética, en el caso del notario, se transforman en el sustrato básico para su actuar y no sólo en una opción. Claro es que también tendrá la opción de actuar mal, y eso es lo que nos reubica en el tema, ya que no podemos tener superhombres o máquinas de verdad, sino que, al ser una actividad humana, se debe adecuar a la realidad del libre albedrío.

5. Ética y normas

Uno de los posibles enfoques del análisis ético es el que se relaciona con las normas positivas a las que debemos ajustarnos. Las posturas contradictorias serían: por un lado, aquellas que sostienen que el derecho debería estar exento de valores y ser puro (Kelsen)²; en el otro extremo, aquellas que consideran la necesidad de conectar la moral con el derecho (Kant)³.

En el tema que nos ocupa, hay un constante reenvío normativo a cuestiones de ética y lo justificamos en la responsabilidad extra del notario como agente del derecho depositario de la fe pública. La cuestión menos clara es: ¿los valores están en la norma o la norma remite a valores?

El Código de Ética existe como norma que los notarios deben cumplir, pero dentro de su articulado podemos analizar dos tipos de normas:

- *Concretas*. Por ejemplo, el inciso d) del artículo 4 del Código de Ética: no compartir la oficina con quienes no sean profesionales de derecho o ciencias económicas; será muy sencillo analizar si dentro del mismo ámbito físico de la escribanía funciona un consultorio médico (más allá de la cuestión probatoria, por supuesto).
- *Abstractas*. Por ejemplo, el artículo 2 cuando habla de actos que afecten el buen nombre de la institución notarial: un concepto mucho más espurio.

2. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México DF, 2007.

3. KANT, Imanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.

La metaética se preguntará por el significado de los términos morales utilizados, haciendo hincapié en la objetividad de la ética normativa. En este caso, las primeras normas gozan de una objetividad para el agente externo que deba analizar la cuestión, mientras que las segundas deberán ser objeto de un análisis específico, del contexto y de la postura moral del tribunal que lo juzgue.

6. Ética y conciencia

Es interesante preguntarse si los principios de ética deben articularse en la forma del código que vimos o si en realidad deben ser el sustrato de las obligaciones funcionales del notario. Es decir, si la norma debería regular los aspectos formales, técnicos y prácticos (uso de fojas, pedido de certificados, plazo de prescripción, etc.) y dejar que los principios morales de la interioridad del sujeto sean los que guíen la acción que emprenden (en este caso la actividad profesional). En otras palabras, la disyuntiva sería: moral institucional (corporativa) versus moral individual (responsabilidad por propios actos).

7. Ética y normas II

Entiendo que la función de la norma ética, incorporada a un código como el que analizo, busca confirmar valores casi de modo retórico o simbólico, ya que los principios éticos van a orientar la acción de los agentes a quienes van dirigidas.

Kant⁴ distingue los principios morales en dos subespecies: las máximas, a las que les adjudica una calidad subjetiva (interna, privativa de la individualidad que elige), y las leyes cuando gozan de una objetividad pluralizadora (de uso general o para todos). Mientras las primeras pueden ser frases, moralejas de relatos, aforismos o incluso normas de carácter religioso (los diez mandamientos), las leyes deben estar contenidas en normas positivas, conforme a los procedimientos locales en materia de derecho.

Por ejemplo, en Nicaragua, los notarios carecen de un código de ética y lo justifican diciendo que la ética no debe tener carácter obligatorio o coercitivo, ya que deberá surgir en forma interna, autónoma, de los valores del sujeto (de su conciencia).⁵

8. Análisis del Código de Ética

- En el 1º artículo se determina el ámbito de aplicación subjetivo y territorial.

4. Ídem.

5. "El derecho notarial. Análisis de la legislación de Nicaragua", Buenos Aires, ONPI, 1982.

- En el 2º artículo se determina el objeto normado (acciones u omisiones comprendidas), remitiendo a conceptos imprecisos que dejan a la discrecionalidad de los jueces que los valoren el contenido de la norma. Así, será discrecional el concepto que se tenga del “buen nombre de la institución notarial”. También es ambiguo cuáles son “las reglas de convivencia profesional” o a qué se refiere con palabras polisémicas o conceptos tales como “dignidad”, “decoro”, “consideración”, de los que no se puede predicar verdad o falsedad y cuya correspondencia con la realidad exterior es improbable.
- El artículo 3 organiza una cuestión procedimental.
- El artículo 4 tasa con ejemplos el objeto del Código, adoptando una casuística más objetiva –y, por ende, deja menor discrecionalidad a la autoridad que deba hacerlo valer–. Es muy claro –aunque difícil de probar– lo que constituye la violación del secreto profesional o a qué se refiere al hablar de publicidad. No obstante, también se cuela en otro de los incisos una referencia al “buen nombre”, que consideramos imprecisa; y, en especial, se filtra también en el inciso p) una apertura a la discrecionalidad cuando refiere a “cuestiones no enumeradas [...] que por su índole queden comprendidas dentro del presente Código”.
En general todo, este artículo 4 tiene visos de ser una guía para la acción de los notarios, reiterando conceptos referidos a competencia funcional, a incompatibilidades (ya expresadas en la ley específica que regula la materia), referencias a posibles actitudes que lleven a engaño, particularidades sobre la libre competencia y la lealtad comercial o, en este caso, profesional.

9. Conclusión

Postulo:

1. La necesaria conexión entre trabajo notarial y ética, por su vinculación con la verdad.
2. La necesidad de regular la actividad por parte de los organismos colegiados que deben objetivar la labor y trascender lo subjetivo de las actitudes éticas y establecer una ética notarial.
3. El establecimiento de un Código de Ética sin sanciones y desprovisto de vigencia normativa independiente.
4. La incorporación de normas con relación a la ética corporativa en las leyes que regulan la actividad de modo directo.
5. Vaciar de conceptos difusos y de referencias terminológicas ambiguas que faciliten la remisión a una moral o ética basadas en conceptos irracionales o metafísicos, que en definitiva no hacen sino dar discrecionalidad a los jueces que actúen en consecuencia, quienes llenarán el vacío terminológico con lo que cada uno postule como su verdad o su adscripción a una determinada cosmovisión, impidiendo objetivar masivamente el concepto de derecho positivo y generando inseguridad jurídica.



Acerca de un “registro” de documentos y firmas creado por el Colegio Público de Abogados

Álvaro Gutiérrez Zaldívar

RdN 915

RESUMEN

El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal dictó un reglamento por el cual se implementaba un registro de certificaciones de documentos de abogados matriculados en dicha institución, cuyo artículo 5 establece que los abogados inscriptos en tal registro podrán “certificar” firmas e impresiones digitales y copias de documentos. Esta disposición se aparta notoriamente del derecho vigente. Los documentos que se certifiquen en base a este reglamento carecerán de fe pública; no son firmados ante un oficial público, cuyas facultades deben estar establecidas por la ley. Es la ley la que regula quiénes son los oficiales públicos y cuáles son sus atribuciones.

A partir de publicaciones y de un intercambio de correspondencia entre el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF), tomamos conocimiento de que este último había dictado un “reglamento de certificaciones de documentos de abogados matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”. Esto luego fue confirmado y el Consejo Directivo del Colegio envió comunicaciones al respecto a los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Esta disposición del CPACF se aparta del derecho vigente y nos llama la atención que una entidad a la que consideramos una recurrente defensora de la ley y el derecho haya creado un registro de este tipo.

Como si esto fuera poco, el artículo 5 de este reglamento aumenta las facultades de certificación que indica el título, al agregar la “certificación” de firmas, estableciendo que los abogados habilitados para realizar certificaciones podrán:

- a) Certificar que la firma y la toma de impresiones digitales, puestas por una persona identificada según la normativa vigente, fueron realizadas frente a el en determinado documento.
- b) Certificar total o parcialmente las copias de documentos que le sean presentados...

Los documentos en los que se intervenga en base a este reglamento carecerán de fe pública por no existir tales certificaciones al no ser firmadas ante un oficial público, cuyas facultades deben estar establecidas por la ley.

La ley regula quiénes son los oficiales públicos y sus funciones. Y, respecto de algunos hechos considerados relevantes, exige además formas determinadas. Por ejemplo, el artículo 977 de nuestro Código Civil establece: "Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente".

Nuestro Código Civil

La creación del Código tuvo una notable incidencia al sistematizar en nuestro país las clases de instrumentos públicos, especialmente los notariales. Exigía y exige determinadas condiciones sobre la forma de los actos jurídicos y determina aquellos que deben ser hechos obligatoriamente ante un escribano público.

La exigencia de que las escrituras sean hechas en el libro de registros, la fe de conocimiento, la competencia territorial, las prohibiciones, el régimen de invalidez y el valor de la plena fe son elementos esenciales para la seguridad jurídica.

La fe pública

Queremos recordar lo que consideramos las disposiciones más importantes de la Sección Segunda del Libro II de nuestro Código Civil. El artículo 979 establece que

Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos:

1º Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley.

2º Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado.

[...]

4º Las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de esas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaron...

El registro que acaba de crearse tiene el peligro de inducir a los contratantes a pensar que las "certificaciones" de documentos o de firmas en base a ese reglamento tendrán eficacia probatoria, de la que en realidad carece, porque el certificante no tiene capacidad para hacerlo.

El artículo 980 de nuestro Código dispone:

Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones.

Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo a lo que establece este código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República Argentina, cualquiera sea la jurisdicción donde se hubieren otorgado.

El segundo párrafo, incorporado en enero de 1995 por la Ley 24.441, demuestra claramente el carácter y el alcance de sus disposiciones.

Por otra parte, esta certificación hecha por abogados tampoco otorga fecha cierta, ya que no está incluida en el artículo 1035 del Código Civil:

Aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta en relación a los sucesores singulares de las partes o a terceros será:

1° La de su exhibición en juicio o en cualquier repartición pública para cualquier fin, si allí quedase archivado.

2° La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren.

3° La de su transcripción en cualquier registro público.

4° La del fallecimiento de la parte que lo firmó, o del de la que lo escribió, o del que firmó como testigo.

En concordancia con lo mencionado, el artículo 984 expresa:

El acto bajo firmas privadas, mandado protocolizar entre los instrumentos públicos por juez competente, es instrumento público desde el día en que el juez ordenó la protocolización.

La protocolización le dará fecha cierta, pero no probará que las firmas que aparecen en el documento fueron puestas por las personas que en él se nombran. Conclusión: una certificación realizada por un abogado en este registro nunca otorgará fecha cierta por sí sola.

El artículo 986 establece: “Para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad”, lo que provoca la invalidez de ese registro en todo el país.

Los temas y las conclusiones que hemos repasado –que se refuerzan con lo dispuesto por los artículos 993 y 995– son conocidos y cotidianos en la práctica notarial.

Otro dato que debemos hacer notar es que la Ley de Organización Notarial en la Capital Federal tiene su origen en las leyes 1144 –año 1881– y 1893 –año 1886–, ambas de Organización de los Tribunales para la Capital Federal. Estas leyes demuestran que la organización del notariado tiene, en la Capital Federal, su origen en las leyes orgánicas de los tribunales, junto con los juzgados, las cámaras, los fiscales y demás.

Existen los instrumentos públicos porque el derecho requiere que el hecho perdure en el tiempo y se necesita además la certidumbre de que ha acontecido. Por y para ello, el Estado inviste a determinados funcionarios de una atribución específica: la de declararlos por escrito luego de haberlos percibido. Se estructura así una secuencia en la conducta del oficial público: a) percepción sensorial de los hechos, b) declaración coetánea y por escrito de lo percibido.¹

Como señala Núñez Lagos, el origen de la fe pública del notario surge de una ley. La ley es la administradora de la soberanía del Estado; todos los funcionarios actúan por delegación de la ley.

Con el tiempo, la prueba legal se ha ido desplazando hacia el documento. La sociedad necesita saber de antemano el resultado que han de tener en juicio determinados documentos. El fundamento de esta prueba legal en materia de documentos públicos es lo que se llama fe pública.

La aptitud en la función constituye un requisito esencial para la configuración de cada acto determinado. La competencia hace a su validez. De ahí que no todos los funcionarios competentes pueden producir instrumentos públicos en sentido estricto.²

El artículo 993 del Código Civil establece:

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

Cabe señalar además que: 1) no todos los funcionarios son oficiales públicos; es menester tener la función específica; 2) tener alguna característica parecida no genera una igualdad; 3) en la mayoría de los casos (p. ej., un boleto de compraventa con firmas certificadas) constan el texto del contrato y las firmas; dentro, si así se requiere, constará la autenticación notarial de esas firmas, es decir, el escribano declara el hecho por el percibido de haber sido puestas por determinadas personas.³

Por último, en la carta en que se responde a nuestro Colegio se hace referencia a la certificación en la actividad bancaria. Los bancos actúan por cotejo, dicen que la firma es igual a una que está en su registro o parecida, o bien imitada, pero no que ha sido puesta ante un oficial público. La Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, en su artículo 239, dispone que

Los accionistas pueden hacerse representar en las asambleas [...] Es suficiente el otorgamiento del mandato en instrumento privado, con la firma certificada en forma judicial notarial o bancaria, salvo disposición en contrario del estatuto.

1. CARMINIO CASTAGNO, José C., "Reflexiones en torno al concepto de instrumento público", conferencia dictada en la Academia Matritense del Notariado el 18/5/1995 e incluida en el t. XXXV (1996) de sus anuarios.

2. *Ibidem*.

3. *Ibidem*.

Es una disposición legal puntual que autoriza a los bancos a certificar firmas en ese caso; nada tiene que ver con este registro.

El notario

Lo que caracteriza al notario es que es un profesional del derecho que debe actuar conforme a la ley, generando con su accionar la seguridad jurídica establecida por la ley. El notario actúa como intermediario entre los particulares y el orden jurídico; debe proteger e interpretar a las partes, con una intervención imparcial. Es un profesional del derecho investido con la fe pública; forma parte del proceso de creación y mantenimiento del orden jurídico, buscando que la claridad de su actuación evite litigios.

El control notarial de legalidad se lleva a cabo al autorizar documentos en conformidad con la ley, negándose a hacerlo en caso contrario. En nuestro desempeño los notarios estamos controlados por el Colegio de Escribanos y por el Tribunal de Superintendencia del Notariado.

Otro elemento importante a tener en cuenta es la autonomía: el notario no debe tener una relación de dependencia pública o privada en su función. Este tema no es menor: ¿qué pasaría si el abogado certificante trabajase en relación de dependencia y la “certificación” estuviera mal hecha? ¿Quién responde por daños y perjuicios?, ¿el abogado certificante o el estudio donde trabaja?

El origen del notariado

Quizás el autor que ha explicado mejor de dónde deriva la función del notario actual es Rafael Núñez Lagos. Para este autor, la fuente u origen de la autoridad es derivada del Estado y surge del conocimiento directo sobre los hechos en que interviene. Dice que las funciones notariales existieron durante siglos: en Roma, en el magistrado *in iure*; en la Edad Media, a cargo del juez (jurisdicción voluntaria). El documento público era documento judicial y tenía valor de inspección judicial. El juez, en la sentencia, no podía negar lo que había visto, su propia evidencia; no podía rectificar lo que había dicho, dictado o narrado.

Durante muchos años, el hecho histórico y la narración estuvieron en manos de un juez. Cuando los notarios empezaron a actuar, continuaron juntos, pero narración y proceso se separaron. Sin embargo, separados en el tiempo, estaban unidos por la unidad de juez, unidad del órgano, aunque a la postre, por contingencias subjetivas del órgano judicial, fueran distintas personas físicas: el juez y el notario.

Heredadas tales funciones judiciales –atribuidas al notario por la ley de un modo especial–, si bien han cambiado de órgano, no se han modificado ni su fundamento ni su estructura lógico-jurídica. En la fe pública notarial ha desaparecido esta vinculación subjetiva, porque juez y notario son personas distintas, pero la ley ha impuesto una vinculación objetiva: las dos pertenecen a una misma organización

estatal. La unidad subjetiva –el punto de imputación– no se produce en la persona del juez sino en la unidad del Estado.⁴

La legislación sobre el notariado en la Capital Federal

La Ley 1144 (año 1881) de Organización de los Tribunales para la Capital Federal tuvo la virtud de dividir la fe pública judicial de la extrajudicial, prohibiendo su ejercicio simultáneo, y, junto con la Ley 1893 (1886), tuvo un efecto expansivo, porque las legislaciones provinciales, con algunas diferencias propias del lugar, se basaron en ella.⁵ La ley establecía a quién competía la creación de nuevos registros y disponía también que los escribanos fueran nombrados y removidos por el Presidente de la República.

La Ley 1893 se refería al escribano de registro en su Capítulo II; el artículo 169 lo definía como "el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los actos y contratos que ante él se extendieran o pasaren". Los artículos 170 y 171 se referían a la creación y número de registros, y el 172 establecía: "Las escrituras y demás actos públicos sólo podrán ser autorizados por los escribanos de registro". Otros artículos trataban sobre la posesión, fianzas, licencias y remociones. El Capítulo III establecía inhabilidades e incompatibilidades. El notario tiene un deber de imparcialidad.

Es importante tener en cuenta que el notariado no es sólo una profesión, es una función pública con límites territoriales. El escribano no puede establecerse en cualquier lugar, ni trasladarse y ejercer su función en otro lugar que el asignado, no puede abrir representaciones o sucursales. Tampoco puede ejercer su función en varias provincias simultáneamente, ni matricularse en varias de ellas. Tiene, por otra parte, prohibiciones especiales: no puede trabajar en relación de dependencia, ejercer el comercio, ni litigar como abogado, aunque tenga dicho título.

El título de abogado en la Capital Federal da la posibilidad de ser designado escribano, pero, así como un abogado por tener ese título universitario no puede exigir que se lo nombre juez, el abogado para ser notario debe pasar una serie de exámenes, reunir determinadas condiciones y, finalmente, ser nombrado por el Poder Público. El título profesional y el cargo son cosas distintas, pero el título es necesario para ser designado escribano.

Creemos haber demostrado que –además de su inconveniencia– el reglamento dictado por el CPACF no puede otorgarles a los letrados la capacidad legal –de la que carecen– para actuar como oficiales públicos.

Este registro genera el peligro de hacer pensar a los contratantes que tienen una firma certificada por alguien con capacidad para hacerlo y no es así. Estamos seguros de que no fue este el fin querido por los redactores.

4. NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Estudios de derecho notarial*, Madrid, 1980, t. I, p. 339.

5. NEGRI, José A., *Historia del notariado argentino*, p. 53.

La sociedad del 985*

Alberto María Miguens

RdN 916

RESUMEN

El artículo 985 del Código Velezano consideraba de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes fuesen personalmente interesados. Exceptuaba el caso en que el interés estuviere fundado sólo en tener parte en sociedades anónimas o ser directores de ellas. El presente trabajo intenta explicar qué motivos llevaron a Vélez Sarsfield a legitimar la excepción y por qué no la extendió a otros tipos societarios. Analiza también qué tipo de nulidad genera su violación. La excepción no se replica en el artículo 291 del nuevo Código unificado.

Sumario: 1. El artículo 985 del Código Civil. 2. Imparcialidad. 3. Fuentes de la norma. 4. Interés personal. 5. El contrato de depósito. 6. Conversión especial. 7. Normativa complementaria. 8. Nulidades. 9. Código unificado. 10. Conclusiones.

1. El artículo 985 del Código Civil

El artículo 985 del Código Civil establece que

Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados; pero si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido.

La norma se enmarca bajo el Título “De los instrumentos públicos”. El artículo 985 es un corto párrafo, plagado de aristas.

Centraremos nuestra ponencia¹ en la excepción a la prohibición, referida al interés fundado en tener parte, ser gerente o director de una sociedad anónima.

* [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26.994. Por tal motivo, las referencias utilizan el término “Proyecto”].

1. [N. del E.: este trabajo fue galardonado con el Primer Premio en la XXXI Jornada Notarial Argentina, organizada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba y el Consejo Federal del Notariado Argentino, y que se llevó a cabo en la ciudad de Córdoba, los días 7-9 de agosto de 2014].

2. Imparcialidad

El *Diccionario esencial de la lengua española*² define la imparcialidad como la “falta de propósito anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

La normativa elaborada por Dalmacio Vélez Sársfield acude a un criterio objetivo y se inclina por evitar el favor. La imparcialidad busca evitar la falsedad por vía del favoritismo. El legislador presume la imparcialidad del funcionario en provecho propio o de sus parientes. Esquivó criterios subjetivos como la amistad o enemistad, a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica, evitando generar una mayor incertidumbre que pudiera, a la vez, dar origen a innumerables pleitos.

Resulta difícil encuadrar y delimitar la imparcialidad. Ayuda hacerlo a través de sus sinónimos y antónimos. Son sus sinónimos: justicia, ecuanimidad, neutralidad, equidad, probidad, rectitud, integridad. Sus antónimos: injusticia, tendencia, arbitrariedad, prejuicio, favoritismo, privilegio, preferencia e interés. Sinónimos de interés e interesado: aprovechado, seducido, utilitario, ventajoso, privilegiado, preferido.

Von Ihering³ advierte que, en lenguaje corriente, “interesarse por es tomar partido por”. Precisa que “el interés es la condición indispensable en toda acción humana. Obrar sin interés es obrar sin un fin”, pero advierte:

Al interés del egoísmo individual, la sociedad tiene el derecho tanto como el deber de oponer su propio interés. El interés de la sociedad es no sólo el que sirve al individuo, sino el que es útil a la generalidad, el que garantiza la existencia de todos.

Según Goldschmidt⁴ –refiriéndose a la imparcialidad de los jueces– ser parcial da a entender que se juzga con prejuicios. Sostiene que la imparcialidad se asienta en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador; éste debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad.

Highton, en un artículo titulado “El escribano como tercero neutral”⁵, parte de la premisa de que la neutralidad absoluta no existe, pues estamos inmersos en la vida y cada uno ve las cosas desde su propia subjetividad; que, en definitiva, la objetividad total es imposible. La idea de un tercero neutral indica que el notario tiene el deber de tratar en forma equidistante y sin favoritismos a los intervinientes, y de dar

2. Madrid, Real Academia Española, 2006.

3. VON IHERING, Rudolf, *El fin en el derecho*, Buenos Aires, Heliasta, pp. 31 y ss.

4. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Depalma, 1976.

5. HIGHTON, Elena I., “El escribano como tercero neutral”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 850 noviembre 1997, pp. 87-101.

a conocer cualquier circunstancia que pueda constituirse en causal de prejuicio o de parcialidad.

Enfatiza que la neutralidad no implica un espectador pasivo y prescindente, sino todo lo contrario; una persona con actitud imparcial y transparente actúa sin predilecciones. La labor del notario es la de informar y asesorar a ambas partes; verificar la voluntad de las partes en un verdadero consentimiento informado, explicándoles e instruyéndolas sobre las ventajas e inconvenientes de los caminos que elijan para lograr su propósito. Dar consejo y conciliar sobre el sendero más exacto y seguro; precaver o cautelar a las partes de manera justa y equitativa, explicando las consecuencias y peligros que pueden resultar de los compromisos que asuman.

Por ello –a su entender–, la omisión de asesoramiento puede incluso acarrear responsabilidad notarial, ya que el “asesoramiento jurídico en la esfera de la administración de justicia preventiva es una delegación de la función de soberanía del Estado, que debe otorgar protección jurídica”. El notario debe administrar justicia preventiva e imparcial, libre de ataduras e influencias, a salvo de instrucciones de los interesados, llegando incluso a “reequilibrar a las partes” que ostentan desigualdad o relación de superioridad/inferioridad.

Como refieren las acordadas de la Corte Suprema, se busca “que no tenga asidero ni aún la sospecha de que la fe pública no presida los actos con completo desinterés”.⁶

3. Fuentes de la norma

La nota al artículo 985 se limita a señalar el *Tratado teórico y práctico de las pruebas en el derecho civil y en el derecho penal*, de Edouard Bonnier.⁷ La doctrina señala que Bonnier, en su tratado, reseña no sólo al Código Civil francés sino a la Ley del 25 Ventoso del año XI (según el calendario revolucionario)⁸ de Organización del Notariado, hoy todavía vigente –con muchas modificaciones–.⁹

Los artículos 1317 y 1318 del Código Civil francés son esencialmente el origen de los artículos 980 y 987 del Código de Vélez Sársfield, pero el Código francés no trata la invalidad del acto nacida del parentesco, sino que ésta surge de la reglamenta-

6. Acordadas de la Suprema Corte de Justicia del 11/7/1881 y 18/2/1889, citadas por BENSEÑOR, Norberto R., “El artículo 985 del Código Civil argentino”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 938, 2001, pp. 171-219.

7. BONNIER, Edouard, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civile et en droit criminel*, Paris, Joubert, 1843, § 357.

8. 16/3/1803 del calendario gregoriano.

9. El art. 8 fue derogado y los arts. 9 y 10 siguen vigentes, en una redacción modificada por el Decreto 71-941 del 26/11/1971. El art. 8 actualmente ha sido reemplazado por los arts. 2 y 3 del referido decreto.

ción notarial. Dentro de la Sección “De los títulos auténticos”, el artículo 1317 galo¹⁰ establece que es auténtico el acto emanado de oficial público en los límites de sus atribuciones legales y con las solemnidades que la ley establece (art. 980); y el artículo 1318¹¹ refiere a la conversión, señalando que el acto que no sea auténtico a causa de la incompetencia o la incapacidad del oficial público o por defecto de forma valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes (art. 987).

Bonnier narra también la Ley del 25 Ventoso del año XI, que en su artículo 8¹² dice:

Los notarios no podrán intervenir en aquellos actos en los que sus parientes o afines, en línea directa en todos los grados y en la colateral en grado de tío o de sobrino inclusive, sean partes, o que contengan cualquier disposición en su favor.

El artículo 10¹³, complementando al artículo 8, señala:

Dos notarios, parientes o afines en grado prohibido del artículo 8, no podrán concurrir al mismo acto. Los parientes o afines, sean del notario, sean de las partes contratantes, en grado prohibido por el artículo 8, los secretarios y los empleados¹⁴ tampoco podrán ser testigos.

Bonnier explica que la disposición es necesaria para otorgar a las partes suficiente garantía contra la prevaricación del oficial público.¹⁵ La prevaricación consiste en dictar a sabiendas una resolución injusta, una autoridad, un juez o un funcionario. Prevaricador es quien pervierte o incita a alguien a faltar a las obligaciones de su oficio.¹⁶

La doctrina notarial resalta como antecedente tácito u oculto del artículo 985, el inciso 5 del artículo 693 del *Esboço de Código Civil* de Augusto Teixeira de Freitas, que dice:

10. Todas las traducciones del presente trabajo son traducción libre del autor, con el consiguiente riesgo de error o su mala interpretación. Por ello, se transcriben los párrafos en idioma de origen para su constatación. Art. 1317: “*L'acte authentique est celui qui a été recu par officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu ou l'acte a été rédigé, et avec les solemnités requises*”.

11. Art. 1318: “*L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties*”.

12. Art. 8: “*Les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe a tous les degrés, et en collaterale jusque'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou que contiendraient quelque disposition en leur faveur*”.

13. Art. 10: “*Deux notaires, parentes ou alliés au degré prohibé par l'article 8, ne pourront concourir au même acte. Les parents, alliés, soit du notaire, soit des parties contractantes, au degré prohibé par l'article 8, leurs clerks et leurs serviteurs ne pourront être témoins*”.

14. Habla de “*clerks y serviteurs*”. *Clerc* era un cierto tipo de secretario del escribano, que se preparaba para ser algún día también escribano.

15. “*... est nécessaire pour donner aux parties des garanties contre la prévarication des officiers publics*”.

16. Cfr. nota 2.

Son nulos los instrumentos públicos por sus vicios internos (Art. 681 n. 1): [...] 5) Cuando versaren sobre actos jurídicos en que el propio funcionario sea parte interesada, por sí o como representante voluntario o necesario de otro; o en que estén interesados, por sí mismos, sus parientes en línea recta o en línea colateral hasta el 3º grado, aunque el parentesco sea por afinidad o ilegítimo.¹⁷

Vélez Sársfield no sigue los citados antecedentes al pie de la letra, sino que toma lo que le interesa de cada uno. La ley francesa habla de *ser parte contratante* el pariente o que contenga disposiciones *en su favor*, concepto que no se identifica exactamente con el *ser personalmente interesado* del Código Civil. La ley gala no refiere al notario, sino sólo a sus familiares. Descarta –como algo natural– que el oficial pueda intervenir el acto en doble carácter de autorizante y de parte.

Vélez Sársfield se aparta de la supuesta fuente y se aferra a la noción de interés personal. No habla de partes y tampoco diferencia que el interés sea a favor o en perjuicio; sencillamente, lo inhabilita al notario para intervenir cuando él o sus parientes estén personalmente interesados. Profesa en este punto el criterio de Freitas en cuanto al interés del funcionario o sus parientes. Pero la redacción de Freitas no llega a satisfacer enteramente a Vélez Sársfield, quien adopta el criterio del interés personal como eje de la prohibición, en lugar de hablar de parte interesada; criterios análogos pero no equivalentes.

Para ambos jurisconsultos –criollo y carioca–, el notario estaría inhibido de intervenir cuando estuviera implicado el interés propio o de los parientes en el grado vedado. Freitas le prohíbe al escribano intervenir cuando el interés implicado fuera personal o de sus parientes, y también cuando el interés fuera de alguna persona representada por el notario, sea la representación voluntaria o necesaria. Sin embargo, no extiende la prohibición a los parientes que actúen en representación o interés de terceros, lo que marca un avance destacable sobre el precedente franco. No obstante, a Vélez Sársfield le pareció redundante referirse al caso del notario que actúa en representación legal o voluntaria, ya que no podría comparecer *ante sí* como representante.

Lo que aparece como un hallazgo del cordobés es el final del artículo 985. Establece *in fine* la validez del acto cuando el interés personal se limitare exclusivamente a tener parte en sociedades anónimas o ser gerentes o directores de ellas. Eso no surge ni del tratado de Bonnier ni del *Esboço* de Freitas. Para Vélez Sársfield, el único interés relevante sería el personal y directo. No le estaría vedado al funcionario intervenir cuando comparece un pariente ostentando un interés indirecto, colateral, vago o difuso. Esta genialidad del Codificador no fue de su invención, pero debemos reconocerle que ha sido el primero en plasmarlo como norma positiva.

17. Art. 693: “Sao nullos os instrumentos públicos por seus vicios internos (Art. 681 n. 1º): [...] 5º. Quando versarem sobre actos jurídicos, em que o proprio funcionario seja parte interessada, por si, ou como representante voluntario ou necessario de outro; ou em que se jáo interessados, por si mesmos, parentes seus na linha recta, e na linha colateral até o 3º gráo, ainda que o parentesco seja por afinidade, ou illegitimo”.

Por sugerencia del maestro Raúl Navas, investigamos y examinamos las fuentes que –al decir de Segovia– fueron las efectivamente empleadas por Vélez Sársfield en este punto. Segovia y Navas nos remitieron al *Curso de derecho civil francés* de Charles Aubry y Charles Rau¹⁸, n° 755, notas a pie de página números 3 y 11. En el tomo VI del tratado¹⁹ al n° 755, Aubry y Rau refieren a “los actos auténticos”. Comentando los artículos 1317 y 1318 del Código Civil francés, convergen en los artículos 8 y 10 de la Ley del 25 Ventoso del año XI.

Sin embargo, cuando la ley francesa habla de que los parientes sean parte o que el acto contenga cualquier disposición en su favor, los intérpretes señalan que el acto no valdrá si el oficial público interviniera en un acto en el cual él estuviera personalmente interesado o que concerniera a uno de sus parientes en grado prohibido.²⁰ Por la exacta coincidencia terminológica esgrimida por Vélez en el 985, no cabe duda de que ésta es su fuente directa. Coronan con la nota a pie de página n° 11²¹ –una de las que refiriese Segovia–, donde los juristas se cuestionan:

¿Podría intervenir válidamente el notario en actos en los cuales sus parientes en grado prohibido no concurren como parte **sino como mandatarios** de alguna de las partes?
 ¿Podría [el notario] intervenir **en actos de una sociedad anónima** en la que sus parientes fueran **accionistas o administradores** de dicha sociedad, o que **el mismo notario fuese accionista**?

Y responden individualizando jurisprudencia de las Cortes de París y de Grenoble, donde dichas materias fueron resueltas afirmativamente. El cuestionamiento de los juristas constituye la excepción volcada por Vélez Sársfield al final del 985, que no reconoce precedentes legislativos en otros códigos de la época.

No podemos dejar pasar la oportunidad de señalar otra curiosidad de la invaluable fuente a la que nos remitiera Navas. Los glosadores Aubry y Rau advierten que un acto bajo firma privada adquiere el carácter de acto auténtico cuando fuera depositado en una notaría por las partes firmantes; así como el instrumento firmado por la deudora, tendría valor de instrumento público opuesto a ésta.

Infelizmente, Vélez desaprovechó la ocasión de incluir en el Código dicho formalismo, que –interpretamos– se asemejaría al procedimiento del testamento cerra-

18. AUBRY, Charles y RAU, Charles, *Cours de droit civil francais d'apres l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, Paris, troisième édition, entièrement refondue et complétée, t. sixième.

19. Bajo el título “Derecho civil práctico francés”, en el capítulo II “De la prueba directa”, apartado A “De la prueba literal”.

20. “... un acte dans lequel il était personnellement intéressé, ou qui concernait un de ses parents ou alliés au degré prohibé”.

21. “Un notaire peut-il valablement recevoir des acts dans lesquels un de ses parents ou alliés au degre prohibé figure, non point comme partie, mais comme mandataire de l'une des parties? Peut-il recevoir des actes pour une société anonyme, quoiqu'un de ses parents ou alliés soit actionnaire ou même administrateur de cette société, ou qu'il soit lui-même porteur de quelques actions? Voy. Pour l'affirmative: Grenoble [...] Paris...”.

do, sin límite por materia y con diversos beneficios. Pese a no estar positivamente legislado, no por ello debemos concluir que esté vedado y será labor de la justicia precisar qué valor probatorio pueda llegar a producir.

4. Interés personal

Corresponde analizar cuándo el interés es personal, cuándo es relevante y directo, y cuándo es indirecto o difuso, si los supuestos señalados por Vélez Sársfield siguen vigentes y si agotan el espectro de casos posibles.

El principio general indica que son de ningún valor los actos autorizados por funcionario público en asunto en el cual el notario o sus parientes tengan interés personal. Surgen dos casos de excepción mencionados por el legislador: 1) tener parte en sociedad anónima; 2) ser director o gerente de ella.

4.1. Aclaración preliminar. Código de Comercio original

Procede realizar una advertencia. Reflexionaremos sobre el Código de Comercio elaborado por Dalmacio Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo en 1857 para el Estado de Buenos Aires, cuando éste era ajeno a la Confederación. Incorporada como provincia, el Código fue nacionalizado por la Ley 15 de la Nación²², sancionada el 10 de septiembre de 1862.

El Código original de Vélez Sársfield y Acevedo es difícil de conseguir, y la generalidad de los que se consiguen en las librerías reseña la Ley 2637, sancionada el 5 de octubre de 1889, modificatoria del citado Código. Experimentados juristas han caído en la trampa y nosotros –simples neófitos–, también.

Como señalaran Vélez y Acevedo en la nota de presentación del Código –informe de la comisión redactora– del 18 de abril de 1857, dirigida al brigadier general Bartolomé Mitre, jefe del Estado de Buenos Aires:

... es imposible formar un código de comercio porque las leyes comerciales suponen la existencia de las leyes civiles, son una excepción de ellas y parten de antecedentes ya prescriptos en el derecho común [...] [ante la falta de ellas] hemos tomado el camino de suplir todos los títulos del derecho civil que a nuestro juicio faltaban para poder componer el Código de Comercio.

Como agudamente sentenciara Alterini, podría decirse que el Código en la Argentina nació unificado.

22. Cuando buscamos en biblioteca la Ley 15, la primera que apareció fue una ley de 1854 sobre acuñación de moneda. Ahí nos enteramos de que hubo una primera numeración que va desde 1853 hasta 1860, cuando ya modifica la Constitución Nacional con la incorporación del Estado de Buenos Aires; y ahí se comenzó nuevamente el conteo.

Sancionado el Código Civil en 1871, numerosas normas se sobreponían a las del mercantil, y hubo de realizarse un reordenamiento, lo que supuso una gran poda de artículos –incluso, títulos enteros– y la reforma de algunos institutos, entre los cuales no se ha exceptuado la sociedad anónima. En el Código original de 1859, por ejemplo, el Título III “De las compañías o sociedades” inicia en el artículo 387 y el Capítulo II “De las sociedades anónimas”, en el artículo 403, mientras que en la versión de 1889 inician en los artículos 282 y 313, respectivamente.

Como en trabajos precedentes hemos referido al Código de Vélez Sársfield y Acevedo invocando –en nuestra ignorancia– la modificación de 1889, citando erróneamente su articulado, rogamos la indulgencia correspondiente y señalamos que cuando en este trabajo citemos el Código de Vélez y Acevedo estaremos refiriendo al original de 1862.

4.2. *Primera excepción. Tener parte en sociedad anónima*

Tener parte en sociedad anónima es ser accionista. Sobre el fundamento ontológico –piedra filosofal– de la excepción del artículo 985, los comentaristas han discurrido copiosamente. En un extremo del imaginario arco ideológico se encuentran quienes sostienen que la excepción no tiene hoy cimiento ontológico ninguno y debería suprimirse. Al otro extremo se sitúan aquellos que no sólo la justifican, sino que, a partir de la modificación de la concepción de persona jurídica, consideran que debería expandirse, abarcando todas las sociedades regulares que no sean de personas: la sociedad en comandita por acciones (por los comanditarios) y la sociedad de responsabilidad limitada.

En la ineludible noción ecléctica se emplazan quienes sustentan que la sociedad anónima de hoy en nada se parece a la de Vélez Sársfield y razonan que la excepción no sólo no debe extenderse, sino que sería conveniente derogarla o bien delimitarla.

4.2.1. *Un poco de historia*

Ya Savigny, a comienzos del siglo XIX, con su escuela histórica, demostró que un estudio histórico de la ley positiva era un precedente de condición al entendimiento de derecho. Imprescindible comprender cómo fueron evolucionando las diversas estructuras asociativas para entender por qué el Codificador no extendió la excepción del 985 a la sociedad en comandita por acciones.

Señalan Charles Lyon-Caen y Louis Renault en su *Tratado de derecho comercial*²³ que las sociedades por acciones como las conocemos hoy –refiriéndose a una obra escrita a principios del siglo XX– son una creación relativamente reciente. Has-

23. LYON-CAEN, Charles y RENAULT, Louis, *Traité de droit commercial*, París, Librairie Générale de Droit & De Jurisprudence, 1908, t. 2, 1ª parte.

ta entonces, las sociedades –civiles y comerciales– se originaban por contrato de derecho privado y, cuando nace la fiebre por la codificación, así son legisladas en los códigos del siglo XIX. Un contrato de dos o más personas que se asociaban poniendo en común sus bienes o industria para compartir los riesgos empresarios y partir el lucro que pudiera resultar.

La responsabilidad ilimitada de los socios era característica esencial de toda sociedad. Ello era acorde con la falta de necesidad de autorización para funcionar, bastando a efectos publicitarios su registración. Lo importante era saber quiénes integraban la sociedad, desde cuándo comerciaban asociados y quiénes la representaban y la obligaban válidamente.

De la esencia de la sociedad –se desprendía de su naturaleza contractual– era el interés personal de los socios. Integraban el ente los contratantes; en caso de fallecimiento de alguno de ellos –sea que la sociedad se disolviera o no–, los herederos recibían su parte, pero en principio no se incorporaban.

Para transmitir la participación se requería la aprobación del resto de los socios, a quienes no se podía obligar a admitir como socio a alguien que no fuera de su agrado.

Normalmente, el contrato establecía quién tendría el uso de la firma social, y para cambiar el sistema se requerían mayorías calificadas, generalmente la unanimidad. Si nada se establecía, todos los socios la obligaban.

Así funcionaron las sociedades durante siglos, pero llegó el momento en que las referidas estructuras societarias no pudieron satisfacer las necesidades del comercio y de las naciones. El descubrimiento del nuevo mundo; las nuevas rutas hacia el oriente y la colonización del continente africano generaron necesidades antes inexistentes. Grandes empresas demandaban formas y estructuras más sofisticadas para la obtención de capitales.

Influían además cuestiones socio-culturales: el ejercicio del comercio no era bien visto para la clase acomodada, lo que no la inhibía para aportar sus capitales y que otros los hicieran trabajar. Se requerían nuevas estructuras. Era esencial no tener que responder solidariamente; y que se facilitara el rápido y ágil ingreso y egreso de los capitales, facilitando la libertad de cesión. Se tendía a la simple asociación de capitales²⁴ desvinculada de las personas.

En el antiguo régimen monárquico, dichas sociedades se anclaban en el derecho público; sólo una patente o edicto real –con fuerza de ley– podría limitar la responsabilidad de los socios. Siendo la regla –la responsabilidad solidaria– de todos conocida, se requería una publicidad extraordinaria para validar la excepción.

Inicialmente, estas sociedades se constituyeron para grandes emprendimientos, a instancia de las distintas coronas y en el marco del derecho público: para la explotación minera, la fabricación y el comercio de armamentos y mercaderías de ultramar.

24. Código de Comercio de Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo (Ley 15 de la Nación). Art. 403: “La sociedad anónima es la simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera”.

En Italia, surgen las primeras sociedades anónimas a principios del siglo XV, cuyo objeto fue bancario y asegurador. A principios del siglo XVII, aparece la sociedad holandesa de Indias Orientales y, casi simultáneamente, nace su par inglesa, todas auspiciadas por y para las respectivas coronas, destinadas al comercio y la colonización de ultramar. En Francia, durante el reinado de Luis XIII, se crearon las compañías de Saint Christophe y de Nueva Francia, y las compañías de Indias Orientales y de Indias Occidentales; y tiempo más tarde surgieron las de los estados de Quebec en Canadá y de Louisiana en la cuenca del Misissipi, y de varias islas del Caribe.

Como señalan los versados autores franceses Lyon-Caen y Renault, estas sociedades no reconocían reglas ni estaban sujetas a más ordenanzas que las patentes reales de su creación. Cada edicto establecía las reglas particulares y generalmente garantizaban el control estatal o, al menos, el derecho de intervención del monarca; y, junto con ello, otorgaban a la sociedad el monopolio de algún negocio, un privilegio real o ambas cosas.

Con la Revolución Francesa, se proclamaron los principios de libertad de comercio y de industria, mediante la Ley del 2 de marzo de 1791. Con la corona cayeron también ciertas instituciones; desaparecieron –entre otras– los organismos de control y funcionamiento de las compañías. La anarquía política imperante se contagió a las sociedades y las compañías quedaron a la deriva, licuándose sus patrimonios y saqueadas por oportunistas.

Como consecuencia de la bancarrota de varias sociedades –muchas de ellas escandalosas y fraudulentas–, la Convención Revolucionaria las consideró un instrumento de especulación que atentaba contra el crédito público. Se sancionó una ley mediante la cual se suprimieron las acciones al portador y sus efectos negociables. Dos años más tarde, advirtiendo el error, el Directorio hubo de volver sobre sus pasos y resolvió que podrían constituirse nuevas sociedades por acciones, mediando autorización previa legislativa.

Se inicia el proceso codificador y ve la luz el proyecto de primer Código de Comercio de Francia, el cual prevé reglamentar la sociedad por acciones junto con la sociedad colectiva y con la sociedad en comandita (simple), sujetando a todas ellas a la previa autorización gubernamental. Las cámaras de comercio parisinas y los tribunales mercantiles se opusieron al proyecto; sostenían que la autorización gubernamental solamente debía ser establecida para aquellas sociedades en las cuales los socios no garantizaran las pérdidas con su patrimonio, en las que no respondieran solidaria e ilimitadamente. Propusieron que el nuevo código contemplara dos clases de sociedades por acciones: aquellas que no tuvieran socios solidarios debían requerir autorización gubernamental previa, pero ésta sería innecesaria para las sociedades con socios ilimitadamente responsables. Propusieron un tipo mixto, una sociedad por acciones con alguno o algunos socios solidariamente responsables, que no requirieran autorización previa. Así, se promulga el primer Código de Comercio francés en el año 1807, dando nacimiento a la sociedad en comandita por acciones y a la sociedad anónima, a cuyos modelos acudirían Vélez Sársfield y Acevedo.

El gobierno autorizaría la constitución y funcionamiento en forma absolutamente discrecional, sin necesidad de fundar la denegatoria. Podría rehusar la autorización simplemente por considerar el objeto social peligroso, inconveniente, por vicios o lagunas del estatuto o por cualquier otro motivo; la resolución no era apelable judicialmente.

El Código de Comercio originario tenía una regulación sumamente escueta de la sociedad anónima. En el entendimiento de que la sociedad anónima era apropiada sólo para obras de gran envergadura y larga duración, poco importaba la persona de los fundadores o administradores, que podían ser cambiados en cualquier momento. El administrador de una sociedad anónima podía ser socio o no, era mandatario de la sociedad y no respondía personalmente.

Por el contrario, en la sociedad en comandita por acciones, la reputación y el crédito del socio comanditado eran esenciales, pudiendo formar parte de la razón social. El administrador no era un simple mandatario, sino que respondía personalmente por sus actos. Tal es así que la propia ley lo denomina socio solidario, aclarando que “la sociedad será al mismo tiempo en nombre colectivo para ellos y en comandita para los socios que no han hecho más que poner los fondos”.²⁵ El administrador no tenía una personería del todo diferenciada de la sociedad, y la falta del mismo por muerte, incapacidad u otra circunstancia era causal de disolución.

Tampoco existía el instituto de la transformación. La única forma de pasar del tipo en comandita al de anónima era disolver y liquidar totalmente la primera y luego constituir la anónima con la consiguiente autorización. El consejo de estado suponía –con cierta razón– que era una forma de disminuir la responsabilidad de un establecimiento en declinación, de hacer pasar por la nueva sociedad las viejas deudas de la anterior, en perjuicio de los acreedores.²⁶ Entonces, el gobierno galo propone en 1859 que su constitución y funcionamiento sean regulados con una reglamentación meticulosa y severa.

Abrimos un paréntesis para señalar que en 1859 se sanciona en el Estado de Buenos Aires el Código de Comercio de Vélez Sarsfield y Acevedo, basado en el Código francés, convertido en Ley 15 de la Confederación Argentina en el año 1862.²⁷

Cerrando paréntesis, en Francia se produjeron inconvenientes con las sociedades anónimas, básicamente por el favoritismo y la parcialidad en la concesión de la autorización y la indefensión en que se encontraban los acreedores de las sociedades anónimas fallidas. Es así que en 1863 se modifica parcialmente el Código de Comercio. A raíz de la firma de un tratado de libre comercio entre Francia e Inglaterra, que

25. Código de Comercio de Vélez Sársfield y Acevedo, art. 425 *in fine*.

26. Ver TROPLONG, Raymond, *Le droit civil expliqué, suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*, Paris, Charles Hingray, 1843, t. I “Du contrat de société civile et commerciale, ou commentaire du Titre IX du Livre III du Code Civil”, § 469, p. 440.

27. Esclarece el particular leer la nota de elevación del Proyecto de Código de Comercio de Vélez Sársfield y Acevedo.

les permitía a las sociedades por acciones comerciar libremente en la orilla vecina, los franceses se agraviaban por tener que tramitar la autorización, que –a su juicio– los colocaba en inferioridad frente a sus competidores británicos.

En consecuencia, se modifica el Código francés, adoptando un sistema dual, según el cual las grandes corporaciones seguirían con el sistema de autorización previa. Pero aparece un nuevo tipo societario para aquellas sociedades cuyo capital no excediera una suma determinada; y es así que nace en Francia la sociedad de responsabilidad limitada, que algunos llamaron sociedad anónima libre. Estaban sujetas a una reglamentación meticulosa y severa –similar a la establecida para la sociedad en comandita–, destinada a suplir la autorización previa gubernamental.

4.2.2. *Sociedad contrato y persona jurídica*

Las sociedades pueden ser clasificadas de muchas maneras: civiles o comerciales; de personas y de interés o de capital, etc. La clasificación que sirve a nuestra ponencia es la que ha realizado el maestro Jaime Anaya, quien habla de sociedad-contrato por oposición a la sociedad-persona, en alusión evidente a la personería jurídica. Creemos que sobre esta clasificación reposa la excepción que establece el Codificador al artículo 985 y que por ello la limita a la sociedad anónima, excluyendo otros tipos societarios.

Anaya, en un impecable ensayo integrante del libro *Contratos*²⁸, sostiene que la inclusión de las sociedades anónimas en el ámbito del derecho privado fue un giro audaz del Código Napoleón. Anaya sostiene –en coincidencia con Lyon-Caen y Renault– que en su origen las sociedades anónimas provenían del derecho público, donde navegaban bajo la forma de compañías coloniales que fueron matriz no sólo de la sociedad anónima actual sino también de la sociedad de economía mixta. Considera que la anónima fue una ingeniosa invención destinada a la captación de recursos, que aunaba el estímulo del lucro expedicionario con la limitación de la responsabilidad y la facilidad de la negociación bursátil. Destaca que en el derecho anglosajón, en el alemán y en el holandés, la sociedad anónima nunca fue considerada como contrato sino como persona jurídica. Sostiene que Vélez Sársfield, siguiendo la codificación francesa, presentó todas las sociedades (civiles y comerciales) dentro del esquema obligacional o contractual; pero que, no obstante, siguiendo el tronco inherente a los sujetos, encasilló a la anónima entre las personas jurídicas del artículo 33 del Código Civil, lo que pone de manifiesto que para Vélez Sársfield la anónima no era un contrato equiparable a las demás sociedades:

28. ANAYA, Jaime L., “La sociedad como contrato”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Contratos. Homenaje a Marco Aurelio Risolía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 15-29 (AA. VV.: Anaya, Bustamante Alsina, Carneiro, Casás de Chamorro Vanasco, Cassagne, Cueto Rúa, Kemelmajer de Carlucci, Martínez Ruiz, Morello, Ray, Rouillon, Salerno, Trigo Represas, Vázquez Vialard, Videla Escalada).

Queda claro que la concepción del Codificador daba prioridad a la personalidad jurídica y al patrimonio de afectación por sobre los perfiles contractuales de la anónima... [sic]

Nadie discutía entonces que para Vélez la sociedad civil o la colectiva pudieran ser algo distinto de un contrato, mientras que la sociedad anónima descansaba sobre presupuestos distintos de los contratos de cambio.

El salto cualitativo que señala Anaya está vinculado además con la limitación de responsabilidad. Hace notar que las sociedades de persona gozan de mayor libertad para reglamentar sus relaciones en la medida en que sus socios responden solidariamente por las obligaciones sociales; mientras que la imperatividad de las normas legales acompaña razonablemente la limitación de la responsabilidad. Es por ello que el quebrantamiento de los deberes que incumben a los administradores de las sociedades por acciones excede el simple interés de los socios y justifica la intervención del ministerio público, prevista por los artículos 301, 303 y 251 de la Ley de Sociedades Comerciales. Así, el artículo 299 establece que las sociedades anónimas, además del control de constitución propio de todas las sociedades y del control de reformas y aumento del capital, quedarán sujetas a fiscalización estatal de funcionamiento cuando: 1) hagan oferta pública de sus acciones; 2) sean de economía mixta o de participación estatal mayoritaria; 3) realicen operaciones de capitalización, ahorro o requieran dinero al público; y 4) exploten concesiones o servicios públicos.

Concluye Anaya que las sociedades de interés se desenvuelven en un marco normativo de escasa movilidad, que consiente un amplio margen a la autonomía privada para su organización, mientras que la sociedad de capital “navega en una legislación inestable”, tendiente a la hiper-reglamentación, acompañada de la volatilidad propia de la actividad que constituye su objeto (bancario, asegurador, etc.) o por las impuestas para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones. Su normativa no da mucho espacio a la autonomía privada y los socios no participan directamente en la administración sino en forma indirecta, eligiendo a las autoridades, con el beneficio de no responder solidariamente por las pérdidas.

Remata diciendo que mantener la sociedad anónima en un mismo régimen con las sociedades de personas es artificioso y no presenta beneficio alguno; sobre todo en aquellas sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, “caso en extremo distinto que la sociedad cerrada o de familia, y generalmente de pequeña magnitud patrimonial.” La sociedad anónima que cotiza en bolsa se rige por una disciplina propia. Para ser admitida como tal, debe adecuar su estructura organizativa.

En definitiva el maestro, con un profundo rigor científico y una sana practicidad, propugna el abandono de un régimen único para las sociedades anónimas cerradas o de familia y las cotizantes. En opinión del jurista, en las sociedades anónimas del artículo 299 debe primar la institucionalidad sobre la contractualidad; más allá e independientemente de que a todas se les reconozca la personería jurídica,

como ha sucedido a partir de la Ley 17.711 y de la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales.

4.2.3. *La opinión codificada de Vélez Sársfield*

La opinión del Codificador puede inferirse de su obra, de los Códigos Civil y Comercial. La codificación de Vélez Sársfield claramente señala la sociedad anónima como una sociedad distinta de las demás. El principio general dice: “Toda sociedad debe tener objeto lícito y ser contraída en el interés común de los asociados”.

