Órgano del Colegio de Escribanos
de la Ciudad de Buenos Aires

Fundada el 15 de noviembre de 1897

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

2015

Colegio de Escribanos
Ciudad de Buenos Aires

ANUARIO de la
REVISTA del NOTARIADO

2015

ANUARIO
de la REVISTA del NOTARIADO

Nº 2

ANUARIO
de la REVISTA del NOTARIADO

2015

ISSN 2451-537X

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) - 1er 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
Diseño de tapa: Florencia Cardoso
Diseño de interior: Liliana Chouza

Consejo Directivo

Ejercicio 2015-2017

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

(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, Carlos Alberto Ortega. **Miembros suplentes**: Marta Esther Goldfarb, Daniel Augusto Ferro, Adriana Patricia Freire, Ricardo Antonio Armando, Rodolfo Alberto Nahuel.

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

Este *Anuario* compila los artículos de doctrina publicados en los números 919, 920, 921 y 922, correspondientes al año 2015. Los artículos se presentan por orden alfabético de sus autores, con la indicación del número en que fueron publicados. Todos los contenidos están disponibles en http://www.revista-notariado.org.ar.

Artículos del Anuario 2015

Inhibiciones, por la *Academia Nacional del Notariado* | **13**

Obligaciones en moneda extranjera y el Código unificado, por *Jorge H. Alterini*, *Norberto R. Benseñor*, *Juan M. Diehl Moreno* y *Martín E. Paolantonio* | **17**

Prohibiciones del artículo 291 del Código Civil y Comercial con relación a las personas jurídicas, por *Norberto R. Benseñor* | **35**

Los eslabones perdidos de la capacidad, por *Maritel M. Brandi Taiana* | **63**

El poder al servicio del derecho de autoprotección, por *Maritel M. Brandi Taiana* | **83**

Nuevamente acerca del artículo 985 del Código Civil. A propósito de las conclusiones de la XXXI Jornada Notarial Argentina, por *José C. Carminio Castagno* | **99**

Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación, por *Romina I. Cerniello* y *Néstor D. Goicoechea* | **117**

Apuntes sobre la donación de acciones. Breve reflexión, por *María Cesaretti* y *Oscar D. Cesaretti* | **141**

Los contratos asociativos en la unificación, por *María Cesaretti* y *Oscar D. Cesaretti* | **147**

"No te lo van a inscribir" o una correcta y completa publicidad registral del dominio fiduciario debería incluir también la CUIT del fideicomiso, por *Adrián C. Comas* | **159**

¿Pueden los niños otorgar poderes? Algunas reflexiones en torno a la competencia procesal de los adolescentes en el Código Civil y Comercial, por *María M. Córdoba* | **179**

Sobrevuelo notarial del Código Civil y Comercial. Escrituras y actas. Artículos 299 a 312, por *Natalio P. Etchegaray* | **189**

Principios del nuevo derecho comercial y reformas al régimen asociativo, por *Eduardo M. Favier Dubois (h)* | **199**

El tiempo compartido en el Código Civil y Comercial de la Nación, por *Catalina A. Fourcade* | **227**

Adquisición de bienes registrables por parte de las sociedades comprendidas en la Sección IV de la Ley General de Sociedades, por Mar*cela C. Frenquelli* y *Martín L. Peretti* | **243**

Moderna contratación (a propósito del Código Civil y Comercial de la Nación), por *Mariano Gagliardo* | **253**

Artículos 45 y 46 del Código Civil y Comercial. Donaciones y propuesta de futuras reformas, por *Álvaro Gutiérrez Zaldívar* | **265**

Hipoteca en moneda extranjera. Hipotecas de curso legal o de monedas que no lo tienen. El monto, por *Rubén A. Lamber* | **271**

Estudio de títulos de donaciones hechas a herederos forzosos en el Código Civil de Vélez y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, por *Pablo L. Manganaro* | **311**

Impacto del Código unificado en la Ley General de Sociedades. Asambleas unánimes, por *Alberto M. Miguens* | **337**

Personas jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación, por *Pilar M. Rodríguez Acquarone* | **365**

Situación de las donaciones de inmuebles y ofertas de donación realizadas en vigencia del Código Civil ante la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial Ley 26994, por *María F. Rodríguez Amat* y *Marcelo W. Suárez Belzoni* | **395**

Pot pourri de régimen de vivienda con toques de DTR 4/2015 y OS 45/2015, y adición de constitución, legitimación y frutos, por *Mario G. Szmuch* | **411**

Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación, por *Mario G. Szmuch* | **431**

De qué hablamos cuando hablamos del artículo 2189, por *Gonzalo I. Toro* | **497**

Inhibiciones*

Academia Nacional del Notariado

RdN 919

Sumario: ***1.*** *Introducción. Palabras del presidente de la Academia.* ***2.*** *Conclusiones finales del Consejo Académico.*

1. Introducción. Palabras del presidente de la Academia

El abordaje conceptual de ciertos institutos jurídicos puede resultar insuficiente al tiempo de resolver su aplicación inmediata en situaciones concretas y específicas. Prueba de lo expuesto acontece con la inhibición general de bienes, merecedora de diversos enfoques que, en definitiva, ocasionaron crecientes dificultades al momento de apreciar su extensión y delimitación. Esta circunstancia, que en modo alguno resultó inadvertida para la Academia Nacional del Notariado, permitió apreciar que, en el ejercicio cotidiano de la función, precisamente, son los notarios quienes son convocados para administrar una correcta calificación de su alcance y la eventual incidencia sobre el sujeto disponente ante la celebración de actos y negocios jurídicos. Fueron necesarias intensas sesiones plenarias de estudio para arribar finalmente a conclusiones que pudieran superar la imprecisión que rodea la temática.

En términos generales, se obtuvo consenso doctrinario en sostener que la inhibición general de bienes es una medida cautelar regulada en los códigos procesales, cuya finalidad es impedir que el afectado pueda disponer o gravar bienes, la cual tendrá eficacia solo cuando la orden judicial sea anotada con relación a los que sean registrables, de titularidad del inhibido y, por lo tanto, se encuentren inscriptos en el registro público pertinente, de acuerdo con su especialidad y jurisdicción. Una de las dificultades de esta cuestión resulta expuesta cuando se comprueba el caso de alguna reglamentación administrativa que, al requerir la constancia de que el disponente no esté inhibido en la jurisdicción donde está domiciliado, además de las que emita el registro del lugar donde contrata, pareciera insinuar que la medida acompaña al sujeto afectado, incluso fuera de la demarcación territorial donde se anotara la misma, como si se tratara de una incapacidad.

2. Conclusiones finales del Consejo Académico

Recibidas las opiniones de los miembros y, también, trabajos doctrinarios al respecto, todo lo cual fue sometido a discusión, se aprobaron las siguientes conclusiones.

* Presentado a publicación en abril de 2015.

1. La inhibición general de bienes es una medida típicamente procesal. Su regulación le corresponde a las jurisdicciones locales, en el marco de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.
2. En el proceso común, la inhibición general de bienes es sucedánea o supletoria del embargo y tiende a asegurar la ejecución forzada de una eventual condena.
3. Son requisitos de la inhibición judicial los comunes a todas las cautelares genéricas: a) verosimilitud en el derecho; b) peligro en la demora; c) contracautela; d) desconocimiento de la existencia de bienes embargables o su insuficiencia.
4. La medida afecta exclusivamente el patrimonio de las personas inhibidas y no incide en su capacidad –materia que se encuentra reservada a la legislación sustantiva nacional–, ubicándose en el ámbito de las registraciones personales.
5. Por tal motivo, y como consecuencia de haberse conocido algunos decisorios que han desnaturalizado el concepto de esta cautelar, cabe destacar que aquellas disposiciones que regulan el ejercicio de profesiones y actividades y condicionan la matriculación del interesado a la circunstancia de que no esté inhibido constituyen solo requisitos de admisión que hacen a la calidad de la persona, sin que de dicha exigencia pueda inferirse que se trata de una consecuencia derivada de la incapacidad que generaría la inhibición. En tal sentido, son desacertadas las decisiones jurisprudenciales que, partiendo del supuesto indicado, deducen que esta cautelar produce cierto grado de incapacidad.
6. Por ser de carácter procesal, la medida solo afecta los bienes registrables y no los demás, por cuanto su traba en nada modifica la capacidad de la persona inhibida ni tampoco le impide celebrar actos jurídicos sobre bienes no registrables. Por lo tanto, la efectividad de la medida depende de su anotación en los respectivos registros y de la obligatoriedad de requerir certificados en operaciones de tal naturaleza. Por otra parte, la inhibición nunca podría impedir la libre disposición de los demás bienes, sometiendo al inhibido a una suerte de muerte civil, expresamente excluida de nuestra legislación (art. 103 CCIV). Tampoco es razonable sostener que, por la sola circunstancia de que el acto se instrumente ante notario, este debe pedir siempre el certificado de inhibición, aunque el bien no sea registrable.
7. Los registros públicos están dispuestos acorde al principio de especialidad –constituido por la materia u objeto de la registración– y a un ámbito derivado de su competencia territorial.
8. La inhibición general de bienes anotada en un determinado registro no impide la transmisión o gravamen de otros bienes de distinta naturaleza del inhibido.
9. Ninguna norma del ordenamiento jurídico le atribuye a la inscripción de esta medida en el Registro de la Propiedad Inmueble carácter generalizado. El único precepto de la Ley Registral Inmobiliaria 17801 que podría alentar una interpretación favorable a una oponibilidad genérica es el artículo 30, que dispone: "El registro tendrá secciones donde se anotarán: a) la declaración de la inhibición de las personas para disponer libremente de sus bienes; b) toda otra registración de carácter personal que dispongan las leyes nacionales o provinciales y que incida sobre el estado o la disponibilidad jurídica de los inmuebles". Sin embargo, esta referencia a los bienes –aunque omita el aditamento de "inmue-

bles" en el inciso a)– no es suficiente, por sí misma, para fundamentar una interpretación contraria:

1º) por cuanto, inmediatamente después, el inciso b) se refiere concretamente a la disponibilidad jurídica de los inmuebles;

2º) porque el artículo 23 establece: "Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas";

3º) en virtud de que el artículo 31 prescribe: "Cuando fuere procedente, las anotaciones mencionadas en el artículo anterior deberán ser relacionadas con el folio del inmueble que corresponda. En cuanto sea compatible, les serán aplicables las disposiciones establecidas en esta ley para la matriculación de inmuebles e inscripción del documento que a ello se refiera";

4º) dado que el artículo 1 nomina estos registros como "de la Propiedad Inmueble" y el artículo 2, inciso a), menciona los diversos actos jurídicos que recaen sobre inmuebles, siendo el inciso b) una lógica consecuencia de aquel;

5º) en razón de que una interpretación contraria dejaría sin fundamento y contenido la anotación de las inhibiciones en los Registros de la Propiedad Automotor y de Buques.

10. La inhibición general de bienes anotada en el registro inmobiliario del domicilio del afectado no impide la transmisión o gravamen de otros bienes registrables ubicados en distintas demarcaciones. No hay interpretación válida que permita arribar a una conclusión diversa. En efecto, tratándose de una medida procesal que afecta el patrimonio registrable del inhibido sin afectar su capacidad, carece de eficacia *erga omnes* y –menos aún– fuera del ámbito territorial donde fue anotada. Pretender asignarle una extensión extraterritorial a esta medida violenta las disposiciones que regulan el trámite uniforme de exhortos, rogatorias y oficios interjurisdiccionales (Ley 22172).

11. Las restricciones producidas por esta cautelar se limitan al sujeto inhibido, sin transmitirse en ningún caso a otras personas.

12. La disposición de un bien registrable por parte del inhibido resulta inoponible al inhibiente, quien –enterado del acto– dispone de medidas concretas de acción. Sin embargo, es importante destacar lo siguiente:

a) El acto celebrado no es nulo.

b) El inhibiente se encuentra habilitado para interponer acciones –incluso contra el tercer adquirente– si en el certificado que se utilizó en la operación consta la cautelar vigente.

c) En caso de fuga registral, hay responsabilidad estatal.

d) El inhibido conserva la titularidad del derecho a disponer. Prueba de ello es que el acto celebrado, pese a la inhibición, es intrínsecamente válido, motivo por el cual la remoción o levantamiento de la medida –aun tardíamente– permite la eficacia inmediata del acto jurídico y su registración, sin necesidad de confirmación o ratificación documental.

Obligaciones en moneda extranjera y el Código unificado*

Jorge H. Alterini

Norberto R. Benseñor

Juan M. Diehl Moreno

Martín E. Paolantonio

RdN 921

RESUMEN

El 9 de septiembre de 2015 se realizó en la sede del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires una mesa redonda, que contó con la participación de los doctores Jorge H. Alterini, Juan M. Diehl Moreno y Martín E. Paolantonio, bajo la moderación del escribano Norberto R. Benseñor, para abordar los cambios introducidos por el Código Civil y Comercial con respecto a las obligaciones en moneda extranjera. El presente artículo condensa las diferentes opiniones doctrinarias vertidas por los panelistas durante su exposición, a cuyo fin se han mantenido los nombres de los expositores, para que puedan ser identificados con claridad. Con ese mismo objetivo, se han diferenciado a través de subtítulos los aspectos más relevantes tratados en esa sesión.

Sumario: ***1.*** *Introducción. El equilibrio contractual.* ***2.*** *La opción contenida en el artículo 765* in fine, *¿es imperativa o supletoria?* ***3.*** *Sobre la incongruencia de hablar de obligación de dar cantidades de cosas cuando estamos hablando de obligaciones de dar sumas de dinero.* ***4.*** *Instrumentación del contrato. ¿Qué herramientas o modos alternativos se aconsejan a quienes deben instrumentar un contrato –generalmente alguna hipoteca en dólares o compraventa, o documentar saldos de precio–, para asegurarse, si no la misma moneda convenida en especie y cantidad, al menos la mejor cotización?* ***5.*** *Hipotecas en dólares y principio de especialidad registral.* ***6.*** *Subasta en moneda extranjera o en pesos.* ***7.*** *Preguntas del auditorio.*

1. Introducción. El equilibrio contractual

Paolantonio: Básicamente, el problema con la moneda extranjera se plantea cuando se da un escenario de inflación, que puede ser más o menos importante según

* Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, nº 239, 22/12/2015, Suplemento "Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires", cita on line AR/DOC/4376/2015. Información sobre los autores en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

las épocas. La única excepción para esta idea serían las operaciones genuinamente internacionales, en las cuales sí hay un interés particular en la moneda extranjera. Sin embargo, si no es este el caso, se sabe que el recurso de la moneda extranjera se ha utilizado generalmente como un mecanismo para paliar el problema del envilecimiento de la moneda nacional. Este es un concepto que los argentinos aprendimos durante mucho tiempo, que en algún momento se creía superado, pero al que hemos vuelto.

La contratación es un instrumento de planificación, desde el punto de vista empresarial e incluso desde el personal. Lógicamente en toda operación hay riesgos y, si a ellos se les suma la incertidumbre que puede generar la situación de inflación, es necesario generar cláusulas contractuales y mecanismos paliativos con el fin de arribar a un esquema que permita contener las circunstancias inmanejables producto de las variables macroeconómicas que controla el poder público. El individuo en sí mismo dispone de muy poco poder para contener lo que implica la inflación. El problema se plantea en casi todas las contrataciones, particularmente en el contrato que no es instantáneo, es decir, el contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo. Ante cada contrato que requiere, después del "apretón de manos" o de la firma, un hacer en el futuro, se plantea la incertidumbre que genera la circunstancia del pago.

Lo que se persigue, desde el punto de vista de las partes, es mantener en el tiempo la situación de equilibrio contractual del momento inicial. Que eso suceda depende de que la moneda, como medio de pago, cumpla la función que le corresponde. Frente a una situación de envilecimiento de la moneda –como la que se ha vivido durante muchos años en la Argentina–, obviamente se presenta un problema serio a la hora de determinar la equivalencia de las prestaciones.

Cabe destacar aquí que las alternativas teóricas para mantener el equilibrio contractual no son demasiadas: se puede establecer un esquema de precio variable para las diferentes etapas del contrato; se puede establecer un mecanismo de renegociación a través del cual se ajuste el precio periódicamente; se puede dolarizar; incluso se puede indexar –pero no según la ley vigente–. Este último punto es muy importante, porque si se tienen problemas en la contratación en moneda extranjera y no se cuenta con el escape de las cláusulas de indexación, tenemos claramente un escenario de incertidumbre.

Desde el punto de vista de los costos de transacción, los esquemas son diferentes. Si se pone un precio variable, la discusión se dará en el momento inicial del contrato: cuánto será el precio en el contrato de tracto sucesivo durante los diferentes períodos. Los costos son altos, pero se tendrán menores problemas porque ya han sido fijados inicialmente. Ello prescindiendo de la posibilidad de que después se discuta alguna cuestión vinculada a la imprevisión y, de alguna manera, el acuerdo esté cerrado y haya que atenerse a él.

Es difícil en muchos casos establecer un precio variable, porque se carece de capacidad de predicción efectiva para mantener el equilibrio contractual. Si se habla de renegociación, es sencillo establecer en un contrato un plazo de seis o doce meses para hacerlo; pero ante la falta de acuerdo se plantean los siguientes interrogantes: ¿nos quedamos sin contrato?, ¿se resuelve? En lo que a seguridad jurídica respecta, es claramente una materia complicada.

La posibilidad de la indexación también sería potencialmente fácil, suponiendo que estuviera permitida y que, además, reflejara la ecuación económica del contrato. Lo que las cláusulas de indexación dicen es: ajustamos el valor por un índice determinado, que puede o no tener que ver con la ecuación económica del contrato. Con los años ha habido desfases y diferentes mecanismos para tratar de evitarlos, tales como el *desagio*, la desindexación o, en el terreno del derecho privado monetario, en la Argentina, cualquier otra pauta que las partes establezcan.

En cuanto al tema de la dolarización, los costos de transacción son bajos y habría un menor riesgo de comportamiento oportunista posterior. No obstante, el problema se plantearía en que la dolarización puede tener que ver o no con la ecuación económica del contrato. Si el bien es transable en dólares, como suele ocurrir en la parte del mercado secundario en materia de inmuebles, probablemente la dolarización sea un mecanismo adecuado. Si no lo es, puede haber claramente un desfase en lo que respecta a la ecuación económica del contrato.

El problema en materia contractual no es solo la moneda extranjera, sino la obstinación del poder público de, a pesar de la inflación, haber mantenido la prohibición de indexación, alternativa que sería incluso más sana para muchos contratos.

Para contextualizar el tema, la última cuestión a mencionar es la época en la que el Poder Ejecutivo Nacional modificó la redacción del artículo 765 del Código Civil y Comercial propuesta por la Comisión –la época del cepo "*full*"–. El dólar era una mala palabra y se hablaba de forzar la "pesificación" de la economía –escenario que nunca se va a alcanzar, porque el día que logremos la pesificación en materia de inmuebles sería probablemente porque no habría inflación, en cuyo caso tampoco mucho interés debería haber por la dolarización–. Claramente era un problema que en ese momento se tomó como una decisión vinculada con la lucha contra la dolarización de la economía. Por ello, cabe dudar que un año y medio después se hubiera tomado una decisión como la que se tomó.

Benseñor: El anteproyecto presentado por la Comisión establecía las mismas pautas que la reforma introducida al Código Civil por la Ley 23928; es decir, las obligaciones contraídas en moneda extranjera eran consideradas obligaciones de dar sumas de dinero. Posteriormente, el Poder Ejecutivo Nacional –más concretamente el Ministerio de Justicia– alteró la frase final del artículo 765. Como expresa el doctor Paolantonio, ese era el momento más álgido del cepo y en el que la tentativa de pesificar la economía era más fuerte. Difícilmente se adoptaría hoy esta alteración a la norma, introduciendo la posibilidad supletoria de cancelar con la moneda extranjera.

2. La opción contenida en el artículo 765 *in fine*, ¿es imperativa o supletoria?

Alterini: La redacción final del artículo 765 –que seguramente no introdujo la Comisión– generó sorpresa y creó algunas dudas interpretativas. Pasado el tiempo, se perfila la convicción de que **esta norma es supletoria**; no imperativa.

Para fundamentar este criterio, es necesario partir de la base de que, según el artículo 962 del Código Civil y Comercial, las normas de los contratos son en prin-

cipio supletorias, salvo que lo contrario surja del modo de expresión, del contenido o del contexto. Ninguna de estas opciones indica que el artículo 765 sea imperativo, ni surge de las palabras que la norma sea tal. Podrá tener varias lecturas, pero una pista importante es que la norma dice que se "puede" hacer esa conversión, no que se "debe", lo que le quita el carácter imperativo. El contenido del artículo 765 no desmiente el carácter supletorio, porque no hay nada que revele que la norma es imperativa. El contexto confirma que no es imperativa, porque salvo que uno sea un lector apasionado y nada objetivo si a una norma se la puede interpretar en un sentido o en el otro dejamos abierto el interrogante para no ser autoritarios al sostener una idea, no debe omitirse el mensaje del artículo siguiente, el 766, que dice que hay que pagar en la moneda convenida. Pero no solo el artículo siguiente: el contexto se reconstruye con otras varias normas que llaman a pagar en la moneda convenida. Esto ocurre en el artículo 1390, en materia de depósito bancario; en el artículo 1408, para los préstamos bancarios; en el artículo 1409, en los descuentos bancarios; y en el artículo 1410, para la apertura de crédito.

En este punto, debe destacarse una peculiaridad: en los artículos 1408, 1409 y 1410 se pone énfasis en lo pactado; dicen "conforme a lo pactado". O sea, se jerarquiza lo pactado. Estas son las propias palabras de la ley. Incluso el artículo 1525, en materia de mutuo, hace pensar en la misma solución; pero allí no aparece la expresión "conforme a lo pactado". En definitiva, el contexto es de una elocuencia absoluta para desmentir una pretendida interpretación de que el artículo 765 es imperativo.

Recordemos, jugando con los principios, que no son permitidas las renuncias generales a la ley. Lo dice el artículo 13 del Código Civil y Comercial. El artículo 13 admite renuncias cuando sean en casos particulares. No juega tan claramente como el gran Vélez Sársfield con aquello del interés general y del interés particular, pero esa pauta subyace, sobre todo si se conecta el artículo 13 con el artículo 12, que dice que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes de orden público. Quiere decir que las que no respondan al interés general se pueden dejar sin efecto por convención y, entonces, se pueden renunciar. Como nada establece que el artículo 765 sea de orden público, se puede renunciar a sus implicancias.

Una lectura posible del artículo 765, que es factible si se atiene a las palabras de la ley y que sería escandalosa, nos confirma que hay que interpretar congruentemente todo, hasta las palabras. El artículo dice: "La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación". Y sigue:

> Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Si nos atenemos a la letra, la conversión en moneda nacional habría que hacerla al momento de constitución de la obligación. Leído así sin los prejuicios que generan las lecturas previas , sería absolutamente extraño fijar una cantidad al momento de la constitución y después convertirla en moneda nacional al momento del pago pero calculándola a la fecha de la constitución, porque entonces el envilecimiento de la moneda sería doblemente pernicioso. No dice "a la fecha del vencimiento de la obli-

gación", como lo hacía el artículo 619 de Vélez. Entonces, hay que interpretarlo así, elásticamente, pero de la letra surge lo contrario. De manera que tampoco hay que apegarse sin más a las palabras de una norma equívoca.

Algunos podrían pensar que el artículo 765 no es imperativo en los contratos paritarios, o sea, donde los contratantes actúan en un pie de igualdad, pero sí en materia de consumidor. Las normas acerca del consumidor no son renunciables en cuanto los favorezcan; es decir, se tiene por no escrita una renuncia que lo perjudique. Esto surge del artículo 988 del Código Civil y Comercial y del artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, por la remisión que realiza el artículo 1117 del Código a esas normas generales, en materia de contratos de consumo, ante cláusulas predispuestas que impliquen cláusulas abusivas. Por tal motivo, alguien podría decir que si hay un consumidor de por medio, la renuncia no sirve para nada.

Tampoco es convincente renunciar a través de fórmulas elípticas. Hay que ponderar si abiertamente se puede renunciar o no se puede hacerlo. Si no es posible, no podríamos disimularlo con elipsis lingüísticas, sin perjuicio de que acaso sea prudente acudir a esas redacciones. No hay que perder de vista que, según el artículo 12 del Código Civil y Comercial y fue siempre así, si uno elude una ley imperativa, se configura un fraude a la ley y, por lo tanto, se aplica igualmente la ley imperativa que se quiso eludir. El Código lo dice claramente.

Una salida consistente sería vincular la temática en todos los casos, y en especial si hay un consumidor, con la posibilidad de excluir el estigma de cláusula abusiva, a pesar de que estemos en el ambiente del consumidor. Lo prevé el artículo 1121, punto a, cuando la cláusula atañe a una relación entre el precio y el valor del bien o de la prestación debida. Por ello, recomendaría hacer alusión al artículo 1121, inciso a, para que ni siquiera en el caso del consumidor se pueda decir que el artículo 765 resulta ser imperativo.

Diehl Moreno: Estamos frente a un tema interpretativo, por lo que corresponde dirigirse al artículo 2 del Código, que establece cómo debe interpretarse la ley. Ello debe hacerse teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas y los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Entonces, deberíamos no solo analizar las palabras del artículo 765, sino también la finalidad o intención del legislador.

Deben preguntarse, entonces, las razones por las cuales el procedimiento legislativo por el cual se insertaron en el artículo 765 en la misma cláusula a) la calificación de la obligación de moneda extranjera como obligación de dar cosas y b) la facultad del deudor de cancelar en moneda local, se llevó a cabo sin tener en cuenta el resto de las normas previstas en el Código. La Comisión Redactora, en concordancia con la línea de la política monetaria y los principios monetarios que se seguían desde el año 1991, había mantenido el mismo régimen: obligaciones de dar dinero. Pero luego se introdujo intempestivamente la modificación del proyecto de artículo 765, sin que en este caso particular el legislador se detuviera a pensar en el impacto que aquella podría tener.

Lo que quiso hacer el Poder Ejecutivo es enviarle un mensaje a la sociedad, tratando de pesificar la economía y desalentar el uso de la moneda extranjera. Sin embargo, la realidad es que, tal como está redactado y teniendo en cuenta sus ante-

cedentes el legislador ha incurrido en una contradicción dentro del propio artículo 765: establece en primer lugar el principio de la identidad del pago, disponiendo que las obligaciones en moneda extranjera serán consideradas como obligaciones de dar cosas si uno se compromete a dar una cosa, pues debe entregar la misma cosa, y, a continuación, la facultad del deudor de cancelar en pesos, en una moneda distinta, es decir, sosteniendo el principio de la equivalencia. Esto es, principios absolutamente contradictorios en la misma cláusula. Ni siquiera hay que remitirse al artículo 766 para advertir la contradicción; está en el mismo artículo 765.

¿Cómo se resuelve esto? Siguiendo el principio de conciliación reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que exige darles a las normas el sentido que permita su mantenimiento y subsistencia. Entonces, **una interpretación razonable** del artículo 765, con una contradicción ínsita y también respecto del artículo 766, podría ayudar a sostener que la facultad de cancelar en pesos establecida en el artículo 765 **es precisamente una norma supletoria o disponible**. Por otro lado, si el principio general en materia de obligaciones dinerarias es entregar la misma cosa o moneda comprometida, cualquier excepción a este principio lo que ocurre en materia de moneda extranjera debería ser interpretada al menos restrictivamente. **Y si se la interpreta restrictivamente, también** podríamos entonces decir que **es una norma supletoria**.

Con respecto al principio de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de renunciar en la medida en que no haya abuso de derecho o si se afectara el orden público puede verse además al analizar el contexto normativo, como decía el doctor Alterini. Se encuentran muchas normas dentro del propio Código Civil y Comercial que exigen cancelar en la moneda pactada, en la misma especie: son los casos del préstamo bancario, el depósito bancario y otros contratos en particular. Entonces, no es razonable permitir la división del orden público dependiendo de la situación en la que nos encontremos: en el caso de depósito bancario, sí, pero en el caso de cualquier otro tipo de contrato que no sea depósito bancario, no. El orden público es uno. Dividirlo no es posible.

Tenemos conocimiento del fallo de la Cámara Nacional en lo Civil "Fau", dictado con fecha 25/8/2015 y publicado en todos los diarios, que establece el carácter supletorio del artículo 765. No ofrece demasiados fundamentos, pero allí se ve una sana tendencia en esta materia.

Otros interrogantes que se plantean respecto de los cuales no hay respuesta son los siguientes: si lo que en realidad buscaba el legislador era establecer una norma de orden público y procuraba precisamente que el dólar desapareciera de los negocios en la Argentina al menos en los contratos domésticos, ¿por qué no prohibió directamente su uso?, ¿por qué en lugar de decir "puede" no dijo "debe"? Establecer o determinar que el artículo 765 es una norma imperativa implicaría necesariamente que aun cuando pactemos dólares, el deudor debe cancelar en pesos y el acreedor tendrá que aceptar esos pesos. Si es obligatorio aceptar la cancelación en pesos de las obligaciones en moneda extranjera, podría entenderse que ello implica aceptar la moneda dólar como cláusula de ajuste: ¿y no sería esto contradictorio con el artículo 7 de la Ley de Convertibilidad, que prohíbe la indexación? Todos estos argumentos nos van llevando a la conclusión de que se trata de una norma de orden supletorio.

Paolantonio: Cabe agregar una referencia más con respecto a la renuncia.

El problema del consumidor no consiste en si es de orden público o no, porque ciertamente si la norma es de orden público, no puede renunciarla ni el consumidor ni nadie. El problema es que, en teoría, en el contrato de consumo no se pueden renunciar ciertos derechos que en otro ámbito serían disponibles. Más que plantear el tema de la renuncia a la facultad de pagar en moneda nacional, lo prudente y que no es solo un recurso de redacción es, sencillamente, no renunciar a nada, sino establecer efectivamente que se va a pagar en la moneda de origen o que se va a pagar según diferentes tipos de cambio que se puedan establecer.

El concepto de consumidor (p. ej., en materia de pagaré) es un tema complicado. Hay jurisprudencia que dice que básicamente el consumidor no puede ser ejecutado sobre la base de un pagaré, por lo que, más que ingresar en la discusión respecto de la renuncia, es preferible determinar cuál es el objeto de la obligación. Tal como planteó el doctor Alterini, no hay cláusulas abusivas sobre precio. Este no es un tema menor, porque se podría decir que la cláusula es abusiva. Claramente, la parte de precio está protegida del concepto de cláusula abusiva. Y es mejor plantearlo como una determinación del objeto de pago y después ver las opciones de tipo de cambio.

Alterini: En su discurso del 7 de octubre de 2014, con motivo de la promulgación del Código Civil y Comercial, la señora Presidenta de la Nación expresó:

> La derogación de la Ley de Convertibilidad dejó pendiente el restablecimiento pleno del peso como moneda de los argentinos. Esto bastó para que algunos comenzaran a decir, sobre todo en los medios de comunicación, que con las modificaciones que se introducían en el Código no se iban a respetar los contratos hechos en pesos, los depósitos. Bueno, vamos a aclarar punto por punto y artículo por artículo, para que mañana nadie pueda poner un titular extraño en ningún diario. El Código establece en su artículo 765, en el capítulo de las obligaciones, la distinción de moneda de curso legal y de las cosas, de que uno puede realmente pagar las cosas con moneda de curso legal. Pero el artículo 958, y quiero leerlo expresamente, establece bajo el principio de la autonomía de la voluntad (un principio para nosotros los abogados muy especial, que es el pacta *sunt servanda*, que viene del latín, somos siervos de nuestros propios actos, pactos o contratos), establece bajo el principio de la autonomía de la voluntad que las partes son libres de contratar y lo que establecen en el contrato tiene fuerza de ley para las partes, con lo cual esto no resulta, por lo tanto, violatorio de la voluntad de aquellos que quieran hacer contratos en moneda extranjera y de la exigencia. Y para mayor claridad, todavía, en los artículos 1408 y en el 1390, perdón, contratos bancarios, 1390, depósito bancario, depósito en dinero, dice: "Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto". Lo mismo, a continuación, el artículo 1408, que establece la contrapartida del depósito, el préstamo, o sea, cuando la entidad presta. El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero, obligándose al prestatario (obligándose al prestatario, o sea, el que lo tiene que devolver) a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie conforme lo pactado. Por lo cual todas esas afirmaciones, títulos para asustar a la gente, de que los depósitos no iban a tener ningún valor, se iban a de-

> volver en pesos, si no se podía hacer ningún contrato, por favor, esto queda absolutamente fuera de lugar y dejado de lado. Estoy leyendo el Código […] Esto lo dice el Código Civil Argentino…

Estas palabras constituyen una directiva de interpretación muy fuerte. En aquel momento se quiso dejar en claro que las normas en cuestión no descartaban la virtualidad de los pactos en sentido contrario.

Diehl Moreno: Una tercera posición con respecto a si es imperativa o supletoria sostiene que puede ser una u otra dependiendo de cuál haya sido la intención de las partes. Como es sabido, la moneda extranjera puede ser utilizada en ocasiones como objeto esencial del contrato (es decir, el objeto comprometido) o como unidad de cuenta o ajuste; por ejemplo, un contrato de locación en el que las partes fijan el dólar como modo de afrontar la inflación o, por lo menos, la devaluación, sin que sea su intención recibir dólares sino pesos al tipo de cambio oficial o a un tipo de cambio distinto.

En el pasado, la jurisprudencia le ha dado algún tono distinto a las sentencias dependiendo de la intención de las partes. Esta posición es discutible porque la norma es supletoria o imperativa dependiendo de cómo esté redactada, su contexto y su situación, pero no de la intención de las partes. Simplemente hay que saber que cuando se trata de un contrato donde la moneda extranjera es utilizada como unidad de cuenta al solo efecto de ajustar una obligación, hay que tomar mayores prevenciones.

Alterini: Lo importante es la idea de contexto, y este tiene un especial valor interpretativo. Hay que interpretar haciendo mérito del contexto, como lo ha dicho la Corte Suprema. Y el contexto del artículo 765 es totalmente contrario a su lectura como si fuera un texto imperativo.

3. Sobre la incongruencia de hablar de obligación de dar cantidades de cosas cuando estamos hablando de obligaciones de dar sumas de dinero

Alterini: Cuando el artículo 765 habla de obligaciones de dar cantidades de cosas, alude a las obligaciones de género. Vélez llamaba "cantidades de cosas" a lo que el Código Civil y Comercial, en seguimiento del Proyecto de 1998, llama "obligaciones de género". En las obligaciones de género se pacta entregar determinada especie y cantidad. O sea que también hay que respetar la identidad del pago en las obligaciones de género, que son las de cantidad, mal denominadas así, según la terminología adoptada por el propio Código.

Cuando escribimos por primera vez sobre esta cuestión en 1987,[1] defendimos ideas paralelas: decíamos que el dinero es una cantidad como afirmaba Vélez en la nota al artículo 616 , pero, aunque sea una cantidad o se rija por su género, no se puede eludir el principio de identidad del pago. Ese principio era el del artículo 740

1. Alterini, Jorge H., "Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1987-E, pp. 873 y ss.

de Vélez y está ahora en el artículo 868 del Código Civil y Comercial. Vélez decía que el dinero es una cantidad pero que ello no lo priva de su condición ontológica. El acreedor solo puede reclamar aquello a lo que se comprometió el deudor y este no puede pagar sino eso.

Paolantonio: La crítica fácil al artículo 766 probablemente no aporte demasiado. La cuestión final es si le aplicaremos las normas de las obligaciones de género o no, porque, en definitiva, lo que terminará sucediendo es que tendremos un régimen de obligaciones de dinero que no es dinero al menos en la definición que quisiera haber dado el legislador pero al que después le aplicaremos el régimen normal que tienen las obligaciones de dinero, por ejemplo, en cuanto a intereses y a consecuencias de la mora. En su momento se discutió profundamente no solo sobre cuál era el problema del tipo de cambio (la cláusula de tipo de cambio), sino, en definitiva, cuál es el momento en el que uno hace la conversión a moneda de curso legal, cuándo hacerla. El tipo de cambio puede haber estado a $ 10 el día del vencimiento de la obligación y a $ 15 sesenta días después, o también podría estar a $ 9.

Hubo fallos plenarios de la Cámara Comercial en los que se establecía este tema de la lógica de que las consecuencias de la mora se las está llevando el deudor, con idéntica doctrina a la de la Cámara Nacional en lo Civil en el plenario "La Amistad SRL c/ Iriarte, Roberto"[2], tales como el plenario autoconvocado de fecha 13/4/1977[3] y "Papelera Alsina", del 22/12/1977[4], con lo cual, se vuelve a plantear la disyuntiva: obligaciones de género o de cantidades de cosa. En cuanto al régimen, da la impresión de que no se le van a terminar aplicando las normas propias de esta categoría.

Diehl Moreno: Es más fácil decir cuál es el régimen que no aplica que el que sí aplica en materia de obligaciones en moneda extranjera. Se habla de las obligaciones de dar cosas, de las de género y de las de valor: lo más sencillo es dirigirse directamente al Código Civil y Comercial.

En lo que hace a obligaciones de dar cosas, lo único que está previsto en el propio Código son los parágrafos que están incluidos en el Capítulo 3 del Título I, donde se establecen las clases de obligaciones y las obligaciones de dar. Por ejemplo, el Parágrafo 2º habla de "obligaciones de dar cosa cierta para constituir derechos reales", y habrá coincidencia en que la obligación de dar moneda extranjera no tiene nada que ver con este supuesto. También incluye la "obligación de dar cosa cierta para transferir el uso o la tenencia", supuesto que tampoco aplicaría. El Parágrafo 3º refiere a las "obligaciones de dar para restituir", que serían, por ejemplo, contratos de locación donde uno da una cosa para que luego, después de su uso, sea restituida; tampoco este supuesto aplicaría a una obligación de dar moneda extranjera.

Caben estas aclaraciones porque hay doctrina que sostiene que existe un régimen de obligaciones de dar cosas y que este debería ser aplicado; sin embargo, no

2. *La Ley*, t. 1977-D, p. 1.

3. *La Ley*, t. 1977-B, p. 186. [N. del E.: el lector podrá consultar el plenario en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

4. *La Ley*, t. 1978-A, p. 267. [N. del E.: el lector podrá consultar el plenario en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

hay un régimen que pueda ser de utilidad y aplicación a las obligaciones de dar moneda extranjera.

En el Parágrafo "Obligaciones de género", el artículo 762 (2º párr.) dice "Las cosas debidas en una obligación de género deben ser individualizadas". No hay forma de individualizar el dólar; el dólar es el dólar. El párrafo sigue: "La elección corresponde al deudor, excepto que lo contrario resulte de la convención de las partes" –no agrega demasiado hasta aquí–; y finalmente: "La elección debe recaer sobre cosa de calidad media" –salvo que el dólar esté gastado, pero el dólar es el mismo– "y puede ser hecha mediante manifestación de voluntad expresa o tácita". El segundo artículo de este parágrafo, el 763, dice: "Antes de la individualización de la cosa debida, el caso fortuito no libera al deudor. Después de hecha la elección, se aplican las reglas sobre la obligación de dar cosas ciertas". No hay motivo por el cual las obligaciones de género deban aplicar o de qué modo este artículo puede establecer un régimen sobre las obligaciones de dar cosas.

Otra alternativa citada por la doctrina es la de entender las obligaciones de dar moneda extranjera como obligaciones de valor. El artículo 772 dispone:

> Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal [–el dólar–] que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección.

¿Por qué no entender como obligación de valor una obligación en moneda extranjera, donde alguien se compromete a entregar un valor equivalente en dólares, estableciendo "me comprometo a entregar una cantidad de pesos equivalente a 10.000 dólares o 10.000 dólares que serán pagaderos en pesos al tipo de cambio oficial", donde al momento de pagar se debe calcular el valor, es decir, el monto resultante sobre la base del **valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la valuación de la deuda**? Ello, más allá de la discusión de que el reconocimiento de esta obligación de valor pueda implicar de forma implícita una derogación del artículo 7 de la Ley 23928, que prohíbe la indexación. Lo dejo como pregunta.

Alterini: Es importante enfatizar que, aunque fuera una obligación de género, la solución sería paralela. Es una obligación de dar sumas de dinero; moneda sin curso legal, pero dinero. En 1986, en el caso "Salomone", cuando era Presidente de la Cámara Civil y, con los dos Vicepresidentes, integraba el Tribunal de Superintendencia de la Cámara, que resuelve los problemas de competencia, sostuve esta posición en un juicio de naturaleza civil vinculado con la restitución de moneda: si la moneda era cosa, debía radicarse en el fuero civil y comercial especial de aquella época –el viejo fuero de paz, que después se llamó civil y comercial especial y que finalmente se incorporó al fuero civil con la unificación general–. Entonces dijimos no es una cosa, es dinero, y por ello la causa debía radicarse en el fuero civil ordinario. En aquel momento fue una posición inédita. Ya Vélez hablaba de monedas con curso legal y de monedas sin curso legal; las dos son monedas. La moneda extranjera es moneda sin

curso legal. En la raíz de todo esto está la asimilación de los conceptos de moneda y de dinero.

El Proyecto de 1998 puntualizaba expresamente que "moneda" y "dinero" eran sinónimos (art. 712), y en el entramado que nos ocupa no se desmiente esa sinonimia. En este sentido, es significativo destacar que el 78 % de las normas del Libro Tercero "Obligaciones en general" del Código Civil y Comercial tuvo como fuente inmediata el Proyecto de 1998, motivo por el cual ese proyecto puede orientarnos en la problemática.

Aunque el artículo 765 del Código Civil y Comercial se refiera a obligaciones de género, de cantidad, siempre hay que pagar en la moneda convenida. Hay que individualizar y, recién cuando la moneda está individualizada como cantidad y especie, el caso fortuito tiene una incidencia determinada. Antes de ello, el caso fortuito es asumido por la otra parte, pero tal circunstancia no genera contradicción con el hecho de que también aquí hay que respetar la identidad del pago.

4. Instrumentación del contrato. ¿Qué herramientas o modos alternativos se aconsejan a quienes deben instrumentar un contrato –generalmente alguna hipoteca en dólares o compraventa, o documentar saldos de precio–, para asegurarse, si no la misma moneda convenida en especie y cantidad, al menos la mejor cotización?

Paolantonio: Con respecto a la cotización, en el supuesto de que se quiera mantener la ecuación económica del contrato, cabe comenzar por lo que no se puede hacer. Al respecto, hay muchos años de jurisprudencia; la más valiosa y reciente, en materia de lo que fue la interpretación del cepo. En este sentido, debe analizarse cuáles han sido los lineamientos tradicionales de esta jurisprudencia, que en definitiva mantiene lo que se ha dicho casi siempre: lo que no se puede hacer es una referencia directa –efectivamente en algunos fallos se menciona esto–, porque algunos contratos han incorporado lo que se denomina dólar "*blue*" –antes "negro" o "paralelo"–. Definitivamente, ese es un no rotundo; nadie debería ponerlo en una cláusula, pero vale la advertencia porque en algún contrato, con un asesoramiento menos profesional, probablemente pueda aparecer.

Aclarado ello, con respecto a la pretensión de obtener una valoración de la moneda nacional, yendo por ejemplo a lo que es el valor implícito que se puede determinar en títulos de deuda pública emitidos en dólares o en títulos de deuda privada, conocida en su momento como cláusula Bonex en todas sus variantes, una cláusula redactada razonablemente lleva a que, en definitiva, si se van a dar pesos, se van a dar pesos a un tipo de cambio que esté reflejado sobre esa base. Esto resuelve la determinación del tipo de cambio y qué cosas se pueden hacer al respecto, porque se estará en un escenario en que hay que respetar lo pactado. Y se está determinando cuál va a ser el tipo de cambio, en el entendimiento de que no se pagará en dólares, de que se va a interpretar que efectivamente el dólar no es moneda y que no hay que respetar la especie. Esto siempre tiene importancia práctica en un contexto que presenta problemas de acceso al mercado de cambio y cotizaciones diferenciadas.

Otra cosa que no creo conveniente respecto de las cláusulas usuales, por lo menos no lo creo cuando se plantea de una manera individual, son las declaraciones de que el deudor tiene la moneda extranjera y de que no la va a gastar, por lo cual luego no podrá invocar la imposibilidad de obtenerla. Si se trata de un contrato que se va a cumplir dentro de los treinta días, todavía le doy alguna posibilidad. Si se trata de un contrato de tracto sucesivo en el cual hay una prolongación en el tiempo, esa cláusula tampoco será de utilidad, porque si el deudor ya incumplió la obligación de pago, que además haya incumplido la obligación de quedarse con el dinero, de no gastarlo, no aporta demasiado, excepto que alguien interprete que hay una figura penal.

La cláusula que apunte a reflejar una actualización de la cláusula Bonex es suficiente para mantener la ecuación económica del contrato.

Diehl Moreno: Tal como expresa el doctor Paolantonio, se presenta un escenario en el que se recibirán pesos por el motivo que sea, porque se han agotado las instancias para poder ejecutar la sentencia en moneda extranjera o el crédito en moneda extranjera, tratando de embargar cualquier tipo de activo dolarizado que pueda tener el deudor, una caja de seguridad, un crédito, etc.

La pregunta que surge al redactar un contrato es si al incluir un tipo de cambio en pesos no se está debilitando la postura de que la obligación es en moneda extranjera. Si se es coherente con la posición de que es una obligación en moneda extranjera y que el objeto debido son dólares, se debería sostener esa línea. No obstante, en virtud de la ausencia de jurisprudencia sobre el tema, un abogado o un escribano deberían prever una situación subsidiaria, como los tipos de cambio. Cualquier alternativa prevista en el contrato que permita cobrar un tipo de cambio distinto del oficial será razonable.

Hay cláusulas Bonex en las que se establece que el deudor deberá comprar con pesos los bonos necesarios para poder, una vez vendidos en el exterior, obtener los dólares comprometidos. Se establece una obligación de hacer. Si el deudor original no quiso o no pudo pagar en dólares, tampoco querrá hacer una operación de bonos –o al menos podría negarse a ello–. Es por tal motivo que podría redactarse la cláusula directamente con el tipo de cambio al valor implícito, resultante de esa operación hipotética. De la misma manera, jamás debe redactarse una cláusula donde figure el tipo de cambio "*blue*". Sin embargo, no sería un objeto ilícito, ya que esa redacción no diría que se hará una operación "*blue*", sino que fija un tipo de cambio que utiliza como parámetro de cálculo el de las operaciones "*blue*". No significa que la operación sea realizada efectivamente ni que alguna de las partes se comprometa a hacerla.

5. Hipotecas en dólares y principio de especialidad registral

Benseñor: La hipoteca debe estar bien documentada, bien cubierta con una armadura que la proteja de la posibilidad de que se pueda pagar a la cotización oficial. Con posterioridad a la instrumentación del "cepo", los escribanos imaginamos cláusulas protectoras mediante cotización de bonos y describimos en las escrituras el procedimiento del contado con liquidación como medios alternativos para que se

pueda realmente realizar. Es necesario buscar todas las posibilidades para que en el momento en que el acreedor ejerza su derecho y pretenda mantener la equivalencia de su contrato tenga, para no perjudicarse, una salida de una mejor cotización.

Alterini: Es común la idea de que si se pacta en moneda extranjera y después no se la consigue tendría que pagarse necesariamente en moneda nacional. La inferencia no es inconsistente y puede aplicarse en diversos casos, pero ello no implica que el pacto en moneda extranjera no pueda llegar a hacerse efectivo.

Como se dijo previamente, por ejemplo, si el deudor tiene un depósito en moneda extranjera, el acreedor agredirá ese depósito para cobrarse en especie. Pero aunque no se diera ese caso u otros alternativos para descargar la ejecución sobre el deudor en moneda extranjera, también es cumplimiento específico de la obligación –no por equivalente sino específico, ya que el equivalente son los daños– cuando el acreedor se cobra haciéndose procurar lo debido por un tercero. Un tercero que tiene dólares los aporta y después reclamará al deudor. Ante ese cumplimiento específico tampoco habrá conversión en moneda nacional (art. 730).

Con respecto al interrogante sobre la posibilidad de expresar el principio de especialidad registral en una divisa que no cotiza en el país, se dictaron fallos (de la Sala C de la Cámara Civil, entre otros) después del caso "Salomone" (1986) de los que se infería que se podía inscribir en moneda extranjera. El Registro manifestaba que no inscribía en moneda extranjera y, cuando se le señalaba que había salas que permitían esa inscripción, la respuesta era que se esperaba un plenario. El condicionamiento era de cumplimiento prácticamente imposible. La Cámara Civil cuenta con trece salas; para llegar a un fallo plenario efectivo tiene que mediar una contradicción nítida entre ellas y, para lograr un plenario virtual, tenía que alcanzarse una mayoría, que implicaba fallos coincidentes de siete de ellas.

Hasta una reforma de la reglamentación local de la Ley Registral previó que no se podían inscribir las hipotecas si no se expresaban en moneda nacional. Siempre se creyó que la moneda extranjera es dinero. Lo que exigía el Código de Vélez es la estimación en dinero, y el Código Civil y Comercial reitera que la estimación debe ser en dinero.

La moneda extranjera es dinero. Esa es la conclusión que defendemos desde 1986 y en 1987 en el trabajo citado[5]. Corresponde entonces pasar revista a las normas del Código Civil y Comercial que conducen a pensar que la moneda extranjera es dinero. Este sigue al Proyecto de 1998, que presentaba los vocablos "moneda" y "dinero" como sinónimos. Tal sinonimia se aprecia concretamente en el artículo 1527, en materia de mutuo; en el artículo 1390, en el depósito bancario; en el artículo 1408, para los préstamos bancarios; y en el artículo 1410, en materia de apertura de crédito. Incluso, hay otras normas, como el artículo 1405 (respecto de la cuenta corriente), que plantea la compensación entre distintas monedas, lo que induce a pensar que no solo es moneda la de curso legal. Esta es la única interpretación razonable. Sin embargo, si hubiera dos interpretaciones posibles, ¿por qué privar a los derechos reales de la garantía de un resguardo estable que lamentablemente no les puede conferir la moneda nacional por su incerteza, pero sí la moneda extranjera,

5. Cfr. nota 1.

que aporta certidumbre? ¿Por qué una actitud contraria cerrada e irreal? Si no hay ningún rechazo del Código Civil y Comercial a la moneda extranjera y hasta se puede modular una obligación de valor, estimándolo en una moneda extranjera de uso frecuente (art. 772), no media ningún obstáculo serio para rechazar esta postura.

La estimación en moneda extranjera podría darle estabilidad a la cuantía del gravamen, sobre todo porque todavía no se ha dejado de lado la interpretación que no comparto acerca de que todos los derechos reales de garantía tendrían que expresar un techo insuperable que debería fijarse en su origen. Si no podemos descartar el obstáculo potencial de la interpretación que rechazamos, agregar la trabazón de no poder expresar la cuantía del gravamen en moneda extranjera implicaría una mirada con ceguera funcional.

Paolantonio: Cabe reiterar un tema que se planteó cuando a la moneda extranjera, al menos en el Código, no se la calificaba nominalmente como dinero, y no habría ninguna razón para diferenciar la interpretación actualmente. En ningún momento se prohíbe contratar en moneda extranjera ni tampoco se hace una suerte de diferenciación jurídica con respecto a las obligaciones en moneda extranjera. Simplemente le da una calificación muy opinable, pero ello no debería reflejarse en la hipoteca; al margen del juicio, llamémosle no jurídico, que sería un verdadero disparate, porque si en materia de hipoteca, que uno la tiene esencialmente como un mecanismo vinculado al crédito de mediano o largo plazo, no tenemos indexación, no tenemos moneda extranjera, entonces no tendremos una garantía efectiva.

Diehl Moreno: Es importante retomar el análisis del mecanismo mediante el cual se modificó el artículo 765 del Código Civil y Comercial, para precisar que no es factible considerar que el legislador, que modificó el artículo 765 para darle el carácter de obligación de dar cosas a las obligaciones en moneda extranjera y establecer la facultad del deudor de cancelar en pesos, tuvo la intención de sostener el requisito de contraprestación en "dinero" en ciertos contratos y que por eso no lo modificó.

Las hipotecas se están haciendo en moneda extranjera cuando la obligación es en moneda extranjera. Para el caso en que se rechazara la inscripción en el Registro, o existiera una modificación o aclaración normativa que exigiera que la hipoteca fuera expresada en pesos, se podría otorgar la facultad de establecer un monto en pesos a un tipo de cambio implícito, conveniente para el acreedor, tomando tipos de cambio alternativos, como el del contado con liquidación o, eventualmente, alguno de la compra de dólares en Montevideo, Nueva York, etc., otorgando al mismo tiempo un poder irrevocable al acreedor para poder modificar la hipoteca en esta línea y poder registrarla debidamente, conforme al nuevo escenario.

6. Subasta en moneda extranjera o en pesos

Diehl Moreno: No hay prohibición para pactar el precio de la subasta en moneda extranjera de hecho, se han realizado subastas en dólares sin ningún problema. Tampoco hay motivo por el cual el Código Civil y Comercial tenga que modificar esta posición.

Hace algunos meses, la Cámara Nacional en lo Civil dictó un fallo que recepta la posibilidad de establecer subastas en moneda extranjera (Sala I, 31/3/2015).[6] Uno de los potenciales candidatos a ofertar había sostenido que fijar el precio de la subasta en dólares y exigir el pago en dólares representaba una discriminación respecto de aquellas personas que no tenían moneda extranjera atesorada. Este argumento fue rechazado.

También puede darse el caso de subastas fijadas en moneda extranjera aunque pagaderas en pesos a un tipo de cambio oficial o haciendo, por ejemplo, un promedio entre el tipo de cambio vendedor y comprador.

Paolantonio: Será fundamental la claridad con la que se establezcan las obligaciones contractuales, considerando que la subasta tenga como antecedente una relación contractual. El tratamiento que se le quiera dar es el más parecido a las obligaciones de dinero. No se descarta que, en definitiva, las cuestiones terminen en algún momento decantando por el pago por equivalente, sobre todo si mantenemos un escenario de restricciones de acceso al mercado de cambios. En este sentido, será importante el establecimiento del tipo de cambio con el que se podría entrar a la subasta para pagar el precio fijado en moneda extranjera.

Alterini: Los Códigos Procesales indican que la ejecución debe despacharse en moneda nacional. Hay al menos dos planos posibles para el razonamiento. Uno, más lineal, que postula que se podría renunciar al trámite ejecutivo y hacerlo por la vía regular, con lo cual esa norma procesal no regiría. Al ir a un proceso de conocimiento, se renunciaría al trámite ejecutivo. Otra posibilidad es que al tiempo de la constitución del derecho real de garantía se pacte que el mandamiento de ejecución se dictará en moneda extranjera.

En el antecedente jurisprudencial referido por el doctor Diehl Moreno la Cámara dijo:

> … el que haya personas que no dispongan de dólares estadounidenses o de la cantidad suficiente de esa moneda extranjera para adquirir el inmueble de autos no es indicativo de que se los esté discriminando.

Y suma un argumento sugestivo:

> Aceptar un razonamiento semejante llevaría al absurdo de considerar que la subasta de cualquier bien, aun cuando se la haga en moneda nacional, vulnera la igualdad de quienes no tienen lo suficiente para participar en ella…

7. Preguntas del auditorio

1) *El artículo 2189 del Código Civil y Comercial dice "la especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen". ¿El monto total del grava-*

6. CNCiv., Sala I, "Michelucci, Tulio Manuel Juan c/ Alegre, Miriam Gisela s/ ejecución hipotecaria" (*Doctrina Judicial*, 14/10/2015, p. 70). [N. del E.: el lector podrá consultar el plenario desde la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

men tiene que estar expresado en pesos o puede ser expresado en dólares? Se teme que por falta de especialidad se declare que no hay hipoteca.

Alterini: No hay duda de que la estimación en dinero puede hacerse en moneda sin curso legal, en dólares, yenes, rublos, etc. Si los funcionarios del Registro fueran cerrados, cabría replicar que la cuantía del gravamen puede estimarse en argentinos oro.

El argentino oro es una moneda que se implantó en la Argentina por la Ley 1130 del año 1881 y todavía conserva su condición de moneda de curso legal. La moneda tiene 22 milímetros, una pureza de 0,9; en su anverso aparece el escudo de la Nación y se lee "República Argentina", y en el reverso, un rostro femenino y la alusión a la Libertad, mientras que en el canto consta "Igualdad ante la ley". Actualmente se calculan en argentinos oro las deudas por daños de las empresas aéreas y marítimas. El Proyecto de 1998, cuando estableció límites para la responsabilidad, lo hizo en argentinos oro. No lo hace el Código Civil y Comercial, pero bien pudo haberlo hecho, porque indudablemente es una moneda de curso legal en la Argentina. ¿A cuánto se cotiza el argentino oro? Hay cotizaciones trimestrales del Banco Central y la correspondiente a una unidad en el tercer trimestre de 2015 es de $ 2.462,93.

El argentino oro tiene proyección numismática, porque oportunamente el Banco Central vendió los argentinos oro que conservaba. Si la estimación sin duda puede realizarse en argentinos oro, no es realista impedir que se lo haga en moneda extranjera.

2) *En virtud de que, por su naturaleza, un inmueble es una cosa, y de que también lo es la moneda extranjera, habría dos cosas: ¿cambiaría entonces el contrato?, ¿dejaría de ser compraventa para ser permuta?*

Alterini: Cuando se entregaba una cosa y se pagaba en dinero, como el dinero era también una cosa, Llambias veía allí una permuta. Pero no. La moneda siempre fue una cosa, porque el papel es una cosa; no obstante, además de ser cosa, es dinero. La moneda extranjera es dinero y no debemos pensar que se presente una permuta.

3) *El artículo 2189 del Código Civil y Comercial establece que el privilegio se agota con el monto del gravamen, mientras que el artículo 2193 dispone que el monto del gravamen cubre intereses, costas, etc. ¿Cómo se interpreta esa aparente contradicción?*

Alterini: El Código Civil y Comercial tiene contradicciones que deben ser resueltas. Cuando la cuantía de la cobertura es definitiva y rígida, debe interpretarse que solo resulta operativa para los derechos reales de garantía "abiertos". Por otra parte, y más allá del ámbito que le confiramos al artículo 2189, no armoniza con el artículo 2193 ni con el privilegio especial que resulta de la correlación del artículo 2582 (inc. e) con el artículo 2583 (incs. b y c).

El juzgamiento de los Códigos no se debe hacer únicamente desde la ideología, sino desde la técnica jurídica. En ocasiones no es relevante la adopción de un criterio o de otro, pero sí es necesario que se establezca uno certero y a veces no lo hay.

Benseñor: En la última reunión plenaria de la Academia Nacional del Notariado los miembros de número abordaron la problemática que origina la redacción del artículo 2189. En principio se pensó que estaba previsto para las hipotecas abiertas, en las que necesariamente hay que fijar el monto máximo, porque en ellas no hay otra forma de determinar el principio de especialidad. Pero el segundo párrafo del artículo 2189 dice: "el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real". Quienes apoyan la postura de que siempre debe haber una determinación del máximo se valen de esta frase: "mas en todos los casos". Efectivamente el artículo 2193 lo contradice. Entonces, quienes apoyan la teoría del monto máximo sostienen que este artículo es entre partes. Se puede respetar esta postura, pero, ¿qué parte del articulado dice que el artículo 2189 es *erga omnes* y el 2193 entre partes? No existe tal posibilidad.

Alterini: La especialidad de un derecho real de garantía atañe tanto a las partes como a los terceros, porque el deudor tiene que saber lo que habrá de pagar, y los terceros, tener en claro cuál es la cuantía del gravamen sobre el objeto respectivo. La especialidad es un todo que no se desdobla entre las partes y los terceros.

Diehl Moreno: Esto debería exigir un asesoramiento a los clientes con respecto a la existencia de una contradicción que no se ha podido resolver y que, por lo tanto, será una cuestión comercial a resolver entre las partes. El acreedor tratará de incluir dentro de ese monto máximo la mayor cantidad de conceptos y por el monto estimado más elevado; el deudor, lo contrario. Como consecuencia de ello, la tendencia a incrementar el monto máximo hará que los costos impositivos y registrales aumenten.

Benseñor: En materia de técnica notarial, se sugiere dedicar un artículo de la hipoteca al monto máximo del principio de especialidad, diferenciado de cuando se constituya el derecho real de hipoteca y demás. Con respecto a la cuestión fiscal, no es tan definitivo que el impuesto recaiga sobre el monto del gravamen y sí, más bien, sobre el monto del crédito. El tema debe ser estudiado en profundidad.

4) *¿Se puede seguir con la redacción que se venía utilizando hasta ahora, es decir, dejar constancia de que el monto de la hipoteca comprende los intereses y accesorios que correspondan como consecuencia de la ejecución, o es inconveniente?*

Diehl Moreno: El tema de los intereses variables tiene la misma dificultad que cualquier otro concepto que no sea de fácil determinación al momento de celebración de la hipoteca. Una alternativa sería pactar que los intereses sean calculados teniendo en cuenta el interés variable determinado al momento de la celebración de la hipoteca y que, frente a la variación de esa tasa de interés variable por arriba del porcentaje determinado, en un plazo determinado esto implicará incertidumbre , se pueda exigir el ajuste del monto garantizado. Para ello, el acreedor podría tener poder irrevocable para modificar la hipoteca incrementando el monto sobre la base de ese aumento de la tasa variable. Los otros conceptos de difícil determinación deberán ser analizados con más detalle.

Prohibiciones del artículo 291 del Código Civil y Comercial con relación a las personas jurídicas*

Norberto R. Benseñor**

RdN 919

RESUMEN

La participación de cualesquiera de los indicados en el artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación como accionistas, socios, asociados o integrantes de los órganos de personas jurídicas no ocasiona la invalidez de los actos que estas instrumenten. Excepcionalmente, en aquellas sociedades en que los socios respondan en forma personal por las obligaciones sociales, habrá que considerar en cada caso concreto si el asunto instrumentado compromete los intereses personales de aquellos a los efectos del artículo 291 del Código Civil y Comercial –conf. artículo 56 Ley 19550 y artículo 160 Ley 24522–.

Sumario: ***1.*** *La normativa.* ***2.*** *La* ratio legis *y sentido de la prohibición. La imparcialidad.* ***3.*** *El interés personal.* ***4.*** *Participación en sociedades y otras personas jurídicas.* ***5.*** *La personalidad diferenciada.* ***6.*** *La cuestión en las sociedades de interés.* ***7.*** *El consorcio de propiedad horizontal.* ***8.*** *Los contratos asociativos.* ***9.*** *Otras cuestiones.* ***10.*** *Conclusiones.*

1. La normativa

La validez del instrumento público requiere el cumplimiento de ciertos condicionamientos, tales como la calidad del funcionario u oficial público que interviene en su autorización, la competencia material, la territorial y la relacionada con las personas que participan.

En el Código Civil, el artículo 985 dispone 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.

* Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, nº 121, año LXXIX, 1/7/2015, pp. 1-7 (t. 2015-C; cita online AR/DOC/2102/2015).

** Presidente de la Academia Nacional del Notariado.

Por su parte, el artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994), sustituye la citada disposición, a partir del 1 de agosto de 2015, por otra que establece que

> 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.

Existen diferencias y semejanzas en la formulación de ambas normas. Se destaca, en primer término, que el artículo 291 incluye al cónyuge, respecto del que, aun cuando no estaba mencionado en el artículo 985, toda la doctrina coincidía en sostener que, implícitamente, estaba comprendido en la prohibición. Seguidamente, se incorpora al conviviente del funcionario, lo que consiste en una novedad frente a otros proyectos, tal vez justificable por la circunstancia de que este código legisla sobre las uniones convivenciales. Se mantiene la prohibición hasta el cuarto grado de consanguinidad, pero, en cuanto al vínculo por afinidad, se reduce la incompetencia al segundo grado, quedando fuera de todo impedimento los colaterales del tercer y cuarto grado de afinidad, lo que nos parece acertado. Ambas normas mantienen la exigencia principal de que para que se produzca la invalidez, los señalados deben estar personalmente interesados. Finalmente, la norma del artículo 291 suprime la salvedad dispuesta en la última frase del artículo 985, referida a los que tuvieren parte en sociedades anónimas, fueren directores o gerentes.

Precisamente, el objetivo de este trabajo es abordar este último aspecto, despejando cierto desconcierto generado frente a tal situación, que podría conducir a la errónea interpretación de que, con tal eliminación, se ha prohibido, a partir de su vigencia, la actuación del funcionario público en asuntos en que intervenga una persona jurídica en la que alguno de los sujetos indicados tuviera parte. No abordaremos *in extenso* toda la problemática vinculada con las prohibiciones impuestas, sino tan solo aquello que fuere conducente para aclarar el aparente conflicto que se ocasionaría en la actividad notarial, donde el supuesto es de frecuente aplicación. Necesariamente, para desenvolver la correcta hermenéutica de esta norma, es imprescindible relacionar la evolución doctrinaria que acompañara al artículo 985 del Código Civil sobre el particular.

2. La *ratio legis* y sentido de la prohibición. La imparcialidad

2.1. La actuación notarial, generadora de las especies más difundidas de instrumentos públicos –como son las escrituras públicas, las actas y demás documentos que emite–, se desarrolla mediante una actividad reglada, provista de preceptos y dispositivos ordenados, con la finalidad de que la prestación del servicio alcance, finalmente, el grado de efectividad aspirado por las partes. A diferencia de otros operadores del derecho que, en su desempeño, deben abogar por la parte a la cual representan, el notario debe mantener, estrictamente y durante todo el tiempo de la relación, una austera imparcialidad frente a todos y cada uno de los interesados en los actos o documentos en los que intervenga o participe. La imparcialidad consiste en una cua-

lidad mediante la cual el agente mantiene una distancia equidistante entre todos los participantes del acto y, consecuentemente, puede aplicar una relación de ecuanimidad o equidad respecto de ellos.

En la relación notarial, cualquiera de los requirentes, sin importar la posición que ocupa, debe recibir por parte del escribano, además de la prestación del servicio, una labor asesora respecto del acto a documentar, sin que se antepongan intereses personales o de sus allegados que puedan enturbiar o interferir el resultado procurado. El valor *imparcialidad* requiere, por supuesto, excluir toda situación donde la prestación del servicio no pueda desenvolverse en condiciones de equilibrio y libertad de conciencia. Indudablemente, si el agente advirtiera cierta violencia moral durante su actuación, podrá excusar su intervención sin incurrir en falta a sus deberes.[1] Sin embargo, podría comprobarse, en cualquier otra prestación, la eventual preexistencia o coexistencia de algún interés particular, compromisos de familia e implicancias afectivas o íntimas que, tal vez, alienten la sensación de que el desempeño ha sido enturbiado. Precisamente por esta circunstancia, casi todas las legislaciones de origen continental han estimado conveniente sancionar la actuación únicamente cuando existan relaciones específicamente influyentes sobre la tan mentada imparcialidad.

Sin duda, evaluar en cada caso concreto si estuvo afectado el juicio de ecuanimidad o equidad del oficial público podría instalar una tremenda inseguridad general, frente al peligro de que pudiera decretarse la nulidad de instrumentos públicos por considerar que habría estado comprometida la imparcialidad notarial. Era imprescindible, entonces, que la prohibición hacia el funcionario tuviera un tratamiento expreso, debidamente legislado y graduado, cuando, frente a la comprobación de supuestos objetivos, predeterminados y taxativos, se considere, sin requerir otro aserto, que se vulneraron las condiciones de viabilidad del otorgamiento y se origine la nulidad de los actos así instrumentados. A tal resultado se arriba por una concreta aplicación normativa, sin que sea necesario ponderar el resultado del servicio notarial ni exigirse prueba alguna del quebrantamiento de la ecuanimidad. En tanto en cuanto la legislación debió optar por categorizar objetivamente qué situaciones quedaban afectadas por imparcialidad, ha quedado descartada, entonces, la posibilidad de utilizar calificaciones subjetivas basadas en razones afectivas o íntimas.

2.2. El artículo 985 del Código Civil, según su nota puesta al pie, remite a una fuente expresa, Bonnier (§357), que a su vez reenvía a la ley francesa del 25 Ventoso (año XI). Según esta última disposición, les estaba prohibido a los notarios autorizar escrituras donde participaran parientes suyos en todo grado en línea recta y hasta tío y sobrino en colateral, a salvo, por supuesto, aquellos actos que el notario otorgaba para una sociedad comercial en la que él poseía acciones. Sin embargo, la doctrina nacional reconoce que, más bien, la fuente inmediata se encuentra en el artículo 693 del *Esboço* de Freitas, que declara la nulidad de los instrumentos públicos por sus vicios internos:

1. Ver Ley 404 Orgánica del Notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Título II, Sección Primera, Capítulo V "Deberes", art. 29, especialmente el inc. d).

> … 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 sean interesados, por sí mismos, parientes de aquel en la línea recta y en la línea colateral hasta el tercer grado, aunque el parentesco sea por afinidad o ilegítimo.

Se advierten coincidencias y diferencias entre esta disposición y el artículo 985 del Código Civil. Es similar la sanción impuesta por los actos instrumentados en tales condiciones, o sea, la privación de sus efectos. Media diferencia, incluso, con la Ley de Ventoso, por cuanto, tanto para esta como para Freitas, la prohibición rige en toda la línea recta, en cualquier grado;[2] en cambio, en la línea colateral, las fuentes alcanzan solo hasta el tercer grado.

Resulta interesante advertir una sutil distinción con el *Esboço*, por cuanto priva de efectos, expresamente, a los actos en que el propio funcionario sea interesado, tanto por sí o como representante voluntario o necesario de otro, sin reproducir esta consideración para los parientes, los que, *a contrario sensu*, podrían ser representantes (voluntarios o necesarios) de terceros, aclarando, por demás y en refuerzo de esa postura, que los intereses parentales deben ser por sí mismos. A nuestro juicio, Vélez Sársfield advirtió la disimilitud de condicionamientos y procedió a eliminar del texto del artículo 985 la expresión "tanto por sí, o como representantes voluntarios o necesarios de otros", exigiendo en todos los casos que tanto el escribano como sus parientes estén "personalmente interesados". Con ello, ha dejado fuera de sanción y, por lo tanto, ha considerado válidos los actos ejecutados por quienes, aun siendo de grados incompatibles, solo intervengan en representación de intereses de terceros, no comprendidos entre los grados parentales mencionados en dicha norma legal.

Finalmente, la redacción impuesta por Vélez Sársfield no califica las calidades consanguíneas o afines de los parientes, como lo hace Freitas, lo que ya fue puesto de manifiesto precedentemente y nos permite, a esta altura, sostener que esta redacción, si bien es simplificada, no permite excluir ningún tipo de parentesco.

3. El interés personal

Tanto el artículo 985 como el 291 utilizan la expresión "personalmente interesados", evidenciando la firme decisión de negar valor a todo instrumento que se otorgue en tales condiciones y, de tal modo, evitar un eventual conflicto de intereses. Esta disyuntiva puede inferirse cuando media un interés antagónico del funcionario con su deber objetivo, el que, generalmente, presupone un sustrato económico, aunque no debería descartarse que la normativa pudiera aplicarse frente a la existencia de otro tipo de interés, siempre y cuando gravite en la relación y sea relevante para el caso, lo que, indudablemente, habrá que ameritar en cada situación concretamente.

Para sancionar de invalidez el acto cuestionado, como relación de causa a efecto, debe cumplirse con la condición, inexcusable, de que el interés en juego debe ser di-

2. La prohibición en toda la línea recta aparece mencionada en el art. 3653 CCIV, en materia de testamentos por acto público, indicando que el escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea no puede concurrir a la redacción del testamento.

recto. Legón,[3] comentando el artículo 985 del Código Civil, destaca que, en su composición, el concepto de parte está desterrado, siendo relevante solo el interés. Admite la posibilidad que, además de los materiales, confluyan intereses de otra índole, pero acentúa que en ambos casos deben ser, por sí mismos, suficientes para que, aunque sea potencialmente, puedan desviar al funcionario de su deber de imparcialidad.[4]

También merece reiterarse que siempre debe efectuarse una apreciación estricta de la existencia del interés, eliminando como determinativos de su presencia los posibles afectos o estimas. Esta conclusión se fundamenta, ciertamente, por cuanto la interpretación de una norma de esta naturaleza tiene que reposar en criterios objetivos, sin recurrir a consideraciones subjetivas que, finalmente, afectarían con eventuales vicios la mayoría de los actos jurídicos instrumentados, lo que en modo alguno contribuye a la estabilidad de las relaciones negociales, la paz y la seguridad jurídica.

En el mismo sentido, la doctrina precedentemente citada considera que el interés debe ser directo, utilizando para comprobar esta circunstancia los principios de responsabilidad no delictual pertinentes para la reparación del daño, siendo de aplicación los lineamientos que fluyen de los artículos 520, 901 y 903 del Código de Vélez Sársfield, que en lo principal corresponden a los artículos 1725, 1726, 1727 y 1728 del Código Civil y Comercial de la Nación, tales como:

a) Ser consecuencia inmediata y necesaria.
b) Derivar de un hecho que acostumbra a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas.
c) Que sea imputable al autor de tales consecuencias.

La presunción legal priva de validez al acto en que sean personalmente interesados el escribano, su cónyuge, su conviviente y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Por tal motivo la comprobación fehaciente de que alguno de ellos ha participado como interesado del acto o negocio documentado provoca la nulidad. Sin embargo, ofrece cierta dificultad acreditar el interés personal del notario con relación al instrumento que autoriza, por cuanto es improbable que aparezca manifiesto, en tanto nuestra legislación no admite que el notario pueda comparecer ante sí mismo. Esto, que puede parecer una conclusión muy obvia, no debe generar sorpresa, en tanto el ordenamiento notarial español, en el artículo 139, en su texto anterior establecía

> "Los notarios no podrán autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor, pero sí en las que sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos, con la antefirma 'por mí' y 'ante mí'. En tal sentido, los notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones.

3. Legón, Fernando, "La inhabilitación del actuario para el otorgamiento de actos públicos que interesen a él o a sus parientes", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 54, abril-junio 1936, p. 376-383. [N. del E.: ver también en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 442, mayo 1938, pp. 239-253].

4. Ver Orelle, José M. R., [comentario al art. 985, "Interés"], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. 4, pp. 512-513.

De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su esposa o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias".[5]

Situaciones como las expuestas no pueden producirse dentro del sistema legal argentino, en el que –no cabe duda– un notario no podría comparecer en su propio registro, ni siquiera ante otro actuante de ese mismo registro notarial. Esta afirmación, tal vez, no encuentra norma expresa que así lo diga, pero arribamos a semejante conclusión por la propia inferencia de la función notarial. La relación jurídica notarial requiere para su consagración, como mínimo, un requirente y un autor del documento. Dentro de su registro notarial, el oficial público está autorizado a desempeñar su función solo en esa calidad, por lo que permitirle, además, asumir la posición de requirente comprometería la configuración de su tarea documental. Ello, por supuesto, no le impide al escribano ser requirente en cualquier otro registro notarial.

Estando excluida la participación directa del escribano dentro de su propio registro, ya que ninguna norma reproduce en nuestro medio la autorización conferida en el reglamento notarial español, podemos adelantar que no resulta tarea sencilla determinar el interés personal del notario autorizante en un acto, en cuanto tal situación no será manifiesta ni devendrá ostensible. Por otra parte, quedan descartados como inductores los intereses que deriven del propio ejercicio profesional, incluyendo la percepción de los honorarios, la restitución de los gastos incurridos y los que puedan derivar por el posible éxito a obtener en el cumplimiento de la encomienda. En la especie, la valoración debe acreditar, amén del interés directo, que sea gravitante y preeminente.

En un resonado fallo judicial que concluyó decretando la nulidad de una escritura autorizada por el escribano a favor de su concubina,[6] la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires entendió que no se requiere que el escribano sea el beneficiario de las prestaciones, siendo suficiente que esté personalmente interesado. En tal sentido, se interpretó que el interés existe cuando la concubina[7]

5. "Escribano. Incompatibilidad", en *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 715, enero-febrero 1971, pp. 198-203 (dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas basado en proyectos de Ana María Colo y Jaime Giralt Font, aprobado por el Consejo Directivo el 9/12/1970). La versión actual del art. 139 establece: "Los notarios no podrán autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor, pero sí las en que sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos, con la antefirma «por mí y ante mí». En tal sentido, los Notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias. No podrán, en cambio, autorizar actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor o de su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes de los grados mencionados, aun cuando tales parientes o el propio Notario intervengan en el concepto de representantes legales o voluntarios de un tercero. Exceptúase el caso de autorización de testamentos en que se les nombre albaceas o contadores-partidores y los poderes para pleitos a favor de los mencionados parientes. El notario no podrá autorizar o intervenir instrumentos públicos respecto de personas físicas o jurídicas con las que mantenga una relación de servicios profesionales". [N. del E.: el lector podrá consultar el texto completo y actualizado del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de España, Decreto del 2/6/1944, desde la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

6. SCBA, 3/8/1954, "S., P. J. c/ F., S. J. y otra" (*La Ley*, t. 76, p. 640).

7. Vocablo textual del fallo.

es la beneficiaria del acto, resultando evidenciado no solo por el eventual derecho sucesorio, que podría esgrimir a su tiempo, frente a la sociedad de hecho provocada por la unión en concubinato, sino por cuanto, en la realidad de la vida, entre los concubinos se procrea un goce promiscuo de los bienes, debidamente acreditado en esos autos, por cuanto se daban socialmente el trato de esposos. De todos modos, si bien, el disfrute conjunto de los bienes comunes ha configurado en este precedente, en principio, una causa para determinar el personal interés, no hay que descartar que otros elementos probatorios (entre los que figuraban el precio vil, la no presencia física de los testigos del acto, la edad del actor que vendió el inmueble, la creencia de que no ha sido efectiva la entrega del precio) contribuyeron a formar el decisorio del tribunal que declarara la nulidad de la escritura, dando por acreditado que el escribano público ha tenido interés propio en la venta otorgada a favor de su concubina (art. 985), ordenándose la restitución del inmueble.

4. Participación en sociedades y otras personas jurídicas

4.1. Frecuentemente, un gran número de actos y negocios son celebrados no solamente entre sujetos individuales, sino con (o entre) corporaciones, sociedades u otras personas jurídicas. Se plantea, entonces, la disyuntiva de considerar o no comprometido el vínculo cuando cualesquiera de los indicados en la nómina de allegados, sin intervenir por sí mismos, participen o integren esas colectividades. Debe quedar definida si la condición de socio, accionista o asociado o la circunstancia de pertenecer al elenco de alguno de los órganos de funcionamiento originan igual incompetencia que la sancionada cuando se actúa a nivel propio.

Partiendo de la premisa de que, como dato definitorio de la invalidez documental, el interés personal requiere determinada calidad e intensidad, advertimos desde el inicio que no debería emplearse idéntica lógica frente a este tratamiento.

4.2. Tras declarar que son de ningún valor los actos en que el escribano o sus parientes dentro del cuarto grado "fuesen personalmente interesados", el artículo 985 agrega que "si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido". Recordemos que Bonnier –fuente reconocida por el Codificador– sostenía que el notario, sin embargo, podía otorgar documentos para una sociedad comercial en la que él poseyera acciones.[8] Sin embargo, el artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación suprime esta salvedad, concluyendo con la renombrada expresión "personalmente interesados".

Una interpretación simplista podría alentar el entendimiento de que, tras la eliminación de la frase y al no reproducir el articulado ninguna limitación, la participación de cualquiera de los nombrados en la persona jurídica otorgante del acto notarial ocasionaría la nulidad de este. Cerrar la cuestión con el argumento esgrimido condenaría *sine qua non* de nulidad gran cantidad de operaciones, contradiciendo una proficua labor doctrinaria especializada que, incluso, llegó a extender la salve-

8. Citado por Spota, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, p. 217.

dad del artículo 985 a otros supuestos no mencionados expresamente, pero que, naturalmente, son totalmente compatibles con la misma *ratio legis* que motivara al legislador a considerar excluida a la sociedad anónima. Es inquietante que, tras haber obtenido esa laboriosa evolución, se retroceda al punto de sostener que la mención a la sociedad anónima que hacía el artículo 985 era, en definitiva, una mera excepción dentro de la regla y, por lo tanto, con su eliminación, *a contrario sensu*, se confirma la prohibición. Nos cuestionamos si no sería más correcto, antes de proclamar el impedimento, recurrir a la integración normativa, mediante la cual no se desplacen, sin análisis, otras disposiciones del propio Código, las que sin duda, contribuirán a interpretar el sentido adoptado por el artículo 291. En este orden de ideas, destacamos, como de primordial influencia:

a) La atribución de personalidad diferenciada a todas las personas jurídicas sin distinción (art. 143).
b) La observancia de las finalidades perseguidas por cada clase de persona jurídica (art. 141).
c) La expresa referencia, inserta en el articulado, que exige, siempre y en todo caso, que el involucrado en el impedimento esté personalmente interesado.

En realidad, para el artículo 291,[9] el núcleo de la prohibición se define por la comprobación del interés personal, directo y excluyente con la operación, el actuar por sí mismo, sin estar revestido con otra personalidad e imputando otro patrimonio. Esta última circunstancia obliga a profundizar la observación e intentar comprobar –tal cual sospechamos– que, cuando el Codificador del siglo XIX hizo referencia a la sociedad anónima, a sus directores y gerentes como supuesto excluyente, no construyó una aseveración medular o definitoria dentro del texto, atribuyendo a la expresión un sentido cooperador con la finalidad de la norma.

Por demás, la doctrina civil ha sido conteste con la salvedad puesta a tal artículo, derivada de la propia personalidad jurídica de la sociedad anónima. Salvat[10] razona que esta excepción encuentra su fundamento en el régimen especial de las sociedades anónimas, las que, por su carácter de personas jurídicas, están dotadas de una personalidad propia, independiente y distinta de la persona de los socios y de los gerentes, directores o administradores. Borda,[11] por su parte, reconoce que la excepción es válida en cuanto son entidades que constituyen una persona distinta de sus socios, por lo que no contemplar esa situación habría sido extremar el rigor legal. Sin embargo, agrega que, aunque la ley se refiere solo a sociedades anónimas, idéntica solución ha de aplicarse al supuesto de toda otra persona jurídica. Agudamente, Llambías[12] destaca que cuando la participación del pariente en el acto resulta solo de pertenecer al elenco social, el interés no es directo sino indirecto, a través de entidades que constituyen una persona distinta de sus socios, por lo que habría sido excesivo mantener la incapacidad.

9. También para el art. 985, como se fundamenta en el texto.

10. Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, TEA, t. II, §1931, p. 349 (ed. actualizada por José M. López Olaciregui).

11. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, p. 198.

12. Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, p.432.

Estas referencias han colaborado, decididamente, a no limitar la interpretación y no apegarse, exclusivamente, al sentido gramatical, tomando únicamente la dispensa efectuada a las sociedades anónimas cuando parecía más adecuado a las actuales realidades extender la misma a la calidad per se de personas jurídicas,[13] tal como prestigiosa doctrina lo viene sosteniendo.

4.3. Trabajando, inclusive, con la literalidad del artículo 985, en una primera aprehensión que el intérprete debe efectuar de ella, pueden extraerse dos conclusiones principales:

1) Que la invalidez del acto se provoca solo cuando el escribano, su cónyuge o los parientes allí mencionados estén personalmente interesados (interés directo, como la doctrina lo ha exigido).
2) Que cuando el escribano, su cónyuge o los parientes integran una sociedad anónima como accionistas, son directores o gerentes de ella, si bien es posible inferir la existencia de algún interés, indudablemente, este resulta ser indirecto o más difuso, en tanto se limita a mantener una participación accionaria dentro de elenco societario, no siendo contundente y directo con el acto instrumentado, como lo exige la norma comentada, en tanto involucra el patrimonio de la persona jurídica y no el de sus integrantes.[14]

Esta última premisa permite razonar que la validez del acto celebrado por la sociedad anónima en la cual participan el oficial o sus parientes encuentra apoyo no solo en la excepción final, sino en todo el texto del artículo 985, en cuanto exige, para privar de valor a los actos, la existencia de un "personal interés" de aquellos, que nunca ha de estar presente en la intensidad requerida, frente a los actos que versen sobre el patrimonio y la voluntad de una sociedad anónima. En esta inteligencia, bien puede declararse que la validez del acto celebrado por la sociedad anónima de la cual fueren partícipes el notario o alguno de sus parientes en grado referido ya se encontraba cubierta por la propia estructura del artículo 985, resultando que la salvedad final era –como dijimos– una confirmación más o un recurso aclaratorio del sentido proclamado desde inicio. La expresa referencia a la forma societaria ha procurado brindar una comprensión más sencilla del texto, pautando su aplicación ante situaciones directas, sin pretender que se amplíe la ineficacia de los actos ante condiciones no acordes con la naturaleza propia de la prohibición, que, en todo caso, siempre debe ser estrictamente aplicada.

El Codificador advirtió que como las sociedades comerciales se constituyen con la finalidad de obtener ganancias, para ser distribuidas oportunamente, sus integrantes acreditan algún interés hacia los negocios de esta, aunque su inferencia fuere in-

13. Cfr. Armella, Cristina N., [comentario al art. 985], en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2C, p. 31. Ver Salvat, Raymundo M., ob. cit. (cfr. nota 10): el autor acepta la posibilidad de extender la excepción a otras personas jurídicas.

14. El eventual beneficio que ese acto ocasione en el patrimonio de cualquiera de los mencionados depende de diversas circunstancias; entre ellas, que produzca beneficios que, después de ser aprobado el balance respectivo, eventualmente originen utilidades líquidas y realizadas. En más de alguna oportunidad, los actos instrumentados por sociedades resultan ser neutros para el patrimonio de los socios o accionistas.

directa. Dado que, al tiempo de la sanción del Código Civil, las sociedades anónimas eran las únicas que requerían autorización estatal para funcionar, eran consideradas, por ello, personas jurídicas, comprendidas en el texto originario del artículo 33 de ese Código, diferenciándose de los miembros que la integran, lo que explica que la excepción fuera plasmada en forma expresa.

Más aún, en la salvedad quedó debidamente mencionada la calidad de directores, lo que es destacable y no ha sido debidamente advertido por la doctrina. Vélez Sársfield quiso ser absolutamente claro y certero en el sentido de que aunque el accionista fuere también director (integrante del órgano que administra la sociedad o gerente), igualmente el acto sería válido, sobre todo teniendo en cuenta que, en la época en que se dictó el Código Civil, para ser director de la sociedad anónima era requisito necesario ser accionista de la sociedad (ver art. 336 CCOM, hoy derogado por la Ley 19550), y la dirección y representación de las sociedades se regía por las reglas del mandato.

La simple lectura del artículo 985 permite concluir, sin esfuerzo, que no es inválido el acto cuando el escribano (su cónyuge) y los parientes dentro del cuarto grado fueren accionistas, directores o gerentes de sociedades anónimas, y, según nuestro criterio, también si fueran miembros de los órganos de fiscalización, dado que su rol es más difuso aun que el de los administradores sociales y nada influye sobre la personalidad social.

4.4. Los párrafos precedentes ilustran la interpretación finalista de la norma, acentuándose su relevancia y actualidad cuando la mayoría de los emprendimientos tienen hoy como protagonistas a personas colectivas, entidades con o sin fines de lucro y demás modalidades asociativas no mencionadas directamente por el artículo 985 antes citado. Un esquema interpretativo reducido a la mera aplicación gramatical, ya de por sí severamente discutida como método excluyente de la hermenéutica, no contemplaría situaciones similares y compatibles con la teleología del texto.[15] Bien se ha sostenido[16] que todos los métodos interpretativos, por igual, deben ser admitidos al tiempo de entender los textos legales, sin discriminarlos, ya que todos son coadyuvantes para encontrar el sentido de la norma. La tarea interpretativa solo culmina cuando se arriba al mejor juicio de valor conclusivo sobre ella. Las modernas escuelas que agilizaron y aseguraron vitalidad a códigos centenarios admiten elementos no previstos en la ley escrita pero contenidos en ellas como presupuestos implícitos o susceptibles de incorporarse en el proceso de interpretación para lograr el buen resultado.

15. Años atrás la remembranza de un artículo publicado en el diario *La Nación* nos hizo recordar lo obsoleto de insistir en las interpretaciones literales. Contaba el columnista, a propósito del tenor gramatical, que el aula magna de la Universidad de Cambrigde exhibía un cartel que prohibía ingresar al recinto con perros. Pues bien, aplicando la literalidad de la prohibición Lord Byron intentó ingresar con un oso.

16. Ver: Martínez Ruiz, R., "La reforma del Código Civil y la seguridad jurídica", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 702, noviembre-diciembre 1968, pp. 1390-1405; y Miranda, Marcelo W., "El artículo 985 del Código Civil. Análisis de su sanción", en *Gaceta del Notariado*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe Segunda Circunscripción, nº 57, mayo-agosto 1972.

4.5. Una interpretación funcional del precepto no debería menoscabar la influencia que la Ley 17711 ejerció en materia de personas jurídicas. Merece recordarse que el texto originario del artículo 33 del Código Civil decía:

> Las personas jurídicas sobre las cuales este Código legisla son las que, de una existencia necesaria o de una existencia posible, son creadas con un objeto conveniente al pueblo, y son las siguientes: […] 5) Los establecimientos de utilidad pública, religiosos o piadosos, científicos o literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes y no subsistan de asignaciones del Estado.

Ese artículo venía precedido por el artículo 32, el cual no fue alterado por la reforma, que sobre el punto agregaba que todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal o personas jurídicas. Si bien en doctrina se lo ha cuestionado por inútil y el poco rigorismo técnico de utilizar una fórmula por eliminación,[17] la inclusión de la conjunción "o" en el artículo antes mencionado (personas de existencia ideal o personas jurídicas) dio lugar al conocido debate acerca de si existían dos entidades diferenciadas o categorías de entes colectivos o solamente se trataba del empleo de sinónimos.

Salvat[18] les asignaba a tales términos una perfecta equivalencia, tesis que le permitió opinar que las sociedades civiles y comerciales eran casos de personalidad limitada, solo habilitadas a ejercer su capacidad en el campo de sus negocios, no pudiendo adquirir bienes a título gratuito ni poseer derechos de familia. Sin embargo, la doctrina civil fuertemente predominante distinguió como categorías diferentes la calidad de personas jurídicas y la de personas de existencia ideal, que, sin llegar a constituir sinónimos, se entendían vinculadas entre sí por una relación de género a especie. De tal forma, las personas jurídicas enumeradas en los artículos 33 y 34 originarios del Código Civil (establecimientos de utilidad pública, sociedades anónimas, universidades, etc.) no eran sino una especie del género personas de existencia ideal, género que comprendía las sociedades civiles y comerciales que no eran personas jurídicas pero cuya personalidad no cabía poner en tela de juicio[19] porque eran personas de existencia ideal. Esta postura no solo se apoyaba en la conjunción "o" y en la fuente de Freitas, sino también en las distintas disposiciones donde el ordenamiento diferencia las entidades que dispongan de patrimonio propio de las personas que las componen –tales como fueron las disposiciones de la sociedad civil y las pertinentes, en su momento, del Código de Comercio–.

No cabe duda de que los grupos que constituyen el sustrato de la personalidad colectiva carecen de conducta propia, de lo que puede deducirse que la personalidad

17. Colmo, Alfredo, *Técnica legislativa del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1917, pp. 203-204 (citado por Morello, A. M. y otros [coords.], *Examen y crítica de la reforma del Código Civil. Parte general*, p. 129).

18. Salvat, Raymundo M., ob. cit. (cfr. nota 10), §1175.

19. Morello, A. M. y otros (coords.), ob. cit. (cfr. nota 17), p. 131.

colectiva no tiene conducta genética propia. Lo que se atribuye como conducta de la personalidad colectiva no es sino producto de hechos o actos de hombres, expresados individual o colectivamente mediante el sistema de suma de expresiones que constituye precisamente el organicismo. En este punto es de indudable importancia el razonamiento de Kelsen[20], quien estableció que, en materia de personalidad colectiva, la cuestión se reduce a un problema de imputación. En la actuación grupal reconocida por el derecho existen dos fenómenos. Uno de ellos es la unificación, o sea, que un grupo de personas son reconocidos jurídicamente como una unidad. Y el otro es la imputación diferenciada, o sea, los efectos de la expresión de voluntad que realice determinada persona física no tienen por virtualidad obligarla a quien la expresa, sino que tales efectos recaen sobre la colectividad a la cual ella representa. Esta referencia histórica es de indudable utilidad a los efectos de entender el contexto dentro del cual Vélez Sársfield estructuró la norma del artículo 985 del Código Civil.

De todas las sociedades civiles y comerciales que la legislación civil y el Código de Comercio regulaban, la única que cumplía con los requisitos genuinos de la personalidad jurídica (objeto no contrario al interés público y autorización estatal para funcionar) era la sociedad anónima, por lo que se comprende su inclusión entre las menciones de la norma sin mayor esfuerzo. Reformado el Código Civil, en el año 1968 por medio de la Ley 17711, el régimen de las personas jurídicas evoluciona sobremanera, al punto tal que queda abolida la distinción entre personas de existencia necesaria y de existencia posible, la que es sustituida por personas jurídicas de carácter público y de carácter privado. Esta nueva clasificación permite comprender, incluso, la situación de las entidades autárquicas creadas por ley, que, sin llegar a ser de existencia necesaria, indudablemente son de carácter público y no se adaptaban a la terminología originaria del Código originario. También perdía virtualidad la distinción entre personas de existencia ideal y personas jurídicas, por cuanto a partir de esta reforma todas las personas colectivas de carácter privado debían reputarse, lisa y llanamente, personas jurídicas. De igual modo, suprimía la enunciación de corporaciones y establecimientos que contenía el artículo originario.

A partir de la Ley 17711, persona jurídica constituye la categoría genérica y exclusiva, omnicomprensiva, primeramente, de todas las corporaciones de bien común que ostenten aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, posean patrimonio propio e independiente de los miembros individuales que las componen y no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado para funcionar; y, seguidamente, tanto de las sociedades civiles y comerciales como de las demás entidades que tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar. Uno de los efectos más trascendentales de la reforma fue que la personalidad jurídica abarcaba, también, todos los entes que no necesitaban de un acto integrativo de autorización estatal. Más aún, con la sanción de la Ley 19550, la sociedad anónima también dejó de requerir autorización estatal para funcionar (art. 167). Precisamente, el reconocimiento legal de la aptitud de una entidad de adquirir derechos y contraer obligaciones permite atribuirle personalidad y la convierte, consecuentemente, en centro común de imputación. El orga-

20. Ver Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba.

nicismo, por otra parte, es el vehículo de que dispone la persona jurídica para expresar su voluntad, vinculándose con los terceros, sean personas humanas o jurídicas.

4.6. El Código Civil, después de la reforma de la Ley 17711, reconoce la personalidad jurídica tanto de las que requieran autorización estatal para funcionar como de las que dispongan del reconocimiento genérico previsto. De allí que hayan coexistido normas como las de los artículos 45 al 50, aplicables para las personas jurídicas del inciso 1 del artículo 33 (que requieren autorización gubernativa), mientras que las de los artículos 35 a 44 resultan ser normas genéricas aplicables a todos los casos. Tampoco concluye allí la cuestión, ya que las asociaciones indicadas en el artículo 46 son consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto, y es reconocida su calidad de sujetos de derecho. Por lo tanto, también son personas jurídicas, puesto que personas jurídicas y sujetos de derecho son enunciados asimilados.

Sus fundadores y administradores no asumen responsabilidad solidaria por los actos de esta, salvo si la constitución y designación de autoridades no se acreditare por escritura pública o instrumento privado de autenticidad certificada por escribano público. Supletoriamente, se regirán por las normas de la sociedad civil. Esta remisión legal lleva a Bouzat[21] a considerar que las simples asociaciones no constituidas por escritura pública o documento privado certificado también son personas jurídicas, en cuanto gozan de la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de sus miembros y administradores.

Teniendo presente la mencionada evolución a partir de la reforma introducida por la Ley 17711, es posible indicar que su influencia impacta y opera sobre la totalidad del cuerpo codificado, incluso sobre aquellas normas que no fueron reformadas. Interpretar lo contrario implicaría desvirtuar la finalidad y el efecto de producir reformas parciales. La incorporación de las normas modificadas repercute necesariamente en el resto del contenido normativo y el intérprete no debe prescindir de su asociación e integración conceptual, so pena de negar la propia reforma. Precisamente, en este sentido, el artículo 39 del Código Civil adquiere, después de la reforma introducida por la Ley 17711, una interpretación extensiva de inusitada importancia y a la cual la doctrina especializada no le asignó la importancia del caso. En efecto, esta disposición sostiene que

> Las corporaciones, asociaciones, etcétera, serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores o mancomunado con ella.

Originariamente, cuando la norma mencionaba las corporaciones, asociaciones, etc., se refería indubitablemente a las personas jurídicas que requerían autorización del Estado para funcionar, concepción dominante en la exégesis del Codificador hasta

21. Morello, A. M. y otros (coords.), ob. cit. (cfr. nota 17).

que la doctrina se animó a considerar una subcategoría de sujetos de derecho, como eran las personas de existencia ideal. Pero, a partir de la reforma de la Ley 17711, todas las entidades indicadas en el artículo 33 fueron consideradas sujetos de derecho o personas jurídicas, aunque no requirieran autorización del Estado para funcionar, con lo cual las notas distintivas y la separación patrimonial descripta en el artículo 39 comprenden a todas y también a las sociedades –precisamente, el "etcétera" contenido después de la enumeración facilita esta aplicación–.

El artículo 39 consagra la denominada personalidad diferenciada contemplada en el artículo 143 del Código Civil y Comercial de la Nación –al que nos referiremos más adelante–. Tal conclusión permite actualizar la solitaria excepción societaria dispuesta en el artículo 985 del Código Civil sobre la base de una hermenéutica razonable, integradora de ulteriores incorporaciones de modalidades asociativas inexistentes al tiempo de la sanción del Código Civil.

4.7. De singular importancia para la aplicación de las prohibiciones es considerar la participación en asociaciones civiles, fundaciones, cooperativas y entidades mutuales. Todas estas entidades siempre fueron consideradas personas jurídicas, incluso antes de la reforma de la Ley 17711 (art. 33, inc. 1).

A nuestro juicio, estas entidades no fueron expresamente mencionadas en la excepción introducida por el Codificador dentro del texto del artículo 985 por cuanto no era necesario, ya que jamás podía presuponerse que ser miembros de las mismas o desempeñar un cargo en sus órganos implicaba disponer un interés personal en sus actos. Estas entidades tienen una finalidad de bien común, poseen patrimonio propio, pero no distribuyen dividendos o ganancias entre sus miembros. En las fundaciones ni siquiera existen miembros, solo hay fundadores e integrantes de los órganos de administración y, eventualmente, de fiscalización.

El artículo 50 del Código Civil dispone que disuelta o acabada una asociación con el carácter de persona jurídica, los bienes y acciones que a ella pertenecían tendrán el destino previsto en sus estatutos, y, si nada se hubiese dispuesto en ellos, los bienes y acciones serán considerados como vacantes y aplicados a los objetos que disponga el cuerpo legislativo, salvo todo perjuicio a tercero y a los miembros existentes de la corporación, y es suficientemente imperativo para impedir que el patrimonio remanente de estas entidades pueda distribuirse entre sus miembros. El Código Civil y Comercial de la Nación considera estas categorías como personas jurídicas (art. 148), manteniendo también el criterio del artículo 50 del Código Civil que veda a los asociados apropiarse del patrimonio remanente tras la liquidación, cuando en el párrafo final del artículo 168 dispone que las asociaciones civiles no pueden perseguir el lucro como fin principal, ni tener por fin el lucro para sus miembros o terceros, agregando que cualquiera que sea la causa de disolución, el patrimonio resultante de la liquidación no se distribuye entre los asociados (art. 185). En forma coincidente, la Ley 19836 de Fundaciones establece en el artículo 30 que, en caso de disolución, el remanente de los bienes deberá destinarse a una entidad de carácter público o a una persona jurídica de carácter privado de bien común, sin fines de lucro y domiciliada en la República, indicación que se reproduce en el artículo 217 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por supuesto, para el Codificador, estos principios, propios de las entidades de bien común, no resultaron inadvertidos. Muy por el contrario, introdujo la excepción de la sociedad anónima, porque, como persona jurídica propia del derecho mercantil, distribuía dividendos a sus accionistas y, en consecuencia, estos disponían de algún interés en los actos que la misma realizara; pero, como el interés no era directo sino indirecto, consideró, al igual que sus fuentes, que introducir la expresa salvedad ayudaba a la correcta interpretación de la prohibición. De tal forma, la omisión de mencionar las entidades de bien público (asociaciones, fundaciones y demás) resultaba indiferente a los efectos del artículo 985 del Código Civil, ya que el escribano o sus parientes dentro del cuarto grado, aunque fueren miembros o integrantes de sus órganos, nunca dispondrían de interés personal directo frente a sus actos, situación que no se modifica frente al artículo 291 del Código Civil y Comercial, atento a que no se ha modificado la caracterología propia de estas entidades.

En conclusión, la circunstancia de que el escribano (el cónyuge y, ahora, el conviviente) o sus parientes, en los grados establecidos, sean miembros o integrantes de los órganos de una asociación civil, fundación o entidad mutual no determina que sea aplicable al respecto el artículo 985 del Código Civil, como así tampoco el artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación. Y, en consecuencia, los actos de estas entidades que se instrumentaran ante dicho escribano son válidos. Sobre este particular, la doctrina de los colegios notariales se ha orientado hacia la misma conclusión.[22] En cuanto a las simples asociaciones, ellas se rigen por las disposiciones de las asociaciones civiles y las establecidas en el capítulo específico (art. 188 CCCN), lo que es compatible con todo lo expuesto.

4.8. La Ley 20337 regula la existencia y actividad de las cooperativas, cuyo régimen ha quedado escindido del cuerpo orgánico de la Ley de Sociedades, eludiendo de este modo la polémica sobre su calidad societaria o asociativa y, a su tiempo, la condición civil o comercial de estas. Por todo ello, menciona su legislación específica como "cooperativa", en forma neutra.[23] Tiene como características notables las siguientes:

a) No tiene límite estatutario al número de socios (art. 8, incs. 2 y 3; art. 17 inc. 2).
b) Requiere autorización para funcionar.
c) Tiene capital variable (art. 2, inc. 1).
d) Cada socio tiene un voto, independiente del capital que haya suscripto (art. 8, incs. 5 y 11).
e) La distribución de excedentes es en proporción al uso, no habiendo reparto de utilidades sino retorno del mayor valor del servicio (art. 2, inc. 6; art. 42).

22. Ver "Escribano. Compatibilidad. Entidad sin fines de lucro. Compraventa autorizada por escribano cuyo padre es socio vitalicio de la entidad compradora", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 785, septiembre-octubre 1982, pp. 1403-1404 (dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto de José María Fernández Ferrari, aprobado por el Consejo Directivo el 15/9/1982). Allí puede leerse la siguiente doctrina: "La norma del art. 985 del Cód. Civil, que sanciona con nulidad el acto jurídico celebrado por un escribano cuando él o sus parientes dentro del cuarto grado estuvieren personalmente interesados, se aplica cuando la voluntad de ellos interviene en la formación del negocio. El interés personal no está involucrado cuando fuere el de una persona jurídica que los mismos integraran". "No es observable la escritura de compraventa autorizada por el escribano cuyo padre es socio vitalicio de la compradora, asociación civil sin fines de lucro…".

23. Escuti, Ignacio A. y otros, *Manual de derecho societario*, p. 357.

f) El reembolso de las cuotas sociales se hace al valor nominal, en caso de liquidación (art. 94, §3).
g) Reservas irrepartibles y destino desinteresado del remanente de la liquidación (art. 2, inc. 12).
h) El sobrante patrimonial se le adjudica al organismo nacional o provincial de control, según el caso (arts. 95 y 101).
i) Tiene como órgano administrativo un consejo de administración, elegido por la asamblea en forma periódica; la duración del cargo de consejero no puede exceder tres años (art. 63).
j) Se le aplican supletoriamente las disposiciones de la sociedad anónima en cuanto se concilien con las de la Ley 20337 y la naturaleza de aquella (art. 118).

Surge claramente de las disposiciones comentadas que estas agrupaciones están formadas *intuitu rei* y no *intuitu personæ*, de igual modo que las sociedades anónimas, y que, en todo caso, en ellas, el interés del notario como el de los allegados relevantes nunca podría ser directo sino eventualmente indirecto.