Señala Pothier²⁹ que el interés común de los socios es de la esencia de la sociedad. El propósito de lucro o ganancia en proporción al aporte o trabajo es tan esencial que no constituye sociedad aquel contrato en el cual alguno de los socios no obtenga ganancia.³⁰ En el mismo sentido, Von Ihering expresa que

... el contrato de sociedad está al servicio del egoísmo y no de la benevolencia. El egoísta no repartiría lo que puede conseguir solo; si lo hace es porque encuentra en ello una ventaja [...] La asociación, como hemos visto, se basa sobre relaciones interesadas: es un contrato de negocios.

A *contrario sensu*, la noción de persona jurídica del Codificador, por excepción, se limitaba a las entidades cuyo objeto tendiera al bien común, determinado por el inciso 5 del artículo 33 del Código Civil y los artículos 45 y 46 con sus respectivas notas. No resulta ocioso reproducir el artículo 33 original:

Las personas jurídicas, sobre las cuales este Código legisla [...] son creadas con un objeto conveniente al pueblo y son las siguientes: [...] 5° Los establecimientos de utilidad pública [...] las corporaciones [...] sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros [...] y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común [...] y no subsistan de asignaciones del Estado...

Surge claramente de las notas a los artículos 45³¹ y 46³² que el otorgamiento de la autorización para constituir una persona jurídica en el sistema de Vélez Sársfield dependía del gobierno, para quien conferirla no era indiferente o neutro, y se otorgaría

29. POTHIER, Robert. J., *Contenant les traités du droit français*, Paris, Librairie de Jurisprudence de J. P. Roret, 1830, t. 2.

30. *Íd.*, p. 404: “Il est de l'essence de ce contrat que la société soit contracté pour l'intérêt commun des parties [...] Il est de l'essence du contrat de société que les parties se proposent, par le contrat, de faire un gain ou profit, dans lequel chacune des parties contractantes puisse espérer d'avoir part, à raison de ce qu'elle a apporté à la société”.

31. “Otras consideraciones políticas y económicas hacen indispensable la autorización del gobierno para crear la persona jurídica. La extensión ilimitada de las corporaciones de diversas clases no siempre es conveniente o indiferente a los pueblos...”.

32. “Queda así a los particulares la libertad de hacer las asociaciones que quieran [...] pero esas asociaciones no tendrán el carácter que el Código da a las personas jurídicas, creadas por un interés público...”.

sólo en interés público. De hecho, tal es el interés comprometido que incluso para disolverla se requería autorización gubernamental, según el artículo 48³³ y su nota, en la que señala:

... no debe ser disuelta por la sola voluntad de los miembros actuales, porque ella existe, como hemos dicho, independientemente de sus miembros y por el motivo principal de un interés público, permanente, mientras que el gobierno o la ley no hubiese declarado que había cesado la causa de su existencia. Las personas jurídicas pueden ser disueltas por la decisión sola de la autoridad pública [...] pues que sólo el interés público, y no intereses individuales [...] por grandes que sean, es el motivo de la autorización para su creación.

La existencia de la persona jurídica comenzaba con la autorización y aprobación de sus estatutos. El gobierno y/o la legislatura podían ejercer la facultad de autorizar o no la existencia de la persona jurídica con criterio restrictivo de oportunidad y conveniencia –léase amplia discrecionalidad–, de acuerdo con el artículo 405 del Código de Comercio, que establecía que las sociedades anónimas sólo podían

... establecerse por tiempo determinado y con la autorización del Poder Ejecutivo, dependiente de la aprobación de la asamblea general cuando hayan de gozar de algún privilegio.

Paralelamente, la sociedad se disuelve, según el artículo 422 del Código de Comercio, por la demostración de que no puede llenar el fin para el cual fue creada, sea que la misma sea resuelta por la resolución de la mayoría de los socios o de la declaración del Poder Ejecutivo. El artículo 417 señala que

... toda deliberación ulterior de los accionistas contra los estatutos de la sociedad, o que tenga el efecto de que sean violados o que dé a los fondos sociales otro destino, o que transforme la sociedad anónima en otra especie de asociación, es nula y de ningún valor...

El interés público comprometido es tal que el Código Civil establece en el inciso 8 del artículo 979 que: “Son instrumentos públicos [...] 8º Las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad a sus estatutos”. Y el artículo 412 del Código de Comercio establecía que

Las acciones de los socios en las compañías anónimas pueden representarse para la circulación en el comercio por cédulas de crédito reconocido, revestidas de las formalidades que los reglamentos establezcan y subdivididas en porciones de un valor igual.

33. “Termina la existencia de las corporaciones con carácter de personas jurídicas: 1) Por su disolución en virtud de la deliberación de sus miembros, aprobada por el gobierno...”

Y es que en Francia los títulos accionarios de las sociedades anónimas podían ser acciones simples –bienes muebles–, representativas del capital social, o, según las normas de autorización, cédulas públicas, títulos públicos (asimilables a títulos inmobiliarios), como sucedía con el Banco de Francia, cuyos títulos públicos eran hipotecables³⁴, regidos por las mismas normas aplicables a los títulos inmobiliarios.

Vélez Sársfield y Acevedo habían vertebrado un sistema armónico en el Código de Comercio, luego complementado por Vélez Sársfield en el Código Civil.

Las que para Vélez y Acevedo debían ser entidades de bien público, con un objeto conveniente al pueblo o que tuvieran por principal objeto el bien común, fueron mutando y transformándose hasta convertirse, como reza el artículo 318 de la Ley 2637³⁵, en entidades “cuyo objeto no fuera contrario al interés público”. Gradualmente, se cruzó el abismo, pasando de exigirse algo bueno y conveniente al pueblo a tolerarse algo que no fuera contrario a la ley o a las buenas costumbres. La sociedad que otrora tenía un beneficio excepcional en base a la utilidad pública pasó a equipararse a aquellas que funcionaban en interés exclusivo de sus socios.

La previa autorización para funcionar, restrictiva, otorgada por el Poder Ejecutivo y en algunos casos con aprobación legislativa, se fue convirtiendo paulatinamente en sociedad de formulario, en un sello de goma de aplicación mecánica.

4.2.4. *La opinión profesional de Vélez Sársfield*

Además de la opinión volcada por el Codificador en ambos códigos, Civil y Comercial, existen otros escritos jurídicos de su mágica pluma. Adquiere gran valor el “Dictamen en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de una sociedad anónima con el objeto de establecer molinos a vapor”,³⁶ cuando ocupaba el cargo de secretario de Gobierno del Estado de Buenos Aires.

En dicha pieza de extraordinaria nitidez jurídica señala:

La sociedad anónima implica una derogación completa de los principios generales que rigen los intereses privados. La abstracción llega a sus últimos límites. Como la sociedad anónima es la simple asociación de capitales, toda individualidad desaparece; el fondo social es el único obligado. El negocio de todos no es el negocio de persona alguna. Así, quedan derogadas las leyes generales de las sociedades que imponen la respon-

34. Téngase presente que en Francia la hipoteca podía garantizar no sólo inmuebles sino también bienes muebles.

35. “El Poder Ejecutivo acordará la autorización, siempre que la fundación, organización y estatutos de la sociedad sean conformes a las disposiciones de este Código, y su objeto no sea contrario al interés público”.

36. VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, “Dictamen en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de una sociedad anónima con el objeto de establecer molinos a vapor”, en *El Nacional*, Buenos Aires, 30/7/1858. (Material bibliográfico reproducido en VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 353-355 [INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENNE - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Colección de textos y documentos para la historia del derecho argentino*, t. XI]).

sabilidad personal y solidaria absoluta de todos los socios en las sociedades colectivas o de la de los gerentes o administradores en las sociedades en comandita. Para que el Cuerpo Legislativo pueda autorizar tales sociedades y dispensar las leyes generales, es preciso que el negocio sea de un interés público y que la ley lo determine de una manera cierta y muy positiva en toda su extensión [...] Con esta libertad en sus transacciones, los socios deben reconocer las obligaciones personales que las leyes generales les imponen, y no escudarse con lo anónimo de la sociedad [...] Soy por lo tanto, de dictamen que V.E. se sirva no hacer lugar a la solicitud³⁷ [...] Buenos Aires, julio 23 de 1858. [Firmado:] Dalmacio Vélez Sarsfield.”

En otra pieza, caratulada “Dictamen en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de sociedades anónimas extranjeras”³⁸, se presenta el representante legal de una sociedad anónima española, debidamente autorizada en su país, y solicita se la autorice a funcionar como tal en el nuestro. La autorización fue denegada. Vélez señala que mientras la sociedad anónima extranjera no sea autorizada a funcionar en nuestro país, responden por sus actos los agentes y factores en forma solidaria e ilimitada. Luego, cita algunos dictámenes del célebre juriconsulto francés Ortolán, que transcribe y son del siguiente tenor:

Por consecuencia, si se trata de sociedades anónimas extranjeras, ella deben, para existir y obrar legalmente en Francia, obtener las mismas autorizaciones y someterse a las mismas condiciones que las sociedades francesas; bien entendido que el Gobierno [...] deberá exigir para dar su autorización que los inmuebles, los valores o fianzas destinadas a formar la garantía del público estén situadas o puestas en Francia y no en país extranjero.

4.2.5. *Concepto de persona jurídica*

Paralelamente con la evolución de las sociedades anónimas y con el aligeramiento de los requisitos para conferirles la tan deseada autorización gubernamental, se produce también un cambio en el férreo concepto de personería jurídica. El absoluto de los tiempos de Vélez se va relativizando. El rígido concepto que establecía que la persona moral era una persona distinta de sus integrantes fue paulatinamente derritiéndose.

El viejo artículo 43 del Código Civil establecía que

No se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores individualmente hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas.

37. Refiere a las Cámaras Legislativas, como se desprende de la resolución dictada por Bartolomé Mitre, en consonancia con el dictamen elaborado por Vélez Sarsfield.

38. VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, “Dictamen en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de sociedades anónimas extranjeras”, en *El Nacional*, Buenos Aires, 30/7/1858. (Material bibliográfico reproducido en VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 343-352 [INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENNE - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Colección de textos y documentos para la historia del derecho argentino*, t. XI]).

En la nota, Vélez señala que no hay inconsecuencia en sostener que la persona jurídica pueda sufrir por un delito pero que no pueda cometerlo.

La evolución del principio de diferenciación de las personas jurídicas de sus miembros se puede advertir claramente analizando la jurisprudencia de la Suprema Corte referida a la responsabilidad del Estado –paradigma de la persona jurídica– por hechos de sus dependientes.

Partiendo del principio establecido por el viejo artículo 43 –en virtud del cual la persona jurídica nunca podría responder por hechos culposos o dolosos, pues carecía de voluntad para realizar actos que excedieran los fines de su constitución– debieron transcurrir más de sesenta años de sancionado el Código Civil para que por primera vez la Corte Suprema admitiera, en el caso “Devoto”³⁹ (1933), la responsabilidad extracontractual del Estado, en base a criterios de imputación subjetiva⁴⁰ y como responsabilidad indirecta o subsidiaria, previa excusión de los bienes del responsable principal.

La doctrina sentada en el caso “Devoto” sufrió un acomodamiento en 1938, cuando en el caso “Ferrocarril Oeste”⁴¹ la Corte aceptó la responsabilidad del Estado sin la necesidad de imputación subjetiva. Ya no era necesario identificar al funcionario o empleado culpable; bastaba acreditar el error objetivo del Estado: aparece el concepto de falta de servicio.⁴²

La última vuelta de tuerca en la evolución jurisprudencial la da el caso “Vadell”⁴³ (1984), donde la Corte admitió que la responsabilidad del Estado es directa para con el damnificado y no subsidiaria, teniendo en cuenta que ya a esta altura regía la nueva redacción del artículo 43 –según la Ley 17.711–:

Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas...

Es interesante ver la evolución producida luego de un siglo. Sobre la persona jurídica, Kelsen⁴⁴ señala que

Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen [...] El crédito de una persona jurídica es el crédito

39. *Leading case* “Tomás Devoto y Cía. SA c/ Gobierno Nacional”.

40. La imputación subjetiva requería identificar positivamente al funcionario o empleado que hubiera cometido el hecho generador de culpa.

41. CSJN, 3/10/1938, “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”, en *La Ley*, t. 12, p. 122.

42. Falta de servicio es un concepto jurídico acuñado por el derecho administrativo.

43. CSJN, 18/12/1984, “Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires”, en *El Derecho*, t. 114, p. 215.

44. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960.

colectivo de sus miembros [...] Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total [...] [consecuentemente] Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que constituye.

4.2.6. 985. *Doctrina vigente*

Mayoritariamente, los civilistas están de acuerdo en que la excepción establecida por el artículo 985 del Código Civil encuentra su fundamento en la personería jurídica que el Codificador le asignara a la sociedad anónima. El principio general sostiene que el ente es una persona moral distinta de sus integrantes y, en consecuencia, aunque el escribano o sus parientes tuvieran parte en ella, su interés –aunque personal– no sería directo.

Cuando el artículo refiere a que será válido el acto si los interesados lo fueren “sólo por tener parte”, se pueden hacer –al menos– dos lecturas. Una primera lectura sería que el escribano puede otorgar un acto en el cual intervenga una sociedad anónima, en la que él mismo es accionista o que lo sea alguno de sus parientes. La otra sería que el escribano interviniera en un acto en el cual sus parientes, accionistas de una sociedad anónima, negociaran esas acciones, sea la enajenación o el gravamen de las mismas.

Entendemos que la excepción de la ley se está refiriendo al primer supuesto y descartamos absolutamente que el escribano pudiera intervenir en el segundo. Ello porque el interés del funcionario o sus parientes en el primer caso sería un interés difuso e insignificante; lo que no pasa en el último.

Es tan obvia la salvedad que no hemos visto que nadie la realizara. Hemos visto que se refieran a la intervención notarial en actos de constitución de sociedad anónima, donde no queda duda que también se inscribe en la prohibición del artículo 985, sin poder escudarse tras el amparo de la excepción, pues la voluntad que recoge el instrumento público no es la voluntad de la sociedad a la que apunta el legislador sino la de los socios como personas constituyentes y personalmente interesadas, y no como meros accionistas. La ley se refiere, además de a aquellas personas que tuvieren parte en sociedad anónima, a aquellos que fueren directores o gerentes. Trataremos esta excepción con el tema de los representantes y mandatarios.

La doctrina civilista en general entiende atinada la excepción referida a los accionistas de sociedad anónima, partiendo de la base de que la personería jurídica que la misma ostenta es constituida por un ente absolutamente distinto de sus socios. Mayoritariamente, la doctrina está conteste en que, junto con la sociedad anónima, cabe extender la exención para otros supuestos de entidades con personería jurídica. Se incluye como exceptuadas a todas las personas jurídicas de carácter público: el Estado nacional, provincial o municipal; las entidades autárquicas y los organismos centralizados y descentralizados.

Entre las personas jurídicas de índole privada, junto con las sociedades anónimas, quedan comprendidas las asociaciones civiles, las fundaciones y las entidades mutuales, que cumplan los requisitos del inciso 1 del 2º apartado del artículo 33 del Código Civil: objeto principal de bien común, patrimonio propio y que no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, capaces por sus estatutos de adquirir bienes y autorización para funcionar.

Como señala Benseñor en su ensayo “El artículo 985 del Código Civil argentino”⁴⁵ –lectura obligada para cualquiera que pretenda argüir seriamente sobre el particular–, estas entidades no fueron expresamente mencionadas en la excepción del 985 por ser innecesario. Debemos tener en cuenta que nadie podría tener parte en estas personas jurídicas y que, cuando se disuelven, si existiera remanente, debe destinarse a otras instituciones de bien público.

Tanto el notario como sus familiares que intervinieran en la administración o gestión de estas entidades no tendrían un interés directo sino meramente indirecto. A nadie se le ocurriría suponer que ser miembro o desempeñar un cargo en sus órganos implica –actuando dentro de la ley, claro está– disponer de un interés personal, toda vez que estas entidades tienen por finalidad el bien común, poseen un patrimonio propio y no distribuyen dividendos.

Sin menospreciar la real importancia del tema, la identidad de criterio doctrinario vertido sobre el particular confirma la innecesariedad de detenerse en él.

4.2.7. *Extensión de la excepción a otras sociedades de derecho privado*

Benseñor, junto con la doctrina civilista en general, señala que, a partir de la modificación del artículo 33 del Código Civil (Ley 17.711), mediante el cual se extiende y reconoce a las sociedades regularmente constituidas e inscriptas personería jurídica distinta de la de sus miembros, la excepción del artículo 985 debería extenderse a aquellas sociedades de capital en las que los socios no responden en forma solidaria e ilimitada, y que en ellas no se encuentra comprometido un interés directo sino indirecto. Se refiere básicamente a la sociedad de responsabilidad limitada y a los accionistas en la sociedad en comandita por acciones.

Por el contrario, la excepción del artículo 985 no sería extendida al socio administrador de la sociedad en comandita por acciones, ni a los socios de las sociedades de interés, dado que los socios son solidariamente responsables y, sin lugar, su interés personal y directo está comprometido.

Nos cuestionamos: ¿acaso la circunstancia de que sean personalmente responsables hace desaparecer la personería jurídica?

45. BENSEÑOR, Norberto R., ob. cit. [cfr. nota 6].

4.2.7.1. Nuestra opinión

A esta altura, fácilmente se puede intuir que estamos en contra de la extensión de la excepción. Básicamente podríamos decir que estamos en contra de la excepción misma, en la forma en que está planteada.

Cuando Vélez estableció la excepción, la sociedad anónima era realmente anónima. Siguiendo el artículo 29 del Código de Comercio francés⁴⁶, el artículo 404 establece que

Las sociedades anónimas no tienen razón social, ni se denominan por el nombre de uno o más de sus socios, sino por el objeto u objetos para que se hubiesen formado.

Nada tiene ello que ver con la circunstancia de que los títulos sean nominativos o al portador. Como señalara Ulpiano en el *Digesto*: “en las corporaciones nada importa si todos continúan los mismos o continúe una parte o todos hayan cambiado”⁴⁷.

Intentaremos explicarnos. La sociedad anónima debía tener un objeto ligado con la utilidad pública y el bien común. Entiéndase por tal –incluso– juntar capitales de tal magnitud que le permitiera brindar algún servicio útil a la comunidad que de otra forma no fuera viable. Por tal se incluían, entre otras, las actividades bancarias y aseguradoras, el tendido de vías férreas, caminos, puentes, puertos, astilleros y demás empresas que constituían un fuerte motor para la economía de las naciones. Sólo podía establecerse por tiempo determinado, con autorización del Poder Ejecutivo; y, si se le concedía algún privilegio, debían además ser autorizados por la asamblea general.⁴⁸

Sin embargo, la evolución asimétrica de las instituciones fue degenerando el sistema. La sociedad anónima codificada en 1859 (Ley 15 de la República, 1862) fue mutando, en armonía con el Código Civil. La autorización dejó de ser de conveniencia social, pasando a convertirse en el cumplimiento de ciertos y determinados requisitos legalmente establecidos. Así se arribó a la actual sociedad de formulario.

En el camino quedó diluida –hasta su desaparición– la conciencia general de la excepcionalidad, invirtiéndose el principio general de responsabilidad ilimitada por el principio de la no responsabilidad. Quedó también en el camino el criterio de excepcionalidad fundada en la necesidad de conseguir grandes capitales para obras de envergadura. Se llegó en la década de los 90 a constituir sociedades anónimas con un capital social mínimo tal que, con la integración parcial inicial del 25% del capital

46. “La société anonyme n'existe point sous un nom social; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés”.

47. “In universitatibus nihil referi, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint”. (ULPIANO, *Digesto*, 3, 4, 7, 2).

48. Art. 405 del Código de Comercio. Se debe tener en cuenta que el mismo fue escrito para el Estado de Buenos Aires y no para la República Argentina; por ello la denominación asamblea general.

suscripto, no llegaban a cubrirse los gastos y honorarios de constitución, inscripción y rúbrica de libros.⁴⁹

Todo ello ha llevado a que actualmente puedan existir sociedades anónimas que no son anónimas. El artículo 164 de la Ley de Sociedades permite ahora que la denominación pueda incluir el nombre de una o más personas de existencia visible; se abandona el principio general que prohibía que tuvieran razón social o que fueran designadas por el nombre de uno o más de sus socios –origen de la denominación del tipo social–. El grado de evolución ha sido tal que hoy, dicho con el mayor de los respetos, cualquiera puede tener su sociedad anónima *propia*.

Más allá de que ello obedezca a criterios de política legislativa sumamente respetables, cabe analizar desde un punto de vista técnico si la nueva legislación societaria se adecua a la legislación civil vigente. Claramente, lo que debe interesar, lo que debemos desentrañar los operadores del derecho es si el interés del accionista o el de los administradores sigue siendo indirecto, vago y difuso o si el aligeramiento de requisitos lo ha convertido en un franco interés personal; si el notario que interviene en un acto de una sociedad anónima en la que sus parientes tienen interés o control puede ser un interés directo en los términos del 985, que comprometa su imparcialidad.

Creemos que, si los padres del notario integran una sociedad anónima como únicos socios o tienen parte tal que les asegure el control, van a estar personalmente interesados. No encontramos diferencia alguna en cuanto a la afectación de imparcialidad que pueda sufrir el notario en el acto que otorguen sus padres y hermanos con el acto que otorgue la sociedad anónima que ellos integran o controlan.

En definitiva, la sociedad anónima de hoy nada tiene que ver con el modelo utilizado por Vélez Sársfield para justificar la excepción. Desde el punto de vista de la afectación de la imparcialidad del notario, es evidente que ésta podría verse comprometida en la misma forma que si intervinieren sus parientes personalmente.

Imaginemos qué va a pasar si se aprueba el nuevo Código Civil y Comercial unificado. ¿Es que por ventura alguien va a sostener que la imparcialidad del escribano no está comprometida cuando la que actúe sea la sociedad unipersonal de su padre, de su hermano o de su cónyuge, por la mera ficción de que son personas jurídicamente distintas? ¿No es esta la forma de esconder un interés personal por interpósita persona?

En definitiva, lo que dirime la cuestión es la existencia de un interés personal y directo y no el reconocimiento de la personería jurídica. Si la personería fuera el centro de imputación diferencial, no se justificaría que se excluyeran las sociedades de persona e interés como comúnmente lo hace la doctrina.

49. En ese entonces el capital mínimo de la SA era de \$ 12.000; vale decir que si uno integraba el 25 %, apenas podía cubrir los gastos y honorarios de constitución. Hoy el mínimo se ha elevado a \$ 100.000, que mejora la situación pero dista del ideal.

4.2.8. Presunción vs. ficción

Se produce aquí una pugna entre la ficción que constituye la personería jurídica y la presunción de parcialidad que establece el 985.

Conceptualmente, toda presunción constituye –en cierto sentido– una ficción jurídica mediante la cual se tiene por probado un determinado hecho o derecho, invirtiendo la carga de la prueba, ya que la mayoría de las presunciones son *iuris tantum* o simplemente legales. Pero la diferencia entre la presunción y la ficción radica en que la última toma por verdadero un hecho que no existe, para fundamentar en él un derecho.

Podremos objetar que la presunción del 985 es arbitraria, que muchas veces uno no tiene un trato con sus parientes que justifique presumir la imparcialidad; y, por el contrario, pareciera llamativo que ésta no se presuma ante los amigos íntimos, hermanos de la vida. Si bien asiste razón al planteo, no es menos cierto que bajar a criterios subjetivos puede ser mucho más peligroso por la incertidumbre que produciría. Es sólo por ello que los ordenamientos acuden a un criterio objetivo como el parentesco.

La personería jurídica de las sociedades, si bien muy útil para determinadas circunstancias comerciales, no deja de ser una ficción. Nadie puede discutir seriamente que si el patrimonio de la sociedad de mis padres aumenta, también aumenta el patrimonio de mis padres y que, consecuentemente, aumentará el valor del acervo que algún día pueda yo heredar, de la misma forma que si la sociedad cae en falencia, disminuirá mi expectativa o directamente desaparecerá. Lo mismo sucede cuando los parientes ostentan la mayoría y el control directo de la sociedad, incluso en la anónima.

A nadie se le ocurriría pensar lo mismo si el notario debiera intervenir en un acto de una sociedad de gran envergadura –imaginemos las antiguas YPF, Aerolíneas Argentinas, Obras Sanitarias de la Nación, Ferrocarriles Argentinos, Banco de la Nación Argentina, etc.–⁵⁰. Aun en el caso de que el notario o sus parientes tengan participación accionaria en dichas compañías, ésta sería ínfima en relación con el patrimonio social; y, en caso de ser directores, gerentes o apoderados, no se beneficiarían directa y personalmente por el acto de la sociedad. A ello apuntaba Vélez Sársfield cuando redactó el 985: a sociedades de gran envergadura patrimonial y de bien público. Vélez no pudo pensar en la sociedad anónima cerrada o de familia con responsabilidad limitada, pues era inconcebible su existencia por ese entonces.

Si bien existe el clásico aforismo latino “*dura lex sed lex*”, en virtud del cual podríamos sostener válidamente que –a pesar de los cambios producidos en las sociedades anónimas– la excepción del 985 sigue siendo derecho positivo y autoriza la intervención del notario, existen aforismos que proclaman precisamente lo contrario.

50. Nombramos como ejemplo importantes entidades nacionales, muchas de las cuales hoy no existen o que tal vez nunca tuvieron acciones liberadas al público; simplemente para tener una idea y ejemplificar a donde apuntaba Vélez Sársfield cuando hablaba de tener parte en sociedades anónimas, ser director o gerente de ellas.

El Código Civil del Estado de Nueva York⁵¹ refiere máximas universales de jurisprudencia, precisando que no son normas per se pero sirven para una correcta interpretación y aplicación de la ley. Entre las primeras máximas enunciadas, están las siguientes: “Cuando cesa la razón de la norma, también lo debiera la norma misma”⁵² y “Cuando la razón de la norma es la misma, la norma también debe ser la misma”⁵³.

Por su parte, del Codex surge: “no hay duda de que procede contra la ley quien, ateniéndose a su letra, procura forzar su espíritu”⁵⁴. Por su parte, Paulo en el *Digesto* señala: “no todo lo que la ley permite es honesto”⁵⁵ y “no hay que tergiversar la ley ni sofisticar sobre las palabras, sino advertir con qué intención se dice algo”⁵⁶.

4.2.9. Incidencia según el tipo de acto

Otro tema a tener en cuenta es el tipo de acto que se está otorgando. Hay actos que conllevan per se intereses contrapuestos de las partes intervinientes; primeramente, los actos bilaterales conmutativos, en los cuales una parte puede beneficiarse a costa de la otra. Sin embargo, existen otros actos donde el interés no se verifica de la misma forma y con el mismo peso. Pensemos, por ejemplo, en los actos societarios con inscripción en el registro mercantil. Así, tenemos modificaciones de estatutos o inscripciones de autoridades que pueden formalizarse e inscribirse por instrumento privado. Interpretamos que en dichos supuestos no podría hablarse de un interés invalidante del notario, que se limita a incorporar las actas a la escritura pública. Sería absurdo sostener la nulidad del acto en la medida en que no habría una falsedad ideológica. Similar criterio señala Benseñor en cuanto a la protocolización de una subasta. No debemos perder de vista que la actuación del notario y el acto mismo están sujetos al control de legalidad del propio organismo.

Parecería *prima facie* que el interés comprometido, si existiera alguno, no sería cualitativamente apto o trascendente para generar un conflicto que pudiera sembrar la duda sobre la imparcialidad del notario.

51. “The Civil Code of the State of New York. Reported Complete by the Commissioners of the Code (1865)”, *New York Field Codes Series*, Clark, New Jersey, The Law Book Exchange, Ttd.

52. N° 1965: “When the reason of a rule ceases, so should the rule itself” (“*cessante ratione legis cessat ipsa lex*”).

53. “When the reason is the same, the rule should be the same” (“*Ubi eadem ratio ibi idem jus*”).

54. N° 1966: “*Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem*” (Codex, 1, 14, 5).

55. “*Non omne quod licet honestum est*” (PAULO, *Digesto*, 50, 17, 144).

56. “*Non oportet ius calumniari neque verba captari, se qua mente quid dicitur animadvertere convenit*” (PAULO, *Digesto*, 10, 4, 19).

4.3. Segunda excepción. Gerentes o directores.

Mandatarios

La segunda excepción que señala el 985 apunta a los directores o gerentes de sociedad anónima. Ante todo, puntualizamos que Vélez Sársfield no se refirió a los administradores de cualquier sociedad sino solamente a los de la anónima, sociedad distinta a todas las demás.

La normativa de las sociedades anónimas, tanto en el Código de Comercio francés como en el Código de Comercio de Vélez y Acevedo era sumamente escueta. El Código galo regula la sociedad anónima de los artículos 29 al 37 inclusive y complementa con un reglamento sobre la forma de solicitar la previa autorización de funcionamiento, que contaba con siete artículos más (dieciséis artículos en total). Medio siglo más tarde, Vélez y Acevedo trataron las sociedades anónimas de los artículos 403 al 424 inclusive, tan solo veintidós artículos.

Ninguna de las legislaciones dedicó mucho entusiasmo en reglamentar la forma de la administración y funcionamiento, dado que serían analizadas y reglamentadas por el órgano encargado de conceder la autorización para funcionar. Así lo establece el artículo 406 del Código de Comercio argentino y el artículo 37 del Código de Comercio francés.

Ambas legislaciones coinciden en que tanto los directores como los gerentes eran mandatarios de la sociedad. Así lo establece el artículo 405 cuando señala que “son administradas por mandatarios revocables, socios o extraños”; el precedente galo (art. 31), por su parte, señala que “será administrada por mandatarios temporales, revocables, socios o no socios, onerosos o gratuitos”⁵⁷.

Señala Troplong en su *Derecho civil explicado*⁵⁸, comentando los artículos 1841 y 1842, que en las sociedades anónimas los administradores son extraños, independientemente de que sean socios o no. Los pone y los remueve la mayoría; a diferencia de la sociedad en comandita, donde se confunde la calidad de administrador con la de socio solidario.

Nuevamente debemos volver del futuro. El concepto de persona jurídica era distinto y no existía –o simplemente no tenía reflejo normativo– la teoría del órgano. Quienes administraban una sociedad anónima, en carácter de directores o como gerentes, lo hacían bajo la figura del mandato.

Troplong ilustra que las ordenanzas reales prohibían que los socios fundadores se atribuyeran derechos irrevocables a la gestión, siquiera bajo pretexto de ser los inventores, descubridores o autores del proyecto; y todos los socios tendrían los mismos derechos en proporción a su aporte. Sólo cuando el objeto de la sociedad fuera una obra o un secreto industrial se permitía que le pagaran al inventor o artista con

57. “Elle est administrée par des mandataires à temps, revocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits”.

58. TROPLONG, Raymond, ob. cit. [cfr. nota 26].

acciones industriales de un valor proporcional al valor de la obra o a su invento, pero no les daban derecho a intervenir en la administración.⁵⁹

Vélez, por su parte, no se tomó el trabajo de mencionar la relación del notario con el mandante o mandatario en el 985, sino que sólo se refirió a la relación específica de los (mandatarios) administradores de las sociedades anónimas, diferenciándolos de los administradores de las demás. Y ello obedece nuevamente al criterio sustentado por Vélez en el sentido de que el interés personal que puede tener el mandatario de una sociedad anónima sólo puede ser indirecto y difuso. En todas las demás sociedades el administrador era socio y respondía solidariamente, implicando un interés directo. Sin embargo, el Codificador no se detuvo a realizar distingos en el artículo 985, porque los realizaría más adelante, al tratar el artículo 1892 sobre el mandato:

El mandato puede tener por objeto uno o más negocios de interés exclusivo del mandante, o del interés común del mandante y mandatario, o del interés común del mandante y de terceros, o del interés exclusivo de un tercero; pero no en el interés exclusivo del mandatario.

Sobre la base del interés personal de quien se otorga, el mandato puede ser: en interés exclusivo (1. del mandante/2. de un tercero) en interés conjunto (3. del mandante y el mandatario/4. del mandante y un tercero).

Claramente, la fuente del artículo fue el *Esboço* de Freitas.⁶⁰ Ambos excluyen del concepto de mandato el otorgado únicamente en interés del mandatario.⁶¹ El artículo 2955 del Código de Louisiana⁶², en cambio, establece que en función del interés el mandato puede otorgarse de cinco formas y suma a la de Vélez Sársfield el conferido en interés conjunto de mandatario y un tercero. Independientemente de que las posibilidades sean cuatro o cinco, todos descartan dentro del concepto de mandato aquel otorgado en interés exclusivo del mandatario.

A todo evento, frente al 985, lo dirimente para saber si el notario o sus parientes están personalmente interesados o no es determinar en interés de quién se confiere el

59. “*Lordonnance du roi n'admet jamais que, sous pretexte d'invention, de découverte, de fondation, les auteurs du projet s'attribuent un droit irrevocable à la gestion. Les gérans des sociétés anonymes doivent toujours être des mandataires révocables, et chaque associe doit avoir des droits égaux et proportionnés à su mise*”. (Íd., § 467, p. 438).

60. Art. 2874: “*O mandato póde ter por objecto um ou mais actos ou negocios á exercer do interesse exclusivo do mandante, ou do interesse commum do mandante e do mandatario, ou do interesse commum do mandante e de terceiro, ou do interesse exclusivo de terceiro*”. (FREITAS, Augusto Teixeira de, *Código Civil. Esboço*, Rio de Janeiro, Thyphographia Universal de Laemmert, 1860).

61. Art. 2875: “*Será nullo o mandato por falta de objecto: [...] 2) Quando o acto ou negocio encarregado fór do interesse exclusivo do mandatario*”.

62. Art. 2955: “*Le mandat peut se contracter de cinq manières, savoir: pour l'intérêt du mandant seulement; pour l'intérêt commun des deux parties; pour l'intérêt d'un tiers; pour l'intérêt de ce tiers et celui du mandant, et enfin pour l'intérêt du mandataire et d'un tiers*”.

poder. En líneas generales, debemos concluir que cuando en el otorgamiento de un poder o en la ejecución del acto en el que interviene el notario, éste o sus parientes estén interesados personalmente, el notario debe abstenerse de intervenir, por encontrarse alcanzado por el artículo 985. *A contrario sensu*, cuando el poder se confiera o se ejerza en interés exclusivo o conjunto de alguien que no sea el notario o sus parientes, no habrá conflicto de intereses y el notario no estará inhibido para intervenir.

Sobre el particular existe muy poca jurisprudencia, si bien hay muchas consultas realizadas a los diversos colegios de escribanos.

Volviendo a las fuentes, ya dijimos que Aubry y Rau⁶³ se manifestaron en el sentido de validar la intervención del notario en poderes a favor de sus parientes.

Lo que decide si el notario puede intervenir es en interés de quién se actúa. Existen casos en los cuales es difícil determinar si existe un solo interesado o si hay un interés principal y otro secundario. Más allá de que dichos casos serán resueltos por el juez, como operadores del derecho debemos conocer el principio que inspira la norma, antes de llegar a dicha instancia.

Entre la poca jurisprudencia que encontramos, se destaca un caso de 1936, autos “Ternavasio, Octavio c/ Ferreira Heraclio”, de la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal, en el que prosperó una excepción de falta de personería por un poder judicial otorgado ante un notario donde se apoderaba, entre otros abogados, al hijo del notario. En primera instancia, el juez entendió que el poder era válido, pero la Cámara hizo lugar a la excepción, sentenciando que el poder era nulo por haber sido otorgado en violación al artículo 985.

En nota al fallo, Fernando Legón hace un exhaustivo análisis. Señala el distinguido comentarista que “el concepto de parte está desterrado del artículo 985: sólo se trata del interés [...] La idea del interés es la que debe prevalecer”, y que el objetivo legal de la prohibición es “evitar la falsedad por vía del favoritismo”. Según Legón, lo que distingue el mandato de la locación de obra es “el carácter de representación, cuyo resultado es convertir la ausencia real en presencia jurídica”.

La *Instituta* de Justiniano –según Legón– distinguía cinco categorías de mandato, según la orientación impresa al interés (como el Código de Luisiana). Por oposición –complementando la idea–, el derecho alemán pivotea sobre el principio de la revocabilidad del mandato como dirimente de la existencia de interés.

Basta cualquier interés propio del mandatario sobre la cosa que constituye el objeto del mandato para que el mismo sea *in rem propriam* e invalidante, pero, mientras tanto, puede decirse que el mandatario carece de interés jurídicamente.

Concluye entonces Legón que “el ejercicio del mandato implica un acto de gentileza que repugna a la idea del interés, aún en el caso de que sobrevenga remuneración.” Cuando la gestión a emprenderse no toque el interés del mandatario, el es-

63. “Un notaire peut-il valablement recevoir des actes dans lesquels un de ses parents ou alliés au degré prohibé figure, non point comme partie, mais comme mandataire de l'une des parties?” (AUBRY, Charles y RAU, Charles, ob. cit. [cfr. nota 18]).

cribano no se halla inhabilitado para elaborar el instrumento por interposición de parentesco.

En definitiva, el escribano que autoriza el poder judicial a favor de su pariente no está beneficiándolo, y, ante la ausencia lógica de interés, perjuicio o aprovechamiento, la fe pública no sufre agravio.

5. El contrato de depósito

Los juristas Rau y Aubry definen además –al menos *obiter dictum*– otra cuestión largamente debatida por el notariado argentino: que el notario puede intervenir como depositario en un acto otorgado ante sí. Importantes voces del notariado sostienen que el profesional estaría inhibido de concurrir en doble carácter, como autorizante y como depositario, violando la letra y el espíritu del 985. Otros señalan que si las partes contratantes depositan su confianza en un notario, es justamente porque confían en su capacidad técnica e imparcialidad moral, y que su actuación sería funcional, no contractual. Que verse obligados a acudir a distinto notario para que formalice el contrato de depósito no solo sería irregular sino contradictorio. El depositante busca además la investidura notarial del depositario, no la persona del notario desprovisto de ella, como un simple particular.

Cuando el depósito se realiza en interés del depositante o de un tercero, el funcionario puede intervenir. Únicamente debería abstenerse si el depósito fuera realizado en su propio interés o en el de sus parientes.

En forma algo caprichosa y artificial, solemos asociar ideas que por lo general se reputan no asociables. Se nos ha ocurrido esta vez vincular el depósito notarial no sólo con el testamento cerrado sino también con la institución del albaceazgo. En cierta forma, podríamos argumentar que el testamento cerrado constituye un acto de depósito –inter vivos– que hace el testador en poder del notario, y que la ley expresamente autoriza –o instruye– que el testamento sea entregado al notario. Así como podríamos decir que en el testamento cerrado existe un depósito entre vivos, análogamente diríamos que el albaceazgo –al menos metafóricamente– podría verse como un depósito *mortis causae*. Claro que lo que deposita el causante no es una cosa en sentido técnico jurídico sino su esperanza. Deposita su confianza en el cumplimiento de su voluntad para cuando él ya no esté entre nosotros.

El artículo 985 no es óbice para que Vélez Sársfield dispusiera en el artículo 3848⁶⁴ que el mismo notario que interviene en la confección del testamento puede ser designado albacea; ello a pesar de que el artículo 3664⁶⁵ establece que el escriba-

64. “El incapaz de recibir un legado hecho en el testamento, puede ser ejecutor testamentario; pueden serlo también los herederos y legatarios, los testigos del testamento mismo y el escribano ante quién se hace”.

65. “El escribano y testigos en un testamento por acto público, sus esposas, y parientes o afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor”.

no y los testigos no pueden beneficiarse con el testamento. Y no hay inconsecuencia alguna, pues el Codificador apunta siempre a la causa y al interés del acto.

El testador instituye albacea en su propio interés –y en el de sus herederos y legatarios–, en garantía del cumplimiento de sus propios deseos para después de su muerte. Nadie testa en interés del albacea o del notario. Con acierto señala Benseñor que Vélez considera al albacea mandatario, más allá de la discusión volcada en la nota al 3844 sobre quién es el mandante.

La exclusiva circunstancia de que, por la confección del testamento o por el ejercicio del cargo de albacea o por la ejecución de un mandato, puedan verse beneficiados con la percepción de honorarios profesionales no implica que el acto sea realizado en interés del notario, del albacea o del apoderado. Entenderlo así implicaría inhibir a todo notario de autorizar cualquier escritura, pues se presume que percibe honorarios por todas ellas. Ello es muy distinto a sostener que el acto se realiza en interés del notario. Por ello, cuando las partes de común acuerdo deciden constituir al notario interviniente en depositario de algo, no lo hacen en interés del notario sino en beneficio del negocio que tienen entre sí.

Normalmente, la institución del notario como depositario es la forma de poder continuar con el negocio principal hasta tanto se aclare algún punto álgido o accesorio. El depósito viene a constituir la forma de viabilizar dicho negocio, que se otorga en interés de las partes, no del notario. Lo mismo sucede cuando una de las partes, frente a un conflicto cierto o potencial, decide depositar llaves o valores en poder del notario. El notario podría tener un impedimento de incompetencia, pero no un conflicto de intereses personales, pues no interviene en propio interés sino como depositario. Sería un mandatario o fiduciario de las partes.

6. Conversión especial

Otra curiosidad asociativa que hemos hilvanado es que la institución del testamento cerrado admite en el artículo 3670⁶⁶ una conversión sui generis del acto. Con absoluta razonabilidad, establece que si el testamento cerrado no pudiese valer por la falta de alguna de las solemnidades, valdrá como ológrafo si estuviera todo escrito y firmado por el testador.

Hacemos notar que Vélez no dice que valdrá si cumple con todos los requisitos del testamento ológrafo. El testamento ológrafo debe contar con fecha, escritura y firma, pero en este caso de excepción Vélez lo valida sólo con los dos últimos; y da por cierta la fecha del instrumento público ineficaz.

Cuando el más formal de los actos –el testamento– sea anulable por falta de alguna de las solemnidades formales, el Codificador lo salva.

66. “El testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de alguna de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo, si estuviere todo el escrito y firmado por el testador”.

7. Normativa complementaria

El artículo 71 del Decreto 1624/2000, reglamentario de la Ley 404 Reguladora de la Función Notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establece que

El escribano podrá excusar su intervención cuando el acto a formalizar pudiere afectar moral o económicamente a su cónyuge o a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad, o pudiere resultar contrario a sus principios éticos, morales o religiosos. También podrá excusarse cuando el acto comprenda a personas de su íntima amistad...

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación señala en el artículo 17 las causales de recusación judicial: el parentesco del juez con las partes, sus mandatarios o letrados; tener el juez o sus parientes interés en el pleito o en otro pleito semejante, o tener sociedad o comunidad con los litigantes o procuradores. Los demás incisos hablan de tener pleito pendiente el juez con el recusante o ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes; haber hecho denuncias el juez o haberlas recibido del recusante; tener el juez amistad con alguno de los litigantes o enemistad, odio o resentimiento que se manifiesten por hecho conocidos.

En el Código Procesal Penal de la Nación se pueden ver similares prevenciones bajo el título "Motivos de inhibición" en el artículo 55. Asimismo, el artículo 242 les prohíbe declarar como testigos contra el imputado a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos; y el artículo 243 señala que podrán abstenerse de testimoniar los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Por último, el artículo 244 establece que deberán abstenerse de testimoniar quienes tuvieran deber de guardar secreto profesional.

En fin, todas presunciones que podrían reducirse a la afectación de la imparcialidad, a sentirse el testigo en la obligación moral del falsear la verdad. La ley sabiamente lo corre, buscando evitar situaciones conflictivas e irritantes en el seno familiar. Como señala Von Ihering:

Nadie puede ser juez en su propia causa; no se debe serlo en la de un enemigo, de un amigo o de un pariente cercano [...] el derecho debe sustraer al juez de todas las tentaciones, a todas las seducciones posibles, tanto en interés de éste como de la sociedad.

En definitiva, el artículo 985 es una norma de profundo contenido moral, que –al decir de Bonnier– es de aplicación rigurosa y reconoce su origen en un reglamento del año 1550. Una norma que –con distintas redacciones y distinto alcance– fuera adoptada por muchas naciones civilizadas. Refiere Von Ihering que

Aprovechar las ventajas de una profesión sin querer sujetarse a los deberes que impone es destruir el equilibrio, perjudicar la profesión. Quien lo hace comete un acto de piratería social y la sociedad debe echarse encima del malhechor.

No debemos interpretar el 985 sólo como una norma que lesiona y menoscaba al notario. El 985 es una moneda de dos caras, cuyo reverso protege al notario del hostigamiento moral de sus parientes. ¿A quién le resulta sencillo negarse al pedido de aquellos que le dieron la vida? ¿Quién puede rechazar el reclamo de su amada, de la madre de sus hijos? La norma viene en auxilio del notario. Así expuesto, parecería frívolo y pueril, pero la historia reconoce innumerables precedentes de violencia moral. ¿Acaso la cabeza del Bautista no terminó en una bandeja de plata para satisfacer el capricho de la hija de la concubina? ¿Y Enrique VIII no llevó al trono inglés a una guerra por legitimar su matrimonio? ¿Y la noble Helena de Troya? Y así podríamos ejemplificar sin parar.

Que la coacción moral de nuestros afectos existe y pesa es incontrovertible; y fue tenido en cuenta por los franceses hace cientos de años y esculpido en casi todas las legislaciones que abrazaron el notariado latino. Ciertamente no fue obra del azar.

Si hemos tomado el trabajo de comentar la normativa específica de recusación de los jueces es porque desde siempre la labor notarial fue considerada justicia preventiva, jurisdicción voluntaria destinada a evitar y evadir los pleitos. Así lo sostiene Bonnier:

La autoridad cuasi-judicial de los actos auténticos se explica históricamente, porque el notariado en su origen era una rama del poder judicial, en ejercicio de una jurisdicción graciosa.⁶⁷

Originariamente eran secretarios (escribientes) de los tribunales y, por una ordenanza de 1319, adquirieron cierta independencia funcional de los juzgados. Aclara el autor que por un decreto de 1543 se les permitió ejercer la jurisdicción voluntaria que le fuera delegada desde tiempo inmemorial en todo el reino francés.

En palabras del obispo de Tarragona monseñor Antolín López Peláez⁶⁸, la fe pública del notario es una delegación de la propia función del Estado:

El notario es también la base de una buena justicia. Ejercéis en la jurisdicción voluntaria funciones del todo semejantes a las que son atribuidas a los jueces en la jurisdicción contenciosa [...] Los jueces terminan los pleitos; los fedatarios, jueces preventivos, procuráis que no existan...

Y el pontífice Paulo VI, en una nota al VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, señala:

67. *“L'autorité quasi-judiciaire des actes authentiques, s'explique, on le voit, historiquement, puisque le notariat n'était, dans l'origine, qu'une branche du pouvoir judiciaire, que l'exercice de la jurisdicción gracieuse”* (BONNIER, Edouard, ob. cit. [cfr. nota 7]).

68. Sermón del Arzobispo de Tarragona Antolín López Peláez, del 6/5/1914, en la Iglesia de San Agustín de Barcelona, con ocasión de los festejos en honor de San Juan Evangelista, Santo Patrono del Colegio Notarial de Cataluña.

La función notarial [...] ¡Cuántas veces desde vuestro estudio podéis devolver la paz a las familias, apagar los rencores, arreglar pleitos, defender patrimonios, evitar dispendios en litigios inútiles, tutelar a los débiles en sus intereses morales y materiales!⁶⁹

8. Nulidades

Uno de los grandes temas que deambulan en derredor del artículo 985 es el de la nulidad. A raíz de que el tema del 985 salió al ruedo por las Jornadas Notariales, hemos advertido cierta aflicción en los cófrades, una aprehensión de *déjà vu*, de no hagan olas. Poner especial cuidado sobre qué se escribe en un congreso notarial, pues todo lo que se diga podría ser utilizado en nuestra contra. Y ciertamente existe motivo de aprehensión.

Se ha contendido profusamente sobre si la prohibición del artículo 985 es una incapacidad, una invalidez, una incompetencia en razón de personas, falta de legitimación o cómo encuadrarla técnicamente. Lo cierto es que el enunciado cardinal “son de ningún valor los actos autorizados” parece ser una referencia ineludible a un acto nulo, nulidad absoluta, insalvable, imprescriptible, inconfirmable, etc. Pero a poco que avancemos en la observación descubriremos que ello no es exacto.

Como toda norma, debe interpretarse en su contexto y, si bien el artículo 985 asusta por su absolutismo devastador, el 987 constituye un bálsamo que auxilia al oficial público, al señalar que el *acto* “vale como instrumento privado” si está firmado por las partes. Debemos entonces compatibilizar el acto otorgado, que al menos vale como instrumento privado –desmintiendo la premisa inicial de que sea de ningún valor–, el cual además, por aplicación del artículo 1185⁷⁰, si bien no queda concluido como instrumento público, vale como contrato en que las partes se han obligado a otorgar escritura pública. En definitiva, quedaría pendiente la obligación (no menor) de escriturar.

Vale decir que el acto no es nulo absoluto sino relativo, toda vez que si vale como instrumento privado, los hechos y circunstancias en las que se otorgó tienen entidad jurídica y, en consecuencia, es confirmable, prescriptible y salvable. Debe interpretarse de la misma forma que el artículo 980 cuando habla de “la validez del acto como instrumento público”; vale decir, que el acto vive, existe, más allá de que lo haga como instrumento público o privado.

Esto que intentamos exponer es explicado Federico Carlos Von Savigny, con su excelsa pluma e indiscutible autoridad. Nuevamente bajo indicaciones del maestro

69. Mensaje remitido por el Sumo Pontífice, leído en la Catedral de la ciudad de México el 3/10/1965.

70. Art. 1185: “Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmados por las partes o que fuesen hechos en instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública”.

Raúl Navas, buceamos en el clásico *Sistema de derecho romano actual*⁷¹. Señala Savigny que cuando la ley prohíbe un acto jurídico sin determinar precisamente sus consecuencias, la nulidad es una consecuencia demasiado grave si la ley no la pronuncia expresamente. Advierte que Teodosio II, discutiendo sobre las normas de interpretación, indicaba que toda prohibición de la ley entraña la nulidad del acto prohibido, aunque esta nulidad no se exprese formalmente; y que Ulpiano, avalando la interpretación teodosiana, la potenciaba diciendo, además, que están heridos de nulidad todos los actos simulados que tengan por objeto ocultar el acto prohibido por la ley. Pero el jurista alemán aclara que esta norma general (prohibición = nulidad) “experimenta una excepción natural cuando la ley atribuye al acto prohibido una consecuencia distinta de la nulidad o incompatible con ella”.

Concluye así que el obstáculo sería un impedimento no dirimente.⁷² Precisa que esta excepción sólo funciona en aquellos casos en que la nulidad sea incompatible con la pena prevista y que, cuando ambas consecuencias fueren compatibles, funcionan ambas.

Vélez, siguiendo a Savigny, estableció en el artículo 18 del Código Civil que “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

Hay quienes consideran que el 987, a pesar de su vecindad numérica, no está previsto para sanear la nulidad del 985. La solución nuevamente surge de la fuente: la Ley del 25 Ventoso. El artículo 68, bajo el título “Disposiciones generales”, establece que

Todo acto realizado en contravención con las disposiciones contenidas en los artículos 6, 8, 9, 10 [...] es nulo si no está revestido de la firma de todas las partes; y aquellos actos que cuenten con las firmas de todas las partes contratantes valdrán como instrumento bajo firma privada; sin perjuicio, en los dos casos, de los daños y perjuicios que correspondan al notario contraventor.⁷³

Expresamente, la ley francesa de 1803 (año XI) ratifica la solución del ya citado artículo 1318 del Código Civil francés y le aplica el efecto saneador al artículo 8, origen del 985. Vélez Sársfield lo sabía y no hay razón que justifique entender algo distinto. Sobre el particular,⁷⁴ luego de señalar que “la materia de las nulidades es la más ardua de la Jurisprudencia”, ha dicho que

71. VON SAVIGNY, Federico C., *Sistema de derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora y Cía. Editores, 1879, (trad. Jacinto Mesia y Manuel Poley), t. III, § CCII y CCIII.

72. “*Impediens, pero no dirimens*”.

73. “*Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux art. 6, 8, 9, 10 [...] est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties; et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée; sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant*”.

74. VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, “Causa de Don Miguel Azcuénaga con Da. Vicenta Costa. Sobre nulidades absolutas y relativas en los actos jurídicos” (1840), publicado por primera vez en *Revista de Legislación y Ju-*

Prohibir y anular no son sinónimos en el derecho. Privar⁷⁵ un acto es ordenar no hacerlo. Anular es obrar sobre lo que ha sido hecho contra las formas prescriptas [...] hay actos prohibidos que no son nulos [...] hay actos declarados nulos aun cuando no sean positivamente prohibidos. Se presume que la forma de un acto no es ordenada sino para hacerlo más seguro y auténtico. Los intérpretes [...] dividen las formalidades esenciales o sustanciales de las que son accidentales o secundarias, cuya omisión no puede destruir la sustancia del acto [...] todas esas formalidades son infinitamente útiles y algunas moralmente necesarias para impedir los fraudes; sin embargo, su omisión no causa una nulidad de los actos [...] Las nulidades absolutas son aquellas que tienen por causa el interés público [...] Al contrario, aquellas leyes dadas en el interés solo de los particulares [...] no causan sino una nulidad respectiva⁷⁶ porque esta nulidad se juzga que no interesa sino a aquel en cuyo favor está pronunciada...