Por ello, con motivo de un dictamen de nuestra autoría, requerido por la Comisión de Consultas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, hemos interpretado que la excepción del artículo 985 del Código Civil comprende también los actos otorgados por cooperativas en las cuales el notario, su cónyuge o sus parientes sean miembros o integrantes de sus órganos.[24] Esa opinión mereció la aprobación expresa del Consejo Directivo del Colegio, habiendo hecho lo propio con un caso similar la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.[25]

Rigen, según nuestra opinión, las mismas conclusiones a las que arribamos anteriormente con relación a las entidades autorizadas por el Estado a funcionar, interpretando que el interés personal no está comprometido.

4.9. La situación de las sociedades de responsabilidad limitada en cuanto al artículo 985 originó un arduo debate frente a la circunstancia de que este tipo social no existía al tiempo de la sanción del Código Civil. La sociedad de responsabilidad limitada fue incorporada a la legislación nacional a partir de la sanción de la Ley 11645 (año 1932), concibiéndola en dichos tiempos como un tipo intermedio o mixto entre las sociedades de capital y las de personas. Posteriormente, la Ley 19550 la reguló como uno más de los tipos previstos y, por último, la Ley 22903 introduce sustanciales reformas en la figura. Si bien puede discutirse su naturaleza, muchos de los argumentos esgrimidos por quienes sostenían la calidad personalista de esta sociedad[26] se encuentran superados a partir de la reforma de la Ley 22903.

24. "Función notarial. Carencia de incompatibilidad", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 851, enero-marzo 1998, pp. 87-91 (dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un dictamen de nuestra autoría, aprobado por el Consejo Directivo el 24/9/1997).

25. Ver "Competencia en razón de las personas. Padre del notario secretario de una cooperativa de seguros", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, nº 906, enero-junio 1990, pp. 189-192.

26. Yadarola, Ferreira y Farina, citados por Martorell, Ernesto E., *Sociedades de responsabilidad limitada*.

En punto a la responsabilidad, la jurisprudencia ha dicho que esta sociedad debe considerarse parte del sistema de sociedades de capital, por cuanto la responsabilidad limitada que se establece para los socios[27] no se subvierte ni altera frente a la modificación o no de la denominación o del elenco de socios, la cual permanece inalterada pese a tales variables.[28] Igual criterio, por otra parte, ya había sido sostenido por Malagarriga,[29] quien incluso proclamaba que la inclusión del nombre de uno de los socios en la denominación nunca ampliaría su responsabilidad ni lo haría personal y solidariamente responsable por las deudas sociales.[30]

A todo evento, la doctrina que no encuentra una calificación exclusiva se inclina por considerarla un tipo intermedio,[31] circunstancia que algún fallo se ha ocupado de indicar,[32] aunque cabe destacar que la orientación general de la jurisprudencia siempre ha destacado las distintas personalidades entre el ente y sus componentes.[33] En la actualidad, la doctrina especializada considera que no se trata de una sociedad de personas sino por cuotas, que en realidad tiene más cercanía con las sociedades por acciones que con las de interés.

No puede prescindirse de la circunstancia –relevante para este tema– de que este tipo social, como consecuencia de la reforma introducida a la Ley de Sociedades por la Ley 22903, haya sufrido importantes alteraciones en su estructura, que la aproximan a la de la sociedad anónima, mediante la incorporación de rasgos otrora exclusivos de esta, atendiendo la expresa intención del legislador de procurar el mayor empleo de esta figura. No obstante, puede indicarse que se distingue de la sociedad anónima en cuanto no requiere previa conformación administrativa para su constitución o reforma, no está sometida a control de funcionamiento, el capital no está representado en acciones sino en cuotas, la responsabilidad de los socios se limita a la totalidad del capital social fijado (con el alcance del art. 150) y no solo a la integración del capital suscripto por cada uno de ellos y en que se permite la exclusión de los socios mediante acción especial (art. 91).

Se asemeja con la sociedad anónima en que: desde el inicio, la responsabilidad está limitada o acotada a una expresión nominal (en este caso, al capital social total),

27. La responsabilidad limitada sufre dos excepciones claramente establecidas en la ley por el art. 150, ya que frente a terceros los socios responden ilimitada y solidariamente, por la integración de los aportes y por la sobrevaluación de los efectuados en especie, al tiempo de la constitución o del aumento de capital. De todas formas, esa responsabilidad no es ilimitada, como en las sociedades colectivas, sino limitada al monto del capital social.

28. CNCom., Sala A, 20/12/1977, "Rivadulla, Eduardo c/ Ribagliati, Luis".

29. Malagarriga, Carlos C., *Derecho comercial*, t. 1, p. 351.

30. Critica de este modo a Castillo, quien sostuvo lo contrario (*Derecho comercial*, 1935, t. III, p. 135). La CNCom., Sala A, en "Rossi c/ Fazzio" (17/10/1958) declaró la inaplicabilidad del art. 305 a la sociedad de responsabilidad limitada respecto de la responsabilidad del socio cuyo nombre figura en la razón social.

31. Martorell, Ernesto E., ob. cit. (cfr. nota 26); Mascheroni, Fernando H., *Manual de sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985 p. 11.

32. CNCom., Sala B, 9/6/1974 (*El Derecho*, t. 58, p. 322): "En la sociedad de responsabilidad limitada los factores 'persona' o 'capital' se encuentran taxativamente limitados, no siéndole aplicables, por consiguiente y en general, las mismas disposiciones que a los tipos clásicos de sociedad".

33. CNPaz, Sala I, 9/3/1964 (*El Derecho*, t. 10, p. 84): "La ejecución fundada en un pagaré otorgado por la sociedad de responsabilidad limitada no puede dirigirse contra los socios, habida cuenta de la distinta personalidad entre el ente social y sus componentes".

donde los cónyuges siempre pudieron integrarla entre sí (art. 27 Ley 19550, texto originario); las aportaciones dinerarias solo requieren la integración del 25 %; el capital está representado por participaciones denominadas "cuotas", que, de igual modo que las acciones, deben ser de igual valor (art. 148); son patrimonialmente transmisibles, sucesibles, parte constitutiva de la prenda común de los acreedores de los socios; pueden ser objeto de derechos reales y medidas cautelares; son ejecutables y subastables (arts. 57, último párr., 152, 153 último párr., 155 y 156); posee un organicismo diferenciado, denominando gerencia a quien se le encomienda la administración y representación de sociedad, manteniendo esta calidad aunque fuere unipersonal; sus integrantes pueden renovarse periódicamente; puede actuar en colegio; no se requiere calidad de socio para integrarla (art. 157), así como toda designación y revocatoria de gerentes no significa necesariamente reforma del contrato (art. 160, último párr.). En todos los casos, los derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades de los gerentes se rigen por las normas de los directores de las sociedades anónimas (art. 157, §3). Celebran reuniones periódicas y las decisiones se adoptan por mayorías, no siendo posible que un socio solo con su voto mayoritario adopte una resolución, para lo cual necesita siempre del concurso favorable de otro, aunque fuere para integrar su asistencia.

A partir de la reforma provocada por la Ley 22903, las cuotas son libremente cesibles, salvo pacto expreso que imponga restricciones (art. 152). En todo caso, estas restricciones contractuales son inoponibles a los herederos del socio durante los tres primeros meses de su incorporación (art. 155) y no obstan la subasta de las cuotas y la adjudicación a un tercer adquirente (art. 153, último párr.). Las restricciones nunca pueden ser absolutas, ya que no pueden prohibir la transmisión (art. 153, 1ª parte), existiendo medios institucionales para suplir la oposición sin causa de los demás socios. En este punto, es advertible la similitud existente con el artículo 214, que admite que en las sociedades anónimas se restrinja la transmisibilidad de las acciones, aunque no puede prohibirse su transferencia.

Todas estas disposiciones nos convencen de que cualquier característica personalista que podría habérsele atribuido a la sociedad ha quedado profundamente transformada dentro del nuevo régimen legal. En este último aspecto, resulta importante destacar que el artículo 57 de la Ley 19550 dispone que en las sociedades de responsabilidad limitada se puedan hacer vender las cuotas o acciones de propiedad del deudor, con sujeción a las modalidades estipuladas.

Tampoco puede omitirse relacionar algunas opiniones controvertidas en la doctrina, provenientes de los dictámenes formulados por los colegios notariales. Así, un dictamen del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, de 1948, ha ponderado que en la sociedad anónima predomina el elemento capital sobre el personal, mientras que lo contrario sucede en las sociedades de responsabilidad limitada, por la cesibilidad restringida de las cuotas del capital.[34]

En la actualidad, este fundamento, lejos de definir una postura dirimente, deviene en un elemento sustancialmente impropio. A todo evento, es imposible sos-

34. "Actos prohibidos a los escribanos (art. 985 Cód. Civil). Excepciones. Aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 560, marzo 1948, pp. 196-199.

tener que aquellas entidades cuyos contratos o estatutos estipulen restricciones a la transmisibilidad de las participaciones sociales –lo que puede efectuarse en la propia sociedad anónima, conforme lo establece el artículo 214– constituyen a aquellas sociedades en personalistas. Tampoco es acorde definir el carácter personalista por la circunstancia de que los actos transmisivos de las cuotas deban inscribirse en el Registro Público de Comercio, por cuanto en las sociedades por acciones también se anotan las transmisiones en el libro de registro de acciones (art. 213) y, además, por cuanto el procedimiento regulado en el artículo 152 (texto según Ley 22903) bien permite suponer que la registración se produce más de una vez, sin necesidad de modificar el contrato.

En efecto, esta disposición establece que la cesión tiene efecto contra la sociedad cuando el cedente o adquirente entregue a la gerencia un ejemplar de ella o copia del título de cesión (efecto interno). Para hacerla oponible a terceros, la cesión debe ser inscripta en el Registro, en cuyo caso dicha norma solo requiere la presentación ante el organismo, con exhibición del título de la transferencia y constancia fehaciente de su comunicación a la gerencia, lo cual faculta sostener que, en tal caso, ni siquiera hay que cumplimentar la publicación de avisos. Más aún, si el articulado contractual requiriera su modificación, como consecuencia de la transmisión de la cuota (por aludir, p. ej., algún artículo a la persona del cedente), el Registro Público debería inscribir igualmente la transferencia, hacerla oponible a terceros y, posteriormente, indicarle a la sociedad que deberá adecuar el texto del articulado a la nueva situación imperante.

Toda vez que es función de la Inspección General de Justicia (a cargo del Registro Público de Comercio) inscribir los contratos de sociedad comercial, sus modificaciones y la transmisión por cualquier título de cuotas de sociedad de responsabilidad limitada (art. 4, incs. b y c, Ley 22315), se ha sostenido que quien alega tener perfeccionada una cesión de cuotas entre los socios, oponible frente a la sociedad, debe instar la solicitud de inscripción frente a la autoridad indicada (art. 152 LSC) en lugar de perseguir un pronunciamiento jurisdiccional en sede comercial.[35]

Estas razones contribuyeron en buena medida a mantener nuestro criterio, que sostenía la diferenciación del patrimonio de esta sociedad con el de sus socios, sumado ello a que, en la actualidad, tanto la reforma civil de la Ley 17711 como el artículo 148 del Código Civil y Comercial de la Nación (inc. a) consagran como personas jurídicas a todas las sociedades, sin distinción de tipos ni clasificación alguna (art. citado y art. 2 Ley 19550).

Por otra parte, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires ha considerado en un dictamen presentado a su Comisión de Consultas que la prohibición del artículo 985 del Código Civil no resulta aplicable al caso de una escritura otorgada por un cuñado del notario, quien la suscribe en carácter de socio de una sociedad de responsabilidad limitada que se transforma en sociedad anónima. Se fundamenta en la circunstancia de que el acuerdo social que resuelve la transformación está formado por una suma de voluntades individuales convertidas en voluntad social, por lo que no es la voluntad personal de cada socio la que se exhibe en dicho acto, ya que,

35. CNCom., Sala E, 13/9/1996, "Creatore, Reinaldo c/ Creatore, Víctor s/ sumario".

en definitiva, demuestra el ejercicio de la personalidad jurídica propia de esa sociedad comercial.[36]

Esa diferenciación de personalidad ha sido reconocida de igual manera por la jurisprudencia, al sostener que si un grupo u organización humana es reconocido como persona jurídica, nace un nuevo ser para el derecho, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. La persona jurídica posee una personalidad diferente e independiente de las personas humanas que le han dado nacimiento, con las cuales no se confunde ni aunque fueren el conjunto de todas ellas y menos que menos su "dueño". En el caso, media distinta personalidad entre la sociedad y los socios, distinto patrimonio y distinta responsabilidad.[37]

También se sostuvo que a las sociedades comerciales se les atribuye expresamente la calidad de sujetos de derecho, ratificando lo dispuesto por los artículos 33 y 39 del Código Civil, por lo que no debe confundirse su personalidad jurídica, autónoma, con la de sus miembros, contando con una propia y diferenciada capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.[38] Finalmente, queda bien aclarado que donde no hay personalidad jurídica o donde no hay actos legítimos derivados de ella se estará ante los actos de seres humanos sin otra personalidad que la derivada de su condición de tales.[39]

Por todo lo expuesto, siempre nos inclinamos por predicar que la sociedad de responsabilidad limitada se encontraba incluida en la excepción prevista en el artículo 985 del Código Civil, y más aún actualmente. En todos los casos, la participación del escribano, su cónyuge, su conviviente o sus parientes en los grados previstos, como integrantes de la sociedad o en su calidad de miembros de sus órganos, no devela un interés personal directo. El interés indirecto que puedan llegar a mantener resulta indiferente a los efectos de negar validez a los actos así instrumentados.

4.10. La sociedad en comandita por acciones se rige por las reglas de la sociedad anónima (art. 316 Ley 19550). En la actualidad, constituye juntamente con esta el conjunto denominado "sociedades por acciones". Por ello, son de aplicación las reflexiones oportunamente desarrolladas, a las cuales nos remitimos.

Solamente dejamos a salvo la situación de los socios comanditados, donde su responsabilidad personal e ilimitada se halla en juego, que aun cuando sea subsidiaria, merece una consideración especial, que trataremos más adelante junto con las sociedades de interés y aquellas que, a partir del 1 de agosto de 2015, se regirán por la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades.

36. "Competencia notarial en razón de las personas. Cuñado del notario", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, nº 856, mayo-junio 1981, pp. 735-736.

37. CNCiv., Sala F, 3/8/1966, "Kohnke, Otto c/ Kanapp, Eugenia".

38. CNCom., Sala A, 27/6/2000, "Frutos de Dupuy, Graciela c/ Carosi, Augusto Matías s/ sumario".

39. CNCrim. y Correc., Sala IV, 26/10/1993, "Dirección General Impositiva - Macri, Francisco y otro" (*Doctrina Judicial*, 1994-2, p. 297).

5. La personalidad diferenciada

En los párrafos precedentes destacamos que la evolución doctrinaria posibilitó superar la solitaria salvedad de la sociedad anónima contenida en el artículo 985 del Código Civil, para comprender a casi todas las personas jurídicas, demostrando que la participación de cualquiera de los sindicados como socios, asociados, miembros o integrantes no era, por sí, suficiente para considerarlos personalmente interesados con el acto instrumentado. Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, a nuestro juicio, la cuestión queda solucionada definitivamente, tal como se verá seguidamente. La eliminación, lisa y llana, de la excepción contenida en el artículo 985 no supone que, *a contrario sensu*, pueda sostenerse que a partir de la vigencia del nuevo ordenamiento serán inválidos los asuntos otorgados por una persona jurídica en que cualquiera de los designados sea parte o tuviere participación.[40]

El Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, de notable influencia en la redacción del Código Civil y Comercial, disponía que eran recaudos de validez del instrumento público, entre otros, que no fuera parte[41] por sí o en representación de un tercero el oficial público, su cónyuge o un pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 268, inc. c). Tampoco se incluía excusa alguna respecto de la eventual participación de los mencionados en sociedades u otras personas jurídicas. Indudablemente, no cabe presumir que tal omisión fuera producto del olvido de sus redactores o de la intención de impedir esos otorgamientos, considerando inválidos los instrumentos públicos otorgados por entidades compuestas por cualquiera de los citados. El precepto no propicia esa orientación, por cuanto exige que en el instrumento no sea parte por sí o en representación de un tercero el oficial público o los demás allegados. Con ello, resulta determinante de la invalidez que la intervención se concrete en el carácter indicado, sea en ejercicio de su propio derecho como en representación de un tercero, persona humana o jurídica. De tal forma, la participación de la persona jurídica por sí sola no provocaba incompetencia alguna, salvo que el oficial público o cualquiera de los demás ejercieren la representación de ella. Por lo demás, este proyecto también consideraba que las personas jurídicas tenían una personalidad distinta de la de sus miembros (art. 140).

El artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación difiere del antecedente de 1998 al no mencionar a la parte, sino que retorna al concepto del interés, cuya preponderancia en el caso ha sido destacada por la doctrina civil, exigiendo lisa y llanamente ser personalmente interesado en el asunto que el funcionario público autoriza. Es irrelevante para el caso, y por lo tanto no genera incompetencia, que la intervención resulte del ejercicio de una representación mientras no exista un personal interés en el asunto instrumentado. El interés, además de ser personal, debe ser directo, categórico, decisivo e influyente, porque de lo contrario resultaría sanciona-

40. El art. 81 originario de la Ley 19550 disponía que a la transformación no se le aplicaban las disposiciones de la Ley 11867 sobre Transferencia de Fondos de Comercio. Esta indicación fue suprimida por la Ley 22903, que reemplazó la redacción incluyendo la caducidad del acuerdo de transformación. Tanto la exposición de motivos como la totalidad de la doctrina coincidieron en que la supresión se produjo por cuanto la previsión era innecesaria, aunque hubiere cumplido una finalidad docente al tiempo de sancionarse la ley.

41. El art. 591 inc. 3) del proyecto elaborado por la comisión designada por Decreto 468/1992 introduce el concepto de *parte* que utiliza el Proyecto de 1998.

do cualquier instrumento público donde se presuma algún agrado o atractivo, lo que no es la finalidad de una norma en este sentido.[42] El interés personal exigido por la norma, para restar eficacia al acto instrumentado, es más categórico que el que puede resultar de la participación en la persona jurídica. No se desprende de la norma analizada que esa consecuencia haya estado prevista o derive de la apreciación lógica de los presupuestos planteados, sobre todo cuando se le asigna a la personalidad jurídica una destacada importancia dentro de la estructura del Código.

En este último sentido, es absolutamente definitorio el artículo 141 cuando define a las personas jurídicas como todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación, las cuales son prolijamente enunciadas en el artículo 148. Además, el artículo 143 se rotula "Personalidad diferenciada" y consagra el principio de que la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial. Por lo demás, el artículo 154 exige que la persona jurídica tenga un patrimonio, que, por supuesto, no es de los integrantes ni aun cuando ellos hayan aportado los bienes que lo componen.

Reciente doctrina coincide con este concepto al sostener que el principio contenido en el artículo 143 establece con claridad que las personas jurídicas tienen una personalidad distinta a la de sus miembros, lo que permite interpretar que la supresión efectuada implica habilitar la actuación del funcionario en los casos en que sus parientes actúan en representación o aun como socios de personas jurídicas, dado que el interés nunca será personal sino de la persona jurídica.[43] Disponer de una personalidad diferenciada significa exhibir un centro de imputación propio y distinto de quienes la integran o componen. Los integrantes, a su vez, respecto de los derechos y obligaciones de los cuales fueren titulares, disponen de un centro de imputación personal y diferente. Ambas normas, el artículo 143, que consagra una personalidad distinta, y el artículo 291, que exige *sine qua non* que estén personalmente interesados, deben ser integrados a fin de elaborar la hermenéutica de aplicación en la prohibición consagrada. Una interpretación contraria colisiona dos principios compatibles y deja sin explicación las disposiciones del artículo 144 del Código Civil y Comercial y del artículo 54 de la Ley 19550, que permiten declarar la inoponibilidad de la persona jurídica cuando la actuación cuestionada esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica. No puede desconocerse que existe un interés social, protegido en más de una oportunidad, exteriorizado a través de intereses comunes que, en un momento determinado, permiten encauzar la finalidad obtenida con la creación de la persona jurídica y que, ciertamente, sobrepasa el meramente individual.

42. Hemos indicado anteriormente que se excluyen en estos supuestos las estimas y afectos, ya que en las relaciones humanas pueden generarse vínculos de los cuales se desprenda satisfacción o aprobación por la operación concertada, sin comprometer el interés personal.

43. Ver Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, t. II, p. 134: se reconoce que parte de la doctrina había sostenido que la excepción regía respecto de todas las personas jurídicas.

No dudamos en sostener que, en la especie, la redacción impresa al artículo 291 supera definitivamente la cuestión y permite considerar que no existe incompetencia o prohibición cuando los actos instrumentados versaren sobre asuntos de sociedades u otras personas jurídicas donde quienes son mencionados en el texto integraran el elenco de socios, asociados o de miembros de sus órganos, sin que tal grado de participación pueda presuponer la condición de estar personalmente interesados, como requisito de invalidez. Como toda norma que resta de valor a un acto, corresponde una interpretación restrictiva, acreditando el vicio documental solamente si se cumplen los supuestos contemplados y no otros similares, análogos o inferidos. Como presupuesto funcional, la prohibición ha sido establecida con la finalidad de no perturbar la certeza jurídica, evitando posibles invalidaciones por apreciaciones puramente subjetivas. De esta manera, *a contrario sensu*, todos aquellos actos que superen las reglas objetivas establecidas en la normativa son válidos, careciendo de sustento exegético cualquier pretensión invalidante en tal sentido.

En idéntico sentido al expuesto se expresa que, dada la gravedad de la sanción que implica la violación de este precepto, es preciso fijar límites objetivos, ya que no sería posible valorar siempre los intereses subjetivos del funcionario. El artículo 291 suprime las excepciones del artículo 985 relativas a si los interesados lo fueren solo por tener parte en sociedades anónimas o ser gerentes o directores de ellas, dado que no hay razón de que exista limitación alguna para que el notario intervenga en el ejercicio de la función pública, por tratarse de personas jurídicas.[44]

Finalmente, agregamos que todo lo expuesto no queda afectado por la circunstancia de que alguna de las sociedades que participen en el acto sea unipersonal, por cuanto esta condición no limita la personalidad diferenciada respecto de su componente (art. 1 Ley 19550).

6. La cuestión en las sociedades de interés

Se consideran sociedades de interés la sociedad colectiva, la comandita simple y la de capital e industria. No cabe duda alguna de que son personas jurídicas (art. 148 inc. a, CCCN y art. 2 Ley 19550) y, como tales, disponen de personalidad diferenciada y separación patrimonial de los socios que la componen. Conservan rasgos personalistas en ciertos aspectos destacados por la ley, tales como:

- Que los acreedores del socio no pueden hacer vender la parte de interés, pudiendo cobrar su crédito sobre las utilidades y la cuota de liquidación; que no puede prorrogarse el término de duración si no se satisface al acreedor particular embargante (art. 57 Ley 19550).
- Que la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato (art. 90 Ley 19550).
- Que cualquiera de los socios puede ser excluido mediando justa causa.[45]

44. Clusellas, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, La Plata, Astrea-FEN, t. 1, p. 734.

45. Por extensión, la exclusión se aplica también a la sociedad de responsabilidad limitada y a los comanditados de la sociedad en comandita por acciones.

- Que pueden actuar bajo una razón social que se modificará si el socio mencionado en ella pierde su calidad de tal (arts. 126, 134 *in fine* y 142).
- Que la transferencia de las partes de interés, incluso a otro socio, requiere el consentimiento de los demás (art. 131).

Comprometen su responsabilidad personal los socios de la sociedad colectiva, los comanditados en la sociedad en comandita simple, el socio capitalista y el industrial hasta el monto de las ganancias no percibidas. También adquieren esta responsabilidad los socios comanditados de la sociedad en comandita por acciones (art. 315 Ley 19550) y las sociedades que no se constituyan conforme a los tipos previstos en la ley y estén sometidas al régimen establecido en el Capítulo 1, Sección IV, de la Ley 19550, en la medida dispuesta en los artículos pertinentes.

Frente al compromiso patrimonial que podría resultar de las operaciones sociales hacia esta categoría de socios, aun subsidiariamente, se plantean dos hipótesis de solución:

a) Aplicar el principio de la personalidad diferenciada, sin hacer distinción alguna en tal sentido, con lo que, siendo cada una de estas sociedades una persona jurídica distinta de los miembros que la componen, entender que la eventual responsabilidad emergente del tipo no convierte a los socios en personalmente interesados, por cuyo motivo, a los efectos del artículo 291, los actos celebrados serían válidos.
b) Propiciar un distingo y analizar si, con motivo del acto a instrumentar, puede comprometerse la responsabilidad personal (solidaria o mancomunada) de los socios, en cuyo caso, si el acto no tuviera la virtualidad de proyectar efectos sobre el patrimonio o la persona del socio, la instrumentación del acto no merecería observación, mientras que en el caso contrario regiría la prohibición del artículo 291.

A fin de recurrir a reglas que mantengan una rigurosa lógica jurídica, se aconseja utilizar como parámetro interpretativo la norma del artículo 56 de la Ley 19550 que dispone que la sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios con relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate. En el mismo sentido, el artículo 160 de la Ley 24522 de Concursos y Quiebras determina que la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada.[46] Estas disposiciones orientarán sobre aquellos casos en que podría verse comprometido el interés personal del socio producto del sistema de responsabilidad derivado del tipo. Por supuesto, cuando nos referimos a la responsabilidad de los socios como circunstancia definitoria de aplicación, entendemos que se trata de la responsabilidad natural que surge del tipo social elegido y no la que pueda resultar del incumplimiento de disposiciones legales o por motivos sancionatorios o extensivos.

De todas maneras, reiteramos que ninguna de estas conclusiones permite suponer que esas sociedades pierdan la personalidad diferenciada que la ley les ha otorga-

46. El art. 160 finaliza diciendo que cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en el artículo.

do ni las consecuencias que se derivan de su aplicación, ni tampoco que se altere la separación patrimonial entre sociedad y socios.

7. El consorcio de propiedad horizontal

El artículo 148, inciso h), del Código Civil y Comercial de la Nación reconoce al consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica; asimismo, la primera parte del artículo 2044 agrega que el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio. El Código no menciona expresamente cuál es el acto constitutivo del mismo; sin embargo, atento a que este artículo indica que el domicilio se establece en el inmueble, que sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador, y que se extingue la personalidad con la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal (sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial inscripta en el Registro Inmobiliario), de ello se desprende que su nacimiento se produce con el otorgamiento del reglamento de propiedad horizontal (art. 142 y arts. 2056 y cc.).

Sobre este particular, en términos generales y en principio, podemos señalar:

a) Rige plenamente la incompetencia del artículo 291, en el acto constitutivo del consorcio, por cuanto el otorgamiento del reglamento proviene de un acto de quien fuere titular de dominio. La prohibición se extiende a la desafectación, si ella proviene del acuerdo unánime de los propietarios y alguno de ellos está comprendido en la enumeración de dicho artículo, puesto que la titularidad de dominio se transforma en una porción indivisa del inmueble.
b) No resulta aplicable la prohibición del art. 291 en aquellos otorgamientos en que participe el administrador en representación de la persona jurídica del consorcio, mientras no resulten afectados, beneficiados o comprometidos los derechos dominiales o particulares de alguno de los propietarios comprendidos en el vínculo.

8. Los contratos asociativos

Ninguno de estos contratos ni la organización común que se configura como consecuencia de su instrumentación constituyen sujetos de derecho, ni sociedades (arts. 1442 y ss. CCCN), por lo que no disponen de personalidad diferenciada. En consecuencia, si alguno de los partícipes ostentare el grado de vinculación indicado por el art. 291, el acto en cuestión sería inválido.

9. Otras cuestiones

La personalidad diferenciada (art. 143) nace a partir de la constitución de las personas jurídicas. Por tal motivo, todas las interpretaciones consignadas precedentemente no son aplicables a los instrumentos que constituyan sociedades donde el ofi-

cial público, su cónyuge, su conviviente o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad adquiriesen el rol de socios o accionistas. Se arriba sin ninguna dificultad a este aserto porque en la constitución la expresión de voluntad se vierte en el instrumento en forma individual y le corresponde a cada uno de los fundadores de la sociedad, la que recién adquiere la personalidad tras la constitución, después de la firma de los otorgantes y del escribano (art. 305, inc. f CCCN).

Una cuestión conflictiva se produce al tiempo de resolver si media interés personal cuando los intervinientes documentan la constitución o dictan el estatuto de una asociación civil o fundación donde participen como los mencionados en el artículo 291. Hemos señalado en este trabajo que estas entidades no pueden tener como finalidad principal el lucro para sí ni para sus miembros (art. 168 *in fine*). Sin embargo, habrá que analizar cada caso concreto, ya que no necesariamente el interés exigido debe ser patrimonial, pudiendo ser relevante otros roles puntuales, aun cuando tengan carácter extra-patrimonial.

El artículo 291 exige que el interés de los partícipes sea personal en el acto a instrumentar, por lo que si alguno de los mencionados en el texto, con excepción del oficial público, interviene en representación de un tercero el acto es válido. Por supuesto, tal conclusión también es aplicable al caso en que la representación que se invoque sea de carácter orgánico, aunque la sociedad fuere de las consideradas de interés y, en este último caso, el compareciente no sea socio de la misma y por lo tanto no involucre su responsabilidad personal.

Si todos los actos no comprendidos en el artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación son válidos, no resulta sostenible que ante la proximidad de un vínculo no computable se proclame que su instrumentación constituya por sí misma falta de ética, por presumirse la parcialidad. La comisión de hechos reñidos por la ética constituye una falta disciplinaria que solo debe tenerse por acreditada mediante adecuada actividad probatoria, demostradora tanto de la irregularidad cometida (no meramente inferida) como de la violación al principio de imparcialidad. Es muy frecuente que frente a cuestiones fronterizas se hayan conocido opiniones y dictámenes en que, de modo abstracto, se califica el acto de reñido con la ética, cuando en realidad adoptar esta conclusión importa cercenar por inferencia y oblicuamente la competencia material y funcional del oficial público en aspectos en los cuales su intervención está admitida por la legislación civil.[47]

Lo mismo sería aplicable cuando se pretende extender las prohibiciones del artículo 291 establecidas para el notario autorizante al registro del cual es actuante, proclamando que este último es una unidad. Sobre este aspecto, si bien hubo algún pronunciamiento judicial aislado, puede afirmarse que los actos no son inválidos, porque la invalidez afecta solo al escribano y no al registro en que actúa, cuya mención no ha sido efectuada por el artículo 985 del Código Civil ni tampoco por el artículo 291 del Código Civil y Comercial. Eventualmente, podría constituir una falta de ética o disciplinaria, según los respectivos ordenamientos locales. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley 404 dispone que los interinos y subrogantes que actúen como tales en un registro notarial tendrán, respecto de los actos que auto-

47. Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2014, t. I, p. 672.

ricen en él, las incompatibilidades previstas en el artículo 985 del Código Civil con relación también al titular del registro de que se trate, sus adscriptos y los parientes de todos ellos (art. 51). Sobre este particular, dejamos bien en claro que la infracción a lo dispuesto solamente acarrea responsabilidad disciplinaria y no originaría la nulidad de los actos así instrumentados, ya que ninguna ley local podría disponer nulidades ni extender las contenidas en la legislación civil a otros supuestos.

10. Conclusiones

- Todas las personas jurídicas son personas distintas de los miembros que las componen (art. 143 CCCN). Poseen patrimonio propio, diferente del que disponga cada uno de sus integrantes.
- La circunstancia de que en algunos supuestos expresamente previstos en el Código Civil y Comercial y en la legislación especial los miembros de la persona jurídica respondan por las obligaciones de esta no implica desvirtuar la personalidad diferenciada reconocida ni la separación patrimonial atribuida.
- La participación de cualquiera de los indicados en el artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación como accionistas, socios, asociados o integrantes de los órganos de personas jurídicas no ocasiona la invalidez de los actos que instrumenten estas.
- El interés de que cualquiera de los integrantes de la persona jurídica disponga sobre los actos de esta nunca es directo, categórico y decisivo como para revestir la condición de estar "personalmente interesados", exigida por el artículo 291.
- Excepcionalmente, en aquellas sociedades en que los socios respondan en forma personal por las obligaciones sociales, habrá que considerar en cada caso concreto si el asunto instrumentado compromete los intereses personales de aquellos a los efectos del artículo 291 del Código Civil y Comercial (cfr. art. 56 Ley 19550 y art. 160 Ley 24522).

Los eslabones perdidos de la capacidad

Maritel M. Brandi Taiana*

RdN 920

RESUMEN

El Código Civil y Comercial ha incorporado y sistematizado en gran medida los avances y reconocimientos establecidos en la normativa internacional respecto del régimen de capacidad de las personas humanas. No obstante, en esta tarea, ha mantenido incluso ampliado sanciones y efectos que, lejos de facilitar la aplicación y operatividad de los nuevos paradigmas, sin una razonada interpretación doctrinaria, podrían profundizar la estigmatización de quienes busca proteger, a la par que paralizar el tráfico jurídico en general, por la introducción de factores que perjudiquen la seguridad negocial. En este trabajo, se intenta ofrecer una lectura armónica de los preceptos establecidos en los artículos 39, 44, 45 y 46 del Código Civil y Comercial que resulte acorde con los fundamentos de dicho cuerpo legal y que permita conciliar la seguridad jurídica con el respeto a los derechos personalísimos.

Sumario: ***1.*** *Consideraciones preliminares.* ***2.*** *Propósitos.* ***3.*** *Antecedentes. La incapacidad, la falta de discernimiento y sus efectos sobre la nulidad de los actos y/o contratos en el régimen del Código vigente hasta el 31 de julio de 2015.* ***4.*** *Régimen establecido en el Código Civil y Comercial.* ***4.1.*** *Inscripción de la sentencia.* ***4.2.*** *Efectos de la inscripción de la sentencia respecto de los actos otorgados con posterioridad.* ***4.3.*** *¿Preceptiva y previa solicitud de certificado al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas?* ***4.4.*** *Alcance práctico de la solicitud del certificado de nacimiento ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.* ***5.*** *Algunos comentarios acerca de los artículos 45 y 46 del Código Civil y Comercial.* ***6.*** *Conclusión.*

1. Consideraciones preliminares

Antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, cuando este era un proyecto, nos tomamos la libertad de hacer algunos comentarios acerca del alcance, en la práctica, de los artículos 39, 44, 45 y 46, así como del régimen en general de los actos a título gratuito.[1] Hoy todo se encuentra regulado en la Ley 26994, con aciertos e innovaciones y, a nuestro entender, algunos desaciertos o falencias que la doctrina y la jurisprudencia irán seguramente suavizando en beneficio de toda la comunidad, teniendo en cuenta los fundamentos del Código, la finalidad de la reforma, la coherencia normativa y la protección general de las personas. Una nueva lectura del tema

* Información sobre la autora en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

1. Brandi Taiana, Maritel M., "¿Protección? de las personas con discapacidad y de la legítima en el Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 914, octubre-diciembre 2013, p. 121-139.

y de sus antecedentes nos permite profundizar en los alcances de la normativa y acercar algunas conclusiones que tal vez puedan ser de utilidad.

Los fundamentos del anteproyecto señalan que este es un código de la igualdad: "el anteproyecto busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables". El problema con los principios y valores objetivamente buenos y justos es que afectan a sujetos –no a objetos–, con sus distintas circunstancias y características a quienes no aplican, de manera uniforme, conceptos como "vulnerables", "desprotección", "parte débil del contrato". En la realidad de todos los días, no siempre el deudor es la parte más débil de un contrato, no siempre una unión convivencial supone una desprotección de derechos individuales (muchas veces sólo se trata de una elección de vida en la que sus integrantes asumen libremente las consecuencias de un proyecto sin regulaciones), no siempre el co-contratante intenta aprovecharse de la impericia de su interlocutor, no siempre los padres desean beneficiar a unos hijos perjudicando a otros.

Con relación al régimen de la capacidad de derecho y de ejercicio, con buen criterio, el Código unificado incorpora las previsiones contenidas en las diversas leyes especiales y los tratados internacionales que tras largos años de trabajo lograron imponer una nueva visión de las personas con discapacidad rescatando el concepto de autonomía e igualdad. No obstante, subyace a lo largo del Código la permanente y tradicional tensión entre la protección de las personas con mayor o menor grado de capacidad y la seguridad del tráfico.

Este ha sido un punto de difícil solución a lo largo de los años y los distintos ordenamientos jurídicos. El doctor Miguel De Lorenzo sostuvo en una conferencia brindada en la Universidad de Buenos Aires que se trata de un conflicto de principios generales del derecho o de valores fundamentales de un ordenamiento jurídico.[2]

La doctora Kemelmajer de Carlucci[3] trata esta cuestión, citando a Gordillo Cañas:

> "A nadie se le oculta que en la oposición de las soluciones propuestas late la tensión, tan general en derecho, entre la justicia, aquí representativa de las exigencias de la realidad y favorecedora del incapaz, y seguridad, esta última con la vista puesta en los terceros y en la agilidad y seguridad del tráfico jurídico […] cualquier intento serio de solución jurídica ha de aspirar a la armonización: justa composición de las exigencias de justicia y seguridad sobre la base de una regulación de la capacidad lo más próxima y fiel posible al dato natural previo de la capacidad misma".

En nuestra opinión, precisamente esta necesaria armonización es la que nos debe llevar a dar una correcta interpretación a los artículos del nuevo Código que regulan los actos otorgados por personas con capacidad restringida o con incapacidad, teniendo en cuenta que el escenario tradicional ha cambiado y el cambio es tan radical que la lógica que habitualmente se utilizaba para analizar los distintos supuestos ya no es aplicable.

2. De Lorenzo, Miguel F., "Aspectos problemáticos de los actos patrimoniales celebrados por insanos" [on line], en *Trabajos del Centro*, Rosario, Facultad de Derecho de la Universidad, nº 5, 2008, p. 4.

3. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., "La demencia como base de las nulidades en el Código Civil", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 1995, nº 8, p. 15.

Como primera medida, se debe hacer hincapié en el cambio fundamental que supone ampliar las consecuencias previstas antiguamente para el caso de una persona incapaz, al supuesto de las personas con capacidad restringida. El "incapaz" o "demente" del Código de Vélez nada tiene que ver con la persona que ve restringida su capacidad en distintos grados hoy y que da nacimiento a una variedad de supuestos tan amplia como personas alcanzadas por la sentencia, en una época, además, en la que, como consecuencia de los grandes adelantos científicos y médicos, el desarrollo y la profundidad de las enfermedades mentales en una gran cantidad de casos se aleja definitivamente de la "demencia" pública y notoria de Vélez y aun del legislador reformista de 1968.

La protección a la persona con capacidad restringida, a la que la Convención de las Personas con Discapacidad en su artículo 12 le reconoce "capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de su vida", no es el incapaz de Vélez. Por tanto, la protección que se confiere a los actos otorgados por estas personas no debería tener el mismo alcance que tenían en los ordenamientos anteriores los actos otorgados por aquellos "incapaces" o "dementes". Sus derechos no son los mismos, los tratamientos médicos y sus resultados tampoco y si como se ha celebrado, finalmente se les han reconocido los derechos de los que son titulares y su posibilidad de ejercerlos plenamente, la protección de los mismos debe encuadrarse dentro de la protección integral de la comunidad. Es decir, una sobreprotección que suponga que no son hábiles para defenderse en el marco del sistema de apoyos y con la protección judicial prevista en la ley y los tratados, lejos de incorporarlos a la sociedad en igualdad de condiciones, los estigmatiza y pone en jaque el resultado del ejercicio de esos derechos reconocidos.

Tal vez, la reforma al Código –que no se animó a eliminar por completo la categoría de "incapaz", dejándola subsistente para casos muy puntuales, a pesar de lo que disponen los convenios y tratados internacionales en la materia– debió haber previsto para las personas incapaces un sistema distinto al previsto para las personas que solo tienen restringida en algunos aspectos su capacidad, de manera tal de reconocer sus derechos y su realidad de acuerdo con los nuevos paradigmas. Por el contrario, el Código Civil y Comercial equipara permanentemente la situación de ese incapaz de excepción, que se encuentra absolutamente imposibilitado de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, con un sistema de apoyos que resulta ineficaz, con la de la persona que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, que, con los ajustes razonables, pueda desarrollar en plenitud su vida.[4]

El Código establece cambios importantes en el régimen de capacidad, que se diferencian del derogado. Algunos cambios son muy profundos, como el reconocimiento de la capacidad restringida y la incorporación de un sistema de apoyos, pero en otros aspectos pretendió incorporar opiniones doctrinarias que eran aplicables al sistema anterior y en otros buscó mantener lo hasta ahora vigente. La aplicación conjunta de todo ello conduce, en una primera interpretación literal, a algunos desajustes, incoherencias e incluso a supuestos de imposible cumplimiento. Es por ello que

4. Art. 32, vigente a partir del 1/8/2015.

se debe ensayar otro tipo de interpretación que alcance un criterio razonable y eficiente, en donde los aspectos más logrados de la reforma, puedan desarrollarse convenientemente en beneficio de toda la comunidad.

2. Propósitos

En el presente trabajo buscaremos demostrar que las modificaciones que el nuevo Código ha introducido en relación con la inscripción de la sentencia que declara la incapacidad o la capacidad restringida de las personas y a la nulidad que afecta a los actos y contratos celebrados con posterioridad a la misma no determinan la necesidad de solicitar certificados que acrediten la inexistencia de dicha sentencia a los fines de preservar la buena fe y los efectos de dichos actos y contratos. Asimismo, haremos un relevamiento de las modificaciones que, a nuestro entender, se han introducido con respecto a los actos anteriores a la inscripción de la sentencia, su alcance y conveniencia.

3. Antecedentes. La incapacidad, la falta de discernimiento y sus efectos sobre la nulidad de los actos y/o contratos en el régimen del Código vigente hasta el 31 de julio de 2015

Dispone el Código vigente a fecha de hoy en su artículo 140 que "ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente". En virtud de dicha norma, no hay más incapacitación que la declarada judicialmente. Asimismo, el artículo 897 del mismo Código establece: "Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad".

El Código establece un doble orden jurídico diferente, según se trate de actos o contratos otorgados por una persona incapaz en razón de una enfermedad mental o por una persona con falta de discernimiento accidental. En este sentido, si bien reconocemos los diferentes criterios doctrinarios interpretativos del Código vigente, partimos del excelente y minucioso estudio realizado en la materia por el doctor De Lorenzo,[5] que toma en cuenta las distintas posturas y arriba a conclusiones que, a nuestro criterio, arrojan claridad al tema y nos permiten analizar con mayor profundidad el alcance de las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial unificado.

En cuanto a la nulidad de los actos y contratos celebrados por una persona incapaz, dispone el Código vigente:

> Artículo 472: Si la sentencia que concluya el juicio declarase incapaz al demandado, **serán de ningún valor los actos posteriores** de administración que el incapaz celebrare.

5. De Lorenzo, Miguel F., ob. cit. (cfr. nota 2).

> Artículo 473: **Los anteriores** a la declaración de incapacidad **podrán ser anulados si la causa de la interdicción declarada por el juez existía públicamente en la época** en que los actos fueron ejecutados.
> **Si la demencia no era notoria**, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, **contra contratantes de buena fe y a título oneroso**. [Párrafo incorporado por art. 1 de la Ley 17711].
>
> Artículo 474: Después que una persona haya fallecido, **no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad**, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan **consumado** después de interpuesta la demanda de incapacidad.
> Esta disposición no rige si se demostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido. [Párrafo incorporado por art. 1 de la Ley 17711].

Complementa lo anterior lo dispuesto en los artículos 1041, 1165 y 1166:

> Artículo 1041: Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria.
>
> Artículo 1165: Declarada la nulidad de los contratos, la parte capaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiere dado, o el reembolso de lo que hubiere pagado, o gastado, salvo si probase que existe lo que dio, o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz.
>
> Artículo 1166: Si el **incapaz hubiese procedido con dolo** para inducir a la otra parte a contratar, **ni él, ni sus representantes o sucesores** tendrán derecho para anular el contrato, a no ser que el incapaz fuere menor, o **el dolo consistiere en la ocultación de la incapacidad**.

En virtud de los artículos transcriptos, el elemento central que determina la nulidad de un acto o contrato otorgado por una persona incapaz es la sentencia respectiva. Luego de la sentencia que declare la incapacidad, serán nulos los actos celebrados por el incapaz tanto sean de administración como de disposición.[6]

El artículo 473 se refiere a los actos anteriores a la sentencia de incapacidad, poniendo el acento en la notoriedad de la enfermedad mental en la época en que los actos fueron ejecutados. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, en el momento histórico en que el artículo fue redactado, y de acuerdo con los conocimientos médicos de la época, la enfermedad mental solía tener un carácter manifiesto y la contratación se realizaba en forma personal.[7]

En la actualidad, como consecuencia de los progresos médicos e informáticos, en muchas circunstancias las enfermedades mentales no son evidentes y las contrataciones se realizan sin presencia de los intervinientes.

La reforma introducida por la Ley 17711 entendió necesario aclarar, en beneficio de la seguridad del tráfico, que dicha nulidad no se podía hacer valer contra los

6. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 25: "Aunque el artículo 472 del Código Civil argentino menciona a los actos de administración, hay consenso en que la sanción de nulidad abarca también, *a fortiori*, a los de disposición".

7. De Lorenzo, Miguel F., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 18.

co-contratantes de buena fe a título oneroso cuando la enfermedad mental no fuera notoria:

> Se ha dicho que lo público y notorio no se forma con paciente observación, sino por la constatación de hechos o conductas comunes que chocan con la normalización media de una sociedad en una época dada y que son conocidos de inmediato por quienes se ponen en contacto con el sujeto; son hechos gruesos… [8]

Sostiene De Lorenzo que la primera parte del artículo 473 pretende la tutela de los intereses del "insano" y afecta a todos los actos y contratos, aún los celebrados a título oneroso. La segunda parte tutela la seguridad del tráfico únicamente en los supuestos relativos a contratos a título oneroso en los que no existen prestaciones de tracto sucesivo o principales de hacer o no hacer. Ello así porque en estos últimos dos supuestos mantener la eficacia del acto sería un despropósito para ambas partes y lejos de suponer una ventaja para el co-contratante, lo obligaría a quedar atrapado en un contrato de difícil cumplimiento cuya nulidad, con arreglo al artículo 1165 y 1166 se vería impedido de instar. [9]

Por su parte, es importante destacar que el artículo 474 procura la preservación de los actos y contratos otorgados por una persona una vez fallecida, con dos únicas salvedades: a) que la incapacidad resulte de los mismos actos, supuesto que Kemelmajer de Carlucci entiende como el estado demencial que se refleja "en las cláusulas del propio acto jurídico: el acto se muestra en sí mismo irracional, con graves desproporciones, cláusulas disparatadas, ridículas…" [10]; b) el acto se haya consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad. Destaca la misma autora: "según el artículo, no pueden ser impugnados los actos del insano fallecido que hubiesen agotado sus consecuencias antes de la demanda de interdicción" [11].

Estas disposiciones respecto de la incapacidad no están solas ni aisladas en el Código vigente. Conviven y se complementan con las disposiciones legalmente previstas para los casos en donde se advierte la falta de discernimiento más allá de que no exista una sentencia que determine la incapacidad del sujeto.

Los artículos 921 y 1045 constituyen la base que regula la ineficacia de los actos y contratos realizados con falta de discernimiento, entendido este, según Cifuentes, como "la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias" [12].

> Artículo 921: Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también **los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente están sin uso de razón**.

8. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 32.

9. De Lorenzo, Miguel F., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 14.

10. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 53.

11. Ídem, p. 55.

12. Llorens, Luis R., "La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 14/9/2007, p. 1.

> Artículo 1045: Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes **obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, 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, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.

Respecto de la valoración del discernimiento, este, a diferencia de la incapacidad que se juzgaba en la época del otorgamiento del acto, debe existir al momento de dicho otorgamiento. Como vemos, cada situación prevé sus propias consecuencias.

Señala Kemelmajer de Carlucci:

> Frecuentemente, la doctrina parte de esta distinción: la sentencia declarativa de la demencia supone una "restricción de la personalidad jurídica", la creación de un nuevo estado civil para la persona en el que ésta pierde o limita su autonomía; resulta entonces que, en principio, la actuación independiente del incapacitado es inválida porque se realiza sin el complemento de capacidad necesario. En cambio, cuando la persona celebra un acto con sus facultades mentales alteradas, sin haber sido declarado demente con anterioridad, falta la voluntad negocial y, por ende, el consentimiento.[13]

A fin de poder tomar cabal conciencia del enorme cambio que significa el sistema dispuesto en el Código Civil y Comercial, podríamos empezar preguntándonos, por ejemplo, si cabe entender en el nuevo ordenamiento que en los casos de capacidad restringida hay un nuevo estado civil. Entendemos que no.

4. Régimen establecido en el Código Civil y Comercial

El ordenamiento que entrará en vigor el próximo 1 de agosto de 2015 parte de la premisa de que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial (art. 31). Asimismo, como regla general, se establece que la restricción a la capacidad de ejercicio se dispondrá judicialmente mediante sentencia.

Regula, por una parte, los efectos de los actos y contratos celebrados con posterioridad (art. 44) a la inscripción de la sentencia de incapacidad o que restrinja la capacidad y, por otra parte, los efectos de los celebrados con anterioridad (arts. 45 y 46). Asimismo, establece disposiciones específicas para los actos y contratos otorgados con falta de discernimiento (arts. 260 y 261).

Con respecto a las consecuencias de la nulidad, en todos los casos resulta de aplicación el artículo 388 del Código Civil y Comercial cuyo contenido y alcance analizaremos más adelante. Ya no hay un doble sistema diferenciado sino que en términos generales, la ineficacia de los actos por uno u otro motivo, tienen un único tratamiento.

13. De Lorenzo, Miguel F., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 18.

4.1. *Inscripción de la sentencia*

El artículo 39 regula la registración de la sentencia de incapacidad o restrictiva de la capacidad en los siguientes términos:

La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento.

> Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45[14], los actos mencionados en este capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro. Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.

En el trabajo que citamos al comienzo[15] –que elaboramos cuando el Código aprobado por la Ley 26994 era tan solo un proyecto–, adelantamos que la Ley 26413, reguladora del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, ya consagra desde su redacción originaria una previsión similar (Capítulo XVII "Inscripciones de las incapacidades"):

> Artículo 88: Se inscribirá en un libro especial que se llevará en la dirección general todo hecho o acto jurídico que modifique la capacidad de las personas.
>
> Artículo 89: Sin perjuicio, de lo dispuesto por leyes de fondo de la Nación, los actos mencionados en este capítulo no producirán efectos contra terceros sino desde la fecha de inscripción en el registro.

Igual inscripción prevé el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, si bien no especifica el alcance de la comunicación de la sentencia al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas:

> Artículo 633: Antes de pronunciar sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación.
> La sentencia se dictará en el plazo de quince (15) días a partir de la contestación de la vista conferida al asesor de menores e incapaces o, en su caso, del acto a que se refiere el párrafo anterior.
> Si no se verificare la incapacidad, pero de la prueba resultare inequívocamente que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar daño a la persona o al patrimonio de quien sin haber sido hallado demente presenta disminución de sus facultades, el juez podrá declararlo inhabilitado en la forma y con el alcance previstos en el artículo 152 bis del Código Civil. **En este caso, o si se declarase la demencia, se comunicará la sentencia al Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas…**

No está de más señalar, con respecto a las funciones tradicionales del Registro Civil, lo que explica Kemelmajer en el artículo que hemos citado:

14. Analizaremos este artículo más adelante, pero se adelanta aquí su contenido: "Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito".

15. Cfr. nota 1.

> … la dificultad del tema se remonta al siglo pasado y se vincula al valor y a la función de los asientos del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En la Exposición de motivos y discursos previos a la aprobación del Código de Napoleón, se explica que el Registro Civil tiene por objeto fijar y constatar el estado de los individuos, evitar la dificultad y peligro de las pruebas testimoniales, etcétera; en ningún momento se plantea la función del registro como protector de terceros.[16]

La inquietud se suscita ante la redacción de los artículos 44, 45 y 46 y su funcionamiento conjunto.

4.2. *Efectos de la inscripción de la sentencia respecto de los actos otorgados con posterioridad*

El Código Civil y Comercial establece:

> Artículo 44: Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. **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.

Como podemos observar, a diferencia del artículo 472 del Código de Vélez, que establecía la nulidad de los actos posteriores a la sentencia con independencia de la inscripción de ésta, el artículo 44 del Código Civil y Comercial establece la ineficacia de los actos que contraríen la sentencia, pero a partir de su inscripción.

Más allá de que antes del Código unificado estaba previsto en nuestro ordenamiento la necesaria registración de la sentencia de incapacidad para su oponibilidad a terceros, pareciera ser que ahora se pretende dar una relevancia mayor a la inscripción de la que tenía con anterioridad.

Con el Código aún vigente el quid de la cuestión pasa por la nulidad y esta nace con la sentencia. La inscripción de la misma no es la que profundiza sus efectos sino que los hace oponibles a terceros que no hubieran podido conocer su existencia por otros medios y siempre que la "demencia" no haya sido ostensible, en cuyo caso, tampoco pueden recurrir a la falta de inscripción como eximente de responsabilidad.

En la realidad, en el régimen de incapacidad de Vélez, los efectos de la nulidad quedaban morigerados por el propio alcance de la misma que suponía la existencia de una demencia, una enfermedad mental que, conforme los paradigmas y las circunstancias médicas y sociológicas de la época, solía tener repercusión pública. Con el tiempo, las modificaciones de la realidad fueron adaptando jurisprudencial y doctrinariamente las circunstancias y en los hechos, la incapacitación judicial se reservó para los casos más extremos, manteniéndose los casos de discapacidades menos profundas fuera del sistema como medida de protección de la persona con el fin de evitar la anulación innecesaria de su personalidad jurídica mediante la designación de curador.

El nuevo Código prevé un sistema de protección específico adaptado a los parámetros actuales. Sin embargo, mantiene las mismas sanciones que originariamente

16. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 39

fueron pensadas para otro tipo de realidad y con la excusa de proteger a unos, introduce un factor de inseguridad jurídica que amenaza a todos, incluso a aquéllos que busca proteger.

Como consecuencia de los avances de la medicina, es cada vez más difícil advertir, obrando con cuidado y previsión, la incapacidad o capacidad restringida de un co-contratante pero además, debe prestarse especial atención a que todo esto se regula estableciendo un mismo régimen para la incapacidad y para la capacidad restringida lo que, a nuestro criterio, según expusimos al comienzo de este trabajo, constituye un importante error.

En el nuevo escenario en el que de conformidad al artículo 12 de la Convención de las Personas con discapacidad se les reconoce a éstas "capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de su vida" la trascendencia que, a primera vista, el Código pretendería dar al acto inscriptorio de la sentencia supone subestimar tanto la real autonomía de la persona con capacidad restringida o con algún grado de discapacidad natural o falta de discernimiento, así como la función de los apoyos, curadores, Ministerio Público y jueces, y tendría su cimiento en un escenario patológico en donde la persona con discapacidad es avasallada y abusada en sus derechos por el resto de la sociedad.

No obstante, de la lectura del artículo 44, tal vez podríamos concluir que la única forma de evitar la nulidad de los actos posteriores a la inscripción de la sentencia restrictiva de la capacidad sería solicitar un certificado al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del domicilio del contratante en el que pueda constatarse la falta de inscripción de una sentencia en este sentido.

4.3. *¿Preceptiva y previa solicitud de certificado al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas?*

Si fuera necesaria dicha solicitud, se debe reparar en que la ley no distingue ni especifica los actos en los que la misma procedería, por lo que debería solicitarse para cada acto o contrato que toda persona realice en todo ámbito. Ello supondría, en los hechos, que la presunción de capacidad establecida por el artículo 31 citado carece de todo contenido.

Antes de la sanción del nuevo Código, muchos autores destacaron que una disposición como esa era completamente absurda. De Lorenzo[17] señala:

> De todas formas, tratándose de una contratación inmobiliaria, los usos y costumbres e incluso la normativa para martilleros y corredores […] evitarán el perjuicio al insano que dispone de un inmueble. Ello así no tanto por la inscripción en el Registro de Estado Civil de la sentencia –aspecto reiteradamente invocado por la doctrina para justificar la mala fe del cocontratante–, pues, como bien argumentaba Borda en términos aún sostenibles: "a nadie se le ocurre antes de firmar un contrato pedir un informe a dicho registro", cuanto por la inhibición general de bienes, que el artículo 629 del Código Procesal Civil impone imperativamente durante el trámite del proceso de insania, [debe anotarse] cuando la demencia "apareciera notoria e indudable".

17. De Lorenzo, Miguel F., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 8.

En igual sentido, con respecto a la solicitud de certificados al Registro Civil, Alicia Rajmil y Luis Llorens[18] señalan:

> Obviamente, si para cada acto de disposición los notarios requiriéramos dicho certificado y se buscara manualmente en dichos libros para su expedición, el resultado sería el colapso. Además, tampoco se ve por qué razón habría que pedirlo por el enajenante o constituyente de gravámenes sobre cosas y no sobre el adquirente a título oneroso […] No se conoce que para autorizar, por ejemplo, un matrimonio los propios funcionarios del registro civil requieran certificado alguno […] Tampoco lo pide la costumbre tribunalicia para homologar algún convenio o acto dispositivo celebrado en ese ámbito.

Las consideraciones vertidas por los citados autores cobran aún más relevancia cuando, ante un Registro Civil descentralizado como el nuestro, se pretende evaluar la posibilidad de solicitar dicho certificado en el domicilio de los contratantes, que, por otra parte, puede diferir del consignado en el documento de identidad con el que se identifica y, por qué no, del domicilio en el que se radica y/o se encuentra internado.

Lo antes dicho no se soluciona con la implementación de un Registro Civil on line en tiempo real porque, en todo caso, supondría la institucionalización de una norma que contraría el desarrollo normal y habitual del tráfico e instalaría en la sociedad la sospecha de que todos somos potenciales sujetos con capacidad restringida, en contra de lo que, supuestamente, persigue el nuevo Código. Las normas deben regular la realidad, no ir en contra de ella.

Acompañan nuestra interpretación las modificaciones introducidas por el nuevo Código al régimen de nulidad de los actos y contratos celebrados por las personas con incapacidad o capacidad restringida, aplicable también a los actos y contratos otorgados con falta de discernimiento.

Comentamos antes que hasta hoy existía en el Código un doble juego de supuestos, sujeto a sus propias normas de eficacia: el de los actos y contratos realizados por las personas incapaces y el de los realizados con falta de discernimiento. Se mantiene vigente en el nuevo Código el concepto de que los actos voluntarios son aquellos celebrados con discernimiento, intención y libertad (art. 260) y que son actos involuntarios por falta de discernimiento (art. 261): a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

En lo sustancial, persiste el criterio del Código velezano, ajustado en virtud del nuevo régimen legal previsto para los menores. No obstante, la gran diferencia tiene lugar en la regulación prevista en el nuevo ordenamiento respecto de la ineficacia de los actos jurídicos. Particularmente relevantes en este aspecto son los artículos 1000 y 388, que sustituyen a los anteriores 1165 y 1166.

El artículo 1000 establece:

> Efectos de la nulidad del contrato. Declarada la nulidad del contrato celebrado por la persona incapaz o con capacidad restringida, la parte capaz no tiene derecho para exigir

18. Llorens, L. R. y Rajmil, A. B., [Comentario al art. 39], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, t. 1, p. 151.

> la restitución o el reembolso de lo que ha pagado o gastado, excepto si el contrato enriqueció a la parte incapaz o con capacidad restringida y en cuanto se haya enriquecido.

No obstante, el gran cambio se introduce con el artículo 388:

> Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo.

Hay, a nuestro entender, tres puntos fundamentales que destacar del artículo transcripto. A diferencia del artículo 1166 del Código vigente, la nulidad puede ser instada tanto por la persona que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto como por el co-contrante, quien antes estaba privado de hacerlo. Además, el acto puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. Ambos supuestos, en el caso de una persona incapaz o con capacidad restringida, no son fáciles de verificar, ya que suponen que debe haber cesado la incapacidad o la restricción a la capacidad previamente. El artículo 2563 dispone que la acción de declaración de nulidad relativa prescribe a los dos años y, en los casos de "nulidad por incapacidad", desde que esta cesó.

El tercer aspecto trascendental del artículo 388 citado es que "la parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo".

En el Código Civil y Comercial comentado dirigido por el doctor Ricardo Luis Lorenzetti, al analizar el artículo transcripto, se señala:

> Como se ha visto, el principio general es que se encuentra legitimada para articular la invalidez la parte en cuyo beneficio se instituyó la nulidad. Este postulado alcanza a quienes eran incapaces de hecho al tiempo de celebrar el acto. Sin embargo, la disposición que se comenta contiene una contraexcepción y es que la parte beneficiada no podría plantear la nulidad del acto si obró con dolo, esto es, cuando ocultó deliberadamente su incapacidad y la otra parte obró de buena fe, confiando en la apariencia generada por quien entonces disimuló o de cualquier modo impidió conocer la falencia existente al tiempo de celebrarlo[19] […] La reforma en este punto contiene una novedad importante al señalar quiénes están legitimados para plantear la nulidad relativa. Amplía la nómina que contenían los artículos 1048 y 1049 del Código derogado y autoriza no sólo a la parte en beneficio de quien se estableció, sino además a lastra, en tanto sea de buena fe, siempre que exhiba un determinado interés. De este modo procura lograr el equilibrio entre el principio según el cual el interés es la medida de la acción y se atiende a la posibilidad de decretar la nulidad en tanto ésta importe restaurar la realidad, sin que ninguna de las partes obtenga un beneficio indebido.[20]

19. Igual interpretación parece sostener la notaria Cristina N. Armella, quien expuso en el LXIX Seminario "Laureano A. Moreira" su opinión acerca de que, en virtud de lo dispuesto por el art. 388, la persona incapaz o con capacidad restringida debe dar a conocer su situación para evitar caer en una conducta dolosa.

20. [Comentario al art. 388], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, t. 2, p. 525.

En los casos de personas incapaces, los co-contratantes y/o, en su caso, el escribano interviniente podrán apreciar la falta de discernimiento, puesto que esta se presentará de manera ostensible. Es un supuesto en que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo. Es decir, no hay forma de que el co-contratante lo desconozca cuando la persona actúa por sí.

Por otra parte, si la persona actuara a través de un representante, tampoco variaría la conclusión a la que hemos arribado dado que, según establece el artículo 364 del Código Civil y Comercial, "en la representación voluntaria el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento; para el representante será suficiente el discernimiento". A su vez, el artículo 380, inciso h), dispone que la representación se extingue por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado. Esta capacidad se valora al momento del otorgamiento del poder y si luego se pierde, no afectará la validez del acto, sin perjuicio que si el negocio subyacente es un contrato de mandato, su extinción por la pérdida de capacidad del mandante determinará obligaciones y responsabilidades entre mandante y mandatario al igual que el Código de Vélez establecía en su artículo 1967.

Claramente, quien pretenda contratar con alguien que no puede manifestarse de ninguna manera estará celebrando un acto definitivamente nulo, exista o no inscripción previa de la sentencia. En consecuencia, el problema para el co-contratante y el escribano será el supuesto de una persona que tenga restringida la capacidad.

En este caso, el co-contratante de buena fe que, eventualmente junto con el notario, valoró el discernimiento de quien contrató con él sin que resultara ostensible su limitación a la capacidad, se encuentra protegido en su contratación. Evidentemente es obligación de la persona que tenga limitada su capacidad y de sus apoyos comunicar la restricción de la capacidad de aquélla a su co-contratante, obrando con la buena fe necesaria para la celebración de un acto válido. De lo contrario, incurriría en dolo y no podría alegar la nulidad del acto.

Recordemos en este sentido que el artículo 43 del nuevo Código establece que es función de los apoyos facilitar a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos en general. Por otra parte, una persona a quien se le ha restringido su capacidad o se le ha declarado incapaz, tiene algunos recursos que deberían colaborar a su seguridad jurídica. Dentro del marco de un expediente judicial, además de los apoyos, el juez y el Ministerio Público deberán adoptar las medidas más idóneas para su protección personal y patrimonial y son ellos los que tienen las herramientas necesarias para dar publicidad efectiva y eficiente a los terceros que deseen contratar con la persona que tiene afectada su capacidad.

Solo en el caso de que una norma taxativa imponga para la celebración del acto o contrato la solicitud de certificados registrales, por ejemplo ante el Registro de la Propiedad Inmueble o Automotor, podría sostenerse que la valoración del discernimiento por parte del co-contratante no es suficiente para acreditar su buena fe. Téngase en cuenta que en ningún lugar el Código u otra ley especial exigen la solicitud del certificado de nacimiento ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, entre otras razones porque sería imposible cumplir con ese requisito para la celebración de todo tipo de contrato.

En los casos de capacidad restringida, la persona afectada por esta, así como sus apoyos, el juez interviniente y/o el Ministerio Fiscal serán responsables de que el tercero que contrate con aquella tome conocimiento cabal de las restricciones que padece, sin pena de faltar a la buena fe, incurrir en dolo en la contratación y encontrarse imposibilitado de alegar la nulidad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 388 transcripto.

Como consecuencia de lo anterior, debemos concluir que el deber del co-contratante y del notario es valorar el discernimiento de las partes en cada momento, no su capacidad, y solicitar, cuando ello sea preceptivo, el certificado de anotaciones personales exigido eventualmente, de manera taxativa, por la norma. Tanto es esto así que cuando el legislador consideró que era necesaria esta verificación, más allá de las normas registrales inmobiliarias, expresamente lo previó. Este es el caso del artículo 1347:

> Obligaciones del corredor. El corredor debe: a) asegurarse de la identidad de las personas que intervienen en los negocios en que media y de su capacidad legal para contratar…

El corredor deberá verificar estas circunstancias y, para ello, deberá como mínimo solicitar un informe de anotaciones personales. Respecto de la solicitud del certificado de nacimiento al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para verificar la inexistencia de la anotación marginal de una sentencia restrictiva de la capacidad, habrá que ver, en su momento, si dicho Registro cuenta con los medios necesarios para, de manera diligente, rápida y eficaz, brindar esa información. De lo contrario, será obligación de los apoyos, los jueces, y el Ministerio Fiscal, hacer constar la existencia de esa sentencia en el Registro en donde consten los bienes de la persona a su cuidado, para permitir el cabal conocimiento de la restricción por parte de los terceros. La persona con capacidad restringida y quienes la tienen a su cuidado deben velar por preservar su buena fe en la contratación.

Todo lo dicho anteriormente tiene relación directa, además, con lo que el propio Código Civil y Comercial dispone en su artículo 2:

> … 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.

4.4. *Alcance práctico de la solicitud del certificado de nacimiento ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas*

Más allá del desarrollo teórico respecto de la finalidad, el alcance y las consecuencias de la solicitud del certificado de nacimiento para verificar la inexistencia de una incapacidad o restricción de capacidad en la persona con la que se contrata, es conveniente que se analice en concreto las situaciones de hecho que pueden darse para valorar, desde un punto de vista estrictamente práctico el sentido de esta solicitud: en definitiva, lo que el interviniente quiere evitar con la solicitud del certificado es la

eventual nulidad del acto o contrato de que se trate. Pero, ¿qué posibilidades reales hay de que el acto resulte nulo?

Como primera medida, debe destacarse que la eventual nulidad podrá ser solicitada por ambas partes y ya no solamente por el eventual incapaz o persona con capacidad restringida. Esto aligera la carga del co-contratante, quien en todo caso y ante la eventualidad de que el acto resulte perjudicial para él, también tendrá herramientas con las que evitar tal perjuicio.

El caso de una persona incapacitada nos conduce al supuesto previsto en el artículo 32 *in fine*, por lo que se trataría de alguien que no puede manifestarse por ningún medio. Estaríamos necesariamente entonces ante una situación no sólo ostensible sino en la que es imposible la contratación. Por lo tanto, en los hechos, este supuesto no acarrearía inconvenientes. Si alguien pretende contratar con quien no puede manifestarse de ninguna manera, evidentemente está obrando con mala fe y la nulidad será clara. En el caso de que el incapaz actuara a través de un representante, el co-contratante no se vería afectado (art. 364 CCCN).

Si se tratara de una persona con capacidad restringida, para que ésta y/o sus apoyos pudieran alegar la nulidad contra el co-contratante, sería requisito previo que informaran a éste la restricción de la capacidad. De lo contrario, incurrirían en ocultación y dolo. En consecuencia, en mérito al artículo 388 no podría la persona con capacidad restringida instar la acción de nulidad.

Quedaría por analizar el supuesto en el que la persona tiene su capacidad restringida pero la disminución de su discernimiento le impide, de buena fe, informar expresamente su restricción. Además, debe darse el caso de que sus apoyos, en el ejercicio debido de sus funciones, actuando con la debida diligencia, tampoco hayan podido manifestar al co-contratante la existencia de la restricción y que se trate de un acto o contrato en el que no fuera preceptiva la solicitud de otro tipo de certificado registral en donde el juez interviniente y/o el Ministerio Fiscal hayan debido ordenar la debida inscripción de la restricción.

En este caso, con toda probabilidad, estaríamos ante un escenario en el que la falta de discernimiento sería ostensible, circunstancia que sería apreciable por parte del co-contratante y eventualmente por el escribano que intervenga. Se trata de los "hechos gruesos" a los que se refería Kemelmajer de Carlucci.

Tras analizar el alcance de la inscripción de la sentencia y sus consecuencias, tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico como desde el punto de vista eminentemente práctico, llegamos a la conclusión de que ningún sentido tiene exigir un certificado de nacimiento para verificar la inexistencia de una restricción a la capacidad, como requisito para la celebración de todo y cualquier tipo de contrato.

El Código Civil y Comercial incorpora varias previsiones que se riñen con la realidad y es nuestro deber, como "usuarios" e intérpretes del nuevo ordenamiento jurídico, encauzarlo de manera tal de hacer viable su instrumentación. Si bien de la letra del artículo 39 y de las consecuencias previstas en el artículo 44 parece deducirse que es necesario verificar la inexistencia de una sentencia restrictiva de la capacidad para poder acreditar la actuación de buena fe por parte del co-contratante y evitar de esa manera la nulidad, lo cierto es que ello no es viable teniendo en cuenta la gran cantidad de negocios jurídicos que se realizan de manera permanente en la

sociedad sin que ni los tiempos ni las circunstancias permitan suponer que debe recurrirse previamente a la obtención de aquel. Solo imaginar que, por ejemplo, un banco pueda/deba exigir la presentación de un certificado de nacimiento actualizado para aceptar el pago como válido o que un juez, ante una declaración testimonial o una presentación de cualquier índole en el marco de un expediente judicial deba solicitar de abogados, partes, testigos, del oficial interviniente de su juzgado e incluso de sí mismo, dicho certificado actualizado para dictar toda resolución, nos permite colegir que no es ni viable ni lógico.

Debemos mantener la misma actuación que hemos desarrollado hasta la fecha con el Código de Vélez. Para acreditar la buena fe tanto el co-contratante como el escribano interviniente deben verificar el discernimiento de las partes al momento del otorgamiento del acto sin que les sea exigible una indagación más profunda, salvo cuando, por la naturaleza de los bienes es requisito solicitar certificados específicos en el Registro de la Propiedad, del Automotor, etc. Será obligación entonces de aquellos encargados de velar por el bienestar de la persona que tiene restringida su capacidad inscribir la sentencia en dichos registros, sin perjuicio de su obligación, en la actuación de buena fe que también deben observar, de comunicar cualquier restricción de capacidad existente, a los co-contratantes que se puedan ver afectados por ella.

5. Algunos comentarios acerca de los artículos 45 y 46 del Código Civil y Comercial

Los artículos 45 y 46 del nuevo Código sustituyen los artículos 473 y 474 del Código vigente:

> Artículo 45: Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, **si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida**, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito.

Se diferencia este artículo del 473 velezano, entre otras cosas, en que se refiere a los actos anteriores a la inscripción, no a la sentencia. Algunos comentaristas señalan que, al referirse a los actos anteriores a la inscripción, presupone que son aquellos que han tenido lugar entre el dictado de la sentencia y su inscripción. No obstante, consideramos que el artículo refiere a todos los actos otorgados por quien, en definitiva, vea restringida su capacidad por sentencia, hasta la inscripción de esta, con base en los presupuestos del artículo 473 originario, que infiere la previa existencia de una enfermedad o una disminución en las capacidades mentales con el alcance de una "enfermedad habitual luego corroborada judicialmente", lo que justifica la regulación del supuesto.[21]

Además, incluye el artículo 45 como supuesto independiente y alternativo para la eventual declaración de nulidad, sin que sea requisito la existencia de mala fe ni la

21. De Lorenzo, Miguel F., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 24.

notoriedad de la enfermedad, que se trate de actos a título gratuito. En virtud de esta disposición, todo acto a título gratuito otorgado en cualquier momento previo a la inscripción de la sentencia que restrinja la capacidad del sujeto, puede ser declarado nulo si perjudica a ésta, perjuicio que resultará de difícil evaluación cuando deba analizarse en circunstancias diferentes a las existentes al momento del otorgamiento del acto.

Este supuesto es asumido por muchos doctrinarios como aceptable con base en la inexistencia de contraprestación propia de todo acto a título gratuito. Nosotros no estamos tan seguros de la bondad de la previsión.

Toda esta reforma legislativa, en el ámbito de la Capacidad, se inscribe en un contexto nuevo en el que el Derecho de Autoprotección se desarrolla cada vez con mayor profundidad y en el que se empieza a afianzar, dentro de la sociedad, la adopción de medidas y disposiciones en previsión de la propia futura eventual incapacidad o capacidad restringida.

En este ámbito, los actos a título gratuito, en muchos aspectos resultan herramientas legítimas y convenientes para el andamiaje de las propias decisiones anticipadas.

Hay supuestos en los que los padres, por ejemplo, desean transmitir a sus hijos los bienes a título gratuito con el fin de que los administren en beneficio de aquéllos en caso de que en el futuro devengan incapaces. Otra herramienta de mucha utilidad en el ámbito del derecho de autoprotección es el contrato oneroso de renta vitalicia a través del cual muchos mayores encuentran la tranquilidad que necesitan para vivir su ancianidad seguros de ver satisfechas sus necesidades. Incluso es una forma de que los padres que tienen hijos con discapacidad, aseguren el bienestar de esos hijos cuando ellos no estén.

No obstante, la letra del artículo 45, sumada a la disposición del artículo 2461 del Código Civil y Comercial, en virtud de la cual la transmisión de bienes por actos entre vivos, a título oneroso, a favor de los legitimarios con la contraprestación de una renta vitalicia se presume sin admitir prueba en contrario acto a título gratuito, y la previsión del artículo 1600, por la que se determina la aplicación en subsidio al contrato oneroso de renta vitalicia de las reglas de la donación, entorpecen e incluso limitan la autonomía de la voluntad de manera tal que llegan a constituir un fuerte impedimento a la hora de planificar y organizar la vida para el caso de una eventual futura discapacidad.

Más allá del ámbito propio del derecho de autoprotección, en general consideramos que los actos a título gratuito, no deben ser estigmatizados a tal punto de afectar la autonomía de la voluntad e impedirlos desconociendo la tendencia natural del ser humano a beneficiar sin contraprestación alguna a aquéllas personas que quiere.

Es posible que, en definitiva, y más allá de la introducción del factor de perjuicio o la eliminación de la salvedad expresa para los co-contratantes de buena fe y a título oneroso, el artículo 45 no difiera tanto del originario 473, no obstante, la modificación del sistema general en el que el mismo se inserta, en especial en cuanto al tratamiento de los actos a título gratuito en el nuevo Código, altera de manera trascendente las consecuencias de su texto.

A este respecto, sugerimos que en el futuro se revisen estos aspectos y, mediante una reforma legislativa se adecue el régimen general previsto en el Código Civil y Comercial unificado para los actos a título gratuito a una realidad en la que se los acepte como una alternativa legítima y beneficiosa para la sociedad.

Con relación al artículo 46 del nuevo Código, comenzaremos por transcribir su redacción:

> Artículo 46: Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.

Destacamos a este respecto que su diferencia con el artículo 474 del Código vigente en este momento, es muy importante. En los Códigos comentados que hemos podido consultar no hemos advertido ninguna salvedad en este sentido que nos intente explicar la razón del cambio pero, en los hechos, entendemos que el nuevo texto será fuente de muchos conflictos.

En el artículo que hemos comentado, Kemelmajer señala: "Una visión generalizante muestra que los supuestos más frecuentemente fallados son los planteados por herederos que impugnan actos del causante no declarado demente". Y cita al doctor Vernengo Prack en un fallo del año 79: "Tratando de proteger al pobre insano, en realidad se ha venido protegiendo a sus codiciosos parientes a quienes el Código Civil había sancionado con la calificación de indignos".[22]

Con respecto a los "actos anteriores a la inscripción de la sentencia", si respecto del artículo 45 podía caber alguna duda sobre la amplitud del mismo en cuanto a los actos abarcados (si los otorgados tras la sentencia pero antes de su inscripción o si todos los actos anteriores a la inscripción), en este caso particular no existe alternativa: se trata de todos los actos –onerosos o gratuitos– anteriores a la inscripción de la sentencia, otorgados por cualquier persona antes de su fallecimiento.

Nuestra afirmación se sustenta en que, por una parte, evidentemente se trata de un caso en el que no existe sentencia sino una mera acción interpuesta con anterioridad al fallecimiento de una persona.

Por otra parte, a diferencia de lo previsto en el artículo 474 en el que expresamente se establecía que no podían impugnarse los actos de alguien fallecido "que hubiesen agotado sus consecuencias antes de la demanda de interdicción", en el actual artículo 46 no es requisito que el acto se haya otorgado después de instada la acción. El único requisito es que la persona haya fallecido después de interpuesta ésta.

En nuestro criterio –esperamos estar equivocados–, la redacción de este artículo solo puede dar origen a conflictos mezquinos entre los herederos y contra terceros. Consideramos que la defensa del interés de aquellos (ya no de la persona con discapacidad), no justifica introducir un factor de inseguridad jurídica semejante.

22. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 16. Cita el voto del juez Vernengo Prack en "H. C. c/ M. la T. Suc.", fallo del 30/11/1979 (*El Derecho*, t. 86, p. 665, y *Jurisprudencia Argentina*, t. 1980-I, p. 654).

En el trabajo que publicamos cuando el Código se encontraba aún en etapa de proyecto, al comentar este artículo sostuvimos:[23]

> Si su intención es cuidar el patrimonio de la persona incapaz o con capacidad restringida, ¿por qué se profundiza esa protección cuando ya ha fallecido? Este artículo protege exclusivamente el patrimonio de los sucesores mayores y capaces de la persona con discapacidad en un momento en el que esta ya no puede esgrimir argumento alguno en defensa de sus actos. Recordemos que el artículo 35[24] proyectado recoge el criterio de la legislación, doctrina y jurisprudencia más actual, que prevén que el juez, en su caso, entreviste personalmente y escuche a la persona con discapacidad. En este caso, será imposible. […] Consideramos absolutamente ilegítima e inconstitucional la posibilidad de que se declare nulo un acto o negocio jurídico por el hecho de haberse instado la acción declarativa de incapacidad con carácter previo a su fallecimiento. Se trataría de un caso en el que el fallecimiento de una persona genera los efectos de una sentencia declarativa de incapacidad, sin respeto al debido proceso y a los principios básicos y personalísimos que los artículos anteriores de este mismo capítulo proyectado pretenden destacar. Además, se posiciona como una convocatoria al fraude. Destacábamos antes la función pedagógica del derecho: ¿qué pautas de conducta sociales está promoviendo el legislador con una disposición como esta?

Como si lo anterior fuera poco, insiste el artículo en considerar un supuesto independiente del anterior y hábil para requerir la eventual nulidad del acto tras el fallecimiento de la persona supuestamente incapaz, el hecho de que haya sido a título gratuito. A este respecto reiteramos las consideraciones enunciadas al referirnos al artículo 45.

6. Conclusión

El Código Civil y Comercial, a la luz de los tratados internacionales, la normativa vigente en materia de capacidad y la realidad misma de esta época, al decidir mantener como uno de los supuestos posibles el de incapacidad de la persona humana, como un caso residual y diferente de la restricción graduada de la capacidad, debió haber previsto un régimen distinto e independiente. Al no hacerlo, incurre en contradicciones e incoherencias que empañan los logros alcanzados al incorporar los nuevos paradigmas y dificultan el correcto ejercicio de los derechos.

Si bien una primera interpretación literal de los artículos 39 y 44 del nuevo Código nos llevaría a concluir que, a pesar de no exigirlo expresamente la norma, a los efectos de acreditar la buena fe de los contratantes es requisito la previa solicitud al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del certificado de nacimiento que acredite la inexistencia de una sentencia inscripta que restrinja la capacidad de

23. Brandi Taiana, Maritel M., ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 130-131.

24. Art. 35. Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.

las personas intervinientes o declare su incapacidad, una lectura armónica, coherente y completa de la nueva normativa demuestra que ello no es necesario en modo alguno.

La nulidad de los actos y contratos otorgados con posterioridad a la inscripción de la sentencia de incapacidad o de capacidad restringida no podrá ser argüida por los co-contratantes con suficiente discernimiento que oculten la restricción de su capacidad, por cuanto incurrirán en dolo.

La obligación de brindar información a las restantes partes contractuales respecto de la restricción a la capacidad recae también y muy especialmente en los apoyos designados.

Fuera de estos casos, los supuestos de co-contratantes incapaces no ofrecen inconvenientes, por cuanto su nulidad es ostensible al tratarse de personas que se encuentran absolutamente imposibilitadas de manifestar su voluntad.

Los casos en los que los contratantes, obrando de buena fe, no se encuentren en condiciones de informar acerca de la restricción de su capacidad y en los que los apoyos, actuando con la debida diligencia, tampoco comuniquen dicha circunstancia supondrán, en la gran mayoría de los casos, una falta ostensible de discernimiento que será verificada por el co-contratante y, en su caso, por el escribano interviniente, quienes tienen a su cargo, con el mismo alcance que lo han tenido hasta ahora, la valoración del discernimiento de la persona con la que contratan, dentro de las posibilidades que tienen sin ser peritos en la materia.

Asimismo, los apoyos, los jueces y el Ministerio Fiscal deben procurar, en el cumplimiento de las funciones a su cargo, dar debida y efectiva publicidad a la restricción de la capacidad de los sujetos respecto de los que tengan intervención, comunicando a los registros en los que consten bienes inscriptos a nombre de las personas con discapacidad la existencia de la sentencia respectiva. Ello determinará que, en los casos de bienes registrables en los que sea preceptiva la solicitud de los certificados de acuerdo con la normativa vigente, se cuente con otro elemento más de control que coadyuve a la eficacia de los negocios jurídicos celebrados.

Con respecto a los artículos 45 y 46 del Código Civil y Comercial de la Nación, consideramos un exceso el tratamiento disvalioso que se confiere a los actos a título gratuito y destacamos que tales disposiciones atentan contra el libre ejercicio de derechos expresamente reconocidos por la norma. En relación con el artículo 46, nos preocupan las modificaciones introducidas respecto del artículo 474 del Código vigente, que consideramos de especial trascendencia. Sugerimos que una eventual reforma legislativa contemple la revisión de tales artículos y, en general, del sistema establecido respecto de los actos a título gratuito.

El poder al servicio del derecho de autoprotección

Maritel M. Brandi Taiana*

RdN 921

RESUMEN

El derecho de autoprotección puede ser abordado desde diferentes planos y en su ejercicio alcanzar distintos objetivos. El poder preventivo es la herramienta más concreta, eficiente y efectiva para poner en marcha y asegurar aquel ejercicio del derecho y sin necesidad, además, de exponer frente a los terceros con quien el apoderado contrate –en cumplimiento de lo que se le ha encomendado– intimidades o circunstancias personales del poderdante que prefiera mantener en reserva o que simplemente carezcan de relevancia. La clara diferenciación que el Código Civil y Comercial establece en cuanto a representación y mandato admite sin dudas su implementación y permite dotar a este especial derecho personalísimo de la herramienta precisa para su correcto andamiaje.

Sumario: ***1.*** *Problemática.* ***2.*** *Mandato preventivo.* ***2.1.*** *Antecedentes cercanos.* ***2.2.*** *Sugerencias de la doctrina nacional.* ***3.*** *A vueltas con el poder, el mandato y la representación.* ***4.*** *Poder preventivo.* ***5.*** *Renuncia y revocación del poder preventivo.* ***6.*** *Finalmente, ¿para qué un poder preventivo?*

1. Problemática

Gracias a los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia de los últimos veinte años que han luchado por el reconocimiento del derecho de autoprotección como un instituto con entidad propia, receptor de la preocupación de un sector muy importante de la comunidad –antes completamente silenciado y hasta ignorado–, podemos decir a estas alturas que cuando hablamos de la "problemática" de la discapacidad, todos sabemos perfectamente a qué nos referimos. Se trata de una cuestión que requiere del análisis científico multidisciplinar y que presenta tantas variaciones en su abordaje como individuos alcanzados por la preocupación y la necesidad de respuestas y soluciones.

Desde el punto de vista específico de la previsión de la propia eventual discapacidad, la legislación nacional e internacional reconocen paso a paso mayores herramientas para que los individuos puedan autogestionar su futuro: la designación del propio curador, la posibilidad de otorgar directivas anticipadas comprensivas de aspectos sanitarios y patrimoniales, los contratos de renta vitalicia, etc. Sin embargo, en ocasiones, esas herramientas presentan básicamente dos inconvenientes prácti-

* Información sobre la autora en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

cos: a) para su completa operatividad se requiere la intervención judicial, con la consecuente falta de inmediatez; b) suponen la adopción, en el presente, de decisiones anticipadas sobre cuestiones futuras concretas cuyo alcance los individuos desconocen al momento de asumirlas. Lo anterior no pretende minusvalorar el alcance de lo conseguido hasta ahora, sino poner de manifiesto la necesidad de profundizar acerca de herramientas que puedan colaborar a minimizar los inconvenientes planteados y a dar cumplimiento, además, a lo dispuesto en el artículo 12[1] de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Es importante que los individuos, amén de designar su propio curador y dar indicaciones sobre cómo creen que quieren vivir su propia eventual futura discapacidad, cuenten con la posibilidad de facultar a una persona de su confianza para que, llegado el momento y sin dilaciones, los represente y procure su bienestar de acuerdo con su voluntad, criterios y valores. Es cierto que la intervención judicial pretende garantizar la protección de las personas con discapacidad, pero a veces esperar los tiempos de la justicia o dar acceso a la opinión de terceros que nos desconocen constituye en sí mismo una desprotección. En todo caso, siempre podrán efectuarse los controles judiciales pertinentes.

Intentaremos analizar a lo largo de este trabajo la viabilidad del mandato preventivo, el poder preventivo, sus pros y contras.

2. Mandato preventivo

2.1. *Antecedentes cercanos*

Por las similitudes en el ámbito social, el derecho español es un referente para nuestro ordenamiento jurídico. La Ley 41/2003 (de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta Finalidad) fue revolucionaria para el propio sistema jurídico español y supuso, por parte de los operadores jurídicos, un

1. Art. 12 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: "Igual reconocimiento como persona ante la ley. 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 su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán 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 derecho internacional en materia de derechos 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, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

verdadero desafío –que aún continúa– de cara a asimilar y a adaptarse a principios incluso contrarios a la tradición jurídica nacional.

Esa ley tiene cinco ejes temáticos de gran calado:

1) Da nacimiento a un patrimonio de afectación (patrimonio especialmente protegido), estructura normalmente rechazada por la comunidad jurídica ibérica, que únicamente receptaba, hasta ese momento, el "patrimonio separado" constituido por las fundaciones. (Téngase en cuenta que en España no ha tenido cabida, p. ej., el patrimonio fiduciario tal y como lo entendemos en Argentina, y eso, precisamente, por la desconfianza que la creación de patrimonios independientes despierta en el ámbito jurídico).
2) Regula expresamente la "autotutela".
3) Reconoce como supuesto objetivo de protección a la "discapacidad natural" o simple falta de discernimiento, distinta de la "incapacidad judicialmente declarada".
4) Modifica las causales de extinción del tradicional contrato de mandato, para dar cabida al "mandato preventivo".
5) Permite establecer mejoras en el ámbito sucesorio, a favor de descendientes judicialmente incapacitados.

Mucho se ha estudiado y escrito acerca de esa ley, lo que ha dado lugar, incluso, a la modificación (a través de la Ley 1/2009[2]) de la norma reguladora del Registro Civil, en la que se incorporó el artículo 46 ter:

> En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante.

Además, la disposición final primera de la Ley 1/2009 insta al Gobierno a la revisión y modificación de los procedimientos de incapacitación de la persona:

> … que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Uno de los aspectos que generó mayor discusión fue, precisamente, el mandato preventivo, sus alcances, la razonabilidad de suprimir como causal imperativa de su extinción la incapacidad sobrevenida del mandante y las consecuencias que ello deparaba en cuanto a su revocación y renuncia y hasta respecto de la rendición de cuentas del mandatario. Como bien señala el notario Federico Cabello de Alba Jurado[3],

2. Ley 1/2009 del 25 de marzo, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, del 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta Finalidad.

3. Cabello de Alba Jurado, Federico, "La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención" (trabajo presentado en L Jornadas

> … la razón fundamental de este precepto –el que extinguía el mandato por la incapacidad sobrevenida del mandante en la versión modificada del Código Civil– era que puesto que la persona incapacitada perdía la facultad para revocar el poder, en aras de su protección, éste quedaba extinguido. Además, se entendía que puesto que la persona incapacitada no podía intervenir en la negociación, tampoco podría hacerlo a través de un mandatario.

No obstante, y más allá de las discusiones acerca de la conveniencia o no de tal previsión, lo cierto es que por mor de la Ley 41/2003, el Código Civil español cuenta con una nueva redacción de su artículo 1732:

> El mandato se acaba:
> 1.º Por su revocación.
> 2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario.
> 3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.
> El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante **a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor**.

Como consecuencia de dicha redacción, en España puede otorgarse un mandato que continúe en caso de incapacidad sobrevenida si así expresamente se acuerda y también puede otorgarse un mandato sujeto a la condición suspensiva de que acaezca la incapacidad futura. Esto, a su vez, ha llevado a discutir si la incapacidad a la que se refiere el artículo es la declarada judicialmente o la natural, pero, teniendo en cuenta la previsión legal respecto a que la misma será apreciada conforme a lo dispuesto en el mandato y que la modificación de este artículo se gestó en la ley que con mayor nitidez introdujo en España el concepto de capacidad natural, parece claro que se refiere a esta última.[4]

Debemos aquí hacer un alto para referirnos someramente al concepto de **capacidad natural**. Cuando hablamos de la capacidad natural, nos referimos a la existencia de discernimiento por parte del otorgante de un acto al momento del otorgamiento. Se trata de una cuestión de hecho.

Somos conscientes de que algunos autores muy destacados consideran inapropiado el término e incluso afirman que

> … no existe en nuestro 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"…[5]

---

de la Fundación Aequitas, en colaboración con el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia [Madrid, 2013]).

4. En igual sentido, v. Cabello de Alba Jurado, Federico, ob. cit. (cfr. nota 4), p. 21; y Rueda Díaz de Rábago, Manuel Ma., "Organización de la propia discapacidad. Poderes y mandatos preventivos", Vitoria, 2011, [s. e.].

5. Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B., "Regulación de la prórroga de los poderes en los casos de incapacidad del poderdante", pp. 21 y ss. (trabajo presentado en la XV Jornada Notarial Iberoamericana [Madrid, 2012]).

No obstante, por una parte, consideramos el concepto "capacidad natural" como un lugar común en donde la realidad y lo jurídico confluyen de manera de entenderse mutua y recíprocamente. Por otra parte, y precisamente por lo anterior, nos referimos a la existencia de discernimiento antes o después de una sentencia judicial que limite el ejercicio de la capacidad, circunstancia que es muy relevante, según recordaremos cuando analicemos la posibilidad de revocación de los poderes preventivos. Finalmente, se trata de una terminología utilizada en el ámbito nacional[6] e internacional[7], lo que también colabora en el entendimiento de la cuestión y en la armonización de los ordenamientos jurídicos. Sin perjuicio de ello, no vemos inconvenientes en incorporar también, como una propuesta de calado, el neologismo *disdiscerniente*[8] si ello colabora a la construcción de un mejor lenguaje compartido.

Además de España, también han legislado sobre mandatos y/o poderes preventivos Alemania, el Código Civil de Quebec, Italia y Francia. Todos ellos de diferente manera y con distinto alcance pero siempre con la finalidad última de permitir que, mediante el otorgamiento de poderes, una persona capaz adopte decisiones para el caso de una eventual futura discapacidad que le impida manifestarlas o asumirlas.

A nuestro juicio, y por las razones que indicaremos más adelante, no es ni conveniente ni indistinto hablar de mandato y/o poder asimilando ambos institutos, y hasta consideramos poco afortunado recurrir al contrato de mandato para dar cabida a este derecho, inalienable y reconocido por la legislación local e internacional, de disponer en ejercicio del derecho de autoprotección. Sin embargo, en todo caso, a diferencia de la legislación extranjera citada, en el Código Civil argentino vigente, el mandato se extingue por la incapacidad sobreviniente al mandante o mandatario, de conformidad con la letra expresa del artículo 1963. Asimismo, en el Código Civil y Comercial unificado que entrará en vigor el 1 de agosto de 2015, el artículo 1329 establece igual previsión.

2.2. *Sugerencias de la doctrina nacional*

Pioneros como han sido en el estudio de la discapacidad en Argentina, los escribanos Taiana de Brandi y Llorens, ya en el año 1996 –mucho antes incluso de la ley española de 2003–, sugerían[9] de *lege ferenda*:

> Dar andamiento –a las directivas anticipadas– por medio de la designación del mandatario, apoderado o no. El comienzo del mandato será: 1) actual, para que el mandatario acompañe al mandante en sus negocios desde el otorgamiento; 2) para que funcione sólo una vez declarada la incapacidad; o 3) para que empiece a tener vigencia luego de la pérdida de la aptitud del mandante y antes de su declaración judicial, cuando esa ca-

6. Cifuentes y Neri (citado por Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 5]).

7. Ramos Chaparro, Enrique, "La persona y su capacidad civil", Madrid, Tecnos, 1995, pp. 284 (quien a su vez cita a Carnelutti).

8. Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 14 y 45.

9. Llorens, Luis R. y Taiana de Brandi, Nelly A., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

> rencia fuese comprobada por dos médicos o en la forma prevista por el mandante. Será obligación del mandatario iniciar de inmediato la apertura del proceso de incapacidad.

Agregaban en ese momento los autores citados que

> … no es de la esencia del mandato ni del poder su caducidad por la incapacidad del otorgante […] Así como existen poderes y mandatos que subsisten luego de la muerte del poderdante o mandante, así también es posible que la ley permita la subsistencia del poder y del mandato, luego de la incapacidad del poderdante o mandante. De la misma manera, como existen poderes y mandatos destinados a ser cumplidos luego de la muerte del poderdante o del mandante (art. 1982 Cód. Civil), sorteando muchos inconvenientes menores la ley puede permitir la existencia de poderes y de mandatos destinados a ser cumplidos luego de la incapacidad del mandante o del poderdante.

En una ponencia presentada por los mencionados escribanos en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995), propusieron precisamente, de *lege ferenda*, que se permitiera el ejercicio de la representación aun después de la incapacidad del mandante cuando el mandato ha sido dado en previsión de la propia incapacidad o para subsistir a ella y la ponencia mereció aceptación unánime.[10] En el trabajo presentado en la XV Jornada Notarial Iberoamericana (Madrid, 2012), Llorens y Rajmil renovaron la propuesta originariamente postulada en 1996, y sostuvieron que, incluso de *lege lata*,

> … una interpretación armónica de las disposiciones de nuestro Código Civil y la consideración de las normas constitucionales, de la más reciente legislación argentina y de los tratados internacionales aprobados por nuestro país nos permite afirmar, en determinadas circunstancias, la vigencia y eficacia de mandatos y poderes ante la "incapacidad" sobreviviente del otorgante.[11]

En su análisis, los autores consideran no solo la legislación local vigente sino los tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico. Equiparan el mandato y el poder y sostienen que el criterio que el Código prevé para mantener la vigencia del mandato tras el fallecimiento del mandante es aplicable para el caso de pérdida de capacidad. Entienden, además, que los artículos 1963, inciso 4, y 1984 del Código Civil

> … se refieren únicamente a la incapacidad declarada del mandante o poderdante. Lo contrario podría tornar en absolutamente insegura la utilización de un poder. Así, afirmamos que el discernimiento del otorgante es necesario al tiempo del otorgamiento del apoderamiento y no al tiempo de su ejercicio.[12]

Más allá de que coincidimos con los mencionados escribanos en que es necesario que una persona pueda otorgar válidamente un poder como herramienta para au-

10. [N. del E.: el lector podrá consultar las conclusiones de la Jornada en la RDN digital http://www.revistanotariado.org.ar/

11. Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 5.

12. Ídem, p. 22.

togestionar su eventual futura discapacidad, consideramos que el texto del Código Civil vigente y del Código Civil y Comercial unificado que entrará en vigor en breve es taxativo y no permite, de *lege lata*, la subsistencia del mandato ante la discapacidad sobrevenida del mandante. No coincidimos en que las personas que carecen de aptitudes psíquicas suficientes para otorgar actos jurídicos pero no se encuentran judicialmente incapacitadas

> … más allá de la eventual anulación de los actos que otorguen por causa de su falta de discernimiento en el obrar […] seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces.

El artículo 897 del Código Civil velezano es claro al exigir, para configurar un hecho voluntario, la existencia de discernimiento, intención y libertad. Si dichos requisitos no se cumplen, no hay hecho voluntario. Igual disposición establecen los artículos 260 y 261 del Código Civil y Comercial. Ello más allá de que se pueda o no probar o de que los intervinientes en el negocio jurídico, actuando con la debida diligencia, conozcan o puedan conocer la eventual falta de discernimiento del mandante.

Con esto no queremos significar que los escribanos y/o las partes deban verificar, en cada caso en que un mandatario represente a su mandante, si este mantiene o no el discernimiento al momento del otorgamiento del acto, pero sí consideramos que el mandatario es responsable del ejercicio del mandato una vez que este se ha extinguido y también que si, por algún motivo, el notario interviniente o la otra parte contratante conociera o debiera haber conocido la pérdida de discernimiento por parte del mandante, el acto otorgado en esas condiciones no será válido. Lamentablemente, y a pesar de haber intentado *autoconvencernos* de lo contrario, consideramos que la pérdida de discernimiento del mandante produce la extinción del mandato por ser un requisito inherente y esencial del instituto. En todo caso, lo que queda claro es que es un tema controvertido y que los derechos reconocidos a las personas con discapacidad en la legislación local y en los tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico[13] requieren que los legisladores y los operadores jurídicos provean herramientas indubitables que garanticen el ejercicio válido y eficaz del derecho de autoprotección sin sujeción a diferencias interpretativas, a la vez que brinden seguridad jurídica al tráfico comercial en general.

3. A vueltas con el poder, el mandato y la representación

Si hay un tema que ha sido estudiado, analizado, discutido, aprendido y enseñado, ese es el del poder, el mandato y la representación. Sin embargo, y a pesar de todo lo que se ha hablado al respecto, creemos que el eje de la cuestión que nos permite afirmar hoy por hoy, de *lege lata*, la posibilidad válida y eficaz de otorgar poderes preventivos –no así mandatos preventivos– reside en esta materia.

13. En especial: Ley 26657 de Salud Mental; Ley 26529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (y su modificación introducida por la Ley 26742); Ley 26378 de Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo; Ley 23849 de Aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Nos enseña Negri Pisano[14]:

> Es sabido que corresponde a Laband el mérito de haber puntualizado por primera vez la distinción conceptual entre mandato y representación. Sus reflexiones abrieron el camino para el reconocimiento del poder como acto autónomo e independiente de la relación básica de gestión. A continuación de algunas consideraciones reveladoras de Ihering, Laband **sostuvo que mandato y poder pueden coexistir, pero ello será una cosa accidental, no necesaria**. Pueden celebrarse mandatos que no faculten para representar, como sucedía en el derecho romano y sucede en el caso del comisionista "y en otros muchos y frecuentes casos"; y **hay poderes independientes de la existencia de un mandato**. "De donde se deduce que mandato y poder no son el lado interno y el lado externo de una misma relación jurídica, **sino dos relaciones jurídicas diversas entre si, que únicamente coinciden de hecho en muchos casos**. Constituye por tanto una necesidad jurídica hallar la separación rigurosa entre estos dos conceptos. Se trata de dos negocios jurídicos completamente distintos, basados en supuestos diferentes y de contenido y efectos diversos". Aclara Laband que cuando el mandatario actúa en nombre del mandante, no puede hablarse de "mandato con facultad de representación" sino simplemente de "concurrencia de un mandato con un poder", pues siempre la facultad de representar proviene del poder, acto distinto del mandato. Laband no inventa la figura del poder sino que la descubre, guiado en parte por indicios que le suministran autores anteriores. **El poder estaba ahogado por la unión de la representación y el mandato. Desvinculados estos conceptos, el poder pasó a ocupar su sitio como fuente de la representación voluntaria**.

Informa Negri Pisano que esta teoría fue admitida en Italia y en España, y que en nuestro país "el primero en acogerlas fue Bibiloni y las exponen Fontarrosa, Masnatta y Spota".[15] El estudio realizado por Negri Pisano es extenso y riguroso y a él nos remitimos en cuanto a los antecedentes y posiciones existentes a este respecto para nutrir aún más los fundamentos que nos hacen afirmar la clara, útil y necesaria separación que existe entre mandato y poder.

En sus conclusiones, señala:

> Por consiguiente, nos parece que en medio de tan apasionadas discusiones emerge una conquista positiva, que consiste en el reconocimiento de que el mandato y la representación "implican nociones diversas", como decía Bibiloni, el primero que lo advirtió entre nosotros […] En cuanto al poder […] su independencia con respecto a la relación básica de gestión es real, pero no siempre absoluta a nuestro juicio. Debe reconocerse la posibilidad de que exista un poder eficaz, y que produzca efectos, sin que haya negocio de gestión entre las partes. **Serán casos anómalos o de excepción, pero bastan para dar testimonio de que el poder goza de una vida propia. Cuando la relación básica existe, que es el caso más corriente, sirve para determinar la razón por la cual se otorgó el poder y el fin que con éste se persigue. El poder es el instrumento para cumplir la finalidad perseguida por la relación de gestión, pero no forma parte de ésta ni puede confundírselo con ella. La relación básica origina el derecho del apoderado para**

14. Negri Pisano, Luis E., *La representación voluntaria. El poder y el mandato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, p. 133.

15. Ídem, p. 141.

> **actuar y generalmente su obligación de hacerlo. Pero su facultad de actuar proviene del poder…** [16]

También el notario Rubén Lamber [17] expuso en 1988 la postura mayoritaria respecto de la independencia entre poder y mandato:

> **… en la relación entre poderdante y apoderado deberá recurrirse al negocio base que determinó el otorgamiento del poder, y tampoco en este caso tiene que ser exclusivamente un mandato**. La sola presencia del factor de comercio, del gerente de una sociedad, del apoderado judicial, nos coloca frente a situaciones bien diferenciadas: locación de servicios, de obra, etc.

Igual criterio expusieron los notarios Andrés y Rey [18]:

> Caracteres del poder: Independencia y abstracción. El otorgamiento del poder de representación o acto de apoderamiento suele encontrar su justificación en una relación que puede ser de la más variada índole (mandato, locación de servicios, de obra, sociedad, contrato de trabajo, compraventa, etc.), manteniendo no obstante netamente diferenciada la situación subyacente al apoderamiento de éste en sí […] En este sentido, el poder es negocio abstracto apto para operar en las relaciones externas hacia los terceros con independencia de las vicisitudes que puedan afectar a la relación interna.

Castán Tobeñas y Pérez Fernández del Castillo, autores españoles que hemos citado cuando expusimos por primera vez, de forma incipiente, la propuesta que se desarrolla aquí, [19] también sostienen que el negocio subyacente en el poder no siempre es el mandato, aunque sea el más frecuente, y son dos institutos de grandes diferencias entre sí.

En relación con la representación, nos propone Negri Pisano [20] como definición la siguiente, que consideramos clara y conforme a la opinión mayoritaria:

> Una persona actúa por representación cuando, investida de una facultad apropiada y suficiente, realiza un acto en nombre de otra, produciéndose los efectos del acto directa o inmediatamente en la esfera jurídica de la persona representada.

16. Ídem, p. 159.

17. Lamber, Rubén A., "Representación, poder y mandatos", Bahía Blanca, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires - Delegación Bahía Blanca, 1988 (trabajo presentado en la XXVII Jornada Notarial Bonaerense [Bahía Blanca, 1988]). [N. del E.: el lector podrá consultar las conclusiones de la Jornada en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

18. Andrés, Antonio y Rey, Norberto J., "Representación, poder y mandatos", Bahía Blanca, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires - Delegación Bahía Blanca, 1988 1988 (trabajo presentado en la XXVII Jornada Notarial Bonaerense [Bahía Blanca, 1988]).

19. Ver Brandi Taiana, Maritel M., "Algunos apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en los derechos español y argentino", Madrid, [s. e.], 2002 (trabajo presentado en el marco de la beca otorgada por el Consejo General del Notariado de España; obtuvo el I Premio de Investigación Jurídica en la Prevención, Rehabilitación, Integración Social o Promoción de las Personas con Discapacidad, Personas Mayores, Inmigrantes y Refugiados, otorgado por la Fundación Aequitas de España el 19/12/2002); publicado en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, nº 954, mayo-agosto 2006, pp. 431-512.

20. Negri Pisano, Luis E., ob. cit. (cfr. nota 14), p. 81.

Sostiene Lamber[21]:

> La representación es un efecto de los actos celebrados por quien, invocando el poder de otro para actuar en su nombre y de su cuenta, acredita esa circunstancia ante el tercero con el que contrata, trasladando la relación en forma directa al representado. El poder es la facultad, concedida por una persona a otra, para que celebre actos jurídicos con la autorización expresa de representarla. Conforme con la extensión de facultades acordadas, establece la medida de la representación.

Finalmente, consideramos de gran importancia señalar los requisitos de la representación, claramente expuestos por Negri Pisano:

> … los requisitos indispensables que debe reunir el acto cumplido por representación, que algunos llaman condiciones, son tres: que el representante realice una manifestación de voluntad propia, que actúe en nombre del representado y que esté provisto de la facultad de representar.

Con todos estos argumentos podemos llegar a algunas conclusiones:

1) El poder puede tener como negocio subyacente un **acto o contrato distinto del mandato**.
2) El acto o negocio jurídico subyacente al apoderamiento deberá reunir las condiciones y requisitos exigibles al mismo y **no los correspondientes al contrato de mandato**. Lo contrario sería extender caprichosamente las características del contrato de mandato a los restantes actos o negocios jurídicos que puedan ser vehiculizados a través del poder.
3) En especial en cuanto al requisito de la capacidad exigible para contratar en cada momento, deberá estarse a los **requisitos propios del negocio subyacente**.
4) **No es requisito esencial de la representación la capacidad del representado al momento de su ejercicio**.

Debemos subrayar que el nuevo Código Civil y Comercial recoge todos estos conceptos al regular tanto la representación como el mandato:

- "Artículo 362. Caracteres. La representación voluntaria comprende sólo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo…". En este sentido, y en el ámbito que nos convoca, toda persona puede otorgar actos de autoprotección.
- "Artículo 364. Capacidad. En la representación voluntaria el representado **debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento**, para el representante es suficiente el discernimiento".
- "Artículo 380. Extinción. El poder se extingue […] h) **por la pérdida de la capacidad exigida** en el representante o **en el representado**".

Se deduce de los artículos transcriptos que la capacidad del representado debe existir al momento del otorgamiento del poder y que este se extingue por la pérdida de la capacidad exigida al representado, que no es más que la necesaria al momento del otorgamiento del poder. A decir verdad, incluso la previsión del apartado h) del

21. Lamber, Rubén A., ob. cit. (cfr. nota 17).

artículo 380 no es del todo correcta, porque lo cierto es que en caso de que el representado no tenga capacidad suficiente al momento del otorgamiento del poder este no se extinguirá sino que será inválido. A su vez, el regular el contrato de mandato, entre las causales de su extinción, el artículo 1329 dispone: "El mandato se extingue […] e) por la muerte o incapacidad del mandante o del mandatario".

Evidentemente, las causales de extinción del poder y del contrato de mandato son diferentes. La incapacidad del mandante extingue el contrato de mandato y ello es lógico porque la regla de que nadie puede hacer por otro lo que no puede hacer por sí mismo es esencial al contrato de mandato. Sin embargo, el poder, como herramienta independiente del contrato de mandato y que puede tener origen en un acto o negocio subyacente diferente, no se extingue por la incapacidad sobrevenida del poderdante sino por la falta de esta al momento del otorgamiento de dicha herramienta.

4. Poder preventivo

A partir de los conceptos y argumentos expuestos, estamos en condiciones de justificar y concretar nuestra opinión. El contrato de mandato no es el instituto idóneo para servir al derecho de autoprotección por cuanto, como contrato, se extingue en nuestro ordenamiento jurídico por la discapacidad sobrevenida del mandante y, teniendo en cuenta la tradición jurídica latina, consideramos que es correcto que así sea. Esto lleva aparejados, además, graves inconvenientes a la hora de su eventual revocación o de la renuncia del mandatario y/o su rendición de cuentas.

Sin embargo, el poder como instituto abstracto independiente del contrato de mandato es una herramienta eficaz que **puede otorgarse con causa en un acto de autoprotección**. En este caso, la extinción del poder se regirá por las reglas de su causa subyacente y, por tanto, nacerá a la vida jurídica ante la existencia de la discapacidad. De esta manera, evitamos forzar la letra expresa de nuestras normas vigentes y conculcar principios esenciales del contrato de mandato con el fin de coadyuvar a la autogestión de una eventual futura discapacidad.

Lo anterior no obsta que puedan otorgarse poderes que tengan como negocio subyacente un contrato de mandato y, además, un acto de autoprotección, razón por la cual, a pesar de la extinción del mandato por la discapacidad sobrevenida, el poder seguirá vigente con motivo del acto de autoprotección que también le subyace. Ello nos permitirá, en la práctica, contar con un medio legítimo indubitable de actuación frente a terceros que, a la par que protege a la persona con discapacidad, protege la seguridad jurídica del tráfico negocial. Esta interpretación está amparada en la autonomía de la voluntad, la legislación local vigente y en los tratados internacionales, pero, además, está expresamente admitida a tenor del artículo 19[22] de la Constitución Nacional y, ahora, en la letra expresa del Código Civil y Comercial de la Nación de inminente vigencia.

22. Art. 19 CN: "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".

El poder preventivo así entendido es, además, una forma concreta de hacer efectivo el sistema de apoyos y salvaguardias adecuadas establecido en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En un primer momento nos pasó inadvertido que no estamos hablando de un proyecto que requiera la aprobación o previsión legislativa expresa, sino que era viable de *lege lata* ya con el Código vigente. En efecto, en 2012, si bien defendimos la postura de que es necesario diferenciar el mandato del poder preventivo y su utilidad para vehiculizar la voluntad en previsión de la propia eventual discapacidad, lo consideramos un instituto de *lege ferenda*.[23] No obstante, profundizando luego en el estudio y análisis del tema, expusimos ese mismo año[24] que si bien el poder preventivo no se encuentra expresamente regulado, no está prohibido y, por tanto, puede ser utilizado sin más trámite que la correcta redacción causal que justifica su otorgamiento para impedir su extinción ante el supuesto de discapacidad del otorgante.

La idea originaria del mandato preventivo fue en su momento muy útil como disparador de *lege ferenda*. En el año 1996 poco se había dicho aún sobre la discapacidad e incluso intuimos que en la interpretación de alguna legislación extranjera problemas de traducción pueden haber incidido en la automática equiparación doctrinaria del mandato y el poder preventivos. En efecto, Morón Kavanagh[25], al analizar la representación en el derecho civil alemán, señaló:

> De acuerdo a la doctrina moderna y a la ley, el apoderamiento debe distinguirse claramente de la relación contractual que le sirve de base y en virtud de lo cual el apoderado tiene frente al poderdante la facultad y, por lo general, también el deber de actuar en asuntos del poderdante, usando para ese fin el poder de un modo determinado. Es obvio que semejante obligación sólo puede crearse por contrato, en tanto que el poder puede descansar en la voluntad unilateral del poderdante, porque no tiene mayor efecto que conferir el poder de representación sin imponer obligaciones al representante.

Surge con evidencia que la doctrina que nosotros sugerimos parece ser la misma que recoge el ordenamiento jurídico alemán. Por lo tanto, en Alemania, ¿el poder preventivo es asimilable al mandato preventivo? Cierto es que en la doctrina que nosotros hemos podido consultar los equiparan y tratan de manera indistinta, pero a lo mejor una incursión profunda en dicho sistema jurídico nos lleve a la conclusión contraria.

Andrea Tietze, licenciada en Ciencias Jurídicas, profesora asistente de Derecho Civil (Universidad de Göttingen, Alemania), publicó en 2003 un artículo que tituló

23. Brandi Taiana, Maritel M., "El poder preventivo. Una buena herramienta de autoprotección", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, año IV, nº 5, junio 2012, pp. 210-215.

24. Brandi Taiana, Maritel M., "El poder preventivo, posible en el marco del Código Civil vigente y proyectado", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 910, octubre-diciembre 2012, pp. 25-36.

25. Morón Kavanagh, Ma. Liliana, "La representación en el derecho civil argentino y en el derecho civil alemán", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 892, abril-junio 2008, pp. 95-155.

"La autodeterminación del paciente terminal en el derecho alemán"[26] y, al comentar las distintas herramientas jurídicas existentes en ese ordenamiento, señaló:

> El poder preventivo representa un negocio jurídico mediante el cual el poderdante faculta a una persona, en forma anticipada, para que ésta pueda actuar en su lugar en caso de incapacidad.

Parece reconocerse la existencia de un "negocio" subyacente que, por sus características, supone un acto de autoprotección.

La interpretación correcta de un derecho extranjero no es fácil, más aún si hay diferencias de idioma y tradición jurídica. Es posible que en el derecho alemán se distinga el poder del mandato y precisamente por ello se hable de poder preventivo en lugar de mandato preventivo. En todo caso, excede nuestras posibilidades determinar a ciencia cierta el criterio seguido en el derecho germano. Lo expuesto no es más que un llamado de atención frente a las cuestiones que en algunos momentos damos por ciertas.

En otro orden de ideas, no sabemos si, como dice Morón Kavanagh, es tan obvio que esa obligación subyacente al poder solo pueda crearse por contrato, dado que, a nuestro entender, en estos casos subyace un acto de autoprotección que no es en sí mismo un negocio, por lo que cabría enfrentar la circunstancia que reconoce Negri Pisano de "poder eficaz que produzca efectos, sin que haya negocio de gestión entre las partes"[27]. Si bien se trata de una idea que no profundizaremos en este trabajo, no subyace en esta categoría de poderes un contrato o un negocio sino un acto de autoprotección cuyas obligaciones respecto del apoderado nacen como consecuencia del ejercicio, por parte de este, de las facultades que le fueron conferidas en tanto asume, voluntariamente, el deber de cuidado de una persona.

En definitiva, en lo concerniente a la legislación extranjera actual, especialmente en España, está expresamente legislado el mandato preventivo mediante la modificación de los principios tradicionalmente reconocidos al contrato de mandato y –se esté o no de acuerdo– lo cierto es que se trata de derecho positivo. En nuestro ordenamiento, en cambio, no tenemos una norma similar y, si bien solicitamos desde hace tiempo que se dicte una ley expresa en este sentido, no hay visos de que eso ocurra. No obstante, "como no hay mal que por bien no venga", como dice el refrán popular, esa demora del legislador nos ha permitido seguir pensando soluciones para facilitar la eficiente estructuración del derecho de autoprotección de manera que pueda implementarse de forma sencilla y rápida y que sea realmente operativo. Así, hemos podido advertir que tuvimos siempre la solución al alcance de la mano y que su hallazgo solo requería modificar el enfoque desde el que leíamos el derecho vigente. Y ahora, con el nuevo Código Civil y Comercial, no hay duda alguna respecto de su viabilidad.

26. Tietze, Andrea, "La autodeterminación del paciente terminal en el derecho alemán", en *Revista de Derecho*, Valdivia, Universidad Austral de Chile, v. 15, nº 2, diciembre 2003, pp. 113-130.

27. Negri Pisano, Luis E., ob. cit. (cfr. nota 14), p. 159.

5. Renuncia y revocación del poder preventivo

Evidentemente, resulta difícil admitir la posibilidad de que un mandato sea revocado por una persona con posterioridad a su discapacidad sobrevenida. No obstante, ello es perfectamente admisible en el marco del derecho de autoprotección y hasta resulta imperativo a la luz de los tratados internacionales que obligan a respetar la autonomía individual de la persona con discapacidad, más allá de que deba tenerse en cuenta su discernimiento, su comprensión del acto o negocio que otorgue en cada oportunidad.

Uno de los inconvenientes que enfrenta la previsión de la propia eventual discapacidad es la toma de decisiones sobre cuestiones futuras que se desconocen y el eventual peligro de que, llegado el momento, la voz propia no sea escuchada. Es así que nosotros entendemos que, más allá de cualquier sentencia que pudiera limitar la capacidad de obrar de un individuo, este podrá, en todo caso, formular manifestaciones contrarias a las indicadas en un momento anterior cuando aún gozaba de plena capacidad, y si el tercero a quien va dirigida la manifestación se persuade que la misma ha sido adoptada con suficiente discernimiento, deberá receptarla y, en lo posible, darle cauce. Con igual criterio, la designación de apoderado podrá ser revocada por la misma persona discapacitada, siempre que no se encuentre privada de discernimiento al momento de manifestar su voluntad.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que dentro del marco del derecho de autoprotección los individuos cuentan con mayor libertad a la hora de gestionar su futuro, podrán preverse mecanismos ágiles que, no obstante estar sujetos en su caso al control judicial, permitan dar soluciones inmediatas a cuestiones como la necesidad de revocación de un poder o recibir su renuncia e incluso aceptar la rendición de cuentas del apoderado. Una persona puede disponer que la revocación del poder que otorga sea decidida en el futuro por otras personas de su confianza o que ante la renuncia del apoderado asuma la responsabilidad de su representación otra persona previamente designada, y todo ello con la necesaria consulta previa al interesado disponente. También podrá acordar la persona o personas encargadas de verificar, controlar y aprobar las cuentas.

6. Finalmente, ¿para qué un poder preventivo?

Se dijo al principio de este trabajo que las herramientas al servicio de la autogestión de la eventual futura discapacidad suelen presentar dos inconvenientes: a) la habitual necesidad de intervención judicial para su total aplicabilidad y, el que es tal vez más grave, b) la adopción de decisiones sobre cuestiones que, al momento de tomarlas, desconocemos. Suele suceder que los seres humanos tengamos ideas claras sobre cuestiones que no hemos experimentado personalmente pero, llegado el momento, esa claridad se diluya y cambiamos de idea. El poder preventivo permite que la persona con discapacidad designe a alguien de confianza para ayudarla a tomar decisiones inmediatas que resuelvan con agilidad problemas importantes, aun de índole patrimonial: por ejemplo, la conveniencia de alquilar sus propiedades y destinar el producido de esos negocios al fin último que persigue, mejorar la calidad

de vida del poderdante. A su vez, nos permite dejar en manos de alguien que nos conoce la adopción de decisiones que, por ser futuras, resulta aventurado disponer de antemano.

No es fácil pensar y tomar decisiones en consideración de la propia eventual futura discapacidad. Sin embargo, si podemos gozar de la paz de saber que nuestra decisión, en definitiva, se limita a unas cuantas pautas generales y a la designación de esa persona leal y confiable que con suerte todos encontramos en la vida, para que adopte por nosotros las decisiones que desde lo humano y desde nuestros valores, obrando con buena fe y con afecto, entiende que nosotros mismos adoptaríamos en esas circunstancias, la presión e incluso la angustia seguramente disminuyan. Para eso es el poder preventivo.

Nuevamente acerca del artículo 985 del Código Civil

A propósito de las conclusiones de la XXXI Jornada Notarial Argentina*

José C. Carminio Castagno**

RdN 919

RESUMEN

Se efectúa un análisis crítico de los documentos que se detallan en el trabajo, todos ellos referidos a la consideración que se efectuó en la última Jornada Notarial Argentina de la variada temática implicada en el artículo 985 del hoy derogado Código Civil.

He leído detenidamente el informe inicial de la señora coordinadora nacional y las conclusiones del Tema III[1] de la referida Jornada: "Las prohibiciones del art. 985 del C. C. Interés contrario. Interpretación de la norma frente a la actuación con personas jurídicas y la celebración o ejecución de contratos de fideicomisos. Otros supuestos. Carácter de la nulidad consagrada".

Comenzando por el citado informe de la señora coordinadora nacional, me sorprende que afirme que "a poco de indagar en su tratamiento resulta llamativo que el mismo no haya sido motivo de análisis en jornadas y convenciones notariales anteriores". Y así lo digo ya que al menos asistí a dos en las que fue tratado expresamente: en el Congreso de Derecho Notarial (Córdoba, julio de 1971) y en la V Reunión Jurídico-Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (Rosario, julio de 1972). También se dice allí –a pesar de que al final se cita un buen número de obras y trabajos en los que se trata el tema– que "no existe tampoco demasiada bibliografía al respecto", insistiéndose luego en la propuesta de "analizar esta temática inédita".

A continuación, se reitera la postura dominante –repetida hasta el hartazgo desde el primer congreso de la entonces recién fundada Unión Internacional del Nota-

* El autor disertó sobre el mismo tema en la sede del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires el 13/11/2014, durante el LXVIII Seminario "Laureano Moreira" de la Academia Nacional del Notariado. Sobre la base de esa disertación ha elaborado el presente trabajo. En la aludida Jornada (Córdoba, 7-8/8/2014), el análisis del artículo citado constituyó el Tema III.

** Información sobre el autor en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

1. No así los trabajos que se presentaron.

riado Latino[2]– así: "La doctrina en forma mayoritaria ha expresado que el notario es un profesional del derecho a cargo de una función pública". Pregunto: ¿existe, en los sistemas republicanos, algún funcionario público "por derecho de sangre"? ¿No están todos –aunque mal les parezca– "a cargo" de una función pública? ¿O es que hay aquí un príncipe de Asturias, de Nápoles, de Gales o un delfín, herederos de tronos desde su nacimiento? He dicho más de una vez que esta posición es aprovechada por el notariado para enarbolar la bandera "profesionalista" (si la amenaza es su absorción como un cuerpo estatal) y la "funcionarista" (si el peligro consiste en la supresión del número limitado de registros), actitudes veletas que –por su mutabilidad e inconstancia, como también lo he dicho– lo desprestigian. Un ejemplo de ello lo dio un renombrado catedrático de derecho notarial que –ante lo prescripto en el artículo 1768 del proyecto de la comisión redactora del nuevo Código (en armonía con el 774)[3]– propuso que se sostuviera que los notarios están encuadrados en la norma porque ejercen como "profesionales liberales" y, por ende, asumen una obligación "de medio" (postura que concitó la adhesión de otros distinguidos notarialistas). Por mi parte, precisé cómo entiendo la obligación "de resultado" del notario autorizante al exponer sobre el tema "Estudio títulos y responsabilidad notarial"[4].

Creo ser uno de los pocos que proclaman decididamente el carácter de funcionario público del escribano al ejercer la función fedante –que denomino desde hace varios años "factidiccional"–, luego de hacerme cargo detalladamente de cada uno de los argumentos de la tesis profesionalista y de las "intermedias", lo que mereció de esa inolvidable figura que fue el ya nombrado doctor Pelosi elogiosos conceptos, al prologar mi *Teoría general del acto notarial.*[5] Además, debo señalar que en el mismo informe se repiten conceptos que me pertenecen –los que a veces ocupan largos párrafos– con olvido, quizá involuntario, del entrecomillado, la letra cursiva y la nota con la cita correspondiente, omisiones que hacen que esos pasajes –y los argumentos

2. Buenos Aires, 2/10/1948.

3. Art. 1768 (en lo pertinente): "Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto". Art. 774 (en lo pertinente): "Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso…".

4. En el XIX Seminario sobre Técnica Notarial (Buenos Aires, 11/1989) del Instituto Argentino de Cultura Notarial (Academia Nacional del Notariado) y en la sesión del Consejo Académico de la Academia Nacional del Notariado (13/5/1996), cuya síntesis fue publicada en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 852, abril-junio 1998, pp. 27-33 [N. del E.: ver también *Reseña*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, nº 4, noviembre 1997, pp. 3-9]

5. "… quiero subrayar la calidad de su aporte en lo que atañe a la evaluación de la figura del escribano […] ya que es tal vez el tema que más polémicas ha originado entre los estudiosos de la disciplina notarial […] Sobre estas fatigas doctrinarias, Carminio Castagno se enrola decididamente en la tesis funcionarista. Se podrá compartir o no su posición, pero es imperioso reconocer que –en nuestro medio, al menos– nunca antes se ha hecho un análisis tan profundo, circunstanciado y brillante de los argumentos a favor del carácter de funcionario público del escribano, con señalada crítica de los contrarios". Este trabajo –distinguido con los primeros premios de los Concursos "José María Moreno" (bienio 1971-1972) y "Lauro Notarial" (1974)– fue publicado por primera vez en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 727, enero-febrero 1973, pp. 17-102; y luego, con el mencionado prólogo, en mi obra *Teoría general del acto notarial y otros estudios*, Paraná, [ed. del autor], 2006, en la que están incluidos todos los aportes aquí citados (excepto los que menciono en las notas 38 y 41).

que contienen– se puedan adjudicar al autor del escrito.[6] Amén de ello, se mencionan solo dos de mis trabajos,[7] omitiendo toda referencia a varios otros en los que me explayo sobre el tema.[8]

Me parece prudente –previo a dar inicio al análisis de la mayoría de las conclusiones del despacho– transcribir el texto del artículo 985:

> 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.

- Punto 1) «*La prohibición establecida en el artículo 985 del Código Civil es aplicable a todo funcionario público, ya que la ley no realiza distinción alguna. La invalidez prevista puede afectar actos de origen notarial, judicial o administrativo*».

Si bien es cierto que la ley no distingue, no hay que olvidar que la norma está inserta en el Título III "De los instrumentos públicos" y –también– que no todos los funcionarios producen instrumentos públicos en sentido estricto, sino únicamente aquellos investidos de potestad factidiccional (que corresponden solo a los mencionados en los incs. 1, 2, 4 y 10 del art. 979).[9]

- Punto 2)[10] «*La imparcialidad es de la esencia de la función notarial como exigencia legal y ética*». (Declaración esta que recordaré *infra* más de una vez).

- Punto 3) «*La prohibición regulada en el artículo 985 del Código Civil genera una nulidad instrumental de carácter absoluto, sea el acto nulo o anulable*».

6. Ello me trae a la memoria una curiosa frase del escritor, filósofo y poeta norteamericano Ralph Waldo Emerson: "A mí me gustan mis versos, porque no los hago yo".

7. a) "El artículo 985 del Código Civil argentino" –escrito para el Primer Congreso de Derecho Notarial (Córdoba, 1971); publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 720, noviembre-diciembre 1971, pp. 1979-1988– y b) "El artículo 269 del Proyecto de nuevo Código Civil y una disvaliosa innovación" –publicado en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, nº 107, 5/6/2000 [N. del E.: ver *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 859, enero-marzo 2000, pp. 35-42]–.

8. Tales como: a) la ya mencionada "Teoría general…" (cfr. nota 5); b) "La forma de los actos jurídicos en el proyecto de Código Civil de 1998" (conferencia dictada el 7/9/1999 en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires); c) "El artículo 985 del Código Civil y un fallo que lo vacía de contenido", en *La Ley Buenos Aires*, La Ley, nº 7, agosto 2004, y en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, nº 36, 8/9/2004; d) "Invalidez de los instrumentos notariales" (XLII Seminario "Laureano Moreira", Academia Nacional del Notariado [Buenos Aires, noviembre 2001]); y –en cuanto al proyecto y al nuevo Código Civil y Comercial–: e) "Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial. Un análisis crítico de sus artículos 284 a 312", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 910, octubre-diciembre 2012, pp. 37-72; amén de numerosas contribuciones en el seno de la Academia –en la cual propuse a fines de 2009 que se procediera a su estudio, designándose una comisión que integré con los consejeros Horacio Luis Pelosi y Jaime Giralt Font–, la más reciente de las cuales fue f) mi exposición del 23/6/2014, "Inhibiciones".

9. Al respecto, remito a: a) "Teoría general…" (cfr. nota 5) y –más específicamente– b) "Reflexiones en torno al concepto de instrumento público", conferencia que dicté el 18/5/1995 en la Academia Matritense del Notariado (publicada en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 35, 1996, pp. 511-526).

10. Luego de repetir la ya analizada caracterización del notario, se proclama lo que transcribo en el texto.

Anticipo que –por las razones que más adelante expresaré– disiento en esta primera parte de la conclusión, en tanto limita la invalidez al instrumento (como se infiere de la omisión del acto jurídico contenido).

- «*Esta norma resulta un supuesto de incompetencia en razón de las personas…*».

Dejando de lado "resulta" –que podría sustituirse, verbigracia, por "consagra"–, advierto que dicha aseveración es formulada como verdad indubitable que es innecesario fundamentar –ya que no aparece cual una mera opinión ("creemos" o "consideramos")–.[11] En efecto: el despacho continúa en este punto:

- «*… sin perjuicio de otras posturas expuestas, que la consideran como una incapacidad de derecho o un caso de ilegitimación*».

Confieso que no entiendo el "sin perjuicio", ya que en este caso –en lugar de significar "dejando a salvo"– parece ser más "con perjuicio" y hasta en desdén de las otras posturas. ¿Qué más da –podría preguntarse– que sea incompetencia o ilegitimación? Respondo que –como no se trata de un simple problema denominativo, sino de una gravitante cuestión conceptual– importa y mucho (ya que no todas las opiniones pueden ser a un tiempo correctas[12]). De allí que lo más sensato es describir sin afirmar.

Y bien: desde mi primer trabajo sobre el tema (1971) impugné su caracterización como "incompetencia personal", buceando en la obra de Eduard Bonnier, que el codificador consultó: el *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*.[13] Tal como anticipé, Carlos A. Pelosi, hidalgamente –en el trabajo que, con idéntico título que el mío, dedicó a este tema en 1972– dijo acerca de lo que yo había sostenido un año antes:

> Sin ánimo de adjudicarme la paternidad de ideas que muchas veces se extraen de pensamientos que están en el dominio público, creo ser el responsable de la difusión, en nuestro medio, de la concepción que califica de competencia o, más precisamente, de incompetencia por razón de las personas la prohibición antes mencionada. La solidez de los argumentos esgrimidos en el trabajo de referencia me obliga, por razones obvias, más que a defender mi punto de vista a justificarme y explicar los motivos por los cuales he sostenido un criterio que merece aceptables reparos.[14]

11. Vemos, pues, cómo el despacho se despacha panchamente (en el sentido de la conocida frase "como Pancho por su casa") –a despecho de la prudencia y con indisimulada osadía– por una posición que mereció la pública rectificación de quien la introdujo entre nosotros, como luego se verá.

12. Fácilmente se comprende que verde y blanco son colores distintos, y siguen siéndolo a pesar de que en el muy divulgado sumario policial nº 3 de 1909 de la "Comisería de Las Flores", la denunciante afirma vivir "en una casa blanquiada de verde que ay al otro lao de la estasión".

13. Bonnier, Eduard, *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, (5ª ed. francesa), y Madrid, Hijos de Reus Editores, 1902 (3ª ed. española, traducción y adiciones por José Vicente y Caravantes), t. I y II. Comprobé, además, que el parágrafo en el cual se analiza el art. 8 de la Ley del 25 de Ventoso del Año XI es el 474 y no el 357, como está citado en la nota respectiva.

14. Pelosi, Carlos A., "El artículo 985 del Código Civil argentino", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 723, mayo-junio 1972, pp. 665-684.

Es que la cuestión estriba en mantener precisamente establecidas y diferenciadas seis nociones –tarea que juzgo imprescindible para evitar los errores que engendra la plurivalencia terminológica y me he impuesto en todos mis aportes– y que aquí repasaré muy brevemente, comenzando por tres de ellas: "persona", "órgano" y "agente".

La primera equivale –entre nosotros– a sujeto de derecho: el quídam en el mundo jurídico. Para Kelsen, es el destinatario de las normas; su término de imputación unitario; la duplicación del derecho subjetivo y del deber jurídico concebido de modo substancializado.[15] Por su parte, el órgano es todo puesto o cargo existente en la estructura interna de una persona jurídica colectiva. Por ende, ellos constituyen unidades abstractas e impersonales. El tercer concepto, el agente –vocablo con el cual, por las razones dadas, reemplazo la expresión "órgano individuo", empleado por los administrativistas franceses– refiere al ser humano que ocupa el puesto o cargo –o sea: el órgano– para ejercer la específica función que éste tiene atribuida.

Por lo que hace a las restantes tres nociones –capacidad, competencia y habilidad–, basta decir que ellas implican ámbitos asignados, en ese orden, a la persona, al órgano y al agente (y, asimismo, determinadas aptitudes psicofísicas y jurídicas requeridas a las personas y a los agentes).[16]

Del anterior repaso, queda establecido que la competencia –y su reverso negativo– se predica del órgano, correspondiendo ahora determinar si existe algún caso de incompetencia en razón de las personas. Respondo afirmativamente, pero me apresuro a agregar que ello se da en materia judicial, según dispone el artículo 117 de la Constitución Nacional, "en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte", los que están reservados originaria y exclusivamente a la Corte Suprema. Y uno de tales casos servirá de ejemplo para que se comprenda lo que es una clara hipótesis de una distinta patología.

Supongamos que en una causa que le concierne a un embajador extranjero todos los magistrados del Máximo Tribunal tienen interés en el pleito (art. 17, inc. 2, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por lo cual –obviamente– se excusan. ¿Se tratará de un caso de incompetencia por razón de las personas? Analicemos: La Corte –el órgano–, ¿dejará de entender en el caso? De ningún modo, ya que dicho tribunal seguirá siendo el único competente y por y ante él –constituido por conjueces– proseguirá tramitándose el proceso. Desechada la incompetencia, ¿cómo hallar el vicio que afectó el caso? No cabe duda de que se trata del interés de los jueces (o sea: algo referido a los agentes y no al órgano).

Vuelvo ahora al análisis del artículo 985. Visto que en él también se menciona el interés, cabe preguntar: ¿el órgano tiene interés? ¿El órgano tiene parientes? Coincidirán conmigo en responder "no" en ambos casos. Entonces: ¿quién es el que tiene

15. Destaco la exactitud de la noción que Vélez Sársfield plasmó en el art. 30 (a pesar de que, siguiendo a Freitas, consigna en la nota del 495 que "las definiciones son impropias de un código de leyes").

16. No está de más clarificar esto último con un ejemplo –práctico y que se vincula al notariado– que demuestra la diferencia que existe entre los conceptos de *capacidad* y *habilidad*: mientras el ciego no es incapaz en nuestro derecho vigente, es inhábil para el desempeño de la función factidiccional, consistente en declarar hechos sensorialmente percibidos.

–o puede tener– interés o parientes? El agente. Queda así descartado su encuadre como un supuesto de incompetencia, ya que no tiene relación con el órgano.

Abro un paréntesis para efectuar una necesaria referencia –en cuanto aquí interesa– al concepto de legitimación, del que me he ocupado en varias ocasiones, con la mira principalmente puesta en marcar su distinción de la capacidad como presupuestos de validez del negocio jurídico. Me limitaré a transcribir lo que –como conclusión– expresé en la antes citada exposición del mes de junio de 2014:[17]

> En síntesis, remarco: la nota distintiva entre ambas figuras radica en el carácter de la previsión normativa: la capacidad es genérica, por categorías de actos –adquirir, enajenar, donar, comprar– sin interesar qué, a quién, ni de quién; la legitimación versa sobre concretas relaciones funcionales, entre sujetos determinados o de ellos con un preciso objeto negocial (no poder vender tal cosa o no poder venderla a tal persona). Queda en evidencia, así, que caracterizar la prohibición contenida en el artículo 1358 ("El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos".) como "incapacidad de derecho" entraña el mismo yerro conceptual, ya que se trata un caso de "ilegitimación".[18]

Retorno a la prohibición de nuestro artículo. Descartado que su contenido refiera a la competencia del órgano y ubicada la patología en referencia al agente, la inmediata conclusión suele ser que se trataría de un supuesto de inhabilidad. Sin embargo –y paralelamente a lo que sucede con la capacidad– la habilidad comprende categorías de actos notariales (no interesando quiénes son los que los otorgan ni sobre qué intereses versan). Así entendida la noción, no cabe duda de que un notario daltónico

17. Cfr. nota 8f).

18. Escribí en 1972, en "Teoría general…" (cfr. nota 5): "El carácter general que por definición poseen las normas se origina […] en la imposibilidad de realizar previsiones pormenorizadas que agoten la infinita gama de relaciones que puede establecer un elenco de protagonistas en constante mutación. De allí que jamás se prescriba en atención a un sujeto considerado en su individualidad, sobre determinado objeto y respecto de otros entes aprehendidos en sus peculiaridades propias. Por ejemplo: ocurre excepcionalmente que una norma autorice a Fulano a vender a Mengano tal bien. Por ende, la enunciación genérica y categorial debe ser complementada necesariamente en cada caso concreto con múltiples operaciones de encuadre de diversos aspectos conformantes de la especie en la disposición normativa. Con otras palabras, y ejemplificando: no basta la invocación de los principios generales 'la capacidad es la regla' (argumento de los arts. 35, 52 y 53 del Código) y 'las cosas cuya enajenación no sea prohibida pueden venderse' (art. 1327 del mismo código), para concluir sin más en que el ente A puede celebrar como vendedor un contrato de compraventa con B sobre el objeto lícito C. Para arribar a tal conclusión, por el contrario, se requiere establecer: 1) El carácter de persona de A y B, que –de tratarse de entes ideales– debe acreditarse fehacientemente (ya que si interviene una persona física, se da por sentado que lo es si exhibe 'signos característicos de humanidad', frase empleada en el art. 51). 2) La calidad de dueño de C o de su apoderado o representante legal en el vendedor (sin considerar la posible y permitida venta de cosa ajena). 3) La inexistencia de impedimento respecto a la disposición de C (por ejemplo: por integrar la masa de bienes del concurso o quiebra). 4) Que no existe obstáculo para la venta de la cosa a B (verbigracia: por ser cónyuge de A). Adviértase que las operaciones señaladas pueden y deben ser referidas asimismo a B: que no sea dueño, que no exista impedimento para comprar C y que no haya obstáculo para comprar de A". Cinco años después –en la introducción a la ponencia de la delegación argentina al XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala, 1977), Tema II ("La validez de los actos y contratos otorgados por las sociedades mercantiles antes de su inscripción en el Registro Mercantil")– agregué acerca del mismo concepto: "La legitimación es así la aptitud de un ente determinado para asumir cierto rol en una situación jurídica específica, con sujetos y sobre objetos precisamente individualizados. Su carácter concreto marca, en síntesis, su diferencia con la capacidad, que implica un ámbito abstracto, como lo demuestra el hecho de que personas plenamente capaces difieran, en situaciones determinadas, en punto a legitimación".

es inhábil para autorizar actas de comprobación de los colores que confunde o no percibe. Pero si se trata de una escritura de venta y el comprador es el padre del notario, dicho parentesco lo ilegitima para intervenir (aunque posea habilidad). De allí que la correcta calificación de las prohibiciones dispuestas por el artículo 985 es la de supuestos de ilegitimación del agente.

- Punto 4) «*Debe interpretarse que la norma incluye a los parientes consanguíneos, afines y adoptivos, en línea ascendente, descendente y colateral, hasta el cuarto grado. El cónyuge debe entenderse comprendido en la prohibición*».

Intentaré salvar la palmaria ausencia de los imprescindibles fundamentos –lo que convierte frecuentemente al despacho en una sucesión de afirmaciones que pretenden ser incondicionalmente ciertas– diciendo que la validez de la primera estriba en que la norma no distingue entre las diversas clases de parentesco que, de existir, hace que el caso quede alcanzado por la prohibición. Pero precisamente por ello es necesario –en materia de adopción– establecer una diferencia: si bien incluye la plena en todos los casos, en la simple se limita solo a los padres, hijos y hermanos adoptivos.[19] En cuanto al cónyuge, si bien no es pariente[20], la causa por la cual está también ilegitimado surge de la siguiente deducción, según los principios de la lógica formal: si los "afines" están comprendidos, más aún debe estarlo la persona a través del cual se establece ese tipo de parentesco.

- Punto 5) «*La norma exige un interés personal, que deberá ser relevante e inmediato, para que opere la invalidez*».

Ante la falta de precisiones en cuanto a lo que debe entenderse por "relevante e inmediato", recurro nuevamente a un caso hipotético: una persona formula una oferta de venta de un inmueble por escritura pública –con todos los detalles del negocio jurídico–, dirigida a alguien con quien no desea verse, haciendo constar en el documento que ruega al escribano que se entreviste con el destinatario dentro de los diez días, le notifique la oferta y le solicite que –dentro de otro plazo similar– exprese, en idéntica forma, si la acepta o la rechaza. ¿Existe un interés de la clase exigida en el despacho? Mucho me temo que se pueda responder que no, dudando de su relevancia y –por existir un lapso temporal de hasta veinte días– negando la requerida inmediatez. Sin embargo, no tengo duda alguna de que el destinatario de la oferta exhibe un interés personal, relevante e inmediato. ¿O es que, acaso, lo que se pretende es exigir que el interesado ya sea, en el acto notarial, parte de un negocio jurídico perfecto? Dicha pretensión –amén de no respetar el texto del artículo[21]– se transforma en un repudiable artilugio en fraude de la ley, como se evidencia claramente si el destinatario es el cónyuge del notario.[22]

19. Cfr. arts. 323 y 329 del Código, reformados por la Ley 24779 de Adopción.

20. En la nota del art. 363 se lee: "En el parentesco por afinidad, no hay grados porque no hay generaciones. La computación se hace por analogía, suponiéndose que los dos cónyuges forman una sola persona".

21. Dice –y basta– "fuesen *personalmente interesados*" (y no: "fuesen *ya parte negocial*").

22. Y además, aunque no incida, excónyuge del ofertante.

- Punto 6)[23] «*Frente a la violación de la prohibición legal, es posible aplicar el instituto de la conversión formal regulado en el artículo 987 del Código Civil si se cumplen los requisitos contemplados en el mismo*».

En esta primera parte, se incurre otra vez en una afirmación apodíctica, cuyo desacierto trataré de poner en evidencia. Comienzo con los argumentos que vertí en mi primer trabajo sobre el tema,[24] cotejando los textos del artículo 8 de la ya citada Ley del 25 de Ventoso del año XI y el artículo 1318 del Código Napoleón –indicados por Vélez Sársfield como fuente (el primero, a través de Bonnier)– con el que se menciona en el despacho.

Recordando que en la doctrina francesa de la época lo atinente al notario (agente) se denomina *capacité* e *incapacité*, hago notar que el Código velezano–en sus artículos 982 y 983– contiene disposiciones que carecen de equivalentes en las normas citadas. Del cotejo entre el artículo 1318 del Código Napoleón y el 987 del nuestro, surge una muy significativa diferencia: mientras aquel establece tres supuestos de conversión ("*l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme*"), el de Vélez indica solo dos ("aunque sea incompetente, o que no tuviera las formas debidas"). Resumo y repito: incompetencia, incapacidad o defecto de forma en el 1318 (francés); únicamente incompetencia o defecto de forma en el 987 (argentino), lo que equivale a excluir la "incapacidad" de la conversión formal.

Además de ello, cabe preguntar: ¿cuál es la razón de las prohibiciones del artículo 985? Al respecto, escribí en el mismo artículo lo siguiente:

> La aprehensión de la *ratio legis* de la norma que nos ocupa reviste –en nuestro concepto– capital importancia, dado que entendemos llegar, de tal modo, a una comprensión más clara del propio precepto legal. Siendo la "imparcialidad" uno de los valores que deben presidir la actuación de todo "oficial público"[25], lógico es que la ley sustraiga de la capacidad del "sujeto titular" de un "órgano competente" todo asunto en que sea dable sospechar que aquel principio pueda no ser observado con estrictez. Tal presunción legal reviste, en el presente caso, el carácter de *iuris et de iure*, interesando indagar en qué consideraciones ha sido fundada […] El fundamento de la presunción de parcialidad se encuentra –a nuestro entender– en el "afecto" que la ley presume existente entre el "funcionario público" y la "persona interesada". Ello es de toda evidencia cuando se trata del mismo "agente" quien tiene "interés" en el asunto –el amor asimismo es propio de la naturaleza humana–, lo que nos exime de mayores comentarios. Algo distinto ocurre con relación a los otros supuestos aprehendidos por la norma, en los cuales el "oficial público" carece de "interés" personal. La cuestión plantea, en efecto, este interrogante: ¿por qué no se excepciona a los "parientes desavenidos" y no se incluye a los amigos íntimos? La respuesta nos lleva a considerar la enorme trascendencia jurídica y socio-económica del instrumento público. Reparando en ella, se impone que el derecho opte, sin hesitar, por la certeza, fulminándolo de nulidad solamente en situaciones susceptibles de determinación objetiva (como ocurre en la figura del homicidio "preterintencional"). De allí que contemple tan sólo la zona del "parentesco", tome como índice lo que sucede de or-

23. Comienzo con la transcripción y el análisis de su primera parte.

24. Cfr. nota 7a).

25. Lo que en el despacho se comparte y se destaca expresamente, como señalé *supra*.

> dinario y disponga la consiguiente "presunción", cuyo carácter no puede ser otro –por lo que se señalara– que *iuris et de iure*. En resumen: la ley establece la "parcialidad" del funcionario público sobre la base del "afecto" objetivamente presumido. Apuntando a la "seguridad jurídica", no exige su prueba ni la admite en contra.

Indaguemos ahora dónde se concreta la parcialidad en el acto notarial (descartando los casos de falsedad ideológica,[26] lo que significa que el notario narra con verdad lo que percibe). En tal sentido, es evidente que el campo más amplio se da en las escrituras públicas de contenido negocial (y no en las que Carlos Alberto Pelosi denominó "escrituras-actas"). En efecto: las cláusulas contractuales constituyen la materia más propicia para que se concrete la preferencia, inclinación o favoritismo del notario por una de las partes o por sí mismo, que es precisamente lo que el artículo 985 consagra –como ya vimos– con la jerarquía de una presunción invulnerable.

Al respecto, repito lo que expresé en el mismo trabajo:

> Un nuevo argumento intentamos sumar […] sobre la base de lo preceptuado por el artículo 1185 del mismo Código, que dispone: "Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública fuesen hechos por instrumento particular, firmados por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo[27] 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". La idea fluye espontáneamente: si se acepta la posibilidad de "conversión", el "negocio" contenido en tal "instrumento particular" debería ser obligatoriamente repetido en otra escritura pública, con lo que uno de los fines esenciales que persigue el artículo 985 quedaría burlado por imperio de otra norma del mismo cuerpo legal. La ley, en efecto, no queda satisfecha con la sola nulidad del acto del funcionario público; es menester que caigan asimismo –e *in totum*– el "negocio" distorsionadamente configurado en su virtud y el "instrumento" que los contiene. De así no ser, de perdurar éste cual soporte de conductas obligatorias, se obtendría un resultado no querido por el derecho, consumándose un inaceptable "fraude legal". El precepto en que hemos centrado nuestro estudio no apunta a la nulidad "aparente" de "negocios" que –por mantener aptitud jurígena bastante cuanto para que a su respecto opere la "conversión formal"– habrán de recobrar plena y necesaria validez. Si el juego de las normas llevara a semejante consecuencia, se frustraría el propio "interés público" que la inspira, lo que es inadmisible.

Y es tan así que hasta el propio Carlos A. Pelosi –que en su ya citado estudio se pronuncia a favor de la viabilidad de la conversión formal– admite en el párrafo final de su conclusión: "Doctrinariamente debe sostenerse la tesis que no es admisible la conversión cuando la nulidad se funde en el interés del notario autorizante o de su cónyuge", postura que –como escribí en el mismo ensayo– también adoptó la jurisprudencia francesa al "sentar una doctrina interpretativa tendiente a" evitar el señalado

26. *V.g.*: antedatándolo, alterando el precio o el lugar de celebración, o las cantidades de cosas en un inventario.

27. No cabe duda de que este vocablo está aquí muy mal empleado (*Reducir*: "1. Volver algo al lugar donde antes estaba o al estado que tenía. | 2. Disminuir o aminorar".), ya que considero que se impone atribuirles a los instrumentos públicos, al menos, el mismo valor que el de los instrumentos privados (¿o es que estoy exagerando?).

fraude "en la especie más irritante: aquella en la que el propio notario es parte interesada. En tal supuesto, se ha decidido que el acto no vale –respecto del autorizante– ni siquiera como instrumento privado".[28]

Pese a considerar sumamente plausibles tales interpretaciones –que no aparecen acogidas ni mencionadas en el despacho–, señalo:

1) La *ratio legis* del artículo 985 es única para todos los casos.
2) El legislador ha establecido expresamente cuáles son las personas alcanzadas por la prohibición.
3) Ergo: igual razón existe para extender las repasadas posiciones de la doctrina y la jurisprudencia a todos los supuestos aprehendidos por la norma.

Agrego ahora otro argumento –extraído de lo normado por el artículo 3664 del hoy ya derogado Código Civil y de lo que el Codificador explica en la nota respectiva– y que expuse en la conferencia "Invalidez de los instrumentos notariales".[29] Dije al disertar entonces:

> Dicha norma preceptúa: "El escribano y los testigos de 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", lo que es así glosado por Vélez Sarsfield: "Por el Código francés […] no sólo no tienen efecto las disposiciones del testador en provecho del escribano, de los testigos y de los parientes dentro del cuarto grado, sino que es nulo todo el testamento […] Nosotros decimos con Goyena que un testamento es una cosa muy grave para declararlo absolutamente nulo por sólo la sospecha de un interés personal que puede recaer en alguna de las mandas sin afectar en nada por lo demás la veracidad o idoneidad del escribano o testigos". De todo ello surge claramente que, acorde al Código Napoleón, la invalidez abarca –amén del acto notarial– el acto testamentario *in totum*, solución de la que el autor de nuestro código se aparta por considerarla "muy grave" en las disposiciones de última voluntad. ¿Dónde radica dicha "gravedad"? Sin duda, en la imposibilidad de un nuevo otorgamiento una vez declarada su nulidad (por la obvia razón de que el testador ya ha fallecido). Por ende, debe deducirse que, en materia de actos *inter vivos*, la invalidez comprende la totalidad del negocio jurídico formalizado, el cual –también así lo pienso– podrá ser reformulado (en términos idénticos o distintos) ante otro notario, si ambas partes lo deciden. Con respecto a esto último, me adelanto a alguna observación y señalo que no es contradictoria en modo alguno con la tesis que sostengo, por cuanto mi postura se opone a que (por vía del íter: "conversión formal" - "conversión substancial") el notario o su pariente –con interés personal en el negocio– puedan demandar a la contraparte, obligándola a otorgar una escritura pública con idéntico contenido negocial que la que infringió lo dispuesto en el artículo 985.

Para concluir el punto, recuerdo el corolario de mi nota:[30]

> Consideramos que en el fallo analizado puede comprobarse con claridad que la determinación normativa del legislador ha sido substituida por una libre apreciación del tri-

28. *Code Civile*, Paris, Dalloz, 1951, p. 469, art. 1318, 2.

29. Cfr. nota 8d).

30. Ob. cit. (cfr. nota 8c).

> bunal, basándose en una singular interpretación que –no obstante la invocación que de ella se hace– contradice la finalidad de la norma, frustrando el propósito altamente moralizador que la inspira.[31]

- «*En el marco de la autonomía de la voluntad las partes podrán optar por la reproducción del acto*».

Me parece que hablar aquí de autonomía privada y, en especial, de reproducción del acto –lo que genéricamente implica un nuevo consentimiento de las partes, sea con las mismas o diferentes cláusulas negociales– tiene sentido si se comparte mi tesis de que no existe conversión formal. Por tal razón, pude escribir en mi primer trabajo:

> El elemento "nulificante", en consecuencia, no es "intrínseco" al negocio en sí, lo que hace posible su reformulación fuera del ámbito funcional del agente "incapaz". Para ello, serán menester nuevas e idénticas manifestaciones […] por parte de todos los sujetos negociales, las que no producirán –*ministerio legis*– efectos retroactivos a la fecha del anterior. Tales notas lo apartan de la figura de la "confirmación" […] y robustecen la tesis que hemos desarrollado.

Pero si se piensa que se produce dicha conversión –como surge del despacho, propiciando una equivocada exégesis que inexorablemente conduce a que cada parte puede obligar a la otra a otorgar nuevamente una escritura pública que contenga el mismo negocio–, pierde sentido referirse a ese asunto.

- Punto 7) «*La salvedad comprendida en la última parte del art. 985 CC debe extenderse a todas las personas jurídicas, en razón de su personalidad diferenciada*».

No obstante una observación crítica en el aspecto formal,[32] me complazco en elogiar que allí, por fin, aparece un fundamento de lo que se afirma: que las personas jurídicas son sujetos distintos de los seres humanos que las integran.

Lo primero que me permito señalar es que de personalidad diferenciada mucho sabía Vélez Sársfield, quien, además de saberlo, lo volcó en el mismo código, el texto de cuyo artículo 39 –que no aparece aludido– es el siguiente:

> Las corporaciones, asociaciones, etc. serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros ni todos ellos están obligados a satisfacer las deudas de la corporación si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores o mancomunado con ella.

Esto significa que el autor de ambos artículos –en uno de los cuales consagra el fundamento de la conclusión y en el otro menciona solo una especie de persona jurídica

31. Procedo seguidamente a comentar la segunda parte del mismo punto 6).

32. Opino que no lucen compatibles con el despacho de una jornada de tal jerarquía las dos "C" mayúsculas seguidas, colocadas seguramente con el significado de "Código Civil".

(la sociedad anónima) y únicamente determinadas cargos (gerentes o directores)– no coincide con lo que se sostiene en el punto que analizo.[33]

En cuanto a la invocación de la personalidad diferenciada entre los socios y el ente societario, considero que el argumento no resulta convincente, ya que –de aplicarse con coherencia a los parientes del oficial público, que también son "personas diferentes" entre sí– el precepto carecería totalmente de aplicabilidad.[34]

- Punto 9) «*La intervención del concubino del notario no supone por sí la violación a la prohibición establecida, ya que no existe entre convivientes vínculo legal de parentesco. Cuando el interés personal del autorizante se vea afectado deberá ser determinado judicialmente*».

Nada tengo qué decir de la primera parte, pero sí con respecto a la segunda. *Afectado* significa: "2. Aquejado, molestado". Y *aquejar*: "1. Acongojar, afligir, fatigar. | 2. Afectar a alguien o algo, causarles daño". Por ello, la hipótesis de que "el interés personal del autorizante se vea afectado" me parece de improbable ocurrencia,[35] ya que –al ser requerido y enterarse del acto– supongo que el notario manifestará –y, con seguridad, sin emplear los más correctos y dulces términos– que no habrá de intervenir. En síntesis: infiero que el párrafo –tal como está redactado– expresa exactamente lo contrario de lo que se ha querido decir: que el acto notarial está afectado por la existencia del interés del notario (o de un pariente en el grado que la norma indica).

- Punto 10) «*Los afines de los parientes afines (como los concuñados) no están comprendidos en la norma. No obstante, podrían quedar abarcados cuando se trate de bienes gananciales*».

Tal como ocurrió con el punto anterior, nada hay que objetar a su primera parte –que, no obstante, podría mejorarse diciendo "comprendidos en la prohibición de la norma"–, pero sí a la segunda. En efecto: solo partiendo de la creencia de que los bienes gananciales[36] son de ambos cónyuges puede llegarse a tal afirmación –que, una vez más, no aparece fundamentada–, lo que me obliga a repasar brevemente la cuestión (recurriendo, una vez más, a lo que ya he escrito).

En un anterior trabajo[37] expresé esquemáticamente al respecto:

> Algunas aclaraciones acerca de los "gananciales", en general: no son bienes: de la "sociedad conyugal" (que no es "persona") ni de los dos cónyuges (ya que no son "con-

33. Pensar distinto es suponer que el Codificador se habría olvidado –al redactar el 985– de lo que había escrito 946 artículos antes, lo que llevaría a concluir que al llegar al último (4051) se encontraría en un estado de amnesia casi total respecto de su obra (en la que, por cierto, no se encuentra ningún indicio de que así haya ocurrido).

34. Retornaré a este tema al tratar la parte final del punto 15), donde vuelve a aparecer.

35. Confieso desconocer si existen notarios que redacten escrituras cuya autorización manifiestamente los perjudiquen.

36. O "perdidales", según como se vean.

37. "Administración y disposición de bienes durante la vigencia de la sociedad conyugal y en el estado de indivisión postcomunitaria producida por su disolución" (trabajo presentado en la VI Jornada Notarial de Entre Ríos [Concordia, 15-18/5/1980).

dominiales"). Son bienes del respectivo cónyuge titular del dominio. Por ello: durante la vigencia de la sociedad conyugal existen: bienes propios del marido y bienes propios de la mujer; y bienes gananciales del marido y bienes gananciales de la mujer. Dicho de otra forma: son de propiedad del marido: los bienes suyos (propios y gananciales); son de propiedad de la mujer: los bienes suyos (propios y gananciales). En cuanto a su administración y disposición: los principios son: Principio de "titularidad": dispone el titular (o "dueño"); principio de "gestión libre" (artículo 1276 del Código Civil): el titular puede ejecutar todos los actos –onerosos o gratuitos– sin interferencia del otro. Por lo que hace al derecho de cada cónyuge respecto de los gananciales del otro cónyuge: se trata de una mera expectativa potencial sobre la mitad del valor de cada uno de ellos para el caso que se den las siguientes condiciones: 1) que el bien continúe existiendo en su patrimonio al momento de la disolución (joyas, dinero); 2) que ésta no se produzca por fallecimiento del "expectante". Finalmente, acerca de los efectos de la disolución: se concreta la "potencial expectativa", trocándose en un derecho actual, y se modifica el sistema patrimonial propio de la sociedad conyugal en punto a la administración y disposición de los bienes gananciales.

Obviamente, prescindo de referirme al artículo 1277 –al que dediqué un estudio específico[38]– por no establecer un régimen de "codisposición".

En virtud de lo expresado, no comparto lo que se afirma en el despacho, que –a mi modo de ver– entraña otro yerro conceptual.

- Punto 11) «*En el acto unilateral de apoderamiento, no rige la prohibición para los casos en los que el pariente del notario sea designado apoderado, cuando no estuviera personalmente interesado*».

Afirmación que también carece de fundamento y con la que, ya antes de ahora, he expresado mi disidencia. En efecto: de mi ya mencionada nota de 2004 –en la que critico un fallo que resuelve un caso similar y en el mismo sentido en que la Jornada se pronuncia– extraigo los siguientes párrafos, en los que analizo los argumentos que el tribunal expresa:

a) «La intervención de la escribana "tiene lugar como pedido del Banco de Balcarce S. A."». Hemos sostenido con anterioridad que la prestación de la función fedante en sede notarial se efectúa invariablemente a requerimiento (y no "de oficio"), requisito que –precisamente– constituye uno de los presupuestos de validez del acto: el de "legitimación del órgano". Si ello es así, mal puede invocarse dicha circunstancia para desechar la impugnación formulada por los incidentistas. Más aún: el criterio sostenido por la Cámara implica descartar de plano que las escrituras (incluso aquellas en las que el propio oficial público está personalmente interesado, *v.g.*: por recibir un inmueble a título de donación) puedan ser declaradas "de ningún valor" –como reza el artículo 985– por infracción a lo en él dispuesto. [Porque el donante lo requirió].
Además, en todos los actos escriturarios las declaraciones negociales aparecen formuladas por los comparecientes (y no por el escribano). ¿O es que alguien ha visto alguna vez, acaso, una escritura en la que –en el lugar pertinente– el fedatario exprese: "Habiendo manifestado el compareciente que es su intención conferir un poder, le sugiero

38. "El negocio jurídico sin asentimiento, a la luz de una interpretación integral del artículo 1277 del Código Civil", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, nº 37, 13/9/2006, pp. 77-82).

la conveniencia de designar a mi cónyuge como apoderada, hecho lo cual el señor Fulano dice: Que confiere poder especial a la doctora Mengana –abogada del foro local, casada en primeras nupcias y domiciliada con el suscripto–, etc."?

b) «La "ventaja económica" que puede reportar "el ejercicio de tal cometido" al mandatario "es aleatoria", ya que "depende del despliegue profesional del abogado y es fruto exclusivo del accionar de aquel"». Consideramos que ninguna de estas afirmaciones –que excepcionarían de la aplicación del artículo 985 a todos los contratos aleatorios, hasta en los casos más irritantes (como, por ejemplo, la cesión gratuita –hecha por escritura pública, antes del sorteo, a favor del propio notario autorizante– de una apuesta del Quini 6, formalizada en una boleta en la que consta el número de matrícula individual del cedente)– posee entidad suficiente para enervar la aplicación de la invalidez prevista en el referido precepto. Y así lo hacemos habida cuenta de que no se trata de indagar "cuánto" es el eventual beneficio sino la "existencia" –siquiera potencial– de interés por parte de las personas a que el artículo refiere. Y en este aspecto, la mera posibilidad de una ventaja económica denota palmariamente que se está personalmente interesado. (No está de más recordar, al respecto, lo que se afirma es una anécdota de un prestigioso procesalista, quien se despidió de sus alumnos al concluir el curso con esta frase: "Recuerden, señores, que los juicios se ganan o se pierden; pero siempre se cobra").

c) «El Banco de Balcarce S. A. es el "real titular del interés y tercero ajeno tanto respecto de la autorizante cuanto de su esposo"…».

Alterando el orden comienzo así:

… descontamos que los apelantes no han tan siquiera insinuado que la entidad bancaria sea pariente dentro del cuarto grado de la escribana o de su consorte. Es obvio que –en todo contrato de mandato– el poderdante está personalmente interesado. Pero tampoco cabe duda ninguna de que el mandatario también lo está (inclusive en caso de que se trate del acto de simple otorgamiento de un poder aún no aceptado). Creemos que aquella engañosa idea –que es reiterada en la misma sentencia del siguiente modo: "El hecho de que el ejercicio de tal cometido –concretado, reitero, por cuenta y en interés de un tercero ajeno"– se sustenta en la suposición de que el apoderado –por actuar, al ejercer el cargo, "en nombre y representación" del mandante– no puede tener interés personal alguno, lo que no compartimos. En efecto: el hecho de que el mandatario no sea "parte" en los actos que cumpla como tal no impide que esté personalmente interesado en el ejercicio del apoderamiento (máxime si corresponde a la profesión que es su medio de vida).

d) «En el instrumento público, "la intervención del apoderado" se limita "a la expresión de conformidad con el mandato conferido"». A pesar de que el giro empleado tiende a minimizar la participación del mandatario –quien parece estar relegado a una intervención secundaria y pasiva, cual la de simplemente "conformarse" con lo dispuesto por el verdadero protagonista (el mandante)–, la situación dista de ser así, ya que –en verdad– se trata de una genuina expresión de "consentimiento". (No resultaría extraño que –acorde a la misma línea de pensamiento que hemos impugnado en el punto precedente– se sostuviese que el mandatario sólo "asiente" (a negocio ajeno). Sin embargo, un análisis más profundo permite distinguir adecuadamente que ejecuta dos tipos de actos: a) los que cumple en ejercicio del mandato: "ajenos" a él, en tanto son atribuidos –mediante el mecanismo de la "imputación diferenciada"– al mandante (en cuyo nombre y

representación actúa, se trate de "consentir" o de "asentir"); b) los que integran la aceptación del mandato ("expresa" o "tácita"): absolutamente "propios" del apoderado –dado que los ejecuta en su nombre y a él se imputan–, que consisten invariablemente en "consentir"). Bueno es recordar, a propósito, que –como surge del artículo 1144– el consentir "debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra" y que –atento a su ubicación (Título I de la Sección Tercera del Libro Segundo del Código Civil: "De los contratos en general")– el precepto resulta aplicable a la totalidad del género contractual. Significa esto que la tesis del tribunal conduciría, ahora, a considerar que lo dispuesto en el artículo 985 no rige para ningún contrato, siempre que una de las partes (la cónyuge del escribano, por ejemplo) se limite a expresar simplemente que está "conforme" con la oferta de donación de la estancia que le hizo una persona que no tiene parentesco alguno con ella ni con el autorizante.

- Punto 12) «*La prohibición alcanza tanto al titular del registro notarial como al adscripto en igual medida y a ambos recíprocamente*».

No obstante reconocer la recta intención que la inspira, considero que esta conclusión –cuyos fundamentos lucen por su ausencia– es contraria al derecho vigente. Así surge del análisis de lo establecido en forma expresa en el artículo 985 –cuyo texto ya he transcripto *supra*–, en el que se determina que los sujetos ilegitimados son: a) el funcionario autorizante; b) los indicados parientes del funcionario autorizante.

Teniendo en cuenta, asimismo, lo dispuesto por el artículo 1037,[39] la necesaria inferencia es que los demás impedimentos que –por vía reglamentaria– suelen establecer los colegios notariales deben considerarse pautas éticas que en modo alguno pueden extender la ilegitimación a otros sujetos, con la tremenda consecuencia de que los actos serían "de ningún valor".[40]

Finalmente, y con el objeto de despejar cualquier duda en materia de las facultades concedidas a los colegios en fórmulas semejantes a "dictar resoluciones de carácter general tendientes a unificar procedimientos notariales", extraigo lo pertinente de mi dictamen en la Consulta Nº 323/10 de la Academia:

> Por ende, opino que una cosa es unificar procedimientos en cuestiones previstas por normas legales –de indiscutible jerarquía superior– y otra, muy distinta por cierto, instituir nuevas actuaciones notariales que no se encuentran así autorizadas. Y de allí que considere que esa atribución debe estar conferida explícitamente por ley, en armonía con otro asunto que conceptúo de gran importancia y paso a tratar. Los actos notariales extraprotocolares –*v.g.*: certificaciones de firmas– encuentran su fundamento nor-

39. Art. 1037: "Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen".

40. Tuve ocasión de tratar esta cuestión –aunque en distinto tema– en la ya mencionada conferencia del 23/6/2014 (cfr. nota 8f), de la que extraigo lo siguiente: "Como se advierte, aquel precepto consagra la máxima 'Pas de nullité sans texte', entendido como texto expreso de derecho sustantivo de la misma jerarquía del Código Civil (o sea: los que menciona el ya recordado art. 31 de la Constitución Nacional). Significa ello que –salvo expresa consagración por la ley sustantiva– los actos en infracción a disposiciones […] [de menor jerarquía] no son inválidos […] Considero que aquella distinción que acabo de señalar no puede ser desatendida, porque creo que de ella depende la magnitud del avance que pueda lograrse en la indagación que nos convoca. Pienso que es fundamental advertir que preceptos de diferente rango en las relaciones de subordinación que se dan en la estructura del derecho vigente deben generar también distintas consecuencias (máxime cuando una norma como el invocado art. 1037 así lo dispone expresamente)".

mativo en el inciso 2º del artículo 979 del Código Civil, al quedar comprendidos en la genérica mención de "cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos". Pero ello no es todo, ya que –para que constituyan instrumentos públicos *stricto sensu* (según los he denominado)– es necesario que se observe "la forma que las leyes hubieren determinado" (frase con la que concluye el inciso). Quiere esto decir que –excepto aquellos actos notariales extraprotocolares previstos en la legislación sustantiva nacional (como el acta del artículo 3666 del Código Civil)– deben inexorablemente existir en alguna ley local disposiciones que determinen cómo ellos deben formalizarse. Es precisamente por tal razón que se suscitaron dudas acerca de la naturaleza de instrumento público de tales intervenciones notariales, habiéndose llegado a desconocerles tal carácter si no se cumplía con aquel requisito. Y, asimismo, que las leyes orgánicas locales procedieran a incorporar dichos recaudos o –ante la ausencia de tales disposiciones– que se dictasen leyes especiales (como, en 1974, la nº 5578 de la provincia de Entre Ríos). La forzosa y grave consecuencia de las precedentes consideraciones es que –en cuanto a las "certificaciones de firmas"– sólo una ley (y no una mera resolución del colegio notarial, salvo expresa delegación legal) puede determinar su forma, confiriéndoles así la calidad de instrumentos públicos. Allí radica la diferencia con las "copias de escrituras públicas", cuya incuestionable naturaleza de tales deviene de estar mencionadas en el inciso 1º del mismo artículo 979 y otros preceptos.

- Punto 14) «*El acta de depósito en la que el notario reviste el carácter de depositario no está comprendida en la prohibición, por encontrarse en el ámbito de su competencia material*».

Si bien coincido con la tesis que se expresa, no comparto su fundamento. En efecto: si los actos notariales que versan sobre negocios que se hallan contenidos en el ámbito de su competencia material debiesen –por esa sola circunstancia– considerarse excluidos de los alcances del artículo 985, las prohibiciones que este consagra carecerían totalmente de vigencia efectiva (*v. g.*: ante una escritura en la que el compareciente dice que "le regala" una estancia al notario autorizante, podría argüirse que no hay vicio alguno por encontrarse en el ámbito de su competencia material la donación inmobiliaria).

Creo haber demostrado que los casos aprehendidos por el artículo no son de incompetencia *ratione personae*; pero admitiendo –como mera hipótesis– que lo fuesen, aun así el basamento vuelve a fallar, por tratarse de una distinta especie de competencia: la material. El verdadero fundamento, para mí, estriba en que en el contrato de depósito –gratuito– el autorizante solo asume obligaciones. Por la misma razón, en mis observaciones al Proyecto de Código de 1998 y al recientemente sancionado propuse –sin éxito– que se aprovechara para incluir otros supuestos ya consagrados en el derecho comparado, a saber:

> Se exceptúan asimismo los actos unilaterales en que aquéllos [los notarios] sólo contraigan obligaciones, extingan o pospongan sus derechos o sean designados apoderados para juicios o albaceas o partidores en testamentos. [Tomado del art. 139 del Reglamento Español[41]].

41. [N. del E.: se podrá consultar el texto completo del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de España en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

También cuando se trata del testamento del propio notario, él expresa "Formalizo mi testamento ante los testigos XXX, por mí y ante mí" (es decir, "firmo por mí y firmo ante mí").

- Punto 15) «*Es positiva la modificación propuesta por el proyecto de Código Civil y Comercial 2012 (artículo 291) en tanto: a) sustituye el término "acto" por "instrumento", reafirmando la calificación de la nulidad como instrumental…*».[42]

Aserción que –amén de carecer de fundamento– no me parece correcta. A lo antes dicho acerca de que en el negocio contenido en la escritura es donde se manifiesta con mayor entidad y frecuencia la presumida "parcialidad" del autorizante –o sea: lo contrario a la "imparcialidad" proclamada en el punto 2 del despacho como "de la esencia de la función notarial como exigencia legal y ética"–, agrego otros párrafos de mi primer trabajo:[43]

> En lo que hace al "negocio", el análisis de las normas que regulan el instituto de la "confirmación" –figura que juega tratándose de nulidades "relativas"– nos reafirma en tal pensamiento, dado que no percibimos configuradas en la especie sus notas típicas. No existe una parte con señorío exclusivo de la acción de nulidad, cuya renuncia a ella implica "favor" hacia la otra. El "interés" comprometido es "público" y envuelve a la situación toda. Lo "privado" se minimiza, perdiendo relevancia jurídica. De allí que la nulidad "absoluta" sea la consecuencia general de la infracción y que el "negocio" caiga también por ella fulminado. Conviene advertir que el fenómeno acaece con prescindencia del carácter *ad solemnitatem o ad probationem*[44] en que haya sido impuesto el instrumento público y se da aun en tratándose de negocios sin forma legalmente tasada, por cuanto su nulidad no proviene de la "instrumental", sino que es reflejo de la inválida intervención "configuradora" del funcionario.

Dada su vinculación con el tema tratado, no puedo omitir una referencia al artículo 3653 del Código Civil[45] para reafirmar que los impedimentos que consagra configuran –asimismo– casos de ilegitimación (y no de incompetencia).

- «*Ante la falta de mención de las personas jurídicas en el artículo citado, debe interpretarse que las mismas quedan fuera de la prohibición*».

Teniendo en cuenta que la referencia a la sociedad anónima en el artículo 985 se hace con el fin de excluirla de los casos prohibidos, su desaparición no produce la consecuencia que se pretende –legitimar la actuación de todo el género de las personas jurídicas en que participe el autorizante o sus indicados parientes–, sino

42. Consideraré, de su primera parte, solo el inc. a).

43. Cfr. nota 7a).

44. Remito a mi trabajo "Algunas disquisiciones sobre la forma jurídica", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 850, noviembre 1997, pp. 23-47; en *Escriva*, México, nº 3, 1998; y (en una nueva versión) en *Díkaion*, Bogotá, Universidad de La Sabana, nº 10, diciembre 2001.

45. Art. 3653: "El escribano pariente del testador en línea recta, en cualquier grado que sea, y en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive no puede concurrir a la redacción del testamento".

que, por el contrario, la deja sin efecto (con el obvio resultado de que no hay más excepciones).

El severo error lógico y de comprensión del texto en que se incurre se manifiesta más palmariamente aún con el siguiente ejemplo: en el portón de entrada de una dependencia militar existe un cartel que dice "Se prohíbe el ingreso a toda persona ajena a esta unidad, excepto las expresamente autorizadas por el señor Comandante". Tiempo después, se deroga la excepción y el aviso se modifica, quedando así: "Se prohíbe el ingreso a toda persona ajena a esta unidad." Sin embargo, de seguirse el criterio de la Jornada, el cartel debería ser retirado, permitiendo el acceso libre –y gratuito– de cualquier extraño.[46]

De allí que me parezca sumamente razonable la parte final de este punto del despacho: "A los efectos de clarificar criterios interpretativos, proponemos su expresa regulación".

Concluyo señalando que las prohibiciones que han sido analizadas son aplicables únicamente al quehacer funcionarista del notario –el del ejercicio de la función factidiccional– y no a su incumbencia profesionalista –como jurisperito–, rol en el que puede, por ejemplo, asesorar a sus parientes.[47] Al respecto, en el editorial de *La Nación* del día 6 de noviembre de 2014 se lee:

> Como ha señalado el presidente del Consejo Federal del Notariado Argentino, Omar Fenoglio, en una carta a este diario, la intervención de los escribanos confiere a los actos seguridad jurídica, que es la base de la paz social. Los notarios no sólo cumplen una función certificante, sino que ejercen un control de legalidad y brindan asesoramiento desde una posición objetiva y ecuánime, tendiente a la prevención de conflictos.[48]

Agrego que no solo asesorando sino también –y con muchísima mayor razón– en el ejercicio de su quehacer funcionarista debe todo oficial público obrar con ecuanimidad (que no otra cosa es que "imparcialidad de juicio"[49]).

46. Aunque con elegancia luzcan antifaces, caretas venecianas, pasamontañas o burkas.

47. Sobre esa distinción –y sus diversos aspectos– remito a mi trabajo "Quehacer notarial: aspectos funcionaristas y profesionalistas", publicado en ob. cit. (cfr. nota 5).

48. [N. del E.: se podrá consultar el editorial completo, titulado "La indispensable labor de los escribanos", en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

49. Segunda acepción.

Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación

Romina I. Cerniello

Néstor D. Goicoechea*

RdN 922

RESUMEN

Se realiza un análisis de las normas relativas al tema y de la mayoría de los institutos, siguiendo el orden del articulado del Código Civil y Comercial. El análisis se detiene particularmente en las cuestiones de mayor impacto en la actividad cotidiana del notario: el asentimiento conyugal, especialmente los supuestos de asentimiento anticipado y poder para asentir; la contratación entre cónyuges; la calificación de los bienes, especialmente los requisitos del artículo 466 para que resulte oponible el carácter propio; la administración y disposición en los casos de indivisión poscomunitaria matrimonial, especialmente las opciones que brinda el artículo 482; la partición de la comunidad; y el nuevo régimen optativo de separación de bienes, con las convenciones relativas a la modificación del régimen.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Convenciones matrimoniales. Elección y cambio de régimen.* ***2.1.*** *Objeto.* ***2.2.*** *Forma.* ***2.3.*** *Modificación del régimen patrimonial.* ***2.4.*** *Capacidad.* ***2.5.*** *Donaciones en razón del matrimonio.* ***3.*** *Disposiciones comunes a ambos regímenes.* ***4.*** *Asentimiento conyugal.* ***4.1.*** *Casos que requieren asentimiento.* ***4.2.*** *Requisitos. Asentimiento anticipado.* ***4.3.*** *Poder para asentir.* ***4.4.*** *Mandato entre cónyuges y asentimiento conyugal.* ***4.5.*** *Venia judicial supletoria.* ***4.6.*** *Omisión del asentimiento. Efectos. Caducidad y prescripción.* ***4.7.*** *Acreditación de la innecesariedad del asentimiento.* ***5.*** *Régimen de comunidad.* ***5.1.*** *Calificación de los bienes.* ***5.2.*** *Administración de los bienes de la comunidad.* ***5.3.*** *Extinción de la comunidad.* ***5.4.*** *Indivisión poscomunitaria.* ***5.5.*** *Liquidación y partición de la comunidad.* ***6.*** *Régimen de separación de bienes.* ***6.1.*** *Concepto y caracterización del sistema.* ***6.2.*** *Acreditación del régimen en los actos notariales.* ***6.3.*** *Cese del régimen y disolución del matrimonio.* ***7.*** *Contratación entre cónyuges.* ***8.*** *Conclusión.*

1. Introducción

Es nuestra intención en el presente artículo efectuar un análisis sucinto del régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), deteniéndonos en algunas normas que a nuestro entender resultan relevantes, por-

* Información sobre los autores en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

que implican la incorporación de nuevos institutos o la adopción de una postura manifiesta respecto de cuestiones que en la doctrina y la jurisprudencia eran controvertidas, contribuyendo a la seguridad jurídica en esos supuestos. No obstante, también se analizarán las cuestiones sobre las cuales el CCCN no se expide y las disyuntivas que la nueva legislación de fondo trae aparejadas.

Entre las novedades en la materia, se destaca sin lugar a dudas la facultad de optar por un régimen de separación de bienes, posibilitándose por primera vez salir del régimen único legal y forzoso de comunidad de gananciales previsto por Vélez. Esto resulta un avance fundamental para los tiempos que corren, pues la vida de los matrimonios actuales poco tiene en común con la de los matrimonios del siglo XIX.

No obstante, tampoco implica una total apertura a la autonomía de la voluntad, pues solo versa sobre la posibilidad de elegir entre el régimen de comunidad y el régimen de separación de bienes y sobre la posibilidad de mutar entre ellos una vez transcurrido cierto tiempo; pero las reglas propias de cada uno de los sistemas siguen siendo de orden público. Esto puede resultar criticable, especialmente teniendo en cuenta que en la regulación de las uniones convivenciales prevalece la autonomía de la voluntad de los convivientes (arts. 513, 514 y cc.); no adherimos a esas críticas, por entender que tal regulación imperativa del régimen patrimonial del matrimonio hace a la seguridad jurídica.

2. Convenciones matrimoniales. Elección y cambio de régimen

El CCCN regula las convenciones matrimoniales en los artículos 446 a 450, pero no brinda una definición, sino que se limita a enumerar los supuestos admitidos (art. 446). Son las convenciones previas al matrimonio que, al igual que en el Código derogado (CCIV), deben efectuarse con anterioridad al matrimonio, por escritura pública, solo pueden referirse a los contenidos taxativamente permitidos y se consideran sujetas a la condición suspensiva de que se celebre un matrimonio válido.

En el artículo 449 se autoriza la modificación del régimen, también mediante una convención, en este caso formalizada durante el matrimonio, también mediante escritura pública. Se trata de acuerdos, pactos, contratos o capitulaciones entre los contrayentes o los cónyuges, relativos a los efectos económicos de su matrimonio.[1]

2.1. *Objeto*

Pueden referirse únicamente a los objetos siguientes (art. 446).

a) "Designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio".

Este inciso guarda relación con el inciso primero del artículo 1217 CCIV, agregando el avalúo a la posibilidad de la simple designación. Teniendo en cuenta la presunción de ganancialidad del artículo 466, este inventario constituye un medio para preconstituir la prueba de la calidad de propios de los bienes que

1. Molina de Juan, Mariel F., "Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento especial "Código Civil y Comercial de la Nación. Familia", 2014 (diciembre), p. 17.

cada cónyuge lleva al matrimonio, especialmente bienes muebles no registrables (dinero, obras de arte, joyas, etc.) y derechos personales (ej. boletos de compraventa sin fecha cierta).

b) "La enunciación de las deudas".
Es la contrapartida del inciso a). Puede realizarse un inventario del pasivo, posibilidad que resulta relevante para determinar que dichas deudas no quedarán encuadradas en los supuestos de responsabilidad de los artículos 461 y 467 cuando carezcan de un título que permita identificar la fecha cierta en la cuales fueron contraídas. Fuera de esto, estimamos que la opción no será utilizada por implicar, además, un reconocimiento de las obligaciones.

c) "Las donaciones que se hagan entre ellos".
Son las donaciones realizadas por uno de los contrayentes al otro por razón del matrimonio –se analizarán en el ítem 2.5–.

d) "La opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código".
Como se expuso en la introducción, esta es la gran modificación en materia de efectos patrimoniales del matrimonio. No obstante –reiteramos–, no se puede elaborar libremente el régimen patrimonial matrimonial, sino que la ley únicamente admite que los interesados opten por uno de los dos regímenes que regula: comunidad de gananciales o separación de bienes. Es por esto que se habla de una autonomía de la voluntad restringida,[2] a diferencia de lo que ocurre en otros países donde son los propios contrayentes o cónyuges, como interesados, quienes estructuran el régimen de bienes que mejor se adecua a su situación particular.[3] A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos al régimen de comunidad de ganancias (carácter supleto-

2. Ver Petrinelli, Ludmila, "Las convenciones matrimoniales en el proyecto de reforma del Código Civil" [on line], en *En Letra*, Buenos Aires, Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2013, citado por Casabé, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 116 [serie "Incidencias del Código Civil y Comercial", dirigida por Alberto J. Bueres]. [N. del E.: otra fuente del artículo puede ser consultada en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

3. Ver Moreda, Liliana A., "Convenciones matrimoniales. Hacia la flexibilización del régimen patrimonial", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2010 (julio), p. 9: "El examen de la legislación comparada nos permite apreciar que siempre la ley es la que brinda o no la posibilidad de concertar las convenciones, el modo y tiempo de realizarlas. Es decir que la autonomía de la voluntad está subordinada al postulado legal y al interés familiar, fórmula propia del orden público en el derecho de familia. Observamos que existe una mayor o menor libertad en la elección y aun la posibilidad de introducir cambios en el régimen por el que se ha optado; antes o durante el matrimonio es otro matiz que también se nos presenta. Esta diversidad legislativa hace que algún país, como México, imponga obligatoriamente que los cónyuges elijan un régimen antes del matrimonio, mientras que Bolivia desconoce totalmente las convenciones, al igual que los países donde rige el derecho soviético; u otro […] en que se encuentran tan restringidas, que las hace inexistentes, incluso legalmente. También en los países regidos por el *comon law* se desconocen las convenciones matrimoniales. En Inglaterra, como excepción, se permiten los *marriage settlements* y en los Estados Unidos se admiten en los estados de Luisiana, Texas, Arizona, Carolina del Norte, Virginia y Tennessee. Dentro del marco de las legislaciones de libertad contractual, están aquellas que permiten una amplia elección de regímenes y la posibilidad de introducir cláusulas modificatorias, como las de Francia, Bélgica, Holanda, Portugal, Brasil, Grecia, entre otras; mientras que en Alemania, Suiza, Turquía, México, Italia, Paraguay y Perú la elección del régimen no puede ir más allá de los establecidos por la ley. Empero, existen cláusulas que se prohíbe estipular y que son precisamente aquellas en que el interés familiar quedaría comprometido. A su vez, en Alemania, Inglaterra, Francia, Austria, Suiza, Dinamarca, Noruega, Siam, Chile, Uruguay, Italia, España, Paraguay, Perú y Aragón se pueden celebrar convenciones o modificar las efectuadas durante el matrimonio".

rio, art. 463). Y los menores de edad autorizados judicialmente para casarse no pueden optar por el régimen de separación ni hacerse donaciones en la convención matrimonial (art. 450).

Toda disposición patrimonial que exceda el contenido delimitado por estos cuatro incisos carecerá de validez (art. 447). De incluirse cláusulas que refieran a otros temas patrimoniales, ello no implicará la nulidad de la convención, sino que sería una nulidad parcial (art. 389).

2.2. *Forma*

Conforme a los artículos 448 y 449, tanto las convenciones matrimoniales como la convención referida a la modificación de régimen patrimonial después de celebrado el matrimonio deben efectuarse por escritura pública. Asimismo, para que produzcan efectos frente a terceros, las convenciones deberán anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. En las prematrimoniales serán los contrayentes quienes se encargarán de manifestarlo ante el oficial del Registro Civil para que éste lo asiente, y en las convenciones posteriores al matrimonio será el escribano el encargado de rogar dicha anotación. En este punto cabe destacar que las convenciones también deberían inscribirse en los registros de bienes.

Respecto del carácter de la solemnidad impuesta, debemos concluir que esta es relativa, por no haberse impuesto expresamente la escritura pública bajo sanción de nulidad (arts. 285, 969, 1018 y cc.). Se trata de una omisión importante –e involuntaria– del legislador, pues, por su contenido, estas convenciones no deberían quedar sujetas a la posibilidad de posteriores acciones de escrituración, lo que resultaría un ridículo y podría afectar derechos de terceros.

2.2.1. *Forma de optar por el régimen de separación*

Algunos autores interpretan que la opción puede efectuarse directamente ante el oficial público que celebra el matrimonio, sin necesidad de una convención previa por escritura pública. Este requisito sí sería ineludible para el caso de querer modificar el régimen con posterioridad a la celebración del matrimonio (art. 449).

Quienes sostienen que esta vía es posible fundan su opinión en la letra del artículo 420, que dice:

> Acta de matrimonio y copia. La celebración del matrimonio se consigna en un acta que debe contener: […] i) declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó; j) declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes…

Entienden que el tratamiento separado de las convenciones en el inciso i) y la opción de régimen en el inciso j) brindan la posibilidad de efectuar la opción por el régimen de separación tanto en una convención previa, conforme al artículo 446, como por una simple declaración ante el oficial del Registro Civil.

No compartimos esta opinión. Si bien la lectura del artículo 420 puede dar lugar a dudas, hay varios argumentos para negar dicha posibilidad. En primer lugar, debe estarse al principio de especialidad. El artículo 420 solo trae una enunciación con respecto a los requisitos formales del acta de matrimonio, mientras que los artículos 447 y 448 regulan expresamente el contenido de las convenciones matrimoniales y la forma impuesta. En segundo lugar, el artículo 463, relativo al carácter supletorio del régimen de comunidad, resulta categórico al establecer que "a falta de opción hecha **en la convención matrimonial**, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de gananciales". Si bien en los fundamentos del CCCN se afirma que la elección del régimen "se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Estado Civil y Capacidad de las Personas", de más está señalar que esta última opción no resulta de la disposición sancionada, donde debió haberse explicitado.[4] Por último, la escritura pública no solo se exige por la presencia de un oficial público que recepta dicha declaración de voluntad, supuesto que estaría cumplido con el oficial del registro civil; sino que la exigencia responde a la necesidad de garantizar que dicha elección, por su trascendencia en la vida futura del matrimonio, sea realizada en un acto reflexivo, luego de ser debidamente asesorados por el escribano interviniente sobre su alcance y consecuencias. Estos requisitos mal podrían darse en el acto matrimonial sin un profesional idóneo, donde la consulta respecto a este tema podría resultar intempestiva y la respuesta, basada o inducida por un error de uno o ambos cónyuges o, aún peor, por dolo de uno de ellos.

Por lo expuesto –reiteramos–, sostenemos que **no es posible que los contrayentes opten por el régimen de separación de bienes ante el oficial del registro civil**.

2.3. *Modificación del régimen patrimonial*

El artículo 449 CCCN expresa:

> Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio produzca efectos, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

Esta norma les amplía a los cónyuges la posibilidad de elección, pues, además de poder optar con anterioridad al matrimonio por alguno de los regímenes, les brinda el derecho a variar de régimen con posterioridad a la celebración de las nupcias y cuantas veces lo deseen (siempre que se respeten las condiciones señaladas por la norma). Resulta importante porque les da a los cónyuges la posibilidad de elegir con la tranquilidad de que esa decisión no resultará definitiva y, fundamentalmente, porque les brinda el derecho de variar de régimen a todas aquellas parejas que han contraído nupcias con anterioridad a la vigencia del CCCN.

4. Sambrizzi, Eduardo A., "Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2014-F, p. 757.

2.3.1. *Requisitos para el cambio de régimen*

a) Acuerdo de ambos cónyuges: Es imprescindible la voluntad de ambos integrantes del matrimonio, no siendo posible variar de régimen por decisión unilateral.
b) Plazo: Debe haber transcurrido un año de aplicación del régimen patrimonial que se está variando, o sea, un año desde la celebración del matrimonio o desde el otorgamiento de la escritura de mutación de régimen patrimonial. Cabe dilucidar cómo computar el plazo de un año para aquellos matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia del CCCN. Aquellas parejas que ya cuentan con un año de casados a partir de la entrada en vigencia del CCCN pueden optar inmediatamente por variar al régimen de separación. No obstante, hay autores que sostienen que debe esperarse un año desde el 1 de agosto de 2015. La aplicación de los plazos en tiempos de transición normativa siempre resulta conflictiva, y la redacción del artículo 7 del CCCN para resolver esta situación no es del todo clara, y puede dar lugar a discusiones.
c) Escritura pública: Nuevamente debe recurrirse a la intervención del notariado para otorgar estos actos tan trascendentes en la vida conyugal. No debemos perder de vista que en el caso de mutar del régimen de comunidad al de separación de bienes se producirá la disolución de la comunidad de gananciales, generándose la indivisión poscomunitaria y todas las consecuencias que esto conlleva, incluso la necesidad de proceder simultánea o posteriormente a su liquidación.
d) Inscripción en el Registro Civil: Para producir efectos frente a terceros, esta convención también debe ser inscripta en el Registro Civil mediante nota marginal en la partida de matrimonio. Si bien la publicidad en esta materia resulta necesaria, el hecho de que se trate de registros locales y de que no exista un registro federal resta eficacia y practicidad al sistema, pues siempre deberá anotarse en el registro donde los cónyuges hayan contraído nupcias, sin importar el lugar de radicación del matrimonio al momento de otorgar la escritura de modificación de régimen. Y al problema de la distancia de los registros se le suma el de la validez temporal de las partidas que ellos extienden.

2.4. *Capacidad*

El CCCN suprime el requisito del asentimiento de los representantes legales de las personas menores de edad, pero, como contrapartida, les niega a los adolescentes la posibilidad de celebrar pactos por los cuales efectúen donaciones o elijan el régimen patrimonial del matrimonio. La solución es acertada: no parece apropiado permitirles antes de los dieciocho años de edad tomar decisiones económicas de entidad tal que requieran una deliberación propia del mayor de edad; máxime cuando el sometimiento al régimen de comunidad no afecta su interés en la medida en que es el que mejor protege a las personas en situación de vulnerabilidad.

La norma se refiere específicamente a las personas menores de edad. No comprende el caso del matrimonio celebrado con dispensa por falta de salud mental (art. 405). En estos supuestos podrían aplicarse los mismos argumentos, sin perjuicio de remitirse a los términos de la sentencia de dispensa y, eventualmente, de la

resolución que se haya pronunciado sobre la restricción de la capacidad de la persona que contrae matrimonio.[5]

2.5. *Donaciones en razón del matrimonio*

Están reguladas en los artículos 451 a 453 del CCCN. Se simplifica su tratamiento en comparación con el CCIV; este incluía normas relativas a las donaciones y a la dote de la mujer (arts. 1230-1260), muchas de las cuales se consideraban tácitamente derogadas. La realidad actual torna innecesaria una cantidad mayor de normas y, con muy buena técnica, el CCCN remite al título de las donaciones para todo lo que no se regule especialmente (art. 451 CCCN).

Conforme al artículo 452, entendemos por donaciones en razón de matrimonio aquellas "hechas por terceros a uno de los novios, o a ambos, o por uno de los novios al otro, en consideración al matrimonio futuro". Estas donaciones se consideran implícitamente sometidas a la condición suspensiva de que se celebre un matrimonio válido. A diferencia del art. 1240 CCIV, en el CCCN no se dispone la irrevocabilidad de las donaciones por causa de matrimonio. De esta manera, son aplicables las normas generales para la revocación de las donaciones, sin perjuicio de la protección del cónyuge de buena fe si el matrimonio fuera anulado, quien puede revocar las donaciones realizadas al de mala fe (art. 429 inc. b). Asimismo, por el artículo 453, las ofertas de donación hechas por terceros caducan si el matrimonio no se celebra dentro del término de un año y se consideran tácitamente aceptadas desde la celebración del matrimonio si antes no fueron revocadas. No expresa qué sucedería con la oferta hecha por un tercero que fallece antes del año de la celebración del matrimonio; puede entenderse que, por aplicación de las reglas generales, también caduca.

3. Disposiciones comunes a ambos regímenes

Las normas dispuestas entre los artículos 454 y 462 constituyen un estatuto inderogable para el matrimonio, con independencia del régimen patrimonial aplicable (cfr. art. 454). Es un régimen primario, existente en otros países, que se encuentra destinado a la protección de los intereses familiares comprometidos. Son, según se ha dicho, normas demostrativas de la solidaridad familiar.[6]

Dentro de estas normas, resalta el requisito del asentimiento para la disposición de los derechos sobre la vivienda y los muebles indispensables de ella. –Este tema, que, junto con el artículo 522 (uniones convivenciales inscriptas), constituye un verdadero sistema de orden legal e inderogable de protección de la vivienda familiar, será analizado en el acápite siguiente. Si bien el CCCN regula un régimen de pro-

5. Ver Molina de Juan, Mariel F., ob. cit. (cfr. nota 1).

6. Ver Medina, Graciela, "Las grandes reformas al derecho de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012", en AA.VV., *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires?, [s. e.], 2012, p. 303, § 14.b., citada por Sambrizzi, Eduardo A., "Disposiciones comunes a ambos regímenes patrimoniales del matrimonio en el proyecto de reformas", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2014-D, p. 688. [N. del E.: otra fuente del artículo puede ser consultada en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

tección de la vivienda entre los artículos 244 y 256, este régimen es de carácter voluntario y la protección operará en tanto se cumplan los requisitos de afectación y estos continúen vigentes. Por el contrario, la protección dispuesta en el artículo 456 es legal y de aplicación inmediata y forzosa. La protección no deriva solamente del requisito del asentimiento para disponer, sino fundamentalmente del último párrafo del 456, al disponer la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas que no hayan sido contraídas por ambos cónyuges o por uno con el asentimiento del otro. Además, el asentimiento se requiere para disponer de los derechos personales sobre la vivienda familiar y de los muebles indispensables de esta y, respecto de estos últimos, para trasportarlos fuera de ella–.

Asimismo, son normas aplicables a todo matrimonio el deber de contribución regulado (art. 455), la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges para solventar las necesidades del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos (art. 461), la posibilidad de autorización judicial para el caso de ausencia o impedimento para expresar la voluntad de uno de los cónyuges (art. 460) y las reglas para la disposición de las cosas muebles no registrables (art. 462).

4. Asentimiento conyugal

Se ha definido al asentimiento como

> … una declaración unilateral y autónoma que tiene por finalidad complementar la voluntad del cónyuge titular, cumpliendo así el requisito que la ley exige para disponer de bienes inmuebles, muebles y derechos registrales.[7]

El requisito del asentimiento conyugal fue incorporado a nuestro derecho positivo por la Ley 17711 en el artículo 1277 CCIV; se entendió como una potestad de control otorgada al cónyuge no titular en aras de la protección de los intereses familiares, y la propia Ley 17711 fue la que puso punto final a los resabios del sistema de administración marital previsto por Vélez.

El CCCN amplía la protección, pues exige asentimiento no solo a los cónyuges, en ambos regímenes patrimoniales, sino también a los convivientes, y porque incorpora actos que ahora requieren asentimiento y que antes no lo exigían o eran dudosos. Asimismo, presenta normas específicas en cuanto a los requisitos del asentimiento, poderes para otorgarlo y efectos en caso de omisión.

4.1. *Casos que requieren asentimiento*

El juego de los artículos 470 y 456 del CCCN viene a reemplazar al antiguo artículo 1277 CCIV en sus dos párrafos. Con respecto a los bienes gananciales, el artículo 470 establece que será necesario el asentimiento del cónyuge no titular para enajenar

7. Martínez, Karina A. y Massone, Mariana C., "Algunas cuestiones relativas al asentimiento conyugal", en *Revista del Notariado*, nº 901, 2010, pp. 87-99, citadas por Ezernitchi, Darío J. y Pacheco de Ariaux, María I., "Asentimiento y convenciones matrimoniales a la luz del proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial", en *Revista del Notariado*, nº 911, 2013, pp. 87-104.

o gravar: a) los bienes registrables, b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior, d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.

En comparación con el primer párrafo del artículo 1277 CCIV, podemos decir que se mantiene el requisito del asentimiento respecto de los bienes registrables y participaciones societarias, precisando el supuesto de las acciones de sociedades anónimas, que había sido objeto de amplio debate en la doctrina. También se incorpora de modo expreso el supuesto de los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios y se requiere el asentimiento para las promesas de dichos actos, lo que es importante en materia de boleto de compraventa y juicio por escrituración. Respecto de la cesión de los boletos, creemos que en los casos en que no se trate de la vivienda familiar no debería requerirse el asentimiento del cónyuge del cedente.

El artículo 456 CCCN se corresponde con el segundo párrafo del artículo 1277 CCIV, que requería el asentimiento para disponer del inmueble propio cuando fuera sede del hogar conyugal y vivieran allí hijos menores o incapaces. El artículo 456 mantiene y amplía dicha protección:

> Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella.

Este artículo se ubica dentro de las normas aplicables a todo matrimonio, independientemente del régimen patrimonial elegido. De esta manera, el asentimiento se requiere sin atender al carácter propio o ganancial del bien, aun en un régimen de separación.

El legislador ha extendido el requisito para todo acto de disposición de derechos sobre la vivienda. Ya no será necesario que tengan hijos menores o incapaces que vivan en el inmueble para requerir el asentimiento. Además, abarca la disposición de todo tipo de derechos, pues no se limita a los reales.[8] El legislador extendió la protección a los bienes muebles indispensables de la vivienda, de los que no se podrá disponer ni podrán ser transportados fuera de ella sin asentimiento, lo que resultará sin dudas una prerrogativa de difícil aplicación.

4.2. *Requisitos. Asentimiento anticipado*

El artículo 457 CCCN dispone:

> En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento del acto, aquel debe versar sobre el acto en sí, y sus elementos constitutivos.

Estos requisitos se refieren tanto al caso del artículo 456 como a los supuestos regulados en el artículo 470, por remisión expresa de este último.

8. P. ej.: la cesión del contrato de locación requerirá el asentimiento del cónyuge del cedente si el bien locado se destina a vivienda familiar del locatario.

Esta norma trajo una pronta y adversa reacción por parte del notariado.[9] En primer lugar, se advierte un uso vago del lenguaje al referirse a "el acto en sí" y sus elementos "constitutivos". La alusión al "acto en sí" implica el reconocimiento normativo de la tesis que interpretaba improcedente el asentimiento general anticipado, tema que ha sido un punto de desacuerdo en doctrina y jurisprudencia[10] –la posición predominante dentro del notariado ha sido la validez y defensa de dicha figura, en virtud de la confianza que existe entre los esposos–. Con respecto a la mención a los elementos "constitutivos", una primera lectura parece indicar que al momento de otorgar el asentimiento el cónyuge no titular deberá conocer todos los elementos esenciales del acto jurídico que otorgará su consorte, esto es, sujeto, objeto y causa. Dicha interpretación haría prácticamente imposible el otorgamiento de un asentimiento anticipado. La posición que hace operativo un asentimiento anticipado es la que entiende que solo deben enunciarse aquellos elementos que resulten relevantes a efectos de realizar el control que la ley le otorga de forma irrenunciable al cónyuge no titular. En el supuesto de la disposición de un inmueble, estamos de acuerdo con aquellos autores que sostienen que alcanza con describir la naturaleza del acto a otorgar, el bien y, en su caso, el precio mínimo que debería obtenerse. En definitiva, la persona que resulte compradora no es relevante a efectos del control que debe cumplirse.

4.3. *Poder para asentir*

Aclaración previa: el asentimiento anticipado, ya sea especial o general, no es igual que el otorgamiento de un poder para que el apoderado, en uso de la representación conferida, otorgue el asentimiento en el caso concreto. La diferencia es fundamental, pues en el asentimiento anticipado el cónyuge ya prestó la conformidad requerida, mientras que en el apoderamiento el cónyuge no asiente sino que le encomienda al apoderado que otorgue el asentimiento en un caso concreto.

9. Ver AA. VV. [Academia Nacional del Notariado], "Modificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Memorial presentado ante la Comisión Bicameral", en *Revista del Notariado*, nº 909, 2012, pp. 21-59. Allí, la Academia propuso la siguiente redacción del art. 457: "Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquel debe versar sobre el acto en sí y la identificación de los bienes que comprende". El fundamento de la propuesta: "La mención de los elementos constitutivos del acto o negocio pareciera exigir no solo la identificación de los bienes sobre los cuales se expresará el asentimiento, sino también la descripción de las condiciones de realización de la contratación (precio, plazos, modalidades, etc.). No puede desconocerse que en más de una oportunidad estos elementos constitutivos dependerán del resultado de la negociación que al respecto se desarrolle, la cual puede variar en más de una oportunidad hasta tanto se instrumente. La exigencia imposibilitaría resolver casos harto frecuentes cuando cualquiera de los cónyuges requiera anticipar el asentimiento frente a eventualidades como viajes, traslados laborales, de estudios o cualquier otra circunstancia especial".

10. Ver Giralt Font, Jaime, "Actos de disposición de bienes de los cónyuges, antes y después de la disolución de la sociedad conyugal", en *Revista del Notariado*, nº 903, 2011, pp. 93-102: "9.3. Opiniones en contra de la validez del asentimiento general: Augusto César Belluscio, Raúl J. Cornejo, Guillermo A. Borda, José Ignacio Cafferata, Eduardo A. Zannoni, Carlos A. Vidal Taquini, Aquiles Horacio Guaglianoni, Santiago C. Fassi y Gustavo A. Bossert, Félix Alberto Trigo Represas, Jorge Joaquín Llambías, V Jornadas de Derecho Civil (Rosario, 1971). 9.4. Opiniones a favor de la validez del asentimiento general: Alberto G. Spota, Jorge Rodolfo Mazzinghi, Néstor Cichero, Fernando López de Zavalía, Oscar A. Borgonoso, XII Jornadas Notariales Argentinas (Resistencia, 1968), Instituto Argentino de Cultura Notarial, hoy Academia Nacional del Notariado".

Durante la vigencia del CCIV, la diferencia no resultó tan relevante en la medida en que los requisitos para el asentimiento anticipado y para el poder para asentir eran los mismos: individualizar el bien objeto del acto –doctrina mayoritaria–. Sin embargo, la diferencia vuelva a tomar relevancia como consecuencia del juego de los artículos 457 y 375 CCCN. Este último, relativo a los apoderamientos, dispone que serán necesarias facultades especiales para "b) otorgar el asentimiento conyugal, si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere". Frente a esto, la discusión gira en torno a interpretar si al requisito del artículo 375 deben sumárseles los requisitos del artículo 457 sobre los elementos constitutivos del acto.

Compartimos la opinión de quienes sostienen que el apoderamiento para prestar el asentimiento es válido con la sola mención del bien. Nótese que el inciso b) del artículo 375 es el único supuesto en el que el CCCN solicita el llamado poder específico o especialísimo, requisito que no ha sido mantenido ni siquiera en materia de donación inmobiliaria. Imponerle al apoderamiento los requisitos del asentimiento es un sinsentido, pues no sería necesario otorgar el poder de contarse con todos los requisitos para otorgar el asentimiento anticipado. Por otro lado, en el supuesto del apoderamiento, será el apoderado quien otorgue el asentimiento al cónyuge del poderdante, y dicho acto será imputable al poderdante como si hubiese actuado él mismo. La diferencia radica en la relación que se entabla entre el poderdante y el apoderado: si el poder se otorga en basa a un contrato de mandato y el mandatario actúa en contra de las indicaciones del mandante, esa desobediencia permanece en la faz interna de la relación contractual entre mandante y mandatario y dará lugar al reclamo del primero al segundo, pero resultará inoponible al tercero contratante de buena fe, en tanto en cuanto el poder cumpla los requisitos legales.

4.4. *Mandato entre cónyuges y asentimiento conyugal*

El artículo 459 CCCN, luego de establecer como regla general la posibilidad de que los cónyuges celebren entre sí contrato de mandato, expresamente dispone que dicho mandato **no podrá ser "para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456"**. En primer lugar, la prohibición responde a la dinámica general adoptada en la materia de asentimiento, esto es, se adoptó una postura en la cual se desalienta la confianza en el cónyuge. Desde ese punto de partida, resulta coherente que si no puede otorgarse un asentimiento general anticipado, ni siquiera especial si no se cuenta con "los elementos constitutivos del acto", tampoco pueda otorgarse mandato al otro cónyuge, pues en definitiva estaría entregando el control del acto al sujeto pasible de control.

La discusión en torno a este tema deriva de la remisión que el artículo 470 (asentimiento de los bienes gananciales) hace a las disposiciones de régimen general en materia de regímenes patrimoniales, que se refieren al asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda. Como vimos, el artículo 459 prohíbe dar mandato al cónyuge para asentir "en los casos en que se aplica el artículo 456", es decir, para la disposición de la vivienda. Asimismo, el último párrafo del artículo 470 dispone que "al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459". Contrapuestas las dos normas, lo que hay que interpretar es si la prohibición alcanza

los supuestos en que se dispone de bienes gananciales que no sean el inmueble que constituye la vivienda familiar.

Quienes opinan que en este caso no es aplicable la prohibición fundan su opinión en la letra del propio artículo 459, que dice que se aplica a los casos del 456, y expresan que la remisión solo tiene por fin ratificar la regla general que les permite a los cónyuges celebrar el contrato de mandato. Respecto de este argumento, la remisión expresa del artículo 470 al 459 no puede tener como objetivo la repetición de una regla general que de todas formas se aplicaría, justamente por encontrarse entre las normas aplicables a todos los regímenes. La remisión al artículo 459 se torna trascendente si se entiende que se refiere a la prohibición de que el mandato verse sobre el asentimiento conyugal. Esta interpretación es la que, lamentablemente,[11] más se adapta a la idea global adoptada por el legislador. Por otro lado, también le es aplicable el argumento vertido con respecto al artículo 459 de que se estaría delegando el control en el sujeto que debe controlarse, que parece ser lo que el legislador buscó evitar.

4.5. *Venia judicial supletoria*

En comparación con la norma anterior, el artículo 458 CCCN mantiene la posibilidad de solicitar la venia judicial supletoria y amplía los casos en que puede aplicarse, pues se refiere a cualquier supuesto en que no pueda obtenerse el asentimiento, ya sea por negativa injustificada, ausencia, incapacidad, o impedimento transitorio.

4.6. *Omisión del asentimiento. Efectos. Caducidad y prescripción*

Desde la sanción de la Ley 17711 se ha discutido qué ineficacia afectaba al acto en el cual se había omitido el asentimiento del artículo 1277 CCIV. Para algunos, era un caso de nulidad relativa; para otros, el acto era inoponible al cónyuge. El CCCN termina con la discusión, optando por la nulidad relativa a favor del cónyuge no titular, en el artículo 456. Esto nos dará una base normativa sólida sobre la cual trabajar, especialmente al momento de calificar antecedentes en los cuales se haya omitido el asentimiento, pues la omisión podrá ser confirmada por el cónyuge que debió asentir.

El plazo de caducidad de seis meses resulta muy útil desde el punto de vista práctico. No obstante, debemos ser muy precavidos al momento de considerar el transcurso de dicho plazo como un supuesto de subsanación, por cuanto la determinación del momento en que el cónyuge pudo conocer el acto de enajenación no siempre es certero. En principio, los supuestos del artículo 456 parecen ser más claros, pues, tratándose de la vivienda familiar, difícilmente pueda alegarse que desconocía la situación luego de los seis meses de otorgado el acto. No obstante, el vendedor pudo haber continuado en posesión del bien sin que su cónyuge tomara conocimiento de la venta efectuada.