Señala Vélez que existen ciertas nulidades absolutas que son establecidas en el solo interés de los particulares:

La nulidad respectiva no es sino una facultad dada a una de las partes contra un acto que puede causarles algún perjuicio y como todo derecho facultativo puede dejarse de ejercer validando el acto, con sola esta falta de acción o de excepción.

Volviendo sobre las máximas del Código Civil del Estado de Nueva York, aparece bajo el n° 1989: “La expresión especial califica aquellas expresiones generales”⁷⁷.

Debemos tener presente otra cuestión. Sería sumamente atípico toparnos con una escritura de la que resulte en forma manifiesta el vínculo parental que relacione el interés del notario con el acto prohibido. Usualmente dicha circunstancia no es ostensible ni manifiesta, no es conocida por todos los otorgantes y su anulación depende de cierta investigación. Suele aparecer en casos de simulaciones e interposiciones de personas no ligadas por parentesco.

En esos casos no ostensibles, estaremos frente a actos anulables, en los términos del artículo 1045 del Código Civil⁷⁸ –no nulos–; los que se reputan válidos

risprudencia, Buenos Aires, 1872, t. VII, pp. 206-226; también en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, n°1, noviembre 1921, pp. 184-200. (Material bibliográfico reproducido en VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 79-90 [INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENNE - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Colección de textos y documentos para la historia del derecho argentino*, t. XI]).

75. Utiliza privar como sinónimo de prohibir.

76. Nulidad respectiva como sinónimo de relativa.

77. “*Particular expressions qualify those which are general*” (“*In toto jure per speciem derogatur et illud poltissimum habetur quod ad speciem directum est*”).

78. “Son anulables los actos jurídicos, cuando [...] o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho [...] y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos”.

mientras no sean anulados por sentencia firme. Siendo en estos casos una nulidad relativa, no podría ser declarada de oficio sino a pedido de aquellos en cuyo beneficio se establece.⁷⁹

En la nota al Título VI “De la nulidad de los actos jurídicos”⁸⁰, Vélez designa anulables aquellos actos que Savigny denomina rescindibles o atacables. En la nota al 1045 especifica que los actos anulables, dependientes de alguna investigación, son aquellos a los que atribuye nulidad relativa; y se reputarán válidos mientras no sean anulados (art. 1046). Consecuentemente, cuando el vínculo parental no aparece manifiesto, el acto se presume válido, prescriptible y confirmable, en los términos del artículo 1059⁸¹, con efecto retroactivo al día que tuvo lugar el acto (art. 1065). Al acto además se le aplicarían los efectos del artículo 1051, vale decir que no sería oponible a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Por el contrario, cuando el interés del notario o sus parientes surgiera manifiesto del acto, la nulidad sería absoluta, insalvable, imprescriptible e inconfirmable; debiendo ser declarada de oficio por el juez, en interés de la moral y de la ley (art. 1047).

9. Código unificado

Al momento de redactar esta ponencia, existe un Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado, en trámite parlamentario. Más allá de que la mayor parte de la doctrina hace votos para que nunca sea aprobado, corresponde alguna alusión.

El artículo 291 del Proyecto (Libro Primero, Parte General, Título IV “Hechos y actos jurídicos”, Capítulo 5 “De los actos jurídicos”, Sección 4ª “De los instrumentos públicos”) reemplaza específicamente al 985. Luego de enumerar los requisitos del instrumento público, dice:

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

La nueva redacción despeja la incógnita –que a nadie le quitaba el sueño– de incluir al cónyuge e incorpora además al conviviente, lo que importa un progreso relativo, teniendo en cuenta la deficiente redacción. Además, importa dos cambios sustanciales.

79. “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el sólo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes”.

80. Título VI, previo a tratar el art. 1037.

81. “La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad”.

Liminarmente, ha sido desactivada la excepción de si el interés personal invalidante lo fuere solo por tener parte en sociedad anónima o por ser gerentes o directores de ellas. Aplaudimos. Creemos que bastaba con determinar la mera existencia de un interés personal, máxime teniendo en cuenta que el Proyecto prevé la modificación de la Ley de Sociedades, autorizando las sociedades unipersonales.

Más sutil aparece que sustituye la invalidez del acto por la del instrumento. Si bien muchas veces el instrumento contiene un solo acto y de la nulidad de uno deviene la del otro, en muchos casos un mismo instrumento contiene más de un acto; a veces, incluso, de distinta jerarquía, alguno principal y otro accesorio.

El cambio normativo proyectado nos introduce en un túnel difícil de atravesar, cual es el de dictaminar la validez parcial del instrumento. Creemos que no es un tema menor y merece un estudio profundo que excede el presente.

Del “Memorial presentado ante la Comisión Bicameral” por la Academia Nacional del Notariado con motivo de la modificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación⁸², se tiene en cuenta este tema –al menos *obiter dictum*– al tratar el artículo 290. La Academia propone que la falta de una firma en el instrumento público, en lugar de generar la nulidad absoluta directa, simplemente atenúe el valor probatorio del instrumento; y que sea el juez quien determine la extensión de la ineficacia conforme las circunstancias del caso. Señala la Academia que ello armoniza con la invalidez parcial, como una de las clasificaciones de las ineficacias.

Con relación al artículo 291 propiamente dicho, el memorial de la Academia se limita a observar que, cuando se refiere al conviviente, debería exigir como recaudo de seguridad que la convivencia esté debidamente inscripta. Nuevamente, se busca un criterio objetivo para evitar los subjetivismos y la consiguiente inseguridad jurídica.

Por último, señala la Academia el error de limitar la existencia de sociedades unipersonales al tipo de sociedad anónima y propone que dicha posibilidad se extienda también al tipo de la sociedad de responsabilidad limitada.

10. Conclusiones

Luego de todo lo analizado, estamos en condiciones de exponer algunas conclusiones:

- 1) La fuente principal del artículo 985 no fue el tratado de Edouard Bonnier, ni el *Esboço* de Código Civil elaborado por Augusto Teixeira de Freitas para Brasil, sino la citada obra de los franceses Charles Aubry y Charles Rau.
- 2) Debe considerarse que los parientes del notario no están personalmente interesados, en los términos del artículo 985, por el hecho de ser asociados o tener

82. Publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 909, pp. 21-59.

parte en las personas jurídicas de derecho público o aquellas personas jurídicas del derecho privado del inciso 1 del artículo 33 del Código Civil –asociaciones y fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, no subsistan exclusivamente de asignaciones del estado y obtengan autorización para funcionar–.

- 3) La concepción de sociedad anónima utilizada por Vélez Sársfield difiere notablemente de la actual. En su origen era una sociedad generada en el derecho público, sobre la base de tener objeto de interés público y de bien común. En ello se apalancaba la excepción del artículo 985 relativa a quienes tuvieran parte en las mismas.
- 4) En el esquema actual, sólo cabe presumir que cumplen las circunstancias que llevaron a Vélez Sársfield a establecer dicha excepción las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones y, en cierta medida, aquellas del artículo 299 de la Ley 19.550 (salvo las del inc. 2).
- 5) No es razonable presumir que cumplen las condiciones de excepción aquellas sociedades anónimas que integraran el artículo 299 sólo por su capital (art. 299 inc. 2) ni las llamadas sociedades cerradas o de familia.
- 6) Tampoco sería razonable presumir que cumplan las condiciones de excepción las sociedades de responsabilidad limitada ni las en comandita por acciones ni las de persona o de interés.
- 7) En las sociedades de los dos puntos precedentes, deberán analizarse en cada caso las circunstancias para determinar si está involucrado un interés directo y personal del notario y/o de sus parientes.
- 8) De *lege ferenda* sería una mejora cualitativa que podríamos aceptar la de limitar la excepción, excluyendo a las sociedades anónimas cerradas o de familia y a aquellas que integran el artículo 299 de la Ley de Sociedades sólo por el inciso 2 (capital social). Sin embargo, lo óptimo sería directamente eliminar la excepción, como lo hace el Proyecto de Código Unificado.

Nota

Códigos franceses utilizados: *Code Civil des Français*, édition originale et seule officielle, a Paris, de L'Imprimerie de la République, an XII, 1804; *Code Civil de ROYAUME DE SARDAIGNE, Précédé d'un travail comparatif avec la législation française*, 1844; *Code de Commerce et les lois commerciales. Commentaire usuel indiquant sous chaque article. Les solutions theoriques & pratiques de la jurisprudence*, par T. Campenon, Paris, Henri Plon, 1865.



Lavado de dinero a través del turismo y desarrollos hoteleros

Agustín Nicolás Morello

RdN 915

RESUMEN

Con el objeto de dotar a los escribanos de información y herramientas útiles, válidas y prácticas para el cumplimiento de los imperativos legales de información y reporte a su cargo, se exponen en este artículo las vulnerabilidades del turismo y los desarrollos hoteleros frente a posibles actividades de lavado de activos. Se exhibe una caracterización de indicadores o alarmas a tener en consideración, a través de la elaboración de una matriz tripartita de riesgos: jurisdiccional o geográfico, subjetivo o inversor y objetivo u operación.

Sumario: **1.** Introducción. **2.** La trascendencia económica del turismo y su particular vulnerabilidad frente al lavado de activos. **3.** La matriz tripartita de riesgos. Jurisdiccional, subjetivo y objetivo. **4.** Corolario.

1. Introducción

Es pertinente formular una aclaración preliminar. El presente trabajo reconoce su génesis en una mirada del fenómeno del lavado de activos en emprendimientos hoteleros que se produce desde la óptica del derecho penal –que constituye nuestra especialidad y de la cual no nos desprendemos–. Sin embargo, se ha elaborado con la pretensión de suministrarles a los escribanos públicos elementos que les resulten de utilidad frente a los deberes que se les imponen en razón de su inclusión en la categoría de sujetos obligados.

En otras palabras, se intentará proporcionar una serie de alarmas de posible blanqueo en la hotelería, que coadyuven a cumplir con los deberes impuestos sin por ello fomentar en la función del notario un exacerbado rol de investigador o policía del cliente. En efecto, no se adhiere a esta postura, ya que implica trasladarle al escribano funciones y deberes de persecución que, además de que deben ser cumplidos por otros actores y constituyen actividades ajenas a su formación profesional, si no son debidamente administrados, pueden presentarse plagados de subjetividades y con el riesgo de socavar la confianza en la relación profesional.

No obstante, no se puede desconocer que los deberes de información y reporte han sido impuestos a los escribanos y, de hecho, con particularidades y exigencias elevadas. La normativa que les impuso dicho rol presenta elementos comunes con las disposiciones previstas para otros sujetos obligados (entidades financieras, compañías de seguros y contadores públicos) e incluye no solamente el deber de efectuar el reporte selectivo de aquellas operaciones consideradas como inusuales o sospechosas, sino también el de informar en forma automática o sistemática determinadas operaciones caracterizadas objetivamente aunque no sean estrictamente sospechosas. Lo paradójico es que, al prestar sus servicios profesionales –que en muchos casos resultan ocasionales–, los escribanos tienen a su disposición menos elementos de análisis del cliente que otros sujetos obligados.

La implementación estricta del “*know your customer*” o “conozca a su cliente”, que parece afectar por igual las responsabilidades de sujetos obligados disímiles, desconoce, por ejemplo, que en las operaciones inmobiliarias en donde intervienen dos partes el escribano conoce o tiene referencias de una sola de ellas, en el mejor de los casos, y sólo excepcionalmente de todos los involucrados en el negocio. Por otra parte, si bien puede resultar incuestionable que una entidad financiera tenga capacidad de percibir con relativa certeza una operación que rompa con la habitualidad y perfil del cliente, ello se debe tanto a la mayor estructura operativa que posee como al mayor conocimiento que tiene de las actividades del cliente y, fundamentalmente, de la evolución de los movimientos de sus cuentas bancarias. Ello no sucede en la relación escribano-cliente, esencialmente esporádica o accidental; allí se establece un vínculo de duración limitada que generalmente no supera la transacción puntual, cuya tramitación podrá demorar apenas un par de meses con contadas entrevistas con las partes.

Por otro lado, el aumento excesivo de las exigencias y obligaciones de los notarios parece desconocer que la industria del lavado de activos constantemente muta los profesionales a los que recurre, para no generar sospechas ni quedar expuestos. Más allá de los aportes y esfuerzos que se les pueda pedir a los particulares, creemos que es el Estado, a través de organismos de control autónomos capacitados y eficientes, quien debe asumir la responsabilidad primaria en la prevención de las actividades de blanqueo, sin exigirles de más a quienes sólo intervienen en transacciones o negocios puntuales.

Igualmente, se entiende importante dotar a los escribanos de información y herramientas que sean útiles, válidas y prácticas para que puedan brindar una respuesta adecuada a los imperativos legales. Este objetivo es el que nos impulsa a poner a disposición y exhibir nuestro análisis y la matriz de riesgos de lavado en los emprendimientos turísticos y hoteleros, aunque no ignoramos que no todos los indicadores que incluimos están fácilmente al alcance del notario en ejercicio de sus funciones.

2. La trascendencia económica del turismo y su particular vulnerabilidad frente al lavado de activos

El turismo es una fuente valiosa de ingresos para los países. Sus bondades provienen de su capacidad de contribución al producto bruto interno, la creación de empleo, la recaudación fiscal y la generación de divisas.

En la última década, la actividad turística fue ganando terreno en la economía mundial, ya que el crecimiento constante del sector permitió un aporte cada vez más significativo al producto bruto global. Durante el año 2011, la actividad económica de turismo y viajes (AETV) generó una cifra superior al 9% del producto bruto mundial y al 8,5% en lo referente a la producción de empleo –equivalente a más de 220 millones de puestos de trabajo–.¹

En Argentina, desde 2010, el turismo pasó a ocupar el sexto lugar entre las actividades que más aportan al PBI. En efecto, el PBI atribuible al sector creció ese año un 24,3%, en comparación con el año anterior. Simultáneamente, en materia de generación de puestos de trabajo, el sector también se destaca, ya que genera más del 7% de los empleos totales del país –más de 1.200.000 empleos– y ocupa el octavo lugar con relación a la participación en el trabajo nacional.²

Sin embargo, el desarrollo alentador de la actividad turística coloca al sector frente al desafío de preservarse de la delincuencia organizada y de su posible contaminación a través de la incorporación de fondos de origen delictivo a la economía formal del país. La tentación de consentir el aprovechamiento de capitales de origen ilícito para reactivar e incentivar el crecimiento económico siempre trae aparejadas consecuencias negativas. Además de distorsionar los mercados y afectar la competencia leal, produce la desestabilización y pérdida de credibilidad del sistema financiero y económico en general, provocando, consecuentemente, la corrupción de las instituciones y de las personas.

Para fijar con precisión el significado del lavado de dinero, la primera premisa que se debe atender es que no existe una definición única y válida para todos los supuestos de blanqueo que comprenda absolutamente todas sus modalidades. Las formas que puede adoptar el blanqueo de capitales son producto de variadísimas combinaciones para lograr su objetivo. Sobre esto último, en cambio, sí existe uniformidad: el objeto final que persigue es la simulación de licitud de activos que se han originado ilícitamente. Por ello, en líneas generales, constituye lavado de dinero toda operación comercial o financiera que tienda a legalizar los recursos, bienes y servicios provenientes de actividades delictivas.³

1. Fuente: Consejo Mundial de Viajes y Turismo –*World Travel & Tourism Council*– (WTTC).

2. Fuente: Cámara Argentina de Turismo - Informe económico anual sobre la actividad de viajes y turismo 2011.

3. CAMERINI, Marcelo A., “Introducción a las fases y metodologías en el proceso de lavado de dinero”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2002-B, p. 811.

Una conceptualización más acabada podría definir el lavado de activos como el conjunto heterogéneo de maniobras comerciales o financieras que, sutilmente sincronizadas, constituyen un procedimiento subrepticio, clandestino y espurio mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas y condenables a nivel universal (venta ilegal de armamento, prostitución, trata de personas, contrabando, evasión tributaria, narcotráfico, corrupción, fraudes corporativos, terrorismo, entre otros) son reciclados en el circuito normal de capitales o bienes, diluyendo su origen ilegítimo, para permitir que sean usufructuados.

Al plantear que **el turismo es** una actividad económica relevante pero **particularmente vulnerable al lavado**, se sugiere que los beneficios del sector son susceptibles de ser heridos, penetrados o traspasados por el impacto negativo de capitalistas que buscan reciclar dinero de origen ilícito. La vulnerabilidad, entendida como la especial cualidad de poder ser herido, es un concepto que puede aplicarse a una persona o a un grupo social y se extiende a este sector de la economía a partir de la conclusión de que existen diversos factores que hacen que el turismo pueda presentar una particular incapacidad para prevenir, resistir y sobreponerse al impacto del lavado, lo que lo posiciona en situación de riesgo y pone en jaque sus destacados aportes económico-sociales.

Cuando se alude a un impacto negativo se está pensando en secuelas tales como el desequilibrio del mercado turístico, inversiones y emprendimientos golondrina o no sustentables, afectación de la competencia y/o apartamiento de inversores lícitos, situaciones de monopolio en la oferta turística, fijación artificial de precios, distorsión de las variables sectoriales y alteración artificial de los ciclos de un destino turístico, entre otras.⁴

La permeabilidad del turismo al lavado queda exhibida en diversos factores, que, la mayoría de las veces, actúan en forma entrelazada: políticos, económicos y aquellos que hacen a la naturaleza propia y exclusiva de la industria. Ello nos muestra, consecuentemente, **vulnerabilidades estructurales** y **vulnerabilidades funcionales**. Las estructurales constituyen las características intrínsecas de una jurisdicción o que resultan innatas con la actividad. (Aunque su modificación sea difícil o imposible, deben elaborarse herramientas para reducir sus efectos). En cambio, las vulnerabilidades funcionales responden a la manera deficiente en que se llevan adelante la prevención, la detección y la persecución del lavado, por lo que se trata de debilidades que pueden ser objeto de corrección a través de reformas que encaren un verdadero programa de acción contra el reciclado.

A continuación, se enuncian sintéticamente los factores de vulnerabilidad más destacables:

4. Butler distinguió seis etapas de comportamiento de los destinos turísticos, que adoptan una lógica repetida y dieron lugar al llamado ciclo del destino turístico -*tourism area life cycle*- (TALC). Sustancialmente, dichas etapas contienen las siguientes fases sucesivas: exploración, implicación, desarrollo, consolidación, estancamiento y declive.

- Mutabilidad natural de los ciclos apogeo-caída de los destinos turísticos.
- Variedad en la oferta de tipologías hoteleras utilizables y destinos turísticos atractivos.
- Amplitud de la gama de servicios ofrecidos y utilizables como anexos al turístico (bares, restaurantes, casinos, discotecas, espectáculos artísticos).
- Controles inadecuados que corroboren la coherencia estricta entre las ganancias declaradas y la afluencia real de turistas, la ocupación efectiva, la duración de las estadías y los gastos.
- Condiciones de mercado con reducida competencia o monopolio de un sector turístico u hotelero.
- Necesidad de divisas y capitales frente a coyunturas económicas críticas.
- Disminución de los controles estatales frente a la inserción de capitales frescos, priorizándose una supuesta reactivación económica generada a través del turismo, particularmente en relación con la creación de fuentes de trabajo, en desmedro de la prevención del blanqueo de activos.
- Diversificación de la economía nacional y relevancia del PBI como facilitadores de ingreso en el sistema financiero internacional.
- Existencia de múltiples instituciones financieras y otras entidades asimilables.
- Sinergia entre las entidades financieras y los operadores turísticos (se hace presente en cuestiones de financiamiento, inversión, incentivos financieros, gestión/administración de emprendimientos, comercialización, distribución de dividendos, etc.).
- Subsistencia de áreas informales en la economía y relevancia de las transacciones en efectivo.
- Falta de un programa definido en la política y la legislación antilavado sin ambigüedades y oscilaciones.
- Falta de coordinación interinstitucional y de autonomía e independencia de los organismos antilavado.
- Vínculos y lazos entre la política y los inversionistas hoteleros.
- Legitimación de activos originados en delitos de corrupción de funcionarios públicos, lo que muchas veces genera interferencias en los sistemas de detección, investigación y judicialización que afectan su imparcialidad y desempeño.
- Deficiencias en el control fronterizo.
- Déficit de formación de los operadores judiciales que les permita procesar adecuadamente los casos de blanqueo.

3. La matriz tripartita de riesgos. Jurisdiccional, subjetivo y objetivo

La matriz de riesgos intenta aportar una caracterización de los indicadores de alarma de posible blanqueo. Por un lado, le facilita al sector privado la forja de políticas corporativas eficaces en materia de prevención de este tipo de crímenes económico-

financieros y del necesario control sectorial de los competidores. A la vez, coadyuva a que el sector público geste procedimientos de supervisión que se dirijan a reforzar los controles y a perseguir el lavado de activos.⁵

La identificación de indicadores de riesgo o de posibles indicios de lavado tiene una faceta *ex ante*, eminentemente preventiva y contemporánea a la operación sospechosa, y otra faceta o segmento *ex post* a los fines de la acreditación por sumatoria de indicios, más propia de la instancia penal o reactiva. Esta manera de encarar la temática específica guarda consonancia con el convencimiento de que una política de combate del lavado que intente ser exitosa debe sustentarse en un trípode: prevención, detección, persecución penal.

La matriz de riesgos se sistematiza a través de los siguientes parámetros básicos: 1) el riesgo jurisdiccional, geográfico o riesgo-país; 2) el riesgo subjetivo o, según el caso, inversor, emprendedor, desarrollador o cliente; 3) el riesgo objetivo, esto es, el vinculado con la maniobra concreta, operatoria o indicador que pueda encubrir el lavado de activos.

3.1. *El riesgo jurisdiccional*

El primer aspecto de influencia o riesgo relevante viene dado por las características de la jurisdicción, o sea, el riesgo geográfico o riesgo-país.

Algunos países presentan intrínsecamente un riesgo de blanqueo de activos más alto que otros. Dicha característica se vincula sustancialmente con: la existencia de legislaciones permisivas; el desarrollo de un sector financiero de relativa importancia, no fiscalizado debidamente; el mantenimiento de áreas informales en la economía; y, en muchos supuestos, la existencia de altos grados de corrupción gubernamental.

Este factor de riesgo nos brinda una doble vía de alarma: por un lado, los desarrollos hoteleros y turísticos instalados en las jurisdicciones más conflictivas, y, por otro, los inversores que están vinculados a países de riesgo más elevado, como consecuencia de sus relaciones económicas, de su ciudadanía o de su residencia. Estos extremos requieren una mayor diligencia en la evaluación y análisis de sus proyectos, negocios y/u operaciones.

La consideración oficial por parte del GAFI de una jurisdicción como no colaboradora y cualquier tipo de nexo acreditado entre un emprendedor turístico y esa jurisdicción constituyen motivos elementales de atención por riesgo jurisdiccional o geográfico. Sin embargo, existen jurisdicciones cuyas autoridades no evidencian ninguna reacción ni impulsan ninguna medida frente al lavado de dinero y su inclusión

5. CHENA, Pablo, "Definiciones metodológicas en la construcción de matrices de riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo", en Bertazza, Humberto J. y D'Albora, Francisco J. (h.) (dirs.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. III, p. 77.

oficial como no cooperador no ha llegado a efectivizarse, lo que obviamente no libera del potencial riesgo.

Los paraísos o guaridas fiscales⁶ encajan claramente dentro de la categoría de riesgo geográfico. Se trata de aquellos países de nula o baja tributación, entre los que se incluyen dominios, jurisdicciones, territorios, Estados asociados o regímenes tributarios especiales. En muchos casos, estos lugares sirven también como guaridas bancarias, tanto por el alcance del secreto bursátil en orden a la titularidad de los depósitos, transferencias y demás operaciones financieras como por los escasos requisitos que exigen para la constitución de bancos, por lo que configuran el núcleo o esencia del sistema de sociedades *off shore*.⁷ (Sobre este particular tipo societario y su eventual utilización con finalidades de lavado se volverá al abordar el riesgo subjetivo o riesgo emprendedor turístico).

En términos generales, los centros *off shore* se caracterizan por: regímenes legales liberales; estructuras tributarias enfocadas al consumo, poco exigentes y sin acuerdo para intercambio de información fiscal con otras jurisdicciones; estricto secreto bancario, tributario y profesional; gobiernos estables y poco permeables a presiones extranjeras; alta dependencia económica del sector financiero; utilización de monedas de aceptación mundial; ubicación geográfica próxima a países ricos y con huso horario adecuado; modernas comunicaciones electrónicas; comercio turístico abundante; servicios financieros variados; desconocimiento físico de la clientela.⁸

Tanto la Unidad de Información Financiera (UIF) como la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) publican en sus sitios web un listado que contiene alrededor de un centenar de paraísos fiscales de todo el mundo.⁹ A título ilustrativo: en el Caribe (Bermudas, Bahamas, Islas Caimán, Panamá); en Europa (Isla de Man, Andorra, Liechtenstein, Suiza, Gibraltar); en el Océano Índico (Anjouan, Isla Mauricio); en el Pacífico (Hong Kong, Macao). Por otra parte, aun cuando no lleguen a ser incluidos en la categoría de paraísos fiscales, confluyen y satisfacen el riesgo jurisdiccional todos aquellos “países de baja o nula tributación” que, de acuerdo con los alcances de lo dispuesto por el Decreto 589/2013 (B. O. 30/5/2013), no son “cooperadores a los fines de la transparencia fiscal”. A su vez, se entiende por tales aquellos que no suscribieron con el país (o hayan iniciado gestiones en tal sentido) acuerdos de intercambio de información en materia tributaria y convenios para evitar la doble imposición internacional.

6. Terminología adoptada en el documento final de la Cumbre del G-20, presentado en septiembre de 2013, receptado a propuesta de la Argentina.

7. KINA, Juliana G., “Sociedades *off shore* y rol del fiscal”, Buenos Aires, [s.e.], 2013.

8. BIAGOSCH, Zenón A. y D'ALBORA, Francisco J. (h.), “Lavado de dinero y operatoria *off shore*”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 17/7/2001.

9. De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1344/1998 (reglamentación de la Ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias).

Por último, no se debe dejar de mencionar dos extremos que incrementan el riesgo país. Uno de ellos es la coyuntura económica crítica y la necesidad de nutrirse de divisas, lo que muchas veces relaja los controles y baja la vara de la prevención frente a la posibilidad de una inversión de capitales urgente. El otro supuesto de atención es la existencia de antecedentes de criminalidad organizada que pueda presentar el Estado y que necesariamente deben llevar a reforzar la vigilancia.

En síntesis, cuando se habla de riesgo jurisdiccional en la ponderación del inversor turístico, se alude a la necesidad de corroborar si los fondos provienen o tienen algún nexo con países que no cumplen con los estándares internacionales en materia de transparencia, reciprocidad en el intercambio de información y prevención del lavado, o donde el grado de compromiso político de las autoridades responsables es deficiente.

3.2. *El riesgo subjetivo*

El riesgo subjetivo se centra en la puntual observación y análisis que debe efectuarse del empresario turístico. Por ello, se habla de un riesgo emprendedor-desarrollador-inversor. La individualización de esta categoría de riesgo es crucial para el desarrollo y la puesta en práctica de un marco efectivo de lucha contra el lavado en base a indicadores de peligro.

Entre las **categorías de inversores** cuyas actividades o antecedentes pueden indicar un riesgo más alto, se deben incluir y considerar los siguientes: emprendedores que integren la categoría de personas expuestas políticamente –*politically exposed persons*– (PEP); desarrolladores con inversiones desproporcionadas respecto de su patrimonio; inversores ocasionales y desconocidos en la industria que encaran proyectos de envergadura; terceros utilizados de modo impropio (prestanombres o testaferros); y sociedades *off shore*.

En términos generales, las **PEP** son aquellas personas que ocupan u ocuparon funciones públicas prominentes en un determinado país: jefes de Estado o de gobierno, altos cargos políticos o gubernamentales, funcionarios judiciales o militares, directores ejecutivos de empresas estatales y altas autoridades de partidos políticos, entre otros. Asimismo, se incluyen en dicha categoría el círculo parental próximo de dichos sujetos y quienes mantuviesen relaciones de negocio o sociedades con ellos. En pocas palabras, son funcionarios públicos locales y extranjeros, sus familiares y personas vinculadas que integran una categoría a los efectos de prevenir la corrupción política. En Argentina, son consideradas PEP aquellas incluidas en el catálogo elaborado por la UIF a través de la Resolución 11/2011, modificada por la Resolución 52/2012 (B. O. 3/4/2012).

Respecto de las consideradas PEP por ser o haber sido funcionarios públicos extranjeros y sus parientes y allegados, que se ven afectados por su caracterización, la UIF ha impuesto el deber de llevar a cabo un seguimiento y monitoreo más exhaus-

tivo y continuo de la relación comercial que se entable con ellos. El riesgo subjetivo en estos casos impone el deber de reforzar todas las medidas imprescindibles para determinar el origen de los fondos involucrados en sus operaciones, considerando su razonabilidad y justificación económica y jurídica, y prestando especial atención a las transacciones que, eventualmente, no guarden correspondencia con las actividades declaradas y con sus perfiles.

Por su parte, respecto de las restantes PEP, los recaudos especiales señalados en el párrafo anterior se limitan únicamente a aquellos casos en que los sujetos obligados en las tareas de prevención del lavado detecten mayor riesgo en la relación con estas personas.

Los **empresarios turísticos ficticios o simulados** son inversores o emprendedores de la industria turística sólo de un modo aparente y esconden tanto operatorias como personajes que buscan el blanqueo de activos. Son ejemplos de esta tipología: desarrolladores que presentan inversiones desproporcionadas respecto de su patrimonio; inversores ocasionales y desconocidos en la industria que emprendan proyectos considerables; los prestanombres o testaferros, que implican la utilización impropia de terceros.

El **emprendedor desproporcionado** es aquel que exhibe un desequilibrio inexplicable entre su patrimonio y el gasto que compromete en el proyecto turístico. Se trata de empresarios con un nivel de activos y una capacidad de capital que no guarda coherencia con el monto comprometido en el proyecto y los tiempos de recuperación de la inversión.

El **inversor turístico accidental, ocasional o fortuito** es un emprendedor desconocido en la actividad. El menor o nulo trato previo con él implica inevitablemente un riesgo mayor de que pueda estar representando capitales que buscan blanqueo; además, esta circunstancia torna dificultosa la consideración de sus antecedentes, patrones de inversión o de activo disponibles.

Finalmente, otra categoría que implica altos riesgos es la de **inversor turístico impropio**. Alude a la interposición de un prestanombre o testaferro, o sea, un mecanismo que implica la utilización de un tercero que no es el verdadero propietario de la masa patrimonial invertida con el fin de evadir los controles. Equivale a la búsqueda de personajes fungibles que mutan de uno a otro proyecto turístico que se planifique. Detrás de ellos se esconden los verdaderos capitalistas, de origen ilegítimo, que no quieren ser reconocidos y cuyo único interés es limitar su responsabilidad y alejar la posibilidad de que terceros y el Estado puedan identificarlos. De esta manera, se constituye una modalidad de enmascaramiento del empresario, quien, sin dejar de controlar el emprendimiento, oculta su identidad y preserva su responsabilidad penal.

En el marco del turismo, puede darse una directa y absoluta sustitución simulada del empresario o bien variantes, como arrendamientos, tercerizaciones o cesiones de administración de proyectos hoteleros a cambio de una renta periódica a cargo de un tercero –arrendatario o figura asimilable– que, por ejemplo, resulte un prolijo cumplidor de un canon locativo pero que, a poco que se indague, podría pre-

sentar inconsistencias en la determinación de cómo se afronta el negocio, que quizá no exhibe ni plena ocupación ni consolidación en el mercado turista.

Finalmente, resulta de vital consideración en la elevación del riesgo subjetivo la utilización del particular tipo societario constituido por las **sociedades off shore**. Pueden caracterizarse como aquellas que se constituyen e inscriben bajo las leyes de una jurisdicción, país o plaza determinada, pero con el objeto de realizar sus actividades en otro, para la realización de operaciones de carácter financiero o bancario, compra de inmuebles o participaciones accionarias, celebración de complejas transacciones contractuales, etc.¹⁰ Esta tipología de persona jurídica presenta ventajas fiscales: exenciones del impuesto sobre sociedades y de otros tributos, como el impuesto al valor agregado o sobre actividades económicas. Además, el trámite de constitución es sencillo, económico y garantiza el anonimato de los socios. En las jurisdicciones *off shore*, los datos personales de los accionistas no figuran en ningún registro público y se autoriza el uso de representantes. Los cargos son ocupados por terceros, inscriptos como administradores y controlantes de la sociedad, en lugar del auténtico propietario, por lo que sus designaciones, estrictamente formales, protegen la privacidad y el anonimato del verdadero capitalista.¹¹

Previamente a finalizar el análisis del riesgo subjetivo, cabe destacar una de las novedades más trascendentes de la Ley 26.683 (modificatoria de la Ley 25.246): el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de lavado de activos que sean perpetrados en nombre o con la intervención o en beneficio de un ente ideal.

3.3. *El riesgo objetivo*

El riesgo objetivo se constituye con la identificación de ciertas modalidades o indicadores provenientes del emprendimiento, desarrollo, proyecto, operación o transacción concreta ejecutada o tentada por el operador turístico, que pueden implicar u ocultar actividades de blanqueo de capitales.

Estos procederés serán penalmente típicos cuando impliquen la conversión, transferencia, venta, gravamen, disimulación o cualquier otro modo de poner en circulación en el mercado bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito (cfr. art. 303 CPEN). No obstante el hecho de que los conceptos carecen en general de una significación jurídica unívoca,¹² sintéticamente se puede decir que:

10. GENÉ, Gustavo E., "Los requerimientos internacionales en la prevención del lavado de dinero. El rol de los sujetos obligados", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2005-C, p. 1375.

11. KINA, Juliana G., ob. cit. (cfr. nota 7).

12. D'ALBORA, Francisco J. (h.), "La ley de lavado de dinero encogida por mal uso", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2000-F, p. 411.

- **convierte** quien hace que algo se transforme en su esencia o naturaleza, que una cosa se vuelva otra distinta, permitiendo esconder su origen ilegítimo;
- **transfiere** quien remite fondos, pero también quien cede a otra persona un bien, un derecho, un dominio o una atribución, cualquiera sea el título o forma;
- **administra** quien maneja, organiza u ordena un conjunto o la totalidad de los bienes, el capital, el patrimonio, propio o ajeno y total o parcialmente;
- **vende** quien traspasa la propiedad de un bien, conviniendo un precio por ello;
- **grava** quien constituye bienes en garantía de una obligación (p. ej: prenda, hipoteca);
- **disimula** quien esconde, tapa, oculta o disfraza una cosa para que aparezca de un modo distinto y se encubra su verdadera naturaleza.

Todos los verbos típicos incluidos son distintas formas de hacer efectiva la puesta en circulación en el mercado de bienes de origen ilícito.

Sin pretender efectuar una descripción detallada de todas las modalidades que podrían presentarse, se enuncian a continuación algunos procedimientos que podrían ir en esa línea y que, desde luego, no sólo no agotan todos los posibles, sino que se renuevan continuamente: subvaluaciones adquisitivas; sobredeclaraciones de ingresos y facturación apócrifa; inoculación de capitales a empresas turísticas en crisis; reciclado de fondos a través de préstamos de dinero, tanto en su proceso de reintegro o devolución como mediante la deliberada colocación en una situación de insolvencia para provocar así la ejecución de las garantías o avales; deliberada generación de negocios fallidos y acumulación de ejecuciones judiciales fraudulentas; suscripción de sucesivos boletos de compraventa de emprendimientos hoteleros que no se convierten en escrituras traslativas de dominio definitivas, dando legitimidad al monto del boleto perdido; adquisición de divisas extranjeras y/o cheques de viajero, pasajes u otros títulos de transporte internacional con el objeto de reducir el volumen de dinero sucio, proyectarlo al exterior y convertir las ganancias ilícitas en una divisa sólida y estable, dotada de suficiente reconocimiento internacional; etc.

Por su relevancia, se efectuarán algunas precisiones de las tres primeras modalidades mencionadas, para luego intentar una sistematización de determinados indicadores objetivos.

En las **subvaluaciones adquisitivas**, los precios declarados en la transacción de adquisición de un complejo turístico o en los cálculos de inversión son menores que el valor real del inmueble o inmuebles adquiridos u obras desarrolladas (*double invoicing, double pricing*). La cuantía que se declara es satisfecha con dinero obtenido lícitamente o, al menos, susceptible de ser justificado. Sin embargo, la diferencia existente, hasta alcanzar el importe real y efectivo del negocio, se integra con la entrega de una cantidad pendiente de ser depurada. Una vez consumado dicho negocio o finalizada la operación, el adquirente habrá conseguido deshacerse de una masa pa-

trimonial de origen ilícito y, a cambio, habrá obtenido un bien cuyo verdadero valor de mercado podrá requerir en ulteriores contrataciones o ventas.¹³

La **sobredeclaración de ingresos del negocio y la facturación apócrifa** pueden encontrar en la hotelería y sus servicios anexos (restaurantes, bares, discotecas, salas de juego o casinos) un terreno fértil. Ello se debe a la abundancia de dinero al contado y las características que ofrecen las transacciones-masa, que permiten la convergencia de una masa anónima e indeterminada de consumidores y donde no resulta difícil abultar artificialmente las cifras reales de ingresos mediante la incorporación de caudales provenientes de fuentes ilícitas y la instrumentación de transacciones ficticias. Así, muchas veces solamente existe un título o instrumento puramente ficticio (*conterfeit invoice*) justificante, frente a los mecanismos de control, del traspaso de una masa patrimonial que no se corresponde con una prestación real cumplida.

En línea similar, una empresa turística cuyo objetivo sea desarrollar actividades de blanqueo de dinero puede encontrar una alianza delictiva estratégica en contribuyentes evasores que busquen reducir sus cargas impositivas, simulando servicios hoteleros y afines que se pagan contablemente pero que no se cumplen. La hipótesis consistiría en la emisión consentida de facturas, metodología según la cual una empresa turística/hotelera real documenta, mediante una factura comercial, la venta de un servicio que no es prestado realmente. Las empresas usuarias reducen ostensiblemente sus cargas tributarias, ya que la disminución de las bases imponibles de los gravámenes se traduce en la evasión total o parcial del pago de sus obligaciones. En la contraparte, la empresa turística/hotelera que actúa de usina proveedora de las facturas puede justificar un ingreso de dinero que quedará legitimado.

Finalmente, la **inoculación de capitales a empresas turísticas en crisis** consiste en la inyección de capitales a compañías que transitan situaciones económicas problemáticas recuperables o que están próximas a la quiebra o que padecen conflictos laborales por atrasos de sueldos. Tras detectar estas sociedades en aprietos, los inversores de dinero a blanquear les inoculan capital suficiente para afrontar la crisis, lograr su resurgimiento y, eventualmente, obtener un instrumento de recupero legítimo o promover su ulterior venta, para obtener un capital libre de la mancha original. Suelen ofrecer condiciones de apoyo financiero irresistibles mediante préstamos en términos ampliamente más favorables que los de mercado, aunque en muchos casos esconden la intención final de hacerse del control de la firma y lograr el apoderamiento de empresas lícitas.

Con el objeto de complementar lo hasta aquí expuesto acerca del riesgo objetivo, se sistematizan a continuación procederes, transacciones u operaciones de ca-

13. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, "Antecedentes: iniciativas internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero", en Fabián Caparrós, E. y otros, *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, Washington DC, OEA-CICAD-BID, 2007, capítulo I "Tipologías y lógica del lavado de dinero", pp. 5-120. МЕСИЦОВСКИЙ, Jaime, "Metodología del lavado de dinero" y RABINSTEIN, Alberto, "La prevención del lavado de activos en el sector inmobiliario", en Bertazza, Humberto J. y D'Albora, Francisco J. (h.) (dirs.), ob. cit. (cfr. nota 5), t. III, p. 11, y t. II, p. 437, respectivamente.

rácter general que podrían indicar o esconder actividades de lavado de dinero. Son señales de alerta o, en otras palabras, hechos, situaciones o indicadores que la experiencia nacional e internacional estableció como elementos de juicio a partir de los cuales inferir la posible existencia de un evento que escapa de la normalidad.¹⁴

Muchas de estas operatorias han sido individualizadas por la UIF y a partir de las buenas prácticas de prevención llevadas adelante por los organismos internacionales de prevención del lavado¹⁵. Se trasladan y adecuan a nuestro ámbito de análisis y deben ser objeto de especial atención cuando son ejecutadas por inversores turísticos o emprendedores hoteleros.

3.3.1. *Indicadores generales*

- Precios fuera de los valores de mercado y resultados en franca contradicción con las tendencias del sector hotelero.
- Suministro demorado o reticente de los estados contables.
- Constantes e importantes relocalaciones físicas de hoteles.
- Venta y liquidación sustancial de activos.
- Operatorias sin condiciones financieras justificantes y reticencia a suministrar datos aclaratorios.

3.3.2. *Indicadores vinculados a financiamientos y préstamos*

- Recepción de préstamos de fuentes no convencionales y/o garantizados por terceros sin relación con el operador turístico y su actividad.
- Cancelación inesperada de préstamos o pagados con fuentes de ingreso desconocidas.
- Financiación en condiciones más onerosas que las del mercado.
- Empresas de turismo que son reticentes a aceptar financiamientos o servicios bancarios a efectos de no facilitar determinada información societaria o del giro comercial.

3.3.3. *Indicadores vinculados a la composición accionaria y administración*

- Modificaciones relevantes de la titularidad del paquete accionario.
- Adquisición de entidades o sociedades que efectúe la empresa, máxime cuando difiera el objeto social.

14. MECICOVSKY, Jaime, "Manual de procedimientos para la prevención del lavado de dinero y financiamiento del terrorismo", en Bertazza, Humberto J. y D'Albora, Francisco J. (h.) (dirs.), ob. cit. (cfr. nota 5), t. III, p. 170.

15. RABINSTEIN, Alberto, ob. cit. (cfr. nota 13), pp. 433-439.

- Frecuentes cambios del personal ejecutivo.
- Antecedentes y calidad del directorio inconsistente con la envergadura de la compañía hotelera.

4. Corolario

A lo largo de este trabajo se ha intentado ofrecer una serie de herramientas no para fomentar una recarga de las funciones de vigilancia de los escribanos, sino para suministrar elementos que faciliten un ejercicio equilibrado y razonable de los deberes impuestos, que, en definitiva, constituyen una de las bases de la respuesta estatal frente al lavado de activos.

La política anti-lavado necesariamente se sostiene sobre medidas de corte preventivo o alerta y otras de naturaleza punitiva, que deben funcionar armónicamente vinculadas y coordinadas. La falla del sistema de alertas afectará inevitablemente el universo de casos judicializables; y, a la inversa, un inadecuado procesamiento de las alarmas, la falta de diligencia e independencia de los organismos contra el blanqueo y la ineficiencia judicial indefectiblemente provocarán un menoscabo del sistema de prevención, ya que los sujetos obligados descreerán del tratamiento que se les brinde a sus alertas.

Justamente, en relación con la credibilidad del sistema, cabe preguntarse si la ideación de un procedimiento de prevención del lavado es creíble cuando, por un lado, recarga las obligaciones de sujetos obligados como los escribanos, que no cuentan con los mismos elementos que el Estado para perseguir al lavado, y, simultáneamente, los representantes de ese mismo Estado fomentan el expeditivo debate y sanción de la Ley 26.860, que impulsa la exteriorización (eufemismo de blanqueo) de moneda extranjera a través de su afectación a instrumentos financieros como el BA-ADE o el CEDIN. Más allá de las críticas que puedan ensayarse contra esta norma en la medida en que implica una inequidad impositiva y socava la cultura fiscal, es en relación con la temática del lavado donde presenta su punto más conflictivo, ya que exime de informar la fecha de compra de las tenencias y el origen de los fondos con los que sean adquiridas.

Este panorama equívoco, de políticas fluctuantes frente al lavado de activos, muestra una respuesta estatal severamente condicionada por las coyunturas económicas y políticas, lo que podría llevar a pensar en la inutilidad del sistema de alertas, el reporte de operaciones sospechosas, el cumplimiento adecuado de las tareas de prevención, el conocimiento del cliente y el estudio de las operaciones que se presentan frente a un sujeto obligado.

Sin embargo, creemos imprescindible destacar que, a nivel mundial, las actividades del lavado de dinero se tornan cada vez más intolerables. Es clara una sana evolución internacional hacia el combate del aprovechamiento de los beneficios económicos que genera el delito y, en especial, la delincuencia de cuello blanco (*white*

collar criminality), cuyos resultados dañosos al tejido social y a las finanzas públicas de los distintos países son sustanciales.

Por ende, se sostiene que los resguardos y deberes frente al lavado de activos, más allá de las deficiencias de su implementación actual, deberán ser optimizados pero no abandonados. Es asimismo imprescindible la continua formación y capacitación de los operadores y sujetos obligados, tanto para la preservación de la propia responsabilidad como para estar listos para el irremediable y sano momento en que la reacción organizada y planificada del ejercicio de un poder persecutorio estatal sea más coherente y sostenida, uniendo los esfuerzos de los privados con la actividad indelegable, responsable y primaria del Estado.



Derecho real de anticresis en el nuevo Código Civil y Comercial

Marcos Alberto Paz Vela

RdN 918

RESUMEN

El derecho real de anticresis ha sido muy poco utilizado y se ha caracterizado por su tendencia a la desaparición. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con su regulación actual, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, este derecho real recaerá también sobre cosas registrables individualizadas, circunstancia que le abrirá la posibilidad de una mayor utilización.

Lo mismo que en la prenda, suelen designarse con el mismo nombre al contrato que da origen o sirve de fuente al derecho real de anticresis y al propio derecho real.

Marina MARIANI DE VIDAL¹

Sumario: 1. Legislación vigente. 2. Regulación en el nuevo Código Civil. 3. Galerías Pacífico. Un caso práctico. 4. Conclusiones.

1. Legislación vigente

El derecho real de anticresis se encuentra actualmente regulado por el Código Civil (CCIV) en los artículos 3239 al 3261.

1.1. Definición

Es un derecho real de garantía, concedido por un deudor (o un tercero por él) a un acreedor, que se ejerce por la posesión de un inmueble, cuyo contenido le permite al acreedor percibir los frutos para imputarlos a una deuda.²

1. *Derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 2004, 7ª ed., t. 3, p. 312.

2. HIGHTON, Elena I. en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 5C, p. 636.

1.2. *Elementos*

- Un inmueble.
- Su entrega al acreedor.
- La autorización para percibir sus frutos, que se imputarán al pago de un crédito.

1.3. *Legitimación*

Para otorgar este derecho, el constituyente debe ser capaz para disponer de sus bienes. Los representantes de los incapaces necesitarán autorización judicial. Puede ser constituido por el propietario que tenga capacidad para disponer del inmueble o por quien tenga derecho a los frutos.

Es un acto de disposición y, al mismo tiempo, aunque su objeto es el inmueble, se trata de una desmembración del dominio; se refiere a los frutos de la cosa y, para configurarla, la titularidad debe ser del propietario³ (titular del dominio perfecto o de quien tenga derecho a los frutos con dominio real p. ej., el usufructuario).

En el caso de que quien constituye el derecho real de anticresis sea un usufructuario, hay que considerar que éste tiene el derecho de uso y goce del inmueble y la constitución de anticresis implica una cesión del ejercicio del derecho del que es titular, por lo que su vigencia no puede ser mayor al tiempo que durará su usufructo. Fallecido el usufructuario, los propietarios tienen un derecho indiscutible para obtener su posesión:

Ese derecho no puede quedar en suspenso por el hecho de que el usufructuario haya cedido la posesión al constituir un derecho real de anticresis y que a la fecha del deceso el acreedor anticresista no haya conseguido el pago íntegro de su crédito; el art. 3245, que autoriza al acreedor a retener el inmueble recibido en anticresis, está supeditado a la subsistencia del usufructo y se extingue con él.⁴

1.4. *El objeto*

Es un inmueble y se trata de una desmembración del dominio. El objeto de la garantía está constituido por los frutos y productos del inmueble, pero no por el inmueble mismo.

1.5. *Caracteres del contrato*

El contrato es de carácter real. Debe hacerse tradición del inmueble al acreedor; caso contrario, no se perfecciona (art. 1141 CCIV):

3. Ídem, p. 644.

4. Ídem, p. 645 (C.C. 1ª Cap. Fed., 23/12/1936).

Para que exista anticresis se requiere, como condición esencial, que el deudor confiera al acreedor la posesión del inmueble, no simplemente la intervención, ocupación o tenencia de determinados bienes...⁵

Mariani de Vidal lo caracteriza como un “contrato real (arts. 1142 y 3240 Cód. Civil), unilateral (art. 1138 Cód. Civil) y oneroso (art. 1139 Cód. Civil) que sirve de fuente al derecho real de anticresis”.⁶

1.6. *La forma*

El contrato no está sujeto a ninguna formalidad aparte de la entrega del inmueble,⁷ pero cabe destacar que en el inciso 8 del artículo 1184 del Código Civil, que enumera los contratos que deben instrumentarse en escritura pública, se ubican las transacciones sobre inmuebles, además de la inscripción en el registro correspondiente (art. 2505 CCIV). Si bien para las partes el contrato se perfecciona con la entrega del inmueble y la confesión de cualquiera de ellas puede servir como medio de prueba, se requiere de la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad para su oponibilidad a terceros.

El artículo 3240 del Código Civil establece que “el contrato de anticresis sólo queda perfeccionado entre las partes por la entrega real del inmueble, y no está sujeto a ninguna otra formalidad”. El Codificador agregó en la nota de este artículo que

Puede ser probado, cualquiera que sea la importancia del crédito, por la confesión del deudor o del acreedor. Cuando se habla de la necesidad de escritura para la anticresis, es únicamente para la prueba del contrato, y no para su validez. El Cód francés, art. 2085, dice “La anticresis no se establece sino por escritura”, pero Berlier, en la exposición de los motivos, explica el pensamiento del artículo diciendo “que se refería a la prueba y no a la validez del contrato”.

Claramente se debe interpretar que, si bien para las partes la validez del contrato no está sujeta a otra formalidad que la entrega del inmueble, para su oponibilidad a terceros se requiere la solemnidad de la escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad.

5. Ídem, p. 641 (C.C. 1ª Cap. Fed., 1/12/1944 [*La Ley*, t. 36, p. 762]).

6. MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (cfr. nota 1), p. 312.

7. HIGHTON, Elena I., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 641.

1.7. *Derechos del acreedor*

Constituido el derecho de anticresis, el acreedor tomará la posesión del inmueble, lo usará y lo explotará como si fuera usufructuario, pudiendo además recibir los cánones locativos de una locación. Está autorizado a retener el inmueble hasta hacerse el cobro de su crédito, por lo que deberá rendir cuentas al deudor sobre la evolución del pago de la deuda. Deberá administrar el bien de acuerdo con su naturaleza, corriendo el riesgo de ser demandado y condenado en caso de actuar en forma negligente o por falta de conocimiento.

Si, vencido el plazo estipulado para el pago, el acreedor no llegare a cobrar su crédito, podrá exigirle judicialmente al deudor la venta del inmueble (art. 3251 CCIV⁸), pero no podrá de forma alguna tomar la propiedad por el importe de la deuda (art. 3252 CCIV⁹). Esta exigencia de hacer vender el inmueble en forma judicial no le da privilegio de prenda sobre el precio de venta (art. 3255 CCIV). El inicio del proceso de ejecución del crédito y la solicitud de la venta en forma judicial significan la renuncia del derecho de retención.

La garantía de la anticresis es la posesión del bien y el cobro del crédito con su producido, pero no le permite al acreedor anticresista el cobro privilegiado. Por ello, será un acreedor quirografario más sobre el producido de la venta.

El acreedor anticresista, mientras tenga vigente su derecho, puede hacerlo valer frente a otros acreedores privilegiados (art. 3254 CCIV), pero, una vez que inicia la ejecución de su crédito y exige la venta del inmueble en forma judicial, renuncia a su derecho de retención o la renuncia a la posesión. Por tal motivo, una vez vendido el inmueble, primero cobrarán quienes sean acreedores privilegiados, y quien era acreedor anticresista cobrará junto con los demás acreedores quirografarios.¹⁰

1.8. *Extinción*

Una vez que el acreedor se haya hecho de su crédito, deberá devolver el inmueble al propietario o al titular del derecho. No se prevé un plazo máximo de duración.

8. Art. 3251 CCIV. “No pagando el deudor el crédito al tiempo convenido, el acreedor puede pedir judicialmente que se haga la venta del inmueble. Es de ningún valor toda convención que le atribuya el derecho de hacer vender por sí el inmueble que tiene en anticresis”.

9. Art. 3252 CCIV. “Es de ningún valor toda cláusula que autorice al acreedor a tomar la propiedad del inmueble por el importe de la deuda, si ésta no se pagare a su vencimiento; como también toda cláusula que lo hiciera propietario del inmueble por el precio que fijen peritos elegidos por las partes o de oficio”.