11. Decimos "lamentablemente" porque consideramos que la prohibición absoluta de que un cónyuge confiera poder al otro para otorgarse el asentimiento es excesiva.

4.7. *Acreditación de la innecesariedad del asentimiento*

Ante la existencia de tantas normas nuevas en la materia, lo que resulta relevante para el notario será como manejarse respecto de aquellos bienes propios (o sujetos al régimen de separación de bienes) que no constituyan la vivienda familiar. Estimamos que seguirá siendo una manifestación del enajenante, que requerirá para la buena fe del adquirente la previa visita del bien para verificar que el inmueble no constituya la vivienda familiar del disponente, sin necesidad de solicitar ninguna constancia adicional.

5. Régimen de comunidad

Este régimen,[12] adoptado por Vélez como sistema único e inderogable, continúa en el CCCN, pero con algunas modificaciones y con carácter de supletorio, ya que, en el supuesto de no haberse hecho la opción por el régimen de separación de bienes, "los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias" (art. 463).

Al igual que en el régimen del CCIV, el régimen de comunidad actual implica que los bienes que integren la comunidad sean denominados o calificados como gananciales, los que, por ser producto del esfuerzo común de la pareja, serán liquidables por partes iguales al momento de la disolución de la comunidad, por cualquiera de las causales posibles. En consecuencia, continúa la existencia de las cuatro masas de bienes, esto es, los bienes propios y los bienes gananciales de cada uno de los cónyuges.

5.1. *Calificación de los bienes*

La enumeración de las reglas para calificar los bienes se encuentra en los artículos 464 (propios) y 465 (gananciales). Se mantienen los principios generales planteados por el CCIV, solucionándose a su vez las grandes discusiones doctrinarias que se plantearon por falta de regulación expresa, fundamentalmente en materia de los denominados bienes mixtos.

Los tres grandes principios rectores para la calificación continúan vigentes:

a) El tiempo: Los bienes adquiridos antes de la vigencia de la comunidad son propios y los adquiridos con posterioridad se presumirán gananciales. Se mantiene asimismo la regla de la causa anterior (art. 464 inc. g y art. 465 inc. j).
b) El título de adquisición: Aquellos adquiridos por herencia, legado o donación serán propios y aquellos obtenidos a título oneroso serán gananciales, en principio.
c) La subrogación real: Los bienes que se adquieran por intercambio de bienes propios mantendrán ese carácter y a la inversa cuando sean gananciales.

Debemos sumarles a estos principios el de accesión o acrecentamiento. La accesión por acrecentamientos naturales, materiales, construcción y demás supuestos

12. Cabe aclarar que las normas relativas al régimen de comunidad serán aplicadas *ipso iure* a los matrimonios que se hayan celebrado durante la vigencia del CCIV, por aplicación del art. 7 CCCN.

implican que el bien mantiene su carácter originario, sin perjuicio del derecho de recompensa en caso de corresponder.

En virtud de no haber grandes modificaciones en este punto, nos detendremos solo en el análisis de supuestos que han generado conflicto.

5.1.1. *Bienes mixtos*

Los denominados bienes mixtos siempre han sido motivo de conflicto atento a la falta de regulación expresa en la regulación velezana, por lo que su normativización constituye una novedad. Al referirnos a bienes mixtos, hay dos supuestos a analizar:

a) Adquisición de un bien con dinero en parte propio y en parte ganancial. En estos casos, la doctrina mayoritaria le ha otorgado al bien el carácter de la mayor cantidad de dinero invertido. Esta regla se receptó en el CCCN,[13] imponiendo las recompensas que correspondan.

b) Adquisiciones de partes indivisas que resulten de títulos distintos.[14] Este es el supuesto que ha producido mayores contradicciones y ha generado dos corrientes doctrinarias, la monista y la dualista.[15] Para la primera, los bienes debían calificarse siempre y en su totalidad como propios o como gananciales, y, en el caso de aportes mixtos, jugaba la regla de las recompensas al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Por el contrario, para la postura dualista, no existía inconveniente en sostener que un bien de titularidad de un cónyuge solo pudiera ser en parte propio y en parte ganancial, atento a la diferente calificación de los bienes o fondos utilizados para su adquisición. Dichas posturas, enfrentadas durante décadas, fueron sostenidas por respetados juristas.

   El desarrollo y fundamento de ambas posturas excede el objetivo de este trabajo, por cuanto el CCCN ha tomado una decisión categórica a favor de la postura monista.[16] La solución podrá ser compartida o no, pero tiene el valor de haber

13. Art. 464 CCCN: "Bienes propios. Son bienes propios de cada uno de los cónyuges […] c) los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario…". Art 465 CCCN: "Bienes gananciales. Son bienes gananciales […] f) los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad…".

14. El caso típico en esta materia es el de una persona que posee una parte indivisa de carácter propio, p. ej. por herencia o donación, y luego adquiere el resto de las partes indivisas del bien mediante la compra a sus coherederos o condóminos, utilizando dinero ganancial.

15. Ver CNCiv., en pleno, 15/7/1992, "Sanz, Gregorio Oscar s/ Recurso contencioso administrativo". [N. del E.: se podrá consultar el fallo en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

16. Art. 464 CCCN: "Bienes propios. Son bienes propios de cada uno de los cónyuges […] k) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición…". Art. 465 CCCN: "Bienes gananciales. Son bienes gananciales […] n) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era pro-

finalizado una discusión que implicaba una gran inseguridad en el tráfico inmobiliario, ya que las consecuencias de tomar una u otra postura eran muy diversos en algunas situaciones (p. ej.: la necesidad o no de asentimiento, o de realizar el juicio sucesorio del cónyuge no titular). Asimismo, cabe aclarar que dichas discusiones continuarán en torno al derecho transitorio, es decir, respecto de qué reglas aplicar a los bienes adquiridos con anterioridad a la vigencia del CCCN.[17]

5.1.2. *Acciones en aumento de capital por capitalización de utilidades*

El artículo 491 CCCN toma postura en otra discusión doctrinaria que ha dado lugar a amplios debates. Se trata del supuesto de quien posee acciones (u otra participación societaria) de carácter propio y luego la cantidad de acciones o participaciones acrece en virtud de la suscripción realizada en oportunidad de un aumento de capital por capitalización de utilidades. La doctrina se dividió en torno a calificar dichas acciones o participaciones como propias o gananciales.[18]

El citado artículo ofrece una solución al calificarlas como propias, estableciendo una recompensa a favor de la comunidad.[19] Esta solución nos parece parcial e incompleta. Sin embargo, el análisis de las teorías relativas al tema exceden las posibilidades brindadas para el desarrollo del presente trabajo, por lo cual nos limitamos a mencionar la solución adoptada.

5.1.3. *Bienes gananciales anómalos*

Al igual que en el artículo 1306 CCIV, el artículo 480 CCCN establece que la extinción de la comunidad tiene efecto retroactivo, ya sea al día de la notificación de la demanda o al de la petición conjunta de los cónyuges para los casos de divorcio, anulación de matrimonio o separación de bienes. Asimismo –y manteniendo las similitudes–, establece que en caso de haber existido separación de hecho sin voluntad de unirse previamente a la anulación, divorcio o separación de bienes, la sentencia tiene efectos retroactivos a la fecha de esa separación.

Hay un nuevo criterio en materia de divorcio: no solo desapareció la noción de culpa, sino que directamente desapareció la noción de causa. Esto explica que haya desaparecido la vieja distinción del artículo 1306 CCIV en torno a que la no participación solo beneficiaría al cónyuge inocente, que había dado lugar a un amplio debate para los supuestos de presentación conjunta.[20] Aclarado esto, podemos definir

---

pietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición…".

17. Ver Orden de Servicio 45/2015 de la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires.

18. Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. VI, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 145.

19. Art. 491 CCCN: "Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad".

20. Ver CNCiv., en pleno, 29/9/1999, "C., G. T. c/ A., J. O. s/ Liquidación de sociedad conyugal".

los bienes gananciales anómalos como aquellos que el cónyuge separado de hecho adquiere a título oneroso y que, una vez dictada la sentencia de divorcio, deberán considerarse fuera de la comunidad, en virtud del efecto retroactivo citado. Lógicamente, dicho principio deberá ser conjugado con el principio de la subrogación real, por lo que si el cónyuge separado de hecho adquiere el bien con dinero o a cambio de bienes gananciales adquiridos antes de la separación, los nuevos bienes no quedarán excluidos de la comunidad al momento de la disolución.[21]

5.1.4. *Prueba del carácter frente a terceros*

Como sabemos, entre los cónyuges siempre podrán alegar y probar por cualquier medio que un determinado bien es propio o ganancial, pero frente a terceros deben establecerse reglas claras, para evitar la inseguridad en el tráfico de bienes. Al respecto, y en torno al artículo 1246 CCIV, fue tejiéndose toda una doctrina y jurisprudencia que fue avanzando y desarrollándose en la medida en que el régimen original previsto por el Codificador fue mutando como consecuencia de las reformas parciales.[22]

Desde hace varias décadas, el notariado tenía como postura casi unánime que al momento de adquirirse un bien con dinero propio, para hacer ese carácter oponible a terceros, debía dejarse constancia de ello en la escritura y justificar cómo el dinero utilizado era propio, no bastando la simple declaración del adquirente. De allí que siempre debíamos remitirnos a documentos que resultaran prueba suficiente, tales como la escritura de venta de un bien propio o la donación del dinero instrumentada en escritura o instrumento privado con firma certificada, etc. Ante estas remisiones, la manifestación del cónyuge del adquirente ratificando esta circunstancia resultaba innecesaria, aunque por práctica se la incluía cuando era posible, por la invocación de la teoría de los actos propios. Asimismo, ante la omisión en la escritura de adquisición, admitíamos la escritura complementaria de recalificación, que podía efectuarse incluso simultáneamente con la disposición del bien.

El artículo 466 CCCN receptó parcialmente esta teoría.[23] La innovación poco feliz para el notariado fue la incorporación del requisito de la conformidad del cón-

21. Esto tiene un gran impacto en la práctica notarial, básicamente en dos situaciones: 1) al calificar aquellos títulos en los cuales la persona que adquirió siendo casada viene luego a disponer estando divorciada: si de las constancias del proceso de divorcio resulta que ya se encontraba separada de hecho al momento de comprar, podremos autorizar el acto dispositivo si necesidad de intervención del ex cónyuge si no resulta evidente la adquisición con dinero ganancial; 2) al asesorar a la persona que adquiere estando separada de hecho: debemos advertirle que si cumple con los requisitos mencionados, podrá adquirir dejando constancia de estas circunstancias, y una vez dictada la sentencia de divorcio ese bien no integrará la masa partible si lo manifestado coincide con las constancias que resulten del juicio.

22. La evolución de esta doctrina está brillantemente tratada en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 18), pp. 94-107.

23. Art. 466 CCCN: "Para que sea oponible a terceros el carácter propio de bienes registrales adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, **con la conformidad del otro cónyuge**. En caso de no podérsela obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia de la adquisición".

yuge del adquirente, la que no podrá ser suplida ni complementada posteriormente sin recurrir a la vía judicial. Un error merecedor de modificación.

5.2. *Administración de los bienes de la comunidad*

Los artículos 469 y 470 mantienen los principios de los arts. 1276 y 1277 CCIV (Ley 17711). Esto implica que cada cónyuge tiene la libre administración de sus bienes propios y gananciales, con las limitaciones que imponen los artículos 470 (disposición y gravamen de los bienes gananciales) y 456 (vivienda) –sobre este tema remitimos al punto 4–.

La novedad está dada por el artículo 471,[24] en materia de bienes que pertenecen a ambos cónyuges en condominio: la ganancialidad implica un apartamiento parcial del régimen de condominio, pues las decisiones deberán ser tomadas por ambos sin que importe la parte indivisa que cada uno posea.

5.3. *Extinción de la comunidad*

Los supuestos de extinción de la comunidad están indicados en el artículo 475 CCCN: a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges, b) la anulación del matrimonio putativo, c) el divorcio, d) la separación judicial de bienes y e) la modificación del régimen matrimonial convenido. Los últimos dos supuestos son los únicos en los cuales se extingue la comunidad pero manteniéndose el vínculo matrimonial. Respecto de la separación judicial de bienes, los supuestos para solicitarla se encuentran regulados en el artículo 477, al cual remitimos. En relación con la modificación del régimen, remitimos al comentario realizado en el punto 2.

Todos los supuestos de disolución de la comunidad provocarán que la masa de bienes gananciales de ambos cónyuges pase a integrar la indivisión poscomunitaria matrimonial –este tema se tratará a continuación–.

5.4. *Indivisión poscomunitaria*

Al igual que con el sistema anterior, en el CCCN, una vez extinguida la comunidad por cualquier causa, surge la indivisión poscomunitaria y los bienes gananciales pasan a integrar la masa indivisa hasta que se concreta la partición y la adjudicación de los bienes al patrimonio individual de los ex cónyuges. La discusión acerca de la naturaleza jurídica de esta indivisión ha sido materia de intenso debate en la doctrina: por un lado, la posición que sostiene que se trata de una universalidad de hecho, un condominio, y por el otro, la que consideramos acertada, que se trata de una universalidad jurídica, cuyas características son asimilables a la comunidad hereditaria.

24. Art. 471 CCCN: "Bienes adquiridos conjuntamente. La administración y disposición de los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges corresponde en conjunto a ambos, cualquiera que sea la importancia de la parte correspondiente a cada uno. En caso de disenso entre ellos, el que toma la iniciativa del acto puede requerir que se lo autorice judicialmente en los términos del art. 458. A las partes indivisas de dichos bienes se aplican los dos artículos anteriores. A las cosas se aplican las normas del condominio en todo lo no previsto en este artículo. Si alguno de los cónyuges solicita la división de un condominio, el juez de la causa puede negarla si afecta el interés familiar".

Con respecto a las reglas aplicables para la administración y disposición de los bienes gananciales durante este periodo de indivisión poscomunitaria, el CCCN estipula dos principios (art. 481):

a) Si la extinción se da por muerte de uno de los cónyuges, se aplican las reglas de la indivisión hereditaria. Reitera la remisión que efectuaba Vélez Sársfield respecto de este supuesto. En dichos casos, deberán oportunamente liquidarse conjuntamente la indivisión poscomunitaria matrimonial y la indivisión hereditaria.
b) En el resto de los supuestos, es decir, aquellos en los cuales la disolución de la comunidad se da en vida de ambos cónyuges, se aplicarán las reglas del artículo 482.

Este artículo deja de lado la postura mayoritaria, que requería la codisposición sin importar quién fuera el propietario antes de la disolución[25] y adopta la postura minoritaria. Esta última, encabezada por Zannoni, sostiene la aplicación de los artículos 1276 y 1277 CCIV hasta tanto se efectuara la partición, por lo cual cada cónyuge seguía administrando y disponiendo libremente de sus bienes gananciales, con la sola limitación de requerirse el asentimiento en los casos del artículo 1277 y solicitarse certificado de inhibiciones también por el cónyuge no titular (extremo que el propio Zannoni debió reconocer en un fallo[26]). Es decir, con anterioridad a la reforma y sin importar la postura que se adoptara, si al acto habían comparecido ambos cónyuges y se habían solicitado inhibiciones por ambos, el título no resultaba objetable.

El artículo 482 dispone que

> Si durante la indivisión post comunitaria los ex cónyuges no acuerdan las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad, en cuanto no sean modificadas en esta Sección.
> Cada uno de los copartícipes tiene la obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes indivisos. El segundo puede formular oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos.

No obstante haberse adoptado la postura minoritaria, sostenemos que nada ha cambiado desde el punto de vista práctico, con la excepción del posible pacto entre los cónyuges –se analizará más adelante–, esto es, si al acto dispositivo concurren ambos cónyuges y se pide certificado de inhibiciones por los dos, nada habrá que objetar respecto del título, por lo que la conclusión anterior se mantiene.[27] Si el cónyuge ti-

25. Esta postura –acertada a nuestro criterio– encontraba su fundamento en que la disolución de la sociedad conyugal generaba una masa indivisa de bienes, por lo cual ya ninguno de los excónyuges seguía siendo propietario exclusivo y, en consecuencia, resultaba aplicable el art. 3451 CCIV, relativo a la disposición en materia de comunidad hereditaria. No resulta preciso hablar de la existencia de un "condominio".

26. CNCiv., Sala F, R 474.067, 31/5/2007, "Aguirre, Eduardo Daniel c/ Registro de la Propiedad Inmueble Expte. 349/06". [N. del E.: ver fallo en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

27. Consideramos que los mismos argumentos que llevaron a la postura minoritaria a sostener que debían pedirse inhibiciones por ambos cónyuges siguen siendo válidos.

tular dispone con el asentimiento del otro, el acto estará correctamente otorgado; y para quienes consideramos que la indivisión poscomunitaria sigue siendo una universalidad jurídica, el mismo artículo 482 nos da la llave para seguir otorgando las escrituras recurriendo a la codisposición, pues las reglas relativas a la comunidad se mantienen en tanto en cuanto los cónyuges no hayan acordado algo distinto. Ello implica que si recurrimos a la codisposición, debemos entenderla como un pacto implícito de los cónyuges para disponer del bien de esta manera y, congruentemente con la posición anterior a la reforma, sostener que es una partición parcial.

Con respecto al pacto entre cónyuges al que refiere el artículo 482, además de la función expresada en el párrafo anterior, entendemos que pueden importar una nueva incumbencia notarial, más allá de nuestra función calificadora y asesora. Estos pactos pueden resultar especialmente interesantes para aquellas parejas que tengan un establecimiento comercial o industrial en común que sea el sustento de la familia. En este caso, el interés familiar podría justificar que ambos acuerden prorrogar este estado de indivisión para el beneficio común, estableciendo, por ejemplo, qué rol y qué decisiones tomará cada uno y qué actos deberán ser otorgados por ambos.

No creemos que los pactos sobre administración y disposición de los bienes indivisos sean muy utilizados fuera de estos supuestos. En caso de que exista acuerdo, se procederá a la liquidación y partición de la comunidad, sin prolongar innecesariamente este estado de indivisión, pues siempre se tiende a su extinción más que a su continuidad.

5.5. *Liquidación y partición de la comunidad*

5.5.1. *Liquidación*

La liquidación se define como el proceso mediante el cual se procede a

> … establecer con precisión la composición de la masa por dividir. Para ello es necesario concluir los negocios pendientes, determinar el carácter de los bienes y fijar su valor, pagar las dudas a favor de terceros, ajustar las cuentas entre la sociedad conyugal y los cónyuges, y separar los bienes propios de cada cónyuge, para finalmente establecer el saldo partible. Todo este conjunto de operaciones es lo que configura la liquidación de la sociedad conyugal –hoy comunidad–.[28]

La regulación de la liquidación de la comunidad se encuentra en los artículos 488 a 495 CCCN. Las reglas desarrolladas en base a la legislación y la doctrina anteriores han sido mantenidas en el nuevo cuerpo legal, y se ha logrado así el pleno reconocimiento del sistema de recompensas. De esta forma, todas las obligaciones que haya soportado un cónyuge a favor de la comunidad, y viceversa, serán compensadas mediante un cálculo aritmético al momento de la liquidación, restándose o sumándose a las hijuelas respectivas. Lo mismo ocurrirá con las recompensas para los supuestos de bienes mixtos o de mejoras en bienes propios con fondos de la comunidad, y viceversa, conforme ha sido expuesto en el punto 5. Los artículos 489 y 490 CCCN

28. Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 18), p. 240.

disponen cuáles son las cargas de la sociedad conyugal y cuáles son las obligaciones personales de los cónyuges (debe tenerse en cuenta el art. 468, que establece el citado sistema de recompensas). En caso de que no exista acuerdo entre los cónyuges, la liquidación y la partición deberán efectuarse por vía judicial.

5.5.2. *Partición*

El CCCN incorpora una regulación integral y sistemática de la partición de la sociedad conyugal, incumbencia notarial que genera especial interés. Los artículos 496 a 498 CCCN mantienen vigentes las reglas de la legislación derogada; es decir, todos los bienes gananciales conforman la masa partible, sobre la cual cada cónyuge tiene derecho a una mitad.[29]

El artículo 498 es la piedra angular del sistema de comunidad de ganancias (art. 1315 CCIV), es decir, el derecho a la partición por mitades de los gananciales, sin importar los aportes de cada uno a la adquisición de los mismos. Asimismo, también queda expresamente establecido que, en caso de disolución por fallecimiento, los sucesores del causante ocupan el lugar de este con respecto a los derechos sobre la masa partible. En este supuesto, la indivisión poscomunitaria matrimonial deberá liquidarse y partirse junto con la comunidad hereditaria conformada por la herencia del causante, en el marco del juicio sucesorio. No obstante, si la liquidación y la partición se efectúan en vida de ambos cónyuges, los cónyuges también deberán, por remisión expresa del art. 500, utilizar las formas prescriptas para la partición de las herencias (se mantiene la remisión que efectuaba el CCIV).

En el sistema derogado, la partición podía ser judicial, mixta o privada. La denominación que le asignábamos dependía de las siguientes circunstancias:

a) judicial cuando era efectuada totalmente por los partidores designados judicialmente, circunstancia que se producía en caso de que no existiera acuerdo entre los comuneros o hubiera menores o incapaces;
b) mixta cuando el acuerdo celebrado por los comuneros en instrumento privado era presentado ante el juez para su homologación (art. 1184 inc. 2 CCIV);
c) privada cuando la efectuaban sin ningún tipo de intervención judicial, para lo cual debía recurrirse a la escritura (arts. 1184 inc.2, 1313 y cc. CCIV).

El CCCN establece en su artículo 2371 los supuestos en que la partición debe efectuarse judicialmente.[30] Fuera de los casos allí establecidos, los cónyuges podrán recurrir a la partición privada dispuesta en el artículo 2369:

29. Art. 496 CCCN: "Derecho de pedirla. Disuelta la comunidad, la partición puede ser solicitada en todo tiempo, excepto disposición legal en contrario". Art. 497 CCCN: "Masa partible. La masa común se integra con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge". Art. 498 CCCN: "División. La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales. Si se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiese correspondido al causante. Si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenció libremente acordado".

30. Art. 2371 CCCN: "Partición judicial. La partición debe ser judicial: a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente".

> … si todos los copartícipes están presente y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial.

El sistema ya no contempla expresamente la partición mixta, pues la regla del artículo 1184, inciso 2, *in fine*, del CCIV no ha sido replicada. Será discutible en el marco de los procesos sucesorios la procedencia o no de ella. Por su parte, con respecto a la disolución de la comunidad por sentencia de divorcio, la procedencia de dicha vía parece inferirse del juego de los artículos 439 y 440,[31] que establecen el convenio regulador que debe presentarse con la petición de divorcio. Para los supuestos de extinción de disolución por modificación del régimen patrimonial o por separación judicial de bienes, parece que los cónyuges deberán recurrir exclusivamente a la partición privada o judicial, según sea el caso.

La novedad en materia de partición privada es que la forma instrumental ya no requiere la escritura pública en todos los casos. Lógicamente, esta será necesaria cuando verse sobre bienes inmuebles (art. 1017). Ello implica que –con las críticas que inevitablemente merece del notariado– los convenios celebrados por instrumento privado deben considerarse plenamente válidos sin ninguna otra formalidad cuando no versen sobre bienes inmuebles o no se dé algún otro supuesto que imponga la escritura como formalidad.

En relación con la posibilidad de los cónyuges de resolver libremente como dividir los bienes, la última parte del artículo 498 CCCN adoptó la posición doctrinaria según la cual los cónyuges pueden acordar libremente cómo partir la masa indivisa, sin necesidad de cumplir expresamente con la partición por mitades.[32] En efecto, la liquidación de la comunidad implica un negocio no solo patrimonial sino también extrapatrimonial, en donde lo que se resuelve no es solamente la partición de una masa de bienes, sino cómo reasignar el patrimonio de una familia luego de una ruptura por divorcio o por las nuevas causales introducidas. En este tipo de actos, pueden jugar diversas situaciones cuya valoración económica escapa al contenido del negocio y que deben permitirse en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. ¿Quién podría decirle a un cónyuge que no puede adjudicar totalmente un inmueble al otro, si allí es donde el adjudicatario continuará criando a los hijos, o en el caso de que el patrimonio adjudicado a un cónyuge resulte la compensación por haber abandonado el mercado laboral para dedicarse a la crianza de los hijos? Como dijimos, la

31. Art. 439 CCCN: "Convenio regulador. Contenido. El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a […] la distribución de los bienes…". Art. 440 CCCN: "Eficacia y modificación del convenio regulador. El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio. El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente".

32. "Las razones que, durante vigencia de la sociedad conyugal, mediaban para prohibir toda renuncia, o pacto referente al derecho a los gananciales a que alude el art. 1218, deja de tener aplicación cuando aquella se encuentra ya disuelta y los cónyuges –o sus herederos– han recobrado plena capacidad para acordar el modo de partir, aunque éste pudiese implicar renuncias a los gananciales o actos de disposición del uno a favor del otro. Como agudamente señalan Fassi y Bossert, las pautas del art. 1315 (Cód. Civil) no son, después de la disolución de la comunidad, de orden público, y los cónyuges están facultados para formar lotes iguales o desiguales en calor y composición" (Belluscio, Augusto C. [dir.] y Zannoni, Eduardo A. [coord.], ob. cit. [cfr. nota 18], p. 280).

infinidad de situaciones que pueden rodear la decisión de los cónyuges en estos casos impide que podamos analizarlo como un simple contrato de cambio, y la falta de equivalencia en las hijuelas no debe llevarnos a efectuar ningún tipo de observación al acto.

Como último comentario respecto del tema: siempre se ha sostenido la posibilidad de que los cónyuges compensen las hijuelas con sus respectivos bienes propios. Esta opinión continúa vigente hoy y puede encuadrarse perfectamente en el artículo 441 CCCN para el caso de disolución por divorcio,[33] aclarando que dicho artículo puede también aplicarse en caso de divorcio de cónyuges con régimen de separación de bienes.

6. Régimen de separación de bienes

6.1. *Concepto y caracterización del sistema*

Como hemos dicho, la posibilidad que tienen los cónyuges de optar por este régimen patrimonial ha sido la gran novedad introducida por el CCCN en la materia. Con respecto a la importancia de la apertura y su valoración, nos remitimos a lo dicho en la introducción del presente trabajo.

El régimen de separación de bienes está regulado en los artículos 505 a 508. El 505 establece la regla general del sistema cuando establece que "en el régimen de separación de bienes, **cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales**". Esto implica que cada cónyuge será dueño exclusivo de los bienes que cada uno adquiera y que estos no se encuentran sometidos a ningún tipo de régimen de ganancialidad. En este orden de ideas, no corresponde hablar de bienes propios o gananciales, sino, como dice el artículo, de bienes "personales" de cada uno de los cónyuges. Asimismo, en caso de cotitularidad o condominio, no es aplicable lo dispuesto por el artículo 471, por lo que las decisiones deberán tomarse atendiendo a la porción que cada uno posea en el bien, no siendo aplicable la excepción citada. En este régimen, la libre administración y disposición de los bienes de cada cónyuge solo encuentra su limitación en el supuesto de la vivienda familiar (art. 456).

La separación de bienes respecto de los activos de cada cónyuge también tiene su correlato desde el punto de vista de los pasivos o deudas, al no existir la noción de "cargas". De conformidad con el artículo 505, cada cónyuge responde por las deudas por él contraídas, con la sola limitación de la responsabilidad solidaria a que se refiere el artículo 461 y –agregamos– el deber de contribución que estipula el artículo 455, ambas normas dispuestas para todos los regímenes.

33. Art. 441 CCCN: "Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez".

6.2. *Acreditación del régimen en los actos notariales*

Debemos distinguir dos momentos en la práctica notarial. En las escrituras por las cuales adquiera una persona casada bajo el régimen de separación, será de buena práctica dejar constancia de la manifestación del adquirente y de que nos ha exhibido la respectiva partida de matrimonio con la nota marginal pertinente, solicitando la inscripción de esta situación en el Registro de la Propiedad. Esta aclaración en el título de adquisición resulta solo una cuestión de buena práctica y en nada altera la situación, pues la prueba frente a terceros, e incluso entre cónyuges, será siempre el acta de matrimonio. No resultan aplicables en este régimen los requisitos del artículo 466 y la ausencia de dicha mención en el título de adquisición no impedirá que el titular pueda acreditarlo por escritura complementaria o incluso en forma simultánea con el acto de disposición del bien.

En el supuesto de disposición, podremos remitirnos a la manifestación efectuada en la adquisición o, como dijimos, aclararlo en dicho acto si se omitió anteriormente. Estimamos que la escritura de convención prematrimonial o matrimonial por la cual se optó por este régimen deberá ser materia del estudio de títulos.

6.3. *Cese del régimen y disolución del matrimonio*

El artículo 507 CCCN establece que el cese del régimen se da por la disolución del vínculo matrimonial (por divorcio o fallecimiento) o por la modificación del régimen acordado por ambos cónyuges –ver punto 2.3–. Es el artículo 508,[34] referido a los efectos en caso de disolución, el que debe ser objeto de críticas, pues resulta contradictorio con el régimen mismo, ya que no logra determinarse correctamente a qué se refiere con "bienes indivisos". Al no existir comunidad, no existe indivisión poscomunitaria matrimonial; en caso de disolución por divorcio, nada debería cambiar respecto a la titularidad de los bienes y cosas;[35] y en caso disolución por fallecimiento, los únicos bienes que integrarán el acervo sucesorio y serán partibles son los que eran de titularidad del cónyuge fallecido.[36]

7. Contratación entre cónyuges

Respecto a los contratos entre cónyuges, Vélez había optado por un sistema intermedio, donde se admitía la validez de determinados contratos y se establecían incapaci-

34. Art. 508 CCCN: "Disolución del matrimonio. Disuelto el matrimonio, a falta de acuerdo entre los cónyuges separados de bienes o sus herederos, la partición de los bienes indivisos se hace en la forma prescripta para la partición de las herencias".

35. Ello sin perjuicio de los efectos económicos que pueden derivar de la ruptura y del proceso de divorcio, conforme los arts. 439 y 441, en cuanto a la atribución de la vivienda y eventuales compensaciones económicas. Pero incluso en estos casos, si un cónyuge compensa con bienes suyos al otro, habrá allí un verdadero acto traslativo y no una partición (salvo supuestos de división de condominio).

36. El patrimonio del supérstite no se ve afectado por el fallecimiento, más allá de su propia vocación hereditaria sobre el acervo del fallecido, conforme al art. 2433, 2434 y 2335.

dades para otros,[37] con el fin de evitar el fraude a terceros y al propio sistema patrimonial matrimonial. Estos fundamentos también han sido materia de crítica.

La discusión se encontraba en determinar en qué situación se encontraban los contratos que no eran expresamente prohibidos, entendiéndose mayoritariamente que aquellos se encontraban permitidos, pues las incapacidades de derecho deben interpretarse en forma restrictiva. En términos generales, no se discutía la viabilidad del comodato, el mandato, sociedades de capital y responsabilidad limitada (art. 27 Ley 19550). La intención de los autores del anteproyecto del CCCN fue eliminar la discusión, adoptando un sistema plenamente permisivo, sin prohibiciones. No obstante, el Poder Ejecutivo varió el criterio de la Comisión Redactora y en el proyecto definitivo que se envió al parlamento y resultó aprobado se incluyó una prohibición genérica de contratar para los cónyuges en régimen de comunidad.[38] Esto invirtió la situación proyectada e impuso en el cuerpo del CCCN un sistema prohibitivo, en el cual deberá considerarse prohibido todo contrato que no esté expresamente autorizado, salvo el caso de separación de bienes. Las únicas excepciones a esta regla en el nuevo sistema son el mandato (art. 459[39]), las sociedades (art. 27 Ley General de Sociedades[40]) y la modificación del régimen patrimonial –punto 2–.

8. Conclusión

Más allá de las distintas opiniones y críticas, las modificaciones introducidas por el CCCN ponen fin a varios debates tradicionales y tienen un impacto inmediato en el quehacer del notariado. Por tal motivo, el estudio profundo y pormenorizado de estas modificaciones resulta un requisito ineludible para ejercer la función con la probidad que la ley nos exige.

37. Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 18), p. 2447.

38. Art. 1002 CCCN: "Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio: […] d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí".

39. El artículo debió referirse al apoderamiento y no al contrato de mandato, respetando la división técnica que con buen criterio se efectúo en la parte general. Respecto al mandato y el asentimiento conyugal, ver punto 4 de este trabajo.

40. El artículo fue modificado, aceptando ahora que ambos cónyuges forman parte de cualquier tipo de sociedad, incluso de las incluidas en la Sección IV, eliminando la vieja distinción que solo aceptaba su coparticipación en sociedades de capital y de responsabilidad limitada. Esta norma guarda coherencia con el sistema previsto en el anteproyecto, el cual, como dijimos, eliminaba toda incapacidad entre cónyuges.

Apuntes sobre la donación de acciones

Breve reflexión

María Cesaretti

Oscar D. Cesaretti*

RdN 922

RESUMEN

Breves consideraciones respecto de la donación de acciones. La donación de acciones nominativas no endosables no está sujeta a la acción reipersecutoria del artículo 2458, ya que las acciones revisten el carácter de títulos valores y, en consecuencia, no son bienes registrables.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) ha modificado, para la mayoría de los autores,[1] la doctrina notarial[2] elaborada respecto de los criterios aplicables a los títulos antecedentes, a título gratuito, fundada en si el beneficiario del acto de transferencia revestía el carácter de heredero forzoso o no. No adentraremos en el desarrollo de tales criterios doctrinales, sino que partiremos del presupuesto de que, con la sanción del CCCN, la diferenciación enunciada para calificar un título como perfecto o no carecería de sustento legal alguno.[3]

Implementada la acción reipersecutoria del artículo 2458 CCCN contra terceros adquirentes, sin distinguir si el *tradens* revestía el carácter de heredero forzoso o no, nos cabe delimitar el ámbito de aplicación de la referida norma, no ya respecto de los inmuebles (que revisten el caso de mayor frecuencia) sino respecto de las acciones de una sociedad anónima. Es decir, ¿debemos considerar a la acción de una sociedad anónima como un bien atacable, a los efectos del artículo 2458 CCCN?

El objeto de la acción regulada por el artículo 2458 CCCN son los bienes registrales, cuyo concepto el CCCN omite al tratar los bienes en el Título III del Libro I,

* Información sobre los autores en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

1. Cfr. Etchegaray, Natalio P., "Donación a herederos legitimarios en el Código Civil y Comercial" [on line], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 916, 2014 [http://www.revista-notariado.org.ar/].

2. Dictámenes de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos. Ver Cerávolo, Francisco, "Donación a terceros. Título observable (art. 3955)", en *Revista del Notariado*, nº 830, 1992, pp. 585-601; y "Donación de un inmueble a quien carece de vocación sucesoria legitimaria. Observabilidad del título", en *Revista del Notariado*, nº 839, 1994, pp. 776-786; "Título proveniente de donación a heredera no forzosa", en *Revista del Notariado*, nº 859, 2000, pp. 241-247. El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires no ha emitido dictamen.

3. Ver proyecto de ley para la reforma del CCCN de los diputados Cigogna y Conti, ingresado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación bajo el nº 1819-D-2015.

por lo que le corresponderá a la doctrina exponer respecto de lo que se entiende por tales.[4] En este sentido, podemos señalar que la registración –conforme a los antecedentes obrantes en el derecho nacional– puede cumplir dos funciones: a) la constitución del derecho surge de la registración;[5] b) la constitución del derecho opera externamente al registro y la toma de razón es exclusivamente respecto de su oponibilidad.

Considerando estos efectos, el proyecto de Código Unificado de 1998 había definido como bienes registrables aquellos que deben ser inscriptos en registros especiales para la oponibilidad o la constitución de los derechos (art. 215).

La sanción de la Ley 24587 de Nominatividad de los Títulos Valores determinó que la única categoría de acciones aceptable para el derecho nacional sería, en adelante, la nominativa no endosables, siendo en consecuencia aplicable lo determinado por el artículo 215 de la Ley General de Sociedades (LGS). El artículo 2 de la Ley de Nominatividad reproduce el concepto del artículo 215 LGS: "surte efecto contra la sociedad y los terceros desde su inscripción".

La condición de la inscripción mencionada para que el adquirente pueda hacer valer sus derechos respecto de terceros-emisor y terceros en general, ¿convierte la acción en un bien registrable? Cabe recordar que el objeto de la acción reipersecutoria del artículo 2458 es, justamente, los bienes registrales.

A los fines de avanzar sobre el análisis del interrogante propuesto, debemos interiorizarnos en el concepto de títulos valores. El artículo 226 LGS establece que "las normas sobre títulos valores se aplican en cuando no son modificadas por esta ley". Cabe recordar que, hasta la sanción de la unificación, no existían en nuestra legislación disposiciones generales sobre los títulos valores.

El CCCN, en el Libro III, Título V, Capítulo 6 (arts. 1815 y ss.), ha establecido una normativa general respecto de los títulos valores. Antes, la ausencia de una parte general respecto de la temática reseñada planteaba el interrogante sobre qué aspecto de los títulos valores debía considerarse a los efectos de considerar a las acciones dentro de tal categoría. Esta apreciación giraba en torno a determinar:

a) si la endosabilidad no es un requisito para la transferencia de derechos autónomos, siendo que la autonomía es la característica que determina la existencia de un titulo valor; o
b) No es necesaria la autonomía para la inclusión en la categoría de título valor. Basta que se requiera inexorablemente la presentación de un título para el ejercicio de los derechos contenidos para ser considerado como tal.

El régimen de las acciones nominativas no endosables no faculta –justamente– su transferencia vía endoso.[6] Por tal motivo, si el elemento autonomía es el que de-

4. Proyecto de 1998, art. 215: "Bienes registrables. Son bienes registrables los que deben ser inscriptos en registros especiales para la oponibilidad o la constitución de los derechos".

5. Inscripción constitutiva al regular el dominio de automotores y el de equinos pura sangre; ver respectivamente art. 1 Decreto-ley 6582/1958 (TO Decreto 1114/1997) y art. 2 Ley 20378.

6. Legón, Fernando, *Letra de cambio y pagaré*, Buenos Aires, Ediar, 1966, p. 88: "La primera y la más importante de las funciones que cumple el endoso es la transferencia de los derechos cambiarios; la segunda y como consecuencia del traspaso de la posesión del título se transfieren los derechos cartulares que son adquiridos por el endosatario en forma originaria (autonomía)".

fine el carácter de título valor, el adquirente no goza de un título *ex novo*. Conforme a esta limitación, la suerte del adquirente está sujeta al principio de que nadie puede transmitir un derecho mejor que el que posee, sujetando todas las transferencias a las restricciones de la figura de la cesión. Las restricciones que el librador inserte en la cartular respecto del régimen de transmisión (cláusula no a la orden) sujeta todas las transmisiones del documento a la forma y efectos de la cesión de crédito,[7] pero mantiene la cambial el carácter de título de crédito. Es decir, la supresión de la transmisión de la cartular vía endoso, conforme a la limitación impuesta por el librador, no desnaturaliza al título.

En pos de perfeccionar la transferencia de acciones nominativas no endosables, son requisitos necesarios:

> "… a) la celebración del acto de transferencia de la acción de un titular a favor de otro; b) la firma de dicho contrato –con lo cual asume la existencia de un contrato– por escrito, ya que se debe firmar en los términos del art. 1137 del CCiv.; c) la tradición de los títulos; d) la redacción conjunta por las partes de una declaración escrita dirigida a la sociedad emisora de las acciones, a efectos de notificarla de la trasmisión de dichas acciones; y finalmente e) la registración de la transferencia en el libro pertinente".[8]

Bajo el segundo de los caracteres enunciados, la necesidad del documento implica la incorporación del derecho al mismo.[9] Surge entonces el interrogante sobre si está presente la necesidad respecto de las acciones nominativas no endosables.

Kenny[10] conceptualiza a la acción en tres dimensiones: a) como cuota de participación en una sociedad; b) como título valor; y c) como objeto de inversión. Respecto de la primera de las dimensiones enunciadas, podemos decir que representa una fracción del capital social. Como tal, la posición de parte en el contrato de sociedad, importando ello una pluralidad de derechos, susceptibles de repetidos actos de ejercicio, y también de obligaciones. Representa, además, el límite de la responsabilidad del socio por las consecuencias de los negocios sociales. Con relación al concepto de título valor, lo enunciado anteriormente existe en la medida en que el documento los describe expresamente o remitiéndose al estatuto social (principio de literalidad y carácter de causalidad). En relación con su conceptualización como objeto de inversión, se ve con mayor claridad en la gran empresa, siendo esta un vehículo para organizar capitales, en la cual el accionista es un inversor sin importancia personal.

¿Qué aspectos de los títulos valores deberían tomarse en cuenta a los efectos de considerar las acciones nominativas no endosables dentro de tal categoría? No cabe

7. Decreto-ley 5965/1963, art. 12.

8. Canosa, J. y Kahale, R., "Nuevamente sobre los recaudos para perfeccionar la transferencia de acciones en una sociedad anónima", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 2005-IV, p. 852; citado por STJ Río Negro, 29/10/2007, "Obón, Alejandro s/ Quiebra s/ Incidente s/ Casación". [N. del E.: ver fallo desde la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

9. Legón, Fernando, ob. cit. (cfr. nota 6), p. 12.

10. Keny, Mario, "Las acciones escriturales", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1985, nº 103-104, pp. 115 y ss. El autor modifica la definición clásica de Brunetti de: a) alícuota de capital, b) derecho de participación y c) título de crédito.

una respuesta única. Así como consignáramos que el apotegma de la autonomía no se presenta en la relación entre *tradens* y *acipiens*, también debe señalarse que el artículo 195 LGS (2º párr.) establece que el derecho de este nuevo accionista es inmune a las excepciones que se le pudieran oponer para el caso de violación del derecho de suscripción preferente una vez entregadas las acciones a un tercero. En el mismo sentido, el artículo 208 LGS no permite la emisión de acciones que no estén totalmente integradas, ya que no podría oponérsele dicha ausencia de integración al portador de buena fe.[11]

En relación con el apotegma de la necesidad para el ejercicio del derecho, tenemos presente el clásico trabajo de Anaya titulado "La sociedad anónima sin acciones".[12] A los efectos del presente trabajo, nos alcanza con repetir lo expresado en el artículo 226 LGS: "las normas sobre títulos valores se aplican en cuanto no sean modificas por esta ley"; y el artículo 1815 CCCN: "cuando este Código hace mención a bienes o cosas muebles registrables, no se comprenden los títulos valores".

Hemos visto que los principios de necesidad, literalidad y autonomía no son plenamente aplicables a las acciones nominativas no endosables[13] y, a pesar de las señaladas limitaciones respecto de tales notas, el CCCN ha legislado los denominados títulos valores nominativos no endosables (art. 1849). Ergo, las disposiciones generales previstas en la unificación son comprensivas de las acciones nominativas no endosables.

Si la expresión sustentada es compartida, ello nos lleva a pregonar para todos y cualquiera de los títulos valores que a pesar de que su transmisión requiera la toma de razón en "el libro o cuenta pertinente", dicha toma de razón no confiere a estos títulos el carácter de bienes registrables. Si bien los artículos 215 LGS y 1849 CCCN establecen "cuya transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro", su circulación inter-partes puede perfectamente darse sin que medie la anotación en el libro de accionistas. Nótese el caso de una serie ininterrumpida de endosos: el ejercicio de sus derechos requiere el registro, pero las partes (endosante y beneficiario) no revisten el carácter de terceros. Las acciones nominativas no endosables pueden igualmente circular inter-partes, mediante una cadena ininterrumpida de transferencias.

La registración o anotación hace a la legitimación del adquirente frente a la sociedad y frente aquellos terceros que no son parte de la relación de cesión. No se puede alegar las mismas conclusiones respecto de los sistemas registrales. Así, como

11. Ídem, p. 119, nota 12.

12. Anaya, Jaime, "La sociedad anónima sin acciones", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1975, pp. 107 y ss: "El título accionario, en cambio, es el aspecto exterior de la acción, la representación gráfica de dicha participación en el capital y de la condición de socio, razón por la cual se es accionista con anterioridad a la emisión de los títulos (ver citado artículo 208 LS) y no se deja de serlo por el hecho de que las acciones respectivas no se expresen de ese modo"; citado por CNCom., Sala C, 10/5/2012, Porcelli, Fernando Luis c/ Juan Tomasello SA s/ Incidente de medidas cautelares" (*eldial.com*, AA789A, 14/8/2012).

13. Respecto de las acciones escriturales existen posiciones antagónicas en la doctrina especializada. Cfr.: Efraín, Richard, "Acciones escriturales", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1984, nº 97-98, p. 85 (quien expresa: "cuando existen acciones escriturales, desaparece en relación a ellas los efectos propios de la 'incorporación', la 'legitimación' o la 'necesidad'"); y Keny, Mario, ob. cit. (nota 10).

habíamos consignado, en los sistemas en los cuales de la registración nace el derecho, es imposible pretender la adquisición del bien sin la registración: "el sistema es constitutivo y el dominio nace, aun entre las partes, con motivo de la inscripción"[14]. En los denominados declarativos, se debe respetar el tracto registral con los limitados casos de tracto abreviado.[15] El adquirente del derecho real no lo podrá transferir a un tercero si no ha mediado la registración de su derecho.

Estos rasgos son suficientemente claros para ratificar lo expuesto en el CCCN con respecto a que la anotación y/o registración en los títulos valores no cumple similares efectos de eficacia que se dan en los denominados bienes registrables.

Finalmente, se concluye que:

1) La donación de acciones nominativas no endosables **no está sujeta a la acción reipersecutoria del artículo 2458 del CCCN**.
2) Dicha afirmación se basa en que las **acciones** revisten el carácter de títulos valores y, como tales, **no son bienes registrables**.

14. Garrido, Roque, "Régimen jurídico de los automotores y sus consecuencias", en AA. VV., *Estudios de derecho civil en homenaje a Moisset de Espanés*, Buenos Aires, Universidad, p. 86.

15. Arts. 15 y 16 Ley 17801.

Los contratos asociativos en la unificación

María Cesaretti

Oscar D. Cesaretti*

RdN 920

El Capítulo 16 de la unificación (CCCN o nuevo Código) referido a los contratos asociativos (Libro Tercero, Título IV) se ha divido en cinco secciones: "Disposiciones generales", "Negocio en participación", "Agrupación de colaboración", "Uniones transitorias", "Consorcios de cooperación".

La Sección Primera reproduce, en líneas generales, las previsiones del proyecto de Código Civil redactado por la Comisión creada por Decreto 685/1995, conformada por Héctor Alegria, Atilio Alterini, Jorge Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. El artículo 1442 CCCN determina el ámbito de aplicación de las disposiciones generales, comprendiendo en su previsión legislativa a: todo contrato de colaboración, todo contrato de organización, todo contrato participativo; todos ellos con comunidad de fin[1] que no sean sociedad.

El referido proyecto había determinado que las disposiciones se aplicarían a todo contrato de colaboración, plurilateral[2] o de participación, que no fuera sociedad. Como se observa, la categoría de plurilateral fue reemplazada por la de contrato de organización en el CCCN, lo que permite inferir que todos estos subtipos de contratos asociativos revisten el carácter de plurilateral.[3]

* Información sobre los autores en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

1. El tenor del art. 1442 nos da la idea de que esta comunidad de fin debe ser común a los partícipes. Comentando los proyectos anteriores a la unificación vigente (al referirse a los negocios de colaboración), Etcheverry planteaba que no siempre será necesario perseguir la obtención de una finalidad de interés común, postulando la posibilidad de que una de las partes colabore para la obtención de un resultado que interesa solo a la otra parte (ver Etcheverry, Raúl A., *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 150).

2. El concepto de contrato de plurilateral en el CCCN surge del art. 977: "Contrato plurilateral. Si el contrato ha de ser celebrado por varias partes, y la oferta emana de distintas personas, o es dirigida a varios destinatarios, no hay contrato sin el consentimiento de todos los interesados, excepto que la convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido". La división entre contratos bilaterales y plurilaterales no responde a la cantidad de sujetos sino a la cantidad de partes que intervienen en el mismo. Cifuentes expresa que partes y personas no suelen coincidir, pues varias personas pueden estar de un solo lado –*ex uno latere*–, pero no frente a frente (Richard, Efraín H., *Sociedad y contratos asociativos*, Buenos Aires, Zavalía, 1989, p. 126). El contrato por el cual se conforma una novación (arts. 936/37 CCCN) es plurilateral al intervenir tres partes, pero carece de comunidad de fines que requiere el art. 1442 CCCN.

3. Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos de colaboración empresaria", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, nº 3, 1993, pp. 7-66. Al referirse al contrato asociativo, el autor expresa (p. 26): "El asociativo es para alguno el género, siendo una especie el plurilateral; para otros, significa lo mismo, hay sinonimia".

La primera de las dificultades es de orden terminológico. Surge de la denominación del Capítulo 16 que los contratos asociativos revisten el carácter de género, y los restantes, de especies del referido género.[4] Pero, efectuada esta observación, seguimos en el mismo grado de oscuridad. Cabe aclarar que el contrato de sociedad también reviste el carácter de especie respecto del género contrato asociativo. Surge del tenor conceptual del mismo artículo 1442, al determinar que las disposiciones del Capítulo 16 les serán aplicables a aquellos contratos que sean de colaboración, organización o participación pero que no sean sociedad. Es que la sociedad contiene las notas de ser un contrato[5] de comunidad de fines de colaboración u organización[6], pero asociativo con personificación.

En el plano de las primeras aproximaciones, podemos sostener que el concepto de contrato asociativo (como género) se contrapone al contrato de cambio, por las siguientes características:

- La prestación en los contratos asociativos no está destinada a la contraprestación de la otra, sino al cumplimiento del fin común de los partícipes.
- Los partícipes no se encuentran entre sí en una relación de subordinación funcional o económica, no existe *primus inter partes*.
- El contrato se agota con las recíprocas prestaciones, mientras que en los contratos asociativos las prestaciones permiten cumplimentar el fin común.

En cualquiera de los tratados de contratos podríamos encontrar la clasificación en contratos típicos y atípicos, con la nota que la misma se funda en la existencia de contratos legislados expresamente en lo referente a sus formalidades, contenidos, efectos, exigencias normativas, etc. Esta tipicidad, que emerge de una regulación propia de un tipo contractual, significa que éste posee una caracterización o una estructura definida. La tipicidad no debe confundirse con la existencia de contratos nominados, es decir que tienen una denominación dada legalmente, sino que requiere esencialmente una caracterización que permita no sólo identificarlos sino atribuirle características y efectos, generalmente acompañados de una denominación[7]. Los contratos atípicos, por el contrario, carecen de la mencionada regulación legal. Son consecuencia de la libertad contractual (art. 958 CCCN). No es suficiente que carezcan de un nombre dado por el legislador, sino que estos contratos no deben haber sido caracterizados particularmente.

4. "Acudamos a la conocida cita de Messineo en torno a que los contratos asociativos pueden ubicarse dentro de los contratos de colaboración o cooperación" (Richard, Efraín H., "Contratos de colaboración empresaria" [on line], publicado en la web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba). El legislador ha adoptado otra clasificación contraria a lo expuesto por Messineo, ya que los contratos asociativos resultan género y los de colaboración, especie.

5. Mientras no sea una declaración unilateral para conformar una SAU.

6. Omitimos el término *participación* porque consideramos correcto el criterio de Richard: "Quizá el elemento que determine la tipicidad de la relación societaria es el ejercicio del control, de un control más allá de una simple vigilancia, concretando la posibilidad de intervenir o interferir en las decisiones" (Richard, Efraín H., "Contratos asociativos o de colaboración", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, t. 1990-B, p. 608).

7. Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, t. I, cap. I "El tipo y la atipicidad".

Actualmente los clásicos términos descriptos han sido reemplazados por nominada e innominado (art. 970 CCCN), con igual contenido conceptual que teníamos en los viejos tratados de derecho civil, estableciendo para esta última clasificación (innominados) un orden de prelación para su interpretación que contempla a los "usos y prácticas del lugar de celebración", conforme lo previsto en el artículo 218, inciso 6, del Código de Comercio.

A pesar de estas líneas, el lector continúa sin develar el primer interrogante: ¿qué se entiende por cada uno de los supuestos mencionados en el artículo 1442 del CCCN?[8]

Sinceramente, dicho interrogante no resulta de interés para el operador jurídico; tan solo se deberá examinar *prima facie* si del tenor del contrato surgen los elementos tipológicos construidos por el legislador que están dados por el artículo 1443 referente a la nulidad respecto de una de las partes, y el artículo 1445 respecto de la actuación de los partícipes con terceros. Dados dichos presupuestos, estaremos ante un *contrato asociativo* que podrá ser conforme las notas que surgen del mismo de carácter participativo, definido en el artículo 1448 de colaboración, con las notas que surgen del artículo 1463 , y de organización, conforme las notas de los artículos 1453 y 1470.

El unificador ha tipificado el *contrato asociativo* como género en los artículos referenciados, mejorando la técnica legislativa del Código Civil italiano (CCI), que ha considerado a los contratos plurilaterales con una valoración marginal, ausente de una regulación general, sino exclusivamente de los aspectos patológicos (arts. 1420, 1446, 1459 y 1466 CCI).[9]

Lo esencial del tema no está dado tal como expresáramos en lograr una definición de los subtipos asociativos[10] –hay tantas como autores–, sino determinar qué elementos deben estar ausentes para que no sean sociedad. Es decir, la legislación del Capítulo 16 se conforma –podríamos pensar– como una llave de doble entrada: por un lado, los elementos propios ya enunciados en los artículos 1443 y 1445; por otro, conforme el artículo 1442, que los mismos no sean sociedad.

¿Alcanzará esta doble llave para descifrar el enigma interpretativo? Parece que ambas no están en un pie de igualdad para la exclusión del concepto de sociedad en los contratos asociativos[11]. Lo decimos porque la solución del artículo 1443 del nue-

8. Ver Richard, Efraín H., ob. cit. (cfr. nota 6), pp. 599 y ss., donde en nota al pie el autor reseña las diferentes terminologías que ha usado la doctrina nacional. Ver asimismo, con respecto a la doctrina italiana, Barba, Vincenzo, "*Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*", en *Rivista di Diritto Civile*, Milano, CEDAM, nº 4, julio-agosto, 2010, pp. 531-561. [N. del E.: se podrá acceder al artículo a través de la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

9. Barba, Vincenzo, ob. cit. (cfr. nota 8), p. 534.

10. Por la evidente dificultad terminológica, el legislador de la unificación ha nominado los contratos y vertido en dicha sección los elementos comunes al concepto de contrato asociativo, dejando de lado la individualización de los elementos tipológicos de cada uno de ellos, llegando a pensar el suscripto que ha conformado una construcción de tipo abierto definiendo exclusivamente los elementos base o comunes a dichos subtipos de contratos. Para Fontanarrosa, los contratos plurilaterales tienen por finalidad organizar grupos o categorías, calificándolos como contratos de organización (Fontanarrosa, Rodolfo A., *Derecho comercial argentino. Doctrina general de los contratos comerciales*, Buenos Aires, Zavalía, 1967, t. II, p. 143).

11. Ver Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 60. Al referirse a la colaboración asociativa, el autor expresa: "Cuando se utiliza una organización, éste puede producir como efecto una persona jurídica, como en

vo Código es similar conceptualmente al artículo 16 de la Ley General de Sociedades y propia del concepto de contrato plurilateral que igualmente califica al contrato de sociedad[12]. Cabe destacar que las previsiones del artículo 1445 respecto de la imputación, sujetándola a las reglas de la representación, tampoco difieren del esquema societario, dado que el concepto de órgano se subsume en representación ante la ausencia de una teoría general al respecto[13]. Es evidente que la llave de doble entrada se desvanece y la única interpretación válida para la calificación es que no sean sociedad, para que estén incursos en el Capítulo 16 del CCCN.

Antes de la unificación existía cierto grado de certeza en la doctrina. Favier Dubois, en una señera ponencia al IV Congreso de Derecho Societario (Mendoza, 1986), exponía:

> La tipicidad de las ACE y las UTE se logra a partir de su inscripción en el Registro Público de Comercio en el sentido que desde entonces la ley presume *iuris et de iure* que no son sociedades ni sujetos de derecho […] La falta de inscripción de las ACE, de las UTE, o de otros acuerdos de colaboración empresaria no importa, por sí sola, la existencia de una situación que deba ser sometida a las reglas de las sociedades comerciales irregulares. Esta última dependerá que aparezcan configurados los elementos propios de estas sociedades, lo que puede no ocurrir según el específico contenido de cada contrato.[14]

Estas conclusiones tan certeras se ven alteradas en la unificación, ya que si bien esta dispone la toma de razón registral[15] sin sanción para caso de incumplimiento, como era en la Ley 22903, agrega en el artículo 1447: "Aunque la inscripción esté prevista en las secciones siguientes de este Capítulo, los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes".

Véanse las críticas de Vítolo[16] con un tono irónico con respecto a los contratos asociativos y su técnica legislativa:

---

la sociedad, o no, como en la unión transitoria de empresas. En la sociedad los individuos se diluyen detrás de la personalidad obtenida, y las ganancias se obtienen a título derivado. En los vínculos asociativos, el propósito común no hace desaparecer a los sujetos contratantes y las ganancias se adquieren directamente". La descripción del autor es correcta, pero parte del presupuesto de ya tener definido que se encuentra ante un contrato asociativo no personificado, y nuestro objetivo es definir cuando ese contrato asociativo no reviste el carácter de sociedad; definido ese aspecto será de aplicación lo expuesto por el autor.

12. Ver exposición de motivos de la Ley 19550, art. 1.

13. Ver Otaegui, Julio C., *Administración societaria*, Buenos Aires, Ábaco, 1979, p. 48: "no es el organicismo la doctrina más adecuada para sustentar el proceso de imputabilidad jurídica del sujeto de derecho, lo que no significa que la teoría del órgano sea irrelevante en materia societaria".

14. Favier Dubois, Eduardo M. (h.), "Tipología, tipicidad y regularidad en los contratos de colaboración empresaria" (trabajo presentado en el IV Congreso de Derecho Societario, Mendoza, 1986). Ver también, con ampliación de fundamentos, en Favier Dubois, Eduardo M. (h.), *Derecho societario registral*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994, pp. 452 y ss. Cfr. Mercado de Sala, María, "Agrupamientos no inscriptos" en Escarguel, J. M. y Richard, E. H. (dirs.), *Anomalías societarias*, Córdoba, Advocatus, 1996, p. 281. La autora considera que la inscripción es *iuris tantum,* ya que se plantea el caso de una agrupación que actúa en el mercado, circunstancia que la mera inscripción no impediría su calificación como societaria.

15. Art. 1445 para las ACE, art. 1446 para las UTE y art. 1473 para los consorcios.

16. Vítolo, Daniel R., "Los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial de la Nación. Y si el perro dice… ¿miau?" (trabajo presentado en el II Congreso Nacional e Internacional sobre los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Mar del Plata, 2015).

1) No porque llamemos "denominación" –sin el aditamento– a la designación de la denominación de dichos contratos estamos muy lejos de un nombre social o de una denominación social como las poseen las sociedades (v. arts. 1455, inc. c, y 1474, inc. d).
2) No porque llamemos objeto de contrato a los fines perseguidos por el mismo y en relación con el ámbito de actuación de los representantes estaremos frente a algo muy distinto del objeto social de las sociedades (v. arts. 1455, inc. a, 1464, inc. a, y 1474, inc. b).
3) No porque llamemos fondo común operativo a las inversiones y aportes de las partes o miembros estaremos muy lejos del concepto de capital social al que alude la normativa societaria, en especial a la exigencia de indivisión y de la desafectación patrimonial de las partes (v. arts. 1455, inc. f; 1464, inc. f, y 1474, incs. o, f y p).
4) No porque denominemos estados de situación a los estados financieros dejarán de serlo, al igual que los que confeccionan las sociedades (arts. 1455, inc. l, 1464, inc. I, 1474, inc. o, 1475 y 1476).
5) Las figuras de exclusión, admisión y retiro de socios no son tan distintas de los institutos societarios (arts. 1455, incs. i y j; 1464, incs. i y j, y 1474, incs. l y m).
6) La actuación de las representantes, con la obligación exteriorizar la existencia de las agrupaciones identificando el carácter en que actúan, no difiere tanto de las normas de representación societaria (arts. 1457, 1465 y 1476).
7) La participación de los beneficios y la contribución en los gastos parece aludir a alguna asociación común de carácter societario (arts. 1455, inc. g, 1464 inc. h, y 1474, inc. h).
8) No porque se denominen causales de extinción del contrato a las mencionadas en los artículos 1461 y 1478 difieren tanto de las causales de disolución de las sociedades.
9) La existencia de inscripción de los contratos en el registro público parece tender a una suerte de regularidad contractual similar a la contemplada en el artículo 7 de la Ley 19550 (arts. 1455, 1466 y 1473).

Es de lamentar que el legislador de la Ley 26994 no se haya animado en esta materia a dar un paso más, para permitir que finalmente el perro diga "*guau*". Y sin perjuicio de no compartir las críticas que ponen de manifiesto las dificultades de las figuras legisladas por la unificación, nos cabe determinar –como ya expresamos– cuándo el perro dice "*guau*" y el gato "*miau*".

Si tenemos la certeza ya consignada de que la UTE inscripta es un contrato asociativo –en base al especial efecto de la registración que elaborara Favier Dubois–, nos queda igualmente un largo camino de precisiones ante la ausencia de registración consignada en la parte general del Capítulo 16. Y volvemos al principio: serán contratos asociativos en la medida en que no sean sociedad, por lo que el método de calificación estará en ver qué elementos del contrato de sociedad están presentes para que el resultado final no sea un contrato asociativo.

Ya expresamos que la solución del artículo 1443 respecto de la nulidad no es suficiente, ya que es común a la sociedad; tampoco el régimen de actuación, cuando éste puede convertir a las partes en acreedoras o deudoras de un tercero. ¿Alcanzará

a decir que la causa del contrato de sociedad será el elemento diferenciador y que ausente en los asociativos nos permitirá develar el interrogante? Pensamos que no:

> La tipicidad del contrato de sociedad conlleva efectos que deben estar sostenidos sobre la base de una sustancia negocial compuesta necesariamente por dos elementos: a) la expectativa de ventaja nacida de la actividad; y b) la participación en las pérdidas que el negocio proporciona… [17]

La UTE inscripta o no inscripta tiene un fin de lucro en los consorcios de cooperación, de acuerdo al artículo 1464, inciso h), CCCN. Conforme el artículo 1472, los resultados se distribuyen entre sus miembros en la proporción que fija el contrato. Tan solo en el caso de la ACE se dice expresamente que no tiene fin de lucro, pero se dificulta cuando la ACE desorbita su actuación [18].

En la doctrina clásica italiana, Corsi y Ferrara [19] se refieren al tema:

> El tipo central de los contratos de colaboración está constituido por la sociedad, más otras figuras entran en esta amplia categoría: así contratos de asociación, asociación en participación, contratos agrarios y consorcios.

Conviene entonces examinar por qué notas características la sociedad se distingue de estas otras figuras.

La fisonomía de la sociedad está dada por el concurso de estos tres elementos: a) aportes de los socios, b) ejercicio de una actividad económica en común, c) con el fin de procurar a los socios una ventaja patrimonial.

Para Farina [20], los elementos específicos del contrato de sociedad son: a) el aporte, b) participación en los beneficios y pérdidas, c) *affectio societatis*, d) plazo determinado.

Para Richard [21], los elementos caracterizantes de la sociedad en sentido estricto o propio –conforme lo cataloga el autor– serían: a) la manifestación externa; b) la constitución de un patrimonio común o autónomo; c) la durabilidad; d) el carácter económico, además de común, del fin, para distinguirla de la asociación; e) actividad u origen negocial; f) organización o forma organizada; g) reconocimiento legal de personalidad; h) que se agregan, obviamente, al fin u objeto común.

17. Kulman, David A., "La causa en el contrato de sociedad comercial", en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Buenos Aires, Legis, 2010, nº 1, p. 11.

18. Tomando lo previsto para las asociaciones civiles que establece que no pueden perseguir el lucro como fin principal, ¿cuál es la medida de una ACE que termina arrendando horas del centro de cómputos a terceros por los tiempos que los partícipes no procesan sus respectivos datos, la misma medida que para las asociaciones?

19. Corsi, Francesco y Ferrara, Francesco, *Gli imprenditori e le società* [*Los emprendedores y la sociedad*], Milano, Giuffrè, p. 220. En igual sentido, ver Ferri, Giuseppe, *Le società*, Unione Tipografica, p. 14; respecto del aporte (conferimiento), expresa que puede inicialmente faltar un fondo común, resultando este del ejercicio en común de la actividad económica. En el derecho nacional, ver Muiño, Orlando M. y Richard, Efraín H., *Derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, p. 8; los autores rechazan el elemento lucro como elemento esencial y expresan que la aportación de cosas o dinero tampoco lo es.

20. Farina, Juan, *Tratado de sociedades comerciales. Parte general*, Rosario, Zeus, 1978, p. 240.

21. Richard, Efraín H., "Contratos constitutivos de sociedades y contratos de participación", en AA. VV., *Contratos de colaboración y sociedades*, Córdoba, Advocatus, 1996, p. 33.

Fernández de la Gándara[22] reflexiona acerca de la identidad funcional de los fenómenos societarios:

> La identificación de las modalidades atípicas se orienta, por lo tanto, en dos planos: en primer lugar, controlar si la figura creada en la práctica negocial constituye uno de los modelos de operación societaria regulados por la ley; y en segundo término, ver en qué medida los intereses que juegan en cada uno de estos concretos esquemas societarios se apartan del cuadro típico tenido en cuenta por el legislador.

Por ello, acuña el concepto de identificación de primer grado cuya finalidad básica es resolver la alternativa admisibilidad-no admisibilidad del hecho concreto al modelo societario en el sentido amplio[23]. Y la identificación de segundo grado juega con el sistema de *numerus clausus*, luego de proceder a la identificación de primer grado. En nuestro caso, el análisis se detendrá en la denominada identificación de primer grado, ya que si el contrato asociativo conformado por las partes revistiera el carácter de sociedad, esta encuadraría necesariamente en la Sección IV y no en algunos de los tipos societarios de la Ley General de Sociedades. El autor español reseña también que, en esta tarea de identificación primaria, el elemento prevalente adoptado en los ordenamientos latinos para la función diferenciadora ha sido la causa[24], criterio que la doctrina tradicional española ha identificado como una finalidad lucrativa[25].

La doctrina nacional, con la sanción de la Ley 19.550 y del CCCN (que implicó las derogaciones del art. 282 CCOM y el art. 1648 viejo CCIV), ha rechazado este concepto de lucro con criterio restrictivo respecto del contrato de sociedad[26], destacando que la expresión "participando de los beneficios y soportando las pérdidas" –conforme la doctrina sentada por Halperin– resulta más adecuada a la realidad económica de la actividad societaria:

> … los beneficios no deben consistir necesariamente en un lucro o una ganancia a repartir entre los socios; puede ser el resultado de una investigación, o la oficina central para la contratación en interés común de los socios, o para centralizar determinada especie de negociación o contratación.[27]

22. Fernández de la Gándara, Luis, *La atipicidad en derecho societario*, Zaragoza, Pórtico, pp. 266-67.

23. Sociedad en sentido amplio es un término que utilizan igualmente Richard y Muiño. Ver Muiño, Orlando M. y Richard, Efraín H., ob. cit. (cfr. nota 19), p. 6, y Richard, Efraín H., *Sociedad y contratos asociativos*, Buenos Aires, Zavalía, 1989, p. 124, al referirse al concepto de sociedad del proyecto de unificación impulsado por el diputado Camisar, cuyo art. 1652 expresaba "Sociedad es el contrato por el cual dos o más personas se reúnen para obtener con el esfuerzo o medios comunes, una finalidad común".

24. Fernández de la Gándara, Luis, ob. cit. (cfr. nota 22), p. 275.

25. Girón Tena ha expresado que lo que caracteriza la causa es la solidaridad en riesgos y ventajas y la colaboración en su promoción. El fin de lucro debe ser visto como el objetivo común de los socios. Ver cita en Fernández de la Gándara, ob. cit. (cfr. nota 22), p. 278. Corsi y Ferrara (ver ob. cit. en nota 19) expresan que es esencial que la ventaja económica sea destinada a los socios, la sociedad es un instituto egoísta. Pero no limitan a este al concepto de lucro, es decir, un incremento patrimonial, incluyendo un ahorro de gastos, ya que la cooperativa para el derecho italiano conforma una sociedad, y conformando un válido elemento diferenciador de la sociedad y las asociaciones.

26. Farina, Juan, ob. cit. (cfr. nota 20), p. 51.

27. Ibídem.

Richard y Muiño, cuando se refieren a los elementos diferenciadores, rechazan el lucro como definidor, poniendo de manifiesto las denominadas sociedades profesionales[28] y la sociedad del artículo 3 de la Ley General de Sociedades, considerando que el fin lucrativo no parece entonces indispensable en la noción jurídica, correspondiendo a una decisión de política legislativa, ya alejada de nuestro sistema tanto por disposiciones del Código Civil como por el referido artículo.[29]

Corsi y Ferrara[30] se expiden respecto del ejercicio de una actividad económica común:

> La sociedad postula, en segundo lugar, el ejercicio de una actividad económica; es decir, el cumplimiento de una serie de actos coordinados y unificados en función de un resultado productivo.

Por su parte, Ferri[31] agrega:

> … no basta que la actividad sea ejercitada con medios comunes y que comunes sean los resultados de la actividad misma. Es necesario que también la actividad sea común.[32]

Es común la actividad en los contratos asociativos tipificados. En el caso de la ACE, no hay una actividad externa, sino relacionado a las fases[33] de la actividad común de

28. Los autores no aclaran el concepto de sociedad de profesionales que utilizan para afirmar la ausencia de fin de lucro. Al respecto, cfr. Favier Dubois, Eduardo M. (h.), "Las sociedades de profesionales y su organización como sociedades de medios con actuación externa", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, nº 290, enero 2012, t. XXIV, pp. 7-20; allí se analizan diversas alternativas de organización profesional como uniones o sociedades internas con la variante *pool* de gastos o interna de ganancias, o sociedades externas organizadas como sociedad de medios, que tiene por objeto compartir estructuras y distribuir los costos. En estos casos, hay una bipartición de contrataciones. Las relaciones con los clientes las sigue manejando cada profesional, que presta el servicio, contrata y factura a título propio, pero las relaciones "externas" vinculadas a la infraestructura en común las contrata una sociedad civil o comercial de la cuál los profesionales prestadores son socios. Como se ve no se trata de una verdadera sociedad ya que la finalidad es el pago de las cuotas periódicas de los gastos pero no la generación de utilidades o "Sociedades externas para el ejercicio profesional". En este caso todas las relaciones frente a clientes, frente a la infraestructura y frente a terceros en general, las contrata la sociedad por su cuenta y bajo se nombre o razón social, siendo la sociedad quien factura, presta los servicios y los cobra". [N. del E.: se podrá acceder al artículo desde la RDN digital http://www.revistanotariado.org.ar/].

29. Véase al respecto a Girón Tena, José, *Derecho de sociedades*, t. 1, p. 29: "Desde el punto de vista de la lógica interna del concepto, es por ello perturbador imponer, estableciéndolo como elemento de la definición, que la estructura organizativa sociedad solo sirve para un fin económico y que la asociación para un fin no lucrativo". Para el referido autor, "la sociedad en sentido amplio se compone del mínimo de elementos (fin común, promovido por los socios y de origen negocial)".

30. Corsi, Francesco y Ferrara, Francesco, ob. cit. (cfr. nota 19).

31. Ferri, Giuseppe, ob. cit. (nota 19), p. 19.

32. Corsi y Ferrara (ver ob. cit. en nota 19) agregan: "*Occore che l´attività sia esecitata in comune, che alla gestione partecipino titti i soci. La gestione è comune quando si può ricondurre alla voluntà di tutti i soci*" (p. 221). Obsérvese que el proyecto de la denominada Comisión Federal de reforma del Código Civil, en su art. 1451, tipificaba a los contratos asociativos así: "Se denominan contratos asociativos aquellos en los cuales dos o más personas se ponen de acuerdo para obtener, con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común" similar concepto con el cual el Proyecto de Código Civil de 1987 definía a la sociedad en el art. 1652.

33. Para el concepto de "fases", ver Zaldívar, Enrique, Manovil, Rafael y Ragazzi, Guillermo, *Contratos de colaboración empresaria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, 2ª ed., p. 40.

los miembros, remarcando que por medio del referido contrato no se puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de los miembros, alejando el precepto legal toda idea de actividad común respecto de terceros.

La solución no es tan clara respecto de la UTE, donde definidamente el objeto del contrato se vincula a un opus respecto de un tercero, dado que la conformación del contrato se puede dar en forma *vertical* u *horizontal*[34]. Así cuando el opus requerido por el tercero esté claramente definido, los aspectos por los que cada miembro cumplirá los calificamos con el supuesto de UTE horizontal, donde cada uno de ellos desarrolla un aspecto del opus en forma coordinada con los restantes. Pero cuando por la dimensión del opus requerido por el comitente las operaciones conjuntas no están condicionadas por las particularidades de la obra (más bien por los aspectos dimensionales de la misma), resulta que nos encontramos con una actividad desarrollada en común donde podrán existir medios comunes y resultados comunes o no (dependiendo de la estructura del contrato que las partes se han conferido).[35]

Respecto del concepto de *aporte*, Farina[36] expresa:

> Queda claramente establecido que es un requisito esencial para la constitución de la sociedad, que cada uno de los socios se obligue a efectuar un aporte, consista éste en una obligación de dar o en una obligación de hacer.

Y en nuestra Ley General de Sociedades es causal de exclusión (art. 37). La única limitación respecto del aporte que consigna Ferri[37] es la referente a una prestación de no hacer (p. ej.: la asunción de una obligación de no concurrencia), aunque la prestación pueda importar una utilidad económica.

¿Cuál es el elemento común de los denominados contratos asociativos que permitan diferenciarlos del concepto de sociedad, que surge de la nueva sección IV de la Ley 19550? Reseñando: las UTE tienen finalidad de lucrativa; los ACE, crean un marco de autonomía patrimonial (art. 1458 CCCN), pero carecen de fin lucrativo. Respecto del consorcio de cooperación, el CCCN carece de una actividad autónoma externa ya que la organización común es tendiente a facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, razón por la cual el fondo común operativo se mantiene indiviso (art. 1474 inc. p). Todos estos contratos asociativos no personificados como sociedad, por imperio de la ley, carecen o bien:

a) Respecto de las ACE de fin de lucro como ya expresáramos.
b) Si bien a las ACE su autonomía patrimonial les es reconocida respecto de los acreedores de los participes, su ausencia de fin lucrativo y su restricción de actuación externa no les permite exteriorizar una actividad común respecto de terceros. La sociedad interna no es sociedad, requiere la exteriorización.

34. De *joint venture* vertical u horizontal se refiere Astolfi, pero tomamos su criterio clasificatorio en sentido inverso por considerar más adecuado al objeto del presente trabajo. (Citado por Zaldívar, Enrique, Manovil, Rafael, y Ragazzi, Guillermo, ob. cit. [cfr. nota 33], p. 177).

35. Ver el contrato de unión transitoria de empresas "Área Puesto Hernández" (contrato suscripto entre YPF SA como concedente y varias empresas petroleras), donde explotan en común el área concesionada.

36. Farina, Juan, ob. cit. (cfr. nota 20), p. 70.

37. Ferri, Giuseppe, ob. cit. (cfr. nota 19), p. 15.

c) Respecto de las UTE, si bien les es reconocido su fin lucrativo, carecen de autonomía patrimonial y las contribuciones al fondo común son justamente eso, es decir, un mecanismo para solventar aquellas cargas comunes de la unión (ej: canon locativo, remuneración de los representantes, cargos fiscales etc.), pero no un aporte dirigido a un sujeto diferente de los propios partícipes.
d) En lo atinente a los consorcios, cabe consignar que el artículo 6 de Ley 26005[38] (de creación de esta figura contractual) establecía expresamente que ante su falta de registración, el contrato tendrá los efectos de una sociedad de hecho. La unificación suprimió este artículo así como también la *inalterabilidad* del fondo común, concepto éste inasible. La valoración del artículo 6 es dispar respecto de la ausencia de inscripción como consignamos en la nota, y por ello resulta razonable su eliminación en la Unificación. Entonces rige, en consecuencia, para todos los contratos asociativos no inscriptos la determinación *a posteriori* si su actuación devino en una figura societaria o no. Como ya expresáramos, el consorcio carece de un fin autónomo y que constituye una organización de medios para acrecentar los resultados de los partícipes con un actividad externa (art. 1476 CCCN), que establece que el representante es responsable de que en toda actuación sea exteriorizado el carácter de consorcio.

El elemento común reseñado es la ausencia de un aporte, es decir, que los bienes que conforman los denominados fondos comunes operativos están destinados a solventar las cargas comunes y no son el medio económico para el cumplimiento del fin común.

Obsérvense algunos detalles al respecto que pueden clarificar esta postura. En primer lugar, el CCCN eliminó el término *patrimonio* que estaba inserto en el artículo 372[39] de la Ley 19550, en el que establecía "se mantendrá indiviso este patrimonio sobre el que no pueden hacer valer su derecho", como atribuyéndoselo a un mero contrato al cual la ley calificaba que no era sujeto de derecho.

38. Art. 6 Ley 26005: "Los contratos constitutivos de 'consorcios de cooperación' deberán inscribirse en la Inspección General de Justicia de la Nación o por ante la autoridad de contralor que correspondiere, según la jurisdicción provincial que se tratare. Si los contratos no se registraren, el consorcio tendrá los efectos de una sociedad de hecho". Comenta Otaegui: "Diferentemente, el consorcio de cooperación no es una sociedad *de jure* (art. 2), pero lo es de facto […] la disociación y la despersonalización del Consorcio de Cooperación alteran sustancialmente el régimen de tutela del crédito aplicable a una sociedad comercial porque el Consorcio de Cooperación aunque actúa como una sociedad comercial no es concursable ni quebrable…" (Otaegui, Julio C., "El consorcio de cooperación", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2008-C, p. 1286). Por su parte, sostiene Richard: "La doctrina es conteste que los contratos de colaboración típicos no inscriptos no generan una sociedad ni una persona jurídica, sino un problema de prueba. Un contrato de colaboración o consorcio inscripto si actúa como sociedad será ello, pero deberá probarlo quién lo afirme. La presunción que contiene la ley ante la falta de inscripción no es prudente" (Richard, Efraín H., "Un nuevo contrato de colaboración empresaria: el consorcio de cooperación" [on line], publicado en la web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba).

39. Al comentar este artículo, tuvimos oportunidad de manifestar que tal expresión producía confusión, ya que parecía atribuírsela a un mero contrato. Sin perjuicio de que el mismo término patrimonio no goza de una acepción pacífica en la doctrina, así Borda postula que no lo conforman las deudas, pero Vélez, al tratar el tema sucesorio, se enrola en la postura de considerarlo una universalidad comprensiva de bienes y deudas. Ver Cesaretti, Oscar D., "Contratos de colaboración empresaria", en Nuta, A. R. (dir.) y Solari Costa, O. (coord.), *Tratado de derecho privado. Derecho comercial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 467-500.

Por otra parte, el inciso f) del artículo 1455 CCCN, y similar inciso del artículo 1464 CCCN (ex inc. 6 del art. 369 y del 378 Ley 19550), se compone de tres supuestos: *obligaciones asumidas*, *contribuciones debidas al fondo común operativo*, y *modo de financiar las actividades comunes*. El modo de financiar las obligaciones comunes estará conformado por las obligaciones asumidas por los participes entre sí, y no respecto de un *alter sujeto*, y no conforman el fondo común operativo. Su redacción aleja toda idea de "aporte", como surge claramente del inciso h) del artículo 1455 CCCN *in fine*, cuando se refiere a las atribuciones y poderes para la organización de la actividad, sujetas a la reglas del mandato, que establece la obligación de estos representantes voluntarios de "controlar su actividad –de los partícipes– al solo efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas". La legitimación respecto de velar por el cumplimiento de las mismas no recae sobre un *alter sujeto*, sino sobre aquellas personas a las que se les ha conferido las facultades de dirección y administración y –tal como consignáramos– bajo el esquema de la representación voluntaria.[40]

Iguales notas podemos reseñar respecto del consorcio. Que exista una comunidad de fin, como resalta el artículo 1442 del CCCN, no permite inferir que exista un fin *autónomo*[41], ya que no existe un otro a más de los partícipes. El fin es común a los partícipes en el contrato de sociedad, el fin es autónomo de los socios, es el fin de la sociedad por medio del cual cada socio satisfará su propio fin[42].

Ahora bien, un contrato asociativo no inscripto, donde los partícipes, en el caso de las ACE, exorbitan la actividad interna o, en las UTE, los medios económicos para el cumplimiento de la activad de cada partícipe pasa por poner en común los fondos para la misma, determinará –al igual que un consorcio de cooperación– el nacimiento de una figura societaria de la Sección IV del CCCN[43].

Conclusiones

Los contratos asociativos típicos gozan con su inscripción de una presunción *iuris tantum* de que no son sociedad[44].

La comunidad de fines no determina la existencia de un fin autónomo del ente como se da en la figura societaria, sino un fin de cada partícipe hacia la concreción del opus, coordinado pero autónomo.

40. "Los contratos de colaboración no generan la existencia de organicidad de ningún tipo". Ver Zaldívar, Enrique, Manovil, Rafael y Ragazzi, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 33), pp. 96-98.

41. Palmero, Juan C., "La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, nº 119/120, p. 839.

42. Al respecto, ver nota 61 de Richard Efraín citando Bolaffi en ob. cit., p. 34.

43. Respecto de la responsabilidad que se podrá generar a los participes somos del criterio que se debe estar a las previsiones del tipo contractual que se quiso conformar; así en el caso de las ACE primará la solidaridad del art. 1459 sobre las previsiones del nuevo art. 24 de la LGS; respecto de la UTE se deberá estar a lo estipulado contractualmente conforme las reglas del mismo art. 24 LGS.

44. La redacción del art. 1442 CCCN nos lleva a abandonar la postura que sostuviera Favier al respecto en el anterior régimen legal. Por último, la redacción del art. 1447 CCCN (que establece que la no inscripción produce igualmente efectos del contrato entre las partes) no aclara a qué efectos se refiere, si al que las partes con la adopción de un tipo contractual previsto en el CCCN han querido o al que conforme las estipulaciones pactadas ha resultado conformado por estas.

El fondo común operativo no constituye un patrimonio autónomo[45].

Los bienes que se adquieran con el fondo común operativo están en cabeza de los partícipes, afectados mediante una declaración unilateral de los mismos al contrato; y en caso de bienes registrables, mediante anotación conforme el artículo 3 de la Ley 17801[46].

La exclusión de los acreedores particulares sobre dichos bienes ratifica que no existe transferencia dominial alguna, no media aporte como en el contrato de sociedad.

El riesgo o el alea negocial de la actividad no es necesariamente común: "Al no conformase una empresa con gestión común, cada una de las empresas partícipes contribuye con la actividad que le es propia, a un costo que también le es propio"[47].

45. Zaldívar, Enrique, Manovil, Rafael, y Ragazzi, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 33), p. 98.

46. Cesaretti, Oscar, ob. cit. (cfr. nota 39). Se expone allí el pensamiento de García Coni respecto del concepto de inscripción y anotación.

47. Zaldívar, Enrique, Manovil, Rafael, y Ragazzi, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 33), p. 98.

"No te lo van a inscribir" o una correcta y completa publicidad registral del dominio fiduciario debería incluir la CUIT del fideicomiso

Adrián C. Comas*

RdN 920

RESUMEN

El fideicomiso es un contrato, no una persona jurídica, motivo por el cual el inmueble se inscribe a nombre del administrador fiduciario con la sola mención de que es "dominio fiduciario Ley 24441". Pero el administrador puede administrar patrimonios fideicomitidos distintos y la publicidad registral no es completa, lo que no les permite a los terceros saber a cuál de ellos el inmueble pertenece, creándose inseguridad jurídica. La mención de la CUIT del patrimonio fiduciario sería la solución. Los antecedentes que dieron origen a la normativa registral actual requirieron del registrador la flexibilidad que necesitaba este nuevo instituto. Este artículo es un llamado a dicha reflexión.

Sumario: ***1.*** *Planteo del tema. Elucubraciones notariales sobre los fideicomisos.* ***2.*** *Presentación del escribano autorizante (primer paso).* ***3.*** *Respuesta del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (segundo paso).* ***4.*** *Publicación de este artículo (tercer paso).* ***5.*** *Futuras presentaciones (cuarto paso).*

1. Planteo del tema. Elucubraciones notariales sobre los fideicomisos

Desde hace varios años, los notarios redactamos contratos de creación de fideicomisos y autorizamos escrituras públicas de transferencia de dominio fiduciario de inmuebles. Para ello, cumplimos con las exigencias de toda la normativa pertinente, desde los puntos de vista civil, notarial, impositivo y registral, que ven este instituto desde sus respectivos ámbitos de incumbencia. Ante vacíos normativos, dudas u opiniones distintas a terceros, hice oportunamente varios planteos sobre el tema, enfocando primero el fideicomiso desde el ámbito impositivo[1] y luego, desde el de los *referencistas* y el estudio de títulos[2].

* Escribano.

1. Expediente en la Dirección General Rentas sobre exención del impuesto de sellos CABA en fideicomiso de administración (10/4/2007), que derivó luego en un artículo publicado: Comas, Adrián C., "'Vamos aclarando

2. Comas, Adrián C., "Aunque no lo veamos, el escribano referencista siempre está. O… ¿podrían ser observables las transferencias de dominio fiduciario de inmuebles a la parte fiduciaria constructora del edificio

Ahora llega el planteo enfocando el fideicomiso desde el punto de vista del ámbito registral, de la siguiente manera: si bien para el derecho tributario el fideicomiso es un sujeto impositivo, que tiene su propia identificación fiscal (CUIT), es sabido que para el derecho "de fondo", el fideicomiso es solo un contrato y no una persona jurídica, y que, como consecuencia de ello, para el derecho registral, el dominio fiduciario se registra a nombre del fiduciario (sea una persona física o una jurídica), con la sola aclaración –mínima– de que es "dominio fiduciario Ley 24441", a fin de anoticiar *prima facie* que es un patrimonio distinto del patrimonio personal del fiduciario administrador. Sin embargo, y a los fines de una correcta y completa publicidad registral de la separación de los patrimonios (son estos la garantía de los respectivos acreedores), sería muy conveniente que en la matrícula registral se identificara claramente a qué patrimonio fiduciario corresponde el inmueble, ya que un mismo fiduciario que se dedicara profesionalmente a realizar esta actividad podría administrar varios patrimonios fideicomitidos y eso confundiría en una primera instancia a los terceros interesados y acreedores de cada uno de ellos. Con la obtención de un informe registral, los acreedores de un fideicomiso determinado sabrán automáticamente que el inmueble no está en el patrimonio personal del titular, sino que corresponde a un patrimonio fiduciario que este solo administra, y creerán que es justamente el patrimonio fiduciario su deudor cuando puede no serlo. Una correcta separación de patrimonios no solo es separar el patrimonio personal del fiduciario respecto del patrimonio fideicomitido que administra, sino también todos los distintos patrimonios que puede estar administrando en fiducia.

Se podrá argumentar que la publicidad registral es meramente "indiciaria", que remite a los documentos base que son la publicidad cartular mucho más completa y que los terceros deberían, por lo tanto, remitirse a ellos en una segunda instancia. Ello es correcto. Pero es necesario destacar que en otros casos se ha considerado conveniente anoticiar desde una primera instancia a los terceros acerca del carácter de propio o ganancial de un inmueble registrado a nombre de una persona física casada. Y en este caso se trata de inmuebles dentro un mismo y único patrimonio personal del titular dominial que tiene consecuencias distintas en base a su condición de propio o de ganancial, tales como respecto del asentimiento conyugal para su disposición, para su tratamiento sucesorio distinto, para su inclusión o no en la disolución de la sociedad conyugal por divorcio, etc.

Con motivo de estas elucubraciones previas y en ocasión de una transferencia de dominio fiduciario de un inmueble sito en la Ciudad de Buenos Aires que formalicé en escritura pública en el año 2014, hice la rogación en la minuta para que se consignara la CUIT del fideicomiso como constaba expresamente en la escritura pública. Posteriormente, ante la inscripción registral sin asentar la CUIT en la matrícula registral, sabiendo que el fiduciario era también administrador de otros patrimonios fideicomitidos con sus respectivos acreedores y con la intención de evitar

---

el panorama' o ¿tributan sellos todas las transferencias de dominio fiduciario de inmuebles sitos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 889, julio-septiembre 2007, pp. 37-48.

---

en algunos fideicomisos inmobiliarios?", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 895, enero-marzo 2009, pp. 57-74.

riesgos de las obligaciones que se asumieran en esos otros patrimonios, presenté con posterioridad en el Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal una nota de solicitud de inclusión de la CUIT del fideicomiso en la matrícula registral, con los argumentos jurídicos que consideré aplicables, requiriendo que en caso de negativa el organismo fundara en derecho dicha decisión.

El organismo inscriptorio dictaminó tiempo después que, en base a la normativa vigente, "no corresponde incluir la CUIT del fideicomiso en el respectivo asiento registral". Se compartirán en esta publicación los argumentos jurídicos por mí planteados –que, como notario, sigo sosteniendo– y la respuesta del Registro, con sus fundamentos, ya que podría ser eventualmente utilizada como base para otros colegas notarios "recursivos" que opinen en forma similar con motivo de nuevas transferencias de dominio fiduciario.

"No te lo van a inscribir", me anticiparon los asesores del Colegio de Escribanos a quienes había consultado previamente, pero ante esta primera negativa administrativa registral, considero que en el tema de los fideicomisos aún queda mucho camino por recorrer para conseguir que sea dictada oportunamente nueva normativa al respecto (sean disposiciones técnico registrales, resoluciones, decretos reglamentarios o leyes registrales), que privilegie una publicidad registral más completa y correcta, con información más clara sobre la separación de los patrimonios y respecto de a qué patrimonio fiduciario específico corresponde el inmueble consultado, para oponibilidad a todos los terceros y una mayor seguridad jurídica.

2. Presentación del escribano autorizante (primer paso)

SOLICITA SE CONSIGNE CUIT DEL FIDEICOMISO en el ASIENTO de "DOMINIO FIDUCIARIO LEY 24441" de la MATRÍCULA REGISTRAL

Sr. Registrador
del Registro de la Propiedad Inmueble
de Capital Federal

El suscripto, Escribano Adrián Carlos COMAS, titular del Registro Notarial 159 de esta ciudad, Matrícula 3717, constituyendo domicilio especial en Riobamba 436, piso 4, CABA (email: escribaniacomas@fibertel.com.ar - te. 4953-6575/7261), me presento y digo:

I) Que por escritura pública de fecha […] de […] de 2014, pasada ante mí, bajo el número […], al folio […] del Registro Notarial 159 a mi cargo, se formalizó la transferencia de dominio fiduciario de un inmueble (finca), sito en esta ciudad, siendo transmitente una persona física como fiduciante, y recibiendo el inmueble en dominio fiduciario una persona física, en su carácter de administrador fiduciario de un fideicomiso no financiero (con la manda de construir en dicha finca un edificio que se afectará oportunamente a propiedad horizontal). El fideicomiso fue creado conforme a lo dispuesto por la Ley 24441, encontrándose debidamente sellado ante AGIP, y con CUIT otorgada por la AFIP.

II) De la escritura pública de transferencia de dominio fiduciario surgen todos los datos personales y CUIT personal de la persona física administrador fiduciario, y también la CUIT del fideicomiso que administra, su nombre de fantasía, y su domicilio contrac-

tual y fiscal, y que la transferencia de dominio se realizaba en dominio fiduciario Ley 24441, con un "plazo" de cinco años desde la creación del fideicomiso, y con "condición" del cumplimiento total de la manda, construcción del edificio, afectación a propiedad horizontal y transferencia de dominio pleno de todas las unidades a quienes legal y contractualmente correspondiera.

III) De la minuta de inscripción registral suscripta también surgían todos dichos datos, y ante una observación del registrador sobre los rubros de la minuta, se rehizo la misma, y se solicitó expresamente por nota, que además de todos los datos personales del fiduciario y su CUIT personal, que era dominio fiduciario Ley 24.441, y que existía plazo y condición, que también se consignara la CUIT del fideicomiso, por así establecerlo la Ley 17801 en su artículo 3 bis.

IV) Luego de más de un mes de espera sin movimiento del expediente, se hizo el pertinente reclamo en relatoría y luego en la Dirección del Registro, y un par de semanas después, salió inscripta la primera copia de la referida escritura, en la Matrícula FRE […]. Adjunto la misma en fotocopia autenticada, ya que la primera copia original fue entregada al administrador fiduciario para las tramitaciones administrativas del emprendimiento edilicio a encarar por el fideicomiso.

V) Como no se había agregado copia del asiento registral en folio real electrónico, FRE, solicité un informe de dominio, que en fotocopia autenticada agrego a la presente, y de la que surge todos los datos referidos, EXCEPTO el número de CUIT del fideicomiso, a pesar de haber sido solicitado en forma expresa. Adjunto a la presente constancia oficial de la CUIT del fideicomiso bajada de la página web de la AFIP. (De dicha constancia oficial surge la CUIT del sujeto impositivo, su DENOMINACIÓN de fantasía, y su DOMICILIO fiscal y contractual, datos esenciales para la identificación correcta del fideicomiso).

VI) Que por todo lo expuesto, y considerando IMPRESCINDIBLE a los efectos de una correcta y completa PUBLICIDAD REGISTRAL, que del asiento de dominio de la matrícula registral surja la CUIT del fideicomiso, SOLICITO se consigne la misma, y en caso de considerar el registrador que "no corresponde consignarla por no disponerlo normativa administrativa del Registro", solicito la elevación de esta solicitud al director del Registro de la Propiedad Inmueble de esta ciudad.

VII) Que la Ley registral número 17801 establece en su artículo 6 inciso a) que la situación registral solo varía a petición del "autorizante" del documento, y por tal motivo así lo solicito, a los efectos del artículo 8, que establece que "el Registro examina la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicita, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos".

VIII) Que la normativa pertinente establece que el suscripto como interesado, puedo solicitar al registrador, que se agregue la CUIT del fideicomiso como fue oportunamente solicitado en la minuta rogatoria y la nota presentada, fundando mi pedido en las consideraciones que más abajo se detallan, agregando como única prueba la fotocopia autenticada del título inscripto, la fotocopia autenticada del informe de dominio con el asiento registral, y la constancia de CUIT del fideicomiso que expide la AFIP.
Por lo expuesto, solicito también la elevación de esta solicitud al director del Registro de la Propiedad, a fin de que su decisión contenga pronunciamiento sobre el mérito de las argumentaciones expuestas y que se cite el derecho en el que se funda.

IX) A los efectos de FUNDAR MI PETICIÓN de que se agregue también la CUIT del fideicomiso en la matrícula registral, hago las siguientes CONSIDERACIONES (puntos 1 a 13):

IX. 1) EL FIDEICOMISO NO PUEDE SER TITULAR DE DOMINIO: Partimos jurídicamente de la base de que el fideicomiso reglado por la Ley 24441, "no es una persona jurídica", "es solo un contrato", y por tal motivo, "no puede ser titular de dominio de inmuebles". Eso es lo jurídicamente establecido, y no se argumenta nada en contra de dicho principio. El inmueble que forma parte del patrimonio fiduciario, puede ser transferido en dominio fiduciario por un tercero, que asume el carácter de fiduciante, y lo recibe en dominio fiduciario la persona física o jurídica que sea el fiduciario administrador, aclarando registralmente que no forma parte de su patrimonio personal sino de un patrimonio fideicomitido que el fiduciario solamente administra.

IX. 2) NORMATIVA LEGAL DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO: La Ley 24441 de FIDEICOMISO establece en su artículo 1, que habrá 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 su artículo 4, establece que el contrato también debe contener: en su inciso a) la "individualización de los bienes" objeto del "contrato". En su inciso c) el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución […] En su inciso d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso; y en su inciso e) Los derechos y obligaciones del fiduciario […] En su artículo 5 establece que el fiduciario podrá ser cualquier "persona física o jurídica", y fundamentalmente en su artículo 6, que el fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del "buen hombre de negocios" que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. En su artículo 11, establece que sobre los "bienes" fideicomitidos se constituye una "propiedad fiduciaria" que se rige por lo dispuesto en el Título VII del Libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas. En su artículo 13 establece que cuando se trate de "bienes registrables", los registros correspondientes deberán "tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad" a "nombre del fiduciario" […] En su artículo 14 establece enfáticamente, que los bienes fideicomitidos constituyen un "patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante" […] Lo que tiene su correlato en el artículo 15, que establece que los "bienes fideicomitidos" quedarán "exentos de la acción" singular o colectiva "de los acreedores del fiduciario"; y también en el artículo 16 que establece que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; […] En su artículo 18 establece que el fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario […]

De dicha normativa legal surge claramente como obligación del fiduciario, el actuar como un buen hombre de negocios, y un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, (art. 5), debe ultimar todas las actuaciones que debe realizar para PROTEGER al patrimonio fiduciario que administra de la acción de TERCEROS que NO SEAN ACREEDORES del FIDEICOMISO (arts. 15 y 16), y esos

terceros pueden ser acreedores personales de quien sea el administrador fiduciario, o acreedores personales de los que sean fiduciantes de ese mismo fideicomiso, o acreedores personales de los beneficiarios de ese mismo fideicomiso, o hasta pueden ser "ACREEDORES de OTRO FIDEICOMISO" que tenga como ADMINISTRADOR FIDUCIARIO a la MISMA persona física o jurídica, ya que en base a su experiencia e idoneidad, dicha persona física o jurídica puede ser FIDUCIARIA de MUCHOS OTROS FIDEICOMISOS.

IX. 3) PROTECCIÓN LEGAL NECESARIA Y SOLICITADA: Y a esa protección legal es que apunta esta petición: Si el Registro de la Propiedad Inmueble publicita a terceros los asientos dominiales en las matrículas registrales, consignando que en el inmueble matrícula AAA figura como dominio fiduciario Ley 24441, con plazo y condición, y los datos de la persona física AAA o jurídica AAA, la oponiblidad *erga omnes* es que dicho inmueble NO forma parte del patrimonio personal del titular, lo que protege al inmueble de la acción de los acreedores de dicha persona titular, pero hace CONFUNDIR a los ACREEDORES de CADA UNO de los FIDEICOMISOS que ese titular administra como FIDUCIARIO, ya que nadie sabrá, hasta acceder a la publicidad "cartular" que surge del título de propiedad, a cuál de todos los fideicomisos corresponde este inmueble. El impedir el Registro de la Propiedad esa publicidad registral BÁSICA genera incertumbre, posibilita que se soliciten medidas cautelares como ser embargos, anotación de litis, medidas cautelares de no innovar, etc., las que serán oportunamente levantadas por orden judicial cuando el fiduciario acredite que el acreedor reclamante es acreedor del fideicomiso BBB, CUIT BBB, que el titular solo administra, y que es un patrimonio distinto del fideicomiso AAA, CUIT AAA, que el titular también administra, y que el inmueble matrícula AAA, forma parte del patrimonio del fideicomiso AAA, CUIT AAA, y que por lo tanto "no es deudor del embargante". Recién presentando al expediente judicial el título de propiedad podría acreditar que el inmueble corresponde al patrimonio fideicomitido de otro fideicomiso AAA, y que el título del crédito del embargante, el contrato realizado, la factura emitida, etc. surge claramente que el administrador fiduciario contrató en nombre del fideicomiso BBB CUIT BBB, y que el inmueble embargado no forma parte de ese fideicomiso deudor del acreedor accionante y que solicitó la medida cautelar por error, producido por una INDETERMINACIÓN del Registro de la Propiedad por haberse negado a identificar claramente cuál es el patrimonio fideicomitido al que pertenece el inmueble de marras (CUIT AAA o CUIT BBB).

IX. 4) CUIT DEL FIDEICOMISO: ¿Y cuál sería el motivo por el cual el Registro de la Propiedad Inmueble NO consigna la CUIT del fideicomiso AAA? La primera explicación sería el principio básico ya aceptado, que el fideicomiso no es una persona jurídica ni puede ser titular de dominio de inmuebles, siendo solo un contrato. La norma registral aplicable es el Decreto 466/99, que en su artículo 92 establece que en la calificación de documentos de los que resulten actos de transmisión fiduciaria en los términos de la Ley Nº 24441 y su modificatoria se aplicarán, en cuanto sean compatibles, las normas registrales relativas al dominio, condominio, propiedad horizontal o hipoteca, y las que aquí se establecen. Los asientos registrales se confeccionarán consignando en el rubro correspondiente la indicación de su condición fiduciaria según la Ley Nº 24441 y su modificatoria. Deberá consignarse también el plazo o condición a que se sujeta el derecho, expresando en este último caso únicamente cuando el derecho esté sujeto a condición. Si existiere, y así se solicitare, se hará constar la limitación a que se refiere el artículo 17 de la Ley Nº 24441 y su modificatoria. Los supuestos de cesación del fiduciario regulados en los artículos 9º y 10º de la Ley Nº 24441 y su modificatoria darán lugar a la apertura de un nuevo asiento en el rubro titularidad a nombre del fiduciario sustituto.

"La Dirección del Registro establecerá los demás criterios de calificación y requisitos de los asientos, sobre la base de lo dispuesto precedentemente". De dicha norma, y de los criterios establecidos por la Dirección del Registro, surge que los datos a consignar en el asiento son los allí establecidos, consignando los datos completos de la persona física o jurídica fiduciaria, inclusive su CUIT personal.

IX. 5) IDENTIFICACIÓN TRIBUTARIA DE LAS PARTES: Ahora bien, con posterioridad al Decreto 466/99, la Ley Registral 17801 tuvo modificaciones, una de las cuales, en el año 2000, incluyó "la identificación tributaria de las partes intervinientes", en su artículo 3º bis, que establece enfáticamente que "no se inscribirán o anotarán los documentos mencionados en el artículo 2º inciso a), si no constare la clave o código de identificación de las partes intervinientes otorgado por la Administración Federal de Ingresos Públicos o por la Administración Nacional de la Seguridad Social, de corresponder".

IX. 6) PARTES INTERVINIENTES: Y leyendo dicho art. 3 bis, ¿qué deberíamos entender por "partes intervinientes"? Una primera interpretación es la de "partes en la transmisión de dominio del inmueble" cuyo cambio de titularidad se solicita. En una transmisión de dominio fiduciario de un fiduciante a un fideicomiso, una parte es el actual titular de dominio (que contractualmente asume el carácter de fiduciante), y la otra parte sería el nuevo titular de dominio (dominio fiduciario), que es la persona física o jurídica que recibe en dominio fiduciario el inmueble. Esas son las únicas dos partes de una transmisión de dominio fiduciario. De la misma manera, cuando el fideicomiso recibe solo dinero de los fiduciantes, y con el mismo procede a comprar un inmueble, la transmisión de dominio es una simple "venta" de un tercero, y partes son el actual titular de dominio que es el vendedor del inmueble, y la otra parte es el nuevo titular de dominio que es la persona física o jurídica que compra el inmueble, pero como adquiere con dinero del patrimonio fiduciario, el mismo pasa también a formar parte del referido patrimonio fiduciario, por lo que además de registrarlo como venta, también se aclara que el inmueble no es del patrimonio personal del titular, sino que es dominio fiduciario de un patrimonio que solo administra. En ambas operaciones, son únicamente "partes" la persona física o jurídica transmitente y la persona física o jurídica adquirente, y en ambas aclarando que es dominio fiduciario. En esta concepción, la transferencia de dominio de un inmueble no sería "parte" el fideicomiso, ya que como dijimos, es un simple contrato, pero no una persona jurídica y no puede ser titular de dominio de inmuebles.

Pero evidentemente esta primera interpretación es exigua y limitada estrictamente a las partes de una "transferencia de dominio". La realidad de los fideicomisos es que se habla de las "partes" del mismo, como se habla de "partes" en todos los contratos en general. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, son partes vendedora y compradora. En una locación, son partes locadora, locataria, y fiadora. En un mutuo, son partes acreedora y deudora. Cada una de dichas partes en cada contrato, cuenta con su propia identificación ante AFIP o ANSES.

Y en un contrato plural, como es la creación de una sociedad, son partes los socios, los administradores y la misma sociedad, con vinculación contractual como partes compleja, como ser la relación de los socios entre sí, de cada socio con la sociedad, de cada administrador con la sociedad, y de la sociedad con cada administrador. También es parte para dicha relación contractual la misma sociedad que estas partes crearon contractualmente. En cada relación, cada parte puede ser titular de derechos y obligaciones, acreedor o deudor, y cada una tiene también su propia identificación ante AFIP o ANSES.

Un socio es deudor ante la sociedad de los aportes comprometidos, y acreedor de los dividendos anuales y de la cuota parte en la liquidación social.

Un administrador es deudor ante la sociedad de su rendición de cuentas, y acreedor del honorario que le corresponde por el ejercicio de su cargo.
Cada una de esas relaciones tiene su contabilización como ingresos o egresos de cada patrimonio, y sus efectos impositivos, y cada patrimonio tiene su identificación como ser CUIT ante la AFIP o CUIL ante la ANSES.
Vayamos ahora al contrato de fideicomiso: La Ley 24441 establece que el contrato de fideicomiso crea relaciones entre varias "partes": los fiduciantes, el fiduciario, los beneficiarios y los fideicomisarios. […] Cada una de las partes tiene derechos y obligaciones, con su correlato contable e impositivo. Los fiduciantes transfieren desde su patrimonio dinero efectivo, o bienes muebles, o bienes inmuebles, que transmiten en dominio fiduciario al fideicomiso, administrado y representado por su fiduciario administrador. La transmisión puede ser gratuita, sin contraprestación, como es el fideicomiso testamentario, o el fideicomiso de administración de un bien que al final de la manda vuelve el mismo bien sin modificar al patrimonio del fiduciante transmitente. O puede ser onerosa, como en el fideicomiso de construcción, en el que el fiduciante transmite dinero o inmueble al dominio fiduciario y la contraprestación puede ser metros cuadrados del emprendimiento constructivo o dinero proveniente de la venta a terceros de lo producido por la manda del fideicomiso. Allí hay ingresos y egresos y efectos impositivos para las partes fiduciante y fideicomiso. Entre otras partes como ser el fideicomiso y el fiduciario administrador también hay relaciones contractuales que implican derechos y obligaciones, ingresos y egresos, y efectos impositivos: El fiduciario tiene la obligación que surge de la manda, de actuar como un buen hombre de negocios, y de rendir cuentas, y es acreedor del fideicomiso del honorario que se le pactó por su actuación en dicho cargo de administrador. Cada parte tiene su propio CUIT, el del administrador, por los honorarios que recibe del fideicomiso, y éste último saca el importe que paga de honorarios de dicho patrimonio con su propia identificación tributaria, que es distinta a la CUIT del administrador. De la misma manera el fideicomiso con su patrimonio identificado tributariamente con su propio CUIT tiene relaciones con los beneficiarios, los fideicomisarios y hasta con los terceros que contrata. Con estos terceros es que el fideicomiso se vincula contractualmente con su propio CUIT, que es exclusivo y lo identifica y distingue de todos los demás, aun de los otros fideicomisos que puedan tener como fiduciario al mismo fiduciario que tiene este fideicomiso. De allí es fundamental que contractualmente el fiduciario identifique claramente por cuál fideicomiso está contratando como su administrador. Por ejemplo, un corralón de materiales que entrega ladrillos para una construcción podrá asumir el riesgo de venderle sin cobro inmediato, si sabe que el fideicomiso con el que está contratando es solvente, ya que tiene dentro de su patrimonio fideicomitido el inmueble de la calle […] número […], y no le dará plazo de pago si contrata con otro fideicomiso que no tiene patrimonio para responder, aunque sea siempre la misma persona física con quien habla, pero que representa a distintos fideicomisos con distintos CUIT. Si este tercero acreedor no recibe su pago, tendrá que accionar judicialmente, pedirá un informe de dominio al Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal y se anoticiará que la persona física tiene, por ejemplo, cuatro inmuebles de su titularidad dominial, uno a título personal, al que no puede atacar, y los otros tres en "dominio fiduciario", por lo que supondrá inocentemente que los tres inmuebles están en el patrimonio fiduciario del fideicomiso deudor, pedirá por lo tanto embargos preventivos sobre los tres inmuebles, y luego de un tiempo se anoticiará que la publicidad registral incompleta lo confundió (por no identificar en qué dominio fiduciario se encontraba cada inmueble), ya que de la publicidad cartular de cada título de propiedad surgirá claramente que el dominio fiduciario de cada inmueble correspondía

a otro u otros fideicomisos que no eran su deudor contractual, aunque todos tuvieran el mismo administrador fiduciario como titular dominial (de dominio fiduciario).
Aquí queda claro que para todas esas relaciones contractuales, también es "parte interviniente" cada uno de los fideicomisos que se crean conforme a la Ley 24441, y por lo tanto el fideicomiso es también "parte interviniente", en la mención del art. 3 bis de la Ley 17801.
IX. 7) FIDEICOMISO COMO SUJETO IMPOSITIVO: Vayamos ahora a la identificación tributaria de un fideicomiso. Todos sabemos que el derecho tributario es un derecho autónomo, que toma parte de la legislación civil y comercial, pero también que puede crear sujetos impositivos que no existen en la legislación de base. Por ejemplo, establece que son sujetos tributarios las personas físicas y jurídicas, pero también las que no lo son, y les otorga a todas una identificación tributaria como contribuyentes, la clave única de identificación tributaria, conocida como CUIT. Otorga CUIT a las personas físicas, a las personas jurídicas, a las SA, SRL, sociedades de hecho, fundaciones, asociaciones civiles, etc., y también a quienes no lo son, como la "sucesión indivisa" (continuadora de la persona física fallecida), al consorcio de propietarios Ley 13512, como empleador del encargado del edificio, y a los fideicomisos Ley 24441 (que son solo contratos y no personas jurídicas, y que no pueden ser titulares de dominio de inmuebles).
En derecho tributario, la Ley de Impuesto a las Ganancias (texto ordenado por Decreto 649/97, BO 6/8/97), en el Capítulo III, Ganancias de la Tercera Categoría, beneficios de las empresas y ciertos auxiliares de Comercio, en su artículo 49, establece que constituyen ganancias de la tercera categoría: […] Luego del inciso d): […] Las derivadas de fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepto en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el Título V. (Inciso incorporado a continuación del inciso d] por Ley Nº 25063, Título III, art.4º, inciso n). Y en su artículo 69, establece que, por sus ganancias netas imponibles, quedan sujetas a las siguientes tasas: a) Al treinta y cinco por ciento (35 %): […] 6. Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley 24441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario. La excepción dispuesta en el presente párrafo no será de aplicación en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el Título V.
De dicha normativa surge que el fideicomiso (que por ser creado por un contrato que tiene relaciones contractuales como parte con otras partes, como se ha mencionado anteriormente) es un ENTE CONTABLE y además es un SUJETO IMPOSITIVO que la ley tributaria identifica con una clave CUIT y que tributa impuesto a las ganancias. La constancia de CUIT emitida por la AFIP la identifica con su número, su denominación de fantasía y su domicilio fiscal.
Esta realidad normativa no podemos ignorarla. Ni contractualmente, ni dominialmente, ni tampoco registralmente.
IX. 8) FIDEICOMISO COMO ENTE CONTABLE: Para tomar al fideicomiso como un "ente contable", tenemos que tener en cuenta el siguiente tratamiento contable del fideicomiso: El informe Nº 28 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal brinda una guía para la registración, exposición y valuación del fideicomiso en general: La Ley 24441 establece la responsabilidad de administración e información que le corresponde al fiduciario y su obligación de rendición de cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año. El resto de las obligaciones, desde el punto de vista contable, de los sujetos intervinientes en el fideicomiso van a surgir del contrato y sobre todas las cosas deberá privilegiarse el principio de la realidad económica. Las

distintas alternativas que se pueden presentar serían las siguientes: a) En los registros del fiduciante: Transmisión de los bienes al fideicomiso. Contraprestación relacionada con dicha transmisión fiduciaria. Destino final de los bienes. b) En los registros del fiduciario: Resultados devengados por su gestión: Honorarios, comisiones, etc. c) En los registros del Fideicomiso: Recepción de los bienes fideicomitidos. Distintas operaciones autorizadas en el contrato de fideicomiso. Entre ellas la emisión de certificados de participación y títulos de deuda. Liquidación del fideicomiso. Transmisión de los bienes fideicomitidos a otro fiduciario. d) En los registros del beneficiario o fideicomisario: Recepción de los beneficios estipulados en el contrato de fideicomiso.

En este informe del Consejo Profesional, se ve claramente las distintas "partes" que forman una vinculación fideicomisaria, y esas partes distintas son las que en realidad menciona el art. 3 bis de la Ley Registral.

IX. 9) LEY REGISTRAL - IDENTIFICACIÓN TRIBUTARIA: Volvamos ahora a la Ley Registral 17801. "Artículo 3º bis: No se inscribirán o anotarán los documentos mencionados en el artículo 2º inciso a), si no constare la clave o código de identificación de las partes intervinientes otorgado por la Administración Federal de Ingresos Públicos o por la Administración Nacional de la Seguridad Social, de corresponder". (Este artículo fue incorporado por art. 4º de la Ley Nº 25345, BO 17/11/2000). Y el artículo 2º al que remite establece que de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles […] La ley impone por lo tanto a todos los registros inmobiliarios del país la obligación de no inscribir o anotar los documentos del art. 2 inciso a), si no constare la clave o código de identificación de las partes intervinientes otorgado por la Administración Federal de Ingresos Públicos o por la Administración Nacional de la Seguridad Social, de corresponder (en la práctica: CUIT, CUIL, CDI), Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) o Código Único de Identificación Laboral (CUIL), o Clave de Identificación (CDI).

IX. 10) REGLAMENTACIÓN DE LA LEY REGISTRAL: El Decreto 466/99 nada menciona con respecto a la CUIT del fideicomiso en su artículo 92 (artículo que fue ya relacionado en el inciso 4] del presente), el decreto es del año 1999, la obligación legal de consignar CUIT surge recién en el año 2000, y ninguna de las disposiciones técnico registrales del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal dictadas desde el año 1999 que complementan dicho Decreto 466/99 se refiere a este tema (según Infoleg: DTR 6/1999, 1/2008, 7/2008, 6/2009, 7/2009 o 4/2011).

El supuesto del final del artículo 92 del Decreto 466/99 es el que un MISMO fideicomiso cambia de administrador fiduciario, cesando el anterior, nombrándose uno nuevo, abriéndose un nuevo asiento en el rubro titularidad, consignando todos los datos del nuevo fiduciario, inclusive su CUIT personal, pero "el inmueble de marras sigue estando en el mismo patrimonio diferenciado", tanto del patrimonio personal del anterior fiduciario como del patrimonio personal del nuevo fiduciario. Sigue estando por lo tanto dentro del mismo patrimonio fideicomitido, con un mismo CUIT, y eso no se ve reflejado en la publicidad registral, aunque sí en la publicidad cartular, que es la documentación donde se resuelve el cambio de administrador fiduciario, manteniéndose incólume todas las características del fideicomiso dentro del cual se mantiene el inmueble referido.

El ANTECEDENTE de ese artículo con sus consideraciones fue la Disposición Técnico Registral Nº 4/95 del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal, que esta-

bleció que: […] Visto: La Ley 24441 y lo dispuesto en su Título I (Fideicomiso), artículos 10 a 18, y considerando que según lo establece el artículo II de la citada ley, sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria regida por las normas del libro III, Título VII del Código Civil. Es que regulan el llamado dominio imperfecto. Que según lo establecen los artículos 12 y 13 de la misma ley, aquella propiedad fiduciaria deberá inscribirse en los registros respectivos. Que en razón de lo dispuesto en tales normas, así como en los artículos 2505 del Código Civil y 20 de la Ley 17801, corresponderá su inscripción en este Registro cuando se trate de inmuebles ubicados en el ámbito territorial de su competencia. Que, en consecuencia, es "necesario establecer las reglas generales a las que el registrador adecuará su conducta". Que ellas, teniendo en cuenta la novedad de la figura creada, "deben ser flexibles" y limitarse a "posibilitar su adecuada publicidad registral". Por ello, en uso de las facultades que le acuerda la ley: El Director General del Registro de la Propiedad Inmueble dispone […] (la disposición quedó actualizada por el art. 92 del Decreto 466 de 1999 ya citada, norma de fecha posterior y de mayor jerarquía).

IX. 11) ANTECEDENTE DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE IDENTIFICACIÓN TRIBUTARIA: Y el antecedente de la Ley 25345 del año 2000, que reformó la Ley 17801 incorporando el citado artículo 3 bis, fue el Decreto del PEN número 1108/98, que estableció: […] Que determinados organismos deberán incorporar obligatoriamente en sus registros, la Clave Única de Identificación Tributaria, o la Clave de Identificación, asignados por la AFIP o el Código Único de Identificación Laboral, asignado por la ANSES, de todos los otorgantes, constituyentes, transmitentes, adquirentes, beneficiarios o titulares de los actos, bienes o derechos actualmente inscriptos o que en el futuro se presenten para su inscripción, "a efectos de la identificación de la información patrimonial de los contribuyentes y responsables", con el fin de optimizar la aplicación, percepción y fiscalización de las obligaciones tributarias, aduaneras y de la seguridad social. Adecuación de los sistemas de registración, como así también de los formularios que instrumenten las solicitudes respectivas. En los considerandos, establece que para facilitar el análisis y cruzamiento de datos deviene imprescindible incorporar a los respectivos registros patrimoniales, un número o clave de identificación validable informáticamente que posibilite la vinculación certera e inequívoca de aquellos. Que resulta conveniente adoptar como elementos compatibles de registración los números o claves de identificación asignados por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS (CUIT o CDI) y por la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (CUIL), de acuerdo con las normas reglamentarias vigentes en dichos organismos. Que, en consecuencia, corresponde disponer que todos los registros patrimoniales dependientes del PODER EJECUTIVO NACIONAL incorporen en sus asientos los referidos números o claves de identificación RESPECTO de los OTORGANTES, CONSTITUYENTES, TRANSMITENTES, ADQUIRENTES, BENEFICIARIOS o TITULARES de los ACTOS, BIENES o DERECHOS INSCRIPTOS. Que el citado artículo 107 de la Ley Nº 11683, texto ordenado en 1998, prevé también expresamente que "la información solicitada por el ente recaudador no podrá denegarse invocando lo dispuesto en leyes, cartas orgánicas o reglamentaciones que hayan determinado o rijan el funcionamiento de los entes u organismos requeridos". Que resulta propicio invitar a los ESTADOS PROVINCIALES y al GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, a fin de que dicten normas similares para los registros patrimoniales de su respectiva jurisdicción. Que por ello, el Presidente de la Nación Argentina Decreta: Artículo 1º- Los Organismos que se detallan en la planilla ane-

xa al presente artículo, deberán incorporar obligatoriamente en sus registros, como dato clave, la CLAVE ÚNICA DE IDENTIFICACIÓN TRIBUTARIA –CUIT– o la CLAVE DE IDENTIFICACIÓN –CDI–, asignados por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, o el CÓDIGO ÚNICO DE IDENTIFICACIÓN LABORAL –CUIL–, asignado por la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, de todos los otorgantes, constituyentes, transmitentes, adquirentes, beneficiarios o titulares de los actos, bienes o derechos actualmente inscriptos o que en el futuro se presenten para su inscripción. A los fines indicados "ADECUARÁN sus sistemas de registración –informatizados o manuales– como así también, en su caso, los FORMULARIOS y/o MINUTAS que instrumenten las solicitudes respectivas, PREVIENDO CAMPOS ESPECÍFICOS para dichos datos". Art. 2º – Todos los organismos y entes a que se refiere el artículo anterior deberán evacuar, dentro de los DIEZ (10) días de recibidas, las solicitudes de información que, sobre titularidad de la inscripción, condiciones de la misma y gravámenes que afecten a los actos, bienes o derechos registrados, les formulen los funcionarios competentes que designe la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS. Art. 3º – La expedición de las informaciones solicitadas y, en su caso, la inscripción de embargos u otras medidas cautelares sobre bienes inmuebles, muebles o derechos patrimoniales registrables, o sobre la persona de sus titulares, no podrá demorarse, restringirse, limitarse o suspenderse por la aplicación de normas de carácter administrativo, ni supeditarse al pago previo de aranceles, tasas y/o aportes de cualquier naturaleza. Sin perjuicio de ello, los organismos detallados en la planilla anexa al artículo 1º, podrán celebrar con la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, convenios que posibiliten compatibilizar esta disposición con las leyes o reglamentaciones que establezcan dichos aranceles, tasas o aportes. Cuando las solicitudes de informes y de inscripción de medidas cautelares se emitan en juicios de ejecución fiscal, los importes de los créditos por los conceptos aludidos deberán ser comunicados al juzgado requirente, a los fines de su inclusión en la respectiva liquidación de costas a cargo del deudor. … PLANILLA ANEXA AL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO Nº 1108: - REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LA CAPITAL FEDERAL (Ley Nº 17.801).

IX. 12) LEY DE PROCEDIMIENTOS FISCALES: La norma recientemente referida cita el artículo 107 de la Ley 11683 de Procedimientos Fiscales, texto ordenado por el Decreto 821/98, que establece que los organismos y entes estatales y privados, incluidos bancos, bolsas y mercados, tienen la obligación de "SUMINISTRAR a la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS" a pedido de los jueces administrativos a que se refieren los artículos 9º, punto 1, inciso b) y 10 del Decreto Nº 618/97, "todas las informaciones que se les soliciten para facilitar la determinación y percepción de los gravámenes a su cargo. Las solicitudes de informes sobre "personas –físicas o jurídicas–", y sobre "documentos, actos, bienes o derechos registrados"; … podrán efectivizarse a través de sistemas y medios comunicación informáticos, en la forma y condiciones que determine la reglamentación. Esta disposición prevalecerá sobre las normas legales o reglamentarias específicas de cualquier naturaleza o materia, que impongan formas o solemnidades distintas para la toma de razón de dichas solicitudes, medidas cautelares y órdenes. (Párrafo incorporado por Título XV art. 18 inciso 11) de la Ley Nº 25239 del año 1999). La información solicitada no podrá denegarse invocando lo dispuesto en las leyes, cartas orgánicas o reglamentaciones que hayan determinado la creación o rijan el funcionamiento de los referidos Organismos y entes estatales o privados. Los funcionarios públicos tienen la obligación de facilitar la colaboración que con el mismo objeto se les solicite, y la de denunciar las infracciones que lleguen a su

conocimiento en el ejercicio de sus funciones bajo pena de las sanciones que pudieren corresponder.
La AFIP estableció la Resolución General 2419 del año 2008, con relación a Obligaciones Tributarias, procedimiento. Régimen de información. En la cual mencionó que visto el Artículo 107 de la Ley Nº 11683, y considerando que el citado artículo faculta a esta Administración Federal a solicitar información a determinados entes con la finalidad de optimizar la función fiscalizadora y el control de las obligaciones tributarias a su cargo, que razones de administración tributaria aconsejan implementar un régimen informativo respecto de los fideicomisos, tanto financieros como no financieros, contemplados en la Ley Nº 24441 y sus modificatorias, corresponde establecer los requisitos, plazos y demás condiciones que deberán observar los responsables de suministrar determinados datos relacionados con los referidos fideicomisos, que es objetivo permanente de esta Administración Federal posibilitar a los contribuyentes y responsables el cumplimiento de las obligaciones formales y materiales a su cargo, mediante el desarrollo y puesta a disposición de sistemas informáticos. Y que por ello, resuelve: Artículo 1º – Establécese un régimen de información … que deberá ser cumplido por los sujetos que actúen en carácter de fiduciarios con respecto a los fideicomisos (1.1.) constituidos en el país, financieros (1.2.) o no financieros. … Art. 5º – La información deberá proporcionarse en forma anual, con corte al 31 de diciembre de cada año, y suministrarse hasta la fecha del año inmediato siguiente al informado, que se fija a continuación: … ANEXO II RESOLUCIÓN GENERAL Nº 2419 - DATOS A INFORMAR: 1. Del fideicomiso no financiero: a) Fiduciantes, fiduciarios, beneficiarios y fideicomisarios: Apellido y nombres, denominación o razón social, Clave Única de Identificación Tributaria (C.U.I.T.), Código Único de Identificación Laboral (C.U.I.L.) o Clave de Identificación (C.D.I.). b) Clase o tipo de fideicomiso. c) Datos identificatorios de el/los bien/es y monto total por entregas de dinero o bienes realizados por los fiduciantes en el período a informar así como el total acumulado por cada período informado, valuados de acuerdo con el procedimiento de valuación dispuesto por la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificatorias. …
Por toda la normativa impositiva relacionada, se demuestra que es de sumo interés para la AFIP, el requerir todas las informaciones a los registros para facilitar la determinación y percepción de los gravámenes a su cargo. Y con respecto a los fideicomisos como contribuyentes, le interesa saber quiénes son sus fiduciantes, fiduciarios, beneficiarios, su nombre o denominación y su CUIT, y los datos identificatorios de los "bienes", y montos por entregas de bienes realizados por los fiduciantes.
Y de allí se concluye que el organismo de contralor AFIP no podría determinar fácilmente quién es el contribuyente a quien tiene que fiscalizar, si el mismo es un fideicomiso que tiene su propia identificación tributaria, CUIT, pero el Registro de la Propiedad Inmueble no publicita a qué contribuyente "fideicomiso" corresponde el inmueble registrado como titularidad dominial de una persona física o jurídica en cuyo patrimonio personal con su CUIT no corresponde el inmueble, sino al fideicomiso que administra con un CUIT distinto, pero sin identificarlo claramente, y fácilmente confundible con todos los restantes contribuyentes "fideicomisos", cada uno con CUIT distinta, pero todos administrados por el mismo administrador fiduciario. La publicidad registral está haciendo confundir entonces, tanto a los acreedores de cada fideicomiso, como al organismo de contralor AFIP, ya que no está identificando claramente a qué patrimonio pertenece el inmueble cuya titularidad dominial informa.
Y el Registro de la Propiedad no está cumpliendo tampoco una Ley, la 17801, que desde el año 2000 incorporó el art. 3 bis, en virtud de que ni el Decreto 466 del año anterior,

1999, ni las disposiciones técnico registrales posteriores a 1999 y 2000, ni los "aplicativos informáticos", ni los formularios registrales aprobados, prevén (pero tampoco prohíben), que se tome nota en el asiento de titularidad dominial, no solo los datos completos de la persona física o jurídica con su CUIT personal, que es un dominio fiduciario ley 24.441, que está sujeto a plazo o condición, sino además, la CUIT del fideicomiso dentro de cuyo patrimonio se encuentra el inmueble matriculado.

La ley es la norma de categoría superior al decreto reglamentario y a las disposiciones técnico registrales, y el Registro debe cumplir con la ley, adecuando la normativa y disposiciones a la primera, de la forma que surge de los considerandos de la DTR 5/95, en el sentido que es "necesario establecer las reglas generales a las que el registrador adecuará su conducta", se debe tener en cuenta la novedad de la figura creada (el fideicomiso y la propiedad fiduciaria), y dichas reglas "deben ser flexibles", y limitarse a "posibilitar su adecuada publicidad registral".

Esta "flexibilidad en virtud de la novedad de la figura" implica que el concepto de "partes intervinientes" que menciona el artículo 3 bis de la Ley 17801 no se limita exclusivamente a la identificación tributaria CUIT del titular dominial persona física jurídica administrador fiduciario de una propiedad fiduciaria, sino TAMBIÉN a otra "parte interviniente" para dicho artículo legal, que es el "sujeto impositivo fideicomiso" que citan los artículos 49 y 69 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, con su CUIT propia y distinta del CUIT de su administrador fiduciario y distinta también de las CUIT de cualquier otro fideicomiso que el mismo fiduciario administre.

No distinguir ni diferenciar cual inmueble matriculado corresponde a cual sujeto impositivo, es desconocer la obligación legal de identificar a todas las partes intervinientes, diferenciando a la parte administradora fiduciaria con su CUIT personal, de la parte fideicomiso sujeto tributario y contribuyente, con un CUIT distinto.

Y una correcta y completa identificación tributaria, es el cumplimiento de la obligación legal, y evita la confusión de acreedores, deudores, y patrimonios diferenciados, evita embargos y medidas cautelares equivocadas, y contribuye a una mejor administración y contralor tributario, ya que fue con este último fin que se dictó primero el Decreto del PEN 1108/98, y luego la Ley 25345 del año 2000, que reformó la Ley 17801 incorporando el citado Artículo 3 bis.

La ley tiene que prevalecer sobre toda norma de rango inferior, y la finalidad de dicha identificación de todas las partes intervinientes no está totalmente cumplida mientras el Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal, no disponga consignar en el asiento registral, también la CUIT del fideicomiso (mero contrato para la norma civil, pero ente contable y sujeto tributario para la norma tributaria), fideicomiso dentro de cuyo patrimonio diferenciado se encuentra el inmueble matriculado.

IX. 13) IGJ: IDENTIFICACIÓN REGISTRAL COMPLETA DE LAS PARTES DEL FIDEICOMISO: En el mismo sentido de la exigencia de una "mayor publicidad registral", otro organismo de control, la IGJ, Inspección General de Justicia, que tiene a su cargo el Registro Público de Comercio de Capital Federal, estableció la Resolución General 2/2006, con el fin de obtener "información precisa de las acciones de sociedades anónimas en propiedad fiduciaria", para lo cual adoptó medidas en relación con los dictámenes de precalificación que deban emitirse para la inscripción en el Registro Público de Comercio de RESOLUCIONES de asambleas de sociedades por acciones, en aquellos casos en los cuales hayan participado ejerciendo derechos de voto titulares fiduciarios de acciones de la sociedad. En tal norma, mencionó que visto las disposiciones de las Leyes Nros. 24441 y 19550, y considerando: Que bajo las previsiones de la Ley Nº 24411 sobre financiamiento de la vivienda y la construcción, en su Título I Del fideicomiso se

ha producido un desarrollo intensificado de relaciones negociales en las cuales las acciones de las sociedades anónimas aparecen como el único o principal bien fideicomitido. Que el artículo 12 de la Ley Nº 24441 establece que el carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos, disponiendo el artículo 13 de la misma ley que, cuando se trate de bienes registrables, los Registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario y, posteriormente, tanto en el acto de adquisición como en los mismos Registros, deberá dejarse constancia de la adquisición, también en propiedad fiduciaria, de otros bienes con los frutos de los bienes fideicomitidos o el producto de actos de disposición sobre éstos, si el contrato permitiere tales adquisiciones. Que resulta claro el "propósito del legislador" de "brindar publicidad amplia a la propiedad fiduciaria", lo cual es necesidad inherente y connatural a una consecuencia central de su constitución, que es la escisión del patrimonio fideicomitido y sus efectos frente a terceros (artículos 14 a 17 de la Ley Nº 24441) y ha sido resaltada por la doctrina (Pérez Hualde, Fernando, "El fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la ley 24441", en *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, dirigido por Maury de González, Beatriz, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1999, pág. 221, con cita de López de Zavalía, Fernando, *Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumo*, Ed. Zavalía, Bs. As., 1996, pág. 78). Que la "tendencia a perfeccionar la publicidad del fideicomiso" se advierte, también con claridad, en disposiciones técnicas de Registros a los que se refiere el antes citado artículo 13 de la Ley Nº 24441 (Disposiciones Técnico-Registrales Nº 4/95 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y Nº 11/95 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Prov. de Mendoza; Digesto de Normas Técnico-Registrales de la Dirección Nacional del Registro de la Propiedad Automotor y Crédito Prendario, Parte Especial, Título II, Capítulo II, Sección 11ª Transferencia en dominio fiduciario en los términos de la Ley 24441). Que la necesidad de publicidad del fideicomiso accionario ha sido resaltada por la doctrina también en punto a su contenido, sosteniéndose en tal sentido la necesidad de que el fiduciario titular de un fideicomiso que solicita inscripción en el libro de registro de acciones conforme al artículo 215 de la Ley Nº 19550, debe denunciar a la sociedad los datos completos correspondientes al beneficiario, con el objeto de poder dar efectividad a los derechos y normas correspondientes a obligaciones y responsabilidades del socio frente a la sociedad, incompatibilidades para integrar órganos, interés contrario en temas referidos al voto, responsabilidad derivada de la violación indirecta a normas imperativas del régimen societario, capacidad para ser socio y cumplimiento de la normativa en materia de poder de policía del Estado por la actuación de sociedades constituidas en el extranjero, entre otros (cfr. Vítolo, Daniel R., "Titularidad fiduciaria frente a la inscripción prevista en el art. 215 de la ley 19550", *El Derecho*, diario del 10-6-05, pág. 4); como así también que en casos de transferencia fiduciaria ya sea para fines de administración, garantía o inversión, junto con su notificación deberá presentarse un ejemplar del contrato de fideicomiso, el que deberá obrar en la sede social a fin de que se pueda tomar conocimiento de las limitaciones impuestas al fiduciario, en especial respecto de las facultades de disposición que prevea el *pactum fiduciae* (cfr. Puliafito, Gladys J. y Maury de González, Beatriz, "Fideicomiso sobre acciones", publicado en *Conflictos en sociedades "cerradas" y "de familia"*, Arecha, Martín, Favier Dubois (h), Eduardo y Vítolo, Daniel, coordinadores, Ed. Ad-Hoc., Bs. As., 2004, pág. 181, citado por VÍTOLO, ob. y loc. cits., n. nº 3). Que en línea con orientaciones como las señaladas y con la importancia que por lo general reviste la propiedad accionaria transmitida fiduciariamente, resulta necesario adoptar medidas apro-

piadas a la "publicidad de la titularidad de las acciones en ese carácter", traspolando la exteriorización de la misma y de situaciones y sujetos ligados por el negocio fiduciario, a las constancias del Registro Público de Comercio relativas a acuerdos sociales en los que participen titulares fiduciarios de acciones, habida cuenta, a su respecto, de que el registro de acciones normado por el artículo 213 de la Ley Nº 19550, que es como principio la base de la legitimación para participar en las asambleas, aun llevado por delegación legal, no tiene carácter público sino que sólo es de libre consulta de los accionistas. Que "el contenido de la información referida a la conformación de la titularidad fiduciaria debe concebirse con suficiente amplitud", habida cuenta de su importancia en la práctica de los negocios sobre acciones en ese carácter y teniendo en cuenta que la significación que ha alcanzado no pudo ser tenida en mira por la Ley Nº 19550 en la forma en que ésta disciplinó la forma de transmisión de las acciones de las sociedades anónimas; como así también "se justifica la misma por la utilidad que una publicidad amplia presta a la transparencia y legalidad de los negocios societarios y por lo tanto a la sociedad, sus accionistas y aun los terceros"… Por ello y lo dispuesto por los artículos 4º, 11 y 21 de la Ley Nº 22315, se resuelve: Artículo 1º Los dictámenes de precalificación que deban emitirse para la inscripción en el Registro Público de Comercio de RESOLUCIONES de asambleas de sociedades por acciones, deberán expedirse sobre los puntos que se indican en los incisos siguientes de este artículo, en aquellos casos en los cuales hayan participado ejerciendo derechos de voto titulares fiduciarios de acciones de la sociedad. La información a consignar será: 1. Fecha de la inscripción de la transmisión fiduciaria en el registro de acciones, aclarándose si dicha transmisión consta expresamente asentada en tal carácter. 2. Cantidad total de acciones fideicomitidas y sus características. 3. En su caso, cantidad de acciones adquiridas conforme al artículo 13, segunda parte, de la Ley Nº 24441 incluidas acciones liberadas y de suscripción o acrecimiento posteriores, características de las mismas y fecha de su inscripción en el registro de acciones, con la aclaración referida en el inciso 1 acerca del carácter de dicha inscripción. 4. Datos del fiduciante, fiduciario y beneficiario, incluyéndose según el caso nombre y apellido o denominación social, documento de identidad o datos de inscripción registral y domicilio o sede social… A los fines de cumplir con la información indicada en los incisos 2, 4, 7 y 8, a), el profesional dictaminante podrá adjuntar copia certificada del contrato de fideicomiso o de las partes pertinentes del mismo y remitirse a sus términos…

De los considerandos y la parte dispositiva transcripta, surge la gran importancia que le otorga la IGJ a la identificación completa de la propiedad fiduciaria de las acciones, como así también la identificación plena de todas las partes integrantes del fideicomiso, como ser fiduciantes, fiduciario, beneficiarios, (y obviamente, el mismo fideicomiso, para diferenciarlo de cualquier otro, especialmente si varios tienen el mismo administrador fiduciario).

También el Registro Público de Comercio de esta ciudad, a cargo de la Inspección General de Justicia, entendiendo que si bien el fideicomiso no es una persona jurídica, es sin embargo un Ente Contable y un Sujeto Impositivo, que tiene ingresos y egresos que deben contabilizarse, por lo que expresamente "ha aceptado Rubricar Libros Comerciales a los Fideicomisos", identificando claramente a los mismos, mediante el sistema de proceder a la "Apertura de un Código", conforme se verifica en la página web de la IGJ, de la siguiente forma: "Guía de Trámites: Libros de Comercio: Rúbrica de libros: Apertura de código: (Se debe presentar): 1) Certificación contable o legal (art. 312, párrafo 4 del Anexo "A" de la Resolución General IGJ Nº 7/05) sobre la solicitud de apertura de nuevos códigos con la firma legalizada por la Superintendencia de la matrícula. 2) Fotocopia de la Foja Notarial que será ingresada una vez otorgado el código, a efectos de

proceder a la apertura del código especial. En caso de FIDEICOMISOS y fondos común de inversión, presentar documentación respaldatoria. Otorgado el código, deberá presentar la Foja Notarial original".

X) POR TODO LO EXPUESTO precedentemente en el punto IX, incisos 1) a 13) como "fundamentos jurídicos", y con la "prueba acompañada" (fotocopia autenticada del título de propiedad recientemente inscripto, fotocopia autenticada del informe de dominio, y constancia de CUIT del fideicomiso), es que SOLICITO SE CONSIGNE en el asiento registral TAMBIÉN LA CUIT (omitida) QUE IDENTIFICA LA PROPIEDAD FIDUCIARIA, a fin de que la publicidad registral del dominio fiduciario sobre el inmueble matriculado, esté de acuerdo a la publicidad cartular que surge de la escritura pública de transferencia de dominio fiduciario otorgada ante mí, y también a la realidad extraregistral (contractual civil del fideicomiso como patrimonio diferenciado frente a todos los terceros con quienes contrata, y tributaria del contribuyente fideicomiso como sujeto tributario con CUIT, frente al organismo de recaudación fiscal). A tal efecto, solicito se eleve la presente solicitud al DIRECTOR del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal, a fin de que el mismo meritúe y pondere los argumentos jurídicos por mí expuestos, y dé curso a mi petición, (modificando y/o complementando si fuera necesario la actual normativa registral dentro de su competencia, para permitir en la práctica que los registradores, puedan por su normativa y vademécum, asentar en la forma completa aquí solicitada, la publicidad registral para dominios fiduciarios), o en caso de negativa del Sr. Director, me informe los fundamentos jurídicos para el rechazo de mi solicitud.
Sin otro particular, saludo al Sr. Registrador atentamente.

3. Respuesta del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (segundo paso)

EXPEDIENTE DE SECRETARÍA Nº 481/2014

SR. DIRECTOR:

Traídas las presentes actuaciones a esta Dirección de Interpretación Normativa y Procedimiento Recursivo para opinar sobre la cuestión planteada en fs. 1 y ss., por el escribano Adrián Carlos Comas, titular del registro notarial Nº 159 de esta ciudad, quien solicita se haga constar la Clave de Identificación Tributaria (CUIT) correspondiente al fideicomiso inmobiliario […] en el respectivo asiento registral practicado en la matrícula FRE […]

I) ANTECEDENTES

El Sr. […], DNI Nº […], CUIT Nº […], adquirió el dominio fiduciario de la finca sita en la calle […] entre […] y […], matrícula FRE […], según escritura Nº […] de fecha […] de […] de 2014, autorizada por el mencionado escribano Adrián Carlos Comas, titular del registro notarial nº 159 de esta ciudad. Asimismo, los cónyuges en primeras nupcias […] y […] comparecieron al otorgamiento de dicha escritura en calidad de fiduciantes, y el Sr. […], en calidad de fiduciario del "Fideicomiso inmobiliario […]" - CUIT […]. La mencionada transferencia de dominio fiduciario fue inscrita en la matrícula FRE […] por presentación Nº […] de fecha 11 de Junio de 2014 a nombre del Sr. […]. Del mismo modo, en el respectivo asiento registral se dejó constancia de la naturaleza fiduciaria de la transmisión y la CUIT del nuevo titular de dominio.

II) SOLICITUD DEL INTERESADO

A fs. 1 y ss. el escribano autorizante solicita que se haga constar la Clave de Identificación Tributaria correspondiente al "Fideicomiso Inmobiliario […]" en el respectivo asiento registral.

En su escrito, el peticionario sostiene que si bien el Fideicomiso no reviste la calidad de persona jurídica y, por ende, carece de capacidad para ser titular de inmuebles, resultaría relevante su identificación tributaria en el asiento registral, en aras de una buena publicidad.

Fundamenta su petición en los Art. 13, 14, 15 y 18 de la Ley 24441, en el Art. 3 (bis) de la Ley 17801, en el art. 92 del Dto. 2080/80 –T.O. s/ Dto. 466/99–, y cita los considerandos de la Disposición Técnico Registral Nº 5/1995.

Precisamente, el Art. 3 (bis) de la mencionada ley dispone que no se inscribirán aquellos documentos en los cuales no se haya consignado CUIT/CUIL/CDI de las partes intervinientes.

El peticionario plantea una interpretación amplia del mencionado artículo, en el entendimiento de que, cuando la norma refiere a las partes intervinientes, lo hace en relación a todas las partes del contrato de que se trate y no solo a aquellas vinculadas a la constitución, transmisión, declaración, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

Asimismo, hace notar la calidad de sujeto tributario de los fideicomisos, cita, entre otras normas, el Art. 49 de la Ley de Ganancias y la RESOLUCIÓN Nº2419/2008 de la AFIP y señala que los fideicomisos son objeto de una contabilidad diferenciada con relación a las partes del contrato.

En ese orden de ideas, el peticionario trae a colación los criterios registrales que la Inspección General de Justicia aplica a aquellas sociedades anónimas con acciones en propiedad fiduciaria.

Finalmente, sostiene que este Registro incumple el Art. 3 (bis) de la Ley 17801 al confeccionar los asientos registrales sin mención de la CUIT del respectivo fideicomiso.

III) ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

El autorizante plantea, esencialmente, dos argumentos principales; por un lado, la mencionada interpretación amplia del concepto "partes intervinientes" del Art. 3 (bis) de la Ley 17801 y, por otro, la necesidad de distinguir en el asiento registral a cual patrimonio de afectación pertenece el inmueble, lo cual redunda en una mejor publicidad registral al posibilitar a los diversos acreedores no solo conocer el carácter fiduciario del dominio, sino los datos del fideicomiso que el bien integra, máxime teniendo en cuenta que nada impide al titular de dominio asumir la calidad de fiduciario en uno o más contratos.

Luego, el peticionario hace referencia a distintas cuestiones que no tienen mayor trascendencia registral, como ser la calidad de sujeto tributario de los fideicomisos o los criterios registrales que para un caso determinado aplica la IGJ, criterios que necesariamente difieren de los de este Registro en razón de la distinta función que dicho organismo cumple.

El citado Art. 3 (bis) de la Ley 17801 remite al Art. 2º, inciso (a) del mismo cuerpo legal; a su vez, esta última norma establece cuales documentos se inscribirán o anotarán en los registros para su publicidad y oponibilidad a terceros, de conformidad con los dispuesto por los art. 2505 y 3135 del Cód. Civil.

El inc. (a) del mencionado Art. 2º refiere a aquellos documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles. Aquí es pre-

ciso señalar que este Registro al tomar razón de los negocios causales de los distintos derechos reales, encuentra en ello un primer y fundamental límite de la publicidad registral; es decir, el asiento registral no publicita los contratos en sí mismos, sino en cuanto sirven de causa para la mencionada constitución, transmisión, declaración, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

En este sentido, el artículo 1 de la Disposición Técnico Registral Nº 4/1998 establece: "En los documentos que se otorguen o suscriban a partir de la vigencia de la presente Disposición, por los que se instrumente la transmisión, constitución, declaración o cesión de derechos reales sobre inmuebles, se calificará si se ha consignado el CUIT, CDI o CUIL, según corresponda, de quienes harán de resultar titulares registrales de tales derechos…" (el subrayado me pertenece).

Como consecuencia de lo expuesto y desde una perspectiva estrictamente registral, sólo tienen relevancia en la confección del asiento aquellas partes devenidas en titulares de derechos reales, o bien, aquellas que disponen de esos derechos.

Además, según lo establecido por el Art. 1º de la Ley 24.441 son partes en el contrato de fideicomiso el fiduciante, el fiduciario, el beneficiario y el fideicomisario, por consiguiente y aun admitiendo la pretendida interpretación amplia del Art. 3 (bis) de la Ley 17801, no podría otorgársele a los bienes fideicomitidos (objeto) el carácter de sujeto en la relación contractual; ello, sin perjuicio de que otras ciencias u otras ramas del derecho admitan al "fideicomiso" como sujeto en sus respectivas disciplinas.

No enerva lo afirmado la usual práctica de constituir personas jurídicas cuya razón social se integre con el nombre de fantasía del fideicomiso o que dicha sociedad sea quien en definitiva lleve adelante el proyecto, ya que la persona jurídica así concebida solo tendrá relevancia registral si asume el rol de fiduciario, único titular de dominio y último responsable del cumplimiento de la fiducia.

Si bien el fiduciario es el titular del derecho real de dominio, ello no implica desconocer que "los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del fiduciario y del fiduciante" (Art. 14, Ley 24441). Pero, la creación de un patrimonio de afectación constituye un efecto propio del contrato de fideicomiso y no puede considerarse a ese efecto, una parte otorgante del acto, así parece haberlo entendió el legislador al reunir los Art. 11 y siguientes en el Capítulo III de la Ley 24441 y al caracterizar el contrato de fideicomiso en los Art. 1º y ss. de esa misma ley.

En el ámbito registral, la naturaleza fiduciaria del dominio queda reflejada en el correspondiente asiento, de conformidad con el Art. 13 de la Ley 24441 y, además, en las constancias de anotación de cada una de las medidas cautelares, conforme la DTR Nº 4/1995.

Efectivamente, la mencionada DTR establece en su Artículo 4ª: "Cuando se tome razón de medidas cautelares, se advertirá en la nota de inscripción del documento respectivo, que se trata de dominio fiduciario. Sin perjuicio de ello, y si del documento resultara ostensiblemente no haberse reparado en tal calidad del dominio, se dará el tratamiento previsto en el artículo 9, inciso (b), de la ley 17.801 (inscripción provisional)".

Más aún, el asiento registral no solo publicita la naturaleza fiduciaria del dominio y los datos personales del titular del dominio (el fiduciario), sino que además individualiza y remite a la escritura según la cual se transfirió la propiedad fiduciaria (negocio causal).

Dicho esto, cabe agregar que la Publicidad registral sobre un determinado bien no suple la actividad de los acreedores en aras de determinar el patrimonio del deudor; así pues, toda inscripción o anotación registral remite siempre a los instrumentos o negocios causales que la originaron y, por consiguiente, torna necesaria la consulta de esos instrumentos.

La publicidad de los asientos que realiza este Registro en los supuestos de propiedad fiduciaria, resulta suficiente a los efectos de prevenir a los distintos acreedores sobre la naturaleza del derecho real; luego, la procedencia o no de la medida cautelar respecto del bien que integra el fideicomiso es una cuestión extra-registral que, en su caso, deberá resolverse en el respectivo proceso judicial.

IV) CONCLUSIÓN

En razón de lo expuesto y según lo establecido en el Art. 3(bis) de la Ley 17801, el art. 92 del Decreto 2080/80 –T.O. s/Dto. 466/99– y las DTR Nº 4/1998 y Nº 4/1995, esta Dirección OPINA que: 1º) no existe obligación alguna impuesta a este Registro para hacer constar en los asientos la CUIT que la autoriza de aplicación asigna a los fideicomisos; 2º) el Art. 13 de la Ley 24441 solo impone a este Organismo tomar razón de "la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario" y esto precisamente es lo que se realizó en el respectivo asiento, conforme la normativa vigente; 3º) la publicidad del carácter fiduciario del dominio en el asiento y la constancia de ello en la anotación de medidas cautelares, resulta suficiente a los efectos de prevenir a los distintos acreedores.

DIRECCIÓN DE INTERPRETACIÓN NORMATIVA Y PROCEDIMIENTO RECURSIVO; Buenos Aires, 23 de febrero de 2015.

VISTA la inscripción de un documento de dominio fiduciario en la matrícula FRE […], por presentación Nº […] de fecha 11 de Junio de 2014; lo solicitado por el escribano Adrián Carlos Comas en su calidad de autorizante de la correspondiente escritura notarial, y CONSIDERANDO; la precedente opinión de la Dirección de Interpretación Normativa y Procedimiento Recursivo, cuyos argumentos comparto, y lo establecido en los Art. 3 bis de la Ley 17801, el art. 92 del Decreto 2080/80 –T.O. s/Dto. 466/99–, las DTR Nº 4/1998 y Nº4/1995, y el Art. 13 de la ley 24441; hágase saber al Esc. Adrián Carlos Comas que no corresponde incluir la CUIT del Fideicomiso Inmobiliario […] en el respectivo asiento registral.
Notifíquese al interesado y, para ello, remítase a las Dirección de Apoyo Técnico y Fiscalización Interna, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

DIRECCIÓN DE REGISTRACIONES REALES Y PUBLICIDAD; Buenos Aires, 3 de marzo de 2015.

4. Publicación de este artículo (tercer paso)

- Planteo este tema a los colegas para su consideración.

5. Futuras presentaciones (cuarto paso)

- Futuras rogatorias y recursos administrativos registrales por parte de otros notarios autorizantes.

"No te lo van a inscribir", les dirán en principio los asesores registrales…

¿Pueden los niños otorgar poderes?

Algunas reflexiones en torno a la competencia procesal de los adolescentes en el Código Civil y Comercial

María M. Córdoba*

RdN 920

RESUMEN

A lo largo de este último tiempo se ha ido avanzando cada vez más en la idea de que el niño es un sujeto pleno de derechos. Se analiza aquí su competencia procesal a partir de la sanción de la Ley 26994. Se concluirá que la participación de niñas, niños y adolescentes en procesos judiciales que los afectan se torna obligatoria a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos. El Código Civil y Comercial ha receptado el concepto de autonomía progresiva y es aceptable la competencia procesal del adolescente para otorgar poderes para la elección del abogado patrocinante, siendo el notario quien puede determinar si cuenta con la madurez suficiente.

Sumario: ***1. Introducción.*** ***2.*** *De la capacidad, competencia y autonomía progresiva.* ***3.*** *La representación en el Código Civil y Comercial.* ***4.*** *La demanda del niño contra de sus progenitores.* ***5.*** *Representación y asistencia letrada.* ***6.*** *Conclusiones.*

1. Introducción

Puede costarnos un verdadero esfuerzo dejar de ver a los menores como incapaces absolutos o relativos de hecho. Años de haber percibido a los niños como seres sin voz ni voto han hecho que aún –después de todo lo que se ha avanzado en su reconocimiento como sujetos con capacidad– nos incomode reconocer que puedan venir a nuestras escribanías a otorgar actos, aunque estos actos sean pocos, limitados y perfectamente identificables. No es nuestra pretensión ampliar la capacidad contractual del niño de tal forma que se lo equipare al adulto, porque las limitaciones propias de su edad hacen que reconozcamos que el niño merece cuidado especial por parte del Estado y de la sociedad.

* Información sobre la autora en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

A lo largo de este último tiempo se ha ido avanzando cada vez más en la idea de que el niño es un sujeto pleno de derechos que necesita de cuidado y protección. Cuando nace este cuidado es total, ya que su supervivencia depende de otros, pero a medida que se va convirtiendo en adulto puede apropiarse de sus derechos y ejercerlos por sí mismo. Creemos que para cuidar y proteger a los niños no necesitamos ponerles la etiqueta *incapaz*.

La reforma del Código Civil se ha quedado a mitad de camino en reconocer todas las competencias que se les pudieren haber otorgado a los niños y adolescentes. De hecho, el Código todavía mantiene la denominación "incapaz de ejercicio", aunque se hace eco de la terminología de la Convención de los Derechos del Niño al otorgarle autonomía progresiva cuando el menor va logrando el gradual desarrollo hacia la plena capacidad. A los operadores jurídicos nos queda como tarea encontrar el equilibrio en cada caso entre protección, libertad de obrar y responsabilidades de niños y cuidadores. [1]

2. De la capacidad, competencia y autonomía progresiva

El desarrollo del niño es evolutivo, gradual y esa es también la manera en que nuestro derecho interno ha ido aceptando los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto a otorgar capacidad progresiva y autonomía progresiva. [2]

Al tiempo que se fue afianzando la idea del niño como sujeto autónomo, las reglas de la Convención iban calando en la jurisprudencia, de modo que se lo comienza a ver como una especie de sujeto que tiene que participar y se le va otorgando el derecho a ser oído cada vez más en los procesos que lo tienen como protagonista.

La Convención fue entrando en nuestro derecho positivo como una cuña. Primero por vía jurisprudencial, y a partir de la Constitución de 1994, con la Ley 26061 de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2006) y la Ley 26579 de Modificación de la Mayoría de Edad (2009). Es a partir de allí que podemos hablar de un mayor reconocimiento del niño como sujeto procesal, aunque todavía queda mucho camino por recorrer.

Nos parece interesante mencionar a los autores que opinan que esta competencia de los adolescentes debería ampliarse. A modo de ejemplo, Minyersky [3] ha dicho:

1. Grosman, Cecilia y Herrera, Marisa, "Implicancias de la Ley 26579, que modifica la mayoría de edad a los 18 años en el derecho alimentario de los hijos", en AA. VV., *Derecho a la juventud. Ley 26579 de reducción de la mayoría de edad a los dieciocho años*, Buenos Aires, Prometeo, 2010.

2. Los conceptos de capacidad y autonomía progresivas se encuentran definidos en el art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño: "Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores 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".

3. Minyersky, Nelly, "La capacidad progresiva. El acceso a la justicia de niños/as y adolescentes víctimas. Protección de sus derechos" (exposición en Seminario "El acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos: Protección de sus derechos y uso de nuevas tecnologías" [Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 23-24 abril 2009]). [N. del E.: el lector podrá acceder a una versión corregida y aumentada de la exposición a través de la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

> Sin delegar hoy la defensa de los niños, es necesario reconocerse su autonomía, no siendo suficiente la representación de los padres o la presencia del Ministerio Público. Este reconocimiento les allana el camino para que no solo sean escuchados sobre su elección sobre con qué padre convivir –por ejemplo– en juicios civiles, sino también para reclamar los derechos económicos y sociales que les corresponden, como los de salud, de educación, etcétera.

Nos ocuparemos de la competencia procesal del niño en el nuevo Código Civil y Comercial a partir de la sanción de la Ley 26994. Previamente, repasaremos cómo ha sido el sistema hasta hoy. En el régimen del Código Civil, con la Ley 17711, los menores adultos se hallaban sometidos a la representación necesaria de padres o tutores (arts. 57, inc 2, 274 y 411). No obstante, el artículo 282 les acordaba la facultad de comparecer en juicio como actores –previa autorización de los padres–, la que podía suplirse por el juez cuando aquellos o uno de ellos negase su consentimiento para realizar ese acto. Esta autorización se tornaba innecesaria cuando el menor hubiese sido demandado criminalmente (art. 286). Gozaba de plena capacidad procesal para intervenir en los juicios relacionados con actos civiles que podían realizar sin autorización paterna (art. 288) o con actos respecto de los cuales había mediado autorización (por ejemplo, ejercicio del comercio). También gozaban de plena capacidad procesal para intervenir en procesos voluntarios que tendían a suplir la autorización de sus representantes legales para realizar determinados actos.

¿Cuánto ha cambiado el sistema? No cabe duda que estamos ante un nuevo paradigma. Vélez determinó compartimentos estancos por edades y la incapacidad absoluta de los niños, a los que denominó menores impúberes. Pensó al menor adulto (el mayor de catorce años) como un sujeto capaz con restricciones a lo que podía hacer, y el artículo 55 dice que son incapaces respecto de ciertos actos o el modo de ejercerlos. Es decir, todo le estaba permitido excepto lo expresamente prohibido.

A partir de la sanción de la Ley 17711, y a pesar de que en el mundo ya se había adelantado el concepto de autonomía progresiva, se continúa considerando incapaz al adolescente, dándosele reconocimiento para ciertos actos. No puede hacer nada excepto lo que la ley le autoriza.

¿Que pasará a partir de la vigencia de la Ley 26994? Se incorporará definitivamente lo reglado al derecho interno en la Convención y en el Código civil, es decir, en la norma civil general y no en una norma especial, como lo es la Ley 26061. De la normativa resulta que nos encontramos ante un sujeto capaz, es decir, una persona que puede hacer todo lo que puede hacer, con restricciones provenientes de su natural inmadurez. Es apropiado que los problemas de capacidad y representación estén contenidos en la norma civil.

El Código Civil y Comercial, luego de reconocer la capacidad de derecho a todo ser humano en el artículo 22,[4] se encarga de anticipar que la ley puede establecer incapacidades, que se entienden como las incapacidades de derecho. En el artículo siguiente hace la declaración general en relación con la capacidad de ejercicio, que se

4. Art. 22: "Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados".

proclama amplia en el primer párrafo, previendo en el segundo limitaciones al ejercicio, que también podrán ser establecidas por los jueces en una sentencia.[5]

A continuación, el artículo 24[6] enuncia quiénes son los incapaces de ejercicio. Es poco feliz, porque parece borrar con el codo lo que se escribió un artículo antes. En el inciso b) dice que el niño es uno de esos incapaces de ejercicio, al mencionar que lo es la persona que no cuenta con la edad y el grado de madurez suficientes con el alcance dispuesto en la Sección Segunda del Capítulo 2. La Sección Segunda del Capítulo 2 trata de la persona menor de edad. El artículo 25 define que es menor la persona que no ha cumplido dieciocho años y llama adolescente al menor que ha cumplido trece años de edad.

Dejando de lado la clasificación de menores púberes, impúberes y adultos que reguló Vélez Sársfield y luego la reforma de 1968, se continúa estableciendo un criterio fijo de determinación de incapacidad.

3. La representación en el Código Civil y Comercial

El artículo 26 del nuevo Código establece –como regla general– que el menor ejerce sus derechos por medio de sus representantes.[7]

En todo proceso judicial (sea de naturaleza civil, penal, de familia, etc.) que le concierna al niño, cualquiera sea su edad, tiene derecho a ser oído. Esto es aplicación directa del artículo 12 de la Convención.[8]

Como excepción, el que cuenta con la edad y el grado de madurez suficientes puede ejercer por sí los actos que le son permitidos. O sea, volvemos a establecer la incapacidad como regla general y, como excepción, actos permitidos por el Código.

5. Art. 23: "Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial".

6. Art. 24: "Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión".

7. Art. 26: "Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

8. 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 oportunidad 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".

Si existiese conflicto de intereses entre el menor y representantes, el niño puede intervenir en defensa de sus intereses con asistencia letrada, ejerciendo este derecho de manera autónoma.

La capacidad –para ser parte en un proceso– hace referencia a la aptitud para ser titular de los derechos, cargas y obligaciones que se deducen de la tramitación del proceso y del desarrollo de la relación jurídico-procesal. Esta capacidad se equipara con la capacidad jurídica del derecho privado. La lógica de esta identidad radica en que quien tiene capacidad para ostentar derechos y obligaciones, debe estar facultado para hacerlos valer en juicio, para obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los mismos.

La capacidad procesal es la aptitud de comparecer como parte válidamente en juicio; coincide con la capacidad de ejercicio. Es la actuación física necesaria para apersonarse ante un tribunal o ante el sujeto jurisdiccional correspondiente, y dentro de esta capacidad se encuadra la posibilidad de otorgar un poder de representación a un letrado.

En cuanto a la competencia procesal de los niños y adolescentes, el artículo 677 del Código Civil y Comercial establece el principio general de representación por parte de los progenitores. Se permite la actuación sin representación paterna de manera autónoma del adolescente con asistencia letrada.[9] Preferimos utilizar el término competencia cuando nos referimos a los actos que el menor puede hacer por sí mismo por tener la aptitud intelectual madurativa necesaria y la autorización legal para ejercerlos.

Para el caso de los menores sujetos a tutela no hay un artículo específico sobre representación procesal, por lo que se aplican los principios generales (art. 101 CCCN).

Para estar en juicio, la representación debe ser ejercida por ambos progenitores, en virtud de lo establecido por el artículo 645, inciso d),[10] que regula los actos de mayor trascendencia y exige el consentimiento de ambos progenitores para el acto, no siendo suficiente el permiso de uno solo. Este artículo prescribe que –para estar en juicio– la autorización la deben dar en los supuestos en que los niños no puede actuar por sí, de lo que se desprende que habrá casos en los que los menores podrán actuar por sí mismo.

El artículo 27, inciso c), de la Ley 26061 reconoce el derecho del niño a ser asistido por un letrado ante la posibilidad de participar en un proceso administrativo o judicial; y el Decreto reglamentario 415/2006 menciona expresamente que el derecho

9. Art. 677: "Representación. Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados. Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada".

10. Art. 645: "Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Si el hijo tiene doble vínculo filial, se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio; b) autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; d) autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí; e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este capítulo. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso".

a la asistencia letrada previsto incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el ministerio pupilar.

El siguiente párrafo del artículo 677 continúa diciendo que se presume que el hijo adolescente, es decir, mayor de trece años, cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada. Por lo que toda vez que los padres lo autoricen expresa o tácitamente, la intervención del adolescente puede ser personal. En el caso del adolescente, la autonomía progresiva reconocida implica que quien la ejerce pueda designar el letrado patrocinante y participar del proceso de manera independiente de la voluntad de sus padres, si cuenta con la debida protección que significa la asistencia letrada.

En el interesante fallo "K., M. y otro c/ K., M. D. s/autorización" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil[11], se dijo:

> En nuestro derecho positivo actual se incorporaron los conceptos de autonomía y capacidad progresiva de los niños adolescentes y apunta no a la capacidad de derecho sino a una de ejercicio. Tanto las disposiciones de la Convención Internacional sobre los derechos de los niños como la Ley 26061 incorporan expresiones que se refieren a un sistema progresivo de autonomía sin sujeción específica a la edad cronológica en función del grado de madurez intelectual y psicológica de los menores. La capacidad y discernimiento de los menores establecida en función de la edad (arts. 54, 55 y 921 del Código Civil) han sido complementados por un criterio de capacidad y discernimientos reales, es decir, que en cada caso el juez de familia debe evaluarlas en atención a su capacidad progresiva, para establecer si cuentan con suficiente madurez para llevar a cabo por sí determinadas actuaciones, pues aunque el menor no llegue a los catorce años, puede ser autorizado por el magistrado a llevar a cabo personalmente un acto y considerarlo eficaz. Es decir que las normas del Código Civil sobre capacidad de los menores son sólo pautas orientadoras sujetas a consideración de los jueces, armonizadas con las reglas posteriores y de superior jerarquía.[12]

Sin perjuicio de lo antedicho, el artículo 678[13] plantea el caso del adolescente que pretende demandar civilmente a un tercero. Si cuenta con autorización paterna puede hacerlo sin más, y aun de forma autónoma si es adolescente. Si uno o ambos padres se oponen, se establece un proceso con audiencia del o los oponentes y vista al Ministerio Público. Aquí cabe preguntarnos si esta oposición puede darse solo en el caso de demanda civil a un tercero, o en todos los casos de intervención de adolescentes en juicio. Creemos que en todos los casos de oposición paterna el procedimiento debiera ser el mismo, intervención judicial con audiencia al oponente y participación del niño y su abogado.

11. Sala B, 19/3/2009.

12. [N. del E.: Sumario nº 19107 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil].

13. Art. 678: "Oposición al juicio. Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público".

El niño no necesita autorización parental para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para entablar o responder acciones de reconocimiento de hijos. Esta posibilidad es aceptada desde antaño, de hecho los primeros casos de la jurisprudencia versaban sobre el niño en conflicto con la ley penal y la limitación al poder punitivo del Estado.[14]

El artículo 596[15] menciona el caso de un verdadero proceso judicial de jurisdicción voluntaria, la acción autónoma del adolescente adoptado para conocer sus orígenes. No parece necesario que cuente con la aprobación de los padres adoptivos, pero sí se requiere asistencia letrada.

4. La demanda del niño contra sus progenitores

Se prevén tres situaciones en las que el niño puede demandar a sus progenitores, iniciándole juicio contra uno o ambos padres.

La primera es el caso del niño en reclamo por sus intereses; puede ser que el niño sea víctima de un ilícito que comete un progenitor en su contra y el otro se niega a demandar al responsable, o bien que ambos padres sean los responsables del ilícito. Saliendo de los hechos en que el niño es víctima, muchas veces la inacción de uno de los progenitores en ejercer los derechos que corresponden al niño pueden causarle un grave perjuicio económico. En cuanto al niño víctima y su posibilidad de presentarse como querellante, el artículo 679 del Código Civil y Comercial prevé que el niño pueda estar en juicio contra sus progenitores de manera autónoma.[16] No necesita autorización judicial previa si cuenta con la madurez suficiente y asistencia letrada. El artículo 109, inciso a), parece establecer el límite etario en la adolescencia ya que dice que siendo un adolescente el que tiene conflicto con sus representantes no será necesaria la designación de un tutor especial, si es que cuenta con asistencia letrada.[17]

14. Art. 680: "Hijo adolescente en juicio. El hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos".

15. Art. 596: "Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada".

16. Art. 679: "Juicio contra los progenitores. El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada".

17. Art. 109: "Tutela especial. Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial; b) cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos

La segunda situación prevista es el reclamo de alimentos, previsto en el artículo 661.[18] El niño puede solicitarlo autónomamente si cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente y asistencia letrada. Es lógico que así sea ya que la desidia de uno o ambos progenitores puede poner al niño en estado de indefensión. No se establece que deba ser adolescente, pero este doble juego de edad y grado de madurez será el evaluado al momento de aceptarlo como parte procesal.

Si bien la norma no lo prevé expresamente, creemos que el niño estaría legitimado para ejercer su derecho de manera autónoma para demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, no solo de sus progenitores sino de otros deudores alimentarios, a saber abuelos y progenitor afín.

Por último, el niño puede pedir rendición de cuentas por lo actuado por sus progenitores. El artículo 697[19] no prevé que el pedido sea judicial, puede solicitarlo el niño a los padres y éstos pueden rendirlas. El pedido de rendición de cuentas hace presumir que el niño cuenta con madurez, pero no especifica que esta madurez deba ser suficiente ni hace mención a la edad. Tampoco requiere asistencia letrada para la intervención del niño. No vemos obstáculos a que esta solicitud de parte del hijo pueda hacerse judicialmente.

Es de destacar que partir de la Ley 26579, se modificó el artículo 459 del Código Civil. En cualquier tiempo, el Ministerio de Menores o el menor mismo, siendo mayor de dieciséis años, cuando hubiese dudas sobre la buena administración del tutor, por motivos que el juez tenga por suficientes, podrá pedirle que exhiba las cuentas de la tutela.

5. Representación y asistencia letrada

¿Cuándo el niño debe estar representado o asistido por un letrado? No es obligatoria la participación de un abogado del niño en todos y cada uno de los casos que involucren a niños. Esta participación se torna necesaria en los casos de conflicto del niño con sus padres o tutores, en el caso de oposición de intereses, en el caso en que haya conflicto de intereses entre los dos (o más) progenitores o bien su inactividad pueda causar perjuicio a los intereses del niño o bien el niño o adolescente lo solicite expresamente.

---

menores de edad; c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a); d) cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor; e) cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor; f) cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar; g) cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda".

18. Art. 661: "Legitimación. El progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado por: a) el otro progenitor en representación del hijo; b) el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada; c) subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público".

19. Art. 697: "Rentas. Las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste. Los progenitores están obligados a preservarlas cuidando de que no se confundan con sus propios bienes. Sólo pueden disponer de las rentas de los bienes del hijo con autorización judicial y por razones fundadas, en beneficio de los hijos. Los progenitores pueden rendir cuentas a pedido del hijo, presumiéndose su madurez".

Ahora bien, si surge la posibilidad o necesidad de la asistencia letrada, alguien debe ser el encargado de designar al patrocinante. No cabe duda que los progenitores serán los encargados de designarlo, en los casos en que el niño no cuente con el grado de madurez necesaria. Puede ser designado incluso de oficio por el juez o a solicitud del Ministerio Público en caso de que el niño no cuente con abogado. Si cuenta con la edad y madurez suficiente, podría ser designado por el propio niño y en este caso estaríamos en presencia de contrato de mandato si el abogado accede a patrocinarlo.

Excede a este trabajo el adentrarnos en la capacidad de contratar del adolescente, pero en principio nos inclinamos por aceptar la posibilidad de este contrato de mandato, sobre todo en vista del control jurisdiccional inmediato y permanente que tendría el mismo.

Con respecto a la posibilidad de un patrocinante del niño, es digno de destacar un fallo de Mar del Plata[20] que dijo:

> Se ha interpretado que a la luz del artículo 282 del C. C., no resulta obligatorio para el juez designar un tutor *ad litem* en tanto esta norma establece una facultad y no una obligación, por lo que, de así requerirlo el adolescente, el juez podrá permitirle su propio abogado patrocinante, haciéndolo a mérito del interés superior y la autonomía progresiva.

En ese fallo se recalca que el Ministerio Público no puede jugar el doble rol de asesor de menores y abogado del niño. Asimismo, el notario –a la hora de otorgar el poder– puede hacer un juicio de edad y madurez suficiente. Esta función no le es absolutamente ajena a los escribanos hoy, toda vez que hacemos juicio de discernimiento para cada acto que autorizamos. Sería apropiado que el contenido del poder sea explicado por el notario en un lenguaje comprensible para el niño, en tanto persona en condición de vulnerabilidad en ese momento del asesoramiento previo.

El escribano deberá poner especial atención en el asesoramiento del menor respecto al acto que solicita otorgar, transmitiéndole en las audiencias previas, en un lenguaje sencillo pero preciso, el significado y alcance de las facultades comprendidas en el poder, informándole además de las consecuencias que podrían derivarse del otorgamiento del mismo, todo esto a fin de lograr que el menor esté en condiciones de comprender el contenido del acto a otorgar.

En ese sentido, la regla nº 72 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 2008)[21] recomienda:

> Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectiva, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla.

20. Tribunal de Familia nº 2, Mar del Plata, 9/8/2007, "V. S. s/autorización", expte. 7648/06.

21. [N. del E.: el lector podrá acceder al documento que contiene las cien reglas y también a otros documentos de la Cumbre desde la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

El juicio de madurez estaría emparentado con el juicio de discernimiento, y ambos están dentro de los límites de su propio convencimiento. Quien quiera aducir la falta de madurez deberá probarla.

6. Conclusiones

De este breve análisis se puede concluir que la participación de niñas o niños y adolescentes en los procesos judiciales que los afectan se torna obligatoria a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos.

El Código Civil y Comercial ha receptado el concepto de autonomía progresiva. La competencia procesal de los adolescentes debe considerarse amplia y para todos los actos, siempre que tengan la madurez para comprender el acto y asistencia letrada.

Nos inclinamos por aceptar la competencia procesal del adolescente para otorgar poderes para la elección del abogado patrocinante, siendo el notario quien puede determinar si cuenta con la madurez suficiente.

Es función del notario asesorar al niño en un lenguaje adecuado a su edad, cultura y grado de comprensión, a fin de lograr que este comprenda no solo el acto que va a otorgar sino las consecuencias que se derivan del mismo.

Sobrevuelo notarial del Código Civil y Comercial

Escrituras y actas. Artículos 299 a 312

Natalio P. Etchegaray*

RdN 921

Con paciencia […] enhebrando los rústicos y finos hilados de su trama.

Edgardo Jordán, *Mi telar de fina urdimbre***.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Excelente enfoque sobre la función notarial.* ***3.*** *Reconocimiento de la división fundamental de los documentos notariales. Escrituras y actas.* ***4.*** *Novedades del Código. Requisitos de las escrituras.* ***4.1.*** *Protocolo.* ***4.2.*** *Obligaciones funcionales del escribano.* ***4.3.*** *Excepción a la obligación de que las escrituras se extiendan en un único acto.* ***4.4.*** *Idioma de las escrituras. Posibilidad de que el escribano designe un intérprete ante la falta de un traductor público.* ***4.5.*** *Abreviaturas y números.* ***4.6.*** *Otorgante con discapacidad auditiva.* ***4.7.*** *Contenido de la escritura.* ***4.8.*** *Justificación de la identidad de los comparecientes.* ***4.9.*** *Documentos habilitantes.* ***4.10.*** *Copias o testimonios.* ***4.11.*** *Nulidad.* ***4.12.*** *Requisitos de las actas notariales.* ***4.13.*** *Valor probatorio de las actas notariales.*

1. Introducción

Dije en el prólogo de la colección "Función notarial"[1]:

> En tanto operador jurídico, al notario se le presenta reiteradamente una tarea nada fácil: aplicar el derecho en cada caso real, que aunque resulte similar a muchos otros por haberse producido en el ámbito común de una situación socio-económica generalizada, requiere un enfoque singular frente a la específica "circunstancia" de cada requirente.

La idea fue

> … ayudar al notario a "tejer la fina urdimbre" del complejo universo de conceptos doctrinarios y preceptos legales de fondo y de forma que se entrecruzan en el ejercicio cotidiano de su función, a partir del designio de los requirentes.

* Información sobre el autor en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

** Jordán, Edgardo, *Mi telar de fina urdimbre*, Buenos Aires, Alambique, 1993, p. 50.

1. Ver Capurro, Vanina L. y Etchegaray, Natalio P., *Derecho notarial aplicado*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 8, colección "Función notarial" (Dir.: Natalio Pedro Etchegaray), v. 1.

La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, a partir del 1 de agosto de 2015, puso al notariado en "estado de alerta y movilización" –dicho así para utilizar metafóricamente el lenguaje de los sindicalistas–, al entender que se encontraba frente a un fuerte impacto profesional, producto de la reforma y unificación de leyes esenciales para la vida corriente del ciudadano y su lógico e inmediato reflejo para nuestra tarea, tan ligada a la actividad de cada habitante en particular y a las diversas formas en que se asocia para desarrollar su vida social y económica. Transcurrido el primer semestre de vigencia de esta norma, las expectativas de los notarios se aplacaron sensiblemente gracias al trabajo de análisis y divulgación de las nuevas normas que realizaron los colegios de escribanos y la Universidad Notarial Argentina especialmente y, en general, la producción bibliográfica de los diversos sectores que integran, con el notariado, el universo jurídico nacional: doctrinarios, docentes, jueces, registradores y abogados.

Considero, entonces, que es un buen momento para sobrevolar las normas de la nueva legislación y expresar el punto de vista del notario en ejercicio acerca de la novedad legislativa en cuanto se trate de escrituras y actas, en una forma tan breve como se pueda por la índole de este trabajo.

2. Excelente enfoque sobre la función notarial

Es oportuno destacar que ya desde los fundamentos expresados por los autores de la reforma se evidencia un excelente enfoque sobre la función notarial, que será sin duda de suma utilidad para orientar la jurisprudencia. En los fundamentos del Título IV "Hechos y actos jurídicos", Capítulo 5 "Actos jurídicos", Sección 5ª "Escrituras y actas", se hace una interpretación de la función y del documento notarial que se emparenta con la más pura doctrina:

> … [el notario] "debe calificar los presupuestos y elementos del acto y configurarlo técnicamente" por los siguientes motivos: (i) la intervención de agentes públicos (en general) y la de escribanos en particular ha sido impuesta por la ley para acompañar al ciudadano en la ejecución de actos legislativamente seleccionados, con la finalidad de conferirles legalidad, validez y eficacia; (ii) esta finalidad se obtiene a través del asesoramiento, la configuración técnica y, sobre todo, la adecuación de la voluntad a lo expresado y narrado luego en documentos matrices que son conservados, archivados y exhibidos a quienes detenten interés legítimo; (iii) por ello es que, como bien expresa Fiorini, los instrumentos gozan de fe pública, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas (calificaciones) y durante éste (acto público técnicamente configurado, con dirección del oficial, y garantizando la libertad de expresión y en su caso las adecuaciones de la voluntad a la verdadera intención de las partes). A ello se suma que en forma coetánea se instrumenta, con rigurosas solemnidades aplicables al tipo de papel, su autenticidad, las tintas, los procedimientos de edición, el contenido (idioma, prohibición de abreviaturas, espacios en blanco, enmiendas no salvadas, etc.). Los documentos matrices quedan en resguardo, lo cual facilita su auditoría y todos los controles que corresponda aplicar. Este conjunto solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; (iv) **todo ello demuestra que la esencia de la**

> **función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones**… [2]

Es de gran importancia para el derecho notarial que estas apreciaciones se encuentren en los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, pues constituyen un recibo de la doctrina básica del notariado latino, del que el notariado argentino fue pilar fundador.

3. Reconocimiento de la división fundamental de los documentos notariales. Escrituras y actas

Mediante sendas definiciones, el Código introduce la división fundamental de los documentos notariales en razón de su contenido: a) según el artículo 299, es escritura pública el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contiene uno o más actos jurídicos; y b) acta, según el citado artículo 299, es el documento notarial que tiene por objeto la comprobación de hechos.

4. Novedades del Código. Requisitos de las escrituras

4.1. *Protocolo*

En el artículo 300 se establece la obligatoriedad, para todas las demarcaciones notariales del país, como requisito indispensable para extender escrituras en el protocolo, que este se forme previamente con folios habilitados expresamente por la autoridad que cada ley local establezca. De esa forma, se pone término a la posibilidad de formar un protocolo al estilo español o tradicional, en el que solo es protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante el año calendario, no conservándose los documentos *errados* o que no tuvieron efecto por desistimiento de todos o algunos de los comparecientes. (Este sistema se mantenía tradicionalmente por el notariado de la provincia de Salta).

4.2. *Obligaciones funcionales del escribano*

Llevando adelante lo que destacábamos en los fundamentos teóricos del Código, en el artículo 301 se obliga al escribano a recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes (principio de inmediación), ya fueren partes, sus representantes, testigos, cónyuges o cualquier otro interviniente, y a dar comienzo a las que la doc-

2. Lorenzetti, Ricardo L. y otros, *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la comisión de reformas (Decreto 191/2011)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 542. [N. del E.: se podrá acceder a los fundamentos desde la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

trina denomina operaciones de ejercicio[3]. Se le impone calificar los presupuestos y elementos del acto a documentar y luego configurarlo técnicamente, realizando las operaciones notariales de calificación, legalización, legitimación y configuración, previas a extender la escritura en el protocolo (operación de documentación) y al acto final de autorización de la escritura, inmediatamente después de que los comparecientes la otorguen e inmediatamente la firmen como representación gráfica de ese otorgamiento.

4.3. *Excepción a la obligación de que las escrituras se extiendan en un único acto*

En el citado artículo 301, se incorpora al Código el texto del artículo 34 del ya legendario Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales[4], que había sido receptado por leyes locales y que constituye una excepción al principio legal y doctrinario que pide que la escritura se otorgue y firme por los comparecientes en un único acto. Esta incorporación legitima estas disposiciones locales, al permitir que una escritura con pluralidad de otorgantes se pueda firmar en distintas horas de un mismo día, siempre que no se altere el texto luego de la primera firma. Obviamente, el notario autorizará la escritura coetáneamente con la firma del último compareciente. Este artículo nuevo no reproduce el último párrafo del citado artículo 34 del Anteproyecto, que pide se deje constancia en el protocolo de la utilización de esta franquicia legislativa, pero evidentemente no cabe ninguna duda que un correcto procedimiento notarial debe dejar expresa constancia, en cada caso, de la utilización de este sistema. Queda librado al criterio del notario autorizante la mejor forma técnica de hacerlo.

4.4. *Idioma de las escrituras. Posibilidad de que el escribano designe un intérprete ante la falta de un traductor público*

En los casos en que alguno de los comparecientes ignore el idioma nacional y no se obtuviera la intervención de un traductor público, el artículo 302 CCCN reemplaza la norma del antiguo Código Civil, que exigía la designación judicial de un intérprete, por la posibilidad de que dicho intérprete sea designado directamente por el escribano autorizante. Evidentemente, una reforma que se traduce en una rebaja sensible en los costos de un acto notarial y le permite ganar celeridad. El último párrafo del citado artículo 302 otorga idéntica ventaja en tiempo y costos en los casos de protocolización de un documento original en idioma extranjero, al autorizar al escribano interviniente a aceptar la intervención de traductor público o intérprete, a opción de las partes, con obligación para el notario de entregar, junto con el testimonio de la protocolización, copia certificada del documento protocolizado.

3. Etchegaray, Natalio P., "Operaciones notariales de ejercicio", en *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, Astrea, 2010, pp. 35 y ss.

4. Instituto Argentino de Cultura Notarial [hoy Academia Nacional del Notariado], *Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales*, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, comentario al art. 34, antecedentes doctrinarios y legislativos.

4.5. *Abreviaturas y números*

En el artículo 303 CCCN no se modifican sustancialmente las normas del Código Civil sobre espacios en blanco, abreviaturas e iniciales. Se mantiene la imposibilidad de usar números para indicar cantidades que se entreguen en presencia del escribano y se la extiende a toda otra cantidad o dato que correspondiera a elementos esenciales del acto jurídico: precios, montos y plazos de deudas, y toda otra cantidad que, a juicio del notario, reuniera los requisitos para ser considerada elemento esencial del acto jurídico objeto de la escritura.

4.6. *Otorgante con discapacidad auditiva*

El artículo 304 CCCN sufrió cambios desde su enunciado original en el Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación[5] hasta el que finalmente se publicó en la edición oficial vigente. En efecto, el artículo original se encabezaba con estos términos: "Otorgante que padece limitaciones en su aptitud para oír y para comunicarse"; y tenía un segundo párrafo que se refería expresamente a la persona otorgante del acto que, siendo alfabeta, padece limitaciones para comunicarse en forma oral. En ese caso, el otorgante debía firmar una minuta, el escribano debía certificar ese hecho y la minuta protocolizarse; si fuera analfabeta, dos testigos debían presenciar la lectura y se requería información al otorgante del contenido de la escritura. El primer párrafo del artículo en su etapa de proyecto se refería a la persona que padece discapacidad auditiva y coincide en lo sustancial con el de la versión final. Desconocemos las razones por las que se suprimió en la versión final de este artículo toda referencia a la persona que tiene dificultades para comunicarse en forma oral, cuando se la mantiene en otros dos artículos del Código: el 418, relativo al matrimonio, y el 2467, inciso e), relativo al testamento. Queda así derivado al notario resolver este problema formal cuando deba autorizar una escritura en la que interviene una persona que tiene dificultades para comunicarse en forma oral. No tengo dudas en recomendar se utilice la solución contenida en el texto del proyecto original del Código más la presencia de los dos testigos que exige el texto definitivo del artículo.

Otra observación a la redacción final del artículo: en los casos de comparecientes que tienen discapacidad auditiva, si fueran analfabetos, se exige solamente la intervención de dos testigos expertos que puedan asegurar la comprensión del acto por parte del compareciente; y si fueran alfabetos, a esa exigencia se le añade ("además", expresa el artículo) el procedimiento de la minuta firmada por el compareciente y su protocolización, que en la versión original se limitaba al compareciente que tenía dificultades para expresarse en forma oral.

La reelaboración del artículo original no ha sido feliz.

5. Lorenzetti, Ricardo L. y otros, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 78. [N. del E.: se podrá acceder al Proyecto elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación desde la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

4.7. *Contenido de la escritura*

En los diversos incisos del artículo 305 CCCN no se modifican sustancialmente las normas del Código Civil sobre lo que expresamente debe contener la escritura:

a) Sobre el lugar y la fecha de escritura, solamente se le agrega la opción para las partes o el escribano de dejar constancia de la hora.
b) Sobre los datos personales de los comparecientes, incorpora lo que pide la mayoría de las leyes locales y la costumbre, pero, de acuerdo con la doctrina notarial, no menciona la obligatoriedad para el notario de efectuar el juicio de capacidad de los comparecientes.
c) Reitera la obligación de consignar la naturaleza del acto que se documenta en la escritura y la individualización de los bienes.
d) Se incluye la obligatoriedad de la constancia instrumental de la lectura que el escribano debe hacer en el acto del otorgamiento de la escritura. El Código Civil solo incluía la obligación de la lectura, pero no su reflejo documental, que se incorporó en la práctica notarial con fundamento en la necesidad de evitar la excepción procesal de escritura no leída.
e) Reitera la obligación legal del notario de realizar de su puño y letra, antes de la firma de las partes, la mención concreta de las enmiendas, testaduras, borraduras, entre líneas u otras modificaciones efectuadas en el texto de la escritura.
f) Reitera la obligación legal de que la escritura contenga la firma de los otorgantes, del escribano y de los testigos en su caso. Mantiene la firma a ruego de la persona que no pueda o no sepa firmar, introduciendo la obligación de hacer constar la causa del impedimento, así como la impresión digital del otorgante que no puede o no sabe firmar.

4.8. *Justificación de la identidad de los comparecientes*

En el artículo 306 CCCN se mantienen dos de las posibilidades que daba el Código Civil para la identificación de los comparecientes: por exhibición de documento idóneo, que debe individualizarse y agregarse en copia certificada de sus partes pertinentes, y por afirmación del conocimiento por parte del escribano. Se suprime la posibilidad de hacerlo por declaración de dos testigos.

4.9. *Documentos habilitantes*

En el artículo 307 CCCN persiste la solución que surgía del Código Civil: presentación de los documentos originales de la representación que deben ser agregados al protocolo, excepto que se tratare de poderes generales, fuere necesaria su devolución o ya estuvieren protocolizados en el respectivo registro notarial.

4.10. *Copias o testimonios*

El artículo 308 CCCN otorga reconocimiento legal a la sinonimia entre *copia* y *testimonio*, respetando una larga tradición de nuestro notariado, que indistintamente

acepta denominar así al documento notarial que reproduce una escritura matriz y que con la calidad de primero o ulterior se entrega a cada una de las partes del acto instrumentado. Remite a las leyes notariales locales la reglamentación sobre las características de los medios de reproducción, siempre que aseguren la permanencia indeleble de la copia o testimonio. Establece, asimismo, la obligatoriedad de dar copia a las partes que lo solicitaren y, en el caso de que estas pidieran nuevas copias, el escribano también debe entregarlas, siempre que la escritura no contenga una obligación pendiente de dar o hacer a cargo de la otra parte. En este caso, se podrá expedir la nueva copia solicitada solamente si se acredita la extinción de la obligación en instrumento público o, en su defecto, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que deberá tramitarse con citación de las partes de la escritura.

4.11. *Nulidad*

El artículo 309 CCCN es una reiteración, con ligeras variantes, del artículo 1004 del Código Civil. La gran reforma en esta materia reside en la derogación del artículo 1005 del antiguo Código. Considero que este es uno de los grandes aciertos en materia notarial del Código Civil y Comercial.

A partir de la derogación del Código Civil, y al no reiterarse en el Código Civil y Comercial el contenido del artículo 1005 de aquel, desaparece toda posibilidad de atacar por nulidad manifiesta cualquier alteración del orden cronológico que se advierta en una escritura pública. Para observar ese título deberá obtenerse un pronunciamiento judicial que condene al notario autorizante como autor del delito de falsedad ideológica; no como se hacía por referencistas y analistas de títulos, que los descartaban *ab initio* ante la contundente imputación contenida en el artículo 1005 del Código Civil –felizmente no reiterada–.

Mi posición fue siempre de crítica al artículo 1005, tal como lo acredita lo expresado en *Derecho notarial aplicado*[6]:

> El artículo 1005 del Código Civil es uno de los preceptos del ordenamiento que entendemos no aplicable a nuestro derecho formal. Sí lo es con respecto al derecho español, porque en España –y en nuestra provincia de Salta– el protocolo no existe a priori, sino que se forma coleccionando las escrituras matrices autorizadas durante el año. En consecuencia, los proyectos de escrituras que no se firman no llegan a ser protocolo y, por lo tanto, no se coleccionan. El protocolo es exclusivamente integrado con escrituras otorgadas y autorizadas. Por ello tiene importancia el orden cronológico de su agregación al protocolo. Una escritura del día 10 debe estar después de las del día 9 y antes de las del día 11; de lo contrario se estaría violando el orden cronológico y se lo sanciona con la nulidad. Aparece entonces como prioritario en el derecho español, defender el concepto del orden cronológico y, en consecuencia, sancionar directamente con **nulidad** la escritura que no se halle en el lugar del protocolo en el que se la debería encontrar por su fecha. En nuestro sistema formal, en cambio, no existe ninguna posibilidad de que una escritura no esté en el lugar que por su orden de otorgamiento le correspondiere, dado que el libro de registro o protocolo es preexistente y se numera, sella y

6. Capurro, Vanina L. y Etchegaray, Natalio P., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 154.

rubrica en blanco. Creemos que en nuestro derecho, cuando aparece una escritura cuya fecha no concuerda con el llamado "orden cronológico", debe estudiarse detenidamente esa situación y no aplicar de manera automática la sanción de nulidad. Ello porque consideramos que, en principio, esa anormalidad puede tener por origen un **mero error** cuando se consignó el día, mes o año, fácilmente demostrable por otros elementos del mismo protocolo, o una **falsedad** en la fecha que, una vez probada, ocasionará la invalidez del documento. En consecuencia, en caso de aparecer escrituras con una fecha que no se corresponda con el orden cronológico de las restantes, solo se las puede considerar **anulables** y se estará a las resultas del juicio que deberá tramitar quien las arguyese de falsas. Por lo tanto, puede llegar a declararse la **nulidad** del instrumento por **falsedad**, pero no por inobservancia de un precepto formal. Si no se prueba la falsedad, se tratará de un mero error.

4.12. *Requisitos de las actas notariales*

La feliz decisión de incorporar al Código Civil y Comercial la figura autónoma de las actas entre los documentos notariales es un reconocimiento a los sucesivos trabajos doctrinarios que han contribuido a estructurar su naturaleza jurídica, independizándola del documento notarial por excelencia: la escritura pública. Por ello, el Código Civil y Comercial, en el artículo 311, establece que las actas están sujetas –en principio– a los requisitos de las escrituras públicas, pero con las modificaciones fundamentales que detalla a través de 7 incisos. Estas modificaciones constituyen una reiteración de lo que expone la Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (vigente desde el 24 de julio de 2000), en los 7 incisos de su artículo 83, con las variantes que analizamos a continuación:

- Inciso a): la declaración sobre el interés propio o de terceros en el diligenciamiento del acta debe provenir del requirente y no será un juicio del notario.
- Inciso b) y c): sin variantes.
- Inciso d): se introduce la expresión "en la medida que el objeto de la comprobación así lo permita" como un eximente de la obligación funcional del notario de informar a los requeridos del carácter en que interviene y, en su caso, del derecho del requerido a no responder o de contestar como indispensable paso previo al comienzo de la diligencia. Esta expresión debe ser motivo de especial atención por parte de la doctrina notarial para que no constituya una excepción al tradicional derecho del hombre y del ciudadano a no declarar contra sí mismo. Debe advertirse a los colegas sobre un indebido uso de la misma, ya que es una situación de hecho que debe valorarse en cada caso, para no enervar el derecho constitucional del requerido y, en consecuencia, provocar la nulidad de la comprobación notarial.
- Inciso e): sin variantes.
- Inciso f): sin variantes, por lo que en este caso la observación es para ambas legislaciones, tanto la de la Ciudad de Buenos Aires como la nacional. Se trata de la posibilidad de confeccionar el acta con posterioridad al momento de la diligencia, siempre que se lo efectué en el mismo día. Pienso que si por razones de necesidad práctica profesional se permite vulnerar uno de los pilares de la fe pública –como es el que se documente el hecho que se comprueba en el

mismo momento en que se produce–, la exigencia legal de poderlo documentar solamente en el mismo día del hecho es excesivamente dogmática y sin explicación jurídica, al aplicar a las notas que toma el notario para verterlas luego al protocolo el estigma de los cuentos de hadas, en los que la naturaleza material de las cosas cambia a medianoche, como le pasó a Cenicienta. Entiendo que se encorsete al notario para que no pueda antedatar sus diligencias, pero tampoco puede establecerse un término tan estricto, cuando situaciones de hecho pueden impedirlo. Estimo que no desmejora la solución que se dispusiera que la diligencia deba instrumentarse en el más breve tiempo posible, una vez superadas las dificultades que impidieran su documentación simultánea.

- Inciso g): sin variantes.

4.13. *Valor probatorio de las actas notariales*

El artículo 312 CCCN pone las cosas en su lugar y afirma el carácter comprobatorio de las actas, distinguiéndolas de la naturaleza negocial de las escrituras. Tiene valor jurídico de certeza lo que el escribano exprese que vio o pasó ante él; y ese mismo alcance, de simple hecho, tienen las declaraciones o juicios que los interpelados expresen. Si se efectuaran declaraciones de contenido negocial, todo se transforma y nos encontramos frente a una escritura.

Principios del nuevo derecho comercial y reformas al régimen asociativo

Eduardo M. Favier Dubois (h)*

RdN 920

RESUMEN

El Código Civil y Comercial ha derogado el Código de Comercio, el "acto de comercio" y el "comerciante". Sin embargo, el derecho comercial subsiste, reformulado y expandido, con nuevos principios, siendo su eje destacado la empresa. También el régimen asociativo ha sido reformado; se destacan: la exigencia de actividad empresarial para las sociedades, la desaparición de las sociedades civiles, la admisión de la sociedad anónima unipersonal, el reemplazo de las sociedades de hecho e irregulares por sociedades simples o informales y la incorporación del mecanismo de reactivación en todos los casos. Además, las empresas familiares han sido dotadas de mayores instrumentos para su continuidad y los contratos asociativos han sido flexibilizados, entre otras reformas de interés.

Sumario: ***1.*** *El nuevo derecho comercial.* ***1.1.*** *Los principios del nuevo derecho comercial.* ***1.2.*** *Estado del derecho comercial en la actualidad.* ***1.3.*** *El Registro Público de Comercio.* ***1.4.*** *El nuevo régimen contable.* ***2.*** *Las reformas al régimen asociativo.* ***2.1.*** *El nuevo concepto de sociedad y la derogación de las sociedades civiles.* ***2.2.*** *Las sociedades anónimas unipersonales.* ***2.3.*** *El nuevo estatuto de las sociedades simples o informales.* ***2.4.*** *La capacidad de los socios.* ***2.5.*** *Los impedimentos a la liquidación social.* ***2.6.*** *Nuevas normas sobre transferencias, comprobantes y registro de acciones.* ***2.7.*** *Las sociedades que son empresas familiares.* ***2.8.*** *Las reformas en asociaciones.* ***2.9.*** *Aplicación de las reglas de las personas jurídicas privadas a las sociedades y asociaciones.* ***2.10.*** *Los clubes de campo constituidos como asociaciones bajo forma de sociedad anónima. Los conjuntos inmobiliarios en el nuevo Código Civil.* ***2.11.*** *La revolución en los contratos asociativos.* ***2.12.*** *Los criterios de la Inspección General de Justicia en materia de régimen asociativo.* ***3.*** *Colofón.*

1. El nuevo derecho comercial

1.1. *Los principios del nuevo derecho comercial*

El nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCCN) cambia la regulación del derecho comercial: este ya no se basa más en el acto de comercio ni en el comerciante, sino en un nuevo eje diferenciador, la empresa,[1] lo que resulta, entre otras fuentes,

* Información sobre el autor en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

1. Favier Dubois, Eduardo M. (h), "La autonomía y los contenidos del derecho comercial a partir del nuevo Código Unificado", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2/2/2015, pp.1 y ss.

de los nuevos obligados contables, que son las personas humanas con actividad económica organizada, los titulares de una empresa o los titulares de un establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios (art. 320)[2]. También tienen obligaciones contables todas las personas jurídicas privadas, que incluye las sociedades, asociaciones civiles y fundaciones, entre otros sujetos (art. 148). El CCCN regula las asociaciones civiles e incorpora, con pequeñas modificaciones, las normas sobre fundaciones de la Ley 19836.

Paralelamente, al mantenerse la vigencia de todas las leyes mercantiles complementarias, los martilleros, corredores, despachantes de aduana y agentes institorios del seguro conservan sus obligaciones contables.

Además de unificar las obligaciones y los contratos civiles y comerciales, el CCCN reforma la Ley 19550 de Sociedades Comerciales, sustituyendo su denominación por la de Ley General de Sociedades, que introduce diversas modificaciones. También cambia el concepto de asociación y el de los contratos asociativos.

De todo ello resultan algunos principios, reglas y novedades normativas en las relaciones comerciales, societarias y asociativas, como son las siguientes:

a) La tutela de la empresa y de su conservación, mediante la exigencia de que debe haber empresa para que exista sociedad, derivada de la derogación de las sociedades civiles, y por el mecanismo de impedir la disolución, aun cuando quede reducida a un socio, facilitando la reactivación en todos los casos y eliminando los efectos liquidatorios de las nulidades.
b) El reconocimiento del derecho al fraccionamiento patrimonial fundado en unidades de negocios distintas y autosuficientes de una misma persona, consagrado por el sistema de sociedad anónima unipersonal, estructurado para la gran empresa.
c) El principio de autonomía de la voluntad y de libre asociación manifestado en los contratos discrecionales y en las reglas sobre contratos asociativos de libre disposición para las partes y no taxativos, así como en los contratos preliminares y en el pacto de herencia futura para la empresa familiar.
d) El principio de flexibilización de la tipicidad societaria, que impide la liquidación por atipicidad, subsistiendo la sociedad como informal (Sección IV).
e) La reducción de los sujetos y efectos de la publicidad mercantil (registro público), dando prioridad al debido cumplimiento de los contratos que lo hacen obligatorios para las partes pese a que no se hayan inscripto, lo mismo que a las reformas de estatutos y a los contratos no registrados.
f) La limitación de la responsabilidad a lo obrado por cada uno, restringiendo los casos de responsabilidad solidaria en los contratos asociativos y en las sociedades informales (Sección IV).
g) El agravamiento de los deberes de los administradores de personas jurídicas y el no cómputo del comienzo de la prescripción de las acciones de responsabilidad hasta el cese del cargo.
h) La flexibilización del concepto de asociación civil, que no exige el bien común, y reglas de tutela de asociados.

2. Favier Dubois, Eduardo M. (h), "Panorama del derecho comercial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en *Código Civil y Comercial de la Nación,* Buenos Aires, Erreius, 2014, p. 35 a 83.

i) El reemplazo del comerciante (como sujeto contable) por la persona humana con actividad económica organizada, o titular de empresa o de establecimiento y por todas las personas jurídicas privadas, con o sin fin de lucro.
j) La amplia recepción legal de las nuevas tecnologías al admitirse no solo la contabilidad informática sino la digitalización de la documentación, más los domicilios y las comunicaciones informáticas y la realización de reuniones a distancia.
k) La ampliación de las reglas de capacidad de personas humanas y jurídicas, siendo las incapacidades de interpretación restrictiva.
l) La prevención, no agravamiento y solución de conflictos mediante reglas de desbloqueo y cláusulas sobre medios alternativos de gestión que incluyan el arbitraje, con tendencia hacia el arbitraje institucional.
m) La búsqueda de seguridad para los fideicomisos, mediante la regulación del fideicomiso de garantía, la registración del contrato y la liquidación judicial en caso de insuficiencia patrimonial.

1.2. *Estado del derecho comercial en la actualidad*

1.2.1. *Antecedentes y contenidos*

Recordemos aquí que el derecho comercial es una categoría histórica, aparecida en Occidente a fines de la Edad Media, que implica un proceso constante que ha llevado a la aplicación de una ley especial, diferente a la ley ordinaria o civil, a ciertas personas y/o bajo ciertas situaciones. Para ello, el derecho comercial está integrado por dos clases de normas: las delimitativas y las prescriptivas.

Las normas **delimitativas** son las que disponen en qué casos se aplica la ley comercial. Son ejemplos de ellas las calificaciones como actos de comercio (art. 8 CCOM), comerciante (art. 1 CCOM), sociedad comercial (art. 1 Ley 19550) y los presupuestos descriptos por el Código de Comercio derogado para aplicar la ley comercial a ciertos contratos civiles.

Por su lado, las normas **prescriptivas** son las que disponen cuáles son las consecuencias de aplicar la ley comercial; fundamentalmente consisten en:

a) la imposición de un estatuto especial a los comerciantes (art. 33 CCOM), consistente en exigencias en materia de registro mercantil (identificación, capacidad y publicidad), contabilidad legal (información general sobre sus negocios) y rendición de cuentas (información específica), así como para someterlos a un régimen de presupuestos especiales para el concurso preventivo (exigencias contables) y responsabilidades agravadas;
b) la aplicación de soluciones distintas (comerciales) a ciertas obligaciones y contratos (arts. 207 y ss. CCOM);
c) el sometimiento a la jurisdicción mercantil (art. 6 CCOM), o sea, a tribunales diferenciados (que busca la especialización).

Hoy, el derecho comercial comprende básicamente la regulación de:

a) los **sujetos mercantiles** (comerciantes, auxiliares, sociedades), con sus particulares estatutos (contabilidad, publicidad, transparencia, etc.);

b) los hechos, actos, contratos, instrumentos y tecnologías relativos principalmente a la **interposición lucrativa en los cambios**, al crédito, a las ofertas al público y a la captación de recursos de éste, y a la navegación en todas sus formas;
c) las **empresas con fin de lucro**, sus actos internos, externos, elementos materiales e inmateriales, y en particular de los bancos y compañías de seguros;
d) la **insolvencia** civil y comercial, su prevención, tratamiento y efectos;
e) el **mercado** y las instituciones regulatorias o vinculadas a su funcionamiento (Registro Público de Comercio, autoridades de contralor societario, bolsas de comercio, Comisión Nacional de Valores, Banco Central, Superintendencia de Seguros, etc.), pero en estos casos limitada a su impacto sobre los sujetos y actividades mercantiles.[3]

En cuanto a sus funciones, tanto en su historia como en la actualidad, el derecho comercial está llamado a cumplir dos objetos fundamentales. Por un lado, brindar un marco legal que promueva y facilite los negocios brindando celeridad, simplicidad, pronto finiquito, estabilidad y seguridad a los intercambios y demás operaciones comerciales, así como promover y tutelar el crédito, los instrumentos financieros, la circulación de la riqueza, la acumulación de capitales, la limitación de los riesgos y la creación y conservación de empresas, de sus elementos materiales e inmateriales. Por el otro, y como contrapeso, tiene la misión de fijar los límites a la actuación de los sujetos y actividades comerciales.

En primer lugar, mediante la prevención, que resulta de la imposición de determinadas cargas y obligaciones (contabilidad, publicidad, registro, tipicidad, transparencia, profesionalidad, rendición de cuentas, obligación de expedirse, veracidad y buena fe) y de ciertos controles (autorizaciones y fiscalizaciones). Y, en segundo término, mediante la represión de las inconductas con nulidades, responsabilidades especiales, ceses compulsivos, clausuras, quiebras, sanciones penales y por los mecanismos de defensa de la competencia y del consumidor.[4] Todo ello en tutela, no solo de la honestidad y buena fe entre comerciantes y entre éstos y terceros, sino también de la sociedad toda frente al enorme poder político y social que confiere el poder económico a sus operadores.

Como veremos seguidamente, si bien en el Código Civil y Comercial de la Nación se habrían unificado aparentemente los sujetos, las obligaciones y los contratos, sin distinguir entre civiles y comerciales, en la realidad subsiste un régimen diferenciado que implica la vigencia actual del derecho comercial bajo otras pautas y, en algunas áreas, con mayor fortaleza.

1.2.2. *La derogación del Código de Comercio*[5]

El Código de Comercio argentino, aprobado por Leyes 15 y 2637, ha sido expresamente derogado por la Ley 26994, que sanciona al nuevo Código Civil y Comercial

3. Los demás aspectos corresponderán al derecho administrativo.

4. Se trata de dos regulaciones que presentan también elementos del derecho administrativo (competencia) y del derecho civil (consumidor); este último, si bien se considera científicamente autónomo, en cuanto a derecho privado viene a integrar el derecho comercial y el civil (Farina).

5. Ver obras citadas (cfr. notas 1 y 2).

de la Nación (en adelante CCCN) y reforma a la Ley de Sociedades, con vigencia a partir del 1º de agosto de 2015 (Ley 27077).

El CCCN, no obstante su denominación, no destina ningún capítulo a la materia comercial, ni hace referencia alguna al acto de comercio, ni al comerciante, ni a las obligaciones de los comerciantes, ni a los agentes auxiliares de comercio, ni tampoco a la jurisdicción mercantil. El CCCN considera a las personas en forma unificada y las clasifica como personas humanas o como personas jurídicas, sin diferenciar entre sujetos comerciales y civiles. También desaparece la diferencia entre contratos civiles y contratos comerciales.

En materia de sociedades, no existe más la sociedad civil, ni tampoco la sociedad comercial, ya que, de conformidad con las reformas introducidas por la Ley 26994 a la Ley 19550, la que se denomina ahora Ley General de Sociedades (LGS), hay un tratamiento único y no existe más el objeto comercial para diferenciar entre sí a las sociedades de hecho (art. 21 Ley 19550). Tampoco subsiste un registro público de comercio, sino solamente un registro público a secas, y nada se regula específicamente sobre su organización y procedimientos.

Por otra parte, se advierte que el CCCN incorpora muchas de las materias comerciales y da un tratamiento unificado a las obligaciones y a los contratos. Es así que regula a la contabilidad, a la rendición de cuentas, a la representación, a los contratos comerciales típicos, a las reglas de interpretación y al valor de los usos y costumbres en forma similar así como lo hacía el Código de Comercio derogado. Además, incorpora los contratos comerciales atípicos y los contratos bancarios, introduce reglas generales en materia de títulos de crédito y regula el contrato de arbitraje y los contratos de consumo.

1.2.3. *Reformulación, subsistencia y expansión del derecho comercial en el Código unificado*

La directiva constitucional exige una legislación diferenciada entre la materia civil y la comercial, sea en textos separados o unificados (art. 75, inc. 12, CN).

El CCCN, como se señaló, no mantendría el derecho comercial como categoría diferenciada del derecho civil, con sus propias normas delimitativas y normas preceptivas, sino que prevería una misma regulación en materia de obligaciones y contratos para todas las personas humanas y para todas las personas jurídicas sin atender a la índole de sus actividades u operaciones. Sin embargo, a nuestro juicio, la realidad es totalmente distinta. El derecho comercial subsiste en el nuevo Código, con soluciones similares a las anteriores pero bajo otros presupuestos.

1.2.3.1. *Reformulación*

El derecho comercial ha sido reformulado por el nuevo Código en los siguientes términos:

- El comerciante fue reemplazado por el empresario (o el cuasi empresario).
- El acto de comercio (interposición en los cambios) fue desplazado por la actividad económica organizada (organización).
- El nuevo eje del derecho comercial es la empresa, sin la cual no hay sociedad, y cuya continuación se procura mediante los mecanismos de tolerancia de la uni-

personalidad sobreviniente, efecto no liquidatorio de las nulidades y posibilidad de reactivación societaria si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad (art. 100 LGS).

1.2.3.2. *Subsistencia*

El derecho mercantil se mantiene incólume en las leyes complementarias del Código de Comercio, que continúan como leyes complementarias del CCCN, entre las que se cuenta la Ley de Concursos y Quiebras, que solo registra un impacto indirecto. En efecto, conforme lo establece el artículo 5 de la Ley 26994, las leyes de contenido mercantil que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código de Comercio (excepto las expresamente derogadas por el art. 3) mantienen su vigencia como leyes que complementan al CCCN.