10. Art. 3254 CCIV. “El acreedor puede hacer valer sus derechos constituidos por el anticresis contra los terceros adquirentes del inmueble como contra los acreedores quirografarios y contra los hipotecarios posteriores al establecimiento del anticresis”. Art. 3255 CCIV. “Pero si él solicitare la venta del inmueble, no tiene el privilegio de prenda sobre el precio de venta”.

2. Regulación en el nuevo Código Civil

El derecho real de anticresis está regulado dentro de los derechos de garantía, Libro 4, Título XII, Capítulo 3, artículos 2212 al 2218 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).¹¹

2.1. Definición

El artículo 2212 del CCCN define la anticresis como

... el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda.

La primera diferencia que cabe destacar con el actual Código es respecto del objeto: hasta aquí el objeto era solamente inmuebles; a partir de la vigencia del CCCN (establecida para el 1/8/2015), se podrá gravar con este derecho todo tipo de cosas registrables individualizadas (determinadas), entregando la posesión de ellas al acreedor o a un tercero designado por ambas partes, quien podrá percibir los frutos e imputarlos a una deuda.

2.2. Elementos

- Cosas registrables individualizadas.
- Su entrega al acreedor o un tercero designado por ambas partes.
- La autorización para percibir sus frutos, que se imputarán al pago de una deuda.

2.3. Legitimación

Pueden constituirlo los titulares de derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo (art. 2213 CCCN). El constituyente debe ser capaz para disponer de sus bienes. Los representantes de los incapaces necesitarán autorización judicial. Quienes tengan su capacidad restringida en los términos del artículo 32 del CCCN y requieran la asistencia de la persona designada por el juez como apoyo, como indica el artículo 43, necesitarán su asistencia en la medida fijada por la resolución judicial.

Puede ser constituido por el propietario que tenga capacidad para disponer de la cosa registrable o por quien tenga derecho a los frutos. Es un acto de disposición y, al mismo tiempo, se trata de una desmembración del dominio.

11. Su normativa se redujo de veintidós artículos a seis.

Un condómino o un usufructuario podrían dar en anticresis su proporción de titularidad sobre una cosa, porque no afecta a los demás titulares mientras la cosa permanezca de su titularidad.

2.4. *El objeto*

Es una cosa registrable y se trata de una desmembración de dominio. El objeto de la garantía está constituido por los frutos y productos de la cosa registrable, pero no la cosa. Ésta deberá ser restituida a su titular al finalizar el derecho, sea por el cumplimiento del plazo o por el cumplimiento de la obligación.

2.5. *Plazo*

Se estipula para este derecho un plazo máximo de diez años para cosas inmuebles y de cinco años para cosas muebles registrables (art. 2214 CCCN). Si el constituyente es el titular de un derecho real de duración menor, la anticresis se acaba con su titularidad.

Si bien el CCCN establece un plazo máximo de duración del derecho de anticresis, según las cosas sean inmuebles o muebles, los efectos de la duración de la inscripción de la anticresis se conservan por veinte años para inmuebles y por diez años para muebles registrables. Por ello, el plazo de constitución podrá renovarse, antes del vencimiento del original, por otros diez o cinco años más, según corresponda a inmuebles o muebles, hasta llegar a los veinte o diez de su registración.

2.6. *Derechos del acreedor*

Cuando el acreedor toma la posesión de la cosa dada en anticresis, adquiere el derecho de usarla, percibir los frutos, imputándolos a gastos e intereses inicialmente y luego al capital. Si se trata de un inmueble, puede habitarla o utilizar la cosa mueble, imputando como fruto el alquiler que otro pagaría.

Se elimina de la actual regulación el derecho de retención más allá del plazo de vigencia del derecho y la facultad de exigir la venta judicial si no llegara a cobrar el crédito. El acreedor asume al constituir el derecho un alea que es, más allá de una adecuada explotación y administración, no cobrar su crédito en el plazo de vigencia del derecho estipulado.

2.7. *Deberes del acreedor*

Debe rendir cuentas al deudor sobre la evolución del crédito y la forma de imputación de los gastos, intereses y capital.

Debe conservar la cosa; no puede modificar el destino ni realizar ningún cambio del que resulte que el deudor, después de pagada la deuda, no pueda explotar la cosa de la manera en que lo hacía antes. No puede de ninguna manera realizar cualquier acto que disminuya el valor de la cosa dada en anticresis.

Debe administrar conforme a las reglas del mandato, y responde por los daños que ocasione al deudor.

El incumplimiento de sus deberes extingue la garantía y lo obliga a restituir la cosa a su titular legitimado.

2.8. *Forma*

El CCCN nada advierte en los artículos 2212 al 2218 en cuanto a la forma, por lo que hay que remitirse a lo establecido en la parte general de los contratos (Título II, Capítulo 7). El artículo 1015 del CCCN establece que “sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada”. A su vez, el artículo 1017 dispone que “deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles”.

Entonces, al suprimirse del CCCN el texto del artículo 3240 del Código Civil (ver punto 1.6.), a efectos de la oponibilidad a terceros respecto de las cosas muebles registrables se requerirá la inscripción en el Registro correspondiente; en el caso de inmuebles, la escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad.

2.9. *Gastos*

El titular del objeto gravado debe al acreedor los gastos necesarios para la conservación, aunque éste no subsista, pero el acreedor está obligado a pagar las contribuciones y cargas del inmueble.

3. **Galerías Pacífico. Un caso práctico**

El inmueble ubicado sobre las calles Florida, Viamonte y San Martín y la avenida Córdoba en la Ciudad de Buenos Aires fue remodelado y reciclado por la empresa Galerías Pacífico SA. De acuerdo con un plan acordado por las partes, el Estado Nacional Argentino entregó la posesión del inmueble (propiedad de Ferrocarriles Argentinos) a Galerías Pacífico SA para que ésta mantuviera la explotación por un plazo cierto determinado. Como contraprestación, Galerías Pacífico SA debía invertir el dinero necesario para la ejecución de las obras de remodelación, reciclado y restauración de la cúpula del edificio, y pagar además un canon mensual.

En principio, el 26 de enero de 1990, las partes firmaron un contrato por instrumento privado, en el que manifestaron que la adjudicación y posesión real y jurídica

del inmueble había sido válidamente acordada y que se habían iniciado las primeras obras. El 24 de abril de 1990, se firmó la escritura pública, autorizada por el escribano general del Gobierno de la Nación, Natalio Pedro Etchegaray. La empresa Ferrocarriles Argentinos constituyó derecho real de anticresis a favor de Galerías Pacífico SA, imputando globalmente la totalidad de los frutos civiles y rentas que produjera la explotación de los sectores afectados al contrato en calidad de contraprestación de las inversiones que la empresa Galerías Pacífico SA realizara para la ejecución de las obras. El derecho abarcó la totalidad de la superficie del inmueble.

Del acto instrumentado surge claramente que las partes convinieron previamente cuáles serían sus respectivos derechos y obligaciones, lo comenzaron a ejecutar, luego plasmaron su voluntad en un contrato privado entre las partes y, finalmente, cumplieron con la solemnidad de la escritura pública, que se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble.

4. Conclusiones

- El derecho real de anticresis ha sido una figura poco utilizada en general (se conocen muy pocos casos); sólo el Estado ha hecho algún uso de él. Los particulares no lo han tomado en consideración al analizar ciertos negocios, preferiendo optar por otros más tradicionales, tales como el fideicomiso de garantía o el usufructo, que por ser mucho más conocidos, les dan a los requirentes una mayor seguridad.
- El derecho real de anticresis otorga al acreedor una garantía de cobro de su inversión. Éste recibe la posesión del inmueble para explotarlo durante el plazo determinado o hasta el recupero del capital e intereses.
- Los herederos del acreedor anticresista pueden continuar con el derecho hasta recuperar la inversión y, si bien son responsables por la administración del bien, tienen herramientas tales como la locación o la cesión del derecho, que les dará la posibilidad de recuperar la inversión sin perjudicar al propietario del inmueble.
- El acreedor anticresista se comporta como si fuera el propietario, sin necesidad de rendir cuentas a nadie, pero con la obligación de cuidar la cosa, conservarla y ejecutar las reparaciones necesarias para mantener el bien, para que al finalizar su derecho el nudo propietario recupere la cosa en idéntica calidad, salvo los deterioros producidos por el buen uso y el paso del tiempo.

Estudio de la noción de oponibilidad en el derecho inmobiliario

Especial referencia al Proyecto de Código Único 2012*

Ariel Eugenio Regis

RdN 916

RESUMEN

Se realiza un estudio desde una óptica abstracta de algunos aspectos generales, necesarios para el estudio de la noción de oponibilidad, que lo erigen como un concepto esencial en la comprensión del derecho privado moderno y, posteriormente, un análisis somero de su aplicación a la resolución de conflictos en el ámbito del derecho inmobiliario en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Sumario: *Introducción. 1. El instituto de la oponibilidad. 2. Criterios normativos para la determinación de la oponibilidad en el derecho inmobiliario. 3. Visión geométrica del conflicto en materia inmobiliaria. 4. La oponibilidad aplicada a supuestos particulares. 5. Conclusión.*

Introducción

En ocasión del XVII Congreso Nacional de Derecho Registral (Vicente López, 15-17 de agosto de 2013), presentamos la presente ponencia¹ al Tema I que hoy, corregida y ampliada, es objeto de la presente publicación. En dicha oportunidad, advertimos de inmediato que la extensión y asimetría de los tópicos del temario propuesto² requerían ampliar nuestra mirada y centrar el estudio no ya en la publicidad inmobiliaria

* [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26.994. Por tal motivo, las referencias utilizan el término "Proyecto"].

1. [N. del E.: obtuvo el Segundo Premio].

2. Tema I: Registración inmobiliaria. Proyecto de unificación de los códigos. Casos particulares con vocación registral: 1. Publicidad Registral y posesoria. Conflicto entre ambas publicidades. Vocación registral de los boletos de compra venta. Antecedentes doctrinarios, jurisprudenciales y registrales. Efectos de lo dispuesto por el artículo 1170 del Proyecto. Subsistencia y aplicación de la Ley Nacional Registral. 2. Dominio imperfecto: Dominio fiduciario. Limitaciones a las facultades del propietario. Publicidad. Extinción del dominio fiduciario. Irretroactividad. Readquisición del dominio perfecto. Efectos. 3. Dominio imperfecto: Dominio revocable. Límite al efecto resolutorio. Consecuencias de la retroactividad de la revocación. Readquisición del dominio perfecto. 4. Conjuntos inmobiliarios. Efectos de su registración.

sino en la oponibilidad, entendida ésta como un medio técnico que el derecho utiliza en la resolución de conflictos intersubjetivos, del que la primera es solo un engranaje.

Así, en el presente el lector encontrará, luego de algunos aspectos generales que hemos ampliado y pulido desde esa fecha hasta ahora, un análisis somero de la aplicación del instituto a la resolución de conflictos en el ámbito inmobiliario en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante PCU) elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, creada por Decreto presidencial 191/2011 del 23 de febrero de 2011.

1. El instituto de la oponibilidad

¿Qué es la oponibilidad? A menudo nos manejamos en una precomprensión de lo que las palabras significan, sin indagar acerca del sentido de lo que expresamos. La ambigüedad o polisemia propia del término *oponibilidad* hace que los intentos de una teoría general que englobe todas sus acepciones sea, cuando menos, difícil. Las referencias normativas, doctrinales y jurisprudenciales sobre elementos del orden jurídico tan variados como disímiles³ hacen necesario un estudio profundo e integral como pocas veces se ha emprendido.

Mucho antes que nosotros se ha destacado la falta de desarrollo científico que la oponibilidad ha tenido, pese a su importancia.⁴ Sin embargo, parece pasar desapercibido para la mayoría de la doctrina su carácter transversal. La falta es doble, en tanto en cuanto no sólo no se le da al instituto la importancia teórica que ha adquirido desde la última mitad del siglo pasado, que lo erige en un concepto general esencial del pensamiento jurídico contemporáneo, sino que además, con frecuencia, se lo analiza casi únicamente en su aspecto negativo (inoponibilidad).⁵

3. Ver RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena. La inoponibilidad*, Valencia, 1994, p. 14. El autor sostiene que “la inoponibilidad puede referirse a elementos jurídicos tan diversos como un hecho, un acto, un derecho subjetivo o una situación”. En sentido contrario, cfr. PAU PEDRÓN, Antonio, *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*, Madrid, 2001; afirma que el campo propio de la oponibilidad son las situaciones jurídicas y rechaza que el título sea oponible a terceros. Tampoco considera oponibles los negocios, citando en tal sentido a Decottignies, para quien el contrato es medio de prueba, pero no cabe hablar de oponibilidad del contrato. Por el contrario, reputa oponibles los derechos y la información.

4. Nuestra afirmación ha sido puesta de resalto con anterioridad, aunque pocas veces ha sido continuada la investigación que la figura merece. En la doctrina española, ver DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1983, p. 531; LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Derecho de obligaciones. Elementos de derecho civil*, Barcelona, 1977, t. II, v. 2, p. 271 (ed. act. Delgado Echeverría); PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, 1978, t. II, v. I, p. 262; Díez PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1998, t. I, p. 280; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho inmobiliario registral. Elementos de derecho*, Barcelona, 1984, t. III bis, p. 164; RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., *Manual de derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Cáceres, 1997, p. 197.

5. Díez PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 280.

Aunque el desarrollo dogmático del instituto corresponde a los ordenamientos jurídicos modernos –son destacables los esfuerzos de la doctrina francesa e italiana desde mediados del siglo pasado⁶–, los supuestos prácticos que resuelve la inclusión normativa de la figura ya eran tomados en cuenta en el derecho antiguo. En Iberoamérica, escasean los estudios con vocación de generalidad. Sólo unos pocos hemos podido encontrar en la doctrina española.⁷ Pese a ello, se multiplican por doquier los trabajos que estudian su aplicación a institutos específicos.⁸

1.1. *Acerca de la noción de oponibilidad*

En una primera aproximación, algo puede ser opuesto u oponerse en por lo menos dos sentidos. En la mayoría de los casos, el verbo *oponer* se toma en el sentido de imponer o invocar un argumento, un medio de defensa. En este primer sentido (sentido adjetivo), se utiliza el verbo *oponer*⁹ como sinónimo de *excepcionar*, de colocar un obstáculo a la pretensión de un demandante, que en este caso concreto consiste en la alegación de unos hechos que enervaban o contrarrestaban las acciones ejercitadas en un procedimiento.¹⁰

Junto a éste, aparece en los últimos años un nuevo sentido (sentido técnico jurídico o sustantivo), que la doctrina francesa es conteste en emparentar con la

... aptitud de un derecho, de un acto (convención, sentencia, etc.), de una situación de derecho o de hecho para hacer sentir sus efectos con respecto a terceros (es decir, per-

6. Por nombrar algunos: BASTIAN, Daniel, “Essai d’une théorie générale de l’inopposabilité”, Université de Paris - Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 1896-1968, Organisme de soutenance, Editor Recueil Sirey, 1929; LEVIS, Marc, *L’opposabilité du droit réel: de la sanction judiciaire des droits*, Collection Droit Civil, Paris, Economica, 1989; VETTORI, Giuseppe, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, Giuffrè, 1988; WINTGEN, Robert, *Étude critique de la notion d’opposabilité: les effets du contrat à l’égard des tiers en droit français et allemand*, Bibliothèque de Droit Privé, t. 426 (Paris: L.G.D.J, 2004), entre muchos otros.

7. RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., [cfr. nota 3]; PAU PEDRÓN, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 3].

8. La lista es interminable. Sólo por citar algunos ejemplos: ORELLE, José M. R., “Sistema de transmisión inmobiliario”, en Moisset de Espanés, Luis (dir.), *Homenaje a los congresos de derecho civil (1927-1937-1961-1969)*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, t. IV, pp. 1939-2001; MALICKI, Anahí S. M., “Inoponibilidad del negocio jurídico”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1991-IV, p. 631; LLOVERAS, María E., “De la inoponibilidad de los actos jurídicos” y ZANNONI, Eduardo A., “Inoponibilidad positiva e inoponibilidad negativa de los actos jurídicos”, en Ameal, Oscar J. (dir.), *Derecho privado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pp. 645-668, y pp. 15-20, respectivamente; TEDESCO, Ricardo L., “Inoponibilidad del contrato”, en Vítolo, Daniel R. (dir.), *La actuación societaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 123-126; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Bien de familia. Publicidad y oponibilidad”, en *Colección Jurisprudencial*, Rosario, Zeus, t. 96; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La persona jurídica. Sus límites. Inoponibilidad de la personalidad. Penetración. Grupos económicos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 8, 1995, pp. 121-135.

9. “1. tr. Poner algo contra otra cosa para entorpecer o impedir su efecto. [...] 6. prnl. Impugnar, estorbar, contradecir un designio”. (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, on line [consulta: 2013]).

10. RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., [cfr. nota 3].

sonas que no son ni titulares del derecho, ni partes en el acto, ni causahabientes o acreedores de estas partes, ni interesados en primer lugar por la situación), no sometiendo a estos terceros a las obligaciones directamente nacidas de esos elementos (lo que constituye, en los casos especificados donde se produce, una ampliación del efecto obligatorio de un acto por excepción al principio del efecto relativo de aquel) sino forzándolos a reconocer la existencia de los hechos, derechos y actos llamados oponibles (si están, por lo demás legalmente probados), a respetarlos como elementos de orden público y a tolerar sus consecuencias, salvo su oposición cuando la ley les concede derecho para ello.¹¹

De esta definición se desprende, como hemos puesto de manifiesto, que el verbo *oponer* y sus derivados (oponible, oponibilidad, opuesto, etc., y sus sinónimos) son utilizados con frecuencia en relación a diferentes elementos del orden jurídico.¹²

Desde un análisis gramatical, es posible afirmar que el término *oponibilidad* es un sustantivo abstracto, donde el sufijo *-bilidad* significa cualidad. Éste deriva del adjetivo verbal *oponible*, definido como aquello que se puede oponer.¹³ El sufijo *-ble* en *oponible* indica posibilidad pasiva, es decir, capacidad o aptitud para recibir la acción del verbo¹⁴, en este caso *oponer*.

En este orden de ideas, la función del adjetivo *oponible* es la de calificar¹⁵ el elemento del que se trate, de dotarlo de un plus que sin él no tendría. Como consecuencia, lleva consigo la posibilidad de dividir los elementos entre aquellos oponibles y los que no lo son. De esta forma, la oponibilidad se da siempre como una relación entre dos términos, en la medida en que aquello que es oponible lo es en relación a otra cosa.¹⁶

Siendo así, que algo pueda ser opuesto o que se pueda oponer en sentido adjetivo no nos dice todavía que sea oponible en sentido técnico o sustantivo. En tanto en el primero la oposición del elemento se emparenta con la acción de oponer, de esgrimir el elemento en juicio, en el segundo refiere a su efecto, a una cualidad o propiedad del elemento esgrimido por el cual tiene efectos jurídicos **fuera de su círculo de**

11. CORNU, Gérard (dir.), *Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995.

12. Utilizamos la palabra elementos o institutos para poder abarcarlos todos, siguiendo en esto a la doctrina francesa.

13. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, on line [consulta: 2013].

14. *Ibíd.*

15. La gramática tradicional dividía los adjetivos en dos subclases: los adjetivos determinativos (demostrativos, posesivos, indefinidos, cuantificativos) y los calificativos. Estos últimos son definidos como aquellas palabras que acompañan al sustantivo para expresar alguna cualidad de la persona o cosa nombrada.

16. *Oponer(se)*, como intransitivo pronominal, significa “estar una cosa en relación de oposición con otra”. Que algo sea oponible implica siempre dos términos: el oponible y el que soporta dicha oponibilidad. No es posible hablar de oponibilidad en abstracto, siempre se requiere de alguien o algo a quien o al que *se pueda oponer*. (*Ibíd.*)

actividad directa,¹⁷ lo que determina un cierto grado de orden o preferencia entre los elementos tenidos en cuenta.

Una oposición implica una incompatibilidad de posiciones jurídicas que no pueden ser simultáneamente satisfechas en el todo¹⁸. Y es por ello que el campo de la oponibilidad en sentido técnico jurídico queda reducido y se concretiza en situaciones determinadas y entre sujetos también determinados (ver apartado 3.2.).

Analizaremos en los apartados que siguen su aplicación de manera general a algunos de estos elementos, para luego, en los capítulos venideros, indagar acerca de su funcionamiento en supuestos específicos que se desarrollan dentro del marco del derecho inmobiliario.

1.2. Recorte del ámbito de estudio. El derecho inmobiliario

El derecho privado patrimonial puede ser considerado como aquella parte del derecho que comprende las normas e instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan las actividades económicas del hombre.¹⁹ Éste atiende, en primer lugar, a establecer una serie de reglas por medio de las cuales se lleve a cabo la distribución de los bienes económicos entre los miembros de la sociedad y, por consiguiente, la atribución a cada uno de ellos de concretos y determinados bienes. En segundo lugar, el derecho patrimonial establece las reglas en virtud de las cuales unas personas realizan o pueden realizar prestaciones de servicios en favor de otras (cooperación o colaboración social) y un tráfico o cambio de manos de los bienes económicos (intercambio en sentido amplio).²⁰

Pese a no poder predicar del derecho inmobiliario autonomía científica, sistémica, ni normativa tal que pueda ser estudiado con independencia del derecho privado patrimonial, ciertamente podemos pensarlo como objeto de estudio científico a partir de deslindar algunos aspectos más o menos generales que lo caracterizan.

Así, en un intento hacia su caracterización, que nos servirá de base para el desarrollo posterior –por analogía a lo dicho en relación al derecho privado–, el derecho inmobiliario puede ser caracterizado como un conjunto de normas, esencialmente de derecho privado, que rigen las relaciones de atribución e intercambio de derechos que tienen por objeto mediato o inmediato cosas inmuebles.

17. Conforme a la definición de Capitant, la “calidad del derecho o defensa que su titular pueda hacer valer contra terceros”.

18. LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Zavallia, 1983, p. 267

19. DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 38.

20. *Ibid.*

1.3. *La oponibilidad y las relaciones jurídicas*

1.3.1. *El quid de la oponibilidad erga omnes en la clasificación de los derechos subjetivos*

La doctrina clasifica los derechos subjetivos en relativos y absolutos, según exista o no un sujeto pasivo determinado.²¹ En los relativos, el derecho le confiere al titular la facultad de exigir un determinado comportamiento a una persona determinada. En los absolutos, entre los cuales se encuentran los reales, el sujeto pasivo es toda la sociedad. Éstos existen frente a todos o *erga omnes*; a la facultad del titular corresponde el deber de abstención de todos los demás.

Este criterio merece aclaraciones, en tanto resulta imposible pensar el derecho subjetivo sin predicar de él la facultad de exclusión de aquellos actos de los terceros que impliquen privar del derecho a su titular o restringirlo más allá de lo razonable. La sociedad toda debe soportar el ejercicio de las facultades propias de la clase de derecho a la que se refiere, lo que se hace esencial para la convivencia pacífica de los individuos en ella.

El sentido amplio de la propiedad privada²², desarrollado a partir del artículo 17 de la Constitución Nacional, impone que el Estado o los particulares se abstengan

21. V. ROGUIN, Ernest, *La règle de droit*, Paris, F. Rouge, 1889, pp. 207 y ss. El autor dice: “Esta clasificación es por excelencia capital. Ella hace al fondo de toda legislación”, lo que es aplicable a nuestro CCIV y aun al PCU. En una primera instancia, Vélez explica con una clasificación diversa, aunque íntimamente ligada, el método que seguiría en el CCIV, lo que resulta del oficio de remisión del primer libro del Código Civil de Junio 21 de 1865, enviado al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Doctor Don Eduardo Costa. En dicho instrumento, el Codificador explica que ha creído que, “en un Código Civil, no debía tratarse del goce y de la pérdida de los derechos civiles, de la muerte civil, de los derechos que da la nacionalidad, ni de ninguno de los derechos absolutos, como lo hacen el Código Francés y tantos otros que lo han seguido. Al emprender el trabajo que V.E. me encargó, he debido preguntarme, ¿qué es un Código civil?, ¿cuáles son los derechos que en sus resoluciones debe abrazar la legislación civil? Únicamente los derechos relativos reales y personales que crean obligaciones peculiares entre ciertas y determinadas personas”. Como se advierte de la sola lectura de este párrafo, Vélez aquí pone los derechos reales dentro de los relativos. abandona esta clasificación de viejo cuneo para adoptar la que venimos analizando a partir del libro II donde absoluto es tomado como sinónimo de *erga omnes*. Así lo advierte ALLENDE, Guillermo L, *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967, pp. 30 y ss. (en la nota 10, el autor cita en el mismo sentido un trabajo inédito de Marina Mariani de Vidal).

22. Véase el desarrollo de esta concepción en la jurisprudencia de la CSJN en el famoso fallo “Mango c/ Traba” (*Fallos*, t. 144, p. 220) del 30/8/1925, donde se resolvió en favor del actor que había obtenido sentencia firme de desalojo, estableciéndose la inconstitucionalidad de la Ley 11.318, que prorrogaba el término de las locaciones. En dicha oportunidad la Corte, interpretando la letra del art. 17 de la Constitución Nacional, caracterizó al derecho de propiedad en sentido amplio al decir que “comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”; lo que fuera reiterado en el caso “Bourdié c/ Municipalidad de la Capital” (*Fallos*, t. 145, p. 307), donde expuso que “el término propiedad [...] comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativo (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad”. Y también que “el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurada en términos amplios por el art. 17 protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones”.

de realizar actos que puedan privar arbitrariamente a una persona de sus derechos individuales o restringírseles más allá de lo razonable de forma tal que en los hechos signifique una anulación o alteración del derecho en cuestión.

La inviolabilidad de los derechos se caracteriza por la imposición al tercero de una situación o relación jurídica. El tercero debe soportar esa realidad, contar con ella necesariamente a la hora de ejercitar sus derechos. Sólo por excepción el tercero podrá desconocerla en determinados supuestos que la ley establece o cuando medie un ejercicio abusivo del mismo.

Este criterio que afirmamos es fruto de largas discusiones acerca de la diferenciación entre derechos reales y personales, uno de cuyos criterios se asienta en la oponibilidad.

La teoría clásica define el derecho real por oposición a los derechos personales. Establece que lo que caracteriza a los derechos reales es la relación directa e inmediata del titular (o sujeto) del derecho con la cosa (objeto). El titular del derecho real ejerce la potestad jurídica con independencia de todo otro sujeto. Pothier explica que mientras que el derecho real es un derecho en la cosa (*ius in re*) de la cual el titular saca una ventaja o beneficio, el derecho personal es un derecho a la cosa (*ius ad rem*), que se dirige a la persona obligada a darla. Esta doctrina fue puesta en duda por aquellos autores que impugnan la división entre derechos reales y personales, doctrina que lleva el nombre de unitaria y que se divide en dos: unitaria personalista y unitaria realista, según la unificación se haga sobre una u otra categoría de derechos.

La tesis realista asimila los derechos personales a los reales, reduciendo el crédito a meras relaciones entre patrimonios, en tanto el crédito (patrimonio del acreedor) se traduce en un poder jurídico de agresión sobre los bienes que componen el patrimonio del deudor. Por su parte, la tesis unitaria personalista –Demogue, Planiol– impugna la división entre derechos personales y reales, y describe el derecho real como una obligación pasivamente universal.²³ Así, la distinción entre derechos reales y personales basada en el sujeto pasivo de la relación no sería tal, pues en los derechos reales también existiría una obligación, siendo su objeto una prestación consistente en una abstención u omisión que pesaría sobre los integrantes de la comunidad.

La corriente doctrinaria neoclásica, intermedia o ecléctica –cuyo origen se puede remontar al mismo Planiol, quien, en coautoría con Ripert, rectifica años más tar-

23. Véase al respecto la tesis doctoral de MICHAS, H., “Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle”, Université de Paris (1896-1968), Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 1900. Esta concepción se ve clara en el siguiente párrafo de AUBRY, Charles y RAU, Charles, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, Paris, Marchal et Billard, 1869, § 296: “A tout droit correspond une obligation. Il en est ainsi, même des droits réels, qui imposent virtuellement à ceux auxquels ils n'appartiennent pas l'obligation de ne point y porter atteinte. Cependant cette obligation générale et négative, qui correspond aux droits réels, n'est pas l'objet immédiat de ces droits, dont l'existence est indépendante de l'accomplissement de toute obligation. Les droits personnels, au contraire, ont pour objet une prestation, c'est-à-dire l'accomplissement d'une obligation sans laquelle ils ne sauraient exister”.

de su postura en su *Tratado práctico de derecho civil francés*²⁴– adicionó a la doctrina clásica la nota esencial de la absolutez y derivó otros atributos de los derechos reales que hacen a su eficacia: las facultades de persecución y preferencia.

Como explica López de Zavalía²⁵, esta doctrina compatibiliza las ideas de la teoría clásica con la de la doctrina unitaria personalista. Critica la teoría clásica por haber hecho hincapié únicamente en la relación directa e inmediata con la cosa (aspecto interno), olvidando, aunque sin desconocerlo, el aspecto externo.

Por el contrario, la teoría unitaria personalista sólo tuvo en cuenta el aspecto externo, o sea, la relación jurídica, olvidando el interno, o sea, la relación fáctica de la persona con la cosa. Así, los derechos personales u obligaciones tienen como objeto una prestación que sólo puede estar a cargo de una de las partes del negocio que le da causa, el deudor. En cambio, en el derecho real, el objeto es una cosa y no un hecho de una persona determinada, razón por la cual el deber correlativo no está en una sola persona, ni siquiera únicamente en el transmitente, sino en toda la sociedad.²⁶

Sin embargo, como afirman numerosos autores,²⁷ el deber general de abstención situado en el lado externo de las relaciones jurídicas no es óbice para la diferenciación entre derechos personales y reales,²⁸ pues todos ellos, como derechos individuales, se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico por igual.²⁹ En tal sentido, López de Zavalía³⁰ expresa que el aspecto externo, esto es, la relación con un sujeto pasivo universal se encuentra en todas las relaciones jurídicas y dice siempre lo mismo: respétese el enlace interno de la relación. Son de destacar también en este sentido las palabras de Ortolán³¹ –fuente tenida en cuenta por nuestro Codificador³²– que explican este distinguo, aunque sin advertir con claridad la diferencia entre obligación en sentido estricto y deber genérico –como lo hace la doctrina moderna y aun nuestro Codificador, siguiendo a Marcadé–:

24. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, t. III.

25. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1989, t. I, pp. 26 y ss.

26. La doctrina hoy es conteste en entender que “el sujeto pasivo del derecho real está constituido por toda la sociedad, sobre la que pesa un deber de abstención, negativo, que no constituye propiamente una obligación de no hacer [...] sino que consiste solamente en respetar la acción del titular del derecho sobre la cosa...” (MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1975, p. 28).

27. Ver, entre otros: GATTI, Edmundo, *Derechos reales. Teoría general*, Buenos Aires, Lajouane, 2006, p. 346; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 25], t. I, pp. 26 y ss.; ALTERINI, Jorge H. en Lafaille, Héctor, *Tratado de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I-V, p. 25.

28. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 25], pp. 26 y ss.

29. ALTERINI, Jorge H., ob. cit. [cfr. nota 27].

30. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 25], pp. 26 y ss.

31. ORTOLÁN, M., *Explicación histórica de la Instituta del emperador Justiniano*, Madrid, La Ilustración, 1847, (trad. de la 3ª ed. francesa por José Jiménez-Serrano), § 67.

32. Véase nota al art. 497 del CCIV.

Resulta pues que todo derecho, sin excepción, si se quiere apurar la esencia de las cosas, consiste en obligaciones. Estas obligaciones son de dos especies: la una general, que comprende la masa, el conjunto de todas las personas, y que consiste en la necesidad en que están todos sin distinción de dejar obrar al sujeto activo del derecho, de dejarle disfrutar del provecho o utilidad que su derecho le proporciona, sin oponerle embarazos ni obstáculo de ninguna clase. El abstenerse es una obligación general, obligación que existe en todo derecho, cualquiera que sea, porque en cualquier derecho todos están obligados a abstenerse de perturbar o embarazar el disfrute, el ejercicio del derecho. Puede decirse que en todo derecho hay siempre, por una parte, el sujeto activo a quien se atribuye el derecho y, por otra, la masa general de todos los hombres, de todas las personas, que están obligadas a abstenerse, a dejar obrar a aquel a quien pertenece el derecho, dejándole que reporte libremente el provecho o ventajas que se propone. Pero si existe en todo derecho esta obligación general y colectiva, hay casos en que se halla sola, en que no existe otra, y en que el derecho confiere al sujeto activo la facultad de reportar directamente de una cosa una utilidad una ventaja más o menos considerable, sin más obligación que la que todos tienen el deber de obrar, y de abstenerse de todo obstáculo y embarazo. Hay casos, por el contrario, en que además de esta obligación general que siempre existe, confiere el derecho al sujeto activo la facultad de precisar individualmente a una persona a cierta acción, como la de dar, suministrar, hacer tal cosa; o a cierta inacción, como sufrir, consentir tal otra. En este caso el sujeto pasivo del derecho es, por decirlo así, doble: por una parte la masa, el conjunto de todas las personas obligadas a un mismo tiempo a no oponer obstáculo alguno al disfrute del derecho; por otra el sujeto individualmente pasivo, obligado a hacer o no hacer tal cosa.

Desde otra óptica, algunos autores intentaron fundar el deber de respeto en los derechos personales a partir de una concepción diversa en tanto eliminar las diferencias entre derechos relativos y absolutos en atención a su común aspecto externo pone en duda la utilidad de la propia clasificación.

Así, De Ruggiero³³ entiende que

... lo protegido no es la relación de crédito sino un derecho que es absoluto, el derecho de propiedad que corresponde a mi deudor sobre la cosa en el segundo caso, el derecho que yo tengo a la integridad de mi patrimonio, del cual forma parte el crédito en el primero.

En igual sentido, el maestro Gatti³⁴ entiende que los derechos personales y, en general, los derechos relativos, sólo pueden ser violados por el deudor y no por los terceros, pues, si estos últimos quisieran impedir el cumplimiento de la obligación del deudor, sólo podrían hacerlo llevando a cabo una acción contra la persona del deudor.

33. DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil. Introducción y parte general. Derecho de las personas, derechos reales y posesión*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1929 (trad. esp. José Santa Cruz Teijeiro y Ramón Serrano Suñer de la 4ª ed. en italiano), pp. 218 y ss.

34. GATTI, Edmundo, ob. cit. [cfr. nota 27], p. 56.

dor (o aún del acreedor) o contra la cosa objeto mediato del derecho creditorio. De esta manera, lo violado sería siempre un derecho absoluto (el derecho de la personalidad del deudor –o del acreedor– o su derecho de propiedad) y no un derecho relativo. Reduce el autor, en consecuencia, la lesión del crédito del acreedor a la lesión del derecho de propiedad sobre el crédito, como derecho absoluto y no como derecho relativo.

1.3.2. *Crítica a la oponibilidad erga omnes*

Una corriente doctrinaria critica el concepto mismo de absolutividad o *ergaomnesibilidad*. Afirma Betti³⁵ en relación al derecho real que parece más exacto afirmar que el poder directo sobre la cosa que importa éste es susceptible de oponerse a terceros, pero no al universo mundo sino a quien entre en relación directa con esa situación o, lo que es lo mismo, con el titular a través de la cosa.

De ahí que, descartado el ámbito de las relaciones entre el titular de un derecho y la sociedad (oponibilidad *erga omnes*), restringimos el ámbito de estudio de la oponibilidad en sentido técnico jurídico a aquel que se da entre personas determinadas que no se encuentran ligadas por una relación obligacional sino por el hecho de tener ambos –titular y terceros– intereses contrapuestos sobre una determinada materia u objeto.³⁶

1.4. *La oponibilidad en materia de actos jurídicos.*

El binomio oponibilidad-inoponibilidad

En un sentido diverso³⁷ –aunque íntimamente emparentado con el primero– se habla de oponibilidad de un acto jurídico haciendo referencia a los efectos que éste tiene en relación a los terceros. Su contracara, la inoponibilidad, es estudiada, tanto en nuestra doctrina como en la francesa e italiana, en el ámbito de la ineficacias del acto jurídico.

1.4.1. *El principio de relatividad de los actos jurídicos*

Los actos jurídicos pueden ser caracterizados como aquellos actos voluntarios lícitos que tienen por finalidad inmediata la producción de efectos jurídicos (art. 944

35. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, nota 5.

36. Al respecto, ver DE CASTRO BRAVO, Federico, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 531; el autor afirma que la inoponibilidad “resulta del contraste de dos títulos; de la relativa superioridad o inferioridad de los que entre sí se han opuesto sobre una determinada materia u objeto”.

37. Cfr. LEVIS, Marc, ob. cit. [cfr. nota 6], p. 19; el autor afirma que la doctrina francesa (Aussel, Roubier, Bertrand, Duclos) tiene gran cuidado de no confundir las nociones de oponibilidad de los derechos y de oponibilidad de los actos.

CCIV). Los efectos o eficacia del acto jurídico son los “cambios que él produce en el mundo exterior”³⁸ y estos cambios tienen diferentes manifestaciones. Por un lado, el acto tiene eficacia reglamentaria y obligatoria entre las partes, cuya fuente se encuentra en la voluntad de estos sujetos, y, en cuanto no sea ilícito (ni contrario a la moral y buenas costumbres), el acto es reconocido por la ley. La autonomía privada es reconocida a los individuos por la sociedad y por el derecho para dictar leyes a los propios intereses y no a los ajenos, sus límites propios están marcados por la afectación a los intereses ajenos sobre los que no pueden disponer.

Siguiendo este orden de ideas, es posible advertir la contraposición entre el principio de relatividad de los actos –“*res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest*”, “*res inter alios acta neque nocet, neque prodest*”³⁹ y “*ante omnia enim animadvertendum es, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona nocet*”⁴⁰– con el de no dañar a otro –“*alterum non laedere*”⁴¹–, lo que resulta en un intrincado complejo de normas distribuidas a lo largo y lo ancho de nuestra legislación en pos de compatibilizar los intereses de las partes con los terceros.

Fuera de los efectos obligatorio y reglamentario –en cuanto a nosotros interesa aquí– el acto incide en el campo del derecho, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas.

1.4.2. *La oponibilidad de los actos jurídicos*

De acuerdo con el adagio “*res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest*”, los actos jurídicos sólo pueden producir efectos entre las partes (arts. 1195, 1199 y cc. CCIV). Sin embargo, la oponibilidad del acto jurídico no implica que éste pueda crear obligaciones en cabeza de los terceros, pero sí que las partes puedan oponer a los terceros los efectos del mismo producidos entre ellos.⁴²

En este orden de ideas, la doctrina francesa⁴³ ha destacado que el contrato existe en la realidad jurídica frente a todos, lo que se manifiesta con la expresión *oponibilidad*. Así, obtenido el efecto directo, la relación obligacional, “todos están obligados a respetarlo y a obrar en consecuencia, y todos pueden invocarlo como existente”⁴⁴.

38. BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986 p. 26, nota 12.

39. *Dig.* 10.11.12.D.

40. *Dig.* 2.14.27.4.

41. *Dig.* 1.1.10pr.

42. Así, por ejemplo, los terceros no quedan obligados por los estatutos de una sociedad anónima, pero tienen que aceptar la existencia de esa persona jurídica y, por lo tanto, la realidad del pacto de constitución de la misma. Si son acreedores, tendrán que dirigirse contra la sociedad y sólo podrán dirigirse contra los socios en los casos tasados en que se les permite esa posibilidad.

43. DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, Paris, A. Rousseau, 1923, t. 7, parte 2, § 703, p. 78.

44. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 483 y ss.

Oponibilidad, aquí, no es equivalente a eficacia directa o refleja del acto jurídico en la órbita jurídica de los terceros, sino simplemente posibilidad de que las partes funden eficazmente, en éste o en el derecho del que es causa, una pretensión dirigida contra terceros.⁴⁵ Dice Martínez Sanchiz:⁴⁶

La oponibilidad del contrato o negocio jurídico es una consecuencia normal, no implica una excepción a la relatividad de los contratos. Significa la posibilidad de oponer el negocio como hecho (*negotium*) o la situación creada o modificada por el mismo (*tractus*).

Por principio, los terceros deben tener en cuenta y respetar en su actuación jurídica los actos celebrados y las relaciones jurídicas creadas por otros; por lo tanto, todos los actos son oponibles a los terceros interesados o no,⁴⁷ en tanto las partes hayan cumplido con los recaudos formales exigidos a tal fin y siempre que la ley no establezca, por excepción, lo contrario (inoponibilidad).

1.4.3. La inoponibilidad

La oponibilidad se presenta como principio respecto del cual los casos de inoponibilidad son sólo excepciones, en tanto, como afirma Duclos⁴⁸, la primera pertenece a la anatomía y la segunda a la patología.

Dice De Page⁴⁹ que

... la inoponibilidad como excepción al principio de la existencia del acto o contrato – también de los derechos y situaciones jurídicas, agregamos nosotros– frente a todos se adopta para evitar a los terceros peligro muy graves.

Ante un determinado conflicto, la ley opta por sacrificar los intereses de uno de los sujetos en beneficio de otro, mediante el establecimiento de la inoponibilidad. Cuando la ley establece que el acto es inoponible a ciertos y determinados terceros, ello implica que es irrelevante⁵⁰ para ellos y, por lo tanto, pueden dirigir su actuación jurídica como si ellos no existieran.

45. DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 531.

46. MARTÍNEZ SANCHIZ, José Á., “La escritura pública entre la autonomía de la voluntad y la inscripción”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49 (2009), pp. 253-362.

47. RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. II, p. 559.

48. DUCLOS, José, *L'opposabilité: essai d'une théorie générale*, Bibliothèque de Droit Privé, t. 179 (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984), p. 21.

49. DE PAGE, Henri, *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence*, E. Bruylant, 1962, p. 187.

50. Decimos irrelevante y no inexistente siguiendo la terminología empleada por Alterini (v. su voto en CNCiv., Sala C, 21/11/1978, “Todros, José R. y otros c/ Todros Fraser, Jorge”) para diferenciarlo de la llamada inexistencia, que cierta doctrina enmarca dentro de las ineficacias.

La doctrina nacional es conteste en definir la inoponibilidad como un supuesto de ineficacia

... establecido por la ley, que priva a un negocio válido y eficaz, de sus efectos respecto de determinados terceros a quienes la ley dirige su protección, permitiéndoles ignorar la existencia del negocio e impidiendo a las partes del mismo ejercitar pretensiones jurídicas dirigidas a un tercero.⁵¹

Las conclusiones de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985) han dicho en tal sentido que

2) La inoponibilidad es un supuesto de ineficacia establecido por la ley, que priva a un negocio válido y eficaz de sus efectos propios, en relación con ciertos terceros a los cuales la ley dirige su protección. La inoponibilidad es una figura independiente de la invalidez. 3) El fundamento de la inoponibilidad radica en la protección de determinados terceros. 4) El sustento legal de la inoponibilidad se encuentra en las normas particulares que se refieren a cada una de las hipótesis. 5) La inoponibilidad debe estar expresamente establecida por ley. 6) La causa que provoca la inoponibilidad es originaria, pero a veces puede complementarse con una circunstancia sobreviniente. 7) La inoponibilidad puede alegarse por vía de acción y de excepción.

En otro orden de ideas, como explica Zannoni⁵², es posible distinguir dos situaciones diferentes a las que la doctrina se refiere como inoponibilidad: el acto jurídico que, si bien es válido y eficaz entre las partes, resulta a la vez ineficaz respecto de determinadas personas y, a la inversa, de actos, cuya ineficacia entre las partes no obsta a que frente a determinadas personas (terceros) sean plenamente eficaces. A la primera se la llama inoponibilidad positiva y a la segunda, negativa (arts. 396 y 397 PCU).

1.5. *Relaciones entre la oponibilidad del derecho y del acto jurídico*

Si bien es dable distinguir la oponibilidad de los derechos o situaciones jurídicas y de los actos que le dan causa,⁵³ una y otra se encuentran íntimamente ligadas, pues la oponibilidad de un derecho o de una situación jurídica es una consecuencia de la oponibilidad del acto que los ha creado o alterado.

El mecanismo teórico de la oponibilidad –dice Duclos⁵⁴– se presenta de la siguiente manera: en primer lugar, el contratante opone su acto jurídico como fuente

51. RIVERA, Julio C., ob. cit. [cfr. nota 47], p. 936.

52. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit. [cfr. nota 8], pp. 15 y ss.

53. LEVIS, Marc, ob. cit. [cfr. nota 6], p. 19.

54. DUCLOS, José, ob. cit. [cfr. nota 48], p. 69.

de legitimidad del derecho en cuestión; después de adquirir esta legitimidad, puede, necesariamente, poner en juego la oponibilidad propia del derecho nacido de la convención opuesta. Se produce entonces un encadenamiento y un cúmulo de oponibilidades: la oponibilidad del derecho que nace y se superpone a la del contrato.

Así, quien pretenda la oponibilidad de su derecho deberá esgrimir su título en sentido material, el o los hechos o actos jurídicos por los cuales es titular del derecho. Este hecho o acto requiere ser probado, y, a tal fin, el ordenamiento jurídico brinda diferentes medios, entre los que se encuentra la prueba documental.

Cuando el hecho o acto tenga la aptitud para la producción de la adquisición del derecho, su documentación no sólo prueba el acaecimiento del mismo –en el caso del instrumento público, lo hace bajo el amparo de la fe pública y *erga omnes*– sino también de dicha adquisición, del efecto que el ordenamiento jurídico establece como resultado del acaecimiento supuesto de hecho o *factum*. Existe entonces una relación directa entre la documentación del hecho y la legitimación sustantiva del titular del derecho.

El titular del derecho opone el hecho o acto que da vida al derecho para poder sustentar las acciones que derivan de él. Resulta entonces que el problema de la oponibilidad excede al de la mera prueba del hecho o acto, pues éste, aun probado y siendo formal y sustancialmente válido y eficaz –lo que lo hace oponible como hecho jurídicamente relevante– en diversos supuestos legalmente tasados, resulta inoponible a determinados terceros que, bajo ciertas circunstancias, la ley es llamada a proteger.

En el fondo, la oponibilidad se sustenta en el juego entre la protección de la seguridad jurídica estática y dinámica, en la ponderación entre la verdad objetiva y la apariencia. El derecho protege los derechos del titular frente a la actuación jurídica ajena que pueda perjudicarlo. Pero, en determinados casos, establece el criterio contrario:

... no protegiendo una persona ajena a una actuación, sino precisamente del actuante de buena fe que confía en la apariencia, a quien no se le puede oponer una situación que le es ajena y totalmente desconocida en el momento de entrar en relación. El actuante protegido es un tercero respecto de la situación, que no puede oponérsele.⁵⁵

Y así se presentan las dos caras del asunto, que juegan inevitablemente en la regulación de los intereses de los sujetos implicados, protegiendo a unos y sacrificando otros.

55. RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., ob. cit. [cfr. nota 3], p. 87.

2. Criterios normativos para la determinación de la oponibilidad en el derecho inmobiliario

Tres son los aspectos que un ordenamiento jurídico determinado puede tener en cuenta al regular la oponibilidad en sentido sustantivo: 1) la necesidad de establecer o no medidas adicionales exigibles para la existencia y/o publicidad de las mutaciones jurídicas⁵⁶ y/o de los derechos nacidos, extinguidos o modificados por ellas; 2) los sujetos pasivos sobre los cuales la oponibilidad tendrá impacto; y 3) la relación existente entre la oponibilidad y la prelación o preferencia que se derivará de la misma.

2.1. *El formalismo como medio de protección de los terceros*

En el derecho inmobiliario, la adquisición derivada por actos entre vivos de derechos reales que se ejercen por la posesión –la teoría del título y el modo– requiere su instrumentación por escritura pública (art. 1184 CCIV), la tradición de la cosa (arts. 577, 3265 y 2601 CCIV) y la registración de este documento (art. 2505 CCIV y arts. 2 y cc. Ley 17.801).

El otorgamiento del título, sumado al modo (tradición), determina el nacimiento o constitución del derecho real inmobiliario. La registración del título, en cambio, no es necesaria para la constitución del derecho, sino que está encaminada a la publicidad del título, el que, de lo contrario, resultaría inoponible a terceros interesados y de buena fe.⁵⁷

2.1.1. *La oponibilidad y los instrumentos*

Todo acto debe tener necesariamente una forma, un hecho exterior por el cual la voluntad se manifiesta (forma esencial). Pero en algunos casos la ley impone cierta forma determinada o, mejor dicho, ciertas formalidades o solemnidades, ya sea como requisito de su validez (*ad solemnitatem*) o para su prueba (*ad probationem*). A estas formalidades establecidas por la ley se las llama forma impuesta o legal.

56. El vocablo *mutaciones jurídicas* es utilizado aquí para expresar todos aquellos hechos o actos jurídicos que produzcan el nacimiento, extinción o modificación de derechos y obligaciones.

57. La construcción teórica que sustenta esta afirmación se basa en conjugar los arts. 2, 20 y 22 de la Ley 17.801 y los arts. 3135 y 3136 CCIV. Ver GATTI, Edmundo, ob. cit. [cfr. nota 27]; ALTERINI, Jorge H., “Gravitación de la reforma al artículo 2505 del Código Civil (con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros)”, en *El Derecho*, t. 43, pp. 1181 y ss.; y “La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral. Con una armonización entre la tradición y la inscripción registral”, Buenos Aires, Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, 1974 (aporte de la delegación argentina al II Congreso Internacional de Derecho Registral [Madrid, 30/9-5/10 1974]); también en *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, t. II, pp. 75 y ss., y en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral*, Santa Fe, 1978, n° 120.

En materia instrumental, el legislador establece el valor probatorio de los instrumentos en base a diversos requisitos y lo gradúa a partir de distinciones en relación a su contenido.

En los instrumentos públicos, la fuerza probatoria derivada de la fe pública que éstos poseen en parte de su contenido (arts. 993-995 y cc. CCIV) no tiene lugar solamente entre las partes y sus herederos, sino que se produce –en palabras de Dumolín– “*quoad omnes, contra quoscumque extraeneos*”. Los instrumentos públicos prueban, aun frente a terceros, la fecha y los hechos físicos atestiguados por el oficial público. Los terceros no pueden discutir la prueba que resulta de la autenticidad del acto⁵⁸ –salvo en los supuestos en que la ley los autoriza–.

A diferencia de lo que ocurre en los instrumentos públicos, los privados carecen de la presunción de autenticidad⁵⁹ y, por lo tanto, de todo valor probatorio, aun entre las partes, mientras la firma que los suscribe no haya sido reconocida por el interesado o declarada debidamente reconocida por juez competente (art. 1026 CCIV).⁶⁰ Ello es así pues el

... reconocimiento –dice Núñez Lagos⁶¹– es el medio legal, mediante la intervención de funcionario público competente –momento estatal– por el que el documento privado alcanza valor de prueba legal.

En relación con terceros, aun cuando de una interpretación literal del artículo 1026 parecería que *a contrario sensu* los instrumentos privados no pueden afectarlos, la doctrina admite unánimemente lo contrario.⁶² Pero sólo adquieren esa fuerza probatoria en la medida en que, además de ser reconocidos, hayan adquirido fecha cierta y únicamente a partir del momento en que la adquieran.⁶³

La fecha del instrumento privado no llega a ser cierta y computable respecto de terceros sino cuando le siga un hecho que establezca de forma cierta la anterioridad

58. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “Escrituras, contraescrituras y terceros”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1992, separata del t. XXII, v. II, p. 292.

59. NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Concepto y clases de documentos”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, nº XVI, 1957, p. 23.

60. En este sentido explica RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de derecho internacional privado”, *Junta de Decanos de los Colegios Notariales*, Madrid, 1977, p. 16 y ss.: los documentos privados “en su origen, carecen de eficacia documental, son documentalmente neutros –sin perjuicio de la eficacia negocial que puedan tener– hasta su reconocimiento”.

61. NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Reconocimiento de documento privado”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, nº XIII, 1969, p. 7.

62. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1997, 18ª ed., t. II, p. 365; en apoyo a su afirmación, el autor cita a: “SALVAT, Parte general, nº 2291, p. 912; BORDA, G. A., op. cit., nº 939; DE GÁSPERI, L., *Obligaciones*, § 678, p. 652; BIBILONI, J. A., *Anteproyecto*, nota al art 482, 1ª redacción, etc.”.

63. Art. 1034 CCIV: “Los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular la verdad de la fecha expresada en ellos”.

de la formación del documento en todos los casos en que de la anterioridad dependa la oponibilidad a terceros del acto documentado.⁶⁴ Esto es así porque el legislador impone la fecha cierta en pos de impedir que las partes puedan perjudicar a los terceros haciendo constar en los instrumentos fechas que no fueran verdaderas.⁶⁵ En otras palabras, el documento privado, carente de fecha cierta, no es oponible a los terceros, quienes pueden obrar como si el instrumento no existiese. Su falta no obsta la validez del instrumento privado, pero su contenido no será oponible frente a terceros.

Sin embargo, las funciones de la forma no se agotan –como pretenden algunos– en la prueba del acto jurídico. La eficacia sustantiva del acto deriva de la instrumentación, es la causa misma de la relación jurídica nacida del acto, acredita el contrato como acto y su resultado, la relación jurídica. Así, el documento es prueba del acto y es el acto mismo.