En consecuencia, mantienen su vigencia, entre otras, las siguientes leyes y normas mercantiles: Leyes 928 y 9463 (Warrants), 9644 (Prenda Agraria), 11867 (Transferencia de Fondos de Comercio), 17418 (Seguros), 20091 (Entidades de Seguros), 20094 (Navegación), Decreto-ley 5965/1963 (Letra de Cambio y Pagaré); Leyes 20266 y 25028 (Martilleros y Corredores –parcialmente–), 20337 (Cooperativas), 20705 (Sociedades del Estado), 21526 (Entidades Financieras), 21768 (Registros Públicos), 22315 (Inspección General de Justicia), 22316 (Registro Público de Comercio de la Capital Federal), 22362 (Marcas), 23576 (Obligaciones Negociables), 24240 (Consumidor), 24441 (Financiamiento –parcialmente–), 24481 (Patentes), 24452 (Cheques), 24522 (Concursos y Quiebras), 24587 (Nominatividad), 24766 (Confidencialidad), 25065 (Tarjetas de Crédito), 25156 (Defensa de la Competencia) y 26831 (Mercado de Capitales); Decretos 897/1995 (Prenda con Registro) y 142277/1943 (Sociedades de Capitalización y Ahorro).

Todo ello implica que, en definitiva, sigue habiendo leyes comerciales que son complementarias del CCCN (art. 5 Ley 26994).

No existe ningún óbice legal para el mantenimiento de la justicia comercial diferenciada tal como la establecen las leyes locales actuales.

1.2.3.3. *Expansión*

El derecho mercantil se expande en tanto:

a) En los contratos unificados, la regla es aplicar la solución comercial y la excepción la solución civil, invirtiéndose el sistema anterior, con lo cual se comercializa al derecho civil aplicando soluciones mercantiles específicas tendientes a la celeridad de los negocios, la seguridad y la limitación de riesgos.
b) Se expanden las posibilidades del arbitraje, la obligación de rendición de cuentas y la representación negocial, que son instituciones mercantiles típicas.
c) La exigencia de contabilidad obligatoria, propia del derecho mercantil, se extiende a otros sujetos sin fin de lucro y donde no existe recurrencia habitual al crédito.
d) La exigencia de registración mercantil se extiende a las asociaciones civiles.

En definitiva, la materia comercial subsiste y se expande en el CCCN, aun cuando sin una clara reexpresión, lo que puede exigir un esfuerzo especial del intérprete en algún caso.

1.3. *El Registro Público de Comercio*

El CCCN mantiene el sistema de publicidad mercantil para las sociedades, régimen que incluso extiende a personas jurídicas privadas sin fines de lucro, pero omite –aparentemente en forma deliberada– toda mención al comercio y solo alude al registro público o a registros locales, sin establecer ningún tipo de reglamentación en cuanto a la organización del registro y a los presupuestos de las inscripciones. Sin embargo, frente a dicha omisión y ante el mantenimiento de las leyes incorporadas y complementarias del antiguo Código de Comercio, deben entenderse vigentes y aplicables las normas locales sobre registros públicos de comercio (Leyes 21768 y 22316, entre otras).

En cuanto a las personas humanas que desarrollan actividades económicas organizadas, no se prevé la inscripción registral de las mismas (salvo la de los auxiliares de comercio por leyes especiales), pero es claro que para rubricar sus libros deberán registrar sus antecedentes (ver infra).

En cuanto a las sociedades, se alude a la inscripción en el registro público y en el artículo 5 de la ley respectiva se exige que los datos de la sede y de la inscripción se hagan constar en la documentación social. En el nuevo artículo 6 se da un plazo de veinte días para presentar el documento a inscribir y de treinta días adicionales para completar el trámite, pudiendo ser prorrogado, y desaparece la mención al control de los requisitos legales y fiscales.

Se traslada, lamentablemente, el régimen de oposición a las inscripciones del anterior artículo 39 del Código de Comercio, dando derecho a hacerlo a la parte interesada.

Lo más importante es que la no inscripción no crea irregularidad, sino que reconduce al régimen de las sociedades informales, con obligatoriedad entre otorgantes y oponibilidad a terceros que conocieren.

El registro deberá también continuar practicando otras inscripciones no subjetivas, como son las de las transferencias de fondos de comercio (Ley 11867), así como la de los contratos asociativos de agrupación de colaboración, unión transitoria de empresas y consorcios de cooperación (arts. 1455, 1466 y 1473 CCCN).

Recientemente, la Resolución general 7/2015 de la Inspección General de Justicia (publicada en el BO de fecha 31/7/2015) reglamentó el Registro Público de la Ciudad de Buenos Aires, manteniendo el control de legalidad de todas las inscripciones y creando una matrícula de personas humanas con actividad económica organizada y un registro de fideicomisos.[6]

6. Favier Dubois, Eduardo M. (h), *La Resolución 7/15 de la Inspección General de Justicia. Reglamentación parcial del Código unificado y definiciones sobre incertidumbres societarias*, Buenos Aires, Errepar, 2015.

1.4. *El nuevo régimen contable*

1.4.1. *Los obligados contables que resultan del Código y de otras disposiciones*

La norma básica en la materia es el artículo 320 del CCCN, que dispone:

> Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de sus libros, como es establece en esta misma sección.

Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta sección las personas humanas que desarrollan profesionales liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine la jurisdicción local.

Ahora bien, ese nuevo texto debe complementarse, en primer lugar, con otras disposiciones contables del mismo código unificado; y en segundo término, con lo que surge de leyes especiales no derogadas por la nueva legislación proyectada.

De ello resulta que en el nuevo universo normativo resulta que los obligados a llevar contabilidad pueden ser agrupados en cuatro categorías, a saber:

a) Las personas jurídicas privadas, donde el fundamento de la exigencia contable debe buscarse, ora en su recurrencia habitual al crédito (sociedades y cooperativas), ora como una forma de rendición calificada de cuentas por la administración de intereses de terceros (los restantes casos).
b) Los entes contables determinados sin personalidad jurídica expresamente obligados por ley, como es el caso de las agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación. El fundamento de la obligación contable estaría en una calificada rendición de cuentas de los administradores y representantes a los partícipes de estos contratos.
c) Las personas humanas que desarrollan ciertas actividades económicas, como son el ejercicio de una actividad económica organizada, la titularidad de una empresa y la titularidad de un establecimiento comercial, industrial o de servicios. El fundamento debe buscarse en la recurrencia habitual al crédito propio de estas actividades.
d) Los agentes auxiliares del comercio regidos por normas especiales, como es el caso de martilleros y corredores. El fundamento debe buscarse en su conexión, por intervención o facilitación, con operaciones económicas que interesan a terceros.

Cabe señalar que el Código no prevé en todos los casos la inscripción registral previa de todos los obligados a llevar contabilidad, como es el ejemplo de las simples asociaciones, los sujetos con actividad económica organizada, etcétera, destacándose

que se ha derogado la obligación de todos los sujetos mercantiles de matricularse en el registro público.

Sin embargo, entendemos que en tales casos la solicitud de rubricación de libros o de autorización de contabilidad informática, debe hacerse acompañada de los antecedentes del sujeto o ente que justifiquen su calidad de obligado, los que al quedar depositados en el registro público como antecedentes para nuevas rúbricas cumplirán una función de matricidad y de publicidad material. Ello sin perjuicio de la expresa matriculación previa a la rúbrica a que pudieran obligar las leyes locales.

1.4.2. *Contenidos y evaluación de las nuevas reglas contables*

En general, el nuevo Código repite la estructura y disposiciones del Código de Comercio en materia de: modo de llevar la contabilidad, registros indispensables, prohibiciones, forma de llevar los registros, estados contables, conservación, eficacia probatoria e investigaciones (arts. 321-328 y 330-331).

Las modificaciones implican avances, retrocesos y, también, oportunidades perdidas. Como avances pueden señalarse los siguientes. En primer lugar, permite la autorización para utilizar ordenadores y otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos para todos los sujetos obligados y no solo para las sociedades comerciales como es ahora (art. 329), permitiendo también conservar la documentación por soportes no papel. En segundo término, es sana la exigencia de que los libros y registros permanezcan en el domicilio del titular (art. 325), lo que además permite interpretar que, cuando son informáticos, no pueden ser llevados *en la nube*. Sin embargo, debió haber habido una mención más concreta en caso de contabilidad informática donde podría utilizarse algún servidor ubicado en el país y concretamente individualizado. En tercer lugar, dispone expresamente que las formalidades también rigen para los libros *subdiarios*, superando una discusión anterior (art. 327). Finalmente, la admisión legal de la contabilidad voluntaria (art. 320, primer parte, *in fine*) resulta útil para los casos dudosos de sujetos que no tengan claro si están o no comprendidos en la obligación contable y la asuman expresamente para evitar contingencias.

Por su parte, a la hora de juzgar los desaciertos, estos van desde aspectos terminológicos donde no se emplean los términos técnicos correspondientes a cuestiones de fondo. En éste ámbito se señala que no se incluyó al libro mayor como libro obligatorio cuando claramente es un registro rector y fundamental para ubicar operaciones en una contabilidad (ver art. 322). Nada se dispone sobre la posibilidad de acceder a los libros de terceros como prueba, ni su valor (art. 330). No se prevé expresamente el contenido del inventario, mencionado como libro en el artículo 322, inciso b, pero no reglamentado por ninguna otra norma.

Además, y como ya se señaló, el Código instala un criterio dimensional por volumen de giro de actividades que delega en una ignota jurisdicción local (art. 320 *in fine*), pero además con la disvaliosa consecuencia de eximir lisa y llanamente de llevar contabilidad y no de reducir las exigencias por volumen.

Por último, pueden mencionarse como oportunidades perdidas:

a) mantiene la obligación de registros contables como carga y no como obligación;
b) no prevé sanciones específicas por infracciones contables;

c) no reconoce el rol fundamental de la información contable para la apertura, investigación y evaluación en los procesos concursales;
d) omite reconocer a las normas contables profesionales como fuente normativa luego de la ley y de las normas de las autoridades de contralor;
e) omite exigir que cada empresa o ente contable designe un contador público como responsable;
f) omite requerir que todos los estados contables, sin importar la forma jurídica del ente del que provienen, deban ser auditados, salvo el criterio dimensional;
g) omite obligar que la contabilidad informática sea debidamente perfilada en sus exigencias técnicas de fondo y que, en forma expresa, no pueda ser llevada en la nube (*cloud compution*) sino en ordenadores ubicados en el país y debidamente individualizados de modo de permitir su incautación en la quiebra.

2. Las reformas al régimen asociativo

Las reformas al régimen asociativo comprenden las reformas en materia de sociedades, en asociaciones civiles y en contratos asociativos, las que veremos en los capítulos siguientes.

2.1. *El nuevo concepto de sociedad y la derogación de las sociedades civiles*

El artículo 1 de la Ley General de Sociedades establece:

> Habrá sociedad si una o más personas, en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

Al haber desaparecido el régimen de las sociedades civiles de los artículos 1648 y siguientes del derogado Código Civil (Ley 340), que no exigía la forma organizada para que existiera sociedad, ni la aplicación de los aportes a la producción e intercambio de bienes y servicios, resulta que en el concepto legal actual de la sociedad se torna imprescindible el objeto empresario, o sea, la existencia de una organización para la producción e intercambio de bienes y servicios.

Por su parte, el artículo 1442 del CCCN establece, entre las disposiciones generales para los contratos asociativos, que estas se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad. De tal suerte, toda asociación de dos o más personas con fines de lucro, donde haya aportes para obtener utilidades de su aplicación (pero sin explotar una empresa) no es sociedad y queda subsumida en algunas de las figuras de los contratos asociativos, que en el CCCN son contratos sin personalidad jurídica (arts. 1442-1478).

En definitiva, a partir de la Ley 26994, las sociedades no se denominan más comerciales, pero deben ser todas empresarias.

2.2. *Las sociedades anónimas unipersonales*

La Ley 26994, entre otras modificaciones, introduce la figura de la sociedad anónima unipersonal.[7] Los requisitos de esta nueva categoría son relativamente simples: solo se admite que sean unipersonales las sociedades anónimas (art. 1 LGS), se trata de un acto jurídico unilateral; no puede ser único socio otra sociedad anónima unipersonal (art. 1 LGS)[8]; la denominación debe ser sociedad anónima unipersonal, su abreviatura o la sigla SAU (art. 164 LGS); la integración del aporte debe ser un 100 % al momento de la constitución (art. 187 LGS); está sujeta a fiscalización estatal permanente (art. 299, inc. 7, LGS), lo que implica que deban tener sindicatura plural (art. 284 LGS) y directorio plural en forma obligatoria (art. 255 LGS).[9]

Lo que queda claro es que la nueva figura tiene una aplicación dimensional para la subsidiaria totalmente integrada o grupo societario local de cierta entidad y no tiende a la problemática de la limitación de la responsabilidad del empresario individual.

2.3. *El nuevo estatuto de las sociedades simples o informales*

El nuevo texto de la Ley de Sociedades da una importancia fundamental al principio de autonomía de la voluntad, reduce el régimen de responsabilidades y cambia profundamente el régimen de la sociedad informal, o sea, el de aquella que no acudió a instrumentarse como una sociedad típica (SRL, SA, etc.) y, por ende, se regía hasta ahora por las reglas de las sociedades de hecho (arts. 21-26, Ley 19550).

La Ley 26994 modifica tales artículos para crear una nueva categoría societaria a la que denomina de la Sección IV, y que se corresponde al concepto de sociedades informales y agrupa, en una misma regulación, a las sociedad de hecho o irregulares y a las sociedades nulas o anulables por atipicidad o falta de requisitos formales.

Pues bien, a diferencia de lo que ocurría con la Ley 19550, el contrato sí puede ser invocado entre los socios en el nuevo texto y sus cláusulas pueden oponerse contra los terceros que las conocían al contratar, incluso respecto de quién representa a la sociedad, todo lo que evita conflictos entre los socios y también con terceros.

La sociedad también podrá adquirir bienes registrales a su nombre, por un acto de reconocimiento de todos los socios, permitiendo separar los bienes personales de los bienes afectados a la empresa familiar.

Además, y esto es muy importante, salvo pacto expreso o que se trate de una sociedad colectiva que no pudo inscribirse, la responsabilidad de los socios por las

7. Es un tema recurrente de los últimos proyectos legislativos, aunque con diversos alcances en cada caso. Ver Favier Dubois, Eduardo M. (h), "Los límites de la sociedad unipersonal y el abandono de la empresa en el nuevo concepto de sociedad", en *Nuevas perspectivas en el derecho societario y el Anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, 2005, Ad-Hoc, p.89.

8. Pensamos que la incapacidad se refiere solo a las SAU argentinas y que no afecta a las sociedades extranjeras unipersonales, regidas por sus propias leyes en materia de capacidad de participar en otras.

9. Vítolo, Daniel R., "La errónea regulación de las sociedades unipersonales en la reforma a la Ley de Sociedades propuesta en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación -Anexo II-", en *Las reformas al derecho comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012, pp. 287 y ss.

deudas de la sociedad no es solidaria como ahora, sino que pasa a ser mancomunada y divida en partes iguales.

Finalmente, el pedido de disolución de un socio no opera si hay plazo pactado y, si no lo hay, opera recién a los noventa días pero permite a los restantes continuar con la sociedad pagando la parte social a los salientes, todo lo que garantiza la continuidad.

2.4. *La capacidad de los socios*

El CCCN supera la limitación de la ley anterior, que solo permitía a los cónyuges ser socios de sociedades en las que tengan responsabilidad limitada, y los autoriza a integrar cualquier tipo de sociedad, incluyendo a las informales de la Sección IV recién referidas (art. 27 LGS).

Vale decir, desaparecen tanto las limitaciones en materia de sociedades con responsabilidad solidaria (colectiva, comanditas, etc.) sino también la contingencia de que a una sociedad de hecho (Sección IV) entre marido y mujer, se la repute como nula y se le exija la liquidación y/o se le impida la regularización.

De todos modos, dada la actual diversidad de régimen patrimonial del matrimonio, que admite tanto al régimen de comunidad de ganancias como el de separación de bienes, y frente a la incorporación por el Ministerio del inciso d) al artículo 1002 del CCCN, por el cual los cónyuges no pueden celebrar contratos si se encuentran en el régimen de comunidad de ganancias, alguna doctrina civil plantea la duda respecto de los alcances de la contratación societaria.

A nuestro juicio, debe prevalecer la norma societaria por ser especial y por ser consistente con el principio de la plena capacidad incorporado por el Código.

En cuanto a las sociedades por acciones, se admite que puedan ser socias de otras sociedades por acciones, de SRL y que puedan ser parte de contratos asociativos (art. 30), lo que despeja para siempre los fantasmas de la incapacidad, de la sociedad de hecho, y de la posibilidad de invocar el contrato, en el caso de los *joint ventures*, consorcios y demás alianzas estratégicas entre empresas.

2.5. *Los impedimentos a la liquidación social*

Por diversos mecanismos, la ley busca impedir que la sociedad se liquide y, por ende, se destruya el valor de la empresa en marcha. A continuación se desarrollarán tales mecanismos.

2.5.1. *Generalización del instituto de la reactivación societaria*

El artículo 100 de la Ley General de Sociedades permite que cualquier causal de disolución pueda ser removida bajo las siguientes condiciones:

a) decisión del órgano de gobierno;
b) eliminación de la causal disolutoria;
c) viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad;

d) no haberse cancelado la inscripción registral;
e) dejando a salvo los derechos de terceros y las responsabilidades asumidas.

El instituto de la reactivación también está legislado en materia de personas jurídicas privadas, con menores requisitos (art. 166 CCCN).

2.5.2. *Derogación de la nulidad por atipicidad*

Desaparecen la nulidad de la sociedad atípica y la anulabilidad por ausencia de requisitos esenciales no tipificantes (art. 17), lo que evita la liquidación. La omisión de requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes, o la inclusión de elementos incompatibles con el tipo social, priva a la sociedad de los efectos del tipo y la sujeta a la Sección IV (sociedades informales).

2.5.3. *Situación de la unipersonalidad sobreviniente*

Ya no va a ser causal expresa de disolución en ningún tipo social (arts. 94 y 94 bis).

Si se trata de sociedad en comandita simple, por acciones o de capital e industria, al convertirse en unipersonal se transforman automáticamente en SAU si no deciden otra cosa en los tres meses (art. 94 bis). Nada se dice sobre qué pasa cuando una SRL o una sociedad colectiva, o incluso una SA, que no sea una SAU, quedan con un único socio, tema que deberá ser despejado por la doctrina, al igual de qué pasa si las comanditas o la de capital e industria devenidas unipersonales no se ajustan a los requisitos de la SAU (omiten designar tres directores y tres síndicos y no se someten al contralor estatal permanente).

En caso de exclusión en sociedad de dos socios, el inocente asume el activo y pasivo social, sin perjuicio del artículo 94 bis.

2.6. *Nuevas normas sobre transferencias, comprobantes y registro de acciones*

El cuerpo del CCCN contiene algunas de ellas. Si se trata de bienes gananciales, el CCCN exige expresamente el asentimiento del otro cónyuge para enajenar o gravar acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública (art. 470 b), sin perjuicio de que su infracción no es oponible a terceros portadores de buena fe (art. 1824). Ahora bien, siendo las acciones títulos valores (art. 226 LS), y dado que el artículo 1815 del CCCN dispone que las referencias a bienes registrables no se aplican a tales títulos valores, cabe considerar que la acción reipersecutoria del legitimario contra los terceros adquirentes de bienes registrables no procede en el caso de donación de acciones.

Por otra parte, el CCCN regula la expedición de comprobantes de saldos de títulos valores no cartulares (art. 1851) en norma aplicable a las acciones escriturales (art. 208, último párrafo, LS) y también, en normativa aplicable al libro de Registro de Acciones (art. 213, LS), el CCCN establece en los artículos 1876 a 1881 un procedimiento de denuncia, publicaciones, verificaciones ante un perito judicial y sentencia judicial ordenando confeccionar un nuevo libro y las inscripciones respectivas.

Como reforma interesante, cabe anotar la posibilidad de decretarse una intervención judicial de la sociedad cuando se denuncia el extravío de su libro de Registro de Acciones (art. 1881).

2.7. *Las sociedades que son empresas familiares*

Si bien el CCCN no incluye una legislación especial en materia de empresa familiar que regule, por ejemplo, su reconocimiento, la definición legal, el principio de tutela y la reglamentación del protocolo de la empresa familiar con su publicidad y efectos, tal como en su momento reclamáramos[10], sí prevé una serie de modificaciones al régimen antes vigente del que resulta, a nuestro juicio, un nuevo marco legal que es muy positivo para el mejor funcionamiento y continuidad de la empresa familiar y que analizaremos en los puntos siguientes[11].

2.7.1. La admisión del pacto sobre herencia futura cuando se trata de una empresa familiar

Esta es, a nuestro juicio, la modificación más trascendente para la empresa familiar en tanto permitirá la mejor programación de la sucesión en la propiedad de la empresa.

El artículo 1010 del CCCN, en su segundo párrafo y como excepción a la prohibición general de pactos sobre herencias futuras, establece:

> Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresaria 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 texto atiende a la necesidad de facilitar la sucesión en la empresa familiar, permitiendo al fundador transmitir la propiedad de la misma solo a los herederos con vocación de continuar la empresa, excluyendo a los demás.

El texto, que de algún modo coincide con una iniciativa nuestra en la materia[12], reconoce como antecedentes el pacto de familia de la Ley nº 55 de Italia del 14 de febrero de 2006 (similar a la francesa), que introduce los artículos 768 bis a octies al

10. Favier Dubois, Eduardo M. (h) y Medina, Graciela, "Empresa familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, año IV, nº1, enero-febrero 2012, pp. 4 y ss.

11. Favier Dubois, Eduardo M. y Favier Dubois, Eduardo M. (h), "Un nuevo marco legal para la empresa familiar en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, nº 300, noviembre 2012, p. 1068.

12. Favier Dubois, Eduardo M. y Favier Dubois, Eduardo M. (h), "Reformas legales pendientes para la empresa familiar: panorama y propuestas normativas", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, nº 296, julio 2012, p. 631.

Código Civil, y el artículo 1056, segunda parte, del Código Civil español, reformado por la Ley 7/2003.

2.7.2. *El fortalecimiento del valor legal del protocolo de la empresa familiar*

En principio, el protocolo es un acuerdo marco de las relaciones familia, propiedad y empresa, con valor moral y, en algunos casos, con limitado valor legal entre parte, discutiéndose su obligatoriedad para los herederos.[13]

Como regla, el protocolo no tiene valor frente a terceros, salvo que se incluyan sus previsiones en los estatutos o reglamentos societarios inscriptos, o en fideicomisos u otros contratos traslativos de la propiedad.

Siendo ello así, el CCCN incrementa el valor legal del protocolo entre partes y frente a terceros conforme a cuatro normativas.

En primer lugar, por la recién citada admisión que el texto hace del pacto de herencia futura en el artículo 1010 del CCCN, donde alude a: *Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos…* lo que inequívocamente se refiere, aún sin nombrarlo, al protocolo de empresa familiar y, por ende, le da rango de contrato que incluye a disposiciones especiales con efectos entre partes y frente a terceros (ver 2.6.1).

En segundo término, el protocolo puede ser incluido en la categoría de los contratos asociativos del artículo 1442 y siguientes del CCCN ya que es tanto de colaboración como de organización y también participativo, con una clara comunidad de fin: el funcionamiento y la continuidad de la empresa familiar. Estos contratos tienen libertad de formas (art. 1444), de contenidos (art. 1446) y producen efectos entre las partes, aunque no estén inscriptos (art. 1447).

En tercer lugar, por aplicación extensiva de las normas sobre sociedades informales que permiten la invocación entre socios e inclusive la oponibilidad de las cláusulas frente a terceros que las conocían al contratar, respecto de contratos no inscriptos (arts. 22 y 23 de la Ley de Sociedades).

Finalmente, el artículo 1024 contempla la extensión activa y pasiva de los efectos del contrato a los sucesores universales, salvo inherencia, incompatibilidad o prohibición, lo que autoriza a trasladar los efectos del protocolo a los herederos no firmantes.

2.7.3. La reducción de la porción de la legítima hereditaria y los límites a la acción de reducción en donaciones

La porción legítima de los herederos forzosos se reduce en el CCCN, pasando de cuatro quintos a dos tercios en el caso de descendientes (art. 2445). Es decir, se aumenta la porción disponible del testador, que pasa a ser un tercio de los bienes con los cuales puede favorecer la propiedad de aquellos herederos con vocación

13. Favier Dubois, Eduardo M. y Favier Dubois, Eduardo M. (h), "Aspectos jurídicos del protocolo de la empresa familiar", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, nº 286, septiembre 2011, p. 990.

de continuar la empresa familiar. Ello amplía los márgenes de la programación de la sucesión.

Cabe señalar que de los dos tercios indisponibles, el causante puede disponer que un tercio se aplique como mejora estricta a descendientes o ascendientes con incapacidad (art. 2448).

Si bien el nuevo texto toma partida por los efectos reipersecutorios sobre adquirentes de bienes registrales en el caso de donaciones que afectaren la legítima, admite que pueda desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero la cuota legítima (art. 2458) y dispone una prescripción adquisitiva de la acción de reducción si poseyeron la cosa donada durante diez años desde la adquisición de la posesión (art. 2459).

Finalmente, el artículo 2461 que habla sobre transmisión de bienes a los legitimarios, establece que los legitimarios que consintieron la enajenación no pueden reclamar la imputación y la colación del excedente.

2.7.4. *La posibilidad de un fideicomiso societario integrado exclusivamente por miembros de la familia empresaria*

El fideicomiso accionario[14] es, sin lugar a dudas, uno de los mejores instrumentos para la ejecución del protocolo de la empresa familiar en la medida que permite que las cláusulas y previsiones del protocolo constituyan las instrucciones del fundador, como fiduciante, dadas al fiduciario ejecutor[15].

Ahora bien, una de las mayores resistencias de la familia empresaria es cultural dado que no admite que un no familiar tenga tanto poder como el fiduciario para administrar las acciones, votar en las asambleas, elegir autoridades y disponer sobre honorarios y dividendos.

El artículo 1671 del CCCN establece que tanto el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario pueden ser beneficiarios, pero el fiduciario no puede ser fideicomisario (art. 1672).

La cuestión zanja una discusión con la ley anterior en la que la doctrina mayoritaria, que compartimos y era contraria a la actual solución, entendía que el fiduciario no puede ser al mismo tiempo beneficiario, que ocurre generalmente en el fideicomiso financiero donde el acreedor bancario es fiduciario y beneficiario (por implicar necesario conflicto de intereses).

Sin embargo, en materia de empresas familiares nos parece que la reforma es buena[16] ya que permitirá que, dentro del mismo grupo de la familia empresaria, uno de los familiares (*v. g.* la madre) beneficiario de los frutos (dividendos), sea a la vez el fiduciario encargado de cumplir la manda del protocolo.

14. Favier Dubois, Eduardo M. (h), "Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2010-F, p. 842.

15. Favier Dubois, Eduardo M. (h), "Los fideicomisos en la empresa familiar", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, t. XXIII, 2011, p. 1191; y en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2011, año III, nº 10, p. 13.

16. Se trata de una opinión de la doctora Medina y a la que adherimos.

De tal modo, al no exigirse la inmixión de un tercero no familiar en la propiedad fiduciaria, las posibilidades de aceptación de este fideicomiso por la familia son mucho mayores, además del abaratamiento de los costos.

Por otra parte, el eventual conflicto de intereses puede ser debidamente controlado por los restantes beneficiarios familiares no fiduciarios y por el Consejo de Familia, de existir.

2.7.5. *El reconocimiento del arbitraje para dirimir los conflictos en las cuestiones patrimoniales de familia*

El CCCN regula al contrato de arbitraje en sus artículos 1649 a 1665; y entre las controversias excluidas del arbitraje incluye expresamente a "las cuestiones no patrimoniales de familia" (art. 1651). De ello se sigue que las cuestiones patrimoniales de familia (como es todo lo referente a la empresa familiar y a las relaciones familia, propiedad y negocio) pueden expresamente ser sometidas a arbitraje, lo que refuerza la validez de las cláusulas arbitrales para resolver conflictos en la empresa familiar y la conveniencia del mecanismo del arbitraje que pueden poseer grandes ventajas sobre el judicial en materia de agilidad, confidencialidad y especialidad.[17]

2.7.6. La no ganancialidad de las utilidades capitalizadas y la opción por el régimen patrimonial conyugal de separación de bienes

Un problema en las empresas familiares se presenta cuando el cónyuge no familiar que se divorcia llega a ingresar como socio, recibir acciones o tener derechos patrimoniales contra la empresa familiar.[18]

Una importante norma del CCCN, aplicable bajo el régimen general de comunidad de ganancias, es la del artículo 491, tercer párrafo, que establece:

> Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad.

Ello determina que las nuevas acciones o cuotas emitidas por la capitalización serán propias del socio y, por ende, impedirá que el excónyuge pueda adquirir por tal circunstancia la calidad de socio, limitándose sus derechos a una recompensa, lo que evitará una gran cantidad de conflictos contribuyendo a la paz en la empresa familiar.

Por otra parte, y como una excepción al régimen general y supletorio de comunidad de ganancias (que es similar al anterior), el CCCN posibilita a los cónyuges optar por un régimen patrimonial de separación de bienes (arts. 505 y ss.).

17. Favier Dubois, Eduardo M. (h), *Negociación, mediación y arbitraje en la empresa familiar*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012.

18. Favier Dubois, Eduardo M. (h), "La financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2010-C, pp. 1225 y ss.

Tal opción puede hacerse por convención matrimonial (art. 446, inc. d), en el acta del matrimonio (art. 420, inc. j), o por convención modificatoria después de un año de matrimonio (art. 449).

Esta opción, que también protege contra la inmicción como socio del no familiar, convendría sea incluida como una obligación de los integrantes de la familia empresaria en una cláusula del protocolo, tal como es frecuente en España.

Cabe señalar que, en caso de fallecimiento del cónyuge familiar, el no familiar no recibirá nada como socio de la sociedad conyugal, sin perjuicio de que recibirá de los bienes propios una parte igual a la de sus hijos (art. 2433).

2.8. *Las reformas en asociaciones*

El Código Civil derogado contenía muy pocas disposiciones sobre asociaciones civiles (arts. 33 a 44), cuya reglamentación estaba a cargo de las autoridades de contralor locales.

Ahora, el CCCN las regula como personas jurídicas privadas (art. 148) y establece dos categorías: las asociaciones civiles y las simples asociaciones.

En el objeto de la asociación civil reconduce el concepto original de bien común, que la doctrina había llevado al bien común mediato en los casos de clubes y cámaras empresarias, para exigir ahora que el objeto "no sea contrario al interés general o bien común", con respeto a las diversidades que no vulneren valores constitucionales, teniendo prohibido perseguir el lucro como fin principal, ni el lucro de sus miembros o terceros (art. 168).

La ley exige que el acto constitutivo sea hecho por escritura pública e inscripto en el registro correspondiente, una vez otorgada la autorización estatal para funcionar (art. 169).

Requiere que el estatuto prevea al menos los cargos de presidente, secretario y tesorero (art. 171) y que exista un órgano de fiscalización, que podrá estar integrado por no asociados (art. 173), quienes no pueden integrar la comisión directiva ni certificar los estados contables de la asociación (art. 173).

Se admiten condiciones para que los asociados formen parte de la comisión directiva, que no sean abusivas (art. 171) y para que participen en las asambleas, tales como la antigüedad y pago de cuotas (art. 175), pero se prohíben restricciones totales o impedir que se ponga al día el pago de la cuota en el momento previo a la asamblea (art. 178).

La exclusión de socios debe asegurar el derecho de defensa del asociado y la revisión por la asamblea (art. 180).

Se aplican, supletoriamente, las disposiciones sobre sociedades, en lo pertinente (art. 186).

Por su lado, las simples asociaciones requieren al menos un acto constitutivo con firma certificada por escribano (art. 187), se rigen en general por las normas de las asociaciones civiles (art. 188) pero pueden prescindir del órgano de fiscalización si tienen menos de veinte asociados, pero deben certificar sus estados contables (art. 190).

En caso de insolvencia no responden los socios, pero sí solidariamente los administradores, aun los miembros que administran de hecho, por las obligaciones resultantes de decisiones de su administración (arts. 191 y 192).

2.9. *Aplicación de las reglas de las personas jurídicas privadas a las sociedades y asociaciones*

Al haberse calificado en el CCCN a las sociedades, a las asociaciones y a las fundaciones como personas jurídicas privadas (art. 148, incs. a, b, c y d), les resultan aplicables una serie de normas en forma subsidiaria a las normas imperativas de cada régimen y a las reglas del acto constitutivo y reglamentos (art. 150).

Entre dichas normas pueden destacarse de interés:

- Su existencia comienza desde la constitución (art. 142).
- La inoponibilidad de la personalidad jurídica no puede afectar los derechos de terceros de buena fe (art. 144 *in fine*).
- La participación del Estado no modifica su carácter privado (art. 149).
- Las personas jurídicas privadas constituidas en el extranjero se rigen por las normas de sociedades constituidas en el extranjero de la Ley General de Sociedades (art. 150 *in fine*).
- El nombre social está sujeto a requisitos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, tanto respecto de otras denominaciones sociales como de marcas y otras designaciones, sin poder inducir a error (art. 151).
- Las modificaciones no inscriptas producen efectos desde su otorgamiento y son oponibles a los terceros que las conozcan (art. 157).
- Si en los estatutos no hay previsiones especiales y lo consienten todos los que deben participar del acto, se admiten las asambleas a distancia (art. 158 inc. a)
- Se admiten las asambleas y reuniones autoconvocadas si todos concurren y el temario se aprueba por unanimidad (art. 158 inc. b).
- Los administradores responden por culpa y deben implementar sistemas preventivos para evitar el conflicto de intereses (art. 159).
- En caso de bloqueo de las decisiones en una administración colegiada, el presidente o algún administrador puede ejecutar los actos conservatorios, convocando a asamblea dentro de los diez días, la que puede conferirle facultades extraordinarias para actos urgentes o necesarios (art. 161).
- Son obligados contables sujetos a las normas de los arts. 320 y siguientes del CCCN.

2.10. *Los clubes de campo constituidos como asociaciones bajo forma de sociedad anónima. Los conjuntos inmobiliarios en el nuevo Código Civil*

El CCCN prevé expresamente una regulación para los conjuntos inmobiliarios, incluyendo en dicha categoría a:

> … los clubes de campo junto con los barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independiente-

> mente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a las normas administrativas locales (art. 2073).

El artículo 2074 señala como características:

> … el cerramiento, las partes comunes y privativas, el estado de indivisión forzosa o perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas, siendo las diversas partes interdependientes y conformando un todo no escindible.

2.10.1. *Nuevo marco legal*

En cuanto a la normativa aplicable, el artículo 2075 establece que

> Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal (arts. 2037 a 2072) (…) con las modificaciones que establece el presente título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Continúa diciendo la norma:

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

En el caso del club de campo bajo forma de sociedad anónima se configuraría esta situación de coexistencia de derechos reales (propiedad sobre los lotes), con derechos personales (calidad de socio), respecto de cada propietario, lo que también lo sujeta a la adecuación a las previsiones normativas del derecho de propiedad horizontal especial.

En este sentido, sostenemos, con fundamento en los derechos adquiridos, que no procede de pleno derecho ni es obligatorio transformar a la sociedad anónima en un consorcio de propiedad horizontal, sino que basta con aprobar un reglamento que satisfaga los requerimientos legales en cuanto a sus contenidos, inscribirlo en el registro inmobiliario y transcribirlo en las respectivas escrituras traslativas.

El criterio de la improcedencia de la transformación en consorcio aparece respaldado por la Resolución general IGJ 7/2015, que, al receptar administrativamente las disposiciones del CCCN y la Ley General de Sociedades, cuando reglamenta la transformación de asociaciones civiles bajo forma de sociedades hacia otras personas jurídicas, no prevé de ningún modo su transformación en consorcio de propiedad horizontal especial (art. 438 de dicha reglamentación).

2.10.2. *La forma de adecuación a la nueva normativa*

En el caso de los clubes de campo bajo forma de sociedad anónima, corresponderá la elaboración de un reglamento de propiedad que contenga las enunciaciones exigidas por la ley (art. 2056), el que una vez aprobado por el directorio y por la asamblea, deberá inscribirse en el registro Inmobiliario y transcribirse en las escrituras de venta.

Paralelamente, corresponderá la revisión de los estatutos sociales para su adecuación al sistema de mayorías de los conjuntos inmobiliarios para las decisiones correspondientes.

Si bien hasta la fecha el Registro de la Propiedad Inmueble no se ha pronunciado sobre si va o no a inscribir nuevas transferencias de dominio respecto de inmuebles ubicados en clubes de campo no adaptados a la reglamentación de los Conjuntos Inmobiliarios, parece conveniente iniciar las tareas de adecuación a la mayor brevedad.

2.10.3. *Aplicación inmediata de algunas normas del nuevo Código*

Sin perjuicio de lo señalado como consecuencia del imperativo legal, y que además es coherente con lo establecido por el artículo 150, inciso a), del CCCN, en el que da preeminencia a las normas imperativas del Código sobre los estatutos y reglamentos (aplicable en tanto se trata de personas jurídicas privadas), los clubes de campo bajo la forma de sociedad anónima, más allá de lo que dispongan sus estatutos o reglamentos, deben cumplir las siguientes normas desde el 1 de agosto de 2015, debiendo entenderse que las alusiones legales al reglamento de propiedad horizontal deben entenderse referidas a los estatutos o reglamentos internos.

2.10.3.1. *Contribución al pago de las expensas*

El artículo 2081 establece:

> … los propietarios están obligados a pagar las expensas, gastos y erogaciones comunes para el correcto mantenimiento y funcionamiento del conjunto inmobiliario en la proporción que a tal efecto establece el reglamento de propiedad horizontal.

Esta norma podría impedir la práctica de las empresas desarrolladoras de eximirse del pago de las expensas de los lotes aún no enajenados, en detrimento de la masa de propietarios.

2.10.3.2. *Transferencia de la calidad de socio*

El artículo 2085 establece que el reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas.

Esto significa la imposibilidad de un derecho de no admisión ilimitado por parte del club debiendo, por lo menos, conferir un derecho de preferencia que, en caso de no ejercitarse en tiempo y forma, permite el ingreso del tercero como propietario y como socio.

2.10.3.3. *Sistemas de mayorías para mejoras y obras nuevas*

Dada la remisión de las normas sobre conjuntos inmobiliarios a las normas sobre propiedad horizontal (art. 2075, segundo párrafo), las mejoras y obras nuevas sobre cosas y partes comunes pueden hacerse por mayoría de propietarios, previo informe técnico de profesional autorizado (art. 2051), y sujetas a revisión judicial en caso de impugnación.

2.10.3.4. *Cambio del administrador designado por el desarrollador*

Según el artículo 2066, debe realizarse una primera asamblea a los 90 días de cumplidos 2 años del otorgamiento del reglamento, o del momento en que se encuentren ocupadas el cincuenta por ciento de las unidades funcionales, lo que ocurra primero, cesando el administrador designado en el reglamento de propiedad si no es ratificado por la asamblea.

2.10.4. *Nuevas modalidades para realizar las asambleas de ahora en adelante*

En este punto entendemos que el régimen de asambleas de la Ley de Sociedades y de los estatutos de cada sociedad anónima deberá adecuarse al régimen de las asambleas del consorcio de propiedad horizontal, que es el aplicable por remisión a los conjuntos inmobiliarios. Al respecto, del CCCN resultan las siguientes pautas:

a) *Convocatorias (art. 2059)*

1. En la forma prevista por el reglamento de propiedad horizontal (art. 2059), siempre con transcripción precisa y completa del orden del día. Los temas que no estén en el orden del día requieren de la presencia de todos los propietarios y la unanimidad de ellos.

2. Por autoconvocatoria, en cuyo caso es necesario que se aprueben por dos tercios la autoconvocatoria y el temario.

b) *Decisiones (art. 2060)*

1. Las mayorías se computan en forma absoluta (no por presentes) sobre la cantidad de unidades funcionales y sobre los porcentajes de copropiedad de cada socio, lo que a su vez exigirá en cada club de campo determinar tales porcentajes, lo que generalmente no está hecho ya que se vota por acción.

2. Como regla, las decisiones asamblearias requieren la mayoría absoluta de las unidades y de los porcentajes (mitad más uno).

3. En especial, la reforma del reglamento requiere los dos tercios de votos de unidades y de porcentuales.

4. Los mecanismos para llegar a tales mayorías son, alternativamente, los siguientes:

a) Un escrito unánime firmado por todos los propietarios (art. 2059).

b) Una reunión de la asamblea donde los propietarios estén presentes y voten a favor con esas mayorías.

c) Una reunión de la asamblea donde no se alcancen esas mayorías, en la cual la moción mayoritaria sea sometida a consulta del resto de los propietarios por medio fehaciente, computando los silencios como votos a favor de la moción predominante.

En estos últimos casos, las comunicaciones deben ser fehacientes, lo que aconsejaría implementar en el club de campo un sistema de firma digital de la institución y de los asociados.

c) *Actas (art. 2062)*

1. Deben llevarse un libro de actas de asamblea y un libro de registro de firmas.

2. Todos los presentes deben firmar la asistencia a la asamblea, firmas que deben ser cotejadas por el administrador con la firma registrada en el registro de firmas de los propietarios.

3. Las actas son confeccionadas por un secretario de actas elegido por los propietarios y son firmadas por el presidente de la asamblea y dos propietarios.

4. Al pie del acta debe dejarse constancia de las comunicaciones enviadas a los ausentes y de las oposiciones recibidas y de las conformidades expresas recibidas.

d) *Adaptación de las sociedades anónimas al sistema consorcial*

En las sociedades anónimas, la convocatoria podrá seguir siendo hecha en la forma prevista por el estatuto hasta que exista un reglamento.

En este tipo de sociedades, ya existen los libros de actas y los libros de registro de asistencia (faltaría el libro de registro de firmas para cotejo, a implementar).

Dada la necesidad de mayorías absolutas, el quórum sería el establecido en el estatuto; y la decisión adoptada (cuando no alcance la mayoría exigida para el consorcio) deberá considerarse como una propuesta que será sometida a consulta por medio fehaciente.

El acta la seguirá firmando el presidente y dos accionistas (faltaría designar un secretario, lo que puede hacer la propia asamblea).

La ley le atribuye funciones al administrador en la asamblea, que serán cumplidas por el presidente del directorio o por quien legalmente lo reemplace.

Finalmente, y dadas las dificultades para lograr las mayorías absolutas en las asambleas (por la experiencia consolidada del desinterés de los propietarios por concurrir a las mismas), parece recomendable implementar dentro de cada club de campo un sistema de comunicaciones informáticas utilizando la firma digital (art. 288, CCCN) para la institución y para cada uno de los propietarios, de modo de dar celeridad, seguridad y reducir los costos de las consultas.

2.11. *La revolución en los contratos asociativos*

La Ley 26994 traslada al cuerpo principal del CCCN los contratos asociativos que estaban en la Ley de Sociedades y en la Ley 26005. Allí suprime el requisito de que las partes sean empresarios o sociedades.

Estos contratos asociativos están ahora regulados en una suerte de parte general por los artículos 1442 a 1447 del CCCN, cuyas características son: tener por objeto la colaboración, la organización o la participación, tener comunidad de fin entre sus miembros, no reconocimiento de personalidad ni de naturaleza societaria, libertad de formas, plenos efectos entre las partes, aun en caso que se previera su inscripción y esta no tuviera lugar.

Vale decir que, por primera vez en derecho argentino, y en una forma que consideramos revolucionaria, se admite en forma amplia y no taxativa la concertación de negocios asociativos sin el riesgo de ser considerados sociedades.[19]

Las especies legisladas expresamente, sin ser limitativas, son la del negocio en participación (art. 1448), agrupaciones de colaboración (art. 1453), uniones transitorias (art. 1463) y consorcios de cooperación (art. 1470).

El gran desafío que presenta la ley es poder diferenciar, en una situación determinada, cuándo nos encontramos ante un negocio asociativo atípico y cuando estamos frente a una sociedad simple de la Sección IV.

Para ello, debemos tener presentes los elementos del negocio sociedad que para la doctrina tradicional eran:

a) *pluralidad* de dos o más personas, o sea que debe ser un contrato y no puede ser un acto unilateral.
b) *aportes en común*, de todos y de cada uno para formar un fondo que permita cumplir un objeto.
c) *gestión común*, en el sentido de que cada participante tenga el poder de administrar o, al menos, de designar al administrador y estar interiorizado de la marcha del negocio. Por la ausencia de este requisito, el maestro Jaime Anaya había sostenido en su tesis la no configuración como sociedad del negocio accidental o en participación.
d) *suerte común*, lo que significa que todos ganan o todos pierden en forma proporcional a lo pactado, sin que puedan haber diferentes resultados.

A estos elementos, la derogación de las sociedades civiles y la subsistencia de las anteriores sociedades comerciales con la exigencia de tener como actividad en forma organizada *la producción e intercambio de bienes y servicios* (art. 1, LGS), se suma un quinto requisito:

e) la explotación empresaria.

En consecuencia, para estructurar o tener por configurado un contrato asociativo atípico del artículo 1442 del CCCN, que no constituya sociedad ni sea sujeto de derecho, resulta necesaria la ausencia de alguno o algunos de los requisitos referidos.

19. Favier Dubois, Eduardo M. (h), "La colaboración empresaria en el Mercosur mediante los *joint ventures*. Aptitud general y riesgo", en AA. VV., *VII Congreso Argentino de Derecho Societario*, La Ley, Buenos Aires, 1998, t. IV, p. 64.

Un ejemplo lo dan los negocios *parciarios*, donde no hay suerte común, ya que los resultados brutos que se reparten pueden ser ganancia o pérdida para cada partícipe, según los propios costos de su aporte.

Otro caso es el de las anteriores sociedades civiles que no tuvieran explotación empresaria y deberían ser reconducidas hacia el ámbito de los negocios asociativos, como podría ocurrir en una sociedad profesional de medios.

2.12. *Los criterios de la Inspección General de Justicia en materia de régimen asociativo*

La Resolución general IGJ 7/2015 constituye un nueva reglamentación de las principales materias de competencia del organismo, dictada con el objeto de lograr el reordenamiento y la actualización normativa luego de diez años de vigencia de la Resolución general 7/2005, a la que reemplaza.

A continuación se destacan algunos de los criterios en la materia.

2.12.1. *Capacidad societaria de los cónyuges*

Hay una aparente discordancia entre el artículo 1002, inciso d), del CCCN y el artículo 27 de la Ley General de Sociedades respecto de la capacidad de los cónyuges con matrimonio bajo régimen de comunidad de ganancias para celebrar contratos de sociedad (ver supra pto. 6). Esta discordancia ha sido resuelta por la Inspección General de Justicia a favor de la capacidad de tales cónyuges para ser socios entre sí en cualquier tipo social (art. 55 Nº I, inc. 2).

2.12.2. *Sociedades unipersonales originarias y derivadas*

La irrupción de la SAU (art. 1, LGS) no ha modificado los criterios de la Inspección General de Justicia respecto de exigir la pluralidad sustancial de socios cuando no se trate de esas sociedades (art. 56). Las declara bajo fiscalización permanente, pero les permite prescindir de las publicaciones por cuanto la presencia del único socio implica unanimidad en los términos del artículo 237 de la Ley General de Sociedades (art. 200).

Ahora bien, respecto de las sociedades comandita simple y por acciones y de capital e industria, considera que la transformación de pleno derecho en SAU, prevista por el artículo 94 bis de la Ley General de Sociedades, luego de los tres meses de perdida la pluralidad, igual requiere iniciar el procedimiento de transformación y cumplir con todas sus decisiones y trámites (art. 202).

Por su parte, respecto de las colectivas (SRL y SA) reducidas a un socio y sin reconstruir la pluralidad en tres meses, les da la opción de resolver la transformación en SAU o de disolverse, sin admitir la continuación con un solo socio (art. 203).

Todo ello implica limitar la unipersonalidad al caso de las SAU y rechazar cualquier otra sociedad en dicha situación.

2.12.3. *Sociedades de profesionales*

En este punto se ha producido un giro copernicano, que entendemos es derivado de la derogación de las sociedades civiles y celebramos, dado que el artículo 56 de la Resolución general 7/2005 prohibía antes las sociedades para el ejercicio profesional, salvo las sociedades de medios.

Ahora, en cambio, el artículo 57 de la Resolución general 7/2015 admite la constitución de sociedades integradas exclusivamente por profesionales con título habilitante en el caso de que lo permitan las leyes que reglamenten su ejercicio. Es más, aun cuando esas leyes no le permitieran asociarse, la Inspección General de Justicia admite de todas maneras la inscripción de sociedades siempre que se trate de sociedades de medios.[20]

2.12.4. *Subsanación de sociedades informales (Sección IV)*

Las sociedades no constituidas conforme a un tipo previsto que omiten requisitos esenciales o que incumplen formalidades pueden subsanar dicha situación conforme con el artículo 25 de la Ley General de Sociedades. A esos fines, el artículo 184 de la Resolución general IGJ 7/2015 establece los diversos requisitos a cumplir, partiendo de la base en que al subsanar se adopta un tipo social. En cambio, si la sociedad informal ya tenía un tipo social elegido en su contrato, parecen aplicables las reglas de la transformación, según se señala en el artículo 173. Finalmente, otra forma de subsanación puede derivar de participar en un proceso de reorganización en tanto la resolución general admite expresamente la participación de una sociedad informal en un procedimiento de fusión (art. 178).

2.12.5. *Situación de las sociedades civiles existentes*

La derogación de las sociedades civiles plantea la cuestión de cómo quedan las existentes al momento de la vigencia de la nueva ley. Para algunos, mantienen plenamente su personalidad y normativa, mientras que para otros quedan ubicadas en la Sección IV de la Ley General de Sociedades, lo que a su vez plantea el problema de que si no tienen objeto empresario tal categoría no podría abarcarlos. La Inspección General de Justicia parece estar por la ubicación en la Sección IV, ya que prevé "según corresponda" tanto la transformación como la subsanación de una sociedad civil adoptando uno de los tipos de la ley (art. 185).

2.12.6. *Exigencia de actividad empresarial para las sociedades*

Reafirmando el principio referido supra en cuanto a que el nuevo concepto de sociedad exige actividad empresarial, el artículo 324 de la Resolución general IGJ 7/2015 dispone que si los bienes registrables no aparecen afectados al objeto social, podrán iniciarse acciones para declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica o la di-

20. Favier Dubois, Eduardo M. y Favier Dubois, Eduardo M. (h), "Las sociedades entre profesionales para la prestación de servicios", en *La Ley*, Buenos Aires, t. 2012-B, p. 837.

solución y liquidación, lo que descarta la posibilidad de sociedades que son meras tenedoras de activos.

2.12.7. *La flexibilización en las asociaciones civiles*

Los cambios resultantes de los artículos 168 a 186 en el CCCN se reflejan en la normativa de la Inspección General de Justicia sobre asociaciones civiles, donde se dispone lo siguiente:

- La admisión en los estatutos de cláusulas de limitación del número de asociados, voto plural, voto por correo en elecciones si vive lejos, convocatorias de comisión directiva y asambleas por correo electrónico si hay confirmación de recepción, asambleas a distancia mientras haya quórum presencial, y la posibilidad de fiscalizadores no socios (art. 360).
- Se adicionan reglas especiales para la denominación social (arts. 362 a 368), además de las generales del CCCN.
- Se recoge el nuevo concepto de bien común, vinculado al interés general, dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales (art. 373).
- Se dispone que en las asociaciones civiles las cuotas de los asociados son obligatorias salvo otros medios de financiación que no sean cuotas por servicios (art. 408), puede pedirse autorización para hacer la asamblea en otra jurisdicción (art. 416), el plazo para impugnar asambleas es de 2 años (art. 431), puede haber asociados sin derechos políticos, los que no pueden integrar la comisión directiva (art.432), y también es posible remunerar a los miembros de la comisión directiva si no está prohibido en el estatuto y si hay conformidad de la IGJ (art. 433).
- Finalmente, en cuanto a las simples asociaciones, se aclara que su inscripción es voluntaria (art. 380) y se admiten como simples asociaciones a las asociaciones vecinales y a las agrupaciones políticas de los clubes (art. 376).

2.12.8. *Asociaciones bajo forma de sociedad*

La reglamentación prevé la posibilidad de que una asociación civil bajo forma de sociedad, prevista por el artículo 3 de la Ley General de Sociedades, se transforme en asociación civil. También, en sentido inverso, si la asociación civil lo contempla expresamente en su estatuto (art. 438).

Al no haberse previsto la transformación de una asociación civil bajo forma de sociedad anónima que a la fecha constituya un club de campo, en un consorcio de propiedad especial (del art. 2073 del CCCN), ello importa considerar que la adecuación a las normativas que dispone el artículo 2075 del CCCN para los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la nueva ley, no pasa por la transformación sino por el otorgamiento e inscripción de un reglamento.[21]

21. Favier Dubois, Eduardo M. (h), "¿Qué va a pasar con los clubes de campo preexistentes cuando empiece a regir el nuevo Código Civil y Comercial?" [on line], en *abogados.com.ar* [portal], Buenos Aires, 16/7/2015.

3. Colofón

A nuestro juicio, el nuevo Código Civil y Comercial implica, además de un acontecimiento que para algunos puede llegar a ser traumático,[22] una oportunidad de repensar al derecho privado desde la óptica de una sociedad multicultural y sujeta a la globalización. También, y en materia de sociedades, asociaciones y negocios asociativos, una oportunidad para desplegar la capacidad creativa de los operadores jurídicos en la búsqueda de estructuraciones adecuadas a las necesidades de los clientes, de las familias, de las empresas y del bienestar general.

22. Favier Dubois, Eduardo M. (h), "Las emociones frente al nuevo Código Civil y Comercial en Facebook: Alicia y su Facebook" [on line], en *Favier Dubois & Spagnolo. Abogados y Consultores* [portal], Buenos Aires, Estudio Favier Dubois & Spagnolo, 26/8/2015.

El tiempo compartido en el Código Civil y Comercial de la Nación

Catalina A. Fourcade*

RdN 922

RESUMEN

Análisis del instituto denominado tiempo compartido, con estudios de experiencias en derecho comparado y doctrina, y de la legislación formal y las disposiciones reglamentarias que lo regulan en nuestro país.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Nociones básicas.* ***3.*** *Naturaleza jurídica.* ***4.*** *Afectación.* ***5.*** *Funcionamiento.* ***6.*** *Legitimación.* ***7.*** *Registración.* ***8.*** *Deberes del emprendedor.* ***9.*** *Deberes de los usuarios.* ***10.*** *La administración.* ***11.*** *Gastos del sistema.* ***12.*** *Extinción.* ***13.*** *Derecho de consumo.* ***14.*** *Normas sobre derechos reales.*

1. Introducción

El derecho tiempo compartido es una figura de carácter comunitario que permite una nueva forma de aprovechamiento de cosas muebles e inmuebles, asegurando un mayor rendimiento del patrimonio y disminuyendo los gastos. El tiempo compartido faculta al usuario a usar y gozar, durante un lapso determinado y de manera periódica, exclusiva y alternada, un bien mueble o inmueble, a cambio del pago de un precio en dinero. Asimismo, le concede la posibilidad de disfrutar de los servicios accesorios que integren el sistema.

De esta manera, el usuario puede usar y gozar de un bien determinado durante un período de tiempo preestablecido, sin necesidad de adquirirlo, por lo que la inversión es menor. Resulta más ventajoso que tomarlo en locación, ya que el tiempo compartido asegura perpetuidad y confiere la facultad de transmitirlo por acto entre vivos o *mortis causa*. Al mismo tiempo, los gastos de mantenimiento se reducen, ya que son soportados por todos los usuarios del sistema. Para el propietario del bien también apareja beneficios, ya que tiene la posibilidad de obtener mayores ganancias que si se limita a dar en locación el bien a una única persona de modo tradicional.

Las denominaciones más divulgadas han sido las de multipropiedad, tiempo compartido o derecho de aprovechamiento por turnos. El Código Civil y Comercial ha adoptado la segunda, que ha sido criticada porque induce a suponer que los usuarios comparten el tiempo, cuando ello no es así, ya que cada uno tiene derecho a usar la cosa de forma exclusiva, durante el período correspondiente.

* Información sobre la autora en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

En el derecho comparado puede mencionarse, a modo ejemplificativo, en primer lugar, la Ley francesa 86-18 de 1986, Relativa a las Sociedades de Atribución de Inmuebles en Goce por Tiempo Compartido. Esta norma adopta un sistema especial, en virtud del cual los interesados deben constituir una sociedad civil cuyo patrimonio se integra con inmuebles y que tiene por objeto la construcción de edificios, adquisición de inmuebles o derechos inmobiliarios y el desarrollo o la restauración de las propiedades adquiridas. Los asociados tienen derecho a un período de uso sobre dichos inmuebles, proporcional a lo que hubieran aportado, pero no se les confiere ningún derecho de propiedad ni otro derecho real a cambio de sus contribuciones. Por otra parte, la figura en analisis llegó a España con la Ley 42/1998, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico. Dicha ley tenía por objeto la regulación de la constitución, el ejercicio, la transmisión y la extinción del derecho de aprovechamiento de bienes inmuebles por turno, atribuyéndole a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo y durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado y que estuviera dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. Fue reemplazada por la Ley 4/2012, que flexibiliza las modalidades contractuales permitidas para la transmisión del derecho de aprovechamiento por turnos y define el contrato como: "aquel de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación".

En la Argentina, el Código Civil y Comercial derogó parcialmente la Ley 26356, Reguladora (desde 2008) del Sistema Turístico de Tiempo Compartido, e introdujo variaciones en lo que respecta a esta figura. Antes del Código Civil y Comercial, la Ley 26356 vino a crear un marco jurídico que regulaba genéricamente el tiempo compartido, dejando que los sujetos eligieran si encuadraban el sistema en la órbita de los derechos personales o en la de los derechos reales. Es importante remarcar que si se prefiere la alternativa del derecho personal, la flexibilidad es muy amplia, debido a que en el ámbito de estos reina la autonomía de la voluntad. Pero no debe olvidarse que el derecho personal es relativo, lo que puede aparejar inconvenientes en caso de insolvencia del propietario, del emprendedor o del administrador. Por el contrario, la opción del derecho real conlleva mayor certeza y seguridad, por su oponibilidad *erga omnes* y la publicidad que le son propias. Además, en la esfera de los derechos reales rige el principio del *numerus clausus*, que concurre a dotar de mayor certeza a la relación.[1] En cierta oportunidad, la jurisprudencia[2] descartó el encuadre formulado por algunos peticionarios referido a la existencia de un derecho real, limitándose a reconocer la existencia de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas

1. Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, "El tiempo compartido en el Proyecto de Código", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2013-C, p. 683.

2. CNCom., Sala C, 16/4/2004, "Pinamar Tennis Ranch S.A. s/ concurso preventivo" (*Microjuris*, cita on line: MJJ7332).

pendientes, entre la concursada y los titulares de los llamados contratos de cesión de derecho de uso en tiempo compartido.

Se ha afirmado que el fin perseguido por la ley al regular de modo tan severo los derechos reales, exigiendo además publicidad, es brindar protección al vínculo de propiedad sobre las cosas. En materia de derechos personales, al liberarse el régimen, este se agiliza, pero pierde al mismo tiempo seguridad.[3] En nuestro país, el tiempo compartido ha sido caracterizado generalmente como un derecho personal, procedente de una participación societaria que se une a la facultad de usar y gozar, sucesiva y alternadamente, de un determinado turno, conforme a lo pactado en los respectivos estatutos, limitado temporalmente a la duración de la persona jurídica que detenta su titularidad.[4]

Esto último podría ejemplificarse de la siguiente manera: la sociedad A, titular de dominio de un edificio, concede a la sociedad B el derecho de uso sobre el mismo. Además, la designa administradora y la faculta a suscribir con terceros contratos de adquisición de derechos de uso, mediante los cuales, a cambio del pago de un precio, se les otorga a dichos terceros la potestad de usar y gozar de una unidad funcional determinada o determinable, por un plazo preestablecido, durante los períodos anuales que se pacten. Una vez abonado todo el precio, este se imputa a la compra de una acción de la sociedad A, que le otorga al adquirente no solo los derechos mencionados, sino también la obligación de contribuir a los gastos de conservación y mantenimiento del sistema, bajo apercibimiento de perder el derecho de uso. Por lo demás, el adquirente no puede administrar el complejo, porque dicha administración le corresponde a la sociedad B, en la que no participa.[5]

Desde el 1 de agosto de 2015, los Capítulos III, IV, V, y IX de la Ley 26356 fueron derogados, manteniéndose vigentes los seis capítulos restantes. Al mismo tiempo, el Código Civil y Comercial pasó a regular expresamente esta figura, en el Capítulo 2 del Título VI del Libro Cuarto, dedicado a los derechos reales. La Ley 26356 establecía que el tiempo compartido debía integrarse solo con inmuebles, afectados a su uso periódico y por turnos, para el alojamiento u hospedaje. De este modo, se ha determinado jurisprudencialmente que

> La versión más conocida y difundida de la modalidad contractual de marras –tiempo compartido–, es la utilizada en el alojamiento vacacional. En éste, el objeto del contrato es el uso en forma exclusiva por un período de tiempo determinado de una unidad habitacional de un inmueble ubicado en una zona turística, más los bienes muebles que integran la unidad habitacional, los espacios comunes del inmueble y los servicios que en él se proporcionan al usuario.[6]

3. Acquarone, María T. y otros, "El derecho real autónomo de multipropiedad", en *Revista del Notariado*, nº 812, 1988, pp. 55-95.

4. Kiper, Claudio, *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, 1ª ed., pp. 297-298.

5. Ídem, p. 298.

6. CNCom., Sala A, 15/2/2007, "Morganti, Alberto c/ Club House San Bernardo SA y otro" (*Microjuris*, cita on line: MJJ10764). [N. del E.: el lector podrá acceder al fallo a través de la RDN digital http://www.revistanotariado.org.ar/].

El Código Civil y Comercial amplía esta idea, al prescribir que la figura en análisis puede integrarse con muebles o inmuebles, permitiendo además cualquier tipo de finalidad, no necesariamente relacionada al turismo.

La idea del presente trabajo es proyectar algunas reflexiones sobre las reformas introducidas por el Código Civil y Comercial, cuya entrada en vigencia es muy reciente, mediante el análisis del nuevo texto legal en el orden elegido por el legislador.

2. Nociones básicas

El Código Civil y Comercial, en su artículo 1887, consagra el tiempo compartido como un derecho real, dejando de lado la expresión "sistema turístico de tiempo compartido" para denominarlo simplemente "tiempo compartido". Lo considera un derecho real principal sobre cosa total o parcialmente propia, que se ejerce por la posesión. El Código emplea dieciséis artículos para la regulación expresa de esta figura, que –como se mencionó anteriormente– forma parte del Título VI del Libro Cuarto, dedicado a los conjuntos inmobiliarios.

El texto legal en análisis comienza a tratar el tiempo compartido en el artículo 2087, aclarando el concepto y los bienes que lo integran. Se establece que existirá tiempo compartido cuando uno o más bienes estén afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino. Aclara especialmente que los bienes objeto del tiempo compartido podrán ser inmuebles y/o muebles, en tanto en cuanto su naturaleza sea acorde a los fines que enumera. Esto amplía las disposiciones generales de la Ley 26356 aún vigentes, que estipulan que el sistema turístico de tiempo compartido debe integrarse solo con inmuebles, fijando únicamente como fines el alojamiento u hospedaje. El Código Civil y Comercial de la Nación admite los bienes muebles y no solo incluye entre las finalidades el comercio, el turismo y la industria, sino que la enumeración que hace no es taxativa, dejando de esta manera la puerta abierta a otras posibilidades.

Asimismo, el Código Civil y Comercial menciona las distintas personas que pueden intervenir en el desarrollo de la figura en análisis (emprendedor, propietario, administrador, comercializador), pero no las define, por lo que resulta aplicable el artículo 3 de la Ley 26356. Este precisa los distintos individuos que pueden o no existir en un sistema de tiempo compartido:

a) el usuario (aquella persona que adquiere un derecho de uso periódico en un sistema de tiempo compartido);
b) el propietario (titular dominial del bien afectado al sistema de tiempo compartido);
c) el emprendedor (constituye el derecho de tiempo compartido; puede ser propietario o no del bien afectado y se encarga de comercializar los períodos de disfrute y proporcionar los servicios a los usuarios);
d) el vendedor (ofrece los períodos de uso en nombre y representación del emprendedor, que según el CCCN se denominaría comercializador);
e) el revendedor (intermedia en la comercialización de períodos de un sistema de tiempo compartido por sí o por cuenta y orden de un usuario);

f) el administrador (tiene a su cargo la gestión y coordinación de la manutención y uso de los bienes que componen un sistema de tiempo compartido);
g) la red de intercambio (persona que intermedia entre la oferta y la demanda de períodos de disfrute de los sistemas de tiempo compartido);
h) el prestador (se dedica a comercializar sistemas de tiempo compartido y, en base a esta actividad que desarrolla, debe responder ante posibles conflictos que se susciten entre los usuarios).

3. Naturaleza jurídica

Al igual que el artículo 1 de la Ley 26356, que sigue vigente, el Código Civil y Comercial da a entender que en la estructuración del tiempo compartido, la naturaleza de los derechos que se constituyan o se transmitan (personales o reales) no es relevante, al establecer en su artículo 2088 que

> … con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos, el tiempo compartido se integra con inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de éstos sea compatible con los fines mencionados.

Esto podría parecer un poco incompatible con el artículo 1887, que engloba el tiempo compartido entre los derechos reales, y con el artículo 2101, que alude al derecho que tiene el adquirente de tiempo compartido, enunciando que se le aplican las normas sobre derechos reales. No obstante, es preciso diferenciar dos fases o momentos dentro de la figura del tiempo compartido.

Dentro de la primera fase se encontraría quien afecta al régimen de tiempo compartido uno o más bienes. En una segunda fase aparecería el usuario, es decir, quien adquiere un período de disfrute, un derecho de uso periódico dentro de un determinado sistema turístico de tiempo compartido. Ni la Ley 26356 ni el Código Civil y Comercial definen la naturaleza de dicho derecho, quedando ello librado a la autonomía de la voluntad de los organizadores del sistema de tiempo compartido. Así, se ha destacado la independencia existente entre el nuevo derecho real de tiempo compartido y la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y la del régimen legal al que los bienes se encuentren afectados. Tanto el propietario del bien como el emprendedor tienen la posibilidad de optar libremente por la forma jurídica que emplearán para la creación y comercialización del emprendimiento, que podrá basarse en la introducción de otros derechos reales o en cláusulas contractuales sustentadas en los derechos personales.[7] Incluso, se ha afirmado que no necesariamente el tiempo compartido debe organizarse en forma exclusiva como derecho real, dado que ello no surge de la ley. Conforme a esta postura, el Código Civil y Comercial permite que el propietario (o emprendedor si no se tratara del mismo sujeto) opte por organizarlo y comercializarlo bajo el régimen de los derechos reales (al que

7. Causse, Jorge R., "Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios", en Kiper, Claudio (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, 1ª ed., p. 864.

se refiere el art. 1887, inc. e) o como derecho personal, ya que no contiene limitación alguna al respecto y, además, es lo que resulta del artículo 2088.[8]

Como se mencionó anteriormente, el artículo 2088 del Código Civil y Comercial establece que el tiempo compartido se integra con inmuebles y muebles, con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyan o transmitan y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos. De esta forma, puede apreciarse que no surge de la letra de la ley que necesariamente el derecho de tiempo compartido deba organizarse en forma exclusiva como derecho real.[9]

En la medida en que la naturaleza del derecho que se constituye queda librada a la elección de los propietarios o emprendedores que llevarán a cabo la afectación del inmueble, los usuarios solo tienen a su favor la protección concedida a los consumidores, según el artículo 2100 del Código Civil y Comercial. De esta manera, se han efectuado las siguientes objeciones:[10]

a) Solo debería inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble la escritura de afectación al destino de Tiempo Compartido. Si se tratara de bienes no registrables, la afectación no figuraría en registro alguno.
b) Si el propietario del bien afectado a tiempo compartido decide otorgarle derechos personales a los usuarios, esos derechos individuales carecerían de protección registral adecuada. Estos contratos individuales, en principio, solo tendrían anotación en un registro de titulares que debe llevar el emprendedor, de acuerdo con el artículo 2094, inciso b), del Código Civil y Comercial.
c) El derecho de los usuarios constaría en un instrumento privado, que solo habría de inscribirse en un registro privado (registro de titulares), confeccionado por el propio emprendedor. Ese instrumento, por lo demás, carecería de autenticidad y de fecha cierta.
d) La anotación en tal registro dependería de la voluntad del emprendedor, quien podría proceder a la venta de derechos de tiempo compartido sin inscribir todas las operaciones de venta. Por lo tanto, nada le aseguraría al adquirente una protección propia de los derechos reales.
e) La relación entre el adquirente y el emprendedor tiene aspectos que la alejan del concepto propio de los derechos reales, ya que tal vínculo requiere de la actividad voluntaria de una de las partes para que el derecho adquiera preferencia y oponibilidad.

Por otro lado, es importante señalar que se ha criticado la caracterización del tiempo compartido como derecho real sobre cosa propia. Autores[11] consideran que el sistema funciona de la siguiente manera: el propietario del inmueble tiene la posi-

8. Helú, Nair, "Tiempo compartido: ámbito propicio para la autonomía de la voluntad", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 16/12/2015, p. 4 (cita on line: AR/DOC/3219/2015).

9. Lubiniecki, Raquel A. y Silvestre, Norma O., *El tiempo compartido. Breves reflexiones sobre el tratamiento en el nuevo Código Civil y Comercial* [web], en "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", 22/9/2015.

10. Ídem.

11. Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, "Tiempo compartido. Sistemas turísticos de tiempo compartido", en Abella, Adriana N. (dir.), *Propiedades especiales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavalía, 2015, 1ª ed., pp. 114 y 115.

bilidad de afectarlo a tiempo compartido; en caso de efectuarlo, estará en condiciones de otorgar derechos (reales o personales) de tiempo compartido a terceros (denominados usuarios). De este modo, quienes se enrolan en esta crítica alegan que el verdadero titular del derecho de tiempo compartido es el usuario, no el propietario del inmueble. En otras palabras, se ha señalado que el usuario, de forma indudable, sería el titular del derecho de tiempo compartido en el caso de que el dueño lo afecte a ese régimen y le conceda ese derecho. Mientras tanto, el propietario continuaría siendo el titular del derecho real de dominio, debido a que "afectó" su propiedad para conceder beneficios a los usuarios.[12]

Es por esto que se ha definido el tiempo compartido como un derecho autónomo (podrá ser real o personal), de uso periódico y por turnos, que recae sobre cosa ajena. Y se ha señalado que el Código Civil y Comercial, al incluir al tiempo compartido entre los derechos sobre cosa propia, se está refiriendo principalmente a la afectación al régimen de tiempo compartido que puede efectuar el propietario, no a la titularidad del derecho de tiempo compartido propiamente dicho.

4. Afectación

El artículo 2089 del Código Civil y Comercial prescribe que la constitución de un tiempo compartido precisa la afectación de uno o más bienes a la finalidad de aprovechamiento periódico y por turnos e impone la instrumentación mediante escritura pública para el caso de inmuebles. De esta manera, el Código Civil y Comercial determina claramente que la afectación siempre será necesaria tanto para el caso de inmuebles como para el supuesto de que se integre con bienes muebles.

Si bien se señala la escritura pública para el caso de tratarse de inmuebles, no se exige ninguna forma determinada para el supuesto de que se afecten otras cosas o bienes. Sin embargo, subsisten las normas especiales que regulan los actos jurídicos relativos a ciertos bienes registrables, por ejemplo, las aeronaves.[13] Por otro lado, el mencionado artículo 2089 dispone que la escritura de afectación debe contener los requisitos determinados en la "normativa especial.

En caso de tratarse de inmuebles, es preciso recordar que el Capítulo III de la Ley 26356, que organizaba "la constitución del sistema turístico de tiempo compartido", regulando en su artículo 10 el contenido de la escritura de afectación, ha sido derogado. El citado artículo 10 prescribía de forma detallada qué debía contener la escritura de constitución, distinguiendo diversos aspectos que no podían faltar tanto en relación con los bienes como con respecto a los usuarios y a la administración. Empero, se supone que el instrumento de afectación debería contener disposiciones relativas al objeto, a los sujetos y a las facultades y obligaciones de estos últimos, respetando siempre las normas reguladoras de las relaciones de consumo aplicables a la figura del tiempo compartido.

Asimismo, se establecen como requisitos para la afectación a tiempo compartido, reiterándose lo que disponía la Ley 26356: a) que los bienes se hallen libres de

12. Helú, Nair, ob. cit. (cfr. nota 8).

13. Ver Código Aeronáutico-Ley 17825, art. 49.

gravámenes, restricciones e interdicciones; y b) que el emprendedor, el propietario, el administrador y el comercializador no se encuentren inhibidos para disponer sus bienes.

5. Funcionamiento

Uno de los rasgos distintivos del tiempo compartido, que lo distingue de los demás derechos reales, es justamente el aprovechamiento periódico y por turnos. La idea es que distintas personas (los usuarios) puedan disfrutar de una cosa común repetida y alternadamente, ya que cada una tiene asignado un turno o período de uso. La Ley 26356 aclara en su artículo 3 que el período de uso son las fechas que le corresponden a un usuario de un tiempo compartido y distingue dos unidades de medida:

1. Unidad de medida temporal: para aquellos casos en que el período de uso se cuenta en días, semanas, o meses. A su vez, puede ser:
   a) Determinada, cuando el período de uso se ha fijado en las mismas fechas de los años calendarios sucesivos, dando lugar a un período temporal fijo (p. ej.: del 1 al 15 de enero de cada año calendario).
   b) Determinable, cuando el período de uso ha sido fijado dentro de una temporada o entre determinadas fechas del año calendario, a elección del usuario y condicionado a que exista disponibilidad, dando lugar a un período flotante (p. ej.: dos semanas de verano o dos semanas a elegir entre el 1 de enero y el 1 de abril de cada año calendario; siempre sujeto a disponibilidad).
2. Unidad de medida por puntos: para aquellos casos en que se adquieren períodos de uso canjeables y con equivalencias preestablecidas entre un conjunto de prestaciones en diferentes unidades o sistemas de tiempo compartido, con capacidad de alojamiento y turnos de extensión variable (p. ej.: cada punto equivale a cinco días de verano en cualquiera de las cabañas de un determinado establecimiento afectado a tiempo compartido).

Algunos autores[14] han distinguido el tiempo compartido flotante (recae sobre la misma unidad en igual período o temporada del año, cuya determinación se efectúa de manera periódica) del tiempo compartido sobre espacio flotante (recae sobre una cierta unidad vacacional, con características preestablecidas, pero cuya determinación se realiza conforme a los procedimientos establecidos y teniendo en cuenta la disponibilidad existente). Asimismo, se ha denominado tiempo compartido mixto a aquel que combina los últimos sistemas mencionados, de manera que recae sobre una unidad determinable, con ciertas características prefijadas, en un espacio temporal también determinable conforme a ciertas pautas establecidas.

6. Legitimación

En cuanto a la legitimación, el Código Civil y Comercial establece como regla general, en su artículo 2090, que el instrumento de afectación de un tiempo compartido

14. Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, ob. cit. (cfr. nota 11), pp. 53-54.

debe ser otorgado por el titular del dominio. Ello difiere de lo que determinaba la Ley 26356 en el artículo 9, ya derogado, que prescribía que la escritura de constitución tenía que ser otorgada por el emprendedor.

No obstante, a los fines prácticos, ambas normas convergen, ya que exigen para aquellos casos en que la persona del titular de dominio no coincide con la persona del emprendedor, el consentimiento de ambas en la afectación instrumentada. Es lógico que sea imprescindible el consentimiento del propietario del bien, ya que se ha indicado que la afectación a tiempo compartido implica un acto de disposición jurídica. El sometimiento de un bien a la figura en análisis significa gravarlo y, por ende, solo el titular de dominio está en condiciones de hacerlo.[15]

También se ha argumentado que el derecho de Tiempo Compartido es un derecho real sobre cosa propia y, por ende, el propietario de ella es el único legitimado para promover su afectación.[16]

7. Registración

En lo que respecta a esta cuestión, el Código Civil y Comercial reproduce lo que fijaba la Ley 26356, ya que también requiere que el instrumento de afectación sea inscripto en el respectivo Registro de la Propiedad y en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a sistemas de tiempo compartido, previamente a cualquier oferta o anuncio comercial. Como consecuencia de ello, hasta que no esté en funcionamiento dicho registro, el tiempo compartido del Código Civil y Comercial no será operativo. La única excepción estaría dada por los sistemas turísticos de tiempo compartido, es decir, inmuebles afectados a un uso periódico y alternado para alojamiento u hospedaje, ya que la Ley 26356 creó el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales Afectados a Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, que funciona en el ámbito de la Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación, puesto en marcha por el Decreto 760/2014. La registración no solo es importante a los fines de la publicidad, sino que también permite que se produzcan ciertos efectos, establecidos en los artículos 2091 *in fine* y 2093 del Código Civil y Comercial.

Es preciso destacar que el Código Civil y Comercial no contiene ninguna disposición relativa a la inscripción de los contratos de configuración de tiempo compartido a favor de cada uno de los usuarios. Tampoco señala los contenidos mínimos que deberían reunir dichos contratos, como sí los preveía la Ley 23356 en su artículo 15, ya derogado.

El Código Civil y Comercial no introduce ninguna novedad al determinar que el propietario puede constituir hipoteca u otro gravamen con posterioridad a la inscripción de la escritura de afectación, siempre que se respete lo señalado por el artículo 2093, ya que guarda similitud con lo fijado por el artículo 12 de la Ley 26356, actualmente suprimido. El artículo 2093 del Código regula los efectos de la inscripción del instrumento de afectación en el Registro de la Propiedad respectivo. Se les

15. Causse, Federico y Pettis, Christian R., *Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 172 [serie "Incidencias del Código Civil y Comercial", dirigida por Alberto J. Bueres].

16. Causse, Jorge R., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 865.

prohíbe al propietario y al emprendedor modificar el destino previsto en el instrumento (aunque se consagra la posibilidad que tiene el emprendedor de comercializar los períodos de disfrute no enajenados bajo otras modalidades contractuales) y se determina la oponibilidad de los derechos de los usuarios del tiempo compartido, que no pueden ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra.

En relación con este último artículo, se ha cuestionado si dichas consecuencias se producen únicamente cuando el tiempo compartido incluye bienes registrables o en todos los casos, ya que el Código Civil y Comercial prevé los citados efectos como corolario de la inscripción del instrumento de afectación en los registros respectivos.[17]

Por otro lado, es importante destacar que la Orden de Servicio 45 del 2015 dictada por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires establece que

> La afectación/desafectación a tiempo compartido se registrará en la parte superior de la o de las matrículas objeto del derecho real. El derecho real del adquirente de tiempo compartido, como así también las futuras registraciones se publicitarán en el rubro b) de la/las matrículas afectadas.

En virtud de lo expuesto, en los casos en que el tiempo compartido se estructure en el ámbito de los derechos reales, el derecho del usuario se anotaría en el rubro de gravámenes. Y si se considera que el verdadero titular del derecho de tiempo compartido es el usuario, lo dispuesto por la orden de servicio mencionada coincide con la idea de que se trata de un derecho sobre cosa ajena, no sobre cosa propia.

8. Deberes del emprendedor

El emprendedor puede coincidir o no con el titular de dominio de los bienes que integran el tiempo compartido. Es el encargado de la constitución, la articulación, el desenvolvimiento y el financiamiento del emprendimiento, a los fines de comerciar y distribuir períodos de aprovechamiento de los bienes afectados, brindando además las prestaciones que correspondan y que sean compatibles con su destino. El Código Civil y Comercial enumera los deberes del emprendedor en el artículo 2094, reproduciendo con algunos cambios el artículo 19 de la Ley 26356, ya derogado. En los dos primeros incisos del artículo 2094, el Código reitera lo dispuesto por la normativa derogada, al determinar entre los deberes del emprendedor los siguientes:

a) Establecer el régimen de utilización y administración de las cosas y servicios que forman parte del tiempo compartido y controlar el cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre el administrador.
b) Habilitar un registro de titulares, supervisado por la autoridad de aplicación, en el que deben anotarse los datos personales de los usuarios y su domicilio, perío-

17. Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, ob. cit. (cfr. nota 11), p. 124.

dos de uso, el o los establecimientos a los que corresponden, tipo, extensión y categoría de las unidades y los cambios de titularidad.

En lo que respecta a la garantía del ejercicio del derecho de los usuarios, el Código Civil y Comercial se aparta de lo que establecía la Ley 26356, ya que prescribe que el emprendedor:

a) Está obligado a garantizar el ejercicio del derecho de los usuarios, en la oportunidad y condiciones comprometidas. Ya no se requiere que los establecimientos vacacionales del tiempo compartido se encuentren en construcción para que el emprendedor tenga que cumplir con este deber, ni se exige que la garantía se estructure mediante un fideicomiso.
   Esta modificación parece razonable, por un lado, porque resultaba un poco inoportuno que solo se resguardaran los derechos de los futuros usuarios cuando los establecimientos vacacionales estuvieren en construcción; y por otro lado, porque existen diversas formas de lograr esta protección. La vía del fideicomiso no es ineludible, las partes pueden buscar otras formas, ampliando de esta manera las fronteras de la autonomía de la voluntad.
b) Debe abonar las cuotas por gastos del sistema de las unidades no enajenadas. Ya no se exige –como lo hacía la Ley 26356– que el emprendedor haya cedido temporalmente estas unidades a terceros.
   El Código elimina el deber que tenía el emprendedor de "abonar toda suma por gastos del sistema, que excediera el monto de la oferta cuando se hubiera optado por el sistema de ajuste alzado relativo". Esto tenía que ver con que la Ley 26356 establecía en su artículo 10, entre los puntos que debía incluir la escritura de afectación, la indicación de los factores objetivos mediante los cuales se determinaba la proporción de gastos correspondientes a cada usuario. Si el emprendedor optaba por ofrecer la prestación del servicio de administración y mantenimiento por el sistema de ajuste alzado relativo, debía consignarse el plazo de vigencia, durante el cual no podrían aumentarse los montos, debiendo especificarse claramente los rubros no cubiertos y el sistema a utilizarse una vez expirado dicho plazo.

9. Deberes de los usuarios

El usuario es el adquirente del derecho de uso periódico, que le permite usar y gozar de las cosas que integran el tiempo compartido, aprovechando asimismo las prestaciones que correspondan y que sean compatibles con su destino. En lo que respecta a sus deberes, no ha habido grandes cambios. Sin perjuicio de las obligaciones que puede determinar el emprendedor en los instrumentos que convenga con cada uno de los usuarios, los cuatro incisos del artículo 2095 del Código Civil y Comercial reproducen lo que establecía el artículo 20 de la Ley 26356. De esta manera, los usuarios deberán:

a) Ejercer su derecho conforme a su naturaleza y destino, sin alterarlos ni sustituirlos y sin impedir a otros usuarios disfrutar de los turnos que les corresponden.
b) Responder por los daños a la unidad, al establecimiento o a sus áreas comunes ocasionados por ellos, sus acompañantes o las personas que ellos autorizan si

tales daños no son ocasionados por su uso normal y regular o por el mero transcurso del tiempo.

c) Comunicar a la administración toda cesión temporal o definitiva de sus derechos, conforme a los procedimientos establecidos en el reglamento de uso.
d) Abonar en tiempo y forma las cuotas por gastos del sistema y del fondo de reserva, así como todo gasto que pueda serle imputado particularmente.

La única modificación que puede señalarse tiene que ver con la supresión de la oración que les exigía a los usuarios tener las cuentas al día para el ejercicio de sus derechos. De todos modos, la enumeración del 2095 parece ser enunciativa y nada impediría que el emprendedor, al establecer el régimen de utilización y administración de los elementos que forman parte del tiempo compartido, previera dicha exigencia.

Pese a que el Código Civil y Comercial no contiene ninguna disposición que prevea los derechos de los usuarios, ellos se derivan del resto de los artículos, por ejemplo, si se efectúa una interpretación *a contrario sensu* de los deberes del emprendedor y del administrador, o si se consideran asimismo las reglas que disciplinan las relaciones de consumo y las normas sobre derechos reales, tal como lo establecen los artículos 2100 y 2101. Además, en virtud del inciso c) del artículo 2095, los usuarios tienen la posibilidad de ceder sus derechos.

Se ha criticado que el Código Civil y Comercial no conceda al titular del derecho real de tiempo compartido la facultad de constituir derechos reales de garantía, teniendo en cuenta que se trata de un derecho transmisible y ejecutable que compone su patrimonio.[18]

10. La administración

Tampoco hay grandes innovaciones con respecto a esta cuestión. El artículo 2096 del Código Civil y Comercial perpetúa la posibilidad de que la administración esté a cargo del emprendedor o de un tercero y elimina la aclaración de que el administrador puede ser designado o removido por los usuarios si los regímenes especiales que se hubieren adoptado les confirieran dicha potestad. En caso de que la administración esté a cargo de un tercero, este debe ser designado por el emprendedor y, en dicho caso, ambos serán solidariamente responsables frente a los usuarios por el cumplimiento de sus deberes.

El administrador es el encargado de dirigir, gestionar y coordinar el emprendimiento, ocupándose del mantenimiento y conservación de los inmuebles o muebles que constituyen el objeto del tiempo compartido y controlando que todo funcione y se desarrolle correctamente. En cuanto a sus deberes, el artículo 2097 señala los siguientes, sin perjuicio de los que disponga el dueño de los bienes o el emprendedor al organizar el emprendimiento:

a) Conservar los establecimientos, sus unidades y los espacios y cosas de uso común en condiciones adecuadas para facilitar a los usuarios el ejercicio de sus derechos.

18. Ídem, p. 124.

b) Preservar la igualdad de derechos de los usuarios y respetar las prioridades temporales de las reservaciones.
c) Verificar las infracciones al reglamento de uso y aplicar las sanciones previstas.
d) Interponer los recursos administrativos y las acciones judiciales que corresponden.
e) Llevar los libros de contabilidad conforme a derecho.
f) Confeccionar y ejecutar el presupuesto de recursos y gastos.
g) Cobrar a los usuarios las cuotas por gastos, fondos de reserva y todo otro cargo que corresponde.
h) Rendir cuentas al emprendedor y a los usuarios, conforme a liquidaciones de ingresos y gastos certificadas por contador público, excepto en el caso de que se optara por aplicar el sistema de ajuste alzado relativo.
i) Entregar toda la documentación y los fondos existentes al emprendedor o a quien este indique al cesar su función.
j) Comportarse tal como lo haría un buen administrador, de acuerdo con los usos y prácticas del sector.

Ya no se menciona el deber de mantener el régimen de utilización de los bienes conforme a su destino, ni el de controlar las prestaciones convenidas entre el emprendedor y los usuarios.

La obligación indicada en el último inciso de comportarse tal como lo haría un buen administrador, según los usos y las prácticas del sector, implica que el administrador deberá cumplir sus tareas diligentemente y con la destreza profesional correspondiente. Esta disposición permite establecer un estándar ideal, adecuado para analizar posibles infracciones a sus deberes. El artículo 23 de la Ley 26356, en su primer inciso, establecía algo similar al decretar que debía cumplir sus tareas con "eficacia, diligencia y profesionalismo.

11. Gastos del sistema

El Código Civil y Comercial consagra la vía ejecutiva para el reclamo de las deudas por gastos del sistema al reiterar en su artículo 2098 que el certificado emanado del administrador, en el que conste la deuda del usuario moroso, constituye título suficiente para accionar por dicha vía. Anteriormente, la Ley 26356 aclaraba que, en caso de no ser posible la vía ejecutiva, debía recurrirse al procedimiento más breve que contemplaran las normas procesales; esta aclaración fue suprimida por el Código Civil y Comercial.

Este procedimiento judicial expeditivo permite acelerar la recaudación de fondos, a los fines de facilitar la correcta articulación del sistema, evitando los retardos infundados de los pagos. Del mismo modo que ocurre con las expensas en la propiedad horizontal, en el tiempo compartido el pago de los gastos en tiempo y forma es imprescindible para su adecuado funcionamiento. Si todos los usuarios dejaran de acatar este deber, estaría en riesgo la subsistencia del sistema.

Para iniciar la acción ejecutiva a los fines de cobrar las sumas adeudadas, el administrador deberá emplazar al usuario en mora, mediante intimación fehaciente por el plazo que se estipula en el reglamento de administración.

12. Extinción

El Código Civil y Comercial ya no regula el contenido mínimo de la escritura de afectación al sistema de tiempo compartido y ha derogado los artículos de la Ley 26356 que se referían a ella, tales como el artículo 10. El citado artículo preveía, en el apartado 6 del inciso b), la posibilidad de condicionar la transferencia o constitución de derechos a favor de futuros usuarios a la enajenación de un número determinado de períodos de disfrute en un determinado lapso, caso en el cual este no podía exceder de un año, ni el mínimo de períodos podría ser superior al 50 % del total de los períodos a comercializar. Dado que todo esto ya no tiene vigencia, en el Código Civil y Comercial ya no figura, entre las causas de extinción del tiempo compartido, la revocación por parte del emprendedor de los derechos que hubiere enajenado, para el caso de que se cumpliera la condición resolutoria mencionada del artículo 10 de la ley.

De modo enunciativo, se señala que el sistema cesa:

a) Por el vencimiento del plazo previsto en el instrumento de afectación.
b) En cualquier momento, cuando no se han producido enajenaciones o se han rescindido la totalidad de los contratos, circunstancia de la que se debe dejar constancia registral.
c) Por la destrucción o vetustez.

En el supuesto del primer inciso, el tiempo Compartido se extingue por el simple transcurso del tiempo y el cese opera de modo automático.

Es importante destacar que para la situación prevista en el segundo inciso, que tiene lugar cuando el sistema se extingue por falta de usuarios, el Código Civil y Comercial indica "dejar constancia registral", en lugar de dejar constancia en escritura pública, como establecía la Ley 26356. De todas formas, debe tenerse presente que en todos los supuestos, una vez acaecida la causa de extinción, el titular deberá suscribir el instrumento correspondiente a los fines de rogar al respectivo registro la toma de razón de la desafectación; en el caso de inmuebles, será necesaria la escritura pública, en virtud de lo establecido por el artículo 1017 del Código Civil y Comercial en su inciso a).

Por otro lado, para la hipótesis del tercer inciso, debe tenerse en cuenta que nada impediría la subsistencia del derecho si los interesados están de acuerdo en reparar o reconstruir la cosa.

13. Derecho de consumo

Es preciso subrayar que el Código Civil y Comercial establece que la relación entre los sujetos que intervienen en el tiempo compartido (propietario, emprendedor, administrador, comercializador) y los usuarios se rige por las normas que regulan las relaciones de consumo, previstas en el mismo Código y en leyes especiales. De esta manera, puede afirmarse que la relación entre los usuarios y los demás operarios del sistema de tiempo compartido configura una relación de consumo. Como resultado de esta disposición, habrá que tener presente las garantías previstas por

el régimen protector de los consumidores y usuarios. A modo de ejemplo pueden mencionarse:

1. El deber de garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los usuarios.
2. La obligación de abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los usuarios en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.
3. En los reclamos extrajudiciales de deudas, el deber de abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial.
4. La obligación de suministrarle al usuario, en forma cierta, clara y detallada, todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización.
5. La información debe ser siempre gratuita para el usuario y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.
6. En caso de duda sobre la interpretación de los principios establecidos en las normas que regulan las relaciones de consumo, prevalecerá la más favorable al usuario.
7. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

Antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, al analizar los caracteres predominantes del contrato de tiempo compartido, la jurisprudencia determinó:[19]

> … I) es un contrato comercial, carácter otorgado por la realización de la actividad con carácter empresario por el sujeto desarrollista –quien asume los riesgos jurídicos y económicos de su actividad […] y II) es indudablemente un contrato de consumo, siéndole por ende aplicable la legislación del sistema de defensa del consumidor […] Este último encuadramiento sella la suerte del pleito, permitiendo tener por acreditada –por aplicación del principio *in dubio pro* consumidor–, la validez de la pretensión del accionante…

Concordantemente, se ha juzgado[20] que

> … no hay duda de que el contrato de tiempo compartido importa un vínculo de cambio en el marco del derecho del consumidor; y que, en tales condiciones, se encuentra claramente incluido dentro del ámbito de protección de la ley 24.240. Más aún: si se analiza la cuestión de acuerdo con un criterio finalista (conf. art. 2 ley 24.240), en el sentido de que quien adquiere derechos en un tiempo compartido tiene, casi como único objetivo el de hacerse de un espacio físico para fines turísticos y vacacionales por un período escaso de tiempo; es claro que confluyen en el sistema derechos reales y personales que caracterizan claramente al contrato como de consumo. Así pues es evidente que el fenómeno no se reduce a una mera locación de inmueble exclusivamente.

19. CNCom., Sala A, 15/2/2007, "Morganti, Alberto c/ Club House San Bernardo SA y otro" (*Microjuris*, cita on line: MJJ10764). [N. del E.: el lector podrá acceder al fallo a través de la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

20. CNCom., Sala F, 5/10/2010, "Playa Palace SA c/ Peñaloza, Leandro Hipólito"; ver voto en disidencia de la Dra. Alejandra Tévez (*Microjuris*, cita on line: MJJ60868). [N. del E.: el lector podrá acceder al fallo a través de la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

Asimismo, se ha señalado[21] que, dado que la voluntad del legislador al sancionar la Ley 24240 fue la de proteger al usuario o consumidor, es preciso considerar que aun cuando no exista una normativa específica referida al contrato de tiempo compartido y exista un debate sobre la naturaleza de dicho instituto, la aplicación de dicha ley no resulta inadecuada.

14. Normas sobre derechos reales

El Código Civil y Comercial determina en su artículo 2101 que al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales. De este modo, todo lo que tenga que ver con la relación entre el usuario y las cosas que integren el tiempo compartido estará regido por dichas normas.

Este artículo ha motivado algunas críticas.[22] Se ha sostenido que si el tiempo compartido es organizado por el emprendedor como derecho real, de modo tal que lo que se transmite a los usuarios son derechos reales, el artículo en análisis resulta redundante e inútil, ya que es demasiado reiterativo. Por otro lado, si lo que se les otorga a los usuarios es un derecho personal, no tendría sentido ni sería lógico que se aplicaran las normas de los derechos reales. Ni siquiera queda del todo claro cuáles serían las normas sobre derechos reales aplicables a un tiempo compartido articulado como derecho personal.

Desde otro punto de vista, se ha afirmado[23] que el citado artículo 2101 consagra el alcance real del derecho del usuario, con independencia de su naturaleza jurídica (personal o real). De este modo, el usuario dispondría de las facultades de persecución y preferencia establecidas en el artículo 1886 del Código Civil y Comercial, aunque fuera titular de un derecho personal.

21. CNCont.Adm.Fed., Sala V, 25/11/1997, "Mazzei Smurra y Asociados SA c/ Secretaría de Comercio e Inversiones (Disp. DNCI 1030/96)" (*Microjuris*, cita on line: EDJ9691).

22. Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, ob. cit. (cfr. nota 11), pp. 116-117.

23. Causse, Jorge R., ob. cit. (cfr. nota 7), pp. 876-877.

Adquisición de bienes registrables por parte de las sociedades comprendidas en la Sección IV de la Ley General de Sociedades

Marcela C. Frenquelli

Martín L. Peretti*

RdN 922

RESUMEN

La adquisición de bienes registrables por parte de las sociedades comprendidas en la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades se encuentra sometida al estricto cumplimiento de los requisitos que establece la norma en su art. 23. A tales fines, la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante, mediante lo que la norma denomina un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios, instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma certificada por escribano. El alcance de dicha disposición ha generado vicisitudes de orden práctico, teniendo en cuenta la diversidad de sociedades que actualmente regula la Sección IV, y también el novedoso régimen de responsabilidad de sus miembros que dispuso la reforma.

Sumario: ***1.*** *Breve análisis de las sociedades reguladas en la Sección IV del Capítulo I LGS. Comparación con el régimen anterior.* ***2.*** *Alcance del instrumento.*

1. Breve análisis de las sociedades reguladas en la Sección IV del Capítulo I LGS. Comparación con el régimen anterior

La Ley 26994,[1] por la que se unificaron los Códigos Civil y Comercial de la Nación, introdujo cambios de importancia en el régimen societario (Ley 19550 y modificatorias, antes denominada Ley de Sociedades Comerciales [LSC], actualmente Ley General de Sociedades [LGS]). Una de las variaciones más profundas fue la introducida a la regulación de la Sección IV del Capítulo I "De las sociedades no constituidas

* Información sobre los autores en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

1. A través del Decreto PEN 191/2011, se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", que presentó su proyecto de Código unificado, con 2671 artículos, el 27/3/2012. La Ley 26994 fue promulgada el 7/10/2014, por el Decreto PEN 1795/2014.

según los tipos del Capítulo II y otros supuestos", que pasó a contemplar no solo a las sociedades irregulares y de hecho, con objeto comercial –como lo hacía el régimen anterior–, sino también a las atípicas, esto es: las que no se constituyeran con sujeción a alguno de los tipos del Capítulo II, las que omitan requisitos esenciales (tipificantes o no) y las que incumplan las formalidades exigidas por la ley.

Sin perjuicio de alguna opinión doctrinaria diversa,[2] también se encuentran comprendidas en esta sección las sociedades civiles[3] existentes a la fecha de su entrada en vigencia, cuya regulación prevista en el Código Civil (CCIV) fue íntegramente derogada. Las sociedades civiles constituidas mediante escritura pública se regirán por sus respectivos contratos y lo dispuesto en la Sección IV de la LGS.[4]

Aparentemente, el legislador quiso restringir el concepto de sociedad a aquellos casos en que dos o más personas, o un sujeto de derecho particular, resuelvan conformar una organización en la que subyazca el concepto de "empresa",[5] en los términos del artículo 1 LGS, reservando para tales emprendimientos el régimen societario y el otorgamiento del carácter de sujeto de derecho, en los términos del artículo 2 LGS, como "sociedad".[6] Toda otra organización de dos o más personas con fines de lucro, donde haya aportes para obtener utilidades en su aplicación pero sin explotación empresaria, no se consideraría sociedad y debería recurrir a las figuras contractuales asociativas que contempla el Código Civil y Comercial (CCCN) y que, por tanto, carecen de personería jurídica. Así es como las sociedades accidentales o en participación, antes reguladas por los artículo 361 a 366 LSC, hoy se encuentran contempladas como contratos asociativos-negocios de participación, en los artículos 1448 a 1452 CCCN Y los contratos de colaboración empresaria, que, si bien carecían de personería jurídica, se hallaban legislados en los artículos 367 y siguiente LSC, hoy están regulados bajo el nombre de agrupaciones de colaboración, en los artículos 1452 y siguientes CCCN.

No caben dudas de que la sociedad, para que goce de personería jurídica, debe desarrollar la actividad y el objeto descriptos en el artículo 1 LGS. Ahora bien, que tal actividad deba ser desplegada como empresa, más allá de la indefinición precisa del concepto, lo consideramos excesivo e innecesario.[7] Cabe recordar que el artícu-

2. Vítolo, Daniel R., *Comentarios a las modificaciones de la Ley 26994 a la Ley General de Sociedades. Análisis comparativo con la Ley 19550. Coordinación con las normas supletorias del Código Civil y Comercial de la Nación. Derecho transitorio*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p. 147.

3. La regulación de las sociedades civiles que preveía el CCIV (arts. 1648 y ss.) fue íntegramente derogada por la Ley 26994, que unifica el régimen civil y el régimen comercial de la Nación.

4. Nissen, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, 3ª ed. act., p. 209.

5. Nuestro ordenamiento jurídico define la empresa en el art. 5 de la Ley 20744 de Contrato de Trabajo: "a los fines de esta ley, se entiende por empresa la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos…".

6. Favier Dubois las denomina "sociedades empresariales" (Favier Dubois, Eduardo M., *Panorama del derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [on line], Buenos Aires, [s. e.], 2015).

7. Se ha hablado de empresa desde la teoría económica y la ciencia de la administración, desde el derecho tributario, desde una óptica contable, y se trata de definirla desde los criterios que brindaría el Código unificado (ver Favier Dubois, Eduardo M., *La empresa en el nuevo derecho comercial: Importancia, delimitación e implicancias legales y fiscales* [on line], Buenos Aires, [s. e.], 2015). No obstante, aún no se ha determinado con

lo 17 LSC sancionaba con "nulidad" a las sociedades "atípicas" y declaraba "anulables" a aquellas cuyo contrato constitutivo omitía requisitos esenciales no tipificantes, permitiendo ser subsanado este yerro hasta la impugnación judicial. Actualmente, a estas sociedades se les impide producir los efectos propios del tipo y se las somete a la regulación de la Sección IV.

Oportunamente, la gravedad del apercibimiento fue objeto de críticas. Si bien la práctica evidenció la total inexistencia de sanciones por esta causa, puesto que la existencia de vicios tipificantes en el acto constitutivo se vio subsanada por el control de legalidad del registrador mercantil, mientras que solo existió algún caso aislado de anulabilidad por homonimia,[8] la objeción residía no en la sanción misma sino en la imposibilidad de los socios de regularizar la sociedad, por resultar la nulidad por atipicidad inconfirmable. Creemos que solo debió rectificarse el punto, no así incluirse estas sociedades en un régimen que carece de todo carácter sancionatorio, ya que –como indica prestigiosa doctrina– la tipicidad "no constituye un capricho del legislador, sino que posee sólidos fundamentos que la avalan en aras de la seguridad jurídica".[9]

Respecto de las sociedades que carecían de contrato (sociedades de hecho) o incumplían total o parcialmente el trámite de registración que imponía el artículo 7 LSC (sociedades irregulares), el sistema vigente hasta el 31 de julio de 2015 resultaba sumamente gravoso en materia de responsabilidad de sus miembros. A estos se les imponía una responsabilidad ilimitada, solidaria y no subsidiaria, atento a la imposibilidad que consagraba el artículo 23 de invocar el beneficio del artículo 56 LSC, ni las limitaciones que se fundaran en el contrato social.

A la sociedad y a sus integrantes les estaba vedado igualmente invocar, respecto de terceros, derechos o defensas que nacían del contrato social, el beneficio de excusión o las limitaciones que se fundaran en el contrato (art. 23 LSC). Si bien se admitió la personalidad jurídica de las sociedades irregulares y de hecho que efectivamente fueran operativas, era una opinión generalizada, tanto en doctrina como jurisprudencia, considerar que dicha personalidad era precaria, puesto que cualquiera de sus miembros, en cualquier momento, podía exigir su disolución (art. 22 LSC), y restringida, en virtud de la preindicada responsabilidad ilimitada, solidaria y no subsidiaria de sus integrante y la imposibilidad de invocar respecto de terceros derechos y defensas nacidas del eventual contrato habido o limitaciones que surgieran del contrato social. En el ámbito interno, los socios bien podían alegar recíprocamente derechos y defensas nacidos del contrato y, a partir de la reforma introducida por la Ley 22903 al artículo 22 LSC, las sociedades irregulares y de hecho podían regularizarse adoptando cualquiera de los tipos previstos legalmente en el Capítulo II.

Al igual que en el régimen actual, a los fines de acreditar su existencia, la persona jurídica podía recurrir a cualquier medio probatorio, siéndole aplicable la res-

claridad el alcance del concepto, por lo que condicionar el concepto de sociedad como sujeto de derecho al desarrollo de la actividad en forma de empresa es, cuando menos, desatinado.

8. CNCom., Sala E, 29/6/1987 (*Doctrina Judicial*, 1987-22769).

9. Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales 19550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 349.

tricción consagrada en los artículos 209 del Código de Comercio (CCOM) / 1193 CCIV, que obstaban la prueba testimonial, exclusivamente, en los contratos que no superaran determinado monto, salvo que hubiera principio de prueba por escrito, lo que subsiste en el artículo 1019 CCCN.

El nuevo sistema legal unificado, que mantiene en general el microsistema de la LSC,[10] introdujo, sin embargo, reformas profundas en el régimen de las sociedades de la Sección IV. Posee una orientación axiológica absolutamente diversa respecto de aquellas sociedades carentes de contrato o que han incumplido el régimen inscriptorio u omiten requisitos esenciales; se ha abandonado definitivamente la orientación sancionatoria, lo que se evidencia particularmente en la sustitución del régimen de responsabilidad solidaria, ilimitada y no subsidiaria de sus miembros por un sistema de responsabilidad subsidiaria y simplemente mancomunada, salvo excepciones.

Actualmente, el contrato social no solo puede ser invocado entre los socios, sino que también es oponible a terceros si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria, pudiendo ser invocado por terceros contra la sociedad, los socios y administradores (art. 22 LGS). Como tenemos dicho, el aspecto en que no ha habido variación alguna es el referencia a la prueba de la existencia de la sociedad, donde se mantiene el principio de amplitud probatoria.