En palabras de Rodríguez Adrados⁶⁶, el documento

... funciona como medio de prueba; es su misión más resaltada; pero en sí mismo “es” medio o vehículo de las declaraciones de voluntad cuando éstas se hacen por escrito; y, por ello, tiene unos efectos sustantivos, negociales, mucho más allá de los estrechos límites de los negocios solemnes [...] [la] exigencia legal de forma pública tiene en general como fundamento el conseguir la oponibilidad del negocio a los terceros, al estar contenido en un documento que puede “hacerse valer” contra los terceros, “perjudicar” a los terceros.

Cuando el elemento oponible, el contrato o situación derivada, es desconocido por la persona ante quien se quiere hacer valer, precisa ser probado de manera que no pueda ser negado.⁶⁷ Por lo tanto

... el documento funciona, pues, como presupuesto de oponibilidad del contrato en todos aquellos casos en que la documentación sea necesaria para la eficacia del contrato respecto de terceros.⁶⁸

En su relación con la publicidad registral, el recaudo de inscripción establecido por la Ley 17.801 es un supuesto de inoponibilidad de lo no registrado a los terceros interesados y de buena fe. Como afirma el ilustre autor Rodríguez Adrados:⁶⁹

64. SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas generales del derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964, p. 275.

65. CNCiv, Sala C, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 72, p. 383.

66. Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 3/4/1989, dentro del Segundo Ciclo en Conmemoración del Centenario del Código Civil, p. 270.

67. MARTÍNEZ SANCHIZ, José Á., ob. cit. [cfr. nota 46].

68. DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 258.

69. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 58].

... los efectos contra terceros del instrumento público tienen sus excepciones. El notariado no está sólo en el tráfico jurídico; a suplir sus insuficiencias, las inherentes al mismo o las puramente circunstanciales de un momento histórico, vinieron especialmente los registros públicos de sustancia jurídica, y éstos, para resolver los problemas que les habían originado, no solamente crearon nuevos efectos para esas nuevas parcelas a las que legítimamente eran convocados, sino que restringieron los efectos, ya adquiridos, del documento público; a veces como necesidad ineludible para la consecución de sus fines; otras, simplemente, como resultado de la innata tendencia expansionista humana; y así han venido a quedar limitados, en ocasiones, los efectos del documento público respecto de terceros.

La inoponibilidad, más que una sanción por la falta de inscripción es un premio a la buena fe del tercero que no conozca o pueda conocer el acto.⁷⁰ Los registros públicos no surgieron para suplir un defecto de eficacia de los documentos notariales sino para corregir un exceso de eficacia perjudicial para el tráfico:⁷¹

... los registros [...] no acaparan la oponibilidad *erga omnes* para los documentos inscritos, para sus inscripciones, sino que se limitan a proteger a determinados terceros en cierto ámbito que, además, puede presentar excepciones, y mediante el cumplimiento de determinados requisitos...⁷²

2.1.2. *La publicidad en materia de derecho inmobiliario*

Una de las funciones primordiales de la publicidad registral es procurar cognoscibilidad general de determinadas situaciones jurídicas cuya divulgación hace al interés de la comunidad.⁷³

En un primer momento, al regular la adquisición de los derechos reales, la comisión que elaboró el PCU –inspirada en la crítica a la función publicitaria de la posesión que cierto sector minoritario de la doctrina sostiene– propuso que la adquisición derivada por actos entre vivos de derechos reales requiera la concurrencia de título y modo suficientes, siendo la inscripción registral el modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables. Pero más allá

70. ÁLVAREZ VIZGARAY, Rafael, "Introducción al estudio de la inoponibilidad", en AA. VV., *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1988, p. 97: "Ante todo, la inoponibilidad respecto al titular inscrito de los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, no inscritos anteriormente, más que una sanción a la no inscripción es una protección y premio a la buena fe del tercero, ya que, si se prueba su mala fe, es decir, que conocía, al hacer su inscripción, la existencia de aquellos títulos o derechos, la inoponibilidad de los mismos no se produce.

71. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "El documento notarial y la seguridad jurídica", en *La seguridad jurídica y el notariado*, Madrid, 1986.

72. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 58].

73. ALTERINI, Jorge H., ob. cit. [cfr. nota 57].

del rechazo de la doctrina en amplia mayoría y de haberse expedido en este sentido, tanto las organizaciones que nuclean a los escribanos del país como los registradores y, esencialmente, las conclusiones vertidas en la Comisión 5 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011) propendieron a que el PCU dejara finalmente incólume el sistema de la Ley 17.801, a la que reforma sólo en aspectos formales (arts. 1, 2 y 17), manteniendo el efecto meramente declarativo de la publicidad registral.

El artículo 1892 PCU quedó finalmente redactado así:

La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión...

2.1.3. *Los medios de conocimiento y la publicidad de las mutaciones jurídico inmobiliarias*

Se afirma que una de las razones para el establecimiento de un régimen publicitario en materia de derechos reales reside en su carácter absoluto. El respeto por parte del sujeto pasivo, conformado por todos los integrantes de la sociedad, impone el conocimiento por parte de éstos de la relación jurídica, en tanto, como afirma Vélez Sársfield en la nota al artículo 577: “no se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce”.

Sin embargo, la correspondencia entre el carácter absoluto y la necesidad de publicar el derecho real no es tal. La publicidad registral y posesoria, caracterizada en el PCU como publicidad suficiente, no es requerida como presupuesto de oponibilidad de los derechos reales frente a los terceros en general, sino únicamente en relación a aquellos que posean un interés legítimo y sean de buena fe, quienes, de lo contrario, podrían desconocer –les sería inoponible– la transmisión o constitución del derecho.

El artículo 1893 PCU establece que

La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso [...] No pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real.

Se advierte en la redacción del artículo que la publicidad tiene sustento en diferentes medios de conocimiento, donde lo relevante en definitiva es el conocimiento efectivo

o, cuando menos, la posibilidad de conocer. Este es el principio general que inspira las normas en la materia en el PCU.⁷⁴

La buena fe del tercero y del adquirente no son viables ante el conocimiento de la realidad registral o extrarregistral, pero tampoco cuando no se ha llegado a conocer efectivamente o debido a no aplicarse la debida diligencia para poder hacerlo. Por otra parte, el conocimiento de la situación jurídica real por el tercero interesado hace que ella le sea oponible aunque se haya omitido la pertinente publicidad, sea registral, sea posesoria. Así las cosas, la publicidad posesoria o de los estados de hecho se complementa con la publicidad registral de los títulos y con la cartular, que deriva del conocimiento de la existencia de éstos últimos, sea por la exhibición o compulsión de los mismos o por la intervención en el acto (art. 1893 PCU).

Pese a las críticas enunciadas por cierto sector minoritario de la doctrina, es hoy indudable la función publicitaria que cumplen las relaciones de hecho –o relaciones de poder en términos del PCU–, que implican el ejercicio del derecho en que se fundan mediante la realización de actos materiales. Éstos cumplen una importante función publicitaria, en cuanto exteriorizan –hacen visible o pública– la relación fáctica o de poder entre el titular y la cosa. Pero, dada su equivocidad, la relación fáctica nada nos dice respecto de la relación de derecho que por la misma se ejerce, debiendo recurrirse al siguiente razonamiento: en tanto las relaciones de poder se presumen relaciones posesorias –salvo prueba en contrario (arts. 2384 CCIV y 1912 PCU)– y son aquellas en las que una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real –derecho de propiedad en los términos del artículo 2351 del Código Civil–, lo sea o no (art. 1910 PCU), quien se encuentre con un ocupante de la cosa deberá indagar sobre la relación de derecho que le asiste si pretende desconocer su derecho presumido real.

Asimismo, la instrumentación, como hemos visto, además de su función probatoria y sustantiva, cumple una importantísima función publicitaria, que descarta la buena fe de determinados terceros. Es conveniente recordar aquí, en atención a los documentos notariales, que el protocolo constituye un registro público y que la publicidad derivada de éste constituye sustento suficiente para descartar la buena fe de quienes conozcan efectivamente el acto, sea porque se pudo probar la exhibición del mismo al tercero, sea porque el tercero ha participado del otorgamiento del mismo o de quienes no hayan sido suficientemente diligentes cuando tenían la posibilidad de conocer.

En nuestra opinión, el documento público es fuente de oponibilidad del acto, lo que se prueba teniendo en cuenta que aun los documentos no registrados, cuando

74. El conocimiento o el deber de conocimiento acarrear la mala fe del tercero, frase que tiene su fuente en el artículo 974 del Código Civil de Suiza de 1907 (ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 2006-E, p. 1126.) El último párrafo del art. 1893 PCU establece que no pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, repitiendo en este sentido lo prescripto por el art. 20 Ley 17.801 y los arts. 3135 y 3136 CCIV.

sean conocidos por los terceros, son oponibles a ellos. El documento produce efectos con relación a los terceros, contra cualquier tercero, incluidos los totalmente extraños (*penitus extranei*), sin otro requisito que la exhibición de su título.⁷⁵

De la presentación del título se sigue el conocimiento del tercero y, en tanto no concurra a favor de éste una causal legalmente tasada de inoponibilidad, el documento, el acto y el derecho (sea real o personal, en su caso) son oponibles a estos.

Explica Rodríguez Adrados⁷⁶, a quien venimos siguiendo en este tema:

La oponibilidad a los terceros del instrumento público está basada en su autenticidad, en su certeza, y exige, claro es, darlo a conocer a los terceros; es el llamado principio de presentación (*praesentationsurkunde, vorlegunsprincip*) que, como dice Núñez Lagos, “tiene una doble vertiente”; “en su lado positivo, el hecho narrado se impone *erga omnes*: nadie puede alegar ignorancia de la existencia de un título desde que le hubiere sido exhibido, ni de lo en él narrado, por el notario o funcionario público competente”; y “en su lado negativo, por el contrario, se puede desconocer todo acto o contrato mientras no se le presente el título público que lo contenga”; ya había escrito Zacarías “el que alega, ya contra la persona con la que ha tratado, ya contra un tercero, una convención o un pago constatado por un acto auténtico, está dispensado de toda otra prueba”, y “el juez no puede, con la alegación del documento, rehusar de tener por comprobado el pago o la convención”. “*Praxis edendi, sive Tractatus de uníversa instrumentorum editione*”, se titula la gran obra de nuestro Gabriel de Pareja, que, de entrada, nos aclara: “*de editione, seu exhibitione instrumentorum*”.

Esta afirmación se conjuga con el deber impuesto por el artículo 23 de la Ley Registral, que le impone al escribano autorizante de mutaciones jurídicas sobre inmuebles el deber de “tener a la vista el título inscripto en el Registro”; y, en materia de ejecución de cosas, se requerirá en el proceso judicial que se presente el éste o que se expida segunda o ulterior copia.

Además, el estudio de los títulos antecedentes, mencionado sólo al pasar por el artículo 1138 del PCU, resulta de vital importancia para sustentar la buena fe diligente del tercero adquirente. De ahí que el artículo 1902 establezca expresamente la necesidad del examen previo de “la documentación y constancias registrales” para sustentar la buena fe en la prescripción breve. Así, la publicidad derivada del título descarta tanto la buena fe diligente del adquirente como la del tercero en supuestos tales como: cuando se hayan efectuado actos complementarios o modificatorios del título al derecho del transmitente que no hayan tenido reflejo en sede registral (p. ej. notas marginales); cuando se tome nota de la revocación de la representación voluntaria; cuando el título contenga cláusulas que puedan acarrear la ineficacia sobreviniente del acto (p. ej., los supuestos de dominio revocable) o existan causales de

75. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El principio de eficacia formal (II)”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº 48, 2013.

76. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 58].

invalidez en la cadena de titulación, en tanto la publicidad registral no convalida los vicios del acto (art. 4 Ley 17.801), etc.

No obstante, el instrumento como presupuesto de oponibilidad no agota su importancia en los supuestos relacionados, sirviendo también a tal fin cuando, conjugado con la publicidad registral, el título se convierte –en términos de Martínez San- chiz– en título inscripto.⁷⁷ El autor, criticando la doctrina registralista que postula la llamada registración conformadora (La Rica, García García), explica que los efectos protectores del registro provienen de una realidad compleja y unitaria: el título inscripto. Entre la inscripción y el título, o, más exactamente, entre la escritura y su asiento, no sólo hay relación de continuidad sino en el fondo de las cosas una razón de identidad.

La instrumentación auténtica y la registración en el sistema argentino forman dos eslabones que, juntos, atienden a la oponibilidad del negocio instrumentado. En tanto nuestro sistema registral es de extracto o simples notas que conforman el asiento registral, el asiento registral no es más que una mención acerca de la existencia de un instrumento y, por lo tanto, una remisión al tercero al contenido negocial del mismo.⁷⁸

2.2. *Sujetos pasivos. La noción de tercero*

2.2.1. *Los terceros*

La voz *tercero* es utilizada en derecho de forma imprecisa para hacer referencia a toda persona ajena a un acto jurídico, una relación jurídica, un derecho, etc. La terminología proviene del derecho romano, donde la obligación se creaba y producía sus efectos entre *primus* y *secundus*; *tertius* (tercero) era persona extraña a la obligación, con la cual no se podía beneficiar ni perjudicar. Así, los terceros, o sea, los que no han intervenido en la celebración de un acto jurídico no pueden adquirir derechos ni contraer obligaciones derivados de éste, salvo en los casos previstos por la ley.

En el ámbito de los contratos, sólo es tercero quien no es parte de los mismos. Según el artículo 1023 del PCU, se considera parte del contrato a quien: a) lo otorga a nombre propio, aunque lo haga en interés ajeno; b) es representado por un otorgante que actúa en su nombre e interés; c) manifiesta la voluntad contractual, aunque ésta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación.

Por su parte, el artículo 1024 PCU extiende los efectos del contrato, activa y pasivamente, a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que de él nacen

77. Al respecto puede verse el desarrollo de la doctrina española en las palabras de MARTÍNEZ SANCHIZ, José Á., "Sobre el título inscripto", en *Revista Jurídica del Notariado*, Madrid, nº 33, 2000, p. 137 (*Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, 2002, t. 243, p. 91).

78. Íbid. El autor afirma que "la inscripción comporta, pura y simplemente, un traslado en relación; no es, por tanto independiente del título".

sean inherentes a la persona o que la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación o esté prohibida por una cláusula del contrato o la ley.

La doctrina distingue a aquellos terceros que poseen un interés legítimo de aquellos que no lo tienen. A los primeros se los llamará terceros interesados, entre los que se encuentran los sucesores a título singular y los acreedores; y a los otros, por oposición, desinteresados o *poenitus extranei*. Los primeros tienen algún vínculo jurídico con las partes del negocio o el titular de la relación o situación jurídica, en tanto que los últimos no tienen ninguno.

A esta clasificación se le suma otra, cuyo criterio se basa en la buena o mala fe del tercero interesado.

2.2.2. *La buena fe*

La concepción de la buena fe, como principio general del derecho, pasaría a tener recepción normativa expresa como tal en el artículo 9 del PCU. Ésta, según los fundamentos del mismo, es incorporada en sus dos vertientes: la buena fe-lealtad u objetiva y la buena fe-creencia o subjetiva. Este principio se presenta como índice o estándar de valoración de la conducta del individuo en una situación jurídica dada, valoración de la cual el ordenamiento jurídico extrae consecuencias jurídicas determinadas en cada caso.

2.3. *Prelación, privilegios y preferencias en razón del tiempo*

El Codificador, en la nota al Título IV del Código, refiere a otro aspecto esencial, íntimamente relacionado con la oponibilidad, la preferencia:

Cuando muchas personas han adquirido en diversas épocas sobre el mismo objeto mismo derecho real, el derecho anterior es preferido al derecho posterior, mas el derecho personal anterior no es preferido al derecho personal posterior.

A las relaciones jurídico-reales, en tanto cumplen una función normativa destinada a regular la atribución de los bienes económicos, les es inherente la determinación de criterios de orden o preferencia –*ius preferendi*– cuya finalidad es la exclusión de todo otro derecho real, personal, posterior e incompatible (arts. 1882, 1886 PCU⁷⁹). Según este principio, un derecho real constituido puede hacerse valer contra o tiene prevalencia sobre otros derechos reales o personales que se pretendan establecer con posterioridad⁸⁰, conforme las pautas del adagio latino “*qui prior est tempore potior*

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

80. HIGHTON, Elena, “Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales” [web], [s.e.] (publicado también en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, n° 2012-2, pp. 576-630).

est iure” (“quien es primero en el tiempo lo es también en el derecho”) o “*sicut prior es tempore, ita potior es iure*” (“conforme eres anterior en el tiempo, así eres preferido en el derecho”).

Este rango o posición natural se ve alterada por la incidencia de los sistemas publicitarios –posesorio y registral–, que confieren una asignación de prelación basada en el momento en que el derecho se hace oponible a ciertos y determinados terceros –interesados y de buena fe–, a los que el ordenamiento jurídico les da la posibilidad de neutralizar los efectos del acto con relación a ellos. Así, el artículo 1886 del PCU establece que

El derecho real atribuye a su titular la facultad [...] de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.

La redacción del artículo marca como punto de inflexión el momento en que el derecho real se hace oponible y no el de su constitución. Con relación a la sociedad en su conjunto, la constitución del derecho basta para su oponibilidad *erga omnes*.⁸¹ En cambio, en relación con terceros interesados y de buena fe, sólo será oponible a partir de su publicidad suficiente.

Los derechos personales atienden la necesidad del legislador de regular las relaciones de intercambio de los bienes económicos.⁸² En las relaciones personales la posición jurídica de los acreedores respecto de los bienes del deudor se encuentra *ab initio* indeterminada. Todos están inicialmente en el mismo plano de exigibilidad. El patrimonio como prenda común de los acreedores responde por todas las obligaciones del deudor (art. 743 PCU). Pero ello no implica que los acreedores tengan derecho a intervenir directamente en los actos de sus deudores; pueden accionar únicamente cuando de dichos actos resulte un perjuicio para ellos: acción subrogatoria, acción de simulación, acción revocatoria, acciones de separación de patrimonio.

Cuando se trata de definir la posición o rango en la que se encuentra determinado acreedor cuya obligación se tornó exigible en relación con otro que se encuentra en iguales circunstancias, resultará necesario establecer reglas de preferencia para el cobro de sus acreencias, ya sea en especie o con el producido de los mismos en una ejecución individual o colectiva.

La ejecución del deudor consiste en el ejercicio de los poderes del acreedor para obtener forzosamente el objeto debido o la indemnización. Ésta puede ser singular

81. Como explica Gatti, la publicidad no se requiere a los efectos de la protección de los derechos frente a los terceros en general, es decir, frente a los integrantes de la comunidad que constituyen el llamado sujeto pasivo general. El deber, por parte de los integrantes de la sociedad, de respetar los derechos reales forma parte de la necesidad en que todos se encuentran de respetar el derecho de propiedad del que forman parte todos los derechos patrimoniales, así reales como personales. Como propiedad, como derecho de propiedad, los derechos reales, del mismo modo que los personales, deben ser respetados por todo el mundo, tanto por los particulares, como por el Estado, sin que interese quiénes sean sus titulares. (GATTI, Edmundo, ob. cit. [cfr. nota 27], p. 346).

82. DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], t. I, pp. 73 y ss

o colectiva. En las primeras, por principio, el primer embargante tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas con preferencia a otros acreedores, y la prioridad entre ellos se determina por la fecha de la traba de la medida (art. 744 PCU). En la ejecución colectiva, en cambio, las reglas de la ejecución singular serán dejadas de lado y entran en funcionamiento los privilegios regulados por el Código Civil y la Ley Concursal.

Resta entonces distinguir los privilegios que se fundan en la naturaleza misma del derecho de las preferencias de tipo temporal que corresponden a los derechos reales y a ciertos derechos personales.

Moisset de Espanés⁸³ afirma que las preferencias son el género, y los privilegios, solamente la especie. Los créditos privilegiados gozan de una protección legal que es independiente del momento en que el crédito nace, y atiende a otras causas que el legislador ha contemplado para favorecerlos, permitiéndoles cobrar aun antes que otros créditos que ya existían cuando se originó la obligación privilegiada (p. ej., los créditos de alimentos, para evitar que el deudor caiga en la inanición; los gastos funerarios, para permitir que el deudor o sus familiares reciban las honras fúnebres indispensables)⁸⁴.

En cambio, como vimos, en los derechos reales la preferencia es de tipo temporal –por regla general–: primero en el tiempo, mejor en el derecho. Sin embargo, este principio no se agota en esta clase de derechos, hay otros acreedores que detentan únicamente derechos personales, que gozan también de prioridad, sin haber adquirido el dominio (u otro derecho real) de la cosa, lo que puede obligarlos a interponer una tercería de mejor derecho.

Si bien la mayor parte de los autores nacionales y de los Códigos procesales vigentes en el país parecen reducir las tercerías de mejor derecho a las hipótesis en que no se pretende la propiedad del bien embargado sino un derecho preferente para cobrarse de los fondos resultantes del embargo, por la existencia de algún privilegio, es innegable que existen supuestos en los que el tercerista pretende defender créditos que no son dinerarios y que no gozan de un privilegio sino de una preferencia de otra naturaleza, como los mencionados en los artículos 593 a 596 del Código Civil y 756 del PCU en materia de obligaciones de dar cosas ciertas para transmitir o constituir derechos reales –sobre lo que volveremos–.

3. Visión geométrica del conflicto en materia inmobiliaria

A la luz de cuanto dijimos hasta aquí, la oponibilidad se muestra como un medio técnico, como una construcción teórica empleada por el derecho en la resolución

83. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Reflexiones sobre las tercerías de mejor derecho", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1986-II, p. 161.

84. *Ibíd.*

de conflictos intersubjetivos que permite la clasificación de los intereses opuestos en aquellos que merecen protección y aquellos que no la merecen.

Los conflictos entre terceros interesados en el ámbito inmobiliario se pueden sistematizar a partir de la posición en que se encuentran unos respecto de los otros, utilizando terminología geométrica.⁸⁵

3.1. *Terceros angulares*

Hay dos líneas de filiación, que parten del mismo origen: A transmite a B y A transmite a C. Dos adquirentes sucesivos de derechos reales o personales que provienen del mismo transmitente son terceros el uno respecto del otro en los actos y en las relaciones jurídicas engendradas.

El artículo 756 del PCU establece que

Si varios acreedores reclaman la misma cosa inmueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho: a) el que tiene emplazamiento registral y tradición; b) el que ha recibido la tradición; c) el que tiene emplazamiento registral precedente; d) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior.

En todos los casos se otorga preferencia al acreedor a título oneroso frente al acreedor a título gratuito, haciendo lo propio con quien tenga buena fe frente a quien no la tiene. La buena fe implica aquí desconocimiento por cualquier medio de la obligación precedente. Así, si la cosa se encuentra en poder de un tercero, el adquirente de derechos reales que se ejercen por la posesión no podrá esgrimir su buena fe con relación a éste, pues para alegarla resulta necesaria la constatación del estado de ocupación del inmueble. Se llega a la solución inversa cuando media mala fe en el tercero, pues tanto el título como la tradición posterior resultan inoponibles al acreedor precedente de buena fe.

En este sentido, el artículo 2256 PCU establece con relación a la acción reivindicatoria que

... si los derechos del actor y el demandado emanan de un antecesor común, se presume propietario quien primero es puesto en posesión de la cosa, **ignorando la obligación anterior**, independientemente de la fecha del título.

Interpretado *a contrario sensu*: si el acreedor que ha recibido la cosa no ignora la obligación precedente, la ley se inclina por proteger al primero, otorgándole una fa-

85. Esta forma particular de sistematizar los conflictos pertenece a López de Zavalía (ver ob. cit. en nota 25, pp. 160 y ss). Seguiremos al autor en la estructura, mas incluiremos otros posibles supuestos que engloban la publicidad de manera general, no sólo la registral.

cultad análoga a la acción pauliana donde la imposibilidad de una nueva tradición hace las veces de insolvencia.⁸⁶

3.2. Terceros lineales

Hay una sola línea de filiación: A enajena a B y B enajena a C. Se trata de la oponibilidad de los derechos del subadquirente (C) frente al transmitente primigenio (A) en virtud de un acto inválido, supuestos contemplados por el artículo 1051 del Código Civil y 392 del PCU.

De acuerdo con el adagio romano “*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*”, nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que posee (art. 3270 CCIV y 392 y 1894 PCU). Pero ocurre que la aplicación a ultranza de este principio conduciría a privar al tercero que haya obrado de buena fe, por un error invencible –*error communis facit ius*–, de un derecho adquirido sobre la base de un título que en apariencia sea válido, lo que resultaría no sólo injusto sino perjudicial para el tráfico.

El PCU reitera en su artículo 392 las líneas del artículo 1051 del Código Civil vigente. Para su aplicación, se necesita: a) un titular de dominio enajenante; b) un adquirente del dominio o de un derecho desmembrado o que constituya limitación del mismo; c) un subadquirente, es decir, un adquirente de este adquirente; d) que el acto de adquisición entre el primero y el segundo, es decir, entre el enajenante y el adquirente sea inválido; e) que el tercero subadquirente sea de buena fe y a título oneroso.

Esta última transmisión es la protegida por el artículo y sólo lo estará en la medida en que la transmisión inválida no haya sido a *non domino*, en tanto para el *verus domino* el acto es inoponible.⁸⁷

3.3. Terceros paralelos

Tienen líneas de filiación distintas, sin origen en común: A enajena a B la cosa de C. En la transmisión a *non domino* el *verus domino* es tercero en relación con el acto entre transmitente y adquirente. Así, al verdadero dueño el acto le es inoponible.

En el PCU, la prescripción adquisitiva de derechos reales sobre inmuebles se produce con justo título y buena fe por la posesión durante diez años (art. 1898). La

86. Id., p. 139.

87. Véase en este sentido: CNCiv, Sala F, 27/8/1979, “Sigfrido, SA en: ‘Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros c/ Lozada, Mario’” y su comentario (HIGHTON, Elena, “Solución a algunos problemas que plantea el artículo 1051 del Código Civil”, en *La Ley*, t. 1980-D, p. 290); MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. [cfr. nota 26], t. 3, p. 208; TRIGO REPRESAS, Félix, *Nulidad y reivindicación de adquirentes*, La Plata, Lex, 1978, pp. 69 y ss.

sentencia declarativa tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión, sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe.

Alterini afirma –compartimos su criterio– que

... desde el punto de vista estrictamente publicitario, el inmueble es adquirido por el usucapiente y con plena oponibilidad, incluso a los terceros interesados de buena fe, desde que se opera la usucapión, pues es suficiente a esos efectos que la posesión sea *ostensible*. No digo que la posesión debe ser pública, para que no se crea que se exige tan sólo que ella sea conocida o pueda ser conocida por el propietario contra quien se usucape (ver art. 2479 cc y su nota). No se trata únicamente de eludir el vicio de la clandestinidad posesoria, sino que el carácter de ostensible impone que la posesión sea conocida o pueda ser conocida por todos los terceros, o sea también por los terceros interesados de buena fe.

3.4. Terceros verticales

Las relaciones entre el adquirente y los acreedores del transmitente: A enajena a B y C, acreedor de A, acciona contra B. Volveremos sobre este punto al tratar la oponibilidad de las medidas cautelares frente a la publicidad registral y posesoria.

4. La oponibilidad aplicada a supuestos particulares

4.1. Relaciones entre derechos reales. La publicidad posesoria y registral

Conjugando lo reseñado en relación al principio de *ius preferendi* con la equiparación de la publicidad posesoria a la registral establecida por el artículo 1893 del PCU, resulta claro que el PCU adopta la postura mayoritaria: en caso de conflicto entre la publicidad registral y la posesoria, vencerá la primera en el tiempo, siempre que fuera de buena fe.⁸⁸

Vinculando lo dicho hasta aquí, las relaciones de conflicto entre titulares de derechos reales se resuelven: a) respecto de terceros desinteresados, por la sola concurrencia de sus requisitos constitutivos; b) cuando el tercero sea interesado y de mala fe –quien participó del acto o conoció o debió conocer (p. ej., estudio de títulos)–, el derecho no ampara su actuación y, por lo tanto, prevalece la oponibilidad del acto o del derecho frente al tercero que pretende su inoponibilidad; c) cuando el tercero posea un interés legítimo y sea de buena fe, por la preferencia derivada de la prelación

88. Ver VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981). Esta corriente doctrinaria se divide entre para quienes la buena fe subjetiva del tercero requiere que haya conocido ni podido conocer la realidad extraregistrarial, para lo cual es necesario el estudio de los títulos antecedentes, de los asientos registrales vigentes y del estado posesorio del inmueble. Para la otra, sólo se exigiría el conocimiento de la realidad posesoria a los terceros que esgriman derechos que puedan exteriorizarse por la posesión.

en el tiempo *–ius preferendi–* de su publicidad suficiente, lo que es aplicable aun en el caso del acreedor hipotecario inscripto y otros titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión. Sólo para éstos últimos la publicidad suficiente *–posesoria o registral–* implica una carga para el adquirente, ya que ellos pueden desvirtuar la presunción de conocimiento que se deriva de ella. Sólo a ellos les es permitido desconocer el acto, pues les es inoponible.

4.2. *Oponibilidad de los boletos frente a otras situaciones jurídicas*

Sin entrar en las enjundiosas discusiones doctrinarias sobre la naturaleza jurídica del boleto y más allá de que el artículo 1170 del PCU parece inclinarse por la postura del contrato de compraventa *–hace referencia al “inmueble vendido” y llama “comprador de buena fe” al adquirente por boleto–*, ninguna de las doctrinas imperantes discutirían sobre el carácter personal de los derechos del titular por boleto y de su carácter previo o preliminar, aun entendiéndolo como el contrato de compraventa firme y definitivo, dada su falta de virtualidad como título transmisivo del derecho real por carecer de la forma requerida a tal fin (art. 1184 CCIV y art. 1017 PCU). De ahí que la doctrina se empeñe, con miras a la protección de los derechos del adquirente, en dotarlo de oponibilidad frente a otros acreedores del deudor y, por lo tanto, de cierta preferencia en el cobro, que como mero acreedor quirografario no tendría.

4.2.1. *La situación de los acreedores embargantes frente al boleto de compraventa*

El artículo 1170 del PCU, referido al boleto de compraventa, establece que el derecho del comprador de buena fe tiene preferencia para el cobro sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.

El artículo amplía la protección del adquirente por boleto al permitir su oponibilidad no sólo en el concurso o la quiebra (art. 1185 bis CCIV y art. 1171 PCU) sino también en la ejecución individual, llenando un vacío legal que ha dividido a la doctrina y jurisprudencia durante años.⁸⁹ En apoyo a esta postura, se afirma que el

89. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 44], p. 210. MARIANI DE VIDAL, Marina M. en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 5-A, p. 176. SC Buenos Aires, 24/6/1986, en *La Ley*, t. 1986-E, p. 426; CNCiv., Sala L, 7/5/2004, en *La Ley*, 18/8/2004, p. 16; CNCiv., Sala K, 22/10/2001, en *La Ley*, t. 2002-B, p. 607; CNCiv., Sala B, 22/2/1999; CNCom., Sala B, 24/4/1989; CNCom., Sala A, 6/6/2006; CNCom., Sala C, 25/9/2001; CNCom., Sala C, 20/10/2005, en *La Ley*, t. 2005-F, p. 646, entre otros.

embargante no tiene causa valedera para oponerse a la tercería opuesta por el adquirente por boleto, pues éste podría ejercer los derechos del enajenante por la vía del artículo 1196 del Código Civil y ofrecer a embargo otros bienes de su deudor para sustituirlo, sin que a ello pudiera oponerse el acreedor embargante. Por otra parte, el artículo 1185 bis del Código Civil fue sancionado como respuesta al fallo plenario “Lozzi c/ Socha”, al que se le criticó que, al impedir la escrituración, se dejaba sin protección alguna al poseedor por boleto que había pagado su precio, el que, por sí mismo, bastaba para lograr una condena a escriturar contra el enajenante.

Un análisis somero del artículo 1170 del PCU nos lleva a las siguientes reflexiones:

- a) En primer lugar, es indiferente para descartar la buena fe del adquirente por boleto que éste conozca la existencia de acreedores del titular de dominio de la cosa. Mientras el acto no caiga bajo la órbita de la acción pauliana, para los acreedores que no posean derechos reales o personales que se dirijan a la cosa sino al patrimonio en su conjunto,⁹⁰ el adquirente será de buena fe. Por otra parte, entendemos que ésta solo puede ser juzgada por el juez, de modo tal que la posibilidad de escriturar libre de gravámenes cuando se haga en base a un boleto de compraventa inscripto, si concurre con acreedores embargantes, no implica que el adquirente no deba entablar la tercería de mejor derecho en el proceso en que se haya dictado la medida, debiendo acreditar los demás requisitos que impone el artículo. Por lo tanto, en las escrituras otorgadas en virtud de éstos deberá hacerse constar el reconocimiento de la existencia de la medida por parte del adquirente, sujeta a decisión judicial, salvo en los supuestos en los que leyes nacionales establecen lo contrario. En consecuencia, la inscripción de boletos no sería un avance en cuanto a la celeridad en la contratación.
- b) La **publicidad registral** a la que refiere la última parte del artículo no se encuentra regulada en ninguno de los artículos del PCU. En la medida en que el artículo 1893 rige únicamente en materia de derechos reales, de los vocablos *adquisición* o *transmisión* se colige no sólo el título sino también la tradición. Así, nos remitimos a lo reseñado en materia de oponibilidad de los derechos personales y de los actos jurídicos.

Coincidimos con la postura doctrinaria que extiende la función publicitaria de la posesión en materia inmobiliaria para sustentar el derecho personal del boleto de compraventa y del titular por escritura no inscripta, lo que encuentra asidero en los supuestos contemplados por los artículos 593 a 596, 3269, 2791 y concordantes del Código Civil y 756, 2253, 1893 y concordantes del PCU. Así, en el supuesto analizado, sólo cuando el adquirente haya obtenido la posesión de la cosa con anterioridad a la traba de la medida cautelar éste será el oponible a la segunda, en tanto en el caso

90. Cuando mediara conocimiento de la obligación precedente de dar la misma cosa prometida, la rigen las reglas del art. 756 PCU.

inverso el adquirente será de mala fe. Esto es así porque, siendo el comprador por boleto un poseedor legítimo, los acreedores carecen de acción para privarlo de ella.⁹¹

El comprador por boleto sólo puede exteriorizar su derecho por la publicidad posesoria, porque la ley no lo dota de otro medio publicitario. Entendemos que la publicidad registral a la que se refiere el artículo, en una interpretación armónica del PCU con la Ley 17.801 de Registro Inmobiliario, atiende únicamente a los supuestos que se encuentran hoy regulados en leyes especiales (p. ej., leyes 14.005 y 19.724 [derogada por el PCU]) y no a cualquier clase de boletos de compraventa.

No existe norma constitucionalmente válida⁹² que imponga la registración de los boletos de compraventa, salvo los supuestos excepcionales antes relacionados, quedando únicamente como publicidad suficiente la derivada de la posesión del bien y la cartular. Ello así porque, en primer lugar, la inscripción registral de las mutaciones jurídico-reales inmobiliarias tiende a la registración de los títulos portantes del negocio causal de ellas, esto es, el último eslabón en la cadena contractual encaminada a la transmisión del derecho real inmobiliario.

El boleto de compraventa, se entienda como contrato o como preliminar, implica un paso previo y, por lo tanto, pasible de modificación hasta el otorgamiento de la escritura pública, lo que redundaría en incertidumbre en cuanto a la titularidad del inmueble. Si entendemos que la finalidad última de la Ley de Registro no es ni más ni menos que sustentar la seguridad jurídica en el tráfico, la inscripción del boleto de compraventa pierde todo sentido.

Recordemos, como lo hacía García Coni⁹³, que la sanción de leyes como la 14.005 conspiró contra la correcta titulación y contribuyó a crear la delicada situación que se ha intentado subsanar a través de la Ley de Regularización Dominial. Afirma el jurista que cuanto antes se produzca la conversión de los derechos personales en reales, será mejor para la seguridad jurídica, y eso se consigue con la escritura pública y el registro inscriptor declarativo.

Por otra parte, la registración de boletos de compraventa no otorga oponibilidad a terceros sino únicamente una publicidad-noticia⁹⁴ del mismo, no obstante lo previsto en las legislaciones locales. Por lo tanto –reiteramos–, la función publicitaria

91. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 44], p. 210.

92. La doctrina mayoritaria entiende que la inscripción de instrumentos privados del art. 2 Ley 17.801 sólo puede ser establecida por ley nacional en tanto la oponibilidad sólo pueden ser materia de regulación por la ley de fondo. Las normas de inferior jerarquía o disposiciones internas de los registros que establezcan lo contrario afectan gravemente el principio federativo y la división de poderes por lo que deben ser decretadas inconstitucionales en vía judicial.

93. GARCÍA CONI, Raúl R., “Afinamiento poblacional. A propósito de la regularización de la falta de titulación que padecen muchos ocupantes de sus viviendas”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 838, julio-septiembre 1994, pp. 473-475.

94. Para Villaro, es posible anotar documentos distintos a los relacionados en el art. 2 LR emanados de leyes locales; los mismos deberían tener un régimen diferenciado, en tanto “el registro que crea la Ley 17.801 es típicamente para las registraciones que determina el artículo 2505 y no para otras”. (VILLARO, Felipe P., *Elementos de derecho registral inmobiliario*, La Plata, Scotti, 2003).

de la posesión es suficiente a los fines de la protección de los intereses del inmueble por parte del comprador por boleto de compraventa, a los que atiende el artículo 1170 del PCU.

Además, en la mayoría de los casos, los boletos de compraventa se celebran por instrumento privado y su registración es de carácter excepcional. Basta recordar la elocuente exposición de motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861 –fuente de nuestra Ley 17.801–:

Solo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía desde luego; los títulos privados no se admitían en los registros. Cambiar ese punto, y por regla general no existente, empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial; no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje duda de su legitimidad. Por eso, la Comisión, siguiendo en parte lo propuesto en el Proyecto del Código Civil, propone que sólo puedan ser inscriptos los títulos consignados en escritura pública, en ejecutorias o en documentos auténticos expedidos en forma legal por el Gobierno o por sus agentes.

El artículo 319 PCU establece que el valor probatorio del instrumento privado

...debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

Y a partir de esta y otras afirmaciones que hemos vertido en su lugar, no nos cabe duda de que la inscripción de boletos otorgados en esta clase de instrumentos, aun cuando sus firmas hayan sido certificadas, es perjudicial para el tráfico jurídico.

Por último, es de destacar que las conclusiones a las que fuera presentada la presente ponencia que hoy publicamos coincidieron en gran parte con las líneas sustentadas en este trabajo. De esta manera, se concluyó, por amplia mayoría, entre otras cosas, que la registración de los boletos de compraventa, como afirmábamos, es inconstitucional fuera de los supuestos legalmente establecidos por ley, que no otorga oponibilidad a terceros ni prioridad y que no hace presumir la buena fe del adquirente.

4.2.2. *Relaciones entre derechos personales y derechos reales*

Adviértase que el Capítulo 8, en el que se integra el artículo 1170 –analizado con anterioridad–, no regula las relaciones del boleto con acreedores que no hayan trabado medidas cautelares. Parecería entonces que sólo se ha querido dejar a salvo los derechos de los compradores por boleto únicamente frente a quienes sí lo hayan hecho, excluyendo implícitamente otros casos tales como: a) que otro sujeto haya adquirido

el dominio; b) que otro sujeto haya recibido un derecho real de disfrute de la cosa ajena (usufructo, uso, habitación, servidumbre); c) que otro sujeto tenga otro boleto de compraventa y también pretenda escriturar; d) que otro sujeto haya adquirido emplazamiento registral como acreedor hipotecario. En cada caso los conflictos se resuelven por reglas particulares aplicables a ellos.

Un elemento de convicción para solucionar el vacío es aportado por la interpretación *a contrario sensu* de la última parte del artículo 1886. Así, si el derecho real atribuye a su titular la facultad de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente, cuando el derecho personal la haya obtenido con anterioridad, la facultad referida cede frente este último y, como en el caso del boleto de compraventa –como afirmamos–, el único medio publicitario es la posesión; huelga decir que tendrá entonces preeminencia cuando la haya obtenido. Por otra parte, son de aplicación al caso los criterios de resolución de conflictos entre acreedores de obligaciones de dar cosa cierta, dentro de los que incluimos al adquirente por boleto (arts. 756 y cc. PCU).

Más difícil es desentrañar una solución clara en relación con el acreedor hipotecario. Existen al respecto dos posturas divergentes. Por una parte, Alterini entiende que la buena fe del acreedor hipotecario requiere la previa constatación del estado posesorio del inmueble, en tanto la posición de quienes hacen prevalecer al acreedor hipotecario frente al poseedor incurren en: i) una contradicción, en cuanto sí admiten la precedencia del locatario de fecha cierta anterior a la constitución de la hipoteca; ii) una interpretación disvaliosa, pues se desprotege al adquirente con boleto que exterioriza su derecho de la única manera que el ordenamiento le autoriza.

En contra, numerosos fallos y calificada doctrina, sin desconocer el carácter publicitario de la posesión, dan prioridad al acreedor hipotecario, entendiendo que aquella no es suficiente para excluir su buena fe, dado que no existe norma específica que establezca para estos casos el deber de constatar el estado físico del inmueble para fundar su pretensión. No constando el conocimiento del estado posesorio anterior por parte del acreedor hipotecario, debe triunfar éste como titular de un derecho real con preferencia que no necesita para su adquisición la tradición. Por otra parte, el PCU omite la regulación expresa de este supuesto como sí lo hiciera el Proyecto de 1998, que en su artículo 1843 establecía que

En la colisión entre la oponibilidad otorgada por la publicidad registral y por la posesoria, prevalece la primera en el tiempo si ha sido obtenida de buena fe. Sin embargo, la publicidad posesoria [...] no es oponible a los titulares cuyo derecho real u otra situación jurídica registrada no se ejerza por la posesión.

Desde nuestra óptica, la protección del boleto frente al acreedor hipotecario, pese a que creemos necesaria regulación expresa, se sustenta en un principio superior, el de protección de la vivienda. La protección del crédito debe ceder cuando el adquirente por boleto haya asentado allí su vivienda, pues, siendo éste de buena fe, nada nos lle-

va a concluir que frente a quien realiza un negocio y no ha tomado el recaudo de asegurarse de que el inmueble no está ocupado por un tercero deba primar el derecho del segundo frente al primero. De ahí que creamos posible extender, por analogía, la situación del acreedor embargante al acreedor hipotecario, pues en definitiva las normas que regulan la prioridad de los derechos reales frente a los personales, como hemos visto, dan suficiente sustento para que sean aplicadas aun al segundo.

5. Conclusión

El trabajo que propiciamos no deja de ser preliminar en muchos sentidos. Por una parte, porque estamos convencidos de que el estudio de esta figura dista mucho de ser el deseado. Por la otra, porque su empleo tiene tantas implicancias que podría ser estudiada una cantidad inmensa de institutos no sólo del derecho patrimonial, teniendo a ésta como eje.

Creemos haber brindado algunos lineamientos básicos necesarios para el estudio del fenómeno de la oponibilidad y un pantallazo somero de su aplicación en la resolución de conflictos en el ámbito inmobiliario.

Hemos intentado reducir la anfibología propia del concepto a partir de dar cuenta de su sentido técnico, en el que se muestra como una cualidad establecida por el ordenamiento jurídico a un elemento del mismo, dando lugar a una idea de orden de los intereses entre personas determinadas. Así, si bien ésta se rige con principios que le son propios y se manifiesta en medidas que el ordenamiento toma como recaudos para lograrla, su determinación debe ser evaluada en cada caso a la luz de todos ellos en su conjunto.

Usufructo de acciones y cuotas

Pilar María Rodríguez Acquarone

RdN 916

RESUMEN

Se aborda la naturaleza jurídica del contrato de constitución de sociedad entre cónyuges, así como también la distinta naturaleza del contrato de cesión de acciones o cuotas sociales entre cónyuges. Luego se analiza la reserva del derecho real usufructo y sus derivaciones e implicancias. También se aborda el tema bajo la perspectiva de la reforma introducida por el nuevo Código Unificado y la jurisprudencia reciente referida a un caso particular.

Sumario: **1.** Contrato de sociedad entre cónyuges. Cesión de cuotas o acciones como contrato entre cónyuges. **2.** Usufructo de cuotas y acciones. Generalidades. **3.** Donación de acciones/cuotas y reserva de usufructo para el cónyuge no titular de un bien ganancial. Análisis de una práctica usual. **4.** La doctrina del caso "Macchi".

1. Contrato de sociedad entre cónyuges.

Cesión de cuotas o acciones como contrato entre cónyuges

Ya por el año 1951 y con anterioridad a la sanción de la Ley 19.550 (1972), la doctrina debatía acerca de la posibilidad de la celebración del contrato de sociedad entre cónyuges.

Malagarriga¹ ha dicho:

Problema más arduo es el de la sociedad entre cónyuges, pese a que tampoco ha ofrecido dudas a civilistas tan eminentes como Salvat. Estas sociedades son perfectamente válidas en tanto que ellas no se realicen con el propósito de violar disposiciones fundamentales del régimen de la sociedad conyugal. Podría invocarse en contra –reconoce– las reglas consagradas por los artículos 1217, 1218 y 1219 del Código Civil, pero debe observarse que del texto de las últimas resulta que lo único prohibido son los contratos de "matrimonio". Cabría igualmente decirse que, del mismo modo que está prohibida

1. MALAGARRIGA, Carlos C., *Tratado elemental de derecho comercial*, Buenos Aires, TEA, 1951, "Primera parte", pp. 220 y ss. Ver SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Buenos Aires, TEA, 1957 (2ª ed., actualizada por Arturo Acuña Anzorena), t. II, pp. 385 y ss.

la compraventa entre esposos (art. 1358 C. Civil) o la donación (art. 1810 C. Civil), debe considerarse implícitamente prohibida la sociedad, pero si en cuanto a la compraventa y la donación la prohibición se explica porque esos contratos podían constituir un medio fácil de modificar la situación económica de los esposos, con perjuicio y en fraude de terceros, la sociedad más bien podría ser causa de agravación de la responsabilidad de aquellos frente a estos últimos, de manera que faltaría toda base para entender y generalizar las prohibiciones expresadas, fuera –concluye– de que la Ley 11.357 no hace distinción alguna entre asociaciones o sociedades, ni tampoco entre sociedades con terceros o entre esposos...

Más recientemente, Garo² se pronunció en forma rotunda a favor de la validez de la sociedad entre esposos, por considerar que es la solución que “se ajusta mejor a los propósitos liberales y racionales que inspiraron la sanción de la Ley 11.357”. No obstante, también reputa obvio que si esa sociedad se constituyese para violar la ley, ella sería ineficaz, nula, como cualquier otra que así lo hiciese. Ya no juega ningún papel singular esta especial vinculación entre esposos. Se trata de una nulidad genérica, o sea, impuesta por la ley, cualesquiera fuesen sus agentes.

La sanción de la Ley 19.550 en 1972 despejó toda duda respecto de la validez del contrato de sociedad de responsabilidad limitada constituida entre cónyuges, pero no ha dicho nada sobre la negociación de acciones o cuotas entre ellos estando vigente la sociedad conyugal. La redacción del artículo 27 ha sido deficiente en este sentido, al dejar dudas sobre la aplicabilidad o no de los artículos 1358, 1435 y 1441 del Código Civil.

Al respecto, Nissen³ ha opinado que

Las prohibiciones previstas por los arts. 1358 y 1441 del Código Civil se fundan en razones de orden público y tienen una doble finalidad cautelar. Por una parte, se pretende, a través de esas normas, impedir las donaciones disfrazadas y la posible sustracción de los bienes al poder de agresión de los acreedores, máxime cuando en el régimen actual se consagra un sistema de administración separada que conduce a una responsabilidad también separada por parte de ambos cónyuges. Por otro lado, se intenta, por encima

2. GARO, Francisco J., t. I, v. 1, pp. 202 y ss. Ver DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe, *Las sociedades comerciales en la Argentina*; el autor cita en el sentido de la validez de la sociedad entre cónyuges a: ALLENDE IRIARTE, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1945, t. I, p. 93; CARDONE, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 514, p. 464; PITHOD, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1943, t. III, p. 49; STRATTA, Osvaldo J., “Capacidad de la mujer casada para formar parte de sociedades comerciales sin autorización marital”, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santa Fe, Universidad del Litoral, 1946, n° 47; YORIO, Aquiles, *Tratado de la capacidad jurídica de la mujer*, Buenos Aires, 1943; HALPERIN, Isaac, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, Depalma, p. 26. En contra: LAFAILLE, Héctor, *Contratos*, t. II, p. 352.

3. Ver NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Astrea, 2010 (3ª ed., actualizada y ampliada), t. 2, pp. 334. El autor cita a: LLAMBÍAS, Jorge J. y otros, *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, Buenos Aires, t. II-A, p. 421; CNCiv., Sala A, 31/5/1967, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 28, p. 167; CNCom., en pleno, 19/8/1975, “Banco Provincia de Buenos Aires c/ Sztabinski, Simón”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 63, p. 496.

de todo, la necesidad de preservar el matrimonio de conflictos de intereses entre los cónyuges.

En tal sentido, el juez Olcese⁴ dijo:

El Sr. juez de primera instancia ha denegado la inscripción de ese acto en el Registro Público de Comercio, fundando prolijamente su sentencia después de analizar las dos teorías que han elaborado la doctrina y la jurisprudencia, optando por aquella que se fundamenta en las disposiciones de los arts. 1441, 1358 del CC. Entiendo empero que, pese a los loables esfuerzos que ha hecho el Sr. juez, la resolución tiene que ser revocada. 2. Es cierto que el art. 1441 CC dispone que “no puede haber cesión de derechos entre aquellas personas que no pueden celebrar entre sí el contrato de compra y venta” y que, a su turno, el art. 1358 anatematiza el contrato de compraventa celebrada entre marido y mujer “aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos”. Sin embargo, regla tan tajante fue dejada de lado por el art. 27 de la L. Soc. en cuanto a los contratos constitutivos de sociedad de responsabilidad limitada y por acciones. El tema de las cesiones de cuotas de ese tipo de sociedades ha quedado como un *tertium genus*, que ha dado lugar a la discusión que he apuntado.

El tema de las sociedades entre cónyuges no es novedoso, ya era motivo de discusión cuando regía el texto original del CC y la Ley de Derechos Civiles de la Mujer 11.357, al punto que en el viejo pero siempre útil *Tratado de derecho civil* del Dr. Raymundo Salvat, cuando lo abordó, comenzó señalando que es “un punto que ha dado lugar a las más graves controversias” (*Fuente de las obligaciones. Contratos*, 2ª ed., actualizada por Arturo Acuña Anzorena, Ed. TEA, 1952, t. II, § 1300, p. 384) y el autor, después de señalar las discusiones habidas en el derecho francés, daba la suya: “En nuestra opinión, en tanto que ellas no se realicen con el propósito de violar disposiciones fundamentales del régimen de la sociedad conyugal que el CC consagra, las sociedades entre esposos son perfectamente válidas”, y, líneas más abajo, tomando el argumento de quienes se oponen, para lo que invocan las prohibiciones de contratar (art. 1358) o el de donar (art. 1810, inc. 1). En materia comercial, también para esas épocas, se pueden consultar las diferentes opiniones en la obra de Carlos C. Malagarriga *Tratado elemental de derecho comercial*, Ed. TEA, 1951, t. 1, p. 220. Desde la sanción de la Ley de Sociedades, el asunto quedó aclarado, a lo menos en cuanto a las SRL y a las SA, ya que el art. 27 autoriza a los esposos para celebrar entre sí este contrato.

3. Queda empero el tema ahora en discusión: esos esposos que han contratado en la forma que la ley les ha autorizado, ¿pueden cederse recíprocamente parte de sus intereses sociales? Como he dicho más arriba, la sentencia de primera instancia ha explicado suficientemente la tesis negativa, admitida generalmente en la jurisprudencia, no así en la doctrina, pues –dice el magistrado– no “por el hecho de permitir [la LSC] la constitución de sociedades entre cónyuges haya derogado las prohibiciones del CC que tienden a evitar fraude en perjuicio de la sociedad y violar la regulación legal de la sociedad

4. Voto en minoría del juez Juan María Olcese en Cám.C.C. y Familia Villa María, 26/3/2009, “Sidercom SRL” (publicado en *La Ley Cuyo*, agosto 2009, p. 700).

conyugal” (fs. 24v), ya que “no es lo mismo integrar una SRL que transferir sus cuotas” (fs. 25), pues “no existe razón alguna que autorice a suponer que la LSC, por el hecho de permitir la constitución de sociedad, derogó implícitamente claras prohibiciones del CC [...] que tienden a evitar el fraude a terceros y violar la regulación legal de la sociedad conyugal” (fs. 25), y sigue opinando que “el art. 27, al disponer sobre la forma en que debe liquidarse la situación creada en otros tipos de sociedades cuando un cónyuge adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro y señalar que uno de los procedimientos es el de que cualquiera de los esposos ceda su parte, indica ‘a otro socio o a un tercero’, excluyéndose así al cónyuge” (fs. 25). Como se ve, el basamento fundacional reposa sobre todo en el orden público, tanto para preservar el sistema patrimonial del matrimonio así como para tutelar a terceros, pero me parece que, a la luz de la situación social y jurídica de los días en que vivimos, eso no es suficiente.

Sin embargo, por el voto de dos de los jueces contra uno, ha prevalecido la tesis de la prohibición de la cesión de cuotas entre cónyuges estando vigente la sociedad conyugal.

Por su parte, el juez Butty⁵ opinó:

No siendo la cesión de cuotas de SRL entre cónyuges sino una especie del género de la contratación de sociedad de tal tipo entre ellos, y en orden a la prevalencia en el caso de la regla del artículo 27 de la Ley 19.550 sobre el derecho común, el acto aparece legítimo, a lo que no se oponen las razones que hipotéticamente podrían esgrimirse sobre la claridad del régimen de la sociedad conyugal frente a terceros, de por sí perjudicadas –en todo caso– por la norma general del artículo 27 citado.

1.1. *En relación a la modificación de la Ley de Sociedades y al Código unificado recientemente sancionado*

El texto del artículo 27 de la Ley 19.550 utiliza la palabra *integrar*: “los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada”. Está claro para la doctrina y jurisprudencia mayoritarias que pueden constituir dichas sociedades o devenir socios por alguna circunstancia posterior a la constitución de la sociedad.

En el Código Unificado recientemente sancionado se modifica la Ley de Sociedades, lo que obra en sus anexos. La modificación mantiene incólume este artículo en cuanto a la palabra *integrar*, pero agrega una novedad interesante con respecto al tipo de sociedad, ya que les permite a los cónyuges integrar cualquier tipo social, incluidas las sociedades reguladas en la Sección IV (las antes denominadas irregulares o de hecho)⁶.

5. En Juzg. Nac. 1ª Inst. en lo Comercial de Registro, 5/2/1981, “Savaghe SRL”, sentencia firme.

6. “Sociedad entre cónyuges. Artículo 27. Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV”.

Lo que no queda claro es si entre ellos pueden celebrar contratos vinculados con su calidad de socios, los llamados contratos para societarios o extrasocietarios. La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia se ha enrolado en la asimilación de los contratos prohibidos entre cónyuges: artículos 1218, 1219, 1358, 1807 y 2831 del Código Civil, en especial a la donación, y a la compraventa.

En el Código Unificado esta asimilación quedará sin efecto, ya que el artículo 1002 inciso d) de este cuerpo legal reza: “No pueden contratar en interés propio: [...] d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí”. Es decir, la prohibición, vigente el régimen de comunidad entre cónyuges, se torna genérica, ya no de ciertos contratos en particular sino de la posibilidad de contratar.

Nos resulta sumamente interesante advertir cómo las normas, los intereses de distintos agentes y de distintos regímenes entrarán en franca colisión con esta nueva redacción de la Ley de Sociedades, en juego con el artículo 1002 inciso d) del Código Unificado. Me refiero a los distintos acreedores sociales, individuales de los cónyuges, quienes podrán atacar el patrimonio social y luego el de cada uno de los cónyuges en los tipos sociales en los que la responsabilidad es ilimitada. También advertimos la posibilidad de que los cónyuges cambien de régimen patrimonial-matrimonial y, con ello, sorteen la prohibición que trae el 1002 inciso d) del Código. En rigor, los acreedores de uno y otro cónyuge podrán atacar el patrimonio de cada uno hasta que la limitación de la responsabilidad societaria ponga el límite, en el caso de que elijan un tipo de responsabilidad limitada.

2. Usufructo de cuotas y acciones. Generalidades

La posibilidad de desmembrar el derecho real de dominio, otorgando el usufructo a una persona distinta del titular de la nuda propiedad de las cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada o de acciones de una sociedad anónima, es una herramienta que brinda la Ley 19.550 (LSC) para distribuir el peso del poder que el conjunto de derechos y deberes que representa la acción compone. La figura es muy dúctil y se puede adaptar a las circunstancias que plantea cada negocio en particular.

Es posible utilizar la figura del desmembramiento de los derechos de propiedad a los efectos de garantizar obligaciones pendientes durante un lapso cierto a convenir. También pueden pactarse distintas modalidades respecto del ejercicio de los derechos patrimoniales y políticos, ya que la LSC no restringe los pactos, sino que los permite expresamente (art. 218).

Es indudable que el derecho al cobro de los dividendos está en directa relación con las decisiones que se tomen en materia de política empresarial, y el modo de convenir el ejercicio de los derechos puede desnaturalizar o no la sustancia del *status socii*.

En cuanto a la definición legal, el artículo 218 de la LSC no define el usufructo societario sino que lo regula, por lo que nos debemos remitir a la definición conte-

nida en el artículo 2807 del Código Civil: “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia”.

En el caso del usufructo de cuotas sociales y de acciones de sociedades anónimas, hay que adaptar la normativa del usufructo desarrollado en el Código Civil a las especiales características que reviste el objeto sobre el cual recae.⁷ Por lo tanto, el análisis debe consistir en cómo se concreta el *ius utendi* y el *ius fruendi* en materia societaria y cuál es la sustancia que no se puede alterar.

Tanto la cuota social en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada (SRL) como las acciones en las sociedades anónimas (SA) representan una proporción en el capital social y el status de socio.⁸ Este último carácter es el que debe tenerse en cuenta en el desmembramiento de los derechos del socio y en la regulación que organice ese desmembramiento, regulación o pactos que son expresamente autorizados por el artículo 218 de la LSC, pero que no deben desnaturalizar su sustancia.

El estado de socio implica un complejo de derechos y obligaciones, que indica una posición que tiene el sujeto con relación a la persona jurídica sociedad. Esta posición, que es absolutamente dinámica y cambiante, es lo que diferencia esta regulación del desmembramiento de los derechos de propiedad respecto de una cosa, que determina una relación estática. El desmembramiento de los derechos tiene que contemplar la dinámica del universo de la actividad empresarial para que asegure la disociación de los derechos pero, al mismo tiempo, permita el desenvolvimiento de la actividad empresarial.

A los efectos de revisar el contenido de los pactos autorizados por el artículo 218 de la LSC, se estudiará el conjunto de derechos y deberes desde el punto de vista de los derechos patrimoniales y políticos o cuasipolíticos,⁹ aun cuando no desconozcamos la incidencia de estos últimos sobre los efectos patrimoniales.

2.1. *Derechos patrimoniales. Derecho a cobrar dividendos*

Este es el derecho que comprende al usufructo, sin el cual carecería de objeto; es decir, es esencial. El artículo 218 de la LSC establece expresamente que el usufructuario

7. En España ocurre la misma remisión legal, ya que el art. 57 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas –TRSLA– (modificado en el año 2010 pero en lo relativo a la adaptación a la normativa comunitaria y no afecta estas normas) declara que en la constitución de derechos reales limitados sobre acciones se procederá en conformidad a las reglas del derecho común. “Por lo tanto, el usufructo (art. 468, C. Civ.) se constituirá por ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad y por prescripción” (PELAYO MUÑOZ, Tomás, *Las acciones. Derechos del accionista, representación, transmisión, derechos reales, negocios sobre las propias acciones*, Valencia, CISS, 1999).

8. Cfr. BRUNETTI, Antonio, *Tratado del derecho de las sociedades*, Buenos Aires, Uteha, 1960, t. II.

9. Ver SASOT, Miguel P. y SASOT BETES, Miguel Á., *Sociedades anónimas. Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables*, Buenos Aires, Ábaco, 1985, pp. 149 y ss. Si bien se ocupan separadamente de los derechos patrimoniales y políticos, también resaltan la visión del conjunto.

tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo.¹⁰ Cabe preguntarse si las ganancias obtenidas durante el usufructo son las obtenidas por la sociedad o por el socio.

El artículo 218 claramente establece que el dividendo sobre el que se puede pactar es el dividendo que la sociedad efectivamente paga al socio. El mismo artículo dispone al respecto que “el dividendo se percibirá por el tenedor del título en el momento del pago” y que “si hubiere distintos usufructuarios, se distribuirá a prorrata de la duración de sus derechos”.

Por lo expresado, nuestra interpretación de la LSC en lo que a este tema respecta es que, al abonarse, el dividendo será percibido por el que tiene en ese momento ese derecho, pero será deudor de aquellos que no le pertenezcan, por haber tenido otros usufructuarios que concurren en ese ejercicio social.

La cuestión radica en analizar si se pueden incluir en las estipulaciones pactos respecto de la percepción de los dividendos. Entendemos que sí y que ello puede ser un contenido del pacto que produzca el desmembramiento, en especial cuando éste se produce como forma de garantizar una situación determinada.

2.1.1. *Derecho a cobrar dividendo proveniente de capitalización de utilidades*

El artículo 218 de la LSC reglamenta esta situación y establece que el usufructo también comprende las ganancias correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización, de modo tal que, automáticamente, en el aumento de capital con acciones emitidas e integradas por capitalización de dividendos quedan desmembrados los derechos sobre las acciones. Si las circunstancias del negocio no resultan convenientes, podrá y deberá pactarse lo contrario.

2.1.2. *Utilidades pasadas a reservas o capitalizadas*

El artículo 218 de la LSC también establece que no incluye las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas. De esta manera, resuelve una cuestión que había sido objeto de discusión con anterioridad a su sanción. El texto del artículo en análisis resulta una norma supletoria adecuada, sin perjuicio de que las partes puedan pactar lo contrario en caso de que la circunstancia lo requiera.

10. En España, el art. 67 del TRLSA declara: “el usufructuario, tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo”. “La sociedad deberá pagar los dividendos acordados al usufructuario que tenga legitimada y reconocida su situación frente a la sociedad en el momento en que estos sean acordados en la junta general de socios. Ello supone que el usufructuario, desde su legitimación como tal frente a la sociedad, resultará acreedor frente a la misma por el concepto beneficios, sin perjuicio de que las partes internamente hayan acordado un régimen distinto respecto de la distribución de beneficios, que en nada afectará a la sociedad” (PELAYO MUÑOZ, Tomás, ob. cit. [cfr. nota 7], p. 140).

2.1.3. *Cuota a la liquidación*

El derecho a la cuota de liquidación es inherente a la calidad de socio y así lo expresa el párrafo 3º del artículo 218 LSC, previendo también que se puede pactar lo contrario.¹¹ No obstante permitirlo expresamente, hay que analizar el tema desde la óptica de la desnaturalización del carácter de socio en el caso de otorgarle al usufructuario el derecho a la cuota de liquidación, de modo que el pacto podría interpretarse junto con otras cláusulas, desnaturalizando el derecho del nudo propietario, a quien no le quedaría ninguna sustancia de sus derechos.¹²

2.2. *Derechos políticos o cuasipolíticos*

Como se dijo al comienzo, no hay derechos que se puedan desprender de lo estrictamente patrimonial, de modo que los derechos políticos más importantes en las sociedades por acciones –como el de voto– están directamente relacionados con los dividendos y con la adquisición, transferencia o pérdida de los derechos económicos. Por ello, además de interpretar la norma en este aspecto, veremos cuáles son los pactos más convenientes, como asimismo la discusión que la doctrina ha desarrollado sobre el tema, también relacionada con la desnaturalización del desmembramiento.¹³

2.2.1. *Derecho de asistencia y voto en las reuniones de socios*

En virtud de que la LSC en su artículo 218 dice que “los derechos inherentes a la calidad de socio le corresponden al nudo propietario”, pero al mismo tiempo le per-

11. En España la norma del art. 67.1 del TRLSA establece que “el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario”. “Por tanto, ante una concreta falta de previsión estatutaria, la cuota de liquidación corresponderá al nudo propietario, pudiendo el usufructuario exigir a éste una parte de la cuota de la misma y extendiéndose el usufructo al resto de tal cuota, tal y como establece el artículo 68.2 del TRLSA, siempre y cuando no se dispusiese otra cosa en el título de constitución (art. 67.2, TRLSA)” (PELAYO MUÑOZ, Tomás, ob. cit. [cfr. nota 7], p. 141).

12. NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada. Ley 19.550 con las modificaciones efectuadas por las leyes 22.686, 22.903, 22.985, 23.576 y 23.697*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, t. 3, p. 263: “cuando la ley se refiere al pacto en contrario que autoriza el art. 218, párr. 3º, se refiere exclusivamente a la cesión a favor del usufructuario de los resultados de la liquidación, lo cual es congruente con la naturaleza de los derechos que pueden ser cedidos al usufructuario”. Nissen se refiere a que lo que desnaturaliza la figura del usufructo es el otorgamiento de los derechos políticos al usufructuario. Parece coherente con el sistema de la ley que, como parte de los derechos de naturaleza económica, se le otorguen al usufructuario los derechos al reembolso del capital social y a la cuota liquidatoria.

13. En el derecho español, la ley 19 de 1989 introduce innovaciones en el régimen jurídico del usufructo sobre las acciones, otorgándole, los derechos de la calidad del socio al nudo propietario, como en nuestro art. 218. La doctrina admite expresamente la inclusión dentro de los pactos permitidos no sólo del derecho a votar sino de los derechos conexos a este derecho, tal como el derecho a la información, de impugnación de asambleas, de receso, etc. Ver BROSETA PONT, Manuel, *Manual de derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1994 (10ª ed.), p. 277.

mite realizar pactos, la doctrina se cuestiona entonces si es posible que el nudo propietario le otorgue al usufructuario todos los derechos de voto sin desnaturalizar su calidad de socio. Aztiria¹⁴ sostiene que el voto le corresponde al titular del derecho cartular, o sea, del *status socii* incorporado al título acción, siendo consustancial con la calidad de accionista. Asimismo, Nissen¹⁵ sostiene que no es posible la cesión del ejercicio del derecho de voto al usufructuario, porque estos derechos han sido declarados intransferibles por el legislador y, además, porque no se entiende cuál sería el rol que le corresponde al nudo propietario de las cuotas o acciones cuando se ha desprendido de todos los derechos políticos y patrimoniales que confiere esa participación societaria. Este es el criterio actual de la Inspección General de Justicia, aplicado en el artículo 128 de su Resolución General 7/2005: “No se inscribirá la constitución del usufructo de cuotas que comprenda la transmisión de derechos de voto al usufructuario”.

2.2.2. *La íntima relación entre los derechos patrimoniales y políticos*

Lo que resulta indudable es que el derecho al cobro de los dividendos está en directa relación con las decisiones que en materia de política empresarial se quieran dar a la empresa, hasta un punto que se hacen inescindibles. También hay que tener en cuenta que el pacto puede involucrar situaciones parciales; por ejemplo, ejercer por un tiempo el derecho de voto o que el usufructuario lo tenga en asambleas extraordinarias y no en las ordinarias.¹⁶

2.2.3. *Derecho de información*

Tanto el titular de la nuda propiedad como el usufructuario deben tener este derecho y es conveniente que así se exprese, ya que hace a la transparencia del negocio y al principio de buena fe que debe regir la contratación. El usufructuario debe estar legitimado para ejercer el derecho de información, con las limitaciones legales existentes en cuanto a la proporción de acciones que usufructúa.¹⁷

14. AZTIRIA, Enrique, *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 74.

15. NISSEN, Ricardo A., “El art. 218 de la Ley 19.550 y los derechos políticos del usufructuario de acciones”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h.) y Sandler, Max M. (dirs.), *Negocios sobre partes, cuotas, acciones y otros títulos societarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, p. 205.

16. La versatilidad de la figura puede estudiarse especialmente en el derecho español. Ver PELAYO MUÑOZ, Tomás, ob. cit. [cfr. nota 7], p. 138; y BROSETA PONT, Manuel, ob. cit. [cfr. nota 13], p. 277.

17. Ver MATTÁ Y TREJO, Guillermo E., “Apuntes para una revisión del régimen de prenda de acciones de sociedades anónimas”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1983-A, p. 718 y 724.

2.2.4. *La jurisprudencia no es unánime respecto de los derechos de impugnación de asambleas, transferibilidad de las acciones y de receso*

Para no correr riesgos, la doctrina y la práctica societaria han implementado el poder especial irrevocable¹⁸, de dudosa validez. De todas formas, también puede preverse estatutariamente que esta facultad de cesión de los derechos sociales esté permitida, temporalmente, ya que en forma indefinida o irrevocable sería desnaturalizar la sustancia del derecho del socio.

2.2.5. *Derecho a la suscripción preferente en los aumentos del capital*

Es importante tener en cuenta qué derecho tiene de suscribir nuevo capital quien sea titular del derecho de voto, ya que la falta de ejercicio de este derecho puede dar lugar a una disminución en la proporción de la participación del capital societario.

3. Donación de acciones/cuotas y reserva de usufructo para el cónyuge no titular de un bien ganancial. Análisis de una práctica usual

La donación de acciones y cuotas está incorporada a nuestra cultura como un contrato viable y posible para organizar el patrimonio familiar en vistas a un posible fallecimiento o incapacidad de los titulares del patrimonio, a favor de sus herederos.

El caso que traemos a nuestro análisis es el que se presenta cuando en la donación del bien ganancial de padres a hijos el titular dominial se reserva el usufructo para sí y para su cónyuge (no titular). El contrato en sí no resulta expresamente prohibido por normativa alguna, por ser de naturaleza especial.

Al respecto, se han expresado distintos juristas con opiniones disímiles. En posición favorable a la reserva para el cónyuge no titular, Lamber¹⁹ ha dicho:

Queda claro que se trata de un supuesto de constitución al no titular, porque no hay reserva de lo que no se tiene titularizado a su nombre. Pero que no exista tal titularidad no excluye la expectativa jurídica que por cierto tiene el no titular, en razón de la ganancialidad del bien y del serio daño que le provocará la muerte del titular, con la extinción del usufructo (art. 2920) intransmisible y sin efecto alguno a partir de ese hecho. Si partimos del principio de que rige al matrimonio un régimen de “comunidad de bienes”, con las variantes que pudieran darse entre comunidad universal o restringida, es evidente que todos los bienes, de la masa de uno o del otro, integran esa comunidad y que a la disolución del matrimonio se divide por partes iguales. El cónyuge no titular

18. La doctrina está dividida en cuanto a si es válido o no el poder especial irrevocable. HALPERIN, Isaac, *Sociedades anónimas*, p. 579; RIPERT, Georges, *Derecho comercial*, t. II, p. 357 y NISSEN, Ricardo A., ob. cit. [cfr. nota 3], p. 360 (comentario al art. 239) están en contra de la validez de tales poderes.

19. LAMBER, Rubén A., *Donaciones*, Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 224-225 y 229-230.

no es un extraño en esa comunidad sino parte indiscutida de ella. Y no se trata de una mera cuestión económica, sino que su alcance lo supera largamente. Como dice Vidal Taquini: “La sociedad conyugal que comienza con la celebración del matrimonio presupone la vida en comunidad integral de afectos e intereses materiales. De ahí que los bienes gananciales son obra conjunta de ambos cónyuges, aunque no se tiene en cuenta el aporte ni el esfuerzo desplegado por cada uno de los cónyuges”. [...]

¿Dónde está la intención de donar cuando el titular, sabedor del derecho de su cónyuge en la ganancialidad del bien que dona a los hijos comunes, se lo da para evitar que su propia muerte lo despoje, atento a que no haciendo la donación de la nuda propiedad el 50% del bien será del no titular por disolución de la sociedad conyugal, y no en usufructo, sino en propiedad, en comunidad hereditaria con sus hijos? ¿Dónde está la intención de aceptar una donación que la está despojando anticipadamente de un derecho que tiene en mucho mayor extensión que el mero usufructo de una parte? ¿Se cumple el deber asistencial y alimentario despojando al cónyuge no titular del derecho del uso y goce de la cosa, en virtud de un acto ingenuo de su parte que acepta la donación a los hijos sin tener garantía alguna? Todos estos argumentos son los que nos llevaron, desde hace varios años, a defender la validez de la constitución del usufructo al cónyuge no titular como parte de un negocio familiar genuino, donde las partes están acordando lo que el mismo derecho ha alentado y regulado, como es en el caso de la partición-donación de ascendientes (arts. 3514, 3526 y concs. del Cód. Civil). [...]

Quizás, el mayor descuido del juzgador está en desconocer la admisibilidad del usufructo reversible (al titular y al no titular) en la donación-partición de ascendientes, con importante doctrina que la avala, desde las profundas investigaciones de Guastavino²⁰, hasta la más moderna doctrina de Llambías, que señala claramente que esos pactos no afectan la prohibición del art. 1218 del Cód. Civil ni representan un acto disolutorio de la sociedad conyugal al margen del régimen específico²¹, pasando por la doctrina y la legislación extranjera, en particular la reforma francesa a su derecho civil en materia de partición por donación de ascendiente, que exige, con independencia de la titularidad del bien, la afectación de usufructo a favor de ambos cónyuges²² [...]

La génesis del usufructo, por lo que se refiere a su momento histórico, va ligada a una finalidad netamente alimenticia, al objeto de proveer a la viuda durante su vida de lo necesario para que continuase viviendo según las condiciones en que había vivido su marido, gozando de sus bienes, sin que por otra parte se le instituya heredera, para así no sustraer los bienes del marido a sus herederos, en particular a sus hijos.

Por su parte, Martínez Calcerrada reafirma esta interpretación histórica, con cita de Pugliese, quien afirma que “la función más antigua y típica del usufructo es precisamente la de proveer a las exigencias o necesidades del cónyuge supérstite, en especial de la mujer, sin sustraer del patrimonio hereditario a los hijos o descendientes”. Esta garantía era prestada a partir de disposiciones testamentarias, pero “si el marido difunto no disponía el usufructo, la mujer podía sucederle en la propiedad de los bienes en cuanto fuese *in*

20. GUASTAVINO, Elías P., *Pactos sobre herencia futura*, Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 339.

21. LLAMBÍAS, Jorge J. y otros, ob. cit. [cfr. nota 3], t. V-B, p. 299.

22. MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, v. IV, p. 245.

manu –y por ello *loco filiae*– o en cuanto no existieran ni hijos ni otros parientes”²³. Ese usufructo [...] se lo asegura Justiniano a través de las *Novelas* 53,6 y 11, 5; esta última en particular disponía: “si la mujer concurría con hijos propios la correspondencia de la cuarta parte (era) en usufructo mientras la nuda propiedad se reservaba a los hijos y cuando éstos eran más de tres, le correspondía siempre en usufructo una cuota igual a la que perteneciese a cada hijo”. Esto, que a la luz de la historia parece ser un solo un antecedente sucesorio, no es tal, porque, junto con el derecho de ser viudo, “de origen legal, se pueden señalar otras formas de origen convencional o testamentario nacidas a través de la denominada ley de unidad, para la que mediante convenio se establecían los famosos pactos de hermandad de bienes (*de untate viriet uxoris*), a través de los que se mantenía la indivisión de la herencia durante la supervivencia de uno de los cónyuges”.

Según Spota²⁴

La moderna doctrina plantea el interrogante de si la clasificación dual (respecto a la onerosidad o gratuidad) se puede transformar en una división tripartita. Es decir, si al lado de los contratos a título gratuito y de los a título oneroso existe un *tertium genus*. Esto ha sido tratado por diversos autores²⁵, poniéndose de relieve la existencia de contratos que no pueden calificarse ni de onerosos ni de gratuitos –contratos neutros–, o bien de contratos que en ocasiones son onerosos y en otros casos gratuitos –contratos incoloros o indiferentes–. Estas últimas calificaciones son aplicables, pues, a aquellos contratos que pueden asumir la fisonomía del contrato gratuito o del oneroso, según el punto de vista en que nos coloquemos.

Zinny²⁶, en contra de la posibilidad de reservar el usufructo para sí y para el cónyuge no titular, ha dicho:

La intención de quien dona la nuda propiedad del inmueble (propio o ganancial a su nombre) pretendiendo que la nuda propiedad se transfiera al hijo y el usufructo quede de por vida a nombre del donante y su cónyuge, con o sin derecho de acrecer, ha venido siendo notarialmente satisfecha por alguno de los siguientes procedimientos. 1) Donan ambos cónyuges la nuda propiedad, codisponiendo de ella, y se reservan ambos el usufructo (con certificado registral de dominio a nombre del cónyuge titular y certificado registral de libre inhibición a nombre del cónyuge no titular). 2) Dona el cónyuge titular, con el “asentimiento” en su caso del no titular, y se reserva el usufructo para ambos (aquí sólo se solicita certificado registral de dominio a nombre del cónyuge titu-

23. MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, “Directrices históricas del usufructo mortis causa”, en AA. VV., *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1969, t. VI, pp. 438-439.

24. SPOTA, Alberto G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, 2009 (ed. actualizada y ampliada), t. I, p. 309.

25. CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956, p. 187, § 61.

26. ZINNY, Mario A., *Casos notariales*, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 125 y ss.

lar). Uno y otro procedimiento, sin embargo, deben descartarse. El primero porque la codisposición, inadmisibles en el caso de bien propio, no se compadece tampoco con el régimen de titularidad y disposición que la ley ha previsto para los bienes gananciales adquiridos por uno de los cónyuges (Código Civil arts. 1276 y 1277 y Ley 11.357 arts. 5 y 6). De dicho régimen resulta que el cónyuge no titular del dominio del inmueble, que codispone de la nuda propiedad del mismo y se reserva su usufructo, está disponiendo y haciendo reserva de lo que no le pertenece, y no puede sostenerse que esta disposición y reserva de derechos ajenos se ve tácitamente ratificada por el acto de disposición y reserva del cónyuge titular, por cuanto en tal caso la ratificación pasa a encubrir una transferencia entre cónyuges, transferencia que la ley reprueba, sancionándola con la nulidad tanto si se la concreta a título oneroso (Código Civil arts. 1807-1 y 2837), bien entendido que la nulidad en cuestión tan sólo afecta al usufructo del cónyuge no titular del dominio y no la nuda propiedad del donatario, cuyo título sigue siendo perfecto. En lo que al segundo procedimiento respecta, debe también descartarse, por cuanto la reserva del usufructo a favor de ambos cónyuges efectuada por uno de ellos (titular del dominio que dispone de la nuda propiedad) equivale asimismo a que el usufructo se transfiera por uno de los cónyuges al otro (sólo así cabe explicar que el derecho de uno pase a ser compartido por ambos)

Pondé²⁷ ha expresado:

La reserva del usufructo queda limitada al cónyuge no titular y no puede extenderse al otro cónyuge, porque el usufructo no puede constituirse para durar después del fallecimiento del usufructuario, ni a favor de otras personas para gozarlo sucesivamente (art. 2825 : “El usufructo no puede ser constituido para durar después de la vida del usufructuario ni a favor de una persona y sus herederos”; art. 2824: “El propietario no podrá constituir el usufructo a favor de muchas personas llamadas a gozarlo sucesivamente las unas después de las otras, aunque estas personas existan al tiempo de la constitución del usufructo”). Indefectiblemente, el usufructo termina con la muerte del usufructuario (art. 2920: “El usufructo se extingue por la muerte del usufructuario de cualquier manera que suceda; y el que es estableciendo a favor de una persona jurídica, por la cesación de la existencia legal de esa persona y por haber durado veinte años”).

Armella²⁸ sostiene al respecto:

Aparece como fundamento principal²⁹ el que sostiene que, cuando el cónyuge dona la nuda propiedad a un tercero y se reserva el usufructo para sí y para el cónyuge no titular

27. PONDÉ, Eduardo B., “Proyectos de escrituras de donación de nuda propiedad con reserva de usufructo”, en AA. VV., *Seminario sobre técnica notarial. Octubre 1982*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1982, pp. 60-74.

28. ARMELLA, Cristina N., LAMBER, Rubén A. y LLORENS, Luis R., *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*, Buenos Aires, Ediciones Centro Norte, 1991, pp. 63, 67.

29. La autora cita a CAPPARELLI, Julio C., “Donación de nuda propiedad de un bien ganancial a terceros con reserva de usufructo a favor del cónyuge no titular. ¿Un contrato permitido?”, en *Revista del Notariado*, Bue-

(lo que equivale a constituir un usufructo gratuito y actual por el cincuenta por ciento indiviso a favor del otro cónyuge), no están realizando un contrato prohibido entre ambos esposos (art. 1807 inc. 1 CC) sino que se trata de una liberalidad permitida entre ellos, de acuerdo a lo normado en el art. 1791, inc. 8, del Código Civil: “no son donaciones todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente, pero no con el fin de transferir o adquirir el dominio de ellas”.³⁰ [...] Si pretendiéramos sostener que la reserva que realiza un cónyuge a favor del otro no es una donación y, como tal, configuraría una liberalidad permitida entre esposos (art. 1791 inc. 1 CC), creemos que dejaríamos de lado la aplicación de estrictas normas que implican la presencia del orden público que rige a los derechos reales. Si buscáramos elípticamente desplazarnos de este ámbito de los contratos nominados para sostener que el contrato de usufructo es atípico y no puede considerarse ni donación, ni compraventa propiamente dichas, por lo que tampoco se aplicarían sus incapacidades específicas, también estaríamos cayendo en un yerro, ya que no podemos afirmar que hay un contrato de usufructo. Lo que realmente existe es un verdadero contrato de compraventa (cosa por precio, dominio útil por precio) o donación (transmisión gratuita del dominio, del dominio útil), que genera el derecho real de usufructo.

Armella³¹ agrega:

La solución esbozada en consecuencia ante tal problemática es la siguiente: el donante titular exclusivo de la propiedad, con o sin el asentimiento de su consorte según el caso, debe transferir el dominio al donatario o donatarios, y éstos a su vez constituir *per translationem* usufructo a favor de ambos cónyuges, con o sin derecho a acrecer. Esta propuesta, la cual analizamos pormenorizadamente infra, fue criticada por Mario Antonio Zinny³², afirmando que, si bien por este medio se impide al hijo nudo propietario impugnar el usufructo del cónyuge superviviente, anterior no titular del dominio, “permite que lo impugne el nieto”, accionando por colación, simulación, lesión, etc. Para evitar tal efecto, aconseja la práctica de modalizar la donación de la propiedad con la obligación accesoria de que el donatario establezca usufructo a favor de ambos cónyuges, pues “con el cargo, se logra que el hijo no constituya el usufructo porque ‘quiere’ sino porque se lo impone el donante, con lo cual automáticamente quedan excluidas las posibles pretensiones del nieto”.

También en contra de la posibilidad de reservar el usufructo para sí y para el cónyuge no titular de un bien ganancial se ha pronunciado la jurisprudencia en un recurso

nos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 791, septiembre-octubre 1983, pp. 1347-1355 (citado también por GATTARI, Carlos N., *Práctica notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1988, t. 5, p. 132).

30. En contra, cfr. SPOTA, Alberto G., “De nuevo sobre el artículo 3604 del Código Civil”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 100, p. 387: “Y la donación del usufructo, aunque no signifique la adquisición del dominio –prescindiendo de que se verifique a favor del nudo propietario–, es en nuestro derecho positivo una donación”.

31. ARMELLA, Cristina N., LAMBER, Rubén A. y LLORENS, Luis R., ob. cit. [cfr. nota 28], p. 73.

32. ZINNY, Mario A., ob. cit. [cfr. nota 26], p. 125.

de apelación contra la denegatoria a inscribir un título, deducido por el escribano Rubén Crego contra el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.³³ Sin adentrarnos sobre la facultad calificadora del Registro de la Propiedad Inmueble, se reproduce una parte de lo dicho por el juez Rezzónico para fundar el rechazo del recurso interpuesto por Crego:

Debiéndose presumir conocida la normativa aplicable al caso (art. 20 del Código Civil), más aún ante lo dispuesto por el art. 902 del mismo Código, es oportuno recordar que nuestro Superior Tribunal Provincial ha señalado en forma reiterada que cuando el texto de las notas es claro y expreso debe aplicárselo estrictamente y en el sentido que resulta de sus propios términos [...] Y si la aplicación de la norma lleva a situaciones que pueden llegar a considerarse inequitativas, la modificación debe provenir necesariamente de una reforma legislativa [...] dado que al intérprete de la ley no puede acordársele el poder de variar el contenido del texto legal interpretado al grado de prescindir de él [...] Siendo esto así, ante la denuncia efectuada a fs. 133, segundo párrafo, respecto de la subsistencia del matrimonio de quienes comparecieran a los actos escriturarios hoy en revisión (escrituras n° 711 y 722), cobran operatividad las prohibiciones estatuidas por los arts. 1218, 1219, 1358, 1807 y 2831 del Código sustantivo. Esta última norma expresamente señala en lo aquí pertinente que, no siendo fungible la cosa fructuaria, no tiene capacidad para constituir usufructo por contrato gratuito quien no la tenga para donar. Y no teniéndola el cónyuge respecto de su consorte en los términos previstos por el art. 1807, inc. 1, de igual ordenamiento, no otra solución que la confirmación de las resoluciones impugnadas debe imponerse. Sólo resta señalar que la interpretación que propone el recurrente a partir de fs. 135 hasta fs. 139 (punto VI) luego de reconocer la efectiva prohibición contractual antes analizada, en cuanto resulta contraria a la norma, no puede ser atendida a tenor de la doctrina legal de nuestro Superior Tribunal Provincial, a la que corresponde dar acatamiento maguer cualquier criterio disidente (art. 279 del CPC). Finalmente, y sin dejar de poner de resalto que la calificación legal de los bienes como propios o gananciales sólo resulta relevante a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal y no durante su vigencia (arts. 1272, 1291, 1315 del CC), tiempo este en el que cada cónyuge resulta titular dominial de los bienes que adquiera (art. 1276 del CC), la constitución de usufructo que se requiere tampoco puede ser considerada como una liberalidad autorizada con el alcance establecido por el art. 1791 del Código Civil. En definitiva, teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, se concluye en el rechazo del recurso intentado.

33. Cám. 1ª, Sala Segunda, 26/5/2005, "Crego, Rubén Efraín (h) s/ recurso de apelación art. 85 Ley n° 12.008 (Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires)". Ver GALIANO, Patricio G., "Constitución de usufructo a favor del cónyuge no titular", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 951, mayo-agosto 2005, pp. 685-692 (opinión favorable al fallo de Cámara rechazando la inscripción registral).

3.1. *En cuanto al Código Unificado*

En cuanto al Código Unificado, el artículo 1002 inciso d) ha establecido que “No pueden contratar en interés propio: [...] d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí”.

Si nos enrolamos en la teoría del contrato como fuente causal del derecho real de usufructo, éste estaría prohibido vigente el régimen de comunidad. Si nos enrolamos en la teoría del contrato neutro –como dice Spota–, también continuamos en el ámbito contractual, con lo cual también estaría prohibido vigente el régimen de comunidad. Si entendemos que es una simple liberalidad permitida por el artículo 1791 inciso 8) del Código Civil y la calificamos fuera del ámbito contractual, como simples actos jurídicos unilaterales o renuncia de un derecho a favor de otro, podría entenderse fuera del ámbito del 1002 inciso d) del Código Unificado.

El Código Unificado nos trae la posibilidad de los cónyuges de cambiar de régimen patrimonial-matrimonial. Si optaran por no tener más el régimen de comunidad, podrían perfectamente contratar entre sí, ya que escaparían la prohibición del 1002 inciso d) del Código Unificado.

4. La doctrina del caso “Macchi”

Se transcribe a continuación la parte del fallo³⁴ que resulta relevante a los efectos de este trabajo:

Es claro que la lectura de los arts. 251, 265, 276, 279 y 298 LSC persuade sobre la necesidad primaria de exigir como presupuesto habilitante para el ejercicio de cada acción la condición de socio, por cuanto sólo frente a particulares contingencias se habilita de modo sucedáneo la promoción a directores, síndicos sociales o de la quiebra e incluso terceros. Ahora bien, quien se presenta no es otra que la nuda propietaria del 25 % del paquete accionario de Almaco SA, quien lo recibiera por la donación efectuada por sus padres, con reserva de usufructo. Además de haber sido invocado, así consta en los registros sociales (v. fs. 69-70). Pero debe agregarse que en tal acto de disposición, expresamente se convino que el ejercicio de los derechos políticos estaría en cabeza de los donantes-usufructuarios (cuya vigencia se estableció con la muerte del último de éstos). Como se ha visto, la particularidad que denota el caso coloca nuevamente sobre el tapete aquel tema hartamente debatido sobre la posibilidad de que el usufructo de acciones contenga derechos políticos (véase al respecto la medulosa síntesis que remite a la doctrina extranjera formulada en la publicación “Usufructo de acciones de transmisibilidad

34. CNCom., Sala F, 2/11/2010, “Macchi, Cecilia Laura c/ Merello de Macchi, Ángela Josefina y otros”. [N. del E.: una opinión contraria en un comentario al mismo fallo puede verse en DI CHIAZZA, Iván G., “¿Un socio sin derechos de socio? Usufructo de acciones y planificación sucesoria de la empresa familiar”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 906, octubre-diciembre 2011, pp. 213-227].

limitada”, por Bisio G. De La Torre, J., en *LL 1995-C-1336*; Muñoz-Vanasco, “Usufructo de acciones”, *Impuestos*, 1989-B, p. 1345-53). El interrogante en el *sub examine* consistirá en discernir si la negativa absoluta a permitir al nudo propietario el ejercicio de los derechos políticos comporta –o no– una transgresión al ordenamiento jurídico. La correcta solución del entuerto exige, sin dudas, el análisis del título creador del usufructo, según sea que éste otorgue esos derechos a una parte –usufructuario o nudo propietario– o guarde silencio al respecto. Si el instrumento nada expresa sobre la atribución de los derechos políticos, la doctrina no es pacífica en este punto. Según Sassot Betes-Sassot, las opiniones podrían sintetizarse en cuatro grupos, según que la facultad sea otorgada: (i) **al nudo propietario**, asumiéndose la intransferibilidad de tales derechos no patrimoniales, propios del *status socii*, o anexos a la propiedad, o al derecho de voto –entre muchos, Halperin, Fernández, Garo, R. A. Nissen, J. B. Siburu–; (ii) **al usufructuario**, entendiendo que la votación es un acto de administración y que a través de su ejercicio se obtiene la aprobación del balance y la distribución de las utilidades –Thaller, Ripert, L. Mossa, art. 2352 Código Italiano de 1942, arts. 690 y 692 Código Suizo de las Obligaciones–; (iii) **a ninguno de los dos**, en tanto el desmembramiento de los derechos accionarios importa la suspensión de los derechos políticos que no pueden ser ejercidos –Biermann, citado por Sánchez Torres–; (iv) **a uno u otro según se trate de votar en asambleas ordinarias o extraordinarias**, dando el voto al usufructuario en las ordinarias, por tratarse en ellas esencialmente actos de administración y gestión societaria, y al nudo propietario en las extraordinarias, por ser de su incumbencia los actos no administrativos de la sociedad –Ascarelli, Pic, art. 163 Ley de Sociedades francesa de 1966– (para mayor detalle, cfr. Sassot Betes, M. A. y Sasot, M. P., *Sociedades anónimas. Acciones*, pp. 344-45, Ed. Ábaco, 1985). Ahora, si, por el contrario, en el acto jurídico mediante el cual se constituyó el usufructo se reglamenta la atribución y ejercicio de los derechos no patrimoniales, a criterio de esta sala y a partir del entendimiento que formula del art. 218 LSC, no cabrían mayores vacilaciones. Dice la norma, luego de referirse a la percepción de los dividendos por parte de los usufructuarios, que: “el ejercicio de los demás derechos derivados de la calidad de socio, inclusive la participación en los resultados de la liquidación, corresponde al nudo propietario, salvo pacto en contrario y el usufructo legal”. De manera tal, cabe postular que nuestro derecho positivo otorga preeminencia al “pacto en contrario” en la asignación de los derechos políticos al nudo propietario (conf. Vanasco, Carlos A., *Sociedades comerciales*, t. I “Parte general”, pp. 189-90, Astrea, 2006; Sassot Betes y Sasot, op. cit., p. 346; Gagliardo, M., *Sociedades anónimas*, pp. 163, 171 y ss., Abeledo Perrot, Bs. As., 1998; Verón A. V., *Sociedades comerciales*, t. 3, pp. 594 y 595, Ed. Astrea, año 1986). Por otra parte, la recepción legislativa en distintos ordenamientos foráneos de la interpretación que aquí se formula permite desdibujar los contornos del dogma que otrora postuló a los derechos políticos como intransferibles e inderogables en cabeza del nudo propietario. Tal resquebrajamiento de una de las más sólidas bases tradicionales del derecho de las sociedades anónimas fue asumido por el maestro Anaya, en su ilustrado voto *in re* “Sánchez, C. J. c/ Banco de Avellaneda y otros” (*LL 1983-B*, 257), al aludir a las acciones de dividendo prioritario sin derecho de voto y al afirmar luego: “la posibilidad de la constitución de usufructo de acciones (art. 218 Ley 19.550) y la validez del pacto por el que se constituye al socio del socio (art. 35, misma ley) son demostrativos de que, para la Ley 19.550, el voto no es

un derecho personalísimo sino un poder para la consecución de intereses y resultados patrimoniales, abierto a su libre disposición, en la medida en que no importe otras cosas que una renuncia a su particular interés”. A esta altura de la exposición, podría afirmarse sin hesitación que la inversión del régimen legal autorizado por el propio art. 218 LSC habilita al nudo propietario a conferirle al usufructuario su derecho de voto. Con lo cual, desde tal óptica, no resulta reprochable la convención plasmada en la cláusula 7ª de fs. 20 [...]

6. El conglomerado argumental hasta aquí vertido permite concluir por la confirmatoria del decisorio en torno de la **falta de legitimación de la Sra. Macchi en su condición de accionista –sin ejercicio de los derechos políticos– para instaurar la totalidad de las pretensiones antes referenciadas.**³⁵

El fallo que traemos para comentar es un caso claro en el que el derecho a la nuda propiedad significa en la práctica que la titular de las acciones –nuda propietaria– queda sin garantía alguna en resguardo de la protección de su derecho sustancial, de la imposibilidad del usufructuario de afectar la sustancia a la que nos remite el Código Civil en la definición que brinda el artículo 2807: “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia”.

Hay construcciones doctrinarias que avalan una u otra posición en torno a la posibilidad de pactos que regulen el usufructo, las que han sido referenciadas anteriormente. En este caso, sin embargo, resulta patente la desprotección jurídica del titular de la nuda propiedad de las acciones dadas en usufructo, pues si el titular de las acciones no tiene legitimación ni siquiera para presentarse a la justicia para impugnar la asamblea y reclamar el ejercicio de sus derechos, entonces ¿qué le queda? ¿No sería nulo el pacto que así lo estableciera, por desvirtuar los derechos conferidos legalmente? ¿Se le puede negar carácter de accionista al nudo propietario? ¿Qué derecho entonces puede defender?

Todos estos interrogantes quedan sin respuesta y la doctrina del caso “Macchi” establece un peligroso precedente que no sólo afecta los derechos del nudo propietario de las acciones dadas en usufructo, con la reserva de la totalidad de los derechos políticos sin ningún tipo de garantía a favor del nudo propietario, sino también a sus acreedores particulares, pues el valor patrimonial de las acciones está a merced de su usufructuario, único legitimado para concurrir a las asambleas de accionistas de la sociedad, según esta doctrina.

Si el pacto establece que el nudo propietario no puede defender su posición accionaria de manera de no alterar la sustancia del bien objeto del usufructo, entonces, es un pacto que contraría su misma naturaleza y, por lo tanto, deviene un pacto ineficaz. Nótese la injusticia del fallo en negarle la calidad de accionista; en el caso concreto, se le niega la legitimación procesal para defender la sustancia del derecho del nudo propietario.

35. Los destacados son nuestros.

Concluyo citando a los maestros Halperin y Otaegui:

Respecto del derecho de voto –y en general, de todos los derechos que no tienen contenido patrimonial– corresponden al nudo propietario (art. 218, 3): son derechos sociales inherentes a la calidad de socio, cuyo ejercicio es intransferible y puede afectar las bases de la sociedad...

El nudo propietario es socio por definición y, justamente, lo que promueve el artículo 218 LSC es que no se altere la sustancia del derecho de propiedad –en el sentido amplio de la palabra– consagrado en nuestra Constitución Nacional. Sostener que puede ceder todo evidentemente altera la sustancia del derecho que tiene.³⁶

36. Art. 2807 CCIV: “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia”.



Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación

Mario Gabriel Szmuch

RdN 917

RESUMEN

El nuevo Código Civil y Comercial prevé la subrogación real para el instituto del régimen de vivienda, sucesor del bien de familia, pero no dota a dicho mecanismo de traspaso de la protección de una regulación orgánica completa, que tutele los diversos intereses en juego. Tal omisión puede ser suplida en parte reglamentariamente por el organismo administrativo de aplicación de cada demarcación. En este discursus se plantean ideas para el dictado de las normas reglamentarias, como la implementación de un folio especial que permita la trazabilidad del objeto sobre el que recae la afectación, sus ampliaciones o reducciones y los sujetos comprendidos en el régimen. Además, se propone lograr una protección más amplia de la vivienda, extendiéndola a quien aún no adquirió el inmueble que destinará a ese fin, permitiéndole constituir el régimen sobre una suma de dinero, y, por otra parte, a quienes sin acudir al régimen de vivienda no estén casados o no vivan en unión convivencial.

A los jueces justos de la Nación.

1. El artículo 244 del Código Civil y Comercial de la Nación¹ que entraría en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015 prevé que puede afectarse al **régimen de vivienda** (en adelante, RV) un “inmueble destinado a vivienda”, sea “por su totalidad” o “hasta una parte de su valor”.

1. Los artículos que se citan a lo largo de este trabajo pertenecen al Código Civil y Comercial de la Nación, salvo indicación en contrario.

2. El capítulo del nuevo Código que se inicia con dicho artículo regula un régimen especial destinado a proteger:

- 1) el **derecho “sobre” la vivienda**, es decir, el de quien ya es propietario de un inmueble con ese destino;
- 2) el **derecho “a” la vivienda**, dado que, bajo el nuevo sistema, el RV puede recaer sobre la suma de dinero que en concepto de precio o indemnización sustituya al inmueble afectado y que pasará a la nueva vivienda cuando la misma sea aplicada a pagar su precio de compra.

En el nuevo régimen la suma dineraria y la vivienda adquirida quedarán sucesivamente comprendidas en el RV, por subrogación real, desde la fecha de oponibilidad de la constitución del régimen.

3. Dado que dicho régimen prevé que, a los efectos de la inscripción de la afectación —en rigor, sería la constitución—, la prioridad temporal se rija por las normas contenidas en la Ley Nacional del Registro Inmobiliario (art. 244 2º párr. CCCN), la inscripción de la constitución gozará de la ventaja de la retro-prioridad, siempre que se cumplan los extremos del artículo 25 de la citada ley (solicitud de certificación para el acto y autorización y solicitud de inscripción del documento en los plazos legales).

En los fundamentos del Proyecto del nuevo Código se lee: “se resuelven problemas discutidos en la doctrina, los cuales son [...] la admisión de la retro-prioridad registral”. Por lo tanto, el segundo párrafo del artículo 244 debería interpretarse en ese sentido; de otra manera, la letra de la ley carecería de sentido al leerse como una simple e inoperante redundancia.

Corolario de ello es que tanto los escribanos como los funcionarios públicos que intervengan en el trámite de constitución del RV, incluidos los del registro inmobiliario y también los jueces (cuando intervengan en o dispongan la constitución), deberían solicitar la certificación con reserva de prioridad, a los efectos de que se puedan retrotraer los efectos de la constitución o de la ampliación del régimen. La certificación registral no sería estrictamente necesaria para las afectaciones posteriores a la constitución, es decir, las afectaciones por subrogación, pero sí sería conveniente solicitarla si hubiera ampliación (objetiva o subjetiva) de la afectación.

Dado que la subrogación “arrastra” los efectos de la constitución (afectación inicial, origen del RV) a las afectaciones posteriores, la reserva de prioridad no sería necesaria desde el punto de vista lógico, pues la protección se goza desde la fecha en que la constitución del régimen adquiera oponibilidad.

Respecto de las ampliaciones (tanto las objetivas como las subjetivas), dado que exceden la “mera” subrogación, sí sería aconsejable obtener la reserva de prioridad, pues no están comprendidas en o abarcadas por la protección de origen que de bien a bien se traspa por subrogación.

4. La ley no prevé expresamente un plazo máximo dentro del cual el propietario deba reinvertir el producido de la enajenación del inmueble afectado al RV para que opere la subrogación. No contempla un plazo de caducidad de la afectación para el supuesto de que los fondos permanezcan desinvertidos.

Dado que la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva (art. 948), el empleo de una parte de los fondos a un destino que sea incompatible con el fin tutelado no debe aparejar la pérdida de la protección legal respecto del remanente.

Se justifica el no establecimiento de un plazo legal de caducidad, dado que, de otra manera, la continuidad del régimen por vía de la subrogación podría tornarse dificultosa, penosa, opresiva y hasta indigna. Sin embargo, cuanto más tiempo transcurra hasta la reinversión de los fondos y menos trazable sea en ese período el empleo o destino de ellos, mayor será el riesgo que corra la continuidad del RV, la que es susceptible de ser cuestionada judicialmente por los acreedores.

En este sentido, cabe subrayar que la supresión de la causa grave como supuesto que habilita la desafectación judicial (art. 49 inc. e Ley 14.394), que da cierta sensación de omnipotencia legislativa, evidentemente no elimina el problema de la imprevisión ni de la intrínseca imprevisibilidad del futuro, ni obsta la admisión de su procedencia vía el argumento de la derrotabilidad de las normas.²

5. La retro-prioridad podría jugar en contra de los acreedores del propietario que hayan evaluado su solvencia (p.ej., vía el pedido de informes al Registro de la Propiedad Inmueble) con más de quince, veinticinco o treinta días (art. 24 Ley 17.801) de antelación al momento de contratar con él. Por tal razón, sería aconsejable que se le exija al propietario que manifieste en el contrato que su situación patrimonial no varió desde el comienzo de las tratativas preliminares. Una afectación solicitada ínterin, es decir, entre la evaluación de la solvencia en la etapa preliminar y el otorgamiento del contrato, debería juzgarse como una violación al deber de buena fe (arts. 990 y ss.) y un acto fraudulento. Esto acarrearía la consideración del co-contratante como un acreedor incluido, por inoponibilidad de la constitución otorgada en fraude al deber de lealtad.

6. Hay un aspecto que merece especial mención y una propuesta de reforma legislativa o una interpretación judicial correctiva. La subrogación está prevista para “la vivienda adquirida en sustitución de la afectada”; es decir, para que la subrogación opere, según la letra de la ley, debería mediar “la adquisición” de otra vivienda “que sustituya” a la anterior. Los extremos entrecomillados generan ciertas dudas interpretativas como las siguientes: quien tiene dos inmuebles con características de vi-

2. Ver GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Neoconstitucionalismo y derrotabilidad. La juridificación de la moral y la moralización del derecho”, Universidad de Castilla-La Mancha.

vienda, y no adquirió el segundo en sustitución del primero, ¿puede “pasar” la afectación de uno a otro?; la vivienda subrogante, ¿debe incorporarse al patrimonio del afectante con posterioridad a la enajenación de la vivienda subrogada? La importancia de los intereses en juego reclama una pronta solución del tema —legal o jurisprudencial—, a fin de evitar graves perjuicios a quienes habitan en suelo argentino.

A fin de subsanar esas dudas, se propone el siguiente texto —o interpretar el existente con los siguientes alcances—:

Artículo 248. Subrogación real. La protección se transmite a la vivienda afectada en sustitución de la anterior y a los importes que sustituyan a ésta en concepto de indemnización o precio.

Considero que la autoridad de aplicación debe, en todo caso de duda, tomar razón de la subrogación. Quien se sienta perjudicado por tal obrar podrá en todo caso accionar ante el órgano jurisdiccional.

7. Lo establecido en el numeral anterior conduce a formular las siguientes preguntas: la afectación al RV por subrogación, ¿debe constar en el título de adquisición de la nueva vivienda?; ¿debe constar en la promesa (boleto) que previamente se otorgue o puede ser posterior sin que ello implique una interrupción en la continuidad del RV (interrupción que implicaría que algunos acreedores excluidos pasen a ser incluidos³)?

Si no se admitiera que la afectación pueda realizarse *a posteriori* de adquirida la vivienda, se generarían ciertas dificultades. Por ejemplo, cuando la adquisición dominial se haga en subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa, ¿en qué documento debería hacerse constar la subrogación?⁴

También sería compleja la situación del condómino que adquiera de los demás copartícipes las restantes partes indivisas, totalizando el cien por ciento del dominio, caso en el cual se considera que hubo partición (art. 1998) y, por lo tanto, su adquisición se retrotrae al origen de la indivisión (art. 2403). Si en este caso el excondómino quisiera pasar la afectación de un inmueble al que se le adjudicó por partición, quizás se encontrará con la situación de que éste, en razón del efecto retroactivo de la división de condominio, fue adquirido jurídicamente (pese a las fechas de las escrituras de adquisición de las restantes partes indivisas) antes que el bien subrogado.

Si en base a estos ejemplos se concluyera que la afectación puede ser posterior a la adquisición, entonces, las cuestiones evidenciadas en el numeral anterior deberían resolverse en pro de la tesis amplia de la subrogación, tal como mociono en el presente.