La reforma introdujo cambios sustanciales en materia de administración, representación y gobierno. El novel artículo 23 LGS establece que las disposiciones relativas a dichos puntos, que regulan acerca de la organización y gobierno sociales, pueden ser invocadas entre los socios. En relación con terceros, cualquier socio representa a la sociedad exhibiendo el contrato y la disposición contractual es oponible en tanto en cuanto se acredite que el tercero la conoció efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica.

Como indicamos precedentemente, una de las variaciones más profundas se evidencia en la modificación del régimen de responsabilidad de sus miembros, quienes responden frente a terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo: 1) una estipulación expresa respecto de una relación o conjunto de relaciones, 2) una estipulación del contrato social en los términos del artículo 22 LGS, 3) de las reglas comunes al tipo que manifestaron adoptar. En el régimen anterior, los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad respondían por las operaciones sociales en forma solidaria e ilimitada, sin poder invocar el beneficio del artículo 56 (art. 23, 1º párr., LSC). Por lo tanto, no podían alegar el beneficio de excusión,[11] que le permite al socio no responder con su patrimonio personal sino hasta ser liquidados íntegramente los bienes sociales o probada su insolvencia. Actualmente, la responsabilidad de los integrantes de alguna de las sociedades que

10. En los fundamentos que acompañaron al proyecto de ley, la Comisión aclaró que fue decisión de política legislativa no modificar las leyes que presentaran una autonomía de microsistema, pero que fue necesario hacer modificaciones a la Ley de Sociedades, que no pretendieron alterar el sistema, sino ajustarlo a las reglas generales del nuevo Código y respecto de temas específicos.

11. Se encuentra regulado en el CCCN, dentro del contrato de fianza (arts. 1583 y ss.), habilitando al acreedor a dirigirse contra los bienes del fiador "una vez excutidos los bienes del deudor principal", salvo las excepciones que contempla el art. 1584.

comprende la Sección IV, además de mancomunada por partes iguales, salvo excepciones, es subsidiaria.

El análisis de esta profunda y equívoca variación en el régimen de responsabilidad excede el alcance del presente trabajo, mas consideramos que la razón de la reforma se debe al carácter excepcional y estricto con que la ley interpreta y aplica la responsabilidad solidaria en el régimen unificado. Ante ello, los integrantes de sociedades constituidas bajo ciertos tipos que contempla el Capítulo II (regulares) o que han cumplimentado íntegramente el proceso de inscripción que dispone el artículo 7 LGS, que satisfacen la integridad de los requisitos esenciales y las formalidades exigidas por la ley (p. ej.: sociedad colectiva, capitalista en la sociedad de capital e industria), se encuentran en peores condiciones que cualquier socio de una sociedad que hubiere inobservado las pautas legales preindicadas. Lo propio acontece con los socios fundadores durante el período previo a la inscripción definitiva, todos los cuales, si bien son responsables en forma subsidiaria, lo son también ilimitada y solidariamente. Se abandonó el antiguo sistema de regularización por la llamada subsanación (art. 25 LGS), estableciéndose un procedimiento complejo y en aspectos confuso, que habilita el receso del o los socios disconformes.

La disolución y liquidación de las sociedades comprendidas en la Sección IV, que anteriormente podía ser requerida por cualquier socio en cualquier momento, actualmente solo puede ser solicitada en los casos en que la sociedad no posea estipulación escrita de pacto de duración (art. 25 LGS). En tal caso, el interesado deberá notificar fehacientemente tal decisión a los restantes socios, produciendo efecto de pleno derecho una vez transcurridos noventa días de la última notificación, y debiendo los socios que deseen permanecer abonarles a los salientes su parte social.

Sobre la base de lo dispuesto por el artículo 21 LGS (posibilidad de lo socios de invocar entre sí el contrato social), estas sociedades pueden ingresar en proceso disolutorio cuando incurran en cualquiera de las causales que contempla el artículo 94 LGS, salvo –claro está– sus dos últimos incisos. Tampoco les es aplicable la excepción que contempla el artículo 94 bis LGS en caso de reducción a uno en el número de socios, puesto que, al no estar comprendidas estas sociedades en alguno de los tipos del Capítulo II, no pueden recurrir a la transformación que contempla el artículo 74 LGS, que exige que la sociedad se encuentre regularmente constituida. El análisis de la norma no guarda relación con el tema del presente, mas resulta necesario resaltar las notorias omisiones legales, así como también la complejidad del procedimiento y su evidente divorcio de los principios de practicidad y economía –material y temporal– que, sin menoscabar la seguridad, necesariamente deben gobernar todo procedimiento de esta naturaleza.

Claramente la ley ha dado preeminencia al principio de subsistencia de la sociedad, que ya consagraba el artículo 100 LSC para el caso de duda respecto de la existencia de una causal de disolución, mas actualmente se amplió, habilitando la posibilidad de remover la causal disolutoria por parte del órgano de gobierno social, en caso de viabilidad económica y social de la actividad (art. 100 LGS). La liquidación se rige por las normas contractuales y legales.

Todas las referencias legales al contrato social generan confusión y profundadas dudas respecto de lo que acontece con aquellas sociedades que carecen de él (socie-

dades de hecho) o cuando el contrato es tan precario o confuso que obsta determinar con claridad los elementos a los que la ley refiere en el caso específico (administración y representación, régimen de responsabilidad, participaciones, pacto de duración).

Las relaciones entre acreedores sociales y los particulares del socio, aun en caso de quiebra, en la redacción del artículo 26 LSC, se regían como si se tratara de una sociedad regular, "salvo respecto de los bienes cuyo dominio requería registración", lo que corroboraba la imposibilidad de estas sociedades de adquirir bienes registrables. Actualmente, se rige como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II, "aun con relación a los bienes registrables".

La posibilidad de adquirir bienes registrables en favor de las sociedades comprendidas en la Sección IV se encuentra expresamente consagrada en el tercer párrafo del artículo 23 LGS,[12] derecho por el cual bregó la doctrina notarial durante largo tiempo. La norma requiere que la sociedad acredite su existencia ante el Registro, mediante un "acto de reconocimiento expreso de todos quienes afirman ser sus socios", como también "las facultades de sus representantes", el que debe instrumentarse mediante "escritura pública o instrumento privado con firma certificada por escribano". Cumplimentado ello, el Registro inscribirá el bien a nombre de la sociedad, mas dejando constancia "de la proporción en que participan los socios en la sociedad".

La incapacidad de las sociedades comprendidas en la Sección IV para adquirir bienes registrables se basaba en una antigua jurisprudencia[13] que, ratificando una resolución del Registro General de la Propiedad Inmueble, se fundó en la necesidad de identificar a los titulares y con ello proteger a terceros. La nueva normativa consagra un sistema de tutela, que contempla mecanismos tendientes a evitar fraudes o actos simulados; sin embargo, la norma también abre una serie de interrogantes de orden práctico que evaluaremos seguidamente.

2. Alcance del instrumento

El acto de reconocimiento expreso[14] que el artículo 23 LGS (2º párr.) les exige a las sociedades comprendidas en la Sección IV que deseen adquirir bienes registrables debe cumplir las siguientes formalidades:

1) Ser otorgado por todos aquellos que afirmen ser sus socios.
2) La sociedad deberá acreditar sumariamente su existencia y las facultades de su representante.
3) La forma solemne impuesta por ley (escritura pública o instrumento privado con firmas autenticadas por escribano) hace, por ende, a la validez del acto.

12. Art. 23 LGS (3º párr.): "Bienes registrables. Para adquirir bienes registrables l sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento expreso de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado por escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad".

13. CNCiv., en pleno, 1921, "Pascual Hnos.".

14. Art. 262 CCCN: "Manifestación de voluntad. Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material".

Este instrumento resulta imprescindible respecto de las sociedades reguladas en la Sección IV que carecen de instrumento escrito (sociedades de hecho), debiendo hacerse constar, en consecuencia, datos completos de sus integrantes, su domicilio y sede social, denominación y todo otro dato que permita su identificación. No resultaría necesario –en principio– respecto de las sociedades no constituidas regularmente pero cuyo instrumento de constitución constara en escritura pública o instrumento privado con firma certificada por escribano, a excepción de que los administradores o representantes reconocidos en aquel no coincidan con los actuales a quienes se encomienda la adquisición o cuando el texto fuera tan precario que impidiera conocer los requisitos necesarios para individualizar a la persona jurídica en regular forma. El acto de reconocimiento –insistimos– se impone en caso de sociedad carente de contrato o cuyo instrumento de constitución fuera incompleto o insuficiente.[15] Por el contrario, cuando la sociedad comprendida en la Sección IV posee un contrato constitutivo completo y del que surjan con claridad sus datos de identificación y representación, en el instrumento de adquisición se pueden incorporar las partes pertinentes de aquel (relacionadas o transcriptas), obviando, en consecuencia, el acto de reconocimiento expreso e inscribiéndose directamente el instrumento de adquisición, por supuesto, bajo la forma de escritura o instrumento privado con firmas autenticadas por escribano, según sea admisible conforme el bien de que se trate.

Para todas las demás sociedades comprendidas en la Sección IV del Capítulo I LGS, denominadas magistralmente sociedades simples por Nissen y Rodríguez Acquarone,[16] el otorgamiento del acto de reconocimiento formal, mediante escritura pública o instrumento privado con firma certificada por escribano público, es ineludible.[17] Incluso cuando el documento adquisitivo del bien conste en escritura pública, puesto que si bien el escribano interviniente puede comprobar y acreditar la representación de quien tiene a su cargo la adquisición, solo podría dar fe del carácter de la sociedad en el caso de que ella posea contrato constitutivo instrumentado mediante escritura o instrumento privado con firmas certificadas por escribano; no así en los restantes supuestos.

En estos supuestos y tal como expresa la norma, la sociedad deberá recurrir a cualquier medio probatorio para acreditar su existencia en forma sumaria y en ambas situaciones; esto es, sociedades con contrato constitutivo instrumentado mediante escritura pública o instrumento privado con firmas certificadas y aquellas que no lo posean deberán demostrar sumariamente su efectiva operatividad. Ello así, puesto que la norma que consagra el 2º párrafo del artículo 23 LGS constituye una disposición de orden público, prevista en tutela de los terceros, eventuales acreedores sociales, pero también –y fundamentalmente– particulares de los socios, con lo cual, aten-

15. D'Alessio, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 1429.

16. Nissen, Ricardo A. y Rodríguez Acquarone, Pilar M., "Necesarias modificaciones que deben hacerse al régimen de sociedades incluidas, en los Arts. 21 a 26 de la ley 19.550 según el proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial, con especial referencia a las sociedades de hecho" (ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación [Mar del Plata, 2012]).

17. Nissen, Ricardo A., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 218.

to la expresa disposición expuesta, la sociedad "debe demostrar indubitablemente su existencia".

Si bien la ley de reformas ha reconocido con claridad el carácter de sujeto de derecho de la sociedad desde el momento de su constitución (art. 2 LGS, art. 142 CCCN), como con total claridad señala Verón:[18]

> … la personalidad jurídica societaria aparece, entonces, como un recurso técnico legal; las relaciones internas y externas que origina se dirigen al cumplimiento del objeto social, debiéndose enmarcar en los cánones de la ley de su regulación, a través de la cual es necesario atender a su naturaleza, fines, efectos y límites.

La sociedad inoperante –claro está– constituye una mera ficción, creada para la "consecución de fines extrasocietarios, violar la ley, el orden público, la buena fe o frustrar derechos de terceros", y, por tanto, no es sujeto de derecho, carece de personalidad jurídica diferenciada, imputándosele su actuación directamente a sus socios o controlantes que la hicieron posible, en forma ilimitada y solidaria (art. 54 LGS; teoría de la inoponibilidad o *disregard of legal entity*). Consecuentemente, no existe como tal. La fórmula que emplea el legislador en el artículo 1 LGS, que consagra el llamado fin societario, esto es, la aplicación de los aportes a la producción o intercambio de bienes o servicios, la actividad económica que ello implica, constituye presupuesto inomisible para el otorgamiento de la personalidad jurídica. Sin embargo, como con su conocida claridad conceptual indica Nissen:[19]

> … la realidad ilustra que no son pocas sociedades comerciales que no desarrollan la menor actividad comercial, siendo ellas creadas a los fines de convertirse en una valla protectora de la ilicitud, que es lo que por lo general acontece cuando detrás de la personalidad jurídica de las sociedades se esconde un bien o un determinado patrimonio.

Sin evaluar siquiera la buena fe de sus integrantes, aun presuponiendo su existencia, preocupa que las sociedades comprendidas en la Sección IV –a cuyos miembros se ha beneficiado atribuyéndoseles responsabilidad subsidiaria, simplemente mancomunada y por partes iguales, salvo excepciones, lo que implica una clara transferencia del riesgo a los acreedores– puedan, además, adquirir bienes registrables con la sola manifestación unilateral de quienes afirman ser sus socios (art. 1800 CCCN), premiando la desidia o la deliberada inobservancia de la ley en detrimento de quienes satisfacen los requisitos legales impuestos en tutela de la seguridad jurídica y el tráfico comercial. Más grave aún resultaría la situación en caso de efectiva mala fe de sus integrantes. Desafortunadamente, hemos observado durante el ejercicio profesional que instrumentos legales pensados para el bien común o con una finalidad plausible fueron utilizados con fines defraudatorios en forma *remanida*, llegando tarde las soluciones judiciales que les pusieron coto.

Supongamos una sociedad de hecho cuya finalidad diste de la enunciada en el artículo 1 LGS, sino que los aportes de los socios tiendan a crear un patrimonio lejos

18. Verón, Alberto V., *Sociedades comerciales*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 23.

19. Nissen, Ricardo A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 67.

del alcance de sus acreedores (privilegiados o quirografarios) o aventar los riesgos de futuras divisiones de sociedad conyugal o a violar la porción legítima de ciertos herederos. Como tal, la sociedad carecerá de contrato de cualquier tipo. Sus miembros, probablemente aparenten una solvencia de la cual carecen, induciendo a error y otorgamiento de crédito de difícil o imposible recupero, puesto que sus bienes de mayor valor económico (registrables) se encontrarían a nombre de una sociedad cuyos acreedores poseen preferencia en el cobro, con lo cual los particulares de los socios solo podrán requerir judicialmente la inoponibilidad de la persona jurídica para poder ejecutar sus respectivos créditos o probar la insolvencia de aquella. En cualquier caso, un panorama oscuro.

Solo la previsión por parte del legislador de eventuales actos defraudatorios, mediante la utilización de las figuras comprendidas en la Sección IV, explicaría la disposición legal que exige que, al registrar el bien "a nombre de la sociedad", se indique "la proporción en que participan los socios en la sociedad" (art. 23, 2º párr. *in fine*, LGS), puesto que no se constituye un condominio sino un dominio exclusivo a nombre de la sociedad. Recordemos que, en caso de liquidación o ejecución, los acreedores particulares del socio solo podrán actuar sobre el remanente, no pudiendo trabar ninguna medida cautelar sobre la porción que le corresponde a su deudor en la sociedad –ya sea en el capital o sus beneficios–, por lo que se hallan en condición más desfavorable que el acreedor particular de un socio de una sociedad por partes de interés.[20]

La disposición que consagra la posibilidad de estas sociedades de adquirir bienes registrables debe ser estrictamente observada y aquellas deberán necesariamente acreditar su efectiva existencia ante el Registrador. De ello dependerá que las sociedades comprendidas en la nueva normativa de la Sección IV, Capítulo I, LGS, no se conviertan en las nuevas *offshore*, figura que –como cualquier otra– no es esencialmente nociva, pero que, desafortunadamente, fue utilizada en incontables casos para violar la ley y perjudicar a terceros.

20. Aun cuando en las sociedades por partes de interés los acreedores del socio no pueden hacer vender la parte de interés, solo cobrarse sobre las utilidades y la cuota de liquidación (art. 57 LGS.), los socios poseen responsabilidad ilimitada y solidaria.

Moderna contratación

A propósito del Código Civil y Comercial de la Nación

Mariano Gagliardo*

RdN 922

RESUMEN

La vigencia del Código Civil y Comercial ha significado una real actualización del orden jurídico que nos regía desde la época de la codificación. Se han incorporado, entre muchas novedades, tipos legales con antecedentes en la vida jurídica bajo la figura de contratos innominados y modernos contratos empresariales, relaciones jurídicas que dan actualidad a nuestra realidad jurídica.

Sumario: ***1.*** *El derecho es un orden.* ***2.*** *Concepto histórico del contrato.* ***3.*** *Concepción actual del contrato.* ***4.*** *Acerca de la voluntad jurídica.* ***5.*** *Autonomía de la voluntad. Alcances.* ***6.*** *Fuerza obligatoria del contrato.* ***7.*** *Tipicidad contractual.* ***8.*** *Nuevas modalidades contractuales.* ***9.*** *Final.*

1. El derecho es un orden

El título precedente dice, en síntesis, que el régimen jurídico responde a una necesidad lógica y ética, derivada del aseguramiento de una ordenada y pacífica convivencia. Es que el derecho es un fenómeno omnipresente en nuestras sociedades. Prácticamente no existe ninguna relación social que no esté, o pueda llegar a estar, regulada jurídicamente. A diferencia del rey Midas, que convertía en oro todo lo que tocaba, el derecho no convierte sin más en jurídico todo aquello por lo que se interesa. Lo jurídico es solo un aspecto de lo social –según los casos, tiene una mayor o menor relevancia–, mas de aquel no podemos prescindir si queremos entender algo del mundo que nos rodea.

Es que la realidad es el marco del derecho y la aspiración a la justicia; es lo que da sentido al derecho,[1] que está conformado por varias disciplinas que requieren la recreación continúa –cada una a su manera– de las conductas plasmadas en el respectivo precepto jurídico, máxime en función de los cambios que se producen con el transcurrir del tiempo y las particularidades que presentan los casos individuales y concretos del diario acontecer. Porque el derecho es un fenómeno cultural; pertenece

* Información sobre el autor en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

1. Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2012, pp. 23 y ss.

a la realidad humana,[2] constituida por la conducta compartida de los hombres que conviven en sociedad. Y la cultura es fundamentalmente valor. Por lo tanto, el derecho se manifiesta como una síntesis unitaria de los elementos inherentes a los objetos culturales, a la realidad cultural: la conducta compartida como sustrato real, la dimensión axiológica de esa conducta –en la cabal concepción de Werner Goldschmidt y Bidart Campos– y la representación conceptual de esos elementos por la norma jurídica.

Téngase en cuenta que el derecho no está constituido por verdades de razón, ni tampoco reside en el mundo físico de la naturaleza. Al resultar un fenómeno cultural, cabe recordar que a la cultura no se la explica causalmente, ni se la deduce del pensamiento puro ni de las solas funciones lógico-racionales de la mente humana. No es el derecho en general mera parte de la razón humana o creación arbitraria de la mente, o simple precipitación de los principios ideales que el legislador traduce en fórmulas viables de conducta social; no es tampoco fruto exclusivo del medio social, que evoluciona según leyes propias.

En suma: el derecho o no es nada sustantivo o es la regla de nuestros actos y conductas sociales, ordenación de la libre voluntad para el cumplimiento del bien imperiosamente exigido por las relaciones esenciales a la sociedad humana. Tal ordenación, en el contexto de los vínculos de coordinación y subordinación que, respectivamente, mantiene el hombre con sus semejantes y con el todo social del que forma parte, se desdobla en deberes que se nos imponen y facultades que se otorgan.

2. Concepto histórico del contrato

El concepto del contrato tienen una acentuada y destacada evolución, donde las primigenias ideas no siempre eran claras o bien difundidas. Lo que hoy nos parece lógico y natural, por el contrario, responde a un diverso desarrollo teórico-práctico.

Un panorama sintético de lo acontecido en la citada figura se remite al antiguo derecho romano, pletórico de solemnidades y formalidades, actos que en lo específico generaban una *obligatio*, a la que le cabía el nombre de *contractus*. Se suceden dos etapas bien marcadas, que luego generarían ciertos contratos receptados por nuestros tiempos:

a) derecho de gentes, donde sobresalen lo que hoy conocemos como contratos reales, aplicables al mutuo, depósito, comodato y prenda;
b) derecho pretorio, donde sobresalen las obligaciones contraídas por el mero consentimiento o por el mero acuerdo y se limitaron a la compraventa, arrendamiento, mandato, sociedades.

En una fugaz visión del derecho romano, este conoció convenciones en las cuales una de las partes daba alguna cosa o hacía algo para recibir luego a cambio algo que la otra parte prometía a su vez dar o hacer. También se conoció la figura de los pactos que, aun siendo acuerdo de voluntades, no generaban ningún acuerdo inme-

2. AA. VV., *Derecho y realidad*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1990 [Serie II: "Obras", nº 22].

diato: no producían obligación ni eran motivo para un cumplimiento. Sin embargo, tiempo después algunos pactos fueron provistos de acción.

A pesar de los matices que anteceden, no existió una clara relación entre contrato y acuerdo de voluntades: este era constitutivo de un nudo pacto y carecía de acción; mientras que el contrato resultaba de cumplir una determinada forma solemne, realizar un comportamiento o bien suscribir un documento. Es en el Derecho bizantino (derecho romano posclásico) donde se argumenta el inicio del cauce del voluntarismo jurídico que considerará como origen de las obligaciones la expresión de voluntad de las partes.

En cuanto a la moderna concepción del contrato, diversas y extensas son las fuentes que contribuyen a su formulación.[3]

3. Concepción actual del contrato

El contrato es una institución típica y clásica del derecho de las obligaciones. Y, si bien reconoce alcances jurídicos restringidos a los contratantes, no obstante, tiene sus incidencias en el ámbito de los derechos reales, intelectuales, de familia y régimen sucesorio. De manera que los mismos principios que rigen para las relaciones obligatorias se aplican para los contratos con eficacia real, o sea, para aquellos contratos que son traslativos o constitutivos de derechos reales.

Lo antes expuesto denota la amplitud y dinámica conceptual de una figura que en sus orígenes era limitada. Es que la esfera contractual, específicamente en el derecho privado, es una manifestación de la libertad y el libre desarrollo de la persona humana, lo que se traduce en respeto a la iniciativa privada y debida ponderación a la autonomía de la voluntad. El contrato ha sido –y será– una categoría necesaria de la esfera jurídica, génesis de las obligaciones.

En la concepción del Código de Vélez (art. 1137), el contrato resultó una especie del género acto o negocio jurídico, sinónimos estos de sobrada carta de ciudadanía.[4] Sus notas características estaban previstas en el derogado artículo 944 y hoy lucen en el artículo 259 del Código Civil y Comercial (CCCN), al decir: "Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas". De tal manera, los preceptos citados traslucen que su finalidad primordial es regular de un modo directo las relaciones jurídicas patrimoniales: abarca, pues, los derechos creditorios, reales o intelectuales –estos, con las limitaciones de su esencia[5]–.

Los vínculos aludidos –en la teoría general del derecho– tienen multiplicidad de aplicaciones que derivan del entonces artículo 944 ("crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos") y del actual artículo 259, donde se incorporan "relaciones o situaciones jurídicas", aspectos que complementan el panorama del contrato.

3. Por caso, doctrina de los canonistas, voluntarismo jurídico de la escolástica y el obrar racionalista del derecho natural.

4. Orgaz, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Buenos Aires, Zavalía, 1963, ap. 31.

5. Cfr. Videla Escalada, Federico N., *Contratos*, Zavalía, Buenos Aires, 1971, p. 32.

Es decir, además de generar efectos obligaciones, aquella figura es también causa de negocios asociativos, etcétera. El contrato, pues, resulta configurado como un instrumento de libre iniciativa y autorregulación de intereses. En esta última afirmación quedan comprendidas distintas facetas de la contratación[6] y la autonomía privada en las relaciones obligatorias, destacándose la ejecución del contrato, su modificación y autodecisión para resolverlo y, eventualmente, para exigir su cumplimiento.

Por último, es de interés referenciar a Colin y Capitant,[7] autores que adoptan un criterio amplio respecto del contrato o convención –tal, la denominación–, al que le atribuyen índole de un acuerdo de dos o más voluntades con el fin de producir efectos jurídicos. Al contratar –dicen–, las partes pueden proponerse, ya crear un vínculo jurídico, crear o transferir un derecho real u originar obligaciones, ya modificar una relación existente, ya, por último, extinguirla. Señalan que el rasgo característico de la convención, tomada en sentido amplio, consiste en un acuerdo de voluntades que determina libremente, sin reserva alguna, los efectos jurídicos del vínculo de derecho establecido por las partes: estas son dueñas soberanas, establecen como quieren, como lo juzgan mejor, los derechos y las obligaciones que crean entre ellas.

4. Acerca de la voluntad jurídica

De acuerdo con las notas sustanciales del Código de Vélez, la noción clásica del contrato se sustentaba en la voluntad y en tres pautas esenciales: autonomía de la voluntad, fuerza obligatoria y efecto relativo del vínculo entre partes.

En cuanto a la voluntad, es aquella capaz y apta de crear situaciones jurídicas, por lo que debe ser plena, exenta de vicios, que genera, modifica, transforma o extingue el derecho (y las relaciones o situaciones jurídicas). De más está decir que la ley no crea, sino que se limita a reconocer la aptitud jurígena de la voluntad individual cuando regula la formación y efectos de figuras determinadas o tipifica y sanciona procederes inadmisibles. Para nuestro orden jurídico, el contrato es corolario o resultado de un acuerdo respecto de una declaración de voluntad común de las partes. Y tal declaración –se dice– conlleva a un distingo, que es una observación: es que la convención, que pareciera disímil del contrato, está destinada a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, mientras que el contrato es el acuerdo dirigido a crear o modificar relaciones creditorias, pero no a extinguirlas. Cabe aquí una aclaración, pues existen contratos resolutorios o extintivos de derechos (p. ej.: el contrato de transacción).

Por lo demás, en una perspectiva amplia, la convención es un término amplio: no todas las convenciones son contratos; aquellas pueden o no ser jurídicas, según su materia y sus fines estén o no comprendidos en la esfera del derecho: los acuerdos de amistad y cortesía serán convenciones, mas quedan fuera del orden jurídico. Es que las mismas convenciones jurídicas, no todas resultan contratos: las primeras, suelen tener un alcance mayor que el del contrato. Según la convención, se originan, modi-

6. Alegria, Héctor, *Reglas y principios del derecho comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 6.

7. Capitant, H. y Colin, Ambrosio, *Curso elemental de derecho civil*, t. III, Madrid, Reus, 1943, 2ª ed., p. 580.

fican y extinguen obligaciones e incluso derechos reales; por la convención se cumplen modificaciones importantes en el régimen de familia (adopción); por la convención se regula la sucesión *mortis causa* –legislación germana–.

En suma: la convención representa el imperio de la voluntad humana y, en la medida en que las relaciones de derecho dependen de ella, sirve para moldearlas, extinguirlas u originarlas. Con estas advertencias y aclaraciones, en cuanto fueren del caso, no habría reparos en utilizar en sentido amplio el vocablo convención como sinónimo de contrato.

Otro aspecto a definir es el referido a la dirección de la voluntad, que no es en cualquier sentido, sino dirigida u orientada a un fin: "preordenación de un hecho voluntario, por el sujeto que lo realiza, a la consecución de un fin"[8]. Y tal acción voluntaria se traduce en exteriorización de una declaración negocial. De manera que la declaración de voluntad común, destinada a reglar los derechos de las partes, debe entenderse como una regulación de derechos –producción de efectos jurídicos– y un medio para lograr practicidad, que es lo que pretenden las partes al satisfacer sus derechos.

Debe señalarse que la noción del abrogado artículo 944, en su actual versión del artículo 259 CCCN, resulta comprensiva de los propósitos a que aspira una relación jurídica, en particular, un contrato. Si el agente, al realizar el acto, no hubiese perseguido algunos de los objetivos previstos en la norma citada y, no obstante ello, hubiese producido ese efecto, el acto actuará en el área del derecho y producirá consecuencias jurídicas, pero no merecerá el calificativo de acto jurídico sino solo el de hecho jurídico, lícito o ilícito, según fuera –o no– reprobado por la ley.[9]

Reafirmando lo dicho, es útil parafrasear la ironía de Villey,[10] al decir:

> … nuestra teoría del contrato, "consensualista", "voluntarista", no ha nacido de la autoría de los juristas. Ella no tiene origen romano mientras costumbres. Tampoco ha nacido en el seno del derecho canónico medieval como se creía en otros tiempos. Se buscaba en vano en el *Digesto* una definición análoga a la del art. 1101 del Código francés. Nuestra teoría general del contrato y de los vicios del consentimiento, por su parte, como todo el mundo lo sabe, son solo un producto del pensamiento moderno […] Nuestra teoría del contrato es un regalo que nos han hecho, a los juristas, un cierto grupo de filósofos de la Europa moderna [..] La desgracia es que en el caso que examinamos, debemos nuestra ciencia jurídica a pensadores ignorantes del Derecho.

Con motivo de lo expuesto y otras circunstancias derivadas de la historia del contrato y su objetivación, se ha producido una separación entre el *pacta sunt servanda* y la *rebus sic stantibus*, al decir agudamente Mosset Iturraspe:[11]

8. Barbero, Domenico, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, v. I., Torino, UTET, 1965, p. 333, § 207.

9. Aguiar, Henoch, *Hechos y actos jurídicos en la ley*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1950, p. 23, ap. 14. Art. 257 CCCN: "Hecho jurídico. El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas".

10. Villey, Michel, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, Buenos Aires, Ghersi, 1980, pp. 25 y ss.

11. Mosset Iturraspe, Jorge, "Las circunstancias del contrato", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 128, p. 834.

> … si la palabra empeñada es tan solo lo declarado, para nada interesan las circunstancias que presidieron el acuerdo, poco importa lo que las partes hayan presupuesto o sobreentendido; serán intranscendentes, las consecuencias virtuales, la atmósfera negocial, sus bases, etc. …

Estas observaciones no desatienden –o no pueden soslayar– que nuestro orden jurídico siempre rindió culto y exaltó el valor de la palabra empeñada y el venerado respeto a la firma inserta o puesta al pie de un compromiso.

¿Qué decir hoy, ante las reformas que lucen en el Código unificado, respecto de los instrumentos privados y particulares, enmiendas, correspondencia y valor probatorio (arts. 313 y ss.) que significan una modificación de pautas básicas y tradicionales? La realidad es que los nuevos acontecimientos impactan en la tradicional legalidad.

5. Autonomía de la voluntad. Alcances

La autonomía de la voluntad es un postulado que subyace en nuestro orden jurídico. La referida expresión tiene un amplio y denso significado; no solo se vinculan las partes únicamente cuando hubieran convenido en obligarse (libertad de contratar), sino que se obligan de la manera que deseasen, confiriéndoles a sus acuerdos el contenido que prefieren (libertad contractual).

Es que la autonomía privada no es expresión de una mera facultad, sino la manifestación del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, y es en la esfera de los intereses privados donde aquella actúa primordialmente.[12] Y una de las consecuencias más importantes de la autonomía de la voluntad es el distingo entre actos jurídicos y actos jurídicos lícitos, toda vez que los primeros tienen un contenido normativo.

De más está decir que no parece necesario destacar que no todo lo que pueda resultar útil y funcional para las partes ha de entenderse permitido sin limitación. Y así como el artículo 1197 del Código de Vélez decía "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma", tal precepto tiene su correlato en el artículo 958 CCCN: "Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres".

De más está decir que existe un correlato lógico entre la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato que, en suma, lo explicita. Y, a partir de la naturaleza libre del ser humano, no cabe que se obligue más que por su propia voluntad y de ello resulta que es la voluntad la que crea los efectos del contrato y determina, en principio, su contenido. Estos efectos jurídicos solo existen porque ellos han sido queridos y tal como han sido dispuestos por las partes.

Por otra parte, no pudiendo el hombre actuar contra sus intereses, esas obligaciones voluntariamente consentidas no pueden ser sino justas: "La única función del

12. Ferri, Luigi, *La autonomía privada*, Granada, Comares, 2001, pp. 7 y ss.

derecho es la de asegurar la igualdad de las libertades en presencia; todo contrato libre es un contrato justo, cualquiera fuese por otra parte, su contenido"[13]. Sin embargo, no obstante la amplitud del principio de la autonomía de la voluntad, en el abrogado Código Civil y en su versión actual existen dispositivos que restringen tal pauta: el artículo 332, con respecto a la lesión; el artículo 10, relativo al abuso del derecho; el artículo 1743, no dispensa del dolo obligacional; etcétera.

Se argumentó[14] que la institución jurídica contrato es un reflejo de la propiedad privada y constituye el vehículo de circulación de la riqueza. De allí que el reconocimiento de estas ideas se vincula con el principio de la libertad contractual, expresión de la autonomía de los particulares. Y, en consecuencia, el criterio de libertad de contratar –con garantía constitucional– tiene las siguientes consecuencias:

a) prerrogativa del individuo de celebrar –o no– contratos, según su criterio;
b) facultad de controvertir y/o admitir el clausulado contractual, sin otras restricciones que las provenientes de la moral, el orden público y las buenas costumbres;
c) libertad de expresar las voluntades de la manera que consideren más conveniente, sin soslayar solemnidades;
d) libertad de asignarles a los contratos los efectos que consideren más adecuados, excepción de atribuir alcances obligatorios a los contratos reales.

En suma: la fuerza obligatoria y vinculante del vínculo recibe el impacto de nuevos hechos, acontecimientos y circunstancias que inciden en la relación contractual.

6. Fuerza obligatoria del contrato

Los efectos de los contratos tenían un precepto (art. 1195) limitativo de sus alcances en orden a las partes, herederos y sucesores universales. El Código unificado dedica una Sección 1º en el Capítulo 9 y en cuatro preceptos al "efecto relativo". Debe destacarse que se regulan los alcances del contrato con mayor meticulosidad, si bien se admiten (arts. 1021 y 1022) "excepciones de orden legal" en la regla general: "el contrato solo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros"; el artículo 1022, en cuanto trata la "situación de los terceros", al decir "el contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido"; dedicando los artículos 1023 y 1024 a "parte del contrato" y "sucesores universales".

De la fuerza obligatoria de las convenciones o estipulaciones que tienen entre las partes resulta el denominado efecto vinculante: en virtud de las proyecciones de orden social y económicas que conlleva, exige que se repare en él y se justiprecie en toda su dimensión: "todo el mundo sabe que la vida es imposible si los hombres no cumplen sus promesas"[15], toda vez que el deber de mantener la propia palabra es una de las conquistas más lentas y serias de la civilización. Es que el respeto por la pala-

13. Ghestin, Jacques, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, 1980, p. 18.

14. Villey, Michel, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, Buenos Aires, Ghersi, 1986, pp. 26 y ss.

15. Laski, Harold J., *Introducción a la política*, Buenos Aires, Siglo XX, 1946, p. 32.

bra dada no es solo factor de orden en la convivencia social, sino también pauta de conducta, de continencia moral, y esta, como el orden jurídico, es recaudo imprescindible para la armonía en sociedad.

Cuando el legislador se empeña en enervar la fuerza obligatoria contractual, prepara el divorcio entre la ley positiva y el derecho natural. Este divorcio, inexorablemente, será seguido de una reconciliación, sin la cual la civilización fracasaría; mas, en la espera de este feliz desenlace, causa estragos y provoca ruinas que difícilmente serán reparables.

Debe señalarse que, en línea de principios, lo relativo a la vinculación obligatoria de los contratos pertenece a la filosofía y, en todos los tiempos y países, los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos: lo pactado libremente entre personas, como reconocimiento de la autonomía de la persona y de las exigencias de la conveniencia social. Pero el contrato no puede extenderse a todos los órdenes particulares que constituyen la esfera del derecho privado. Así, la clasificación de los contratos en consensuales y reales alude a los recaudos para el perfeccionamiento del acto jurídico: efectos obligatorios y efectos reales. El consenso es relevante en ambos; mientras que en los primeros el efecto consiste en crear una obligación, en los segundos se produce de manera instantánea una modificación de la titularidad de un derecho o transferencia de un derecho real por el mero hecho de la conclusión del negocio. Por caso, en nuestro régimen, existen contratos reales que no producen efectos reales: el depósito y el comodato.

El enunciado que formula el Código unificado acerca del efecto vinculante es que

> Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

De manera coincidente con lo expuesto, valen los contenidos de los artículos 1021-1023 del Código unificado, antes reseñados, destacándose que el principal efecto del contrato es ser una de las fuentes de las obligaciones: las genera, pero también puede estar destinado a modificarlas, ampliarlas o restringirlas y a extinguirlas. A raíz de estos alcances señalados, se distingue entre obligaciones principales, surgidas del acuerdo, y obligaciones accesorias, de similar origen. Las primeras constituyen lo esencial del contrato, por estar directamente vinculadas al consentimiento o por ser las propias de un acto jurídico; las accesorias, también llamadas secundarias, pueden considerarse implícitas, dependen de las principales y coadyuvan a lograr la finalidad subjetiva y objetiva del contrato.[16] De manera que en el orden jurídico vigente, prevalece una justificación dinámica y funcional por sobre lo estático y rígido, tal la concepción derivada de la doctrina que imperaba en el Código de Vélez.

16. Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos en general", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, nº 3, 2012, p. 97.

7. Tipicidad contractual

En derecho, tipicidad es lo regulado o normado mediante tipos legales: típico es lo contemplado en la norma jurídica y atípico o innominado es lo que carece de un precepto específico.

A) Pautas genéricas de la tipicidad:

La tipicidad resulta un especial modo de organizar y estructurar la regulación de los actos jurídicos; tal ordenación se lleva a cabo mediante la utilización del tipo legal: la conducta solo será jurídicamente eficaz en la medida en que coincida con cada uno de los tipos descriptos por un sistema jurídico determinado. De tipicidad surge la idea de tipo en sentido jurídico.
Tipo y tipicidad son aspectos interdependientes pero no coincidentes; ello, precisamente, pues la tipicidad es una conexión entre la conducta, hecho o fenómeno, y el tipo jurídico. El tipo tiene su origen en una realidad social y de este hecho deriva la doble función que cubre la tipicidad (función individualizadora y función jurídica).
El tipo legal es un límite a la libertad contractual. La elección de una figura preordenada requiere el cumplimiento de recaudos esenciales mínimos de orden conceptual vinculados al tipo en cuestión. El núcleo de facultades de la libertad contractual se reduce a: a) libertad de creación de figuras contractuales que no pertenezcan a los tipos dotados de una disciplina particular; b) libertad en la determinación del contenido, es decir, el reglamento normativo que regirá la relación contractual.
Por su parte, la atipicidad expresa realidades jurídicas heterogéneas, y el área de los aspectos atípicos coincide sustancialmente con los temas de estructura y/o esquema de la figura respectiva. Y valen aquí dos premisas:

a) La ley reglamenta ciertas declaraciones y descarta otros actos jurídicos, impidiendo sus efectos propuestos: la declaración solo vale si reúne las exigencias prescriptas por la ley; el sujeto puede regular sus relaciones, según su propia voluntad, y la ley le facilita el instrumento del negocio, mas no puede cambiar la estructura o los requisitos o el modo de ser del negocio que utiliza (donación de un inmueble por acto privado).
b) Dentro de la autonomía de la voluntad, el particular puede crear nuevos negocios no regulados por la ley o bien modificar los efectos de un negocio singular regulado por ella; en otros supuestos, la norma pone a disposición de los particulares negocios preestablecidos, con efectos inalterables (derechos de familia) y, c) por último, existen restricciones generales que provienen de la moral, buenas costumbres u orden público.

B) Pautas específicas del tipo legal:

En el concepto de contrato, se advierte la idea de los elementos naturales, que serían los que normalmente acompañan al acto jurídico, por corresponder a su naturaleza. Se los sobreentiende, aunque en el acto no se expresen, si bien las

partes pueden voluntariamente dejarlos sin efecto por no considerarlos necesarios para la virtualidad del contrato (por caso: evicción, etc.). Finalmente, se habla de los elementos accidentales, que no serían necesarios para la existencia del negocio o que normalmente se consideran comprendidos en él, pero que pueden ser añadidos por voluntad de las partes. Es de aclarar que son accidentales en relación con el negocio tipo, pero constitutivos del negocio concreto. Lo último, pues, al ser agregados por las partes al acto jurídico que las une por voluntad privada, vienen a transformarse en elementos esenciales para ese acto particular: luego, accidentales *in abstracto* con respecto a todos los negocios jurídicos; esenciales *in concreto* una vez incorporados al negocio en cuestión (por caso, condición).[17]

Los contratos que no responden a los tipos particularmente disciplinados y denominados por la ley pueden definirse como atípicos o innominados. Para establecer si un contrato es típico o atípico, es necesario ver si corresponde a los tipos singulares acogidos y disciplinados en el derecho positivo vigente de un modo particular.

El Código Civil y Comercial contiene una diversidad de preceptos que clarifican –y regulan– tipos legales que, en su momento, suscitarán cuestiones interpretativas, algunas insolubles. Como una pauta básica y liminar, en el artículo 970 trata los contratos nominados e innominados y respecto de los últimos contiene un orden de regulación y prioridades, dando así criterios de solución.

Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por:

a) la voluntad de las partes;
b) las normas generales sobre contratos y obligaciones;
c) los usos y prácticas del lugar de celebración;
d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

De más está decir que las pautas precedentes difieren plenamente de la prelación normativa –de leyes supletorias– previstas en el artículo 963, en cuanto se enuncian:

a) normas indisponibles de la ley especial del Código;
b) normas particulares del contrato;
c) normas supletorias de la ley especial;
d) normas supletorias del Código.

En segundo lugar, destacamos algunas figuras nominadas que contribuirán –a no dudar– en los emprendimientos particulares: contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984 y ss.); tratativas particulares (art. 990); contratos preliminares (art. 994); previsión de los efectos del contrato (arts. 1021 y ss.); subcontrato (arts.1069 y ss.); contratos conexos (arts. 1073 y ss.); contratos de consumo y ciertos contratos en particular, tales como suministro, factoraje, agencia, distribución, concesión, franquicia, arbitraje, etcétera (arts. 1092 y ss.). En este brevísimo inventario se advierte que con los tipos legales y aquellos innominados –con pautas de

17. Cfr. Cifuentes Santos, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 138.

aplicación–, nuestro régimen jurídico denota pruebas de suficiencia y adaptación a las exigencias de las nuevas realidades.

8. Nuevas modalidades contractuales

La evolución de las economías regionales nacionales, los nuevos espacios económicos y la creciente incidencia y condicionamiento de lo social han generado y contribuido a una mutación –a veces, fugaz– en el régimen jurídico de los contratos. Lo último, acentuado con la influencia de la llamada globalización, dato de la realidad que es innegable.

Es que la globalización, que preside el actual contexto internacional, configura un proceso complejo de integración mundial que ocurre, entre otros, en los sectores de comunicaciones, economía, finanzas y en los negocios. La estrategia de la globalización tiene como principal objetivo el incremento de la competitividad, mediante la integración y expansión de actividades internacionales. Por su amplitud y velocidad, la globalización afecta a individuos, empresas y naciones, pues incide en los fundamentos básicos sobre los que se organizó la economía mundial en los últimos cincuenta años.

La existencia de redes transnacionales de producción, inversiones e intercambio hace que pocos mercados nacionales o sectores de economía locales puedan aislarse completamente de las condiciones internacionales o de las presiones competitivas externas: los flujos de capitales internacionales, entre otros, resultan las principales fuerzas que moldean el orden mundial. Con motivo del escenario que surge de la globalización, las megatendencias resultan: la telemática, los *e-mails*, los adelantos de la tecnología celular y sus diversas aplicaciones, la videoconferencia, el módem, el gigante del comercio electrónico en la venta *on line*, etcétera, que posibilitan el intercambio de informaciones con rapidez y precisión, y el contrato en sus parámetros y moldes clásicos persiste, mas con disímiles marcas funcionales y operativos.

Un tráfico económico cada vez más acelerado da lugar a la aparición de una serie de modalidades contractuales de muy difícil encasillamiento en el régimen jurídico tradicional, en el que el contrato es un acuerdo de voluntades, un compromiso libremente convenido entre intereses contrarios. Aparecen las contrataciones impuestas a los clientes por grandes empresas mercantiles e industriales y referidas muchas veces a la utilización de bienes o servicios imprescindibles en la vida cotidiana (agua potable, energía eléctrica, teléfono, etc.); es decir, contratos determinados por una producción masiva de bienes y servicios. Surgen, asimismo, contratos donde se recorta la libertad contractual, pues si bien las partes son libres para contratar o no contratar, si contratan, deben hacerlo ante un esquema legalmente impuesto. Es el caso de los contratos normados o contratos con un contenido imperativo determinado. Se destacan, también, los supuestos que la doctrina alemana denomina prestaciones del tráfico en masa, en los cuales ciertas obligaciones provienen del hecho de realizar un determinado comportamiento sin previa declaración de voluntad alguna (por caso, aparcamiento de un vehículo).

Es sabido que un código –en el particular, el Civil y Comercial que nos rige– es un sistema coherente de preceptos que orienta la realidad nacional, según pautas, li-

neamientos, filosofías y programas de acción que aseguren su unidad y afiancen su eficacia, en función de una adecuada sistematización de los derechos, adecuado método en la distribución de las materias y una armónica actuación de las instituciones concebidas para lograr aquel fin. Estas pautas esenciales no pueden desatender la pujante realidad que impera y menos, el esquema del contrato, instrumento de progreso.

9. Final

En esta breve y rápida visión panorámica, queda expuesta la figura del contrato y sus transformaciones –incluso en sus notas relevantes– hasta nuestros días. Queda sí comprobado que el contrato es el instrumento por el que las partes, actuando en su propio interés, fijan el punto de encuentro de intereses disímiles o concurrentes, siendo el medio más adecuado para obtener el ideal de colaboración voluntaria. El contrato es entonces un vehículo relevante que expresa el dinamismo de la vida colectiva, que se desarrolla a través de acuerdos entre sujetos.

Por demás, no hay contratos químicamente puros, pues la complejidad de circunstancias de todo orden que generalmente rodean la celebración de contratos hace que su regulación reciba influencias de las más variadas procedencias, no solo del campo jurídico, sino de otros ámbitos –sociológico, económico, familiar, etcétera–. Pero estos elementos no alcanzan en los supuestos más frecuentes a desvirtuar la regulación única del contrato contenida en la ley, sino que ayuda en otros terrenos a interpretar el contrato. No hay en estos casos, contrato atípico, propiamente dicho, debiendo este entenderse que así existe solo cuando el núcleo fundamental de derechos y obligaciones creado por las partes no encuadra directa ni indirectamente en los regulados especialmente en las leyes.

En el orden de las ideas antes descriptas, el contrato, no obstante, resultará ser el paradigma de acto jurídico bilateral o plurilateral y fuente indeclinable de obligaciones en el ámbito del derecho.

El Código Civil y Comercial hoy vigente, tal lo fuera en su momento el Código Civil, es un código de vida, que nos impone una nueva realidad jurídica que, entre otros contenidos, trae modalidades contractuales que exigen del jurista de estos tiempos agudizar el ingenio para dar claridad a los preceptos que pudieren resultar oscuros, buscar soluciones armoniosas donde existieren disímiles interpretaciones y proponer postulados coherentes ante lo que pareciere insuperable.

Artículos 45 y 46 del Código Civil y Comercial

Donaciones y propuesta de futuras reformas

Álvaro Gutiérrez Zaldívar

RdN 922

RESUMEN

El Código Civil y Comercial tiene una manifiesta aversión respecto de las donaciones y los actos a título gratuito, de tal manera que en algún artículo se los equipara en sus consecuencias con los actos de mala fe. Los artículos 45 y 46 deberían ser reformados en cuanto a las donaciones. Se presentan propuestas de redacción.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Los artículos 45 y 46 en relación con los actos a título gratuito.* ***3.*** *Cosas registrables.*

1. Introducción

Sin entrar a hacer un artículo de fondo, como hicimos con respecto a la capacidad de la persona humana antes de que el Código Civil y Comercial entrara en vigencia,[1] el presente incluye una propuesta de cambios sobre artículos que hablan de donaciones, mencionados en aquel trabajo.[2]

Creemos que es una situación a resaltar la manifiesta voluntad explicitada en el nuevo Código de dificultar o, en definitiva, de impedir la realización de donaciones, de acuerdo con lo que surge de algunos artículos que tratan la temática de manera directa o indirecta. En este sentido, queremos puntualizar algunos aspectos para que sean tenidos en cuenta si se hace una reforma del Código en el futuro.

2. Los artículos 45 y 46 en relación con los actos a título gratuito

El artículo 39 del Código Civil y Comercial (CCCN) exige la inscripción de la sentencia de falta de capacidad o de la existencia de una capacidad restringida en el

1. Realizado para la Academia Nacional del Notariado (inédito).

2. Aquel trabajo originario aspiraba a lograr una reforma del Código sobre los arts. 39 y 44, hasta que comprendimos –luego de un pedido en la Cámara de Diputados sobre el cambio de dos artículos sobre donaciones– que el Poder Ejecutivo, que controló de hecho las Cámaras hasta el 10 de diciembre de 2015, no lo permitiría.

Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Este registro no se halla en condiciones de inscribir y publicitar los miles de actos respecto de los cuales debería diariamente intervenir –suponemos– por medio de certificados. No obstante, este no es el punto que trataremos, tampoco la sanción establecida en el artículo 44. Nos referiremos exclusivamente a las disposiciones de los artículos 45 y 46 y algún otro vinculado.

Artículo 45 CCCN:

> Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito.

Como señala Brandi Taiana, los actos anteriores a la inscripción de la sentencia son todos aquellos otorgados por cualquier persona en cualquier momento de su vida hasta que se la declara incapaz o se restringe su capacidad, se dicte sentencia y se la inscriba.[3]

Es cierto que hay quienes consideran que de la redacción del artículo surge que es requisito para su operatividad que exista una sentencia y, por tanto, aplicaría a los actos que se otorguen entre esta y su inscripción. En todo caso, es imprescindible una aclaración en este sentido. Por otra parte, coincidimos en los requisitos establecidos en los puntos a) y b), pero se debería eliminar la causal c), que refiere a que el acto sea a título gratuito, ya que no existe ninguna razón para equiparar los actos a título gratuito con los de mala fe.

Veamos casos. Una persona, gozando de plena capacidad, dona un inmueble a su hijo. Un tiempo después –quizás, años después– pierde su capacidad plena y así lo declara una sentencia. Nos parece un error permitir que tal acto sea pasible de ser declarado nulo por el solo hecho de tratarse de un acto a título gratuito. No resuelve nuestra preocupación que nos respondan a esta observación con plazos de prescripción. O: ¿Qué pasa si una persona, siendo plenamente capaz, ha sido informada por sus médicos sobre que la enfermedad que tiene, con los años, restringirá su capacidad? Como confía en sus hijos, decide hacer con ellos un contrato de renta vitalicia onerosa (art. 1599 CCCN)[4]. Pese a eso, los artículos 45, 1600[5] y 2461 del CCCN fulminan el contrato, ya que se "presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto" (art. 2461). (Incluye el contrato oneroso de renta vitalicia, la reserva del usufructo y el uso y habitación).

3. Brandi Taiana, Maritel M., "¿Protección? de las personas con discapacidad y de la legítima en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista del Notariado*, nº 914, 2013, pp. 121-139.

4. Art. 1599 CCCN: "Concepto. Contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato".

5. Art. 1600 CCCN: "Reglas subsidiarias. Si el contrato es a favor de tercero, respecto de éste se rige en subsidio por las reglas de la donación, excepto que la prestación se haya convenido en razón de otro negocio oneroso".

En toda la redacción del Código surge la existencia de una antipatía contra las donaciones, que claramente no es jurídica, cuando lo que se tendría que hacer es ponderar la situación en cada caso. Evidentemente, las decisiones de donar o de celebrar un contrato de renta vitalicia, respectivamente, eran las correctas en los casos presentados. Sin embargo, el acto podría ser declarado nulo y con ello se introduce un nuevo escenario de inseguridad jurídica que afecta a la sociedad en su conjunto.

Tampoco nos gusta la frase "presume sin admitir prueba en contrario". Existe una autonomía de la voluntad. Debería haber un respeto por los problemas ajenos, las diferentes circunstancias, y deberían aceptarse pruebas, reconocerse situaciones diversas. Los medios de comunicación han señalado repetidas veces que tenemos una gran cantidad de legisladores que aprobaron leyes masivamente porque se lo habían ordenado, con poca o ninguna idea de lo que estaban aprobando. Estas disposiciones parecen ser una muestra de ello.

Cuando hace la donación el donante posiblemente era capaz –es lo que se presume, según el artículo 31–, pero el artículo 45 pone en tela de juicio esa capacidad, por ser el acto a título gratuito. Como tenemos en claro que es más fácil criticar el trabajo de otro que hacerlo uno mismo, proponemos una modificación el artículo 45 CCCN:

> Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe. **Quedan a salvo los derechos de los adquirentes de buena fe de toda clase de bienes, sean a título gratuito u oneroso**.

Por su parte, el artículo 46 CCCN presenta una situación más complicada, porque la persona presuntamente incapaz o restringida en su capacidad ha fallecido y la acción al respecto ha sido promovida, pero no hay sentencia.

Artículo 46 CCCN:

> Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.

Esto significa que, fallecida una persona, pueden darse diversos supuestos que afecten los actos otorgados por ella antes de su fallecimiento y antes de que existiera sentencia que declarara su incapacidad o restricción a su capacidad:

a) Que la enfermedad mental resulte del acto.
b) Que se haya interpuesto una acción antes de su fallecimiento. En este punto debemos enfatizar el supuesto: se trata de la promoción de una acción antes del fallecimiento sin que se exija el dictado de una sentencia previa. El fallecimiento produce efectos en este sentido y permite atacar un acto otorgado con anterioridad.
c) Que el acto sea a título gratuito.
d) Que haya existido mala fe y ésta pueda probarse.

Nos parece acertado el último supuesto contemplado por el artículo: la existencia de mala fe. Con respecto a que "la enfermedad resulte del acto mismo", si bien es una reminiscencia del Código Civil (CCIV), entendemos que debería sustituirse por "que la enfermedad mental fuera ostensible a la época de la celebración del acto", de acuerdo con lo que los redactores del nuevo Código han plasmado en el artículo 45. Además, el artículo 37 CCCN establece que "la sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: […] b) **época en que la situación se manifestó**". Esto es importante. Lo que nos interesa es el estado de capacidad que tenía la persona en la época en que otorgó el acto. En consecuencia, y por la ya expuesto al analizar el artículo 45, proponemos que se suprima la parte que dice "que el acto sea a título gratuito".

Hemos escuchado en defensa del artículo 46 que sus disposiciones ya estaban en el Código Civil. Esto no es así. El Código Civil establecía en su artículo 474 que

> Después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, **o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad**. Esta disposición no rige si se demostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido.

Claramente, en el Código Civil los actos se deben haber consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad. El Código Civil y Comercial no exige la consumación del acto, sino el fallecimiento tras la interposición de la demanda. Eso implica que la muerte tiene efectos de sentencia en el proceso instado. Es más, rompe la lógica de la previsión legislativa que se sustentaba en que, al existir un proceso de incapacitación interpuesto, de alguna manera podía llegar a presumirse que el acto otorgado después pudiera estar viciado en cuanto a la capacidad de la persona. En el caso previsto en el artículo 46, el acto puede haber sido otorgado antes o después de la interposición de la acción y la relevancia se centra en el fallecimiento posterior a la acción.

Con la presente redacción, puede atacarse el acto que el supuesto incapaz –todavía no hay sentencia– otorgó quizás siendo capaz (p. ej.: transmisión del dominio de un inmueble a un tercero cualquiera a título oneroso) si alguien inicia una acción de incapacidad o de restricción a la capacidad antes de su fallecimiento. Este supuesto también estaría o podría estar alcanzado. Con el nuevo artículo 46, si cualquier legitimado insta previo al fallecimiento el juicio de incapacidad, el negocio jurídico puede llegar a impugnarse.

El sistema del artículo 46 es susceptible de generar las siguientes consideraciones:

a) Hace depender la validez o invalidez de los actos desde la interposición de la demanda, lo que desequilibra gravemente la posición jurídica de los que contraten con el hoy capaz –¿quizás futuro incapaz?–.
b) La interposición de la demanda puede no ser conocida, aunque el otro contratante sea diligente. Esta solución privilegia de modo desmedido el factor protección del incapaz en desmedro de los demás contratantes.

Agravia de más el sistema general del Código anterior al referirse a los vicios de los actos jurídicos, que incluye como uno de los factores a ser considerados la actitud negligente o diligente de la otra parte (arts. 929 y 932 CCIV).

¿Por qué podría impugnarse un contrato celebrado con una persona que era capaz cuando realizó el acto –o que se presumía que lo era, de acuerdo con el artículo 31–, que no fue declarada incapaz en vida, por el solo hecho de que se inició el procedimiento de incapacidad antes de haber fallecido? ¿Debemos pensar que su muerte habilita nuevas posibilidades? ¿Por qué podría impugnarse un acto otorgado a título gratuito por una persona, previamente a la inscripción de su incapacidad o de su capacidad restringida, si la enfermedad mental no era ostensible al momento de otorgar el acto y el otro contratante no era de mala fe? ¿Por qué puede ser declarado nulo el acto porque fue hecho a título gratuito?

Propuesta de artículo 46 CCCN:

> Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental **haya sido ostensible a la época de la celebración del acto** o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe. **Quedan a salvo los derechos de los adquirentes de buena fe de toda clase de bienes, sean a título gratuito u oneroso**.

En síntesis: el punto decisivo a la hora de juzgar la validez es el estado en que el luego declarado incapaz o quien ha visto restringida su capacidad estaba al momento en que contrató, siempre que no haya mala fe del otro contratante. Partimos de la base de que si el incapaz o la persona cuya capacidad ha sido restringida exhibe signos ostensibles, perceptibles para un contratante u oficial público diligente, no debe contratarse con él. Lo único que el hecho del fallecimiento del afectado implica es la imposibilidad de su revisión médica para determinar su estado, porque ya ha muerto. Lo esencial para la evaluación jurídica del acto es su capacidad al momento de realizarlo. En relación con lo dicho en los artículos 45 y 46 sobre los actos a título gratuito, habrá que ver cada caso en particular, no fulminarlos todos con una decisión general.

Todo esto que decimos con respecto al acto a título gratuito en los artículos 45 y 46, lo vemos reflejado en el artículo 2461 CCCN:

> Transmisión de bienes a legitimarios. Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado. El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas.

Consideramos que lo establecido en la última parte de este artículo es un avance positivo respecto del sistema anterior.

3. Cosas registrables

Con respecto a los efectos respecto de terceros en cosas registrables, hay que tener en cuenta lo establecido por el nuevo Código en el artículo 392. Lo primero que de-

bemos señalar es que este artículo no subsana los inconvenientes que acarrean los artículos 45 y 46, por cuanto únicamente exceptúa de los efectos de nulidad al subadquirente, no al adquirente que es quien nos preocupa en estos últimos:

> Efectos respecto de terceros en cosas registrables. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. **Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho**.

La sustitución de persona es un delito frecuente en algunos países. En la mayoría de ellos se ha sustituido la seguridad jurídica por la seguridad económica, mediante la contratación de seguros de títulos, que es una seguridad relativa: solo cubre el monto en que se compró aunque el valor del bien sea mucho mayor al momento de presentarse el problema. Tampoco es descabellado pensar que al adquirente le interesa más lo que compró que la posibilidad de que le devuelvan la plata (p. ej.: su madre vive en el mismo edificio u otro motivo particular por el cual tomó la decisión de comprarlo; él quiere ese departamento, no que le entreguen lo que pagó por él hace años).

El Código Civil y Comercial es reciente. Ello significa una ventaja en la medida en que hay muchos profesionales estudiándolo y encontrando formas de mejorarlo.

Hipoteca en moneda extranjera. Hipotecas de curso legal o de monedas que no lo tienen. El monto en las hipotecas

Rubén A. Lamber*

RdN 921

RESUMEN

Se analizan dos temas fundamentales relacionados con el crédito, conforme a la nueva legislación Civil y Comercial. Por un lado, las hipotecas en moneda extranjera, con la debida interpretación de los arts. 765 y 766 del CCCN, avalada por fallos anteriores y contemporáneos a la sanción del Código; la declaración de no ser de orden público el art. 765 y la posibilidad de renunciar a la opción de pago en moneda nacional marcan un hito importante en la autonomía de la voluntad. Por otro lado, la confusa redacción de los arts. 2187 y 2193. El primero, comprensivo de créditos puros y simples de monto preciso y determinado y de los que lo son a plazo condicional o eventual, pendientes de nacimiento al momento de su constitución y, por tanto, indeterminados, con respuesta uniforme para ambos supuestos mediante la fijación de un monto estimado en todos los casos, comprensivo de capital, intereses, daños y perjuicios etc. El segundo, referido únicamente a las de monto determinado, generalmente provenientes de mutuos o saldos de precio de compraventa, que se registran por su valor real, pero que en forma accesoria garantizan igualmente los intereses compensatorios y punitorios, daños, etc., diferenciado de las llamadas hipotecas abiertas en que necesariamente el monto fijado debe involucrar todo y lo que excede queda sin garantía.

Sumario: ***1.*** *Hipotecas en moneda extranjera.* ***1.1.*** *Primeras consideraciones.* ***1.2.*** *El principio de la buena fe.* ***2.*** *Moneda de curso legal y extranjera.* ***2.1.*** *Introducción.* ***2.2.*** *Evolución histórica.* ***2.3.*** *Naturaleza jurídica del dinero.* ***2.4.*** *Análisis del artículo 765 CCCN.* ***2.5.*** *Primer fallo de Cámara sobre moneda extranjera.* ***3.*** *Especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito. Interpretación del monto en la extensión de la garantía.* ***3.1.*** *Introducción.* ***3.2.*** *Esquema interpretativo.* ***3.3.*** *La discusión en el esquema velezano.* ***3.4.*** *La invalidez por falta de especialidad en cuanto al crédito.* ***3.5.*** *La validez de las hipotecas abiertas en la doctrina anterior al nuevo CCCN.* ***3.6.*** *La interpretación del artículo 2189 del nuevo CCCN.* ***3.7.*** *Hipotecas de monto cierto y determinado.* ***3.8.*** *Conclusión.* ***4.*** *Reflexiones finales.*

* Información sobre el autor en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

1. Hipotecas en moneda extranjera

1.1. *Primeras consideraciones*

Cuando hablamos de hipotecas en moneda extranjera, nos referimos principalmente al contrato de mutuo con la mentada garantía real, como cuando lo hacemos con las hipotecas en moneda de curso legal, pero con la consabida diferencia interpretativa que mereciera en nuestro derecho a través de largos años de vigencia del Código Civil velezano (CCIV). Si era moneda extranjera, no tenía curso legal en la República y, por tanto, no se regía por el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero, sino de dar cantidades de cosas. Pero con el tiempo, y tras la sanción de la Ley 23928, quedaron ambas equiparadas bajo un mismo régimen, es decir, como obligaciones de dar sumas de dinero, que ahora –con la sanción del nuevo Código (CCCN)– vuelven a separarse. Sin embargo, ello no tiene gran incidencia en cuanto al mutuo, porque a este contrato (tanto en el Código velezano como en la actual legislación) poco le importa la diferencia, por cuanto la moneda no hace a su esencia.
Ya decía Borda en relación con la definición del artículo 2240 del Código velezano que la médula del mutuo es un préstamo y, como tal, se entiende de uso. Pero como comprende cosas consumibles, el uso no permite su devolución, debiendo restituirse otra cosa de la misma especie y calidad. Incluso, si no fuera consumible, sino simplemente fungible, equiparado a aquellas, siendo las cosas fungibles idénticas unas a las otras, "siempre que una persona ha entregado una cantidad de ellas, sea a título de préstamo, depósito, mandato, etc., sólo puede exigir que se le devuelva otra de la misma especie y calidad"[1].

La nueva legislación pone el acento, en materia de mutuo, en las cosas fungibles, por cuanto la diferencia no afecta a la naturaleza del contrato y en ambos casos no se restituye la misma cosa, sino otra de la misma especie y calidad. Las cosas consumibles, según el artículo 231 CCCN son "aquellas cuya existencia termina con el primer uso", mientras que las fungibles son aquellas en que "todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y puede sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad" (art. 232 CCCN). Por tanto, la naturaleza del mutuo está determinada por el compromiso del mutuante a entregar al mutuario en propiedad (dado que la cosa dada ya no se devuelve en su propio ser) una determinada cantidad de cosas fungibles, y el mutuario se obliga a devolver, no la misma cosa, sino igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie. Si la cosa entregada es trigo, se le deberá restituir la misma cantidad de trigo y de la misma especie y calidad. Y si es moneda, de curso legal o extranjera, el deudor debe reintegrar, como ya lo señala el artículo 766 CCCN, "la cantidad correspondiente de la especie designada".

La posibilidad del mutuo en dinero resulta no solo de la naturaleza expresada, sino de la propia expresión del artículo 1527 CCCN, cuando en su segundo párrafo establece que "si el mutuo es en dinero, el mutuario debe intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada". Tiene igual tratamiento la moneda extranjera, a pesar de la diferencia que resulta del artículo 765 CCCN en cuanto a sus efectos, propios de las de dar sumas de dinero cuando lo es de curso legal o de las

1. Borda, Guillermo A., *Manual de contratos*, Buenos Aires, Perrot, 1987, p. 862.

de dar cantidades de cosas, cuando no lo es. Se desprende claramente de la lectura de esta norma, que dinero es tanto la moneda de curso legal como la extranjera, por cuanto diferencia esta última por una asimilación a las de dar cantidades de cosas, reguladas con toda prolijidad por el Código velezano, pero omitidas en el actual, salvo esta referencia meramente comparativa. En la legislación velezana, ambas obligaciones estaban comprendidas en el tratamiento de las obligaciones con relación al objeto, específicamente en el Título VII "De las obligaciones de dar" (arts. 574-624), dividido en cuatro capítulos: "De las obligaciones de dar cosas ciertas"; "De las obligaciones de dar cosas inciertas"; "De las obligaciones de dar cantidades de cosas"; "De las obligaciones de dar sumas de dinero".

En la primera etapa de nuestra legislación civil, al no darse a la moneda extranjera el tratamiento igualitario con la de dar sumas de dinero de curso legal, se aplicaban las normas sobre obligaciones de dar cantidades de cosas del Capítulo 3 (arts. 606 a 615 CCIV), a los que se remitía el artículo 2253 CCIV. Hoy se vuelve a esta separación en el tratamiento de las obligaciones de dar sumas de dinero para las referidas a las de curso legal, y de dar cantidades de cosas a las de moneda extranjera, a través de la distinción que hace el artículo 765 CCCN, con un limitado tratamiento de éstas últimas. En el Código velezano tenían una perfecta regulación, que hoy puede servir de fuente interpretativa de los casos implicados.

Si no hay normas expresas sobre esta materia, basta la sola remisión que hace el artículo 765 CCCN, ratificada por el artículo 766 CCCN, cuando expresa "El deudor debe entregar la cantidad correspondiente a la especie designada", que coincide con artículos más precisos de la anterior legislación, como lo eran el 607 y 608 CCIV, en cuanto establecían que el deudor debe dar –en lugar y tiempo propio– una cantidad correspondiente al objeto de la obligación de la misma especie y calidad. Y teniendo por objeto restituir cantidades de cosas recibidas, con el derecho del acreedor de exigir del deudor igual cantidad de la misma especie y calidad (con los perjuicios e intereses), o su valor corriente en el lugar y día de vencimiento de la obligación.

1.2. *El principio de la buena fe*

Tanto en el Código velezano como en el actual queda establecido un concepto básico, que es –bajo el principio de la buena fe, que implica los principios romanos de vivir honestamente– no dañar a los demás y dar a cada uno lo suyo, de no cambiar los fines mediante opciones normativas que pueden provocar efectos contrarios a los previstos. Y, justamente, el artículo 765 CCCN da la opción de poder liberarse el deudor dando el equivalente en moneda de curso legal. Si la regla es dar la misma cantidad de la misma especie y calidad, no puede disponerse como obligatoria el uso de la opción, porque indudablemente favorece siempre al que debe pagar, generando un desequilibrio.

Sabemos que rara vez en la historia política y económica de la Argentina las cotizaciones oficiales se corresponden con las cotizaciones internacionales, con lo que dar en moneda de curso legal, la cantidad de moneda necesaria para adquirir los dólares o euros (o lo que fuera pactado) difiere en muchos casos, que genera grandes pérdidas al que recibe a valores locales.

Por tanto, ninguna norma puede ampararse en la buena fe para respaldar una conducta que va a ser propicia para una sola de las partes, según ya lo desarrollamos en el comentario a estos artículos del Código Civil y Comercial[2]. Por tanto, la opción es perfectamente renunciable en respeto a la autonomía de la voluntad, que debe estar protegida por ese principio rector de la buena fe.

Y como sostuviera el reciente fallo que más adelante comentaremos (ver 2.5), en autos "F., M. R. c/ A., C. A. y otros s/ consignación" y "L., T. y otros c/ F., M. R. s/ ejecución hipotecaria", fechado en el mes de agosto de 2015, la deudora que pretende pagar a una cotización inferior (a la que resulta del valor de mercado al momento de pago) conocía los riesgos del mercado al momento de contratar y no puede alegar imprevisión, y aun cuando hubiere dificultades para adquirir la divisa elegida,

> … existen otras operaciones de tipo cambiarias y bursátiles que habilitan a los particulares, a través de la adquisición de determinados bonos, que canjeados posibilitan la adquisición de los dólares estadounidenses necesarios para cancelar la obligación asumida.

Como sostiene el voto del doctor Galmarini, en acuerdo con los doctores Zannoni y Posse Saguier, la imposibilidad debe ser probada. Pero además, el artículo 765 del CCCN "no resulta ser de orden público" y, en tal caso, rige la autonomía de la voluntad y no habría inconvenientes en que las partes pacten –como dice el artículo 766 CCCN– que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada. Conforme con ello, la regla es dar la misma cantidad de la misma especie y calidad, pero si ello no fuera posible por circunstancias efectivamente acreditadas, la entrega de moneda de curso legal debe tener una equivalencia genuina con la realidad del mercado. Esta conclusión es la tradicional de la doctrina y jurisprudencia anterior, que resumía Busso[3] de esta forma:

> Ha de pagarse la misma cosa recibida (art. 740) y debe responder el deudor de las consecuencias de su mora (art. 508). En consecuencia, si en el tiempo posterior a aquel en que la obligación venció y debe pagarse, el cambio se modificara en forma que perjudique al acreedor, el deudor, aparte de pagar la deuda al cambio del día del vencimiento, tendrá que indemnizar la diferencia de cambio operada.

Arribamos así a la otra problemática que plantea la nueva legislación, cuando se hubiera garantizado con hipoteca, en la diferencia existente entre el monto de constitución y el que corresponde al momento de pago, porque en la interpretación que se diera en los artículos 2189 y 2193 del CCCN, aun para quienes sostenemos que regulan dos situaciones distintas –el primero para las hipotecas abiertas de monto indeterminado y el otro para las de monto fijo y determinado–, se podría sostener que la cobertura y el privilegio tendría que estar dentro de un monto prefijado, y todo lo que excede quedaría fuera de ella. Pero resulta que el monto de esta hipoteca es indudablemente fijo y determinado, que es el establecido al momento de la consti-

2. Ver Clusellas, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea - FEN, 2015, t. 3, pp. 265 y ss.

3. Busso, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1958, t. IV, p. 263.

tución, pero en moneda extranjera; y aunque por alguna razón se hubiera fijado la equivalencia para la inscripción registral en moneda de curso legal (en tanto resulte claramente que se dio moneda extranjera perfectamente individualizada y hasta se pactó la plaza que se tomará como referencia para determinar la cotización al momento del pago) no hay indeterminación, por cuanto, como plantea el artículo 2193 CCCN, el valor del cálculo de intereses se determina por un simple cálculo.

Indeterminado es el valor que se desconoce totalmente al momento de la constitución y, tratándose de moneda extranjera, podría ser el caso de una cuenta corriente bancaria en dólares o un acuerdo indemnizatorio por daños cuya cuantificación al momento de pago autoriza el artículo 772 CCCN:

> Si la deuda consiste en cierto valor, el momento resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero, se aplican las disposiciones de esta Sección.

En tales supuestos, el monto es indeterminado al momento de constitución de la garantía y, por tanto, no queda otro remedio que aplicar el régimen del artículo 2189 para las llamadas hipotecas abiertas, con una estimación del valor, que es hasta donde responde la garantía. Pero en los supuestos de deudas por un mutuo o un saldo de precio de una compraventa de un inmueble, el monto en moneda extranjera –al tiempo de la constitución de la hipoteca– es indudablemente cierto y determinado y, por tanto, la garantía cubre incluso los daños (art. 2193 CCCN). Y el privilegio comprende tanto el monto resultante, que no es más que el del momento de la constitución en la citada moneda, así como los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio (art. 2583, inc. b), y 2582, inc. e) CCCN).

Seguidamente, desarrollaremos la historia y evolución de las problemáticas de la moneda de curso legal y extranjera en nuestro país, y luego, el tema del monto de las hipotecas, según se trate de las de monto fijo y determinado y o de las llamadas abiertas.

2. Moneda de curso legal y extranjera

2.1. *Introducción*

El Código Civil y Comercial nos obliga a replantear temas tan urticantes como lo son las obligaciones de dar sumas de dinero o las de dar cantidades de cosas. Estas últimas son casi ignoradas en la nueva legislación, pero existen por la sola remisión que se hace a ellas al tratarse de obligaciones en las que se estipulara dar moneda que no sea de curso legal en la República (art. 765). En todo caso, lo no regulado tiene recepción a través de los usos y costumbres derivados de la vieja legislación. Desde esta óptica, podemos considerar a nivel interpretativo los efectos de aquellas obligaciones de dar cosas que consten de número, peso o medida (art. 606 CCIV). Las dos últimas expresiones están referidas a cosas materiales sólidas, como el trigo, el maíz, etc., que no se cuenta por grano sino por peso, y de cosas líquidas, que se individualizarán por

litros o sus múltiplos, mientras que el número es afín con la moneda, teniendo como tal a las que no son de curso legal (moneda extranjera).

Al hablar de moneda, debemos señalar la diferencia con la expresión *dinero* y, para ello, recurrimos a Busso, quien –siguiendo a Nussbaum– señala que el dinero tiene un alcance abstracto. Para señalar los cuerpos materiales que sirven como instrumento concreto de intercambio, se utilizan las expresiones *moneda*, *signo monetario*, *especie monetaria*, *pieza monetaria* o *billete*, reservada esta última exclusivamente para la moneda papel[4]. Concretamente, el dinero comprende tanto la pieza de metal como un trozo de papel. Pero mientras la primera –si es de oro o plata– tiene un valor intrínseco, que es el del metal que lo conforma, la de papel tiene un valor representativo: allí puede diferenciarse la moneda de papel –que descansa en la obligación de reembolso o conversión a metal que asume el emisor (poder público)– del papel moneda, sin respaldo de conversión, que vale simbólicamente, por la confianza que merezca según el cuidado del emisor en mantener su equivalencia o la desvalorización que resulta de la excesiva emisión, acompañada por la falta de respaldo.

En cuanto a la moneda extranjera, Busso[5] señala que no es dinero fuera de los límites de su soberanía, y por ello se lo considera como mercadería; no obstante, puede tener el carácter de dar sumas de dinero, si así se lo atribuye normativamente, como sucediera con la Ley 23928 del año 1991, que modificó los artículos 617, 619 y 623 del CCIV, ratificada con la Ley 25561, hasta la actual reforma del Código Civil y Comercial.

La moneda deja de ser entonces obligación de dar suma de dinero y retorna al criterio de dar cantidades de cosas. En mérito a ello, y ante la futura interpretación de las nuevas normas, conviene recordar los artículos 607 y 608 del CCIV, por cuanto –como dice el primero de ellos– el deudor debe dar, en lugar y tiempo propios, una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad, que concuerda con la referida actualmente a las obligaciones de dar dinero. Allí, el artículo 766 establece que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada y con los actuales principios de identidad, integridad, puntualidad y localización del pago (art. 867), y en particular, la de no dar el deudor ni recibir el acreedor una prestación distinta a la debida (art. 868). Debe recordarse también que si la obligación (art. 608 CCIV) tuviere por objeto restituir cantidades de cosas recibidas, el acreedor tiene derecho a exigir del deudor moroso otra igual cantidad de la misma especie y calidad, con los perjuicios e intereses o su valor según el valor corriente en el lugar y día de vencimiento de la obligación.

Con cita de Savigny, Luis De Gásperi[6] diferencia respecto del dinero el valor nominal del valor metálico y del valor corriente. Define el valor nominal como el atribuido a cada pieza de moneda por voluntad del Estado emisor, que, según su forma, puede serlo por la simple amonedación o por una notificación pública hecha por ley. Se lo llama también valor externo o valor legal[7], que connota

4. Ídem, p. 211.

5. Ibídem.

6. De Gásperi, Luis, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, TEA, 1964, t. II "Obligaciones en general", p. 538.

7. Ídem, p. 539.

> … la idea de que el valor nominal supone una prescripción legislativa en virtud de la cual los súbditos de un Estado deben tener este valor por verdadero en sus relaciones jurídicas…

Valor metálico, en cambio, es el atribuido a la moneda en consideración al peso de plata u oro puro que entre en ella[8] y valor corriente es el que la opinión pública atribuye a una cierta especie de moneda[9].

Si partimos del principio establecido por De Gásperi, de que el dinero es una cantidad[10], es difícil establecer la sutil diferencia que pudiera resultar de las obligaciones de dar cantidades de cosas de las de dar sumas de dinero. Solo el oportunismo legislativo –según las circunstancias predominantes– diferencia cuando se trata de cosas (trigo, vino, etc.) calculadas por peso o medida, de la moneda de curso legal o la moneda extranjera, que confiere a su dueño el poder de adquirir riqueza. Diferenciadas hoy en el artículo 765 como obligación de dar dinero, si el deudor debe cierta cantidad de moneda (determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación), si se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

De lo expresado resulta que si se trata de moneda de curso legal –y ante la imposibilidad de indexar sus valores, salvo supuestos excepcionales de deudas de valor–, el criterio para utilizar es el del nominalismo. Es decir, se debe tanta cantidad de la moneda de curso legal como se hubiera establecido en el acto constitutivo, aunque deberán diferenciarse las obligaciones de restituir de las que resultan de la transferencia de derechos reales, que pueden estar sujetas a convenios especiales. Mientras que cuando se trata de moneda extranjera (equiparable a la mercadería, pero con la particularidad de que lo es como moneda y no de otra especie), al aplicar las reglas de las obligaciones de dar cantidades de cosas, nos encontramos con la duda ante la alternativa normativa de dar el equivalente si el mismo es al momento de la constitución o al momento de pago, en cuyo caso estaríamos apelando al valor corriente.

Remitiendo la cuestión al artículo 610 del CCIV, debemos recordar que cuando la obligación tuviese por fin constituir o transferir derechos reales y la cosa ya individualizada se perdiese (semejante a la prohibición de la circulación de esa moneda en el país) o se deteriorase en su totalidad por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir igual cantidad de la misma especia y calidad, con más lo perjuicios e intereses, o para disolver la obligación con indemnización de perjuicios e intereses.

Parece ser que el tratamiento de estas obligaciones difiere de las de dar sumas de dinero, porque en estas circunstancias el cálculo de valor se aproxima al valor corriente, o sea, el del momento de pago, y no al valor nominal pactada en la constitución de la obligación. Al efecto, sostiene Salvat[11] que si resultare imposible la entrega

8. Ídem, p. 540.

9. Ídem, p. 542.

10. Ídem, p. 543.

11. Salvat, Raymundo L., *Tratado de derecho civil. Obligaciones en general*, Buenos Aires, TEA, 1963, t. I, p. 375.

por el deudor de la misma especie y calidad de la cosa debida, el acreedor tendría que conformarse en tal caso con el pago del valor de la cosa, con los daños e intereses calculados en la forma común.

2.2. *Evolución histórica*

Siguiendo los pasos de la lenta organización institucional del país, la moneda pasó por distintos períodos, desde su inexistencia total como moneda de curso legal, en cuyo caso circulaban libremente monedas extranjeras de oro o plata, sin que ninguna norma haya podido fijara su valor, ni establecer cuáles eran de curso legal.

Después de la Constitución de 1853, comenzó a organizarse un sistema monetario propio y por la Ley 32 del 21/5/1863 se atribuyó curso legal al papel moneda de Buenos Aires. No obstante, por Ley 71 del 26/10/63 se dio curso legal a monedas de oro extranjeras, al tiempo que se sancionaba el Código Civil[12].

Por Ley 733 del 23/9/1875, se creó el peso fuerte en monedas de oro y se estableció la forma de acuñación y equivalencias con monedas extranjeras. Sus múltiplos fueron el medio colón, el colón y el doble colón, que eran de 5, 10 y 20 pesos fuerte, respectivamente. Teníamos, entonces, moneda metálica, con valor intrínseco, pero como circulaban billetes emitidos por el Banco Nacional y el Banco de la Provincia de Buenos Aires, se dictó la Ley 773 para legalizar esas emisiones pero al mismo tiempo para autorizar a los bancos a suspender la conversión de sus billetes.

Con la Ley 974 del 16/9/1879, se creó el peso plata, para circular juntamente con el peso oro y el peso papel de curso legal. Se autorizó a cancelar las obligaciones con la consigna de que el acreedor recibiera la misma cantidad absoluta de oro o plata que representara la obligación al tiempo de sanción de la ley. No se consideraba el valor nominal, sino que las deudas pecuniarias correspondían al valor metálico de la moneda pactada.

El 5/11/1881 se dictó la Ley 1130, bajo la unidad monetaria de oro o plata, disponiéndose su acuñación y el carácter forzoso en toda la Nación y se prohibió la circulación legal de monedas extranjeras de oro o plata. Cuando en los contratos se hubiere estipulado moneda extranjera en el exterior para cumplirse en el país, debía exigirse en moneda nacional por su equivalente.

Hasta aquí, el sistema monetario no generaba conflictos mayores, por cuanto todas estas monedas (nacionales o extranjeras) tenían un valor intrínseco –como ya se señalara– por su contenido metálico, hasta que la Ley 1734 del 15/10/1885 dispuso la *inconversión* de los billetes emitidos por los bancos autorizados. Pero se regularon las obligaciones contraídas en pesos moneda nacional oro, para ser pagados en billetes inconvertibles, con lo que desapareció la garantía del valor metálico y se estableció que las pactadas en moneda especial –diríamos hoy moneda extranjera– debían cancelarse teniendo en cuenta el valor de esos billetes en plaza el día de vencimiento, con lo que estaríamos asignando al supuesto, el valor corriente. Sin embargo, la falta de conversión del billete, por más curso forzoso que la ley haya establecido para su circulación, cae el valor nominal mismo, a contrario de lo que sucede con el valor

12. Busso, Eduardo B., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 215.

metálico, tal como ocurriera con los *asignes* o *mandats* en Francia en la época de la Revolución de 1789, que perdieron todo valor en poco tiempo mientras desaparecía la moneda metálica preservada para asegurar riqueza, como sucede hoy mismo con el recurso de ahorrar en moneda extranjera, ante su mayor estabilidad y no ya por la garantía metálica[13].

Ante estos peligros y las consiguientes crisis económicas, en 1899 se dictó la Ley 3871, por la que se dispuso que se convertía la emisión fiduciaria de curso legal que estaba circulando en moneda nacional de oro; es decir, moneda papel que podría convertirse en metálico al valor dispuesto, una vez organizada la forma de hacer efectiva la conversión, dificultada por la falta de oro y la fijación de una relación de equivalencia que, de ser aplicable a las relaciones entre particulares, era inferior en la cantidad necesaria para adquirir el oro, salvo que se interpretara que esa relación estaba limitada a las relaciones de conversión que la caja cumplía, sin afectar a los particulares[14].

En medio de estas disputas, entre la letra fría de la ley y la realidad económica cambiante, llegamos a la gran crisis provocada por la guerra de 1914, desapareciendo la posibilidad de conversión con los consiguientes efectos devaluatorios de los billetes.

Por la Ley 9478 del 8/8/14, se acordó una prórroga de 30 días para el cumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero y las pagaderas a oro quedarían prorrogadas por tiempo indefinido. Perdía toda efectividad la Caja de Conversión (Ley 9481) y se generalizaba la prórroga, autorizando al Poder Ejecutivo a suspender por el término de 30 días en forma sucesiva (Ley 9506 del 30/9/14), para, finalmente, disponer la prórroga *sine die* por el Poder Ejecutivo, hasta nueva disposición. Se recuperó la conversión en un corto plazo (entre el 25/8/1927 y el 16/12/1929) en que desaparece definitivamente, con la consiguiente inestabilidad en el valor de la moneda.

En 1935 se produjo la explosión regulatoria del sistema monetario argentino, con la creación del Banco Central (Ley 12155), la sanción de la Ley de Bancos (Ley 12156), la creación del Instituto Movilizador de Inversiones Bancarias (Ley 12157) y la modificación de las leyes orgánicas del Banco Nación (Ley 12158) e Hipotecario (Ley 12159), culminando con la Ley 12160, que otorgaba funciones monetarias al Banco Central. Desparecía la Caja de Conversión, cuyo oro pasaba al Central y este se ocupaba de la emisión de billetes. Todas del 28 de marzo de 1935.

Comienzan entonces las disputas entre particulares, para defenderse del grave daño que les causa el impropio tratamiento del Estado en materia de política monetaria. Y ante la debilidad del billete, se establecieron cláusulas de pago en oro o en moneda de oro, o en pesos oro, como moneda de cuenta. Esto generó un conflicto legal, por cuanto el cumplimiento de la obligación no puede serlo sino en la moneda de curso legal, no obstante lo cual, se giró la solución a la implementación de una cláusula valor oro, cuya aceptación se fundaba en no negar el medio de pago a los billetes de curso legal, sino de establecer la cantidad que se necesitaba de los mismos para hacer efectivo el valor que resultaba del patrón de valores.

13. De Gásperi, Luis, ob. cit. (cfr. nota 6), p. 543.

14. Busso, Eduardo, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 217.

Ratificando este concepto, Busso[15] señala que

> … la cláusula oro constituye un recurso difundido en todo el mundo para asegurar la estabilidad de las transacciones, y que su supresión podría significar un grave quebranto a los intereses comerciales en juego.

En esta lucha que continúa hasta los momentos actuales, lo que se trata de defender es el *valor corriente* antes que la precariedad generada por el nominalismo, aprovechado por el Estado para hacerse de contribuciones de los particulares, no regladas por ley alguna. Como sostuviera De Gásperi,[16] siguiendo a Savigny,

> … ningún poseedor de oro está obligado a venderlo contra entrega de billetes, a la paridad del artículo 7° de la Ley 3871, dentro de un régimen de libertad civil y política.

En la misma forma, hoy podríamos decir que nadie está obligado a cambiar los dólares que guardara para preservarse de los errores de la política económica, y menos dejar de garantizar sus transacciones, en la forma que mejor le convenga a sus intereses, más cuando ellos no representan otra cosa que mantener la equidad entre lo dado y lo recibido.

Viejos fallos citados por De Gásperi[17] dan fundadas razones a las conclusiones precedentes, como aquel que establece que tratándose de una obligación convenida en moneda extranjera y en la que el actor exige la cantidad necesaria de moneda argentina para adquirir el total de dólares del crédito, la conversión debe hacerse al tipo de cambio del día de pago[18]. En otro se declaró la validez de los contratos en moneda extranjera, estableciendo que la indemnización de que se trataba debía ser abonada en la divisa convenida[19].

Como conclusión, Borda –en calidad de juez de la Cámara Civil de la Capital (Sala A)– dijo que solo el Congreso puede fijar el valor del signo monetario. En consecuencia, los tribunales no pueden reconocer la existencia de una depreciación monetaria, sin que ello impida que cuando se trate de apreciar los daños y perjuicios emergentes de un incumplimiento contractual o de un acto ilícito, se tengan en cuenta los valores actuales y no los del momento de la mora o del acto ilícito.[20]

Esta lucha por obtener la restitución al valor corriente no se logra en materia de obligaciones de dar sumas de dinero conforme a la definición de mutuo del CCIV, que en el artículo 2240 preveía la de devolver igual cantidad de dinero conforme al sistema nominalístico porque la igualdad en el número no lo es en el valor.

Mosset Iturraspe[21] afirmaba que

15. Ídem, p. 238.

16. De Gásperi, Luis, ob. cit. (cfr. nota 6), p. 572.

17. Ídem, p. 586-587.

18. Sala B, 9/8/1961 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1962-I, p. 119).

19. *La Ley*, t. 93, p. 53.

20. *La Ley*, t. 98, p. 437.

21. Mosset Iturraspe, Jorge, *Indexacción, abuso y desindexación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1982, pp. 47-48.

> La doctrina y jurisprudencia modernas, tanto nacionales como extranjeras, habida cuenta de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, desde el tiempo de la entrega al de la restitución, que conduce a que el dinero devuelto tenga un valor de cambio inferior al prestado, coinciden en que, en rigor, se conviene que el mutuario debe restituir, no la misma cantidad de dinero que obtuvo en préstamo, sino una cantidad de dinero que, al tiempo de la restitución, corresponda como poder adquisitivo, al dinero recibido al tiempo del mutuo.

La nueva política iniciada a partir de 1946 produjo la nacionalización del Banco Central (Decreto-Ley 8503 del 25/3/46) y la sanción de su carta orgánica (Decreto-Ley 14957 del 24/5/46, ratificada por Ley 12962 del 21/3/47), así como su reforma (Ley 13571 del 23/9/49), disponiendo para la institución una reserva del 25 % en oro y divisa de la emisión y circulación. Con la revolución de 1955, se trató de establecer cierta estabilidad, especialmente con el primer gobierno constitucional posterior a esta, pero el quiebre político de los golpes militares recrudeció la inestabilidad económica y se alcanzó el grado máximo de desequilibrio con el famoso Rodrigazo en junio de 1975, en que –amén de la notable devaluación– se resolvió indexar como remedio ante hechos extraordinarios e imprevisibles.

Comenzó entonces una nueva etapa en nuestra historia económica, en que se utilizaron formas de reajustes para el momento de pago, con el consiguiente desequilibrio tanto en la elaboración de los índices como en la aplicación separada en los distintos sectores de la sociedad, y se llegó así a la famosa Circular 1050 que, como dice Mosset Iturraspe,[22] no es un índice de actualización sino de ganancia:

> Se echa mano, hasta con la Circular, como con el dólar y otros como el costo de vida, a índices extraños a la situación económica de las partes, que no contemplan su realidad económica-financiera.

Se pasa entonces de la indexación al abuso, de tal modo que la indexación torna inconstitucional por la seria lesión al derecho de propiedad. Lo grafica Víctor Jortack en la citada obra de Mosset Iturraspe, explicitando a modo de una demanda la situación de quien era propietario de una vivienda al momento de tratar el crédito, habiendo realizado un mutuo por un valor inferior al de realización en el mercado, de su propiedad, y, al cabo de 14 meses de sacrificios para abonar en término las cuotas, que han cubierto hasta el 91 % de sus ingresos, el saldo de la deuda a la fecha es mayor que el valor de realización de la garantía. Ello indica que se ha avanzado sobre la propiedad, produciendo un despojo no solo de la vivienda, sino de una porción no comprometida de los sueldos, y del patrimonio restante, dado el saldo que indica el banco[23].

Llegamos así, entre indexaciones, abuso, reajuste de contratos, desindexación, al año 1991, cuando se resuelve reformar los artículos 617, 619 y 623 del CCIV con la Ley 23928 de Convertibilidad del Austral en una relación de paridad con el dólar estadounidenses de 10 mil australes por cada dólar. En el artículo 7 se establece

22. Ídem, p. 49.

23. Ídem, p. 188.

el principio nominalista por el cual el deudor de una obligación de dar una suma determinada de australes cumple su obligación, dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. Seguidamente, se elimina toda posibilidad de actualización monetaria, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1º de abril de 1991.

Al modificar el artículo 617 del CCIV, se dio el carácter de obligación de dar sumas de dinero a las que se constituyeran en moneda que no fuera de curso legal en la República. Y en la reforma del artículo 619 del CCIV se establece que 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.

La letra de la ley, ajena a la realidad social, no ha servido para resolver los problemas económicos que en gran parte generaba el propio Estado por el uso desmedido de sus reservas. Y al tiempo, se caería en una nueva crisis, mucho mas grave ahora, que se trató de resolver con la sanción de la Ley 25561 y del Decreto 214/2002, cuyo desarrollo –particularmente en relación con la creación del coeficiente de estabilización de referencia generado por la injusticia de la pesificación– tratamos en *La escritura pública*[24].

2.3. *Naturaleza jurídica del dinero*

Partiendo de la realidad actual, en la que prácticamente han desaparecido las monedas de oro o plata, sustituidas por billetes que carecen de conversión, pero que tienen un valor legal impuesto por el mismo Estado emisor, podemos decir genéricamente que son cosas de creación ideal. Como dice Borda[25]:

> Se toma un signo cualquiera al que se le atribuye la función de servir de unidad, se le da un nombre, independiente de sus cualidades y se lo lanza a la circulación, ya íntegro, ya subdividido en múltiplos o submúltiplos, para que cumpla esa tarea de medir los valores.

Como tales, son cosas fungibles, como lo señala la nota al artículo 616 del CCIV, por cuanto "las piezas de moneda tomadas aisladamente no son susceptibles de ser distinguidas", y son consumibles por cuanto, aunque perduren materialmente, para quien las dio son un gasto que no permite recuperarlo en su materialidad. Coincidentemente con el artículo 2324 del CCIV, el artículo 232 CCCN dice que

> … son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad.

Las cosas consumibles, que definía el artículo 2325 CCIV, son ahora, conforme al artículo 231 CCCN, "aquellas cuya existencia termina con el primer uso". Estos carac-

24. Lamber, Rubén A., *La escritura pública*, La Plata, FEN, 2003, t. II, pp. 193 y ss.

25. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, t. I, p. 317.

teres parecen contrarrestar la remisión que hace el artículo 616 CCIV a las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, solo determinadas por su especie y sobre las obligaciones de dar cantidades de cosas, para las obligaciones de dar sumas de dinero.

No obstante, el criterio no está referido a la contradicción con las cosas no fungibles, sino al principio de que el género nunca perece y, por tanto, antes de la individualización de la moneda con que va a pagarse, no puede excusarse el incumplimiento invocando el caso fortuito o fuerza mayor[26]. Este principio queda ratificado por el artículo 763 CCCN cuando expresa que antes de la individualización de la cosa debida, el caso fortuito no libera al deudor. Es decir, que respeta el principio que en las obligaciones de género nunca perece.

En cuanto a las obligaciones de dar cantidades de cosas, Galli[27] sostiene que

> … se aplicará todo el régimen en cuanto lo permitan las particularidades de la situación, tratándose de obligaciones en moneda extranjera (art. 617) o después de producida la individualización (art. 610 a 615).

Aunque el nuevo Código ha suprimido el capítulo dedicado a las obligaciones de dar cantidades de cosas, las tiene en cuenta al referirse a la moneda extranjera en el artículo 765 CCCN. Por tal razón, no podemos ignorar la regulación del Código velezano contenida en los artículos 606 a 615, que tienen no solo el valor de doctrina caracterizada, sino que se debe considerar desde los usos y costumbres que son vinculantes como fuentes, cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho (art. 1 CCCN).

La regulación que ahora tenemos tiene un efecto distinto, según se trate de moneda de curso forzoso y legal, o de la otra que, como moneda extranjera que es, no tiene ya –superada la especial consideración que le diera la Ley 23928 al art. 617 CCIV– el carácter de suma de dinero, sino que se debe considerar como de dar cantidades de cosas.

2.4. *Análisis del artículo 765 CCCN*

Este artículo, dividido en su tratamiento por dos obligaciones distintas, merece un especial análisis ante la alternativa que resulta del pago en moneda de curso legal y la moneda extranjera, dado que la opción puede significar importantes diferencias en perjuicio o a favor de alguna de las partes. El primer párrafo de la norma, regulando el primer supuesto como obligaciones de dar sumas de dinero, establece que "La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de la constitución de la obligación". En esta primera parte estamos en presencia de la única moneda que es medio de pago en todas las obligaciones contraídas en el país, con carácter forzoso y dentro de un régimen no-

26. Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, La Plata, Editora Platense, 1969, t. I, p. 566.

27. Salvat, Raymundo L., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 393.

minalista, si es que se trata de una deuda pecuniaria, en que el objeto es el dinero. En tal sentido, Borda[28] sostenía:

> El nominalismo es hoy principio de vigencia universal. Se expresa diciendo que un peso, vale siempre un peso; en otras palabras, que existiendo una deuda de dinero, se ha de pagar siempre la suma o cantidad que aparezca como debida, aunque la moneda en la cual esa suma se expresa haya sufrido variaciones en su valor […] los jueces no pueden corregir esas fluctuaciones, por más que esa corrección conculque exigencias de la justicia conmutativa.

Distinto sería el supuesto de las deudas de valor, como las de alimentos, indemnizaciones por daños y perjuicios, etc., pero no es un problema de la moneda en sí, sino del objeto de la obligación, sujeto a variables contempladas expresamente según los casos. Como dice Bossert[29] en relación con la obligación de alimentos:

> … no obstante que ésta tiene entidad económica, el derecho y la obligación alimentaria correlativas no tiene un objeto o finalidad de ésa índole; es decir, no se pretende satisfacer un interés de naturaleza patrimonial sino que, fundado el vínculo obligacional alimentario en la relación de familia, su finalidad es permitir al alimentista, cónyuge o pariente, satisfacer sus necesidades materiales y espirituales. En definitiva, tiene carácter asistencial.

Volviendo al nominalismo de las obligaciones de dar sumas de dinero, el gran riesgo que genera la necesidad de mantener normativamente un sistema estable, produce grandes desequilibrios económicos difíciles de subsanar (como se desarrolló en la relación de antecedentes históricos del punto 2.2 de este trabajo), dado que a la desvalorización de la moneda, le siguen sistemas de indexación por índices que no conforman a todas las partes involucradas, y terminan en ciertos casos con grave daño para la parte más débil, como sucediera con la Circular 1050 referida. Por ello, superada la etapa de las cláusulas oro por falta de estas monedas, se trató de encontrar cierta estabilidad en otras monedas, que para el caso, y atento a la legislación vigente, no son de curso forzoso.

La contratación en dólares estadounidenses prima en el país con este fin. Es por ello que debemos diferenciar bien entre el uso de esta moneda como cláusula de estabilización y como simple moneda de cuenta para pagar el equivalente en moneda de curso forzoso conforme a la cotización al día de pago. Porque estando prohibida la indexación, tal inclusión perjudicaría la relación contractual. Por ello, parece sensato el tratamiento que se da en el párrafo siguiente del artículo que comentamos, tomando la moneda extranjera como *mercadería* y no como suma cierta de dinero que caracteriza la compraventa. Por tal razón, hemos preferido caracterizar como permuta el contrato en que se entrega una cosa a cambio de moneda extranjera, no tomada ya como una cláusula de estabilización, sino como la cosa que se da a cambio, cualquiera sea el valor que la misma tenga.

28. Borda, Guillermo A., ob. cit. (cfr. nota 25), p. 319.

29. Bossert, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 3.

Sin embargo, una opción que da este artículo en su segundo párrafo genera dudas interpretativas que vamos a tratar de desentrañar. El segundo párrafo del artículo 765 CCCN dice:

> Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse de dar cantidades de cosas, **y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal**.

El artículo está diferenciando la entrega de moneda extranjera, como la de dar cantidades de cosas, con lo que debemos entender que está equiparando la misma a una mercadería. En tal caso, debemos diferenciar si esa mercadería –llamada moneda extranjera– se da para restituir o como contraprestación de otra cosa. En el primer supuesto, los artículos 759 a 761 CCCN regulan los supuestos de dar para restituir, y el primero de ellos establece expresamente que el deudor debe entregar la cosa (mercadería = moneda extranjera) al acreedor quien por su parte puede exigirla. En tal sentido, el tipo contractual afín es el mutuo, en el que, según el artículo 1525 CCCN, el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad una determinada cantidad de cosas fungibles, y este se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie. La especie podrá ser dólares estadounidenses, euros, etc., y la cantidad que se estableciera y que se caracterizan en las obligaciones de dar cantidades de cosas, por el número, a diferencia de las que lo son por peso o medida según su naturaleza: trigo, vino, etc.). Si en cambio se hubiere establecido que se daría la moneda extranjera = mercadería, en pago de otra cosa mueble o inmueble, estaríamos frente a una verdadera permuta, cosa por cosa. El artículo 1172 lo define como permuta: "si las partes se obligan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero".

Se plantea aquí un interrogante con relación a la expresión *dinero*, dado que siendo una expresión abstracta que se materializa en las monedas como cosas concretas, bien pueden incluirse como tales las monedas de curso forzoso de las monedas que no lo tienen mas que en el país de origen, que las emite atribuyéndole un determinado valor. No obstante (con lo que no existiría mayor confusión), sería con las monedas de oro o plata extranjeras, que tienen un valor intrínseco, por su contenido metálico. Pero al desaparecer éstas, las únicas monedas que quedan en circulación en el mundo son las fiduciarias, que tienen el valor asignado por cada Estado emisor, y ninguno por su contenido material.

Si pudiéramos considerar dinero todo tipo de moneda extranjera, es decir, aquella cuyo valor está representado por el valor asignado por cada Estado emisor (incluyendo la que tiene curso forzoso en la República), podríamos decir en el supuesto planteado que se trata de una compraventa, dado que la definición que da el artículo 1123 CCCN es la de considerar tal tipo contractual "si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de un cosa y la otra a pagar un precio en dinero". Sin embargo, al excluir el artículo 765 a la moneda extranjera de las obligaciones de dar dinero, y las incluye entre las de dar cantidades de cosas, no queda más remedio que aceptar la calificación de *mercadería*, que encuadra más en la norma.

Si a esto se redujera el párrafo transcripto, y atento al principio que en el pago se debe respetar el principio establecido en el artículo 865 como cumplimiento de la

prestación que constituye el objeto de la obligación, así como el objeto del pago (que a tenor de lo dicho por el artículo 867 debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización) no se plantearía ningún problema porque se daría la misma cosa recibida, concordante con los principios del mutuo o de la permuta ya señalados, salvo que de común acuerdo resolvieran modificar la prestación, como regla del principio de la autonomía de la voluntad. Pero hete aquí que el legislador ha introducido una opción a favor del deudor, para que este se libere de su obligación "dando el equivalente en moneda de curso legal".

¿Puede el legislador cambiar la naturaleza del contrato equiparando mercadería = moneda extranjera a moneda de curso legal? ¿No estaría dando razón a los que interpretan que la moneda extranjera es también dinero? En tal caso, desaparece la discusión en la calificación *venta* o *permuta* cuando se entregara moneda extranjera, porque el deudor, si puede dar moneda de curso legal, es porque se permite la equivalencia y ésta es también dinero. Pero más grave es la interpretación de la equivalencia, por cuanto la cotización oficial de la moneda extranjera difiere sustancialmente de la cotización que la referida moneda tiene en otros países. Y si en el nuestro pudiera resultar ilegal tomarlas como válidas, se estaría destruyendo el efecto de los mercados sin ningún provecho para nosotros, por cuanto ellos seguirán actuando tal como resulta de las transacciones internacionales.

Es peligroso aceptar, como ya lo sostuviéramos en el comentario a este artículo del Código Civil y Comercial.[30] Porque si el deudor obra de mala fe (acogiéndose a esta opción, manifestando que no tiene ni puede conseguir los dólares o la moneda que se hubiere pactado) se beneficiaría destruyendo el principio que estableciera el mismo Código en el artículo 9.

Rescatamos las palabras de Alterini en una reciente publicación[31] cuando se le pregunta qué principio esencial elegiría del nuevo Código y responde con toda elocuencia:

> Sin duda optaría por el principio de la buena fe, recibido como directiva general por el artículo 9 del Código Civil y Comercial, que por cierto tiene antecedentes lejanos, pero ello no desvanece la importancia de su expresa proclamación.

Y remitiéndose a los romanos, cuyas comunidades debían organizarse sobre la base de la concurrencia de los objetivos de vivir honestamente, de no dañar a los demás y de dar a cada uno lo suyo, el autor rescata las ideas de "rectitud y honradez".