3. Ver la categorización de acreedores propuesta en el numeral 10).

4. Téngase en cuenta que la adquisición queda documentada en el expediente.

8. Una particularidad que se suscita a raíz de la posibilidad de transmitir la vivienda afectada a los beneficiarios es si se puede transmitir también el producido de su enajenación subrogado en el RV (p. ej., la suma de dinero, el crédito por saldo de precio, etc.). Piénsese en el caso del *pater familias* que enajena la vivienda afectada y dona la suma subrogada a sus dos hijos, beneficiarios del régimen, quienes, a su vez, con dichas sumas adquieren cada uno su propia vivienda, a las cuales pasará la protección. ¿Es esto viable? Si se admitiera que este *pater familias* divida un inmueble en dos (p. ej., por afectación al régimen de propiedad horizontal) y done en el mismo acto cada uno de ellos a sus hijos con continuidad del RV, la razonabilidad impone una respuesta afirmativa al interrogante planteado.

9. La especialidad del nuevo régimen se inserta en un sistema más amplio y general de protección de la vivienda. El nuevo Código contiene dispositivos generales de tutela de ese bien jurídico, cuya operatividad no requiere un acto especial de constitución, como sí ocurre con el RV. En líneas generales, dichos dispositivos prevén los siguientes efectos:

1. Nulidad del acto de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar otorgado por uno de los cónyuges sin el asentimiento del otro (art. 456).
2. Inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto las contraídas por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro (art. 456).
3. Igual régimen se aplica a las uniones convivenciales, que el nuevo Código trata como familia (art. 522).

Podría esgrimirse con cierto grado de razón que estas protecciones automáticas (así las denomino dado que no dependen del otorgamiento de un acto de afectación) resguardan más a la familia que a la vivienda, o a la familia con vivienda o a la vivienda familiar, y que queda fuera de esa protección la persona que vive sola. El “solitario”, salvo que acuda al régimen especial (RV), no cuenta con la protección legal automática comprendida en el régimen general. En este punto, parece que el Estado pretende imponer un modelo de vida, actitud que choca de frente con los ideales constitucionales de la República, pero que, va de suyo, no puede traspasarlos.

El solitario que, por ejemplo, a raíz de un accidente automovilístico debiera responder por los daños causados, vería comprometida su vivienda (no afectada al régimen especial), mientras que quien se ajustara al modelo legalmente favorecido sí estaría amparado. ¿Por qué exigirle al solitario lo que no se le pide a todos los demás para gozar de la tutela legal? Es obvio que el solitario no tiene (y quizás no quiera tener o sí lo desea pero no alcanza el éxito en su búsqueda) a quién pedirle el asentimiento para disponer de los derechos sobre su vivienda o para contraer deudas por actos jurídicos, pero constitucionalmente debería gozar de la misma protección que

los “familieros” para las deudas que se generasen por causa distinta (ilícito), aunque no acuda para ello a la protección especial del RV.

El nuevo RV supera el actual de bien de familia, dado que se autoriza su constitución por quien carezca de familia, con lo que se atiende a la cada vez más frecuente situación de la persona que vive sola y que necesita también proteger un lugar donde habitar. Sin embargo, a causa de la incoherencia antes apuntada, la protección de la habitación no logra alcanzar en un texto legal expreso el nivel deseado, situación que debería ser corregida por los jueces a través de la interpretación constitucional, conforme a los artículos 1 y 2 del nuevo Código.

10. El RV es oponible a los acreedores del propietario cuya causa crediticia sea de fecha posterior a la fecha de oponibilidad de la inscripción de su constitución. Podemos agrupar a los acreedores del propietario en distintas categorías y subcategorías, en función de los siguientes criterios:

- Las fechas de las causas de sus créditos.
- La posibilidad o no de requerir la ejecución del bien afectado al RV con prescindencia de la fecha de la causa de sus créditos.

Propongo las siguientes denominaciones para poder individualizar las distintas categorías de acreedores más fácilmente.

- *Acreedores incluidos.* Comprende las siguientes sub-categorías.
 - ▶ *Acreedores anteriores:* son los de causa anterior a la fecha de oponibilidad de la constitución del RV. Pueden requerir la ejecución del bien afectado al RV por los créditos nacidos antes de esa fecha.
 - ▶ *Acreedores intermedios:* son en parte incluidos y en parte excluidos, en razón de ampliaciones efectuadas al RV. Pueden ser, a su vez:
 - *De primer grado:* Son los de causa posterior a la fecha de oponibilidad de la constitución pero anterior a la fecha de oponibilidad de una ampliación (ampliación 1). Pueden requerir la ejecución del bien afectado, pero sólo por los créditos cuyas causas hayan nacido ínterin, y cobrarán del producido de la subasta únicamente en proporción al incremento del valor del bien afectado que implique la ampliación 1 y no por el valor originariamente comprendido en la afectación.
 - *De segundo grado:* son los de causa posterior a la fecha de oponibilidad de la primera ampliación (ampliación 1) pero anteriores a la fecha de oponibilidad de una nueva ampliación (ampliación 2). Pueden ejecutar el bien afectado pero sólo por los créditos cuyas causas hayan nacido ínterin, y cobrarán del producido de la subasta únicamente en proporción al incremento del valor del bien afectado que implique la ampliación 2.
 - *De tercer grado, etc.*
 - ▶ *Acreedores exceptuados:* no importa la fecha de la causa de su crédito, dado que, aunque ésta sea posterior a la de oponibilidad de la constitución del RV,

igualmente tienen derecho a solicitar la ejecución. Son los contemplados en los cuatro incisos que contiene el segundo párrafo del artículo 249, acreedores por:

- 1) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble;
 - 2) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250;
 - 3) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;
 - 4) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.
- *Acreedores excluidos*: carecen del derecho de solicitar la ejecución, es decir, aquellos a quienes la constitución del RV les resulta plenamente oponible. Es simplemente por contraposición con esta categoría que llamo a los comprendidos en la categoría anterior (acreedores con derecho a solicitar la ejecución) acreedores incluidos.

Las denominaciones aquí propuestas no surgen de la ley, pero contribuyen a simplificar el vocabulario, para comprender mejor el régimen de oponibilidades que en mi criterio resulta del RV.

11. La figura de la ampliación del RV no surge expresamente de la ley, pero sería de rigurosa lógica la admisión de su procedencia. La ampliación no implica un nuevo RV sino la complementación (objetiva o subjetiva) de uno ya constituido. A los efectos de las relaciones del afectante con los acreedores intermedios, funciona como una nueva (otra) constitución por el valor de la ampliación (cuando ésta sea objetiva). Es decir, la ampliación es inoponible a los acreedores intermedios, dado que las fechas de sus causas crediticias son anteriores a la de oponibilidad de la pseudoconstitución que para ellos implica la ampliación objetiva.

Si la afectación de un inmueble fuera por subrogación y se adiccionaran a los fondos procedentes de la enajenación del inmueble anteriormente afectado otros fondos —lógicamente, no comprendidos en la afectación anterior, ni surgidos de su enajenación—, a efectos de que el nuevo inmueble quede afectado por la totalidad de su valor, necesariamente deberá efectuarse una ampliación de la afectación, que abarque los nuevos fondos. De lo contrario, el nuevo inmueble quedará afectado sólo por una parte de su valor (la que se arrastra de la afectación anterior).

La ampliación del valor afectado le permite al propietario adquirir un inmueble de valor mayor que el anterior y cubrirlo íntegramente con la protección del RV. Responde, entre otras razones, a la dificultad práctica de reemplazar un bien por otro que sea de igual valor, a la ausencia del deber legal de hacerlo y a la posibilidad de afectar el nuevo inmueble por la totalidad de su valor y no solamente por la par-

te de valor cubierta por el producido de la enajenación del inmueble anteriormente afectado.

La existencia de una ampliación podría implicar que algunos acreedores deban considerarse excluidos respecto de una parte del valor del inmueble y, a la vez, incluidos por otra parte de su valor. Es decir, se desdoblaría el carácter de algunos acreedores, que serían excluidos e incluidos respecto de distintas parcelas de valor del bien afectado.

12. Si se otorgase respecto de un inmueble un documento que implicara ampliación de la afectación, parece conveniente que el oficial o funcionario interviniente pidiera la certificación registral para el acto (art. 23 Ley 17.801). Con ello, se logrará retrotraer los efectos de la inscripción a la fecha de la reserva de prioridad y, consecuentemente, dejar como acreedores excluidos a quienes se vinculen con el propietario por causa posterior a la fecha de esa reserva.⁵

13. Si, subastado el bien afectado y satisfechos los acreedores incluidos, quedara un remanente del precio de la subasta, éste se entregará a quien era propietario del bien rematado (y no al actual propietario del inmueble, como surge del anteúltimo párrafo del art. 249). Es decir, los acreedores excluidos no podrán embargar dicha suma (art. 249 antepenúltimo párrafo).

14. Si bien de la ley surge que los acreedores incluidos pueden requerir la ejecución de la vivienda afectada, también podrán, lógicamente, pedirla respecto del bien afectado que no sea una vivienda, cuya individualización debería resultar del folio especial que propongo se implemente.

15. Y, si bien no surge claramente de la ley, los acreedores que no tengan derecho a requerir la ejecución de la vivienda afectada (acreedores excluidos) tampoco podrían solicitarla respecto del bien afectado que no fuese una vivienda (suma de dinero, etc.).

16. Aquí llegamos al punto donde quizás el nuevo sistema presente ciertas complicaciones en su faz práctica, en comparación con el implementado para el régimen de bien de familia: la afectación que tenga por objeto un bien que no sea un inmueble (p.ej., dinero, crédito por saldo de precio de venta, etc.) carece en el sistema actual de un lugar o espacio para ser asentada.

17. En un intento de anticiparme a las dificultades que en la práctica podrían suscitarse por aplicación de la subrogación y la ampliación del valor de la afectación, pro-

5. Ver lo expresado en el numeral 5).

pongo articular el funcionamiento del RV en el Registro de la Propiedad Inmueble a través de la utilización de un folio especial, que trascienda el bien afectado al RV pero que obviamente lo individualice, cuya denominación podría ser Folio especial-régimen de vivienda (en adelante, FE-RV).

18. La intervención del Registro de la Propiedad Inmueble como autoridad de aplicación del instituto viene impuesta tácitamente por el segundo párrafo del artículo 244, al menos cuando el RV recae sobre un inmueble. Dicho organismo es el que lleva los folios reales (FR) en los que se asentará el RV cuando su objeto sea inmobiliario.

Podría cuestionarse su intervención cuando el bien afectado no sea inmueble. Por tal razón, cada territorio autónomo deberá dictar el correspondiente reglamento, a fin de dotar de competencia material al organismo, conforme a lo previsto en el inciso c) del artículo 2 de la Ley 17.801.

En el sistema anterior, la designación del organismo administrativo de aplicación quedaba librada a cada provincia (art. 42 Ley 14.394), en armonía con el sistema federal de gobierno. Sin embargo, el avasallamiento de esa facultad local no se siente demasiado si se tiene en cuenta que prácticamente todas las provincias de la República designaron al registro inmobiliario como autoridad de aplicación del bien de familia.

19. El FE-RV debería ser de carácter personal, es decir, llevarse a través del Registro de Anotaciones Personales contemplado en los artículos 30 a 32 de la Ley 17.801, ordenado por el nombre del propietario (que no necesariamente en todo momento coincidirá con el constituyente). Su implementación, que podría y debería articularse por la vía reglamentaria, responde a una necesidad práctica de brindar seguridad jurídica, al permitir individualizar cuáles son los bienes afectados a la satisfacción de las necesidades de subsistencia y habitación de los beneficiarios del RV y al cumplimiento de las obligaciones contraídas a favor de los acreedores del propietario.

20. Hasta ahora, el régimen de bien de familia recaía por ley —dejando de lado algún fallo aislado que permitió la subrogación— en los inmuebles. La articulación del sistema anterior resultaba relativamente sencilla (sin menospreciar la labor de quienes lo idearon y llevan adelante), dado que la afectación y desafectación se asentaban en los FR (amén del acta de constitución que respalda el asiento de afectación en el FR); el sistema implementado para articular el régimen de bien de familia gira alrededor del objeto de la relación jurídico-real, es decir, el inmueble, eje del sistema, y su reflejo administrativo registral: el FR. Pero en el nuevo sistema, que prevé la subrogación real, no será posible asentar la afectación en un FR si el bien afectado no es un inmueble.

La necesidad de crear un nuevo folio resulta evidente si se advierte que la trazabilidad del bien afectado se pierde entre FR y FR, a menos que la subrogación se

produzca por permuta inmobiliaria, es decir, que pase de un inmueble a otro (de FR a FR); en tal caso, podrá dejarse constancia en los FR de la trazabilidad del RV, por no mediar entre ellos un bien afectado que no sea inmueble. Pero ocurrirá en la mayoría de los casos que entre inmueble e inmueble el RV recaerá sobre sumas de dinero y créditos (sean procedentes de contratos de primer grado [boletos] o de segundo grado).

Por lo tanto, la única manera de seguirle la huella a los sucesivos bienes afectados y lograr una cobertura permanente de los beneficiarios a través de la trazabilidad del RV es mediante la implementación del FE-RV (siempre que éste contenga el encañamiento perfecto de los bienes afectados y sus causas-fuentes).

Las interrupciones de trazabilidad en el FE-RV obstan la oponibilidad de la subrogación y provocan que un acreedor excluido devenga en incluido si la fecha de la causa de su crédito es anterior a la interrupción del tracto.

21. Con la implementación del FE-RV se posibilitará que el bien que no aparezca allí (sea el precio, la indemnización, etc.) o en el FR (inmueble) sea susceptible de ejecución por los acreedores incluidos que sean de buena fe (salvo que sea inejecutable por otra causa que su inclusión en el RV). Y, correlativamente, se logrará que el bien afectado sea inejecutable por los acreedores excluidos.

El FE-RV constituirá un mecanismo de publicidad, que facilitará la prueba de cuáles son los bienes afectados, exentos de la agresión de los acreedores excluidos.

22. La ordenación de los FE-RV podría hacerse en base a un número correlativo anual. En dicho folio deben asentarse todos los objetos sobre los que sucesivamente recaiga el RV, sean o no inmuebles. Ello permitirá proteger:

1. Al propietario: evitando la ejecución de un bien afectado al RV, sea:
 - a) inmueble, cuya afectación conste asentada en el registro mediante su publicidad en el FR (sin perjuicio del correlativo asiento en el FE-RV); y
 - b) no inmueble (precio, indemnización, etc.), a través de la registración de la afectación en el FE-RV, ya que el FR no soporta un objeto que no sea inmobiliario.
2. A sus acreedores: siempre que sean de buena fe, excluidos o incluidos, mediante la inoponibilidad de la afectación respecto de un bien afectado al RV:
 - a) inmueble, si la afectación no consta en el FR.
 - b) bien no inmueble (precio, indemnización, etc.), si la afectación no consta en el FE-RV.

El asiento que se practique en el FE-RV respecto de un bien que no sea inmueble le simplificará al propietario la acreditación de la prueba para obtener el desembargo. Además, les permitirá a los acreedores incluidos conocer (por defecto o exclusión) sobre qué bienes pueden solicitar embargo y ejecución y sobre cuáles no (inejecutables, por estar afectados al RV u otra causa, conf. art. 744).

El FE-RV se abrirá con la constitución del RV, y se cerrará, cancelará o dará de baja y se archivará con la extinción del RV (por renuncia al régimen, u otra causa). La apertura se hará al inscribirse en el FR la primera afectación que se hace al constituirse el RV; sin perjuicio de lo que más adelante expongo acerca de la posibilidad de constituir el RV a partir de una suma de dinero,⁶ caso en el cual también debería abrirse el folio (pero sin correlación con un FR en el inicio del régimen).

Al abrirse el folio se debe dejar constancia de:

1. Si la constitución fue dispuesta: a) pedido del propietario (constituyente), o b) por disposición de última voluntad (situación que excluye la idea de constituyente a los efectos prácticos de la institución), o c) por decisión judicial en la resolución que atribuya la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelva las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia (art. 245).
2. La individualización circunstanciada del bien afectado.
3. Respecto del inmueble afectado: si su destino es vivienda (habitación) o unidad económica rural (explotación).
4. Si la afectación es por la totalidad o por una parte del valor del bien afectado.
5. La fecha de corte de las diversas oponibilidades, es decir, la fecha a partir de la cual las causas crediticias que nazcan serán inoponibles a los beneficiarios del RV. Las fechas de corte corresponden a la constitución del régimen y a sus posteriores ampliaciones (objetivas y subjetivas).
6. La individualización del o los constituyentes, si es o son casados o viven en unión convivencial (inscripta o no) y si su cónyuge o conviviente es incapaz o tiene capacidad restringida o si hay declaración judicial de su ausencia. Estas constancias le permitirán a la autoridad de aplicación controlar el cumplimiento de lo previsto en los artículos 250 y 255, incisos a), b) y c).
7. Como luego de la afectación puede ocurrir que el propietario no sea el constituyente (p. ej., constituyente que fallece o que enajena el bien afectado a uno o más beneficiarios), en caso de que ambas calidades no coincidan en la misma persona, debe asentarse quién es el propietario del bien afectado. La ley prohíbe que alguien sea propietario único de dos o más inmuebles afectados (en rigor, dos o más afectaciones, dado que, p. ej., como constituyente podría tener un inmueble afectado al RV y luego heredar una suma dineraria afectada al RV que tenía su causante). La constancia de quién es el propietario del inmueble afectado al RV permitirá, con un buen sistema de computación que le dé andamiaje al instituto, controlar que no se viole la prohibición antedicha.
8. La individualización del o los beneficiarios y la indicación de si son incapaces o no, o con capacidad restringida, y su vínculo con el constituyente (art. 246). Debe asentarse si su incapacidad es simplemente por minoridad o por otra causa. En el primer caso, basta con tomar razón de la fecha de nacimiento, a efectos

6. Ver numeral 39).

de que pueda conocerse fácilmente el cese de la incapacidad, circunstancia que facilitará la toma de decisiones en el ámbito judicial. Pero, dado que un menor que sea mayor de trece años puede tener su capacidad restringida (art. 32), deben asentarse todas las causas de incapacidad o de restricción de la capacidad que aquejen a los beneficiarios. Si se asentara únicamente la edad, habrá un elemento relevante (p. ej., la restricción de la capacidad) que podría quedar oculto al momento de decidir.

9. El derecho real afectado al RV (dominio, propiedad superficiaria, etc.).
10. Si el bien afectado al RV está en estado de indivisión hereditaria o postcomunitaria, sea inmueble o no, y quiénes son los cotitulares de la masa que lo involucra, si es que ya fueron determinados (p. ej., con el dictado de la declaración judicial de herederos). En caso que alguno de los cotitulares ya tenga un RV, mientras no se hagan las adjudicaciones definitivas no se podrá concluir si se trata de un propietario único de dos o más inmuebles afectados; por lo tanto, deben mantenerse vigentes ambas afectaciones.
11. Demás circunstancias que sean trascendentes para las personas cuyos intereses estén en juego alrededor del RV.

23. En el FE-RV se asentarán: la constitución del RV, la fecha de su oponibilidad (que en su caso se retrotraerá a la fecha del asiento de reserva de prioridad), las sucesivas afectaciones y desafectaciones, subrogaciones y demás modificaciones, aspectos, vicisitudes y circunstancias que sean trascendentes para la protección, vigencia, control, etc. del RV y los intereses en juego (los del propietario, su cónyuge o conviviente, los beneficiarios, los acreedores del propietario, etc.). En su caso, se correlacionará el FE-RV en el FR correspondiente. Y, en caso de división del RV, se correlacionarán los nuevos FE-RV con el anterior.⁷

Muy especialmente, el FE-RV debe contener el perfecto encadenamiento de los bienes subrogados y los subrogantes, es decir, la serie ininterrumpida de afectaciones y desafectaciones, desde la constitución del RV hasta su cancelación, sea el bien afectado inmueble o de otra especie. El FE-RV debe contener, pues, el historial completo, sin solución de continuidad, de los bienes afectados, con individualización de ellos (en su entidad, magnitud, etc.), sus causas-fuentes y demás menciones que se consideren trascendentes en función de todos los intereses en juego.

El bien que no figure en el FE-RV como objeto del RV será susceptible de embargo y ejecución por los acreedores de buena fe. La ruptura del tracto jugará en contra de los beneficiarios y a favor de los acreedores, dado que la subrogación les será inoponible y los acreedores que originariamente eran excluidos se convertirán en incluidos si la fecha de la causa de su crédito es anterior a esa interrupción. Sin embargo, la interpretación de la interrupción del tracto debe ser restrictiva y la acti-

7. Ver numeral 8).

tud de la autoridad administrativa para evitarla o excluirla debe ser proactiva y excesivamente cautelosa, ya que los intereses en juego no son sólo los del propietario y su cónyuge o conviviente, sino también los de los restantes beneficiarios, especialmente cuando entre ellos haya incapaces.

24. Debe admitirse la incorporación de beneficiarios al RV luego de su constitución (ampliación subjetiva de la afectación), al igual que la toma de razón de la posterior pérdida o restricción de la capacidad de alguno de ellos. Debe dejarse constancia de dichos extremos en el FE-RV. Sin embargo, la inscripción de esa incorporación no puede perjudicar a los acreedores cuyas causas crediticias sean de fecha anterior a la de oponibilidad de la ampliación (acreedores incluidos).

La extinción de un beneficio (por tal entiendo la prerrogativa derivada del RV para el beneficiario), sea por renuncia, fallecimiento, exclusión u otra causa, también debe ser registrada en el FE-RV.

25. La extinción del beneficio por exclusión (que no sea dispuesta judicialmente) importa una suerte de desafectación parcial subjetiva (para quien era titular del beneficio), por lo que ese acto debe contar en su caso con el asentimiento del cónyuge o conviviente.

26. La afectación por subrogación implica en principio mantener la misma nómina de beneficiarios. En caso de silencio, debe presumirse esa voluntad.

27. El conviviente no inscripto puede ser beneficiario (el art. 246 no menciona expresamente el requisito de la inscripción).

Por aplicación de la doctrina de los actos propios, el reconocimiento que el constituyente hace al designar beneficiario a su conviviente no inscripto y la admisión de ello por la autoridad de aplicación neutralizan la exigencia legal de la inscripción de la convivencia a los efectos previstos en los artículos 250 y 255. Por lo tanto, las hipótesis previstas en estas normas, que exigen el asentimiento del conviviente inscripto, deben extenderse al conviviente no inscripto que integre la nómina de beneficiarios en el FE-RV.

La registración de la unión convivencial es sólo a los fines probatorios, es decir, para simplificar la prueba de su existencia (art. 511), pero la unión puede acreditarse por cualquier medio de prueba (art. 512); y, a los efectos del RV, la confesión que hace el constituyente al designarlo beneficiario es prueba suficiente de su existencia, que torna exigible el asentimiento del conviviente no inscripto en los supuestos de los artículos 250 y 255.

Si luego el constituyente obtuviera la inscripción de una unión convivencial con una persona distinta de la que figure como conviviente (no inscripto) beneficiario en el FE-RV, se presentará cierta dificultad para los casos previstos en los artículos 250 y 255, ya que deberá acreditar el cese de la convivencia anterior no inscripta (art. 523

inc. g), para que la autoridad de aplicación no exija el asentimiento del conviviente no inscripto pero que figura como tal en el FE-RV.

La prueba del cese no puede consistir en la sola declaración del propietario, pues admitir ello quizás implique avalar la violación de la exigencia del asentimiento. Pruebas admisibles del cese en sede administrativa serían, por ejemplo, la manifestación auténtica del exconviviente no inscripto, una declaración judicial en tal sentido, etc.

Si bien la voluntad unilateral del constituyente notificada fehacientemente al conviviente causa el cese de la unión, el uso del bien afectado que fue la sede de la unión convivencial puede ser atribuido judicialmente al conviviente no inscripto si éste: a) tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad; o b) acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata (art. 526). Por tal razón, si la unión cesa por la voluntad unilateral del constituyente, ello no impide que su exconviviente no inscripto continúe viviendo en el bien afectado al RV, el cual no puede ser desafectado del RV sin su asentimiento o autorización judicial (art. 255 inc. a).

A los efectos de prevenir picardías, debe exigirse por la vía reglamentaria que el constituyente soltero, divorciado o viudo, al afectar, ampliar, etc. el RV, manifieste si en el inmueble afectado al RV vive en unión convivencial, inscripta o no, previa expresa y especial advertencia de que si falsea la realidad puede incurrir en delito del derecho criminal.

Además, debería admitirse por vía administrativa, para un mejor funcionamiento de la institución y en resguardo de la legalidad, que el conviviente no propietario que obtenga la inscripción de la unión convivencial con posterioridad a la constitución del RV, y que acredite dicha inscripción, que habita en el bien afectado al RV y los demás extremos que se juzguen razonables, pueda lograr su emplazamiento en el FE-RV como "conviviente", a efectos de que la autoridad de aplicación exija su asentimiento en los casos que por ley corresponda. Igual prerrogativa debería concedérsele al cónyuge no propietario que contrajo nupcias con el constituyente luego de la constitución del RV y acredite el matrimonio y que habita en el bien afectado. Tal emplazamiento le permitirá al conviviente obtener la protección estatal en caso de que deba dejar temporariamente la vivienda por motivos laborales u otros similares y el constituyente propietario intente aprovechar ese alejamiento para enajenar o gravar la vivienda.

28. El sistema de computación que instaure la autoridad de aplicación para administrar el instituto, hacer el seguimiento de los FE-RV y controlar la legalidad debe permitir listar cuál o cuáles son los FE-RV vinculados con una persona, en calidad de constituyente, propietario, comunero (indivisión postcomunitaria o hereditaria), cónyuge, conviviente (inscripto o no inscripto pero confesado) y beneficiario. En cada FE-RV debe surgir quiénes son los sujetos comprendidos en el RV y sus especiales circunstancias (incapacidad, ausencia declarada, etc.). Ello facilitará ejercer el

control de cumplimiento de las normas que regulan la figura, tanto a través del control público, mediante un ejercicio razonable del poder de policía, como del privado, a cargo de los acreedores del propietario.

29. Si se sigue mi propuesta de organización del sistema, que permita listar de manera rápida y sencilla a los sujetos de todos los FE-RV abiertos y las fechas de corte, entonces, conforme a lo prescripto en el artículo 17 de la Ley 17.801, se le podrá dar verdadera entidad y amplitud de funcionamiento al principio de prioridad, de la siguiente manera: al ingresar al Registro de la Propiedad Inmueble un oficio para la toma de razón de una inhibición general para disponer libremente de los bienes (embargo genérico) del propietario (disponente), relacionada con un reclamo patrimonial (y no con una cuestión de capacidad), el documento debería anotarse condicionadamente a la vigencia del RV si es que la fecha de corte del RV es anterior a la de la causa-fuente crediticia informada en el oficio. En tal caso, el Registro debería prevenir de ello al juzgado interviniente, con la remisión de una copia autenticada del FE-RV que permita conocer cuál es el objeto del RV y demás aspectos, vicisitudes y circunstancias que pudieran ser relevantes para el caso. De esta manera, el juez podrá citar al propietario para que se defienda, pronunciarse en orden a la oponibilidad o no del RV al acreedor peticionante y proceder en consecuencia. Si decidiera que la inhibición no afecta al RV, debería dejarse constancia de ello en el FE-RV y, en su caso, en el FR respectivo, y también podría dejarse constancia en el asiento de inhibición.

Este mecanismo le permitirá al propietario enajenar el inmueble afectado sin que la inhibición que se anote obste el legítimo ejercicio de su poder dispositivo.

30. Si la afectación de un inmueble es por constitución (afectación inicial) y no por subrogación y se solicitó certificación registral para ese acto, la retro-prioridad que resulta del asiento de reserva debe hacerse constar en el FE-RV, al abrirse. En el FR se asentará la individualización del FE-RV, para posibilitar de allí en adelante la trazabilidad del bien afectado. La constancia en el FR de que la afectación es por constitución les permitirá a los acreedores conocer si son o no incluidos (si es que no son exceptuados).

31. Si se solicita la inscripción en el FR de una adquisición dominial simultáneamente con su afectación al RV y la afectación adolece de algún defecto que obste su inscripción en el FR, la autoridad de aplicación debe abstenerse de emplazar al adquirente como titular sin la protección del RV. Ello se debe a que si practica el asiento de titularidad dominial sin dejar constancia del RV, les permitiría a los acreedores del propietario que sean de buena fe obtener el embargo del inmueble (por falta de publicidad del RV en el FR). Por lo tanto, en ese caso, el Registro deberá proceder a inscribir provisoriamente en el FR tanto la titularidad del derecho de propiedad como el RV.

La registración de la afectación en el FE-RV no es suficiente publicidad si se omitiera asentarla en el FR, dado que la titularidad constará en el FR a nombre del responsable pero sin ninguna protección. La registración en el FE-RV permite la trazabilidad del RV y de los sucesivos bienes afectados que se vayan subrogando, pero no produce oponibilidad a los terceros interesados de buena fe que logren la anotación de una cautelar en el FR en el que no aparezca mención del RV. Pero si el sistema que la autoridad de aplicación implemente para operar el instituto permitiera, a pedido de parte interesada, listar por nombre los FE-RV en los que el responsable tenga participación como propietario, entonces los terceros interesados dejarían de ser de buena fe y el RV les será oponible aunque no conste en el FR, si es que el bien que se pretende embargar aparece como afectado en el FE-RV.

32. Esta separación de folios que propongo (FR y FE-RV) permite que ambos soportes puedan leerse y operarse de manera clara y sencilla, y sirve para dar andamiaje administrativo al RV que recaiga sobre un bien que no sea inmueble y que, por lo tanto, no pueda tener reflejo en un FR.

33. Cuando se solicite la afectación, ampliación o desafectación del RV respecto de un inmueble, el registrador deberá trabajar con ambos folios a la vista, procurando una perfecta correlación entre ellos, en lo que a objetos inmobiliarios se refiere.

34. La afectación de un inmueble al RV debe asentarse en el correspondiente FR y, seguidamente, en el FE-RV. No debe practicarse asiento de RV en el FR sin practicar a la vez el asiento correlativo en el FE-RV. Es decir, cuando se opere respecto del RV en el FR, se practicarán en ambos folios asientos correlacionados, dejándose constancia:

- en el FR, de la afectación, con individualización del FE-RV, y las fechas de corte de la constitución y sus ampliaciones; y
- en el FE-RV, del FR, el número y la fecha de entrada del documento que legitima al afectante, y el número y fecha de entrada del documento de afectación.

35. Al afectarse un inmueble al RV, el propietario deberá expresar en el documento si se trata de una afectación por constitución o de una subrogación; dicha circunstancia se asentará en el FR. Si es por constitución, deberá abrirse FE-RV. Si es por subrogación, el documento que se presente a registro deberá individualizar el FE-RV en el cual debe practicarse el asiento correspondiente, correlacionado con el que se practique en el FR.

36. Al expedirse una certificación registral por un FR para un acto relacionado con el RV, debe adjuntarse una copia autenticada del FE-RV, aunque no medie expresa petición.

Como la prioridad temporal de la inscripción de la afectación por constitución se rige por las normas contenidas en la Ley Nacional del Registro Inmobiliario (art. 244 2º párr.), teniendo en cuenta la “modificación” que en el derecho real provoca su incorporación al RV (art. 23 Ley 17.801), debe solicitarse y expedirse certificación registral con reserva de prioridad para el acto.

La modificación del derecho real se advierte por cuanto su estatuto recibe el impacto del instituto, que lo comprime, limitando severamente la facultad de enajenación (art. 250), es decir, el *ius abutendi*. Si el derecho real luego de su afectación al RV no es el mismo que antes, pues las facultades que dimanaban del mismo a favor de su titular mermaron, entonces, evidentemente, “algo” cambió.

Las causas anteriores que les permitirían a los acreedores incluidos ejecutar los bienes afectados al RV deberían ser de fecha anterior a la del asiento de reserva de prioridad.

37. Deben distinguirse los conceptos de constitución y afectación.

- *Constitución*: es el término que debe emplearse para referirse a la primera afectación, que da origen al sistema y provoca la apertura del FE-RV. La constitución del RV requiere que el propietario afecte al régimen un objeto y un sujeto (beneficiario) que sean idóneos. Es decir, al constituirse el RV, hay una afectación (objetiva y subjetiva) inicial. Respecto de los sujetos, su nómina es la que resulta del artículo 246.

- *Afectación*: puede ser objetiva o subjetiva.

Objetiva: consiste en la incorporación de un bien al RV. Toda constitución se inicia con una afectación. La afectación puede ser también por subrogación, la que, obviamente, es posterior a la constitución. La subrogación implica la desafectación de un bien y, sin solución de continuidad, la correlativa afectación de otro, que lo reemplaza. La ampliación objetiva es una afectación objetiva que complementa una afectación anterior.

Subjetiva: al constituirse el RV el constituyente debe expresar quiénes son los sujetos beneficiados por el mismo. Puede haber afectaciones posteriores (ampliación subjetiva).⁸

38. También deben separarse los conceptos de extinción, desafectación y cancelación.

- *Extinción*: opera respecto del RV y no de los bienes o sujetos afectados al régimen. Se produce por:
 - ▶ Renuncia del constituyente o de los copropietarios, con los requisitos previstos en los incisos a), b) y c) del artículo 255; la renuncia debe asentarse en el FR como desafectación por extinción, sin subrogación.

8. Ver numeral 24).

- ▶ No existir bienes o sujetos (beneficiarios) afectados sobre los que puedan operar los efectos del RV, por ejemplo, por el fallecimiento del propietario único beneficiario o de todos los beneficiarios, o ejecución del bien afectado al RV por un acreedor incluido sin que quede remanente alguno en la subasta; en este caso, la extinción se produce de pleno derecho, aunque por error esté incluido en la nómina de supuestos de desafectación del artículo 255.
- ▶ Resultar alguien propietario único de dos o más inmuebles afectados si no opta por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación; en tal caso, se producirá la extinción *ipso iure* del RV no constituido en primer término y la autoridad de aplicación procederá de oficio a dar de baja el FE-RV correspondiente al RV no constituido en primer término y, en su caso, a cancelar el RV en el FR en el que conste asentado.
- ▶ Otras causas legales.

La extinción del RV puede suceder cualquiera sea el objeto sobre el que recaiga: un inmueble (vivienda, terreno, unidad económica rural), una suma dineraria (indemnización o precio), etc. La extinción habilita la cancelación registral del RV, tanto en el FE-RV como, en su caso, en el FR. Reservo el uso de los vocablos total y parcial para la desafectación. La extinción y la cancelación son siempre totales.

– *Desafectación*: puede ser objetiva o subjetiva.

- ▶ *Objetiva*: implica que un bien afectado al RV deja de estarlo, por su totalidad o por una parte de su valor (desafectación objetiva total o parcial, respectivamente), y puede ir acompañada o no de la extinción del RV.

Mientras que la extinción se refiere al RV en sí y la cancelación a su inscripción registral (en el FR o en el FE-RV), la desafectación, al igual que la afectación, se refiere al objeto sobre el que recae.

En caso de desafectación parcial, por ejemplo por subastarse el bien afectado y quedar un remanente que se entregue al propietario, el RV subsistirá, situación que debe reflejarse en el FE-RV. Si la desafectación de un bien es total y no opera subrogación alguna, entonces se producirá la extinción del RV y, consecuentemente, deberá cancelarse su inscripción en el FE-RV (que debe darse de baja) y, en su caso, también en el FR (si el objeto es inmobiliario).

La desafectación presupone la vigencia del RV; es decir, en términos estrictos, un RV ya extinguido no es susceptible de desafectación. La desafectación total de un inmueble no implica la extinción del RV si opera la subrogación con otro bien, pero sí su cancelación en el FR (no en el FE-RV, en el que se dejará constancia de la subrogación), en el que se asentará la cancelación de la inscripción (o desafectación) por subrogación, con remisión al respectivo FE-RV, para permitirles a los acreedores la trazabilidad.

Los acreedores pueden complementar la información que resulte del FR con la del FE-RV, cuya copia les será despachada previa acreditación de su interés legítimo.

La desafectación total de un inmueble puede ser por cancelación del RV o por subrogación del bien afectado. El asiento que se practique en el FR debe expresar dicha circunstancia.

La desafectación de un inmueble del RV debe asentarse tanto en su FR como en el FE-RV. Si la desafectación es por extinción total del RV, además del asiento de desafectación, debe darse de baja el FE-RV. En el asiento de desafectación que se practique en el FR debe dejarse constancia también, a los efectos de ilustrar a los acreedores, de si ocurrió por extinción total del régimen (cancelación del RV y baja del FE-RV) o por subrogación. En caso de desafectación de un inmueble por subrogación con una suma de dinero (precio o indemnización) o un crédito, el FE-RV continuará vigente, aunque desvinculado de todo FR.

► *Subjetiva*: ver lo que al respecto se expresa en el punto 25).

- *Cancelación*: presupone la extinción del RV y produce la baja del FE-RV; implica que ya no hay RV vigente. Si se cancela el FE-RV no puede haber ningún RV inscripto en los FR correlacionados con aquél.

No debe confundirse la cancelación del RV en el FE-RV, que supone la extinción del sistema, con la cancelación del RV en el FR, ya que ésta puede producirse por subrogación, en cuyo caso sigue vigente el régimen, o por extinción, que implica la baja del FE-RV.

39. Para una protección del derecho a la vivienda más adecuada a los tiempos que corren, teniendo en cuenta la finalidad tuitiva del instituto, debería aceptarse la posibilidad de que el RV pueda constituirse sobre una suma dineraria en lugar de iniciarse con un inmueble. No cabe duda de que la suma de dinero adquirida por subrogación con el inmueble afectado está protegida. Pero lo que aquí propongo y —entiendo— debería admitirse es que el RV se inicie con una suma que, a la postre, conformará el precio que el constituyente empleará para pagar su obligación como comprador de un inmueble (vivienda, terreno,⁹ etc.).

Si bien de una simple lectura del artículo 244 parece desprenderse que la afectación debe arrancar con un “inmueble destinado a vivienda”, la razonabilidad y la protección constitucional deben enderezar la interpretación hacia una tutela amplia del derecho de acceso a una vivienda digna (art. 14 *in fine* CN). Si no se protegiera el dinero con el que eventualmente se accederá a la vivienda (presupuesto de su adquisición), bastante magra sería la tutela. Proteger la suma que permitirá acceder a la vivienda es también proteger la vivienda.

No hay razón alguna para que en tan delicada cuestión el orden de los factores altere el producto. Si el RV puede recaer sobre la suma de dinero que resulte de la venta de la vivienda que estaba afectada, ¿por qué no podría arrancar el RV con una

9. Ver numeral 44).

suma de dinero? ¿Cuál es la razón por la cual la suma de dinero es objeto idóneo del RV cuando procede de una subrogación, pero no cuando se la pretende afectar de antemano para la constitución?

No puede alegarse como excusa la escueta letra de la ley o las dificultades prácticas para su implementación, ya que

Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma... [art. 1]

La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento [art. 2].

La hipótesis de subrogación, según la letra del artículo 248, arranca con una vivienda, que luego es reemplazada por una suma de dinero, sea por enajenación (voluntaria o compulsiva) o destrucción (total o parcial; indemnización por siniestro, expropiación, etc.), o por otro inmueble (p.ej., por permuta). Pero carece de sentido racional interpretar que el RV no proteja a quien no adquirió aún su vivienda pero que se esfuerza por ganar y ahorrar el dinero para acceder a ella. Esta persona, por ser titular del derecho constitucional a una vivienda digna, merece la misma protección (o probablemente una mayor, por estar en situación de debilidad al contar con menos recursos económicos) que quien efectivamente ya tiene una.

No advierto argumento razonable alguno, más que la simple parca letra de la ley, para negar que el RV se pueda iniciar con una suma de dinero y no con un inmueble. Los ideales constitucionales tienen suficiente potencia para superar ese menudo escollo. La explicación de la posibilidad de fraude por una supuesta sustracción del dinero a la acción de los acreedores no es válida, pues el fraude todo lo corrompe y no es justo que los santos paguen las cuentas que dejan pendientes los pecadores.

Quien no tenga aún vivienda tiene el derecho de acceder a una; discriminarlo por no tenerla no es señal de madurez institucional.

Ponerse en una posición dura al respecto importa desconocer parte importante de la realidad argentina. En un país donde el crédito hipotecario es un espécimen de extraña aparición, el ahorro de la gente es en la generalidad de los casos un presupuesto ineludible para el acceso a la vivienda. Otros tienen más suerte, ya que la reciben, por ejemplo, por donación. El ahorro, especialmente afectado a satisfacer la necesidad de vivienda, debe contar con la tutela legal del RV.

Es la autoridad de aplicación quien reglamentariamente deberá fijar los requisitos razonables para asegurar la seriedad de la constitución del régimen cuando ésta tenga por objeto una suma de dinero. La actitud administrativa debe ser amplia y generosa con la admisibilidad de la constitución, sin que por ello deje de atender la estricta legalidad de la situación que se presente a registro, y establecer reglamentaria-

mente los requisitos que sean razonables para evitar, por ejemplo, la confusión de la suma afectada con otros fondos sujetos a ejecución, el fraude a los acreedores y que se perjudiquen otros intereses legítimos en juego. A modo de ejemplo, podría exigir el depósito de la suma a plazo fijo en una entidad bancaria, en cuyo caso en el FE-RV se hará constar la cantidad afectada, el nombre de la entidad bancaria, la sucursal, el número de la cuenta receptora de los fondos, etc. Si el afectante ya tuviera un terreno propio en el que estuviera en obra o con las tareas preparatorias¹⁰ (p.ej., mensura, amojonamiento, estudios del suelo, aprobación de planos, etc.), puede permitirse que la suma esté depositada en cuenta corriente, ya que ello le permitirá una mayor disponibilidad acorde con esa situación.

En todo caso de duda, será el acreedor que se sienta perjudicado por esta afectación quien deba recurrir a la Justicia para que ésta diga cuál es el derecho que le asiste, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (art. 1).

Entiendo que la constitución del RV sobre una suma de dinero debería documentarse de igual manera que si se tratara de un inmueble (escritura pública o acta administrativa), dado que los artículos 253 y 254 no permiten inferir una morigeración de la forma (p.ej., admitiendo el instrumento privado con autenticación notarial de firmas).

40. La suma afectada, sea por constitución o subrogación, puede ampliarse, pero las ampliaciones no son oponibles a los acreedores intermedios.

Respecto de éstos, la afectación juega por una parte del valor. Por ejemplo: el propietario vende su vivienda afectada por el precio de dos millones de pesos (\$2.000.000); la afectación se traslada a dicha suma por subrogación; luego, compra una nueva vivienda por el precio de tres millones (\$3.000.000), a la que también se traslada el régimen. El RV se amplía, en términos monetarios, en un millón (\$1.000.000). Para el acreedor intermedio, la afectación será oponible por una parte del valor de la vivienda: las dos terceras partes del valor del bien afectado (parcela de valor subrogada: \$2.000.000 / \$3.000.000); los \$2.000.000 anteriores a la causa de la deuda, es decir, los dos tercios (2/3) del valor del inmueble están cubiertos por la constitución, por ser ésta anterior a la fecha de la causa de su crédito, pero el millón (\$1.000.000) que corresponde a la ampliación, es decir, un tercio (1/3) del valor del inmueble (parcela de valor ampliada) no está cubierto, por haber sido incorporado al RV luego de la fecha de la causa de su crédito.

En cambio, para el acreedor por causa posterior a la fecha de oponibilidad de la ampliación (acreedor excluido), la protección del propietario será por la totalidad del valor.

Para el acreedor anterior el RV es completamente inoponible, es decir tanto en su constitución como en su ampliación.

10. Ver la interpretación propiciada en el numeral 44).

La interpretación de la ampliación de la afectación no debe hacerse en términos monetarios, en el sentido de que, por ejemplo, el inmueble comprado por un millón de pesos (\$ 1.000.000), que por un incremento de los valores del mercado pasa a valer el doble, quede cubierto sólo por la mitad de su valor. Si así fuera, la protección del RV se licuaría paulatinamente, al compás de la depreciación de la moneda, tal como otrora ocurrió con los derechos reales de garantía —lo que ameritó el dictado de la Ley 21.309, para preservar la relación de cobertura y corregir el impacto de las enfermedades de la economía—.

La interpretación de la ampliación de la afectación debería partir, por lo tanto, del concepto de parcelas de valor (no monetizadas), tal como se expuso en el ejemplo dado.

La monetización de la afectación tiene lugar cuando el bien afectado consiste en una suma de dinero o el crédito por saldo de precio.

41. A efectos de evitar la confusión de la suma afectada al RV —por constitución o subrogación— con otros fondos de titularidad del propietario, es conveniente depositarla en una cuenta especial abierta a tal efecto por el propietario, de cuya individualización debe dejarse constancia en el FE-RV, para evitar que sea ejecutada por los acreedores.

Sería conveniente imponerle a la entidad bancaria en la que se constituya el depósito el deber de tomar razón de la afectación de los fondos, a efectos de articular al respecto el procedimiento expuesto en el numeral 29) en caso de recibir la entidad un oficio comunicando un embargo sobre dichos fondos. Esta conducta podría imponerse vía comunicación del BCRA.

42. Si el RV recae sobre los importes (o crédito por saldo) que sustituyan al inmueble en concepto de indemnización o precio, debe dejarse constancia de ello en el FE-RV, con expresión de la causa u origen, el importe de la suma afectada y demás circunstancias que sean trascendentes para las personas cuyos intereses estén en juego bajo el RV.

Si la suma afectada se deposita en una entidad bancaria, puede dejarse constancia de ello en el FE-RV, a efectos de dejar preconstituida la prueba que les permita a los beneficiarios del RV obtener el desembargo de la suma afectada.

43. Por aplicación analógica de lo previsto en el segundo párrafo del artículo 252, el depósito, la transferencia, la extracción, etc. de la suma afectada deberían estar exentos de impuestos cuando se acredite que la operación se efectuó bajo el RV (p. ej., para pagarle al vendedor el precio de compra o parte).

44. Pese a la literalidad de la ley, que se refiere a una vivienda, no debería entenderse que está prohibido que el RV tenga por objeto o se inicie con un terreno en el que aún no se haya construido una vivienda si es que será destinado por el o los benefi-

ciarios a ese fin. Quien —no sin esfuerzo— logra acceder a la propiedad de un terreno debe poder contar con la protección del RV, para luego, con la ventaja de su inejecutabilidad por los acreedores excluidos, construir su vivienda a medida que junte el dinero para pagar los derechos de construcción, los materiales, la mano de obra, etc.

De cierta forma, la ley parece admitir esta posibilidad al permitir que el inmueble afectado sea ejecutado por “obligaciones que tienen origen en construcciones [...] realizadas en la vivienda —futura—” (palabra esta agregada por mí) (art. 249 inc. c).

Permitir que el propietario de un terreno y de una suma de dinero que no excedan los límites (cantidades, tiempos, etc.) que fije la autoridad de aplicación los afecte al RV para la construcción de su vivienda es una solución estatal acorde con la realidad, que reconoce en justa y apropiada medida el derecho a la vivienda.

45. Si el propietario del terreno afectado pagara la construcción con dinero no afectado al RV y no ampliara en algún momento la afectación al valor de la obra que introdujo, el inmueble sólo estará protegido por la parte del valor correspondiente a la tierra. La ampliación podrá hacerse respecto de las sumas que se emplearán para pagar la obra, o luego de realizada, respecto del mayor valor que implique la mejora introducida. Lógicamente, la afectación del dinero le permite contar con una protección temprana.

46. Si bien parece que el objeto inmueble es el que se afecta al RV, en el mundo del derecho, con una mirada menos afincada en lo terrenal, que deje de lado la metonimia que nubla la mirada jurídica, podemos interpretar razonablemente que lo que se somete al RV es el derecho real de dominio (uno de cuyos elementos, el objeto, es decir, el asiento material del derecho, es el inmueble), o el de condominio, o la propiedad horizontal. Como consecuencia de la afectación, el contenido del derecho real sufre ciertas modificaciones para compatibilizarlo con las finalidades que se busca satisfacer a través de este instituto.

Es por ello que no se lesiona el orden público si se admite que, además del dueño (titular del dominio), el usufructuario de un inmueble o el titular de la propiedad superficiaria puedan también afectar su derecho al RV.

La ley se refiere al propietario constituyente (art. 246 inc. a). Si se interpreta la frase “propietario” en sentido amplio, por ejemplo, tal como ocurre en el artículo 965 (que alude al derecho de propiedad para referirse a los derechos que resultan de un contrato en sentido coincidente con la interpretación del derecho de propiedad que a menudo hace la CSJN [art. 17 CN]), no habría mayores objeciones para admitir esta propuesta, no receptada expresamente por la ley, pero extraíble por la vía interpretativa de la razonabilidad.

La propiedad superficiaria se rige por las normas del dominio revocable y, dado que éste puede afectarse, también puede afectarse aquella. La extinción del derecho

real de superficie del constituyente producirá en su caso la subrogación por la indemnización (art. 2126).

Igual efecto se producirá en caso de extinción del usufructo por renuncia onerosa a cambio de una suma de dinero u otra vivienda. La renuncia gratuita al usufructo provocará la extinción total del RV. Si la extinción del usufructo se produce por vencimiento del plazo convencional o legal, el RV se extinguirá por completo, es decir, sin que opere subrogación, a menos que deba indemnizarse al usufructuario por las mejoras que éste haya introducido en el inmueble.

48. El artículo 248 establece que la afectación “se transmite”¹¹ a la vivienda que se adquiera en reemplazo de la afectada (p.ej., por permuta, compraventa con compensación en especie consistente en un inmueble) y a los importes que la sustituyan en concepto de indemnización o precio (obviamente, en este caso, para su posterior aplicación a la adquisición de una nueva vivienda que reemplace a la anterior).

Si bien el artículo 248 refiere que la afectación se traslada a la vivienda, no hay razón alguna para negar que también pueda trasladarse a una unidad económica rural (art. 256) o a un terreno en el que se construirá la vivienda.

La ley establece que la afectación “se transmite” de la vivienda al importe (precio o indemnización) que la sustituya, pero no prevé la hipótesis inversa: que se traslade del dinero a la nueva vivienda. Tal omisión no es grave si la obiedad prima sobre la carencia de un texto expreso. La falta de mención legal de todos los supuestos de subrogación contribuye a defender la tesis de que el RV puede constituirse *ab initio* sobre una suma de dinero.

49. Tampoco es razonable interpretar por falta de disposición legal expresa que si el precio de venta del inmueble afectado al RV no se cobra íntegramente de contado, la subrogación opere únicamente respecto de la suma cobrada y no por el crédito que quede por el saldo aún no cobrado. Es decir, la subrogación debe extenderse no sólo a los importes efectivamente cobrados, sino también, por imperio de la razón, al crédito por saldo o contraprestación debida por la enajenación o promesa de enajenación (p.ej., transferencia de terreno por unidad a construir, venta con pago del precio aplazado, etc.).

Cobrado el saldo de precio, opera la subrogación, pasando la afectación automáticamente del crédito (que se extingue por pago) a la suma cobrada. Si esta suma se destina a pagar el precio de una promesa de compra (boleto) que tiene por objeto la futura vivienda, ésta, por una parte de su valor, quedará comprendida en la afectación por subrogación, desde el momento en que se abone una parte de su precio (con dinero afectado al RV).

Sin embargo, mientras el promitente comprador no acceda a la titularidad registral del inmueble respecto del cual suscribió el boleto, por razones de tracto registral,

11. En realidad nadie transmite nada, por lo que más apropiado hubiese sido usar la frase “se traslada”.

no podrá solicitar la toma de razón de la afectación en el FR (art. 245), pero sí en el FE-RV.

Esta secuencia de protección se logra si se interpreta ampliamente el término subrogación.

50. Si el crédito por saldo se documenta en títulos valores, éstos deben contener la mención que corresponde al RV; pueden endosarse “en procuración” (art. 1844), pero si se endosan o se transfieren sin aclaración alguna (a menos que se utilicen para adquirir la nueva vivienda, p. ej., cediéndolos o endosándolos a favor de su enajenante), su importe quedará desafectado del RV, dado que no podrá acreditarse el tracto de los bienes afectados al RV. Para que quede subrogado el dinero que el propietario reciba a cambio de la negociación del título valor, el negocio deberá estar documentado y expresar claramente la subrogación.

51. Si el propietario del RV promete en venta el inmueble afectado al RV y cobra parte del precio, el bien continuará afectado hasta que no se ruegue la registración de la desafectación en el FR. En tal caso, el RV tendrá por objeto:

- la porción del precio cobrado;
- el crédito por el saldo;
- la parcela de valor del inmueble no cobrada aún.

Luego pasará de la suma cobrada (precio, bien subrogado) al boleto (bien subrogante) que otorgue para adquirir su nueva vivienda.

Es decir, bajo esta interpretación, se produce una suerte de trasvasamiento del RV, secuencial o por etapas, de un bien a otro, o del valor de un bien al del otro, cuya trazabilidad y articulación pueden resultar aún más dificultosas si se prescindiera del FE-RV, el que seguramente simplificará la prueba en los pleitos que se generen alrededor del RV y la subrogación.

A continuación, ensayo una tentativa de explicación, admitiendo de antemano que mi propuesta pueda ser inadecuada o de difícil implementación o quizás contener errores conceptuales, pero con la convicción de que es necesario cubrir en todos los tramos la subrogación en el RV, sin perjudicar los intereses de ninguno de los actores en juego. Si yerro no se olvide el lector que mis intenciones, a fuer de sincero, son buenas.

Supongamos que el propietario de un bien afectado al RV (Sr. XX) suscribe con su prometente comprador (Sr. ZZ) un boleto de compraventa para enajenar su vivienda (“boleto 1”, respecto de la “vivienda 1”) y, con el dinero cobrado a cuenta de precio, firma (en calidad de comprador) otro boleto con su prometente vendedor (Sr. VV), para adquirir una nueva vivienda que reemplace a aquella (“boleto 2”, respecto de la “vivienda 2”). Entonces:

1. Otorgado el “boleto 1”, la parte de valor de la “vivienda 1” pagada a cuenta de precio (o como señal) le pertenece, por decirlo de alguna manera, al señor ZZ

- (como derecho creditorio, de cobro prioritario si encuadramos la hipótesis en la previsión del art. 1170).
2. La suma cobrada por el señor XX queda comprendida en el RV, del cual queda excluida la parte de valor de la “vivienda 1” proporcional a la parte del precio cobrada; es decir, cambia parcialmente el objeto de la afectación:
 - a) antes: la “vivienda 1”, por la totalidad de su valor;
 - b) ahora: la “vivienda 1”, por una parte de su valor, dado que el resto se trasvasa a la suma cobrada del precio del “boleto 1”.
 3. También queda alcanzado por el RV el crédito por saldo de precio de venta de la “vivienda 1”, cuyo acreedor es el señor XX y el deudor, el señor ZZ.
Si el crédito por saldo de precio de venta no estuviera comprendido en el RV, podría ser embargado a pedido de los acreedores incluidos del señor XX.
 4. La “vivienda 1” continúa afectada al RV por la parte de valor no cobrada por el señor XX bajo el rubro precio del “boleto 1”.
 5. La subrogación de la “vivienda 1” por la suma cobrada a cuenta de precio y por el crédito por saldo de precio puede asentarse en el FE-RV.
 6. La subrogación de la suma cobrada por el “boleto 1”, por una parte del valor de la “vivienda 1” que el señor XX destine a pagar parte del precio de compra de la “vivienda 2”, se trasvasará de esa suma a una parte del valor de la “vivienda 2”. Ello también puede asentarse en el FE-RV para evitar el embargo del crédito (derecho a la cosa) respecto de “boleto 2” o “vivienda 2” por los acreedores incluidos del señor XX.
 7. Es preciso que las subrogaciones consten expresamente en los boletos y demás instrumentos que se presenten a registro, a efectos de que la autoridad de aplicación pueda tomar razón de ellas en el FE-RV y, en su caso, en los FR.
Dado que la ley exige para la afectación inicial el requisito de instrumentación pública (acta administrativa o notarial, según se desprende de los arts. 253 y 254), la subrogación (traspaso de la afectación de un bien a otro) debería documentarse bajo igual forma (art. 1017 inc. d).
Los asientos que se practiquen en el FE-RV deben hacerse en base a la presentación de documentos que cumplan los requisitos del artículo 3 de la Ley 17.801.
 8. Al cobrarse la totalidad del saldo de precio de venta de la “vivienda 1”, el RV se trasvasa del remanente del valor de la “vivienda 1” a la suma cobrada y luego —efectuado el respectivo pago— al valor de la “vivienda 2”.
 9. Terminado de pagar el precio de compra de la “vivienda 2” con el dinero proveniente de la venta de la “vivienda 1”, es decir, sin ampliación, la afectación de la “vivienda 2” será por la totalidad de su valor y la subrogación opera aunque la “vivienda 2” no haya sido escriturada, pero el señor XX no podrá solicitar su inscripción mientras no se convierta en titular registral.
 10. La afectación de la “vivienda 2” es con efecto retroactivo a la fecha de oponibilidad de la constitución del RV; en su caso, más la retro-acción proveniente de la reserva de prioridad.

11. Si el precio de compra de la “vivienda 2” es superior al de venta de la “vivienda 1”, hay no sólo subrogación sino también ampliación objetiva de la afectación, situación que habilitará a los acreedores intermedios a pedir la ejecución con los límites indicados en el artículo 249 (art. 255 inc. e);
 12. Si el precio de la “vivienda 1” es mayor que el de compra de la “vivienda 2”, la “vivienda 1” es subrogada por la “vivienda 2” y también por el sobrante dinerario, el que queda fuera del alcance de la acción de los acreedores incluidos del señor XX.
 13. La resolución, rescisión u otra causal de ineficacia de alguno de los boletos producirá la retroacción de la subrogación.
 14. Sin embargo, si la resolución del “boleto 2” opera por mora del señor XX y éste pierde la suma pagada a cuenta de precio, en concepto de indemnización por el incumplimiento, dicha suma quedará a partir de ese momento desafectada del RV, produciéndose una desafectación parcial objetiva compulsiva, por autoridad del señor VV, en provecho de éste.
52. El circuito propuesto, si bien engorroso —de necios intentar hacer simple lo complejo—, entiendo se corresponde con una auténtica protección del derecho sobre y a la vivienda y con una mejor calidad institucional, en beneficio de los ciudadanos, destino al cual deben pre-ordenarse la interpretación y los procedimientos de los órganos estaduales.
53. De la redacción del artículo 248 parece resultar que la subrogación se produce *ope legis* (la norma expresa “se transmite” en lugar de “puede transmitirse”), es decir, de pleno derecho, por la parte del valor del bien afectado al RV comprendida en la afectación, que en la generalidad de los casos es por su totalidad (aunque vimos que puede desdoblarse frente a las distintas categorías de acreedores intermedios). Sin embargo, para que la autoridad de aplicación pueda tomar razón de la subrogación, ésta deberá hacerse constar expresamente en los documentos que se presenten a registro.
- La subrogación automática se condice con la necesidad de contar con una protección permanente del derecho sobre y a la vivienda bajo el RV. Como la voluntad de renunciar no se presume y los actos que permitirían inducirla deben interpretarse restrictivamente (art. 948), la falta de mención expresa, si bien obsta la registración, no impide el traspaso automático de la protección legal. Sin embargo, la falta de registración de la subrogación en el FE-RV la hará inoponible a los acreedores que sean de buena fe.
- A los efectos de posibilitar la calificación, la autoridad administrativa puede y debe exigir que, en los documentos presentados a registro, las manifestaciones de subrogación se hagan expresamente, pero sin que por ello deba interpretarse que la falta de manifestación obste la subrogación, ya que el traslado se produce *ipso iure*, salvo una clara y expresa voluntad en contrario que la excluya.

Como la falta de expresión documental le impediría al registrador tomar razón de la subrogación, dado que el documento no haría fe por sí mismo en cuanto al contenido objeto de la registración, el funcionario registral debería formular observación para que el propietario realice la correspondiente aclaración, a efectos de que el documento cumpla el requisito legal de “hacer fe por sí mismo o con otros complementarios en cuanto al contenido que sea objeto de la registración” (art. 3 inc. c Ley 17.801).

54. En orden a la afectación original por “una parte del valor” (art. 244), puede pensarse que el siguiente ejemplo cuadra en la hipótesis.

Un señor es dueño de un inmueble que está constituido por varios departamentos, y tiene sus razones para no afectarlo al régimen de propiedad horizontal (p. ej., porque no cuenta con el correspondiente plano de división). Vive en uno de dichos departamentos y alquila los demás, o desea enajenarlos una vez que obtenga el referido plano. Afecta al RV la totalidad del inmueble pero por una parte de su valor: la correspondiente al departamento en el que vive. Al manifestar su intención de afectar, debe expresar que lo hace por la parte del valor que se corresponda con el departamento que habita (sin necesidad de una cuantificación monetaria).

Dado que los valores de los inmuebles fluctúan según las condiciones de mercado, para un buen funcionamiento del sistema la parte de valor afectada al RV debe expresarse en quebrados, porcentajes, etc. y no en una determinada suma de dinero sujeta a depreciación. Ello permitirá expresar con mayor precisión el alcance de las necesidades y de la afectación, y mejorará su situación ante la impugnación que hagan sus acreedores con base en un supuesto exceso de la afectación que supere las necesidades de los beneficiarios (desafectación parcial por abuso de derecho, no prevista expresamente en la nueva normativa¹²).

Si este señor luego muda su vivienda a otro departamento que forma parte del mismo inmueble general, deberá adecuar la afectación a la parte del valor del inmueble que representa su nueva vivienda. Estrictamente, esta situación no sería una subrogación y, además, podría implicar ampliación o desafectación objetiva.

55. Si al otorgarse la escritura de enajenación (por título oneroso) del bien afectado se levantara algún gravamen (hipotecario, usufructo, etc.) o medida precautoria que recaiga sobre dicho bien o que conste registrada a nombre del propietario (inhibición general de bienes), a los efectos de que la subrogación se proyecte sobre la totalidad de la suma expresada en la escritura como precio de venta, conviene —para neutralizar un eventual ataque de los acreedores del enajenante— agregar a la escritura una certificación contable que exprese un origen anterior y diverso de los fondos empleados para obtener el levantamiento. De lo contrario, probablemente operará una pre-

12. Ver lo expuesto en el numeral 4).

sunción *hominis* de que dichos fondos proceden de la venta y la totalidad de la suma expresada como precio no podría subrogarse en el RV.

El enajenante debería manifestar en el documento de enajenación, de manera circunstanciada, cuál es la procedencia de los fondos, a efectos de dejar preconstituida la prueba a favor de sus acreedores, y asumir él y, en su caso, el contador certificante las responsabilidades correspondientes para el caso de falsedad en tal declaración.

56. Si el inmueble afectado se enajenara por permuta y a cambio se recibieran dos o más inmuebles, dado que la subrogación parece operar de pleno derecho, debería el enajenante expresar a cuál de los inmuebles se traslada la afectación.

Si además hubiera compensación dineraria deberá expresarse en la escritura de permuta si la suma queda o no comprendida en la subrogación, ya que podría o no ser afectada a la construcción, reparación o mejora de la vivienda, o a un futuro cambio de vivienda. En caso de quedar afectada al RV debería obviamente reflejarse en el FE-RV, es decir que los bienes subrogantes serían tanto el inmueble recibido a cambio como la compensación dineraria.

La ley prohíbe ser propietario de dos o más “inmuebles” afectados, pero no prohíbe que la afectación se extienda a un inmueble y p. ej. una suma de dinero, que podría utilizarse p. ej. para costear las mejoras a realizar en el mismo. Por tal razón no debería impedirse la afectación al RV de un inmueble y una suma dineraria.

Una vez gastada o desafectada la suma también debe dejarse constancia de ello en el FE-RV, y la afectación recaerá únicamente en el inmueble.

El cruce de información entre organismos de fiscalización de impuestos y los registros de la propiedad inmueble puede resultar funcional a los efectos de detectar excesos, picardías y la evasión impositiva.

57. Debe evitarse que el régimen de subrogación sea utilizado por el propietario, vía una simulación relativa ilícita por sobrevaluación del precio de venta del bien afectado, para “lavar” o “colar” fondos que no provengan de esa venta, que en realidad están sujetos a ejecución pero que pasan inadvertidos a sus acreedores por estar camuflada su procedencia vía la apariencia provocada por los otorgantes del acto que “inflaron” el precio.

La “infra-valoración” del precio de compra del inmueble subrogante también es una conducta dañina para los acreedores del propietario: si el propietario vende su vivienda por el precio de dos millones (\$ 2.000.000) y luego compra otra con la suma subrogada, cuyo precio es tres millones (\$ 3.000.000) pero en complot con su vendedor declara que el precio de compra es sólo de dos millones (\$ 2.000.000), logra que la ampliación de la afectación pase desapercibida, en perjuicio de los acreedores intermedios.

Las conductas descriptas, que no pretenden agotar la nómina de artificios, astucias o maquinaciones, merecen un severo reproche legal, y es por ello que tornan

solidariamente responsables a quienes concertaron la simulación con el deudor (art. 337 *in fine*).

La sobrevaluación o infra-valoración que no cuenten con una razonable justificación (p. ej. es usual que el lindero pague más que cualquier otro comprador, y que por un inmueble que está sujeto a un juicio de usucapión o reivindicación se pague menos de su valor “normal”), convierten al contratante en cómplice de la maniobra evasiva y responsable solidario del perjuicio causado al acreedor evadido.

58. La simulación absoluta ilícita merece también un severo reproche, no sólo por la maniobra de ocultar la verdadera titularidad del inmueble “subrogado”, sino porque permite “colar” el aparente dinero obtenido por la venta ficticia –sujeto a ejecución– a una nueva vivienda, exenta del ataque de los acreedores excluidos.

59. La reglamentación debe organizar también el traspaso inter-territorial del FE-RV. Si como consecuencia de la subrogación el bien afectado perteneciera a un territorio autónomo distinto del que abrió y lleva hasta entonces el FE-RV, éste pasará del registro de la propiedad perteneciente a la demarcación de origen, al registro de destino: debe darse la baja provisoria en el registro de origen, el alta provisoria en el registro de destino, y luego la baja y el alta definitivas. Para cada uno de los pasos posteriores deberá acreditarse el cumplimiento del paso inmediato anterior.

60. Hasta tanto los registros de la propiedad inmueble estén en condiciones de efectuar las registraciones en el FE-RV —lo que no podrá exceder un plazo razonable—, los actos correspondientes que se otorguen podrían ser puestos en conocimiento del escribano a cargo del registro notarial en el que se haya otorgado la escritura de constitución, para que deje debida constancia mediante nota marginal. Será conveniente que si el propietario cambia de escribano, haga asentar marginalmente la nueva designación en la escritura-acta de constitución del RV.

61. En cuanto al trámite de constitución del RV (afectación inicial), pueden intervenir tanto profesionales (escribanos, cónsules) como la autoridad administrativa. El artículo 253 le impone a la autoridad administrativa el deber de prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de esta afectación; no se incluye expresamente la subrogación, pero debe considerarse incluida al referir la norma a la “inscripción” y la “cancelación”, pues la subrogación implica la cancelación de una inscripción y luego (simultánea o posteriormente), una nueva inscripción.

62. Entiendo que con los conceptos e interpretaciones propiciados en este ensayo, contruidos con una visión que pretende ser protectoria, funcionalista y práctica, no se vulneran derechos de terceros, a la vez que se logra una protección jurídica integral de la vivienda.

Son los señores jueces quienes, en última instancia, deben encontrar el lugar adecuado que corresponde al RV en el nuevo sistema diseñado, cuya aplicación se divisa no sin preocupaciones en el horizonte.

La autoridad de aplicación debe procurar reglamentariamente maximizar la protección de la vivienda.

En todo caso, serán los jueces quienes corrijan los eventuales excesos o defectos de protección en que se incurra y reconduzcan el RV y los demás dispositivos de protección de la vivienda a un lugar justo. Para ello, no deben perder de vista que la vivienda es el santuario de la vida privada de los habitantes de la República.



Los nuevos paradigmas y desafíos de la reforma

Horacio Teitelbaum

RdN 918

RESUMEN

Las innovaciones que incluye el Código unificado que entrará en vigencia el 1 de agosto de 2015 requieren una integración contextual para dar soluciones que armonicen determinados institutos. Se presentan posibles puntos complejos y menciones de alternativas para encauzar el dinamismo que las lleve a la aplicación práctica, con el objeto de impedir la judicialización de conflictos y la responsabilidad de los profesionales del derecho.

Sumario: 1. Introducción. 2. Responsabilidad profesional. 3. Capacidad restringida, incapacidad e inhabilitación. 4. Menores y responsabilidad parental. 5. Personas jurídicas. 6. Escritura pública y actas. 7. Cesión de derechos hereditarios. 8. Nuevos derechos reales. 9. Protección de la vivienda. 10. Régimen patrimonial del matrimonio. 11. Uniones convivenciales. Pactos de convivencia. 12. Contratación en moneda extranjera. 13. Donaciones. 14. Contrato y dominio fiduciario. 15. Derechos reales de garantía. 16. Conclusión.

1. Introducción

El Código Civil (CCIV) y el Código de Comercio, cuyas bases han regido por considerable tiempo, se transformaron en anacrónicos a medida que los vertiginosos cambios nos sobrepasaron. Es de esperar que la reforma legislativa pueda compensar el atraso y anticiparse a las futuras estructuras jurídicas, y permanecer tanto como sus antecesores. Como toda modificación, la adaptación y asimilación de los contenidos constituye un esfuerzo, incluso en lo que respecta a actitud y mentalidad en aras de incorporar e interpretar la aplicación de los cambios.

Si bien estábamos acostumbrados a citar doctrina, jurisprudencia, plenarios, legislación comparada, notas ilustrativas a los artículos del código de jurisprudencia extranjeros y prestigiosos, ahora se impone una reinención integral de todas las fuentes aplicadas en la elaboración del flamante ordenamiento, a la luz de las incorporaciones que receptan, en parte, todos estos precedentes y los fusionan con ideales modernos, algunos ya plasmados en la Constitución Nacional. El derecho a la inclusión social, el del consumidor, los derechos sociales, económicos y culturales,

personalísimos, las familias ensambladas, las uniones de hecho, el abuso de posición dominante y de derecho, los derechos sobre el cuerpo humano, los de incidencia colectiva y los de protección de niños y adolescentes son algunas de las consagraciones que se presentan en la esencia de gran parte de las recientes elaboraciones.

Los fundamentos esgrimidos por la comisión redactora del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que han servido de exposición de motivos del texto aprobado, son de invaluable ayuda para comprender cómo se ha plasmado la actual redacción. La organización del índice general, la simplificación del número de las normas y la presentación de títulos que adelantan el contenido de cada uno de los artículos ofrecen un referente que se destaca por su síntesis, claridad y función didáctica.

Nos dedicaremos a analizar algunos de los conceptos que a nuestro entender son claves para la actividad notarial, anhelando pueda abrirse un debate enriquecedor.

2. Responsabilidad profesional

Desaparecen en la nueva legislación las diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual. La responsabilidad civil protege del daño causado a la persona, a su patrimonio y a los derechos de incidencia colectiva, y articula su reparación. Al respecto, trataremos dos artículos¹ con relación al ejercicio profesional.

El primero, 1725, similar en su primera parte y más completo que el artículo 902 del CCIV, postula en su primer párrafo:

Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Además, destaca la valoración de la conducta para evaluar el resarcimiento pecuniario. Justamente, cuando existe y las partes depositan una confianza especial que se debe tener en cuenta de acuerdo a la naturaleza del acto, la apreciación del accionar, la facultad intelectual y la condición especial del agente se ponderan para determinar el grado de responsabilidad.

El segundo artículo, 1768, recuerda indirectamente la clasificación doctrinaria de obligaciones de medios y de resultados, y les asigna a las profesiones liberales una responsabilidad subjetiva (se excluye el hecho de las cosas y actividades riesgosas, arts. 1757-1758), excepto cuando se halla comprometido un resultado concreto.

1. Los artículos citados en este trabajo, excepto cuando se hace referencia expresa a otro cuerpo normativo, corresponden al texto aprobado del Código Civil y Comercial de la Nación que entrará en vigencia a partir del 1/8/2015 (Ley 26.994, modificada por Ley 27.077).

Corolario de lo citado es que, si está previsto determinado efecto jurídico, el profesional no podrá aludir la falta de reglamentación de la norma o su desconocimiento u otras excusas. Tendrá que analizarse en los casos concretos la posibilidad de pactos de indemnidad o minutas insistidas, con exoneración de responsabilidad por asesoramiento brindado y liberación de responsabilidad, dependiendo de cuestiones que puedan o no considerarse de orden público o privado.

3. Capacidad restringida, incapacidad e inhabilitación

Según las reglas generales del artículo 31, inciso a, “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”. El artículo 32 prescribe que el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece las situaciones que allí se citan (adicciones y alteraciones mentales permanentes o prolongadas) y le asigna un sostén o sistema de apoyo (clubes sociales, vecinos, asociaciones sin fines de lucro, etc.) que deben “promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida” (art. 43). Excepcionalmente, si la persona se encuentra totalmente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad, el juez declara la incapacidad y asigna un curador.

De los inhabilitados del artículo 152 bis del CCIV sólo subsiste la categoría del pródigo (art. 48), a quien también se le asigna un apoyo para asistir al inhabilitado en los actos de disposición entre vivos y los demás actos que el juez fije en la sentencia.

La sentencia de capacidad restringida, incapacidad (art. 39) o inhabilitación se inscribe en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas para producir efectos contra terceros, dejándose constancia al margen del acta de nacimiento. La sentencia determina los actos que se limitan, los apoyos o curadores y las condiciones de validez de los actos concretos sujetos a restricción, con el régimen para la protección y asistencia. Se debe pronunciar también, entre otros puntos, sobre la época en que la situación restrictiva o incapacidad se manifestó, lo que constituye virtualmente un período durante el cual la sospecha acerca de cuándo comenzó la disminución de la capacidad puede influir en la ponderación de la buena fe en la celebración de los contratos previos a la declaración judicial, dentro de los alcances del artículo 45. Este artículo trata sobre la posible declaración de nulidad de los actos anteriores a la inscripción de la sentencia si la enfermedad era ostensible al contratar, existió mala fe o el acto es a título gratuito.

La sola información de la anotación marginal no será suficiente, puesto que la sentencia determina la extensión y el alcance de la restricción y especifica las funciones y actos que se acotan. Esto nos lleva a tener que prever la compulsión del expediente para comprender el alcance de la medida decretada.

Conforme al artículo 44:

Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Equivale a decir que, en principio, para cualquier acto jurídico, el requirente tendrá la carga de probar que su capacidad no está afectada de ninguna manera y el profesional, de verificarlo (se reitera lo comentado en el punto 2 sobre responsabilidad profesional, arts. 1725 y 1768). Para una contratación segura y eficaz, será necesaria la conexión, por red, de un sistema a nivel nacional de información accesible y rápida a los Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas locales.

Un bloqueo temporal sobre la vigencia de restricciones a la capacidad precisa asegurar un lapso dentro del cual se pueda mantener ficticiamente congelada la información. Este sistema fue utilizado por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal durante el período de la emancipación de los menores a partir de los dieciocho años (art. 131 CCIV antes de la reforma introducida por la Ley 26.579 de Mayoría de Edad), con la expedición de un certificado con una vigencia de quince días que aseguraba que el anticipo de capacidad no se había revocado en forma alguna.

4. Menores y responsabilidad parental

Los menores de dieciocho años están amparados por la responsabilidad parental para su protección, desarrollo y formación integral. Uno de los ejes de esta responsabilidad se dirige a la autonomía progresiva, según las características psicofísicas, las aptitudes y el desarrollo de los niños y adolescentes.

Se considera que los menores adquieren discernimiento para los actos ilícitos desde los diez años de edad y se anticipa, con relación al CCIV, a los trece años para los lícitos (art. 261). A partir de esta edad deben prestar consentimiento expreso para determinados actos que los involucren, enumerados en el artículo 645: entre ellos, la autorización para viajar al exterior del país o para el cambio de residencia permanente en el extranjero, la autorización para actuar en juicio cuando no puedan actuar por sí de acuerdo a la ley y la administración de sus bienes, excepto delegación expresa prevista por ley. Interpretamos que, hasta tanto las normas sobre migraciones no reglamenten sobre el particular, los permisos de salida de menores adolescentes fuera de la República deben ser suscriptos también por los autorizados a viajar.

Igual requisito cabe reconocerles a las donaciones de padres a menores adolescentes. Si bien antes de la reforma la doctrina consideraba que constituían actos con-

servatorios para el menor, ahora, integrando los intereses y el desarrollo progresivo del adolescente, corresponde ubicarlos dentro de los actos de administración previstos por el artículo 645, inciso e.

5. Personas jurídicas

La incorporación de las personas jurídicas privadas al CCCN, comprendidas en la enumeración del artículo 148, aclara divergencias que ya contaban con soluciones doctrinarias y jurisprudenciales.

La inclusión del consorcio de propiedad horizontal en esta enumeración permite la registración de bienes a su nombre y una mayor autonomía en sus actividades. Las asociaciones civiles son reguladas con detalle, prescribiéndose en cuanto a la forma el instrumento público (salvo para las simples asociaciones) al igual que para las fundaciones. Éstas últimas pasan sin grandes cambios de una ley especial a integrar el código de fondo (excepto en lo relativo a las promesas de donación [art. 198], con un matiz diferente al previsto en la Ley 19.836, art. 6).

En cuanto a las sociedades comerciales, se mantiene la Ley 19.550 (cuya denominación se sustituye por la de Ley General de Sociedades N° 19.550 t.o. 1984 [LGS]), pero con algunos giros: se sustituyen los artículos 1, 5, 6, 11, 16, 17, 21 a 30, 93, 94, 100, 164, 186, 187 y 285; se agrega el artículo 94 bis y el inciso 7 al artículo 299; se amplía la capacidad de la sociedad anónima para formar parte de una sociedad de responsabilidad limitada (art. 30 LGS) y se permite que los cónyuges conformen sociedades de cualquier tipo (art. 27 LGS).

Se destaca también el nuevo régimen de las sociedades irregulares² y la posibilidad de que estos sujetos de derecho sean titulares de muebles y derechos registrables (art. 23 LGS). Están incluidas en este régimen:

La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley se rige por lo dispuesto por esta sección. [Art. 21 LGS]

A su vez, subrayamos que la responsabilidad de sus miembros frente a terceros pasa a ser simplemente mancomunada y no solidaria o en distinta proporción, salvo pacto en contrario. Los contratos sociales –si existen, puesto que puede tratarse de sociedades de hecho– vinculan a los socios y son oponibles a terceros si se prueba que los conocieron al tiempo de la contratación o desde el comienzo de la obligación.³

2. Sección IV: “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”.

3. BENSEÑOR, Norberto R., “La persona jurídica en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial 2012”, en Academia Nacional del Notariado (dir.) y Herrera, Ma. Marta L. (coord.), *Derecho societario*, Buenos Aires, Di Lalla, 2014, pp. 493-518.

En otro orden de cosas, los acuerdos de colaboración empresarial y las uniones transitorias de empresas salen de la órbita de la LGS y pasan con pocos cambios al cuerpo codificado en el capítulo dedicado a los contratos asociativos (arts. 1442-1478), que incluye además los negocios en participación y los consorcios de cooperación.

Con respecto al nuevo subtipo de sociedad anónima, la sociedad unipersonal (SAU [sigla prevista por la LGS]), su tránsito a la pluralidad de socios implica que su denominación debe modificarse. Para ello, según propone Benseñor:

El estatuto podrá regular la situación apuntada, previendo que la expresión unipersonal, la abreviatura respectiva o la sigla SAU serán utilizadas en la denominación mientras la sociedad mantenga la condición de unipersonal, omitiendo dicha expresión cuando disponga de pluralidad de socios, sin necesidad de reformar el estatuto.

Asimismo, también en función de la unipersonalidad, son sustituidos los siguientes artículos correspondientes a la sociedad anónima: 164, sobre denominación; 186 y 187, respecto de la integración total del capital, excluyendo la posibilidad de hacerlo sólo por el 25% en caso de dinero efectivo; se agrega el inciso 7 al 299, que implica el control estatal riguroso y permanente y el cumplimiento del 284 en cuanto a la necesidad de contar con una sindicatura colegiada impar, las obligaciones especiales de información y presentación de balances (arts. 145-146 Resolución general IGJ 7/2005); y la obligatoriedad de que un directorio cuente con un mínimo de tres miembros, conforme al 255. Todo lo mencionado conforma nuevas exigencias a ser calificadas por los organismos que se encargan del Registro Público.

Las sociedades civiles dejan de tener un espacio exclusivo en el Código. Por tal motivo, aquellas que sobrevivan a la entrada en vigencia de la reforma quedarán en un limbo jurídico. El tiempo determinará si les es aplicable supletoriamente la normativa de las sociedades citadas en el artículo 148, inciso a, y todo el Título II del CCCN sobre personas jurídicas (arts. 141-224) o los artículos 21 a 26 de la LGS. En razón de que la sociedad civil desaparece del código de fondo, también se sustituye el artículo 285 de la LGS en cuanto a los requisitos para ser síndico, siendo reemplazada por una sociedad con responsabilidad solidaria, constituida exclusivamente por abogados o contadores públicos con título habilitante. Presentamos también la posibilidad de transformación de estas sociedades civiles, adoptando un tipo societario de la LGS, como lo prevé en la Ciudad de Buenos Aires el artículo 164 de la Resolución general IGJ 7/2005.

6. Escritura pública y actas

Con innegable influencia de las leyes reguladoras locales de la función notarial de nuestro país, los artículos 299 a 312 del CCCN adoptan criterios similares.

En cuanto al idioma de la escritura y la consabida minuta o la transcripción de instrumentos en idioma extranjero en protocolo notarial (art. 999 CCIV), se incorpora para el caso de ausencia de traductor público la mención del intérprete, que debe ser aceptado por el escribano. Se modifica el trámite de la minuta del sordomudo que se sabe dar a entender por escrito (art. 1000 CCIV). Y, ante el supuesto de discapacidad auditiva de algún otorgante, el CCCN exige la comparecencia de dos testigos que puedan dar cuenta de la comprensión del acto por el otorgante; se exige además una minuta firmada si la persona con esta discapacidad es alfabeto (art. 304); si no puede firmar, surgirá la manifestación del impedimento y la impresión digital del otorgante (305, inc. f).

En cuanto a la justificación de la identidad, sólo se exige la exhibición del documento idóneo o la afirmación del conocimiento por el escribano (art. 306); se elimina la posibilidad de acudir a testigos, lo que puede generar un inconveniente ante extravíos o robos de todas las identificaciones personales.

Cuando la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o hacer a cargo de otra de las partes, la expedición de nuevas copias o testimonios (art. 308) puede expedirse: por orden judicial (arts. 1006-1007 CCIV), en instrumento público si se acredita la extinción de la obligación, o bien con la conformidad del acreedor.

La incompetencia en razón de las personas, ahora legislada como prohibición (art. 291), lo que impide la conversión del acto, incluye al cónyuge, al conviviente y a los parientes del funcionario público dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, y elimina del texto redactado por Vélez Sársfield (art. 985 CCIV) la excepción que contemplaba la actuación de parientes que tuvieran parte en sociedades anónimas –y que la doctrina fue ampliando a otros tipos societarios y entidades–. Este nuevo artículo exigirá que un gran número de operaciones deba ser derivado hacia otras escribanías.

Dentro de los contenidos obligatorios de la escritura pública se ha incluido la firma del escribano autorizante (art. 305, inc. f), requisito obvio pero no enunciado como causal de nulidad instrumental en el artículo 1004 del CCIV. Por otra parte, se elimina como motivo de nulidad (art. 309) la mención de la exigencia del orden cronológico (art. 1005 CCIV). Se mantiene la sanción de nulidad por falta de designación del tiempo y lugar, nombres de los otorgantes y las firmas de las partes y de los testigos cuando su presencia sea requerida (no podrán serlo quienes no sepan firmar [art. 295, inc. b, y art. 2480]). En consecuencia, queda descartada la tesis de la inexistencia de la escritura (inferida de la nota al art. 987 CCIV cuando el instrumento público carecía de la firma del escribano).

En materia de actas, su tratamiento en el CCCN (arts. 310-312) las eleva a una categoría que revaloriza su jerarquía para ser utilizadas como forma de prueba en los estrados judiciales. Remarcamos su posible aplicación a la protección de la vida privada, a la constatación de afectaciones a la dignidad, honra, reputación, imagen, identidad, a exequias, a la difusión de voz o consentimiento informado para actos

médicos e investigaciones (arts. 52-53, 61, 1770), y el acta de depósito y su notificación por consignación extrajudicial de pago (arts. 910-912).

7. Cesión de derechos hereditarios

El contrato de cesión de derechos hereditarios adquiere su carta de ciudadanía con una tipicidad ordenada y unificada, conferida por los artículos 2302 a 2309. Algunos de los aspectos que más concentran la atención son la forma, cuya celebración por escritura pública es indubitable (art. 1618, inc. a, y art. 2302, inc. b), y el momento a partir del cual se producen sus efectos, ahora legislado explícitamente (art. 2302):

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

En consecuencia, las normas registrales que regulan la publicidad de este contrato quedan derogadas. También se toma posición sobre la legalidad de la cesión de los derechos que corresponden a un cónyuge en la indivisión post-comunitaria, lo que era rechazado inexcusablemente en algunos juzgados.

Por último, la tan discutida cesión de bienes determinados que forma parte de una herencia queda excluida del Título III, Libro V, relativo a las cesiones de herencia, aplicándose las reglas genéricas del contrato que corresponda (compraventa, permuta o donación), aunque “su eficacia queda sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición” (art. 2309).

En cuanto a la garantía de evicción, el contrato se rige por lo previsto en el artículo 2305, salvo cuando la cesión es entre coherederos y la acción de complemento queda neutralizada si el alea es expresada y aceptada (art. 2409).

Asimismo, por su vinculación con el tema y la novedad sobre los pactos de herencia futura, cabe mencionar lo previsto por el artículo 1010, que en su segundo párrafo expresa:

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

8. Nuevos derechos reales

8.1. *Propiedad horizontal*

La derogación de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal y de la Ley 19.724 de Prehorizontalidad redefine y agrega conceptos según la realidad urbana y económica que transitamos. Ya comentamos el avance a categoría de persona jurídica del consorcio de propiedad horizontal y señalamos a continuación algunas menciones que introduce la reforma sobre reglamentos internos, balcones, unidades complementarias, consejo de propietarios, asambleas, mayorías, subconsorcios, cosas y partes comunes no indispensables, convocatorias y quórum.

Con relación a la Ley de Prehorizontalidad, reducida a tan solo tres artículos (2070-2072), se elimina todo trámite de registración de la voluntad de afectar o inscribir los boletos antes de la constitución de la propiedad horizontal, exigiendo simplemente la contratación de un seguro obligatorio a favor de los adquirentes para el riesgo del fracaso de la operación.

8.2. *Conjuntos inmobiliarios*

Están compuestos por los clubes de campo, los barrios cerrados o privados, los parques industriales empresariales o náuticos, entre otros (art. 2073).

Sus aspectos urbanísticos tales como dimensiones, usos, cargas y zonas autorizadas se rigen por el marco legal de las normas administrativas locales. Sin embargo, el CCCN prescribe que todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial (art. 2075).

Asimismo, agrega –esto reviste una importancia fundamental– que los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y personales se deben adecuar a la propiedad horizontal especial en esta materia. No se establece plazo para esta adecuación, pero, en virtud del artículo 2038, que indica que el reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente⁴ de la unidad funcional, es coherente interpretar que la venta de una unidad funcional de un conjunto inmobiliario con un sistema personal o mixto personal y real no podría celebrarse hasta que no se ejecute la adecuación prescripta por ley (con la consecuente responsabilidad a que aludimos al referirnos a los arts. 1725 y 1768).

4. Concepto de título suficiente definido en el art. 1892: “La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real”.

8.3. *Tiempo compartido*

El tiempo compartido, que debuta como derecho real (art. 1887, inc. e), ha sido recientemente reglamentado por el Decreto PEN 760/2014. La Ley 26.356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido es derogada sólo parcialmente por el CCCN: se derogan los Capítulos III, IV, V, y IX, referidos respectivamente a la constitución, contrato, administración y extinción de los sistemas turísticos de tiempo compartido, y quedan vigentes los capítulos referidos a las disposiciones generales, autoridad de aplicación (Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación), comercialización y publicidad, instancia arbitral, sanciones y disposiciones reglamentarias.

La puesta en marcha del tiempo compartido dependerá de la compatibilización del nuevo plexo del CCCN con la ley anterior –en lo que ha quedado vigente–, junto con los respectivos artículos de su reglamentación, descontando también que los registros pertinentes dicten las disposiciones registrales que correspondan.

8.4. *Cementerios privados*

Los cementerios privados, también entendidos como nuevo derecho real de sepultura (art. 1887, inc. f), se establecen en inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos. Se requiere habilitación por parte de la municipalidad local y el otorgamiento de una escritura pública de afectación, que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble juntamente con el reglamento de administración y uso del cementerio (arts. 2104-2105). Su forma instrumental debe ser la escritura pública (art. 1017, inc. a). Nuevamente aquí, las autoridades registrales deberán proveer los requisitos reglamentarios para su inscripción.

8.5. *Superficie*

El derecho real de superficie, otro de los nuevos derechos reales, se extiende a lo forestado (ya previsto por la Ley 25.509 de Derecho Real de Superficie Forestal), plantado o construido en el terreno, vuelo o subsuelo, y se constituye de manera temporaria sobre un inmueble ajeno.

Resulta de un potencial incalculable como alternativa para suplantar al derecho personal de sobreelevación (cláusula pactada por unanimidad en algunos reglamentos de propiedad horizontal, que incluye las renunciaciones al derecho de accesión, un poder especial irrevocable y la transcripción obligatoria posterior en transmisiones de dominio) en la órbita de la propiedad horizontal (art. 2116), siendo incluso posible la transmisión entre vivos o por causa de muerte (art. 2119).

En virtud del amplio plazo que puede convenirse (máximo de setenta años sobre lo construido, y de cincuenta para forestaciones y plantaciones), su valor de plaza puede cotizar casi tanto o más que un inmueble. Máxime cuando, según el artículo

2116, el derecho de superficie sobre todo el inmueble o parte de él tiene una proyección sobre el espacio aéreo, subsuelo o construcciones⁵ y

La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción pero debe ser útil para su aprovechamiento.

La constitución de derechos reales de garantía del titular del derecho de superficie sobre su derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria (art. 2120) también puede ser un interesante nicho de acceso al crédito, considerando que este derecho puede durar casi tanto como la vida de una persona.

Si bien los efectos de la propiedad superficiaria son efímeros y están sujetos a las causales y efectos de la extinción (arts. 2124-2125) y, por remisión legal (art. 2128), “a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este título”, ello no enerva las facultades del superficiario de gravar, enajenar o constituir derechos reales o personales, insistimos, por un período lo suficientemente duradero para que se convierta en un nuevo concepto de comercialización en el mercado inmobiliario. Por supuesto, el emplazamiento y su extensión serán objeto de normas registrales específicas.

9. Protección de la vivienda

Como pone de relieve Taiana de Brandi,⁶ la Constitución Nacional (art. 14 bis), la Declaración Universal de los Derechos humanos (art. 25, inc. 1), la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (art. 36, inc. 7) y la Ley 14.432 en ese territorio confieren una protección especial a la vivienda.

La Ley nacional 14.394 es sustituida por la reforma, que protege tanto la vivienda (sin importar si hay familia) como el inmueble rural que no exceda la unidad económica, sea en su totalidad o hasta una parte de su valor. Asimismo, la protección se extiende a favor del titular sin familia y a todos los condóminos aun sin relación de parentesco (art. 245). También se agrega a la lista de beneficiarios el conviviente, además de los ascendientes, descendientes, cónyuge, el propietario y los colaterales hasta el tercer grado que convivan. Al menos uno de los beneficiarios debe habitar el inmueble (art. 247).

Como innovación, se establece que se aplicará el sistema de prioridad temporal según las normas de la Ley Nacional del Registro Inmobiliario y se permite la subro-

5. Limitada lógicamente por los códigos locales de planificación del suelo o de urbanismo.

6. TAIANA DE BRANDI, Nelly A., “Inconstitucionalidad de la Ley 14.332 de la provincia de Buenos Aires, reglamentada por Decreto 547/2013” [web], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 917, febrero 2015.

gación real del beneficio, que se traslada a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio. Por supuesto, esta situación deberá profundizarse y tener un tratamiento registral prolijo y detallado.⁷

La reforma también protege la vivienda familiar, aun en las uniones convivenciales inscriptas (art. 250 y 522), y es además blindada en cuanto al bien jurídico protegido (conforme a las reglas de los arts. 444, 456, 499, 522 y 526) en la coyuntura de la disolución del matrimonio, su régimen patrimonial y la unión convivencial y su cese, produciéndose efectos frente a terceros a partir de su inscripción en los registros en función de los bienes involucrados (arts. 249 y 444).

10. Régimen patrimonial del matrimonio

Son numerosas y significativas las incorporaciones en este plano. Atendiendo al objetivo de este trabajo, el análisis hará foco en los aspectos registrales; por ejemplo: la opción del régimen de comunidad o el de separación de bienes, que se documenta en escritura pública por convención matrimonial antes de la celebración del matrimonio o un año después de aplicado el régimen patrimonial convencional o legal (por vía supletoria, resulta ser el régimen de comunidad). La opción del régimen también puede ser manifestada frente al funcionario del Registro Civil al celebrarse el matrimonio y se asienta al margen del acta respectiva.

El cambio de régimen de comunidad al de separación de bienes exige la previa disolución y liquidación del anterior régimen convenido y la anotación marginal en el acta de matrimonio. Una vez más, la información que brinde el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe llegar en forma rápida, segura y veraz.

La elección del régimen de separación de bienes les confiere a los cónyuges una libertad para contratar entre sí que en el régimen de comunidad está limitada, siendo categorizados como inhabilitados en forma especial para hacerlo (art. 1002, inc. e; excepto en materia de sociedades [art. 27 LGS] y el supuesto de mandato [art. 459]).

El artículo 466 retoma un tema controvertido que había encontrado una solución notarial respecto de la recalificación del origen de los bienes registrables (art. 1246 CCIV) con posterioridad a la adquisición, instrumentado por escritura pública y a condición de no cambiar la titularidad del bien sino solo su carácter de ganancial a propio. Con la reforma, en la adquisición de bienes registrables durante el régimen matrimonial de comunidad, por inversión o reinversión de bienes pro-

7. SZMUCH, Mario G., "Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación" [web], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 917, febrero 2015.

pios, la constancia que determina en definitiva el origen propio del bien debe surgir de declaración del adquirente, con la conformidad expresa del otro cónyuge. En su defecto, por negativa del otro cónyuge u omisión, se dependerá de una declaración judicial y se deberá tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. Estimamos que los juzgados tendrán que oficiar a los registros esta nueva situación, que genera un cambio radical en la administración y disposición de este tipo de bienes, a menos que se considere suficiente publicidad la nota marginal citada anteriormente, suscripta por autoridad judicial.

11. Uniones convivenciales. Pactos de convivencia

Según el artículo 509, las disposiciones en esta materia se aplican a

... la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o diferente sexo.

Además, se exige un tiempo mínimo de convivencia de dos años (art. 510).

El artículo 511 dota de efectos probatorios entre los integrantes de la pareja, en cuanto a la existencia de la unión y sus pactos, a la inscripción peticionada en forma conjunta en el registro que corresponda a la jurisdicción local. Los artículos 517 y 524 posibilitan, además, la inscripción de los pactos, su modificación, su rescisión y la atribución del hogar común en caso de ruptura en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos. La falta de esta inscripción los hace inoponibles a terceros y habilita a que cada uno administre y disponga de sus bienes, en general, en forma libre.

El artículo 522 le confiere un resguardo especial a la vivienda común y sus muebles indispensables sólo si se ha inscripto la unión convivencial y rogado la afectación, conforme al artículo 249.

La ruptura, que extingue el pacto de convivencia y hace cesar la unión convivencial, procede por voluntad unilateral de alguno de los convivientes, notificada fehacientemente al otro (art. 523, inc. f), y produce efectos extintivos oponibles a terceros desde su inscripción en los registros correspondientes por cualquier instrumento que la constate.

La unión convivencial y sus pactos cuya registración fue solicitada en forma conjunta cuentan con la presunción probatoria de la existencia de la relación y con la oponibilidad de sus acuerdos frente a terceros; no obstante, remarcamos la complicación que acarrearía realizar y acreditar la vigencia de estas inscripciones si no se cuenta con las reglamentaciones apropiadas.

12. Contratación en moneda extranjera

En una economía habituada a protegerse de la inflación acudiendo a la moneda extranjera –particularmente al dólar norteamericano–, la norma que habilita la liberación del deudor dando el equivalente en moneda de curso legal (art. 765) desalienta gravemente la utilización de este referente. Grandes debates han originado las cláusulas en resguardo de estas obligaciones; por ejemplo –según Esper–,⁸ considerando la solvencia de la parte adquirente, el cumplimiento en moneda extranjera como condición esencial, la asunción del riesgo cambiario, la renuncia a la teoría de la imprevisión y el pago con títulos públicos o lugares alternativos para adquirir divisas.

Tres normas protegen la devolución en la moneda pactada y merecen ser incluidas expresamente en el contrato: los artículos 766 y 867, que confirman el principio de identidad de pago (si se pactó en dólares, se cumplirá con la misma moneda), y el artículo 965, que establece que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante. Por lo tanto, si bien una cláusula salvadora será de difícil eficacia, por los vaivenes económicos y cambiarios que afectan frecuentemente nuestra economía, es posible incorporar una de compromiso arbitral (contrato regulado en los arts. 1649-1665), sumada a la combinación de las otras pautas contempladas en las cláusulas establecidas por las partes.

Conforme al artículo 1649:

Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.

El artículo 1651 cita las controversias excluidas del contrato de arbitraje, admitiéndose *a contrario sensu* que pueden incorporarse las cláusulas compromisorias en contratos en moneda extranjera siempre y cuando no se refieran a cuestiones de estado civil, capacidad, familia, materias vinculadas a derechos de usuarios o consumidores, contratos de adhesión o relaciones laborales y litigios con los Estados nacional o local. Cabe destacar asimismo que la nueva figura de la consignación extrajudicial (arts. 910-912), con actuación de un escribano que recibe en depósito y notifica fehacientemente al acreedor dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles de realizado, resultará una herramienta sumamente útil ante este tipo de conflictos sobre la moneda de pago.

8. ESPER, Mariano, “Análisis de cláusulas contractuales con el precio de moneda extranjera” [web], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 917, febrero 2015.

13. Donaciones

Como lo expresa Etchegaray,⁹ se ha creado una alarma notarial e inmobiliaria con fundamento en –y como continuación de– las interpretaciones que se venían sustentando en acalorados debates. En primer lugar, en un plano absolutamente práctico y de circulación de los títulos, la normativa del artículo 1545, que establece que la donación debe ser aceptada y que esta aceptación debe producirse en vida del donante y del donatario, implica que las donaciones con aceptación diferida (ofertas de donaciones como se las conoce), independientemente de la fecha en que fueron realizadas, deben ser aceptadas y, al entrar en vigencia el CCCN, se deberá acreditar la supervivencia del donante, para no entrar en la discusión de si se debe o no abrir la sucesión ante el fallecimiento del donante. En segundo lugar, si bien es cierto que el régimen de colación entre los herederos legitimarios no ha variado sustancialmente, también lo es que quienes redactaron la reforma no fueron ajenos a la problemática de los efectos reipersecutorios generados por la acción de reducción.

El 25 de marzo de 2015, ingresó a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación el proyecto de ley titulado “Modificación sobre acción de reducción en donaciones a herederos forzosos - Código Civil y Comercial de la Nación”, que propone la modificación de los artículos 2386 y 2458. En definitiva, lo que podamos interpretar podrá o no tener peso específico dependiendo de lo que dicte la realidad del mercado inmobiliario y de lo que opinen los escribanos referencistas y los departamentos legales de los bancos que otorgan créditos con respecto a la idoneidad de todos los títulos provenientes de donaciones.

Por otra parte, se abre un nuevo punto crítico en cuanto a la revocación de las donaciones por ingratitud, siendo suficiente la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal (art. 1571).¹⁰ Esta situación constituye un detonante latente, que puede activarse en cualquier momento, sumándole más *observabilidad* al título.

El artículo 1866 del CCIV establece:

La revocación de la donación por causa de ingratitud no tiene efecto contra terceros por las enajenaciones hechas por el donatario, ni por las hipotecas u otras cargas reales que hubiese impuesto sobre los bienes donados antes de serle notificada la demanda.

No se advierte tal previsión en la reforma sino únicamente un plazo de caducidad de un año (art. 1573, 2° §):

9. ETCHEGARAY, Natalio P., “Donación a herederos legitimarios en el Código Civil y Comercial” [web], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 916, noviembre 2014.

10. Causales previstas: atentado del donatario contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes o descendientes; injuria grave o afectación del honor de estas personas; rehusarle alimentos al donante, etc.

La acción se extingue si el donante, con conocimiento de causa, perdona al donatario o no la promueve dentro del plazo de caducidad de un año de haber sabido del hecho tipificador de la ingratitud.

Por añadidura, el efecto del artículo 1969 establece en lo pertinente que “si la revocación es retroactiva, el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular de dominio resuelto”.

La publicidad que se efectúe en los registros inmobiliarios acerca de la anotación de litis de estos posibles conflictos contribuirá a aminorar la incertidumbre de estas donaciones.

14. Contrato y dominio fiduciario

Suplantando parcialmente en este tema a la Ley 24.441, la reforma introduce cambios receptados como consecuencia del auge de la utilización del fideicomiso. Más allá de definir los roles que ocupa cada interviniente, la posición del beneficiario se ve jerarquizada, ya que puede ser asumida por el fiduciante, el fideicomisario o el fiduciario; este último bajo la condición de prevenir los eventuales conflictos de intereses y actuar privilegiando los intereses de los demás sujetos (art. 1673).

El beneficiario y el fideicomisario son considerados terceros y deben aceptar su calidad de tales para recibir las prestaciones del fideicomiso (esta aceptación se presume cuando intervienen o realizan actos inequívocos). El fiduciario puede requerir la aceptación mediante acto auténtico (art. 1681), fijando a tal fin plazo prudencial. El fiduciario sigue teniendo vedado su acceso a ser fideicomisario.

Una de las cuestiones que se tendrá que coordinar con los distintos registros es la obligación de inscribir los contratos celebrados por instrumentos públicos o privados (excepto cuando se trate de universalidades [art. 1670]; cuando refiere a bienes cuya transmisión exige instrumento público, la falta de forma deriva en promesa de otorgar el contrato). El contrato se debe transcribir en el acto respectivo cuando la incorporación de bienes pertinentes es posterior a la celebración (art. 1669). Por la extensión que tienen en ciertas ocasiones estos contratos, debería ponerse el acento en que la inscripción no requiere transcripción total de todas las cláusulas, lo que derivaría en una publicidad tal vez exagerada frente a los terceros.

Destacamos que el dominio fiduciario como derecho real, especie dentro del género de dominio imperfecto (art. 1964), no se regula en el marco de los demás derechos reales sino como parte del contrato de fideicomiso. De ahí, sus particularidades y la readquisición del dominio perfecto (art. 1706) al acontecer el plazo o condición y quedar constituido el fiduciario en poseedor a nombre del dueño perfecto, no siendo necesaria la tradición.

La sustitución de fiduciario por causa de muerte, en ausencia de previsión contractual, habilita a los interesados a prescindir de la intervención judicial, confiriéndose los actos necesarios para la transferencia de bienes al sustituto (art. 1679). Si el

nuevo fiduciario fuese designado por vía judicial, es requisito legal que el fiduciante sea oído. En todos los supuestos de sustitución de fiduciario, los bienes fideicomitidos registrables son ingresados para su toma de razón en los respectivos registros, con rogación del nuevo sustituto, por instrumento judicial, notarial o privado autenticado, en los que conste la nueva designación.

Subrayamos asimismo la posibilidad que prescribe la ley en cuanto a un suplemento a la porción disponible, por el medio que el causante determine, incluso mediante un fideicomiso para el heredero con discapacidad (ascendiente y descendiente pero no incluye al cónyuge) con una porción extra, un tercio de las porciones legítimas, para aplicarla como mejora (art. 2448).

15. Derechos reales de garantía

Los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda y anticresis) conservan los principios de especialidad en cuanto al crédito por un monto máximo estimado, aunque se permite –respetando este límite– que el crédito esté individualizado en todos los elementos desde el origen o nazca posteriormente. El artículo 2189, que contempla lo mencionado anteriormente, postula asimismo que el acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, el que no puede exceder los diez años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía sólo subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia.

16. Conclusión

Nos hemos detenido en distintos aspectos que estimamos destacables en la labor notarial, tanto por sus innovaciones como por sus grietas.

Todo lo expuesto nos lleva a vislumbrar un horizonte con un notable desafío, y a la necesidad de encararlo, en lo posible, con la coordinación de equipos para la elaboración de propuestas en los diferentes estamentos y en un tiempo prudencial. Resultaría oportuno aunar y conciliar criterios con los distintos actores.

A nuestro entender, es sumamente importante el marco teórico para la divulgación, difusión y contención, producto de los efectos colaterales de la reforma. No obstante, es indispensable para la práctica cotidiana un escenario jurídico previsible, dadas las características de la función pública, con una responsabilidad civil y social extremadamente exigente.

La experiencia que vayamos construyendo permitirá navegar esta transición de un modo fluido, cómodo y progresivo.

Se terminó de imprimir en mayo de 2015
en los Talleres Gráficos de Vázquez Mazzini Editores,
Hidalgo 775, piso 7,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Adriana Nélica Abella

Fernando Aguilar

Maritel Mariela Brandi Taiana

Ezequiel Cabuli

José Carlos Carminio Castagno

Marta Inés Cavalcanti

Romina Ivana Cerniello

María Cesaretti

Oscar Daniel Cesaretti

Eduardo Gabriel Clusellas

Sebastián Justo Cosola

Marcelo Armando de Hoz

Mariano Esper

Natalio Pedro Etchegaray

Néstor Daniel Goicoechea

Pablo Julián González Mantelli

Álvaro Gutiérrez Zaldívar

Alberto María Miguens

Agustín Nicolás Morello

Marcos Alberto Paz Vela

Ariel Eugenio Regis

Pilar María Rodríguez Acquarone

Santiago Rossetti Messina

Mario Gabriel Szmuch

Horacio Teitelbaum