Al celebrarse la operación en moneda extranjera, se tuvo en cuenta preservar el valor. Y si se trata de la venta de un inmueble, seguramente la necesidad para los supuestos de reemplazo de vivienda, o de cualquier otro negocio legítimo, sería contar con esa moneda. Sabemos que en el mercado la cotización oficial difiere sustancialmente y basta verlo en las publicaciones de los diarios para que no queden dudas. Fue por ello que se modificó el proyecto originario cuando se había establecido que

30. Clusellas, Eduardo G. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 2).

31. Alterini, Jorge H., "Claves para tener en cuenta", en AA. VV., "Empresa, negocios y el nuevo Código Civil y Comercial" (suplemento especial de La Ley - Thomson Reuters), publicado con el diario *La Nación*, Buenos Aires, 30/8/2015, p. 3. [N. del E.: accesible desde la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

el deudor podía liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, de conformidad con la cotización oficial. Tanta incidencia política tenía el tema que esta expresión fue insertada por el propio Poder Ejecutivo. Dicha modificación fue afortunadamente abortada en la redacción definitiva, por la gravedad que la misma tenía.

Sin embargo, aun sin esa remisión a la cotización oficial, nos queda para el supuesto de que las partes nada hayan pactado conocer cuál debe ser el punto de referencia para establecer la equivalencia. Desde ya, la interpretación debe ser de cada caso particular, porque si del mismo contrato resulta el destino de esa moneda para otra operación o si el comprador ha asegurado tener disponible la mentada moneda, o de alguna manera hubiera tomado conocimiento del destino que dará al dinero el vendedor –como podría serlo utilizar el dinero para la operación de un familiar en los Estados Unidos–, la mala fe de cambiar el pago a efectuar por la moneda de curso legal a cotización oficial estaría poniendo de resalto la mala fe de quien así aprovecha la opción. En tal caso, serán los jueces los que deberán resolver el conflicto, no ya estableciendo una variable por equidad, sino contemplando la lesión que causa la conducta del deudor.

En su tiempo, Borda[32] sostenía:

> La cuestión se complica cuando se instaura oficialmente el sistema de control de cambios, con distintos tipos de cambio. ¿A qué tipo ha de liquidarse la deuda? Desde luego, si la obligación encaja claramente dentro de alguna de las categorías del sistema, debe admitirse el tipo de cambio correspondiente; de lo contrario, el Juez resolverá el problema con criterio circunstancial y teniendo en cuenta el principio del favor *debitoris*.

Para evitar estos conflictos, lo aconsejable es dejar previsto en el contrato la inaplicabilidad de la opción, por renuncia que de ella haga el deudor, y el acuerdo de una cotización en un mercado extranjero. La renuncia a la opción no dejaría más recurso que el cumplimiento en la moneda pactada, que es el principio esencial de identidad de pago.

En general, los autores han convalidado esta posibilidad, por cuanto no se trata de una cuestión de orden público. Bomchil[33] ha dicho que, en principio, todas las normas del CCCN que regulan las obligaciones y los contratos son supletorias y no imperativas. Se funda en los artículos 958 (sobre libertad de contratación) y 962 (sobre el carácter de las normas legales), donde dice expresamente que las relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible. Y como ratificación de esta interpretación recuerda la norma expresa del artículo 944 CCCN, que admite la renuncia a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados. En tanto, la misma norma analizada no establece carácter imperativo sino meramente supletorio cuando dice que el deudor puede desobligarse dando el equivalente en moneda de curso legal y no que

32. Borda, Guillermo A., ob. cit. (cfr. nota 25), p. 337.

33. Bomchil, Máximo, "Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera son supletorias y no imperativas", en AA. VV., "Empresa, negocios y el nuevo Código Civil y Comercial" (suplemento especial de La Ley - Thomson Reuters), publicado con el diario *La Nación*, Buenos Aires, 30/8/2015, p. 6. [N. del E.: accesible desde la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

debe hacerlo. El autor recomienda pactar como obligación alternativa, a elección del acreedor (art. 780 CCCN), el pago en pesos a un tipo de cambio que le permita comprar la cantidad de moneda extranjera adeudada en una plaza del exterior donde tal adquisición no esté restringida. La jurisprudencia más reciente, antes de la reforma, ha convalidado estos acuerdos y así lo desarrollamos en el comentario al mentado artículo[34], con el objeto de evitar el abuso de derecho y la mala fe de la parte que, debiendo pagar en dólares y teniéndolos a su disposición, lo niega para beneficiarse con una cotización que –en ciertos momentos– lo beneficia ostensiblemente.

Es que la cotización oficial también es discutible, por no ser la única, y resulta dudosa a pesar de que a fines de 2001 y principios de 2002 (al dejar atrás el tipo de cambio fijo de la convertibilidad que regía desde 1991) el Gobierno creó el mercado único y libre de cambios, estableciendo que el mismo "resultará del libre juego de la oferta y la demanda", como señala José Alfredo Nogueira[35]. Dice el autor que los funcionarios de turno le sumaron el ya característico toque vernáculo a las políticas, cambiando su objetivo original. Y así, tras el anuncio de que el valor del peso flotaría libremente, se impuso un estricto control de las operaciones cambiarias que deberían realizarse sólo en un mercado de cambios que nunca fue único, ni libre. Al mismo tiempo, se dispuso que el Banco Central interviniera en el mercado para evitar una exagerada devaluación del peso aunque muy pronto resultó evidente que el ente monetario actuó para cumplir ese objetivo con impericia y falta de profesionalidad. Agrega el autor que a partir de 2011, ya con un tipo de cambio atrasado, comienza la pérdida de reservas y una escalada de la inflación, razón por la cual el Gobierno recurre a otra medida extrema como el cepo cambiario, que se fue agravando a medida que la situación empeoraba. Entre sus críticas a la política económica cambiaria, cita la restricción a la salida de dólares del país, que terminó limitando el ingreso de capitales, haciendo que las discusiones sobre la elección del sistema de tipo de cambio fijo o flotante, o si es necesario un mercado desdoblado, ya no tiene sentido ni vigencia alguna en el mundo.

Lo concreto es que todo lo que proviene de una cotización digitada desde las políticas de gobierno, buenas o malas para el país, no responden a la realidad que los particulares pretenden dar a sus acuerdos privados y que generan situaciones de desequilibrios. En estos trances, los jueces han tratado de poner el equilibrio que demanda su intervención en las controversias privadas donde, por un lado, se alega la imposibilidad de conseguir la moneda de pago pactada en razón de las normas de la AFIP o del Banco Central, olvidando que la situación económico-financiera del país hace dudoso pensar de que no pudieron prever, particularmente cuando se dio la opción al acreedor de percibir la cantidad de pesos necesarios para adquirir los dólares recibidos, por ejemplo en un mutuo, en la cantidad necesaria y suficiente para adquirir esa moneda extranjera en las plazas de Montevideo (Uruguay), New York o Zurich[36].

34. Clusellas, Eduardo G. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 2).

35. Nogueira, José A., "¿Por qué se debe abandonar la política cambiaria?", en diario *La Nación*, Buenos Aires, 1/9/2015.

36. CNCiv., Sala E, 30/5/2013 (*La Ley*, t. 2013-E, p. 500).

Entonces, ¿es acaso obrar de buena fe conocer y regular esta circunstancia y después invocar una norma como la actual, que le permite al deudor pagar al cambio oficial?[37] En otro fallo que citamos en la misma obra se estableció que el deudor deberá abonar la deuda en la moneda pactada como condición esencial del contrato realizado. Se deberá respetar el acuerdo para el caso hipotético en que una norma futura desautorice o prohíba la tenencia o comercialización de dólares estadounidenses billetes para una eventual conversión del monto de la hipoteca o del préstamo en pesos, en que se tomará como base: a) cotización dólar turista para pasajes; o b) la cotización del dólar billete, tipo vendedor, en el mercado libre de cambios, ya que el préstamo hipotecario es en dólares estadounidenses billetes. Y de no existir mercado libre de cambios, el monto de la hipoteca o del préstamo en pesos será por la cantidad necesaria de pesos para adquirir bonos externos de la República Argentina, que –negociados en la plaza de New York (Estados Unidos), o Montevideo (Uruguay) a elección del acreedor, con su producido neto– permitan obtener la suma de dólares comprometidos. El fallo desestima los argumentos del deudor de inexistencia de bonos externos de la República Argentina (Bonex) para la época de celebrarse el mutuo, por cuanto cualquier bono emitido por la República Argentina, que cotice en los mercados internacionales, responde a dichas características.

Concluimos en la obra citada, que la nutrida jurisprudencia sobre este tema se pronuncia por la plena validez de toda cláusula que prevea cualquier modalidad para restablecer el equilibrio económico en la prestación, cuando ella no pueda cumplirse en la moneda pactada. De esta manera, deja inaplicable el último párrafo del artículo 765, que da una solución única para el caso de falta de previsión que, en definitiva, tampoco sería aplicable, salvo conformidad de partes[38].

Como ya se anticipara, es una norma supletoria y no imperativa, y la opción normativa puede ser renunciada por las partes al celebrar el contrato, para respetar a ultranza en primer lugar el pago en la moneda pactada, o como dice el artículo 766 CCCN: "El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada", cuya valoración crítica hacemos, dado que, al establecer el mismo legislador que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, no hace más que confirmar la regla de respetar no sólo la autonomía de la voluntad (cuando se ha pactado una solución) sino de hacer mantener el equilibrio de la prestación, ante el posible daño de una cotización ajena a los mercados[39].

En el primes mes de la entrada en vigencia del nuevo Código, tenemos el primer fallo sobre la materia, que comentamos seguidamente.

2.5. *Primer fallo de Cámara sobre moneda extranjera*

La Cámara Civil, Sala F, de la Capital Federal, ha tenido el privilegio –por la valoración que merece la sentencia– o la carga –si se considera el esfuerzo y la responsabilidad de afrontar una primera interpretación– de resolver, en el mes de agosto de 2015,

37. Clusellas, Eduardo G. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 2), p. 267.

38. Ídem, pp. 268-269.

39. Ídem, p. 273.

uno de los temas vinculados a la moneda extranjera que estamos tratando, en autos "F., M. R. c/ A., C. A. y otros s/ consignación" y "L., T. y otros c/ F., M. R. s/ ejecución hipotecaria". La Sala está integrada por los doctores Galmarini, Posse Saguier y Zannoni, y en el sorteo resultó ese orden de votación.

Emergen aquí cuestiones que ya hemos considerado, y en este supuesto se plantea una hipoteca constituida el 15 de febrero de 2012 por la suma de USD 37900, pagaderos en treinta y seis cuotas mensuales y consecutivas de USD 1356, con un interés del 16 % anual sobre saldos, de las cuales la primera cuota fue deducida del préstamo en el acto constitutivo. Luego del pago de las primeras seis cuotas, la parte deudora alegó la imposibilidad de obtener los dólares necesarios para los pagos siguientes, y por tal motivo ofreció dar moneda de curso legal equivalente a la suma de USD 1356, conforme a la cotización oficial del día anterior a la fecha de pago. La parte acreedora rechazó el ofrecimiento, desconociendo la existencia de disposición legal alguna posterior a la celebración del contrato, que configure un extremo de fuerza mayor o hecho del soberano que impida a la actora cumplir el mutuo en los términos pactados. Ofreció, a cambio, abonar en moneda de curso legal pero a la cotización del procedimiento denominado contado con liquidación.

Aparece aquí uno de los primeros problemas que resulta de la realidad económica argentina, cual es la diversidad de cotizaciones y la manifiesta diversidad de valores que no permiten ni recibir a cambio la misma moneda entregada, ni el valor que le permitiría adquirirla conforme a las cotizaciones que resultan de un mercado que el Gobierno desconoce. Dado que en la primera instancia el reclamo de la deudora fue rechazado, en los agravios de la apelación señala como factor definitorio de su conducta la imposibilidad de conseguir los dólares por el denominado cepo cambiario, y alega por ello la fuerza mayor. El acreedor demandado resalta en su contestación que la deudora conocía muy bien los riesgos del pago en moneda extranjera, "declarando haber ponderado con el debido asesoramiento y conocimiento las condiciones del mercado financiero y sus eventuales riesgos", renunciando a la teoría de la imprevisión para la revisión del contrato hipotecario.

Correspondiendo el primer voto al doctor Galmarini, partimos de la valoración que hace de las normas aplicables, desde su propia conciencia real, de la objetividad en la interpretación que traduce su vivencia de justicia y de orden, porque no se deja abrumar por la alegada imposibilidad de conseguir los dólares la deudora, y reconoce la responsabilidad de quien pacta en una situación de conocimiento de la realidad económica asumiendo riesgos. Si lo aceptara, da paso al abuso de derecho o a la mala fe, por cuanto luego demostrará en su argumentación, con cita de valiosa jurisprudencia, que

> … existen otras operaciones de tipo cambiarias y bursátiles que habilitan a los particulares, a través de la adquisición de determinados bonos, que canjeados posibilitan la adquisición de los dólares estadounidenses necesarios para cancelar la obligación asumida.

Con ello hace justicia, pero al mismo tiempo respalda el orden del sistema jurídico porque prioriza la autonomía de la voluntad, con lo que se cumplen principios de valoración jurídica, desde la justicia al orden, como lo sostuviera Carlos Cossio. El autor afirmaba que esta guía vivencial o realidad motora es con la que el juez, al des-

plegar su interpretación del caso mediante la ley, escoge dentro de las distintas posibilidades de la ley la especie dentro del género normativo; o decide, también con esa guía, que la vivencia sobre la aplicabilidad o no aplicabilidad de una ley según traduzca o no el sentido vivenciado del caso de cuya comprensión se trata[40]. Se rechaza así la demanda por consignación en la forma ofrecida por la deudora y se da curso a la ejecución hipotecaria, procediendo el juzgador –en esa búsqueda constante de justicia– a reducir los excesivos intereses pactados al 16 % anual sobre saldos al 6 % anual, dado que "no corresponde admitir cualquier tasa de interés por el sólo hecho de que se encuentre estipulada por las partes".

No considera una cuestión –según advertimos de la lectura, seguramente por no haber sido planteada por las partes– como es la del pago de la primera cuota de capital e intereses en forma anticipada, dado que se está cobrando un interés por un dinero no utilizado, cuando el interés es la indemnización por ese uso. Desde ese punto de vista, que no fue materia de tratamiento, considero que la práctica de pago anticipado de la primera cuota de capital y, más aún, de los intereses correspondientes es francamente abusiva y contraria a la buena fe contractual.

Por análogas razones a las invocadas en su voto por el doctor Galmarini, votaron en el mismo sentido los doctores Fernando Posse Saguier y Eduardo A. Zannoni. El fallo respeta una corriente interpretativa de estas cuestiones, desarrollada a través de la doctrina y jurisprudencia de los tribunales, que Salvat[41] también respaldaba, sin dejar de valorar a la moneda de curso legal, que debe ser la nacional, por cuanto es uno de los símbolos de la soberanía del país, pero no al punto de declarar su obligatoriedad o la prohibición del pacto en contrario:

> … las partes pueden, a pesar de este principio, estipular que el pago de una obligación se verifique en moneda extranjera: esa clase de obligaciones no quedarán regidas por los principios y las reglas de las obligaciones de dar sumas de dinero sino por las referentes a las obligaciones de dar cantidades de cosas; sería el mismo caso de una obligación de entregar cien kilos de trigo.

3. Especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito. Interpretación del monto en la extensión de la garantía

3.1. *Introducción*

El Código Civil y Comercial de la Nación ha introducido nuevos institutos jurídicos, modificado otros y dejado sin efecto los que consideraba inútiles en nuestras costumbres. Pero al mismo tiempo ha generado cuantiosos planteos interpretativos que la doctrina y jurisprudencia, a su tiempo, deberán resolver.

Una de las tantas cuestiones que se presentan es en relación con las hipotecas, particularmente en relación con el principio de especialidad en cuanto al crédito. Algunos entienden, a partir de esta normativa –dada la lectura de sus normas– que to-

40. Cossio, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, pp. 173-174.

41. Salvat, Raymundo L., ob. cit. (cfr. nota 11), pp. 407-408.

das la hipotecas deben tener una estimación del monto total por el que se publicita la extensión de la garantía, sin importar si se trata de hipotecas de monto cierto y determinado, o de las conocidas como hipotecas abiertas, o de máximo, para la cobertura de créditos condicionales, futuros o eventuales, de monto indeterminado.

La consecuencia de esta interpretación es que el monto por el que se constituye debe incluir no solo el capital, sino también intereses compensatorios, punitorios, costos y costas del juicio, o daños por el incumplimiento.

Toda suma que exceda al monto inscripto resulta quirografario y pierde el privilegio especial que otorga la hipoteca. A modo de ejemplo y en tanto se entienden comprendidas todas las hipotecas de cualquier naturaleza, si se trata de un mutuo en el que el acreedor entrega en préstamo una suma de dinero cierta y determinada, deberá dejar previsto todas aquellas contingencias que pudieran acrecentar la deuda de capital, como intereses, costas, daños, etc. y, por tanto, si se dieron 100 mil pesos, la estimación deberá quizá prever un monto posible de 400 mil pesos, con la consiguiente carga de gastos que tendrá por ello el deudor.

Distinto es el caso de las hipotecas en que no hay monto determinado, como sucede en las que garantizan obligaciones de dar, hacer o no hacer, o sobre obligaciones todavía no nacidas por tratarse de créditos futuros o eventuales, y de monto indeterminado, por cuanto la incertidumbre es parte del cálculo estimativo, y no hay certeza ninguna para prever su alcance.

En las de monto fijo y determinado, en cambio, hay certeza no solo en el monto, sino en los intereses que, pactados en el mismo contrato, pueden calcularse con poco riesgo de error, como las costas de juicio. Por tanto, parece injusto obligar a una determinación precisa en el acto constitutivo, ya que las estimaciones serán sobre bases serias y bajo control judicial en caso de ejecución.

En la lectura de las normas generales para derechos reales de garantía, el nuevo Código plantea estas dudas a partir de la lectura del artículo 2189, en donde se hace expresa referencia al principio de especialidad en cuanto al crédito, estableciendo que

> … el monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero […] la especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen […] el crédito debe estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente…

Mas en todos los casos el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas u otros conceptos.

Por su parte, el artículo 2193 se diferencia en cuanto a los efectos, dado que refiere expresamente a la "extensión en cuanto al crédito". En este aspecto, señala que "la garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento".

Los partidarios de la estimación del monto máximo en todas las hipotecas entienden que la lectura de este artículo se debe hacer con referencia y en los límites al monto máximo fijado. Todo lo que excede al mismo es quirografario. Otros en-

tendemos que se trata de una aplicación referida únicamente a las hipotecas abiertas o de máximo., mientras que en las de monto cierto y determinado no hay estimación alguna, en virtud de esa certeza en cuanto al capital, y la cobertura se extiende como privilegiada a intereses, costas y daños, por la posibilidad de calcularlo en todos los casos a través de la publicidad de los intereses y el conocimiento genérico de las regulaciones normales, todo lo cual queda avalado por la intervención judicial, que limitará todo lo que exceda el valor del dinero, limitando intereses o cláusulas abusivas, y regulando por su parte, lo que pudiera resultar de costos, costas y daños.

3.2. *Esquema interpretativo*

El artículo 2187 del nuevo Código incluye entre los créditos garantizables tanto los puros y simples como los a plazo, condicionales o eventuales, o por obligaciones de dar, hacer o no hacer. De esa manera, incluye tanto los que son por monto cierto y determinado como los que no lo son por estar pendiente su nacimiento al momento de la constitución de la hipoteca o, habiendo nacido, pueden resolverse (condición suspensiva o resolutoria) o no estar todavía determinado el monto por su indeterminación, como en los daños y perjuicios por incumplimiento o por estar pendiente en razón de su eventualidad. Esta comprensión de todos los créditos no implica negar la sustancial diferencia entre dos tipos de hipotecas perfectamente diferenciadas, como ser: a) las típicas, de monto cierto y determinado, que los españoles llaman "de tráfico", caracterizadas por que el crédito es actual, de naturaleza dineraria, y el plazo suspensivo cierto; y b) las de seguridad, que conocemos mejor como abiertas o de máximo, que se caracterizan por ser de dar cosas que no sean dinero, de hacer o no hacer, o de monto indeterminado por ser créditos futuros o eventuales, etc.

En las primeras, el sustento causal es preciso, dado que se trata de un mutuo o un saldo de precio de una compraventa, que determina con precisión la causa fuente y el monto. Mientras que en las otras, lo único cierto y determinado es el monto de máximo establecido, con lo que se debilita la causa fuente, y por sobre todas las cosas, en el momento de la constitución, no existiría una verdadera causal fundada en un contrato autónomo, y con ello quedaría incumplido el principio de especialidad.

En el Código velezano, se daban los mismos tipos de hipotecas señalados a través del artículo 3109; y ellos fueron fuente de las grandes discusiones en la doctrina, porque si no se cumplía el principio de especialidad, la hipoteca era nula, de nulidad absoluta.

La doctrina discrepó en su momento si el Código velezano establecía el principio de especialidad con todo rigor, tanto con relación al objeto (inmueble gravado) como en cuanto al crédito (causa fuente y monto). Es necesario cotejar las nuevas exigencias que resultan de los artículos 2188 y 2189, por cuanto la doctrina había generalizado una interpretación mayoritaria respecto al rigor de la especialidad en relación con el objeto (según art. 3131 CCIV), que describía los cuatro requisitos que debe contener la escritura de hipoteca y la limitación de la nulidad en el supuesto del objeto, conforme a lo determinado en el artículo 3132 CCIV ("Una designación

colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteque […] no es bastante para dar a la constitución de la hipoteca la condición esencial de la especialidad del inmueble gravado…"), refrendado por el artículo 3148 CCIV ("La nulidad resultante del defecto de especialidad de una constitución hipotecaria puede ser opuesta tanto por terceros como por el deudor mismo").

A contrario de tamaño rigor, cuando se trataba de la especialidad en cuanto al crédito, carecía de norma expresa, fuera de lo que establecía el inciso 2 del artículo 3131 CCIV, y que, a diferencia de lo resuelto en el artículo 3132 CCIV, rechaza la anulación y permite complementar aquello que era desconocido, condicional, impreciso o indeterminado al momento de la constitución, salvo el monto, que era esencial para su validez. ("La constitución de la hipoteca no se anulará por la falta de alguna de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte", según el artículo 3133 CCIV).

Debemos desentrañar entonces que ciertas exigencias regulan ahora el derecho de garantía hipotecaria, que por su carácter de disposiciones generales comprende también la prenda y el anticresis. Y si se limita a la especialidad en cuanto al crédito con la sola designación del monto máximo, si éste está extendido a todas las hipotecas o limitadas a las que deba estimarse el monto (como dice el mismo artículo 2189 desde su inicio), o si es necesario también definir debidamente y con qué alcance la causa fuente.

3.3. *La discusión en el esquema velezano*

La dificultad que presentaban las hipotecas atípicas, abiertas o de máximo, nos hicieron –desde lo notarial– planificar escrituras en la que quedaba bien diferenciado el crédito de la hipoteca, con la intención de dar precisión tanto a la causa fuente como al monto fijado. Así, caracterizamos la fuente obligacional que sirve de base a la constitución del derecho real de hipoteca, convencidos por los serios argumentos de Mario Zinny[42], haciendo asimismo distinción con la causa de la deuda.

En las hipotecas corrientes, la causa de la deuda es un contrato de mutuo o el saldo de precio de una compraventa. En las que entonces consideramos, puede ser una obligación condicional, eventual o futura, proveniente de una cuenta corriente, el incumplimiento contractual o la responsabilidad por daños por actos ilícitos, cuya satisfacción se garantiza con la hipoteca. En consecuencia, el contrato de hipoteca es uno de los contratos de garantía, que puede ser personal, como la fianza o caución personal; o puede ser real, como la hipoteca, la prenda y anticresis, tal como lo señala Spota[43].

Como dice Zinny, hay tanta diferencia entre el contrato de hipoteca y el derecho real de hipoteca, como entre la compraventa y el dominio. Prueba de ello es el conflictivo pacto de ejecutividad, que es de la naturaleza del contrato hipotecario, diferenciándose de la constitución del derecho real de hipoteca. Mientras parte de la doctrina y la jurisprudencia ha sostenido que el mismo es una exigencia tanto con

42. Zinny, Mario A., *Casos notariales*, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 91 y ss.

43. Spota, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1981, v. I, p. 123.

relación a la cosa hipotecada (sobre la que no hay discusiones) como con respecto al crédito, algunos han sostenido que para este último caso no se extiende el principio de especialidad. En esta última postura, José Luis Pérez Lasala y Benigno Martínez Vázquez[44] afirman:

> Adelantamos nuestra opinión adversa a la admisión del pretendido principio de especialidad del crédito, como formando parte del derecho real de hipoteca, por no existir texto alguno que lo consagre con carácter de tal y ser contrario a la flexibilidad que el codificador dio a la abundante gama de hipotecas admitidas en el artículo 3109.

Los autores agregan que toda clase de obligaciones pueden ser aseguradas con hipoteca. Fundado en los artículos 518, 3109 y 3153, incluyen las obligaciones civiles y naturales: de dar (en dinero o en especie), de hacer o no hacer; actuales, eventuales o futuras; puras, condicionales o a término o de valor determinado o indeterminado. Seguidamente, luego de negar el principio de especialidad en cuanto al crédito, no hacen lo mismo con relación a la determinación de la obligación:

> … la determinación del crédito no está fundada en ningún principio de especialidad, sino que surge como exigencia del carácter accesorio que la hipoteca tiene en nuestro derecho positivo[45].

Y concluyen afirmando que tanto el monto de la obligación como la causa fuente servirán como elementos individualizadores, pero estos deberán ser factibles de determinación:

> … si se trata de obligaciones de origen contractual, no bastará afirmar que el contrato es su fuente; se necesitará indicar la naturaleza del contrato (3131). Si se trata de obligaciones cuasi contractuales, no será suficiente referirse en abstracto al origen cuasi contractual, que es la causa fuente, si con tal designación no se puede determinar la obligación garantizada. Lo mismo cabe decir de las obligaciones derivadas de hechos ilícitos o directamente de la ley.[46]

El principio de especialidad en cuanto al crédito (tanto como a la cosa) preocupa, por cuanto, como dice Salvat, "faltando este requisito, la hipoteca sería nula". Pero algunos autores entienden que el principio está cumplido con la enunciación del monto de la deuda garantizada, con lo que se da amplia acogida a las llamadas hipotecas "muy abiertas", hasta un determinado monto pero, como lo señala Zinny[47],

> … en garantía de derechos personales o creditorios todavía no existentes (eventuales o futuros) cuyas **causas** fuentes no han sido todavía celebradas ni se celebran al momento de constituirse la garantía…

44. Martínez Vázquez, Benigno y Pérez Lasala, José L., "El principio de especialidad y la accesoriedad en la hipoteca", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 93, p.798.

45. Ídem, p. 808.

46. Ídem, p. 809.

47. Zinny, Mario A., ob. cit. (cfr. nota 42), p. 99.

Jorge Alterini, refiriéndose a las hipotecas abiertas en una disertación sobre la actividad bancaria[48], analiza la evolución jurisprudencial, con pronunciamientos por la validez (p. ej.: sentencia del Superior Tribunal de Salta de marzo de 1979, sentencia del Tribunal Supremo de la Provincia de Buenos Aires del mismo año), o por la nulidad (p. ej.: sentencia de la Cámara de Morón de 1980, o la de Mendoza, Sala III, del mismo año) y se pronuncia por la insuficiencia del monto máximo, debiendo estar individualizada la obligación que se garantiza, sin perjuicio de que esta pueda ser eventual, condicional o futura, porque lo autorizan los artículos 3109, 3153 y 3159 del CCIV. Por tanto, estando establecido el monto y siendo la obligación causal (p. ej., una cuenta corriente bancaria), estaría cumplida la especialidad, fundado en la cuenta corriente comercial, a la que el artículo 786 del Código de Comercio autorizaba a garantizar sus saldos con hipoteca. Y respecto de la cuenta corriente bancaria, manifiesta: "hay una conexión íntima entre las dos cuentas corrientes; que la cuenta corriente mercantil casi hace de la parte general de la cuenta corriente bancaria".

Zinny[49] rechaza esta casi igualación de las cuentas, separando la bancaria porque:

> … carece de autonomía para jugar el papel de **causa** fuente del derecho garantizado por traducirse tan solo en el esquema contable o reflejo aritmético de las operaciones, operaciones éstas que se constituyen en la verdadera **causa** fuente de aquel y que, en tanto no celebradas, pueden determinarse mediante la enunciación especial de sus probables tipos; y que los asientos de la cuenta corriente bancaria son el mero esquema contable o reflejo aritmético de las operaciones, lo prueba el hecho de que dichos asientos, a diferencia de los de la cuenta corriente mercantil, no tienen efectos novatorios; de donde resulta, en definitiva y como queda dicho, que las operaciones reflejadas en la cuenta conservan su autonomía y la consiguiente aptitud para jugar el papel de causa fuente del derecho garantizado.

El autor aconseja establecer la causa fuente verdadera, como en el caso de apertura de crédito celebrado con el banco, con indicación de fecha, partes, lugar de archivo y compromiso de entrega del banco.

Gómez Leo, luego de reseñar las posturas sobre el efecto novatorio de la cuenta corriente bancaria (admitida por Segovia, Rivarola y Malagarriga, y rechazada por Obarrio, Halperin, Nougués, Giraldi y Villegas), concluye afirmando que en realidad ni la cuenta corriente mercantil tiene verdadero efecto novatorio, sino una transformación de los créditos que ingresan en la cuenta en virtud de la indivisibilidad que es su característica esencial y fundamental. Como la misma no hace a la esencia de la cuenta corriente bancaria, el artículo 774 del Código de Comercio le es inaplicable y, por tanto, la cuenta corriente bancaria no solo carece de efecto novatorio como sostenía Zynny, sino que ve considerablemente menguada la individualidad[50]. En

48. Alterini, Jorge H., "Hipotecas abiertas", en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, nº 868, mayo-junio 1983, pp. 605-619.

49. Zinny, Mario A., ob. cit. (cfr. nota 42).

50. Fernández, Raymundo L. y Gómez Leo, Osvaldo R., *Tratado práctico de derecho comercial*, Buenos Aires, Depalma, 1991, t. III, p. 279.

consecuencia, fundar una hipoteca en la sola cuenta corriente bancaria, puede ser motivo de ataques por considerarse que no existe la causa fuente de la obligación.

En cambio, la cuenta corriente mercantil es un verdadero contrato causal, independiente de los créditos y débitos que la forman, por cuanto una vez ingresados en la cuenta "pierden su individualidad para convertirse en simples elementos del crédito eventual del saldo", conformando una indivisibilidad no como simple efecto, sino como característica esencial y fundamental del contrato[51]. Por ello, tiene importancia distinguir el contrato causal en el exordio de la escritura, que en materia bancaria puede ser el de "apertura de crédito" (en cuenta corriente o no), y el de "descuento". Aunque en nuestro caso, tratándose de un obligación de hacer, lo es el contrato de locación de obra con todos sus antecedentes y cláusulas que determinan si la misma se ha cumplido o no.

Mario de Magalhaes[52] define el contrato de *apertura de crédito* como el que celebra el cuenta correntista con un banco, con el fin de que éste último asuma el compromiso de poner a su disposición una suma precisa de dinero, autorizándolo a girarla en la cuenta corriente bancaria que tiene abierta en el banco a su nombre. Después de analizar este contrato, al igual que el descubierto bancario (adelantos transitorios en cuenta corriente), concluye que:

> … es dable garantizar con hipoteca las obligaciones futuras o eventuales, que aún no existen y que incluso pueden no existir, **con la sola obligación de denunciar el tipo o naturaleza del contrato al cual va a acceder la garantía real** y fijando una **suma estimativa** como tope máximo de la garantía y, en su caso, el **plazo máximo de duración** […] Así, resulta insoslayable denunciar la naturaleza y tipo del contrato al cual accederá la garantía real. Pero entendemos de gran utilidad, y a los fines de su irrefutabilidad, transcribir textualmente el contenido del contrato de apertura de crédito o de cuenta corriente bancaria, en su caso.[53]

No obstante el celo puesto por el autor para mantener la precisa individualización de la causa fuente del crédito, consideramos que la sola agregación en la escritura de constitución de la hipoteca de la copia autenticada y demás documentación concurrente, cumple sobradamente esa función, ya que tiene el carácter fedante de esa actuación, utilizada para la acreditación de la representación voluntaria o legal, como un avance de la Ley 15875, modificatoria del artículo 1003 del Código Civil, a contrario de lo que decía su texto anterior, con exigencia de transcripción, circunstancia reforzada por la posibilidad de expedir primeras o ulteriores copias, conteniendo la documentación incorporada al protocolo.

La fe pública está dada por la cita y actuación del escribano, con la guarda protocolar y no con la transcripción que nada agrega y que no es exigida por ley alguna implicando, en cambio, una actitud contraria a los progresos logrados.

No obstante, si el contrato causal fuera una cuenta corriente comercial, más que agregar o transcribir el contrato, sería conveniente integrarlo en la propia escritura,

51. Ídem, p. 55.

52. De Magalhaes, Mario, "Hipotecas constituidas en resguardo de contratos de apertura de crédito y de adelantos transitorios en cuentas corrientes bancarias", en *El Derecho*, Buenos Aires, t. 154, p. 837.

53. Ídem, p. 841.

regulando detalladamente sus condiciones de funcionamiento, intereses, mora, cesación, etc., al igual que los efectos que pudieran producir la prórroga de plazos o modificación de condiciones. Esto último, frente al efecto novatorio del artículo 775 del CC y el asesoramiento que requieren sus otorgantes, quizá no preparados como las instituciones bancarias para la redacción de estos contratos, que generalmente están contenidos en cláusulas predispuestas exhaustivamente estudiadas y sin el control de documentación y archivos que los bancos tienen, dando mayores garantías para la regularidad de su operatoria.

3.4. *La invalidez por falta de especialidad en cuanto al crédito*

El problema se planteaba a la luz del Código velezano, partiendo de la reducción del *sujeto* de la hipoteca a una suma de dinero. "Si la prestación es de otra naturaleza, debe estimarse", sostenía Héctor Lafaille[54], quien hace expresa referencia del carácter condicional de esos créditos que no torna de por sí la determinación en dinero. Con cita de Segovia, recuerda que en esta categoría se comprenden aquellas deudas que todavía no existen, pero que pueden surgir *ex post facto*.

La estimación propia de estos créditos indeterminados, tanto en su naturaleza como en su valor, pone en juego el principio de especialidad que no reúne los requisitos exigidos en cuanto a la causa fuente, como sucede con la cuenta corriente bancaria, que en su momento Julio César Rivera descalificara para acreditar la especialidad, por cuanto el contrato subyacente podía ser el depósito de dinero, préstamo, apertura de crédito, descuento de letras de cambio o depósito de valores. Allí sostenía que la mentada cuenta no constituye un contrato autónomo y los asientos en ella no importan novación. Concluye en que la cuenta corriente bancaria no es susceptible de ser objeto de la garantía hipotecaria, por no satisfacer el principio de especialidad y accesoriedad de la hipoteca.

Ratificando esta conclusión, señala que esta sería una hipoteca abierta

> … reñida con nuestro sistema, ya que se permitiría al banco incorporar cualquier operación –mutuo, descuento, apertura de crédito, libranza de cheques atendidos por el banco sin autorización previa para girar sin provisión de fondos, intereses devengados por cualquiera de estos créditos, etc.– y todas ellas estarían garantizadas con la hipoteca por el solo hecho de un asiento contable.[55]

En igual sentido se pronunciaban Adrogué, Amuy y Gutiérrez Zaldívar[56] sobre la consideración de no responder al principio de especialidad en lo referente al crédito de aquellas hipotecas en las que, por su carácter de inciertas, no queda precisado ni el objeto de la prestación ni la extensión o magnitud de las obligaciones futuras o

54. Lafaille, Héctor, *Tratado de derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1945, t. V, v. III, p. 82. (Ver especialmente nota nº 97).

55. Rivera, Julio C., "Contratos bancarios con garantía real", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1980-B, pp. 854 y 863.

56. Adrogué, Manuel, Amuy, Juan Carlos y Gutiérrez Zaldívar, Álvaro, "Notas relativas a las hipotecas de seguridad en el derecho argentino", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1980-B, p. 948.

eventuales. Resultan insuficientes las cláusulas genéricas relativas a las obligaciones pasadas, presentes o futuras entre las partes. Por eso, la cláusula de garantía general hipotecaria no es válida en nuestro derecho.

Los autores recuerdan lo resuelto en las VII Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979), en las que concretamente se resolvió que la especialidad relativa al crédito no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada o, en su caso, manifestar el valor estimativo en el acto de constitución del gravamen, sino que requiera la constancia de la causa fuente, entidad (objeto de la prestación) de la obligación garantizada.

Adrogué, Amuy y Gutiérrez Zaldívar anticipan un problema a futuro, como es la posibilidad de considerar dentro de la garantía el tema de los intereses. Aquellas que la doctrina española llama de seguridad o abiertas, de distinta valoración que las de tráfico o típicas:

> Un aspecto delicado referido a las hipotecas de máximo, por falta de norma expresa que resuelva el problema, es el atinente a si los intereses están comprendidos o excluidos del monto máximo de la responsabilidad hipotecaria[57].

Seguidamente, plantean un nuevo problema de futuro, como lo es el de la determinación del monto a ejecutar dada la incertidumbre inicial, en donde el crédito puede no haber nacido todavía e incluso no nacer jamás:

> Debe tenerse en cuenta que para poder hacer valer el crédito hipotecario –en la hipoteca de seguridad– deberá el acreedor probar que efectivamente es titular de un crédito y que, además, dicho crédito es aquel a que se refiere la convención hipotecaria. No es por sí título ejecutivo, toda vez que no acredite de modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda.[58]

Como puede apreciarse con estas citas y jurisprudencia que las respalda, el tema de discusión es el de la validez de las hipotecas abiertas y su problemática. La conclusión para esta postura es que no sólo se requiere para cumplir con la especialidad en cuanto al crédito, con el monto máximo de la garantía, sino la enunciación precisa de la causa fuente de la obligación garantizada.

3.5. *La validez de las hipotecas abiertas en la doctrina anterior al nuevo CCCN*

La realidad, que no es doctrina de juristas sino fermento de seguridad en las transacciones económicas, ha movido a los autores a justificar su validez en razón de la evolución de las operatorias:

> La estabilidad, junto con el proceso de bancarización de la economía, ha impulsado a los bancos a celebrar con sus clientes relaciones más estables y abarcadoras, en cuyo contexto se gestan y desarrollan diversas y múltiples operaciones por las cuales

57. Ídem, p. 965.

58. Ídem, p. 968.

> se vehiculiza la asistencia crediticia. Esta modalidad de contratación sucesiva y variada torna antifuncional y onerosa la constitución de garantías singulares para cada una de las operaciones concertadas. Lo óptimo en estas circunstancias es disponer de garantías globales y permanentes, con márgenes técnicos de cobertura suficientes.[59]

El autor clarifica la confusión sobre los principios de especialidad, accesoriedad y responsabilidad hipotecaria, haciendo perfecta distinción entre las hipotecas *típicas* (de monto cierto y determinado) y las *atípicas* (que amparan obligaciones futuras, eventuales, condicionales e inciertas), resolviendo la cuestión en estos términos:

> La exigencia de individualizar en el acto de constitución la causa y demás elementos del crédito está referido sólo a las hipotecas típicas, es decir, aquellas que desde su origen garantizan una obligación cierta y determinada, pero no respecto a las hipotecas que amparan obligaciones condicionales, eventuales o futuras.[60]

Luego de señalar como justificativo el artículo 3133 del CCIV para validar el acto insuficiente en su comienzo para conocimiento de la causa (acreditándolo por cualquier medio a posteriori), expresa que el único límite para el principio de especialidad es el establecimiento del monto máximo, que respalda tanto al deudor como a los terceros. Finalmente, plantea el tema de los intereses, desarrollando los distintos enfoques relativos a si el monto máximo de la cobertura comprende únicamente el capital, o si también incluye los intereses adeudados. Y citando un fallo que comenta, sostiene que la Cámara de Apelaciones de Neuquén los admitió como garantizados por la hipoteca abierta, aunque sumados al capital excedan el monto por el cual aquella se constituyó.

Pérez Lasala y Martínez Vázquez, en el artículo ya citado, rechazan la aplicación del principio de especialidad con relación al crédito. Y la única nulidad aceptable lo es en cuanto al verdadero principio que resulta de la determinación del inmueble gravado. Solo esta insuficiencia sería motivo de nulidad, en atención a lo establecido por el artículo 3132 y 3148 del CCIV, mientras que el establecimiento del monto y causa fuente solo son exigibles como elemento individualizados de la obligación garantizada. Es el resultado del principio de accesoriedad de la hipoteca en cuanto al crédito, dado que no la hay cuando se pretende garantizar cualquier obligación o cuando se intenta crear el gravamen con prescindencia de "toda obligación"[61].

Diferencian claramente el trato que corresponde con relación a las hipotecas típicas que con respecto a las de valor indeterminado, y señalan:

> Lo que resulta inaceptable es pretender sin norma legal alguna que lo autorice y con un rigorismo esquemático, extender el modo de precisar la obligación principal en la hipoteca típica por crédito dinerario, a todas las otras formas atípicas de hipotecas autorizadas expresamente por la ley, mutilando su naturaleza propia, o simplemente restando

59. Gómez, Jorge A., "La hipoteca abierta como garantía de las operaciones bancarias", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 15/11/1999, nº 218.

60. Ídem, p. 2.

61. Pérez Lasala, José L. y Martínez Vázquez, Benigno, ob. cit. (cfr. nota 44), p. 808.

> validez legal por vía de derogación lisa y llana de normas vigentes. Tal ocurre con el sector de la doctrina que exige, conjunta e ineludiblemente, la expresión de la causa-fuente y del objeto de la prestación, como condición esencial para que la hipoteca tenga validez.[62]

Mario Arraga Penido[63] comparte estas conclusiones sobre la validez de las hipotecas abiertas y profundiza en el tema de la causa fuente, para descartarla como expresión contenida en el acto constitutivo apoyado en el principio de presunción de la causa que resultaba del artículo 500 del CCIV:

> … no resulta imprescindible que provenga de una fuente contractual, ya que podría acceder inclusive a un reconocimiento incausado, en tanto se acredite la existencia de la obligación, toda vez que la causa fuente es presumida (art. 500 CCiv.) a pesar de que no esté expresada la obligación en él.

El autor justifica este avance en la doctrina, en razón de no estar comprometido ni el principio de especialidad ni el de accesoriedad, sin que les pueda caber por este motivo la grave sanción de nulidad, y consiente en la revisión de los conceptos negativos. Extiende así la interpretación causal, tanto de la cuenta corriente comercial como de la bancaria, recogiendo la previsión normativa del entonces vigente Código de Comercio, cuando en el artículo 786 establecía que el saldo puede ser garantido con hipoteca, fianza o prenda, según la convención celebrada entre las partes. Con respecto a la cuenta corriente bancaria, es un hecho generador de derecho creditorio:

> … es uno de los contratos consensuales, bilaterales, típicos, conmutativos, no formales, normativos, de ejecución continuada y autónomos que revisten mayor importancia dentro de la actividad financiera.

En el análisis que hace del proyecto de reformas de la legislación civil y comercial de 1998, valora el reconocimiento que hace el artículo 2093, párrafo 3°, de las hipotecas abiertas por créditos indeterminados, "lo que constituye una notable innovación, requerida por las modernas necesidades crediticias". En la referida norma queda claro el cumplimiento del principio de especialidad en cuanto al crédito, sea que la causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto –por lo que se incluyen los intereses y las costas–, que la garantía que se constituye es de máximo y el plazo a que se sujeta no puede exceder de diez años.

3.6. *La interpretación del artículo 2189 del nuevo CCCN*

De la lectura precedente, que resume las distintas discusiones a que dieran lugar las hipotecas abiertas, de seguridad, de máximo o atípicas, puede extraerse una intere-

62. Ídem, p. 809.

63. Arraga Penido, Mario O., "La hipoteca abierta por créditos indeterminados y el Proyecto de Código Civil de 1998", en *Jurisprudencia Argentina*, 8/11/2000, n° 6219, p. 22.

sante conclusión: el nuevo Código legitima las mismas, toda vez que limita el principio de especialidad en cuanto al crédito, en los requisitos allí establecidos. Dejamos de lado la especialidad en cuanto al inmueble, que se atenúa en el rigor determinante de nulidad de los artículos 3132 y 3148 del CCIV. Y el artículo 2188, si bien exige que el objeto debe ser actual y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo –cuestión casi superada con las exigencias registrales que para dar publicidad establecen los datos esenciales del inmueble– permite, a través del artículo 2190, superar los defectos de especialidad, declarando válida la constitución de la garantía aunque falte alguna de las especificaciones del objeto. En cuanto al crédito, también protegido por el 2190, tiene una expresa referencia en el artículo 2189 que comentamos al único requisito necesario, que es el del monto de la garantía o gravamen y su estimación en dinero.

La norma marca también la diferencia de naturaleza, en tanto se refiere la estimación a las hipotecas abiertas, como resulta de la doctrina y jurisprudencia antes desarrollada, por cuanto la hipoteca típica o de monto cierto y determinado, no tiene estimación alguna. Cuando alguien entrega por un mutuo una suma de dinero, o queda adeudando el saldo de precio por la compra de un inmueble, negocios causales perfectamente individualizados, no hace estimación alguna, y marca la diferencia con las de valor indeterminado.

Queda superada la exigencia de la relación causal en las hipotecas abiertas o de máximo, con la expresión del segundo párrafo, cuando expresa que "la especialidad queda cumplida por la expresión del monto máximo del gravamen".

También quedan superados los inconvenientes de créditos inexistentes al momento de la constitución, sea porque son futuros o eventuales, o porque siendo condicionales, si lo son bajo condición suspensiva, no nacen hasta el cumplimiento de la condición; y si lo son bajo condición resolutoria, a pesar de haber nacido, pueden resolverse posteriormente por el efecto de la misma. Hay una perfecta separación entre la hipoteca constituida en tales condiciones, a diferencia de las típicas en que nacen simultáneamente con la constitución, sea que el contrato esté integrado en la misma escritura, o lo sea en documento separado pero debidamente relacionado.

En estas hipotecas atípicas o abiertas, dice el párrafo siguiente del artículo: "El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente, mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto", aclaración que no era necesaria, si se refería a hipotecas típicas.

Pero vamos a suponer que la pretensión del legislador fuera la de incluir en esta norma ambas hipotecas, y que la estimación estuviera referida a los intereses, costas y daños que pudieran resultar del incumplimiento en una hipoteca típica, en cuyo caso se estaría aplicando el criterio de máximo para cubrir todo, como en las abiertas. Si así fuera, qué razón tiene el párrafo siguiente a la expresión de que el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, cuando señala "de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas u otros conceptos".

La hipoteca típica, o de monto cierto o determinado, en modo alguno podría no tener cubierto el capital, dado que él es el monto de su propia constitución, y lo que podía discutirse era la cobertura de los demás rubros.

En cambio, en la hipoteca abierta, el capital puede resultar de tal modo gravoso, que exceda en mucho al monto de máximo, como podría ser en el incumplimiento de una obligación de hacer, o la que garantiza los daños y perjuicios por un accidente, o cualquier otra de valor indeterminado.

Solamente a las hipotecas abiertas puede aplicarse el criterio de que si excede el monto máximo, el capital que lo exceda, será quirografario. También resulta incongruente pensar que el último párrafo del artículo se está refiriendo a las hipotecas típicas, por cuanto ninguna limitación, más que la convención de las partes, puede impedir que excedan los diez años desde el acto constitutivo. Ya el mismo Código, en materia de hipotecas, establece la duración de la inscripción por el término de 20 años, si antes no se renueva (art. 2210 CCCN).

¿Qué sentido tiene establecer que "el acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de 10 años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en garantía de los créditos nacidos durante su vigencia"? No solamente sorprende pensar en que una hipoteca de valor cierto y determinado, que nace con su misma constitución, pueda limitarse a 10 años, sino, más aún, que vencido el plazo subsista la garantía de los créditos nacidos durante su vigencia. ¿No es que el crédito es cierto y determinado, y que ello resulta de la hipoteca típica? ¿Y qué créditos pueden nacer durante su vigencia que no sean aquellos que resultan de una hipoteca abierta, en la que se garantizan los que sucesivamente en el tiempo van alimentando una cuenta corriente, o una operatoria bancaria garantizada con una extensión –como la que pretendía validar Arraga Penido– en medio de la complejidad financiera?

> El movimiento derivado directa o indirectamente del uso de cheques, comisiones y gastos, alquiler de cajas de seguridad, servicios de cobranza por cuentas de terceros para el pago de impuestos, tasas, contribuciones y aportes, resúmenes de tarjetas de crédito, truncamiento de cheques, avales, (arts. 1.1, 1.44, 2.4, 4.4., 5.6, Circular OPASI-2-229 de reglamentación de la cuenta corriente bancaria, con vigencia a partir del 1/3/2000, Comunicación "A" 3075 del Banco Central de la República Argentina) o de adelantos sin cobertura, cartas de crédito, operaciones de prefinanciación de exportaciones o financiación de importaciones, descuento de documentos, créditos otorgados o a acordarse en adelante entre otros y que refleja la cuenta corriente, es unitario y por tanto, completamente indivisible.[64]

Únicamente en tamaña instancia financiera, propia de la operatoria de hipotecas abiertas o de máximo, puede comprenderse tanto la limitación en el tiempo, para poner fin a la incertidumbre de cuentas que van evolucionando paulatinamente, como el respaldo dado a las operaciones celebradas en el mismo, aún después de su vencimiento. Respaldando esta operatoria, dice Arraga Penido:[65]

> Es más, si se está indicando en el acto constitutivo que la hipoteca cubre todas las obligaciones y deudas que existan con la entidad financiera, no puede caber duda de que la

64. Ídem, p. 26.

65. Ídem, p. 27.

referencia es concreta, porque tales operaciones a concertar no pueden ser otras que las delimitadas por la señalada ley financiera que las gobierna.

Indudablemente, el artículo 2189 se está refiriendo única y exclusivamente a las hipotecas atípicas, de máximo, abiertas o de seguridad; y en tal caso, la limitación al monto de garantía establecida deja fuera de ella todo excedente, que pasa a ser quirografario.

A través de esta norma, se define también el cuestionamiento sobre los intereses devengados y no pagados, estableciendo que en la medida que excedan el monto de máximo, pasan a ser quirografarios, pero no aquellos otros que se devengan con motivo de una hipoteca de monto cierto y determinado, en las que la extensión del crédito resulta del artículo 2193 CCCN.

3.7. *Hipotecas de monto cierto y determinado*

Del desarrollo que diéramos a las hipotecas, en particular con relación a las clásicas y típicas de monto cierto y determinado, y las que a contrario presentan una incertidumbre (sea en su nacimiento y permanencia, como en el monto indeterminado, y que se denominaran abiertas, de máximo o de seguridad), solo estas últimas fueron materia de evolución en la doctrina y jurisprudencia, para su justificación y validez plena. Fueron estas las que necesitaron del aporte doctrinario para acreditar que no eran nulas, en unos casos justificando su especialidad mediante la acreditación de la causa fuente y monto máximo, o por el desconocimiento de que se tratara de una exigencia esencial para tenerlas como válidas y oponibles a terceros.

Poco a poco se fue sentando el criterio de que las mismas podían carecer de una causa fuente actual, en el momento de la constitución de la hipoteca, sea porque la condicionalidad (si lo era bajo condición suspensiva) les daba nacimiento en el momento futuro de su cumplimiento, o porque estando creadas con la constitución bajo condición resolutoria, podían perder entidad si la misma resolvía sus efectos.

La otra forma que la alejaba de la causa fuente era la causa futura o eventual, donde prácticamente no existía la mentada causa, sino que podía señalarse con el mismo grado de incertidumbre que tenía el monto, cuando se trataba de obligaciones de dar, hacer o no hacer, ya que dependía del resultado de los actos humanos y la forma de su ejecución. La indemnización del daño por incumplimiento, o la garantía por lo que pudiera resultar de hechos ilícitos u otras relaciones jurídicas de determinación futura, quedaron justificadas únicamente en la sola determinación del máximo de garantía que permitiría la cobertura hipotecaria. Ni qué decir de operatorias bancarias o comerciales que se suceden a través del tiempo, hasta llegar a un cierre de una cuenta corriente bancaria o comercial como única determinación por el saldo pendiente, y que el nuevo Código legitima ahora a través de los artículos 1407 y 1439, para que el saldo deudor pueda ser garantizado con hipoteca.

Toda la discusión a la fecha fue con estas hipotecas, desde su validez hasta el efecto del monto de cobertura, o el tiempo en que se pudiera sostener la incertidumbre, materia ésta que claramente resuelve –como ya se sostuviera– con el último párrafo del artículo 2189 CCCN: allí las admite hasta 10 años, pero extendiendo la co-

bertura en todas aquellas causadas en el período referido para su ejecución fuera del mismo.

3.7.1. *El contenido de la reforma*

De lo expuesto resulta entonces que solamente las hipotecas abiertas eran motivo de tratamiento especial, por cuanto las típicas o de monto cierto y determinado no ofrecían ningún inconveniente, ni en la causa fuente, que siempre tenía y tienen un negocio jurídico causal (mutuo, saldo de precio, etc.) y un monto que no necesita de estimación alguna, por cuanto es el del contrato que le sirve de base. Parece totalmente contrario a las reglas de interpretación que el mismo legislador estableció que se regulen, entonces, ambas en conjunto, con todas las diferencias apuntadas, y sin dar ninguna justificación.

El principio de la buena fe, que marca el artículo 9 para el ejercicio de los derechos, avalado por el artículo 961 para la celebración de los contratos, tanto en su interpretación como en su ejecución, establece las diferencias de tratamiento separado entre dos hipotecas de contenido sustancialmente diferentes; no solamente por lo que formalmente esté establecido en el contrato hipotecario (unión de crédito y garantía) sino a sus consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos: por un lado, las que garantizan el monto cierto y determinado, en que el capital está expresamente comprendido en la garantía desde su constitución, diferenciado de las abiertas en que todo es incierto, desde su constitución y que prácticamente desconoce la certeza sobre el nacimiento de la causa fuente; por otro, como en cuanto al monto resultante al que se extiende la garantía al momento de su ejecución.

No pueden considerarse iguales una y la otra, por más que no se diga expresamente en las disposiciones generales que merecen tratamiento igualitario. Y no pueden serlo, porque la propia enunciación del artículo 2189, "Especialidad en cuanto al crédito", muestra la diferencia, porque solo desde la falta de la especialidad precisa de las hipotecas de monto cierto y determinado, sin objeciones en su causa fuente y monto, resulta la palmaria diferencia con las hipotecas abiertas que, como ya se dijo, deben estimarse porque no hay ninguna certeza en el monto o en el nacimiento y eficacia inicial; cosa que no ocurre con las típicas.

Parece inapropiado decir que en una hipoteca típica, la especialidad queda cumplida con la expresión máxima del gravamen –cuando lo tiene indudablemente– y sin vacilación en el acto constitutivo. Y más inapropiado parece ser el párrafo siguiente del artículo 2189, cuando señala que el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen, o puede nacer posteriormente, cuando en las típicas lo está por su propia naturaleza (y salvo algún dato secundario sin trascendencia para la certeza de la constitución), que podría ser completado, por defecto de la especialidad, cuando falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se la pueda integrar de acuerdo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo, como dice en forma genérica el artículo 2190, aunque sin perder de vista la existencia plena de la causa fuente que nace con la garantía. Por el contrario, de lo que se trata en este artículo es de la diversidad de supuestos en las hipotecas abiertas, en que lo que se va a individualizar es nada menos que el valor real

que resulte en definitiva de la incertidumbre inicial, o el tipo de causa fuente que la justifica.

Por tanto, que el gravamen constituye el máximo de la garantía solo puede interpretarse como aplicable únicamente a estas hipotecas de máximo, abiertas o de seguridad (único caso, además de los antes señalado) en que el capital podría superar al monto máximo fijado en el contrato hipotecario, dado que en las hipotecas típicas ya lo está con la propia constitución.

Decir que es quirografaria toda suma que lo exceda, no puede en las hipotecas típicas justificar que se incluya el capital, cuando este es el monto que inicialmente ha conformado la garantía. Es razonable decirlo en las hipotecas abiertas, donde se desconoce tanto en la incertidumbre sobre la existencia de la obligación, como en el monto al que la misma pueda elevarse. Y en medio de esa incertidumbre, es razonable extenderla en una previsión inicial, teniendo en cuenta un capital estimado, así como lo que pudiera resultar sobre intereses, costas, multas u otros conceptos.

Esa es la única interpretación posible, hecha sobre la base de la buena fe y el realismo de las palabras utilizadas, de sus finalidades, así como de los principios y valores jurídicos a que se refiere el artículo 2 del CCCN. Y teniendo especialmente en cuenta "los usos, prácticas y costumbres" como vinculantes, cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas, siempre que no sean contrarias a derecho, como dice el artículo 1 CCCN.

3.7.2. *El alcance del artículo 2193*

Cuando la norma referida establece la "extensión en cuanto al crédito", parece en abierta contradicción con las limitaciones establecidas por el artículo 2189 CCCN. A diferencia de un monto estimado, nos enfrentamos ante un monto cierto y determinado, en cuyo caso es por demás razonable y propio tanto de la legislación antecedente como de la doctrina y jurisprudencia firme que la garantía se extienda no solo al capital adeudado –conocido por su inserción en el contrato hipotecario–, sino a los intereses posteriores a su constitución, que resultan del mismo acuerdo celebrado, así como los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento.

Ya se analizaba en la obra de Salvat[66] el tema de los intereses:

> El pacto sobre intereses que contenga la escritura hipotecaria puede versar sobre los compensatorios, como sobre los moratorios y aún los punitorios (art. 1197), siempre que lo elevado de la tasa fijada no los convierta en usurarios y como tales, por la inmoralidad que implican, ser reprobados y sancionados con la nulidad del pacto (953). Lo mismo ocurrirá si se conviniera la acumulación de intereses que importe el anatocismo prohibido por el artículo 623.

En igual sentido se ha pronunciado el nuevo Código a través de los artículos 767 sobre intereses compensatorios, 768 sobre moratorios, 769 sobre punitorios y 770 sobre anatocismo. Y en particular con el artículo 771 CCCN, cuando establece las faculta-

66. Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Buenos Aires, TEA, 1960, t. IV, p. 186 (ver nota 385).

des judiciales para reducir intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede –sin justificación y desproporcionadamente– el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación[67]. Esta cobertura de la garantía no necesita ninguna estimación en realidad, por cuanto tiene su tasa establecida en el contrato, pero por sobre todas las cosas, su limitación por los jueces en caso de ejecución.

En cuanto a los daños y costas, ya estaban cubiertos por la garantía (al igual que los intereses) conforme al artículo 3111 del CCIV. Y con referencia al derecho francés, se trataba el tema de su publicidad:

> En el derecho francés se exige la inscripción en el registro del importe de los gastos una vez realizados, pero eso es la consecuencia del sistema de liquidación que en el procedimiento francés se sigue […] En nuestro derecho, ese requisito no es necesario pues la ley no lo exige y considera extendida a los gastos, a título de accesorios del crédito, la garantía de este último.[68]

En cuanto a los intereses, con cita de Machado, se sostiene que

> … también se cumplirá la especificación del monto cuando se indique la manera de determinarlo con certidumbre, como sería si se expresara que se debe el capital de tanto y los intereses de tales años al tanto por ciento de cuanto, pues en estos casos, solo restaría hacer la liquidación de ellos[69].

Como en el nuevo Código no se establece límite alguno en las hipotecas típicas o de monto fijo o determinado, es perfectamente aplicable la reflexión final de Salvat, cuando señala que estos casos son accesorios de la obligación principal y en este carácter quedan incluidos en la garantía hipotecaria. La única limitación normativa es la del segundo párrafo del artículo 2193, cuando establece que "los intereses, daños y costas anteriores a la constitución de la garantía quedan comprendidos en su cobertura sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convención".

Es un respaldo de seguridad, para evitar la mala fe del que pretende ampliar indebidamente la garantía, que concuerda con el tratamiento de los privilegios especiales en materia de hipotecas.

3.7.3. *Los privilegios especiales en relación con la hipoteca*

Contradiciendo aquel principio que resulta del artículo 2189 con respecto a las hipotecas abiertas (en que la garantía se limita al máximo establecido en el contrato constitutivo, resultando quirografaria cualquier suma que lo exceda), ya en el Código velezano se establecía en el artículo 3936 que "la hipoteca garantiza a más del prin-

67. Nuestro comentario a estos artículos puede verse en Clusellas, Eduardo G. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 2), pp. 275-284.

68. Salvat, Raymundo M., ob. cit. (cfr. nota 66), p. 189 (especialmente nota 392).

69. Ídem, p. 187, nota 386.

cipal, los intereses o rentas debidas de dos años, y los que corran durante el juicio de ejecución hasta el efectivo pago".

Siguiendo esta corriente, el artículo 2582 CCCN establece que tienen privilegio especial los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, *warrant* y los correspondientes a *debentures* y obligaciones negociables con garantía especial o flotante. La norma no se refiere solamente al capital, por cuanto en el artículo siguiente referido a su extensión, si bien lo limita al capital en principio, establece seguidamente las excepciones. Y para el caso de la hipoteca, no solamente lo amplía a los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio (art. 1583 inc. b), sino también a las costas correspondientes a las ejecuciones hipotecarias (art. 2583 inc. c).

3.8. *Conclusión*

Llegamos así a la conclusión de que el nuevo Código trata en forma totalmente diferenciada las hipotecas típicas de las abiertas, único caso este en que se debe estimar el monto máximo al que se extiende la garantía.

En las hipotecas de monto cierto y determinado –siguiendo la corriente legislativa anterior, así como la doctrina y jurisprudencia firme para este tipo de actos–, las mismas se extienden en los términos del artículo 2193, comprendiendo además del capital que resulta publicitado al inscribir el contrato hipotecario, también a los intereses, daños y costas posteriores a su constitución. La excepción sería que se hubiera pactado expresamente los que fueran anteriores, en cuyo caso deben estar determinados y previstos en la convención.

En cuanto a las hipotecas abiertas, y como bien lo señala el artículo 2189, la extensión de la garantía no debe superar el monto máximo por el que se constituyera la hipoteca, incluso por excedente de la deuda de capital del monto registrado. Esto es para que los intereses, costas y daños que resulten de una hipoteca abierta estén cubiertos por la garantía. En cambio, en las de monto cierto y determinado no solo se extienden a intereses, daños y costas, sino que conservan el privilegio especial de los acreedores hipotecarios.

Queda claro entonces que la reforma ha dado solución a los problemas que se plantearan en la legislación anterior, resolviendo el tema de la especialidad con la sola limitación al monto estimado en cuanto al crédito, pero convalidando con ello la eficacia de las hipotecas abiertas y sus distintas modalidades, en particular, con el gran desarrollo de los negocios financieros y bancarios, con la consiguiente economía de gastos y seguridades implementadas.

Donde no había conflicto –como en las hipotecas de monto cierto y determinado– dejó vigente los principios desarrollados en la doctrina, jurisprudencia y legislación precedente, dando el debido reconocimiento en virtud de la existencia cierta de un negocio causal y un monto que forma parte del mismo. Que, además, quedó ratificado con el sustento de los privilegios que no los limita al capital de la hipoteca, sino que los extiende a los intereses correspondientes a los 2 años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio y a las costas de estos créditos. Responde así a una jurisprudencia antigua que perdurara en el tiempo, respaldada

entonces en el artículo 3152 CCIV y ahora en el artículo 2193 CCCN y que ya por el año 1952 afirmara un fallo de la Cámara Nacional Civil Sala D, del 7 de julio de 1952:

> El privilegio hipotecario tiene extensión no sólo respecto del capital, sino también de los intereses, costas y gastos de la ejecución, que como accesorios del crédito principal participan de las seguridades constituidas a favor del mismo (LL 67. 326).

4. Reflexiones finales

- La nueva legislación no prohíbe ni limita en modo alguno las operatorias en moneda extranjera. Por el contrario, recepta la realidad económica nacional y sin perjuicio del curso legal o no que tenga la moneda dada, en todos los supuestos puede garantizarse el cumplimiento en la misma moneda pactada, al momento de cumplimiento, así como los pactos sobre la posible derivación que pudiera tener alguna circunstancia de fuerza mayor que impida su ejecución con la misma cosa prometida.
- Las partes tienen todo el derecho de renunciar al pago con otra moneda y a establecer, para el caso de imposibilidad, la determinación del valor de mercado, conforme a cotizaciones de otros países, como sucede con las ya clásicas estipulaciones sobre la cantidad de moneda de curso legal necesaria para adquirir los mismos valores recibidos por su equivalente al momento de pago.
- La publicidad registral no puede impedir estas regulaciones, dado que la permisión en moneda de curso legal o extranjera es absoluta. Y pretender establecer un monto en moneda nacional de la que no lo es, es como cambiar la autonomía de la voluntad, cuando la misma ha sido reflejada y defendida por el mismo Código, cuando en el artículo 958 CCCN asegura la libertad de contratación, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y buenas costumbres.
- El artículo 960 establece que los jueces no tienen las facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea pedido por una de las partes cuando lo autoriza la ley o de oficio cuando se afecta el orden público –de modo manifiesto–, tal como lo plantea el artículo 961 sobre el principio de la buena fe en los contratos, que ya estableciera como principio general en el artículo 9 CCCN para el ejercicio de los derechos.
- Al publicitar el monto de la deuda en moneda extranjera, se refleja con todo rigor el contenido y alcance de la obligación, que no genera indeterminación, por cuanto basta tomar la pauta de cotización aplicable al momento de cumplimiento en pos de conocer el verdadero valor de mercado. Por ende, se trata de una hipoteca de monto cierto y determinado en moneda extranjera, como pudiera serlo la que está pactada en moneda de curso legal.
- También pueden pactarse –como ya lo anticipamos– hipotecas abiertas de monto indeterminado al momento de su constitución, en cuyo caso se deberá publicitar la suma estimada para el momento de pago, con una cobertura limitada por todo concepto a lo estimado únicamente.

- En estos supuestos, será necesario –previa a la ejecución– la preparación de la acción ejecutiva, determinando el valor por el que se ejecuta el bien gravado, por cuanto el monto máximo no acredita la legitimidad del reclamo. Cabe destacar que es un valor de referencia que limita, pero no garantiza el derecho del acreedor para exigir su crédito. Por ello, si se tratara de una operatoria en moneda extranjera que resultara como en una cuenta corriente bancaria en dólares, debemos indicar que: del saldo final, el mismo se deberá acreditar en la acción preparatoria. Pero si se trata de una suma de moneda extranjera perfectamente determinada en el contrato constitutivo, ya estamos con una hipoteca de monto fijo y determinado, y por tanto, de una cantidad de dinero genuina, que no debe ser liquidada, porque la obligación es la de restituir igual cantidad de la misma especie y calidad.
- El recurso de la sustitución de esa entrega por moneda de curso legal integra una segunda etapa de la obligación, para el caso de imposibilidad de cumplimiento en la forma pactada. Y como sostuviera un viejo fallo de la Cámara Federal de La Plata del 25 de abril de 1935[70] citado por Busso, procede el juicio ejecutivo porque se trata de una cantidad de dinero que no debía ser referido exclusivamente a la moneda de curso legal, sino que también alcanzaba a la moneda extranjera. Y agregaba que el dinero es un género, siendo las distintas clases de moneda especies dentro de él.[71]

70. *Jurisprudencia Argentina*, t. 50, p. 41.

71. Busso, Eduardo, ob. cit., cfr. nota 4, p. 263.

Estudio de títulos de donaciones hechas a herederos forzosos en el Código Civil de Vélez y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Pablo L. Manganaro*

RdN 919

RESUMEN

Se analiza cómo se pueden llegar a considerar en un estudio de títulos aquellos provenientes de donaciones hechas a herederos forzosos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Para lograr esto, nos serviremos de posturas doctrinarias ya ensayadas con la vigencia del Código Civil de Vélez y, en caso de optar por la observabilidad, hablaremos sobre las posibles subsanaciones.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Consideraciones previas.* ***2.1.*** *Estudio de títulos.* ***2.2.*** *Clasificación de los títulos.* ***2.3.*** *Rescisión y revocación.* ***3.*** *Estudio de títulos en el Código Civil de Vélez. ¿Por qué y para qué? Análisis histórico-nomológico.* ***4.*** *Estudio de títulos en el Código Civil y Comercial de la Nación.* ***5.*** *Donaciones inoficiosas en el Código Civil de Vélez.* ***5.1.*** *Donaciones hechas a herederos forzosos.* ***6.*** *Donaciones inoficiosas en el Código Civil y Comercial de la Nación.* ***6.1.*** *Las porciones legítima de los herederos forzosos en el Código Civil y Comercial.* ***6.2.*** *Ventas simuladas a herederos forzosos. ¿Acción de colación, acción de reducción o ambas?* ***7.*** *Prescripción de la acción de reducción en el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial.* ***7.1.*** *Código Civil velezano.* ***7.2.*** *Código Civil y Comercial.* ***8.*** *Posibles subsanaciones de títulos provenientes de donaciones hechas a terceros en el Código Civil de Vélez.* ***8.1.*** *El distracto.* ***8.2.*** *El artículo 1837 del Código Civil de Vélez.* ***8.3.*** *Reconocimiento de simulación y revocación por inejecución de cargos omitidos en la escritura.* ***8.4.*** *La prescripción adquisitiva.* ***9.*** *Posibles subsanaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación.* ***9.1.*** *La rescisión bilateral.* ***9.2.*** *La revocación de la donación.* ***9.3.*** *Reintegro voluntario del inmueble al donante para librar al donatario de la obligación alimentaria.* ***9.4.*** *Declaración de onerosidad mediando un reconocimiento de simulación.* ***9.5.*** *Prescripción.* ***10.*** *Conclusión.*

1. Introducción

En la última década hemos tenido una transformación de nuestro sistema jurídico; la mayoría de las transformaciones responden en su mayor parte a intereses políticos y en menor medida, quizás, a necesidades jurídico-sociales. Parecería que de este

* Información sobre el autor en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

cambio sistémico se ha salvado nuestra Constitución Nacional, aunque las interpretaciones llevadas a cabo a lo largo de este período no han dejado de ser un verdadero cambio en el modo de ver nuestro derecho. En este contexto de cambios, observamos cómo nuestro Código Civil, pilar fundamental para las relaciones entre las personas, no ha sido la excepción. Hemos visto cómo se ha implementado un nuevo criterio normativo, incluyendo en un nuevo Código Civil y Comercial derechos que ya estaban consagrados en nuestra Constitución, como así también otras reformas y derogaciones que no eran necesarios. No podemos soslayar que también hubo aciertos, pero la ecuación parece dar un resultado negativo.

En el presente trabajo intentaremos abordar la influencia del cambio de legislación en los estudios de títulos, sobre todo aquellos donde existe una donación a favor de herederos forzosos. Como es nuestra costumbre, primero daremos unas definiciones generales sobre aquellos conceptos que trataremos de abordar, para luego entender cómo funcionaba en la práctica notarial el estudio de títulos en el Código Civil de Vélez[1] (en adelante, CCIV) comparándolo con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación[2] (CCCN). También analizaremos los distintos supuestos relacionados con esta temática, es decir: donación inoficiosa, porciones legítimas, acción de reducción, etc., intentando descubrir si las donaciones a favor de herederos legitimarios serán observables con el nuevo plexo normativo. Asimismo, todo esto conlleva a analizar, para el caso de observabilidad, las posibles subsanaciones de estos títulos en el CCCN, teniendo en cuenta antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales al respecto.

2. Consideraciones previas

2.1. *Estudio de títulos*

El estudio de títulos, definido por Etchegaray,[3] es:

> … la relación de los actos y negocios jurídicos que legitimen al titular de un bien para disponer de éste y así asegurar la eficacia del nuevo negocio que el titular va a realizar.

Esa relación de antecedentes –agrega–

> … debe contener la afirmación de que han sido verificados en sus originales y de que se lo ha hecho durante el lapso de la prescripción máxima, respecto del bien objeto del nuevo negocio.

Sierz,[4] por su parte, considera que

1. Código Civil de la Nación - Ley 340 del 25/9/1869, texto actualizado.

2. Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26994 del 1/10/2014, texto actualizado.

3. Etchegaray, Natalio P., *Escrituras y actas notariales. Examen exegético de una escritura tipo*, Buenos Aires, Astrea, 1998 (2ª ed.), p. 124.

4. Sierz, Susana V., *Derecho notarial concordado*, Buenos Aires, Di Lalla, 2008, p. 321.

> … consiste en el examen documental efectuado sobre los antecedentes, matrices, expedientes y títulos que acreditan derechos y legitiman el dominio durante el plazo de prescripción. El estudio tiende a analizar la legitimación completa, es decir, quién y frente a quién puede concluir válidamente el negocio y el instrumento, para que éste pueda tener consecuencias jurídicas conforme la intención de las partes.

Suele hacerse una diferenciación entre la recopilación de antecedentes y el estudio de títulos. En efecto, la primera es una agrupación sistemática de aquellos instrumentos que han servido de antecedentes, pero sin producir una opinión jurídica acerca de ellos. El estudio de títulos le suma a la recopilación de antecedentes la elaboración de una opinión crítica y un examen consensuado de los instrumentos, siendo responsable el profesional que lo dictamina. El estudio de títulos implica un trabajo específico para obtener cierta seguridad jurídica en la etapa inicial del negocio, configura una necesidad y genera en el escribano interviniente una convicción certera acerca de la perfección del título que posee el disponente. Si el notario sigue la buena práctica profesional, transmitirá la perfección del título antecedente al nuevo título que circulará en el llamado tráfico negocial.

Cuando hablamos de perfección del título o título perfecto, nos referimos al origen y extensión del dominio. Tal coronación, aplicada a un título, logra una certeza sobre la imposibilidad de iniciar una acción de reivindicación o la posibilidad de rechazarla. Buscaremos supuestas nulidades, anulabilidades o ineficacias que puedan tener el instrumento o el negocio jurídico antecedentes.[5]

Cabe recordar que el estudio de títulos no es el estudio de su publicidad. Los informes o certificados que emanan del Registro de la Propiedad no gozan de plena fe, con lo que en la práctica notarial se requiere investigar a fondo los antecedentes del título. Cuando el profesional referencista vislumbra una imperfección en el título antecedente, realiza una observación. La observación implica una opinión jurídica no vinculante para el notario designado para efectuar el negocio, pero servirá como pauta para tener en cuenta si acarrea la imposibilidad de realizar el negocio o, por el contrario, la posibilidad de subsanar el vicio y proseguir con la escrituración.

2.2. *Clasificación de los títulos*

En base a lo señalado, podemos realizar una clasificación de los títulos:

- *Título perfecto*: Es aquel que reúne todos los requisitos de fondo y de forma y que, además, no está sujeto a acción alguna que pueda menoscabar su dominio. Permite inferir que a su titular no se le opondrán ni presentarán observaciones jurídicas, ni será molestado por ningún tipo de acciones reales de terceros.
- *Justo título*: Es aquel que tiene por objeto transmitir un derecho real de dominio y que reviste todas las solemnidades necesarias para su validez, sin consideración de la persona de la cual emana. Esta categoría resulta en ocasiones eficaz para la transmisión de dominio solo cuando se conjuga con la buena fe y la po-

5. Decimos "nulidad", "anulabilidad" e "ineficacia" pensando en el sistema de nulidades jurídicas que ha establecido el CCIV, según la doctrina y cierta jurisprudencia. En el CCCN esta distinción se circunscribe a la nulidad e ineficacia, eliminándose la distinción entre acto jurídico nulo y anulable.

sesión en carácter de dueño, pacífica, pública, continua e ininterrumpida durante diez años.

- *Título putativo*: Es un título hipotético, pero para su dueño equivale a uno real y existente. No es verdadero aunque su propietario así lo crea.
- *Título suficiente*: Es aquel que reúne todos los requisitos de fondo (legitimación y capacidad) y de forma (escritura pública para los inmuebles). Es el acto jurídico que sirve de antecedente a la tradición del dominio. Escapan de este concepto aquellos que no generan la transmisión de la propiedad, aunque como consecuencia de ellos se deba efectuar la tradición (p. ej.: locación).

2.3. *Rescisión y revocación*

Los conceptos que daremos de rescisión y revocación tendrán relevancia cuando veamos las posibles subsanaciones, tanto en el CCIV como en el CCCN.

Rescisión es la anulación, invalidación o privación de su eficacia ulterior o con efectos retroactivos de una obligación o contrato. Comprende generalmente un acto jurídico bilateral.[6] En cambio, *revocación* –proviene del latín *revocatio*, nuevo llamamiento– implica dejar sin efecto una decisión. Es una retractación eficaz generalmente comprendida por un acto jurídico unilateral.[7]

3. Estudio de títulos en el Código Civil de Vélez. ¿Por qué y para qué? Análisis histórico-nomológico

El artículo 3270 del CCIV consagra uno de los principios básicos del derecho: "*nemo dat quod non habet*" ("nadie puede dar más de lo que tiene"), más conocido con el aforismo latino "*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*" ("nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él mismo tiene"), ideado por el jurista romano Ulpiano.[8] El artículo en cuestión establece lo siguiente: "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que gozaba…". Aplicado a los inmuebles, el artículo 1051 originario (anterior a la reforma introducida por la Ley 17711) establecía:

> Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual.

El principio se aplicaba taxativamente, tal como lo decía la letra escrita del CCIV. Cuando por algún motivo se declaraba la nulidad del acto, sus efectos se retrotraían a la situación anterior. En el caso de una compraventa, surgía para el comprador la

6. Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 1997 (ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas).

7. Ibídem.

8. Nicoliello, Nelson, *Diccionario del latín jurídico*, Buenos Aires, Julio César Faira, 2004, p. 206.

obligación de restituir la cosa, aunque fuera de buena fe y aunque hubiera pagado un precio por ella. El comprador recuperaba entonces el dinero de parte del vendedor, que lo restituía como garantía de evicción y como consecuencia de la reivindicación, aunque se corría el riesgo de que el transmitente fuera insolvente, con lo cual el comprador perdía el dinero invertido en la adquisición. Es por ello que fue necesario establecer una modificación que protegiera de alguna manera al adquirente de buena fe y a título oneroso. Así, en 1968, con la sanción de la Ley 17711, se introdujo una importante excepción al final del artículo 1051: "… salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable".

A continuación se analizará por partes este agregado al artículo 1051.

A. «*salvo los derechos de los terceros adquirentes*»

Aquí se establece una suposición acerca de la existencia de dos actos jurídicos:

1) una primera enajenación viciada de nulidad
2) una posterior transmisión de inmuebles válida

El comprador de la transmisión válida es tercero con respecto al acto anterior viciado de nulidad, protegiéndolo atento a los vicios que pueda presentar el título del enajenante. Obviamente, para que pueda suscitarse esta protección legal, el tercer adquirente debió adquirir el derecho real o personal sobre el inmueble, cumpliendo aquellos requisitos establecidos por ley.

A título ejemplificativo mencionaremos los más trascendentes:

- Escritura pública
- Tradición
- Inscripción registral (no como requisito de transmisión sino de oposición)

B. «*de buena fe*»

La buena fe estará dada cuando exista una firme convicción de actuar conforme a la ley. En efecto, para que el artículo 1051 tenga eficacia y proteja al tercer adquirente, es necesario que, desde el momento mismo de la adquisición, este se encuentre persuadido de que es el titular de un derecho real constituido de conformidad con las disposiciones de las normas.

Si bien la buena fe se presume, se admite prueba en contrario. La conducta llevada a cabo por el tercer adquirente debe ser diligente, siguiendo las reglas de un buen hombre de negocios. Estimamos que se habla de una buena fe-diligencia y no de buena fe-creencia, tal como ha quedado establecido en la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia.[9]

Si previamente a la adquisición que efectuará el tercer adquirente un análisis exhaustivo del título del enajenante advirtiera defectos insalvables, no podrá invocarse buena fe para la protección del artículo 1051. Es por este motivo principalmente que se realiza el estudio de títulos: permite atribuirles la buena fe diligencia necesaria para poder evitar cualquier acción reivindicatoria sobre el inmueble adquirido.

9. Ver 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, 14/9/2006 (t. 2006-E, p. 1126); y Casabé, Eleonora R., "Inexactitudes registrales. Algunos supuestos conflictivos" (trabajo presentado en el Foro Internacional de Derecho Registral [Santa Fe, 2009]).

C. «*a título oneroso*»

Debe existir una contraprestación equivalente al inmueble entregado para que la operación sea considerada onerosa. Se protege a quien que ha abonado un precio, no así a quien se ha beneficiado de una liberalidad del transmitente.

D. «*sea el acto nulo o anulable*».

La nulidad es la sanción que priva al acto de los efectos que le son propios, en virtud de una causa existente al momento de su celebración. No se entrará en el análisis de los tipos, pero cabe destacar que el CCIV entiende que existen dos tipos de nulidades: absolutas y relativas.

Se ha interpretado en doctrina que si el vicio afecta el orden público, no queda comprendido en la protección del artículo 1051, ya que de ese modo se lo estaría confirmando al no tener efecto real en la situación.[10] Por consiguiente, solo protege a las nulidades o anulabilidades de carácter relativo.

4. Estudio de títulos en el Código Civil y Comercial de la Nación

En cuanto al principio latino "*nemo plus iuris…*", encontramos el artículo 399, que no establece grandes cambios a lo propuesto anteriormente: "Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas". Creemos que ha sido importante la inclusión del texto que se ubica en la última parte del artículo, atento a que existen supuestos que parecen conformar una excepción al principio del *nemo plus iuris*; por ejemplo: la transmisión de dominio que puede hacer el fiduciario a favor de un tercero.

Por su parte, el artículo 392 CCCN dispone:

> Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso.

Vemos entonces cómo el artículo 392 CCCN reitera el principio establecido por el artículo 1051 CCIV, que protege a los subadquirentes de buena fe y a título oneroso. El artículo se refiere a inmuebles y agrega los muebles registrables. Evita hacer mención de "tercer adquirente", reemplazando su locución por "subadquirente", lo que nos parece más acertado. Otra diferencia que podemos encontrar es la supresión de los actos anulables, atento a que el nuevo sistema jurídico de nulidades no contempla esta categoría de actos.

Para Clariá,[11] luego de la reforma de la Ley 17711 se había planteado el interrogante de si la protección del tercero tenía lugar en el caso de falta de autoría del titu-

10. Alterini, Jorge H., ob. cit. (cfr. nota 9).

11. Clariá, José O., "Hechos y actos jurídicos", en AA. VV., Lafferrière, J. N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* [on line], Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 191-196.

lar del derecho transmitido al primer adquirente. La doctrina mayoritaria se había pronunciado por la negativa. El CCCN recoge esa opinión y expresa que los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.

Otro aspecto a tener en cuenta es que el CCCN reconoce expresamente el estudio de títulos como necesario para que exista buena fe en el adquirente. Sobre este punto, el artículo 1902 manifiesta:

> La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.

Este artículo resalta la importancia de lo que hemos visto anteriormente: el trabajo del profesional que realiza el estudio de los antecedentes no es meramente recopilatorio y no se circunscribe únicamente a examinar las constancias registrales, sino que requiere un examen exhaustivo y una verificación de todos los actos relevantes del negocio en cuestión. Se ha tenido en cuenta para esta modificación la doctrina notarial y jurisprudencia aplicable al estudio de títulos, lo que hasta este momento no se encontraba regulado en ningún artículo. Creemos que esta inclusión es muy acertada y da por terminada la discusión acerca de si es o no una obligación para el notario autorizante realizarla, atento a que hace a la perfección del título y constituye la buena fe que va a poseer el adquirente.

5. Donaciones inoficiosas en el Código Civil de Vélez

La define el artículo 1830 CCIV en su primera parte: "Repútase donación inoficiosa aquella cuyo valor excede en la parte de que el donante podía disponer…". Nos referimos aquí a la porción disponible, respetando la legítima hereditaria de los herederos forzosos (reglamentada en los arts. 3591-3605 CCIV).

Se la denomina inoficiosa[12] porque, en la medida en que exceda la porción disponible, sufrirá una reducción, restituyendo el donatario el excedente. Estamos ante una restricción del principio de autonomía de la voluntad; en efecto, los bienes que dispone el donante tienen un límite legal. Aquello que se ha donado excediendo la porción disponible implica un gravamen para sus herederos forzosos: "El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas" (art. 3598 CCIV). Esto conlleva la posibilidad que tiene un heredero de iniciar una acción de reducción (art. 1831 CCIV):

> 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.

12. *Enciclopedia jurídica Omeba,* México DF, Bibliográfica Omeba, 2012, edición electrónica.

Cuando hablamos de legítima nos referimos a una porción determinada de bienes del causante sobre la cual tienen derechos sus herederos forzosos. Por consiguiente, la libertad que tiene una persona para desprenderse de sus bienes de manera gratuita no puede afectar esta porción (art. 3591 CCIV):

> La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.

La reducción procede en las donaciones simples gratuitas (art. 1832 inc. 2 CCIV). Las donaciones remuneratorias o con cargos no son reducibles por la parte onerosa que contienen, pero sí por el resto. Los legitimados activos a promover la acción de reducción están estipulados en el artículo 1832, inciso 1, CCIV:

> La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada: 1º) por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero, si existieren descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competerá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación…

Para que proceda una acción de reducción, debería acreditarse la calidad de heredero forzoso, atento a que ellos son los únicos que poseen una porción legítima, y que, mediante una liberalidad hecha por el causante, se la haya afectado.

Los hijos poseen una porción legítima de cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del causante y de los que este hubiera donado (art. 3593 CCIV). La de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados (art. 3594 CCIV). La legítima de los cónyuges cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto es la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge difunto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales (art. 3595 CCIV).

Según Lorenzetti[13] –siguiendo el criterio del artículo 3576 bis CCIV–, la legítima de la viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubiesen correspondido al esposo en dichas sucesiones. Este autor opina que:

> El segundo elemento es que se reúna la calidad de heredero forzoso a la época de la donación. Este requisito es un obstáculo para el progreso de la acción del cónyuge que se ha casado después de la donación y para el hijo adoptado luego del acto gratuito. La reducción puede deducirse como acción a fin de atacar una donación inoficiosa, o bien puede oponerse como excepción cuando el heredero enfrenta una donación aún no perfeccionada y cuyo cumplimiento es demandado por el donatario.

Coincidimos con la interpretación de Lorenzetti en el sentido de que el artículo 3576 bis CCIV conforma un obstáculo para el cónyuge que se ha casado después de la donación, pero no compartimos el mismo criterio respecto del hijo adoptado. Creemos que un hijo adoptado, sea que el proceso de adopción se haya iniciado antes o

13. Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. III, p. 625.

después de la donación, no obsta que pueda obtener una reducción de su legítima, puesto que se encontraría en una paridad jurídica con respecto a un hijo natural. No considerarlo así importaría un acto discriminatorio sin sustento legal alguno.

5.1. *Donaciones hechas a herederos forzosos*

Al interpretar la normativa en cuestión, Cerávolo[14] afirma que es unánime la doctrina en cuanto a la procedencia de la acción persecutoria del inmueble adquirido por terceros cuando el título proviene de donación a persona que no revista la calidad de heredero legitimario del donante, sin importar la onerosidad o gratuidad de la adquisición ni tampoco la buena fe del adquirente, quedando a salvo la prescripción decenal desde el fallecimiento del donante. Cita el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal, de fecha 11/6/1912, en autos "Escary c/ Pietranera", que se encuentra vigente.[15] Si bien la cuestión que había dado origen al mismo ha sido la imperfección de un título proveniente de la donación hecha a un tercero extraño, ha servido de interpretación para doctrina y jurisprudencia posterior. En este fallo, el juez Emilio Giménez Zapiola dijo –refiriéndose a la acción de colación–:

> No es para mí dudoso que, tratándose de colación entre coherederos, tal acción reivindicatoria no existe y no puede, por lo tanto, ser ejercitada contra terceros adquirentes de los bienes donados […] Pero la acción de reducción, acordada contra el donatario que no es heredero forzoso por inoficiosidad de la donación, está regida por principios distintos a los que informan la colación entre coherederos. La colación tiene por objeto mantener la igualdad de las porciones legítimas entre coherederos forzosos; la reducción por inoficiosidad ha sido creada para resguardar la institución misma de las legítimas y defender a los hijos de las liberalidades excesivas a favor de extraños a la familia o de parientes de un grado más remoto.

Asimismo, el juez José M. Zapiola expresó:

> … un heredero no tiene sino una acción personal contra su coheredero obligado a colacionar el valor de los bienes dados en vida por el causante. Pero otra cosa sucede y debe suceder cuando se trata de una donación hecha por el causante no a uno de sus herederos, sino a un extraño.

Por el contrario, Zannoni[16] opina que aquel heredero que ha sido afectado en su legítima por el acto de donación a un coheredero tiene la potestad de dirigir la acción de reducción contra este o directamente contra el tercer adquirente, sin tener especial consideración acerca de la onerosidad o gratuidad de tal adquisición o de su buena

14. Cerávolo, Francisco, "Los títulos provenientes de donaciones a herederos forzosos no son observables", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/10/2010 (t. 2010-F, p. 689) y en *Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, noviembre 2010, p. 171. [N. del E.: publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 902, octubre-diciembre 2010, pp. 17-29].

15. CNCiv., en pleno, 11/5/1912, "Escary c/ Pietranera" (*elDial.com*, AN1). [N. del E.: publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata "Donaciones a herederos forzosos", diciembre 2010, pp. 65-71].

16. Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, t. 2, §983.

fe, aplicando lo dispuesto por el artículo 3955 CCIV –veremos en el próximo apartado que esta postura será la tomada por la comisión creadora del CCCN–.

Si bien para la doctrina del fallo plenario la acción de reducción conforma una acción personal con efectos reipersecutorios, para otros conforma una acción meramente personal, lo que implicaría considerar que no posee efectos persecutorios, no afectando título alguno.

Lorenzetti, siguiendo a Armella,[17] opina al respecto:

> En fallo plenario [refiriéndose al plenario antes citado] se afirmó que la acción de reducción es real (art. 3955 Cód. Civ.), lo que permite afirmar que el bien donado es reivindicable y, por ello, la donación a terceros, en tanto no se modifique la legislación vigente, está sujeta a la acción de reducción si afecta la legítima de herederos forzosos y el título es observable. En cambio, la mayoría de la doctrina actual, preservando la seguridad jurídica y los efectos publicitarios registrales, entiende que toda donación de un bien inmueble otorgado a favor de un heredero forzoso o de un tercero es un título perfecto que no merece, notarialmente hablando, ninguna observación legal. Siendo una acción personal, prescribe a los diez años (art. 4023 Cód. Civ.).

Podemos observar que la opinión del presidente de la comisión designada para la elaboración del CCCN no coincide con lo que establece el mismo –como veremos posteriormente–, máxime cuando se refiere a la inobservabilidad como un requisito ineludible para que exista seguridad jurídica y tráfico negocial de los títulos provenientes de donaciones hechas a herederos forzosos. A favor de esta postura, Prayones[18] sostuvo en 1915:

> … un sistema jurídico que produce como consecuencia la inenajenabilidad de los inmuebles no responde al principio económico necesario en toda buena legislación. La tendencia moderna es facilitar el movimiento económico: que las cosas se vendan y se compren y que todo aquel que adquiere un bien tenga la seguridad de que cuando lo ha pagado nadie podrá molestarlo. No obstante todas estas consideraciones, como se ha dicho, la última jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que hay acción real cuando la donación es hecha a un extraño. Mientras no cambie, a ella hay que atenerse en la Capital Federal.

Un dictamen de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos (aprobado por el Consejo Directivo) expresa en forma contundente que son inobservables los títulos provenientes de donaciones hechas a herederos forzosos. Establece que el saneamiento de un título que proviene de una donación a tercero puede darse por medio del distracto de la donación (si el donante aún se encuentra con vida) o, por el contrario, si el donante ha fallecido, mediante la renuncia de la acción de reducción o si se prueba que la donación no ha excedido la legítima.[19]

17. Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 13), t. 3, p. 626.

18. Prayones, Eduardo R., *Nociones de derecho civil. Derecho de sucesión*, Buenos Aires, Centro Estudiantes de Derecho, 1915, p. 236.

19. "Donación a favor del heredero forzoso. Inobservabilidad del título. El artículo 3955 del Código Civil. Saneamiento de títulos provenientes de donación a terceros", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Cole-

Por el contrario, Armella[20] no coincide con la solución del distracto como forma de saneamiento de los títulos que contienen donaciones hechas a terceros en caso de que el donante se encuentre con vida. En resumidas cuentas, opina que no pueden extinguirse las obligaciones creadas por los contratos si ya se encuentran extinguidas. El distracto no posee fuerza suficiente para retirar los derechos reales que se hubiesen transferido, al ser un acto jurídico simulado.

6. Donaciones inoficiosas en el Código Civil y Comercial de la Nación

La temática referida a la inoficiosidad de las donaciones se encuentra en: a) Libro Tercero, Título IV, Capítulo 22 "Donación", y b) Libro Quinto, Título VIII, Capítulo 3 "Colación de donaciones". El artículo 1565 CCCN ofrece un concepto de donación inoficiosa:

> 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.

El artículo 2386 CCCN regula respecto de las donaciones inoficiosas hechas a un descendiente o al cónyuge:

> La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legitima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor en exceso.

Se critica la redacción de este artículo atento a que no cumple con lo mencionado en sus fundamentos.[21] En efecto, se menciona que el texto propuesto está redactado sobre la base del Proyecto de 1998, pero sin seguir sus lineamientos en absoluto. Lo único que parece coincidir con el Proyecto de 1998 son solamente sus fundamentos: si comparamos los de la comisión redactora de 1998 con los de la comisión de 2012, vemos que son idénticos, pero sus artículos no siguen la misma suerte. Los fundamentos del Proyecto de 1998 expresan:

---

gio de Escribanos de la Capital Federal, nº 840, enero-marzo 1995, pp. 131-134 (dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto de Ernesto H. A. Martí, aprobado por el Consejo Directivo el 18/1/1995, expediente 2357-L-1994): "En lo referente a los medios tendientes a sanear el título, éstos difieren según se trate de la donante viva o del donante que ha fallecido. En el primer supuesto, podría recurrirse al distracto de la donación, retrotrayendo la situación al estado anterior y procediendo la heredera declarada a efectuar la venta, o bien mediante sentencia firme que decida la perfección del título. En el segundo supuesto, tramitando el respectivo proceso sucesorio del donante fallecido y probando en el mismo que la donación no excede la legítima de los herederos forzosos, o renunciando los legitimarios a la acción de reivindicación".

20. Armella, Cristina N., "*Contrarius consensus*. A propósito de la pretendida bonificación de los títulos de donación", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 837, abril-junio 1994, pp. 193-218.

21. Academia Nacional del Notariado, "Modificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Memorial presentado ante la Comisión Bicameral", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 909, julio-septiembre -2012, pp. 21-59.

> Se proyecta solucionar un problema oscuro en la doctrina nacional: el de si las donaciones que exceden la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario están sujetas a reducción o si solo se debe el valor del excedente a modo de colación. Se ha estimado preferible mantener el principio de que las donaciones a herederos forzosos se colacionan. En este supuesto, el beneficiado deberá aportar el valor en exceso.[22]

Asimismo, siguiendo dicho criterio, el artículo 2340 del Proyecto de 1998 establece:

> Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta **a colación, debiendo compensar la diferencia en dinero**.

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

El CCCN es claro al respecto en su artículo 2458, atento a que el legitimario podrá perseguir los bienes registrables contra terceros adquirentes. Si bien no se especifica si es a título oneroso o gratuito, consideramos que se trata de ambos supuestos. –Otra discusión surge si el adquirente es de buena o mala fe, tal como lo veremos cuando analicemos el artículo 2459 referido a la prescripción de la acción–. Como efecto del carácter reipersecutorio, también se extinguirán aquellos derechos reales constituidos por el donante o sus sucesores (art. 2457).

En cuanto al procedimiento a cumplirse para la acción de reducción en las donaciones, deberá tenerse en cuenta lo siguiente: en caso de que existan disposiciones testamentarias concurrentemente con donaciones hechas por el causante, primero deberán reducirse aquellas (art. 2453 CCCN). El heredero legitimario se encontrará habilitado para solicitar la reducción de donaciones en orden cronológico inverso (en primer lugar, la última donación); el mismo supuesto se aplica en caso de insolvencia del donatario (art. 2456). Si existen donaciones de igual fecha, se realizarán a prorrata.

El artículo 2454 CCCN establece el mecanismo al respecto. La reducción puede ser total o parcial; en caso de que sea total, la misma quedará resuelta; si es parcial

> … por afectar sólo en parte la legítima, y el bien donado es divisible, se lo divide entre el legitimario y el donatario. Si es indivisible, la cosa debe quedar para quien le corresponde una porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho.

Acertadamente, tanto en el artículo 2454 como en el artículo 2458, el CCCN le permite al donatario o tercer adquirente quedarse con el bien, abonando el equivalente a la porción legítima perjudicada. De esta manera, permite eludir la pérdida del bien por la compensación.

22. Proyecto Código Civil Unificado de 1998. Fundamentos (Título VII, §310).

Si la disposición gratuita entre vivos o el legado realizados por el causante no han sido con el objeto de transmitir la propiedad del bien sino simplemente constituir un usufructo, uso, habitación o renta vitalicia, el legitimario podrá optar entre cumplirlo o entregarle al beneficiario la porción disponible (art. 2460 CCCN). Es por ello que consideramos que también serán observables estos títulos, atento a que podrá turbarse el derecho real del usufructuario, usuario o beneficiario en pos de una decisión unilateral del sucesor.

6.1. *Las porciones legítimas de los herederos forzosos en el Código Civil y Comercial*

Las porciones legítimas fueron reducidas con la sanción del CCCN (art. 2445, concordante con los arts. 3593-3595): "La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio". En cuanto al cómputo de la porción de cada descendiente, se toman en cuenta aquellas donaciones colacionables o reducibles realizadas a partir de los trescientos días anteriores al nacimiento o, en caso de derecho de representación, al nacimiento del ascendiente a quien representa. Para el cónyuge, en cambio, solamente se considerarán las donaciones hechas después del matrimonio. Esta previsión salda la discusión acerca del cónyuge que se suscitaba con el CCIV. En cuanto a los hijos adoptados, creemos que la situación es más clara aún, puesto que deberá contarse el plazo de los trescientos días anteriores a la fecha de adopción (siguiendo el procedimiento de los arts. 607 y ss. CCCN). Esto es así puesto que el adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones que todo hijo (art. 620, 1º § *in fine*).

Se ha optado por eliminar a la figura de la nuera viuda sin hijos por considerarla violatoria de los principios del derecho sucesorio y el matrimonio igualitario:

> Se suprime el derecho hereditario de la nuera viuda porque, además de los ataques a su constitucionalidad al distinguir según sea hombre o mujer, altera los principios del derecho sucesorio y ocasiona un sinnúmero de dificultades interpretativas, especialmente después de la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo.[23]

Sin entrar al tema sucesorio que no nos compete en el presente trabajo, no queremos dejar de resaltar que entre las acciones protectoras que se dejan establecidas en el CCCN se encuentran la de la entrega de la legítima (arts. 2450 y 2488), la de complemento (art. 2451) y la de reducción (arts. 2452 y ss.).

Según la opinión de Lo Prete[24]:

> …el Anteproyecto pareciera tomar partido por la legítima como *pars bonorum*, vale decir, que puede escindirse la legítima de la vocación hereditaria. La opción es polémica ya que en definitiva, por ejemplo, se estaría avalando que una persona, a fuer de preterir a un legitimario de su testamento –instituyendo a un tercero– logre despojarlo de la ca-

23. Fundamentos del Anteproyecto de CCCN (Decreto PEN 191/2011).

24. Lo Prete, Octavio, "La legítima hereditaria", en AA. VV., Lafferrière, J. N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* [on line], Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 629-634.

> lidad de heredero (con todas los caracteres que ello comporta, por ejemplo vocación al todo de la herencia), siendo que dicha condición se goza por imposición de la ley.

6.2. *Ventas simuladas a herederos forzosos. ¿Acción de colación, acción de reducción o ambas?*

Si bien, por las razones antes expuestas, estos artículos también se aplican a las transmisiones de dominio realizadas a herederos forzosos, resulta importante aludir al artículo 2461 CCCN, que procura mejorar la redacción del artículo 3604 CCIV. Aquí se establece una presunción *iure et de iure* como sanción de un acto que se reputa simulado en perjuicio de los legitimarios que no se encuentran en el negocio jurídico. En efecto, si por medio de un acto entre vivos a título oneroso el causante ha transmitido a alguno de sus legitimarios la propiedad de un bien con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume, sin admitir prueba en contrario, que fue realizada en perjuicio de los restantes legitimarios, mejorando la posición de uno de ellos, y se considera tal acto jurídico como gratuito.

Creemos que su interpretación debe ser estricta; por lo tanto, si no existen las reservas antes aludidas, no se configurará la presunción establecida, debiendo el legitimario afectado probar que ha sido un acto simulado. Sin perjuicio de ello, en caso de que el legitimario efectivamente haya probado entregar una suma determinada, podrá deducir el valor entregado.

Quizás la dificultad interpretativa se centra más en los últimos dos párrafos del artículo:

> El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas.

Si la presunción rige un acto oneroso simulado, considerándolo como celebrado a título gratuito, creemos que se aplica por analogía el artículo 2385 antes visto, con la salvedad de que **en este supuesto no hay acción de reducción por el valor en exceso** consagrado por el 2386. El artículo permite que los legitimarios afectados consientan el acto simulado. Esto impide que aquellos que aceptaron el negocio jurídico demanden la colación.

Creemos que nada obsta que los legitimarios puedan consentir también una donación hecha a favor de herederos forzosos, produciendo los mismos efectos del último párrafo del artículo 2461, atento a que el mismo habla de consentir enajenación "onerosa o gratuita". Por lo tanto, en este caso es factible que el legitimario acepte tal liberalidad sin incurrir en las acciones de los artículos 2385 y 2386 CCCN, y no podrán solicitar tampoco la acción de reducción (arts. 2453-2460 CCCN).

Interpretamos que la frase "algunas de las modalidades indicadas" no es limitativa en cuanto al efecto que ocasiona consentir el acto por parte del legitimario en una donación hecha a un heredero forzoso. Esto debido a que un acto realizado a título gratuito hecho a favor de un legitimario, y consintiendo los restantes, no puede

tener otra solución. No parece lógico que se compela a los otorgantes del acto jurídico, para que tenga cierta circulabilidad en el tráfico negocial, a consentir y realizar un acto simulado, oneroso, transmitiendo la propiedad de bienes con reserva de usufructo, o con la contraprestación de una renta vitalicia. Este artículo conformaría, a nuestro entender, una excepción al artículo 2449 CCCN.

El consentimiento tiene que ser en el mismo acto, el artículo 2461 es claro al respecto: "los legitimarios que consintieron en la enajenación".

7. Prescripción de la acción de reducción en el Código Civil de Vélez y en el Código Civil y Comercial de la Nación

7.1. *Código Civil velezano*

La prescripción de la acción de reducción, para la mayor parte de la doctrina, que la considera una acción de tipo personal con efectos reipersecutorios, es de diez años (art. 4023 CCIV). A favor de esta postura se encuentran Azpiri, Borda, Ferrer, Pérez Lazala y Solari, entre otros.[25] Si, en cambio, el ascendiente ha realizado una partición, afectando la legítima de otros herederos forzosos, el plazo de prescripción es de cuatro años (art. 4028 CCIV). En cuanto al cómputo del plazo, se aplica el artículo 3955 CCIV:

> 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.

El artículo 3953 CCIV hace mención a la apertura de la sucesión como momento en el cual pueden reclamarse los derechos en calidad de heredero. La jurisprudencia ha entendido que el artículo se refiere a la muerte del *de cujus* y no a la aceptación procesal que implica la apertura de un proceso sucesorio.[26]

7.2. *Código Civil y Comercial*

No ha estado exenta de críticas La solución adoptada por el CCCN respecto de la prescripción de la acción de reducción de donaciones no ha estado exenta de críticas. El plazo decenal se mantiene, pero con algunas diferencias sustanciales.

El artículo 2459 CCCN expresa:

> 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.

25. Méndez Costa, Llego Yagüe, De Goytisolo, *Nociones de derecho civil: derecho de sucesión*, Buenos Aires: Centro Estudiantes de Derecho, 1915.

26. CNCiv., Sala G, 7/9/1983, "López de Rojo, María de las Mercedes c/ Garrido, Daniel" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1984-IV, p. 216)

Se modifica el cómputo del plazo, de manera acertada a nuestro criterio: el plazo comienza desde la posesión que tenga el donatario o subadquirente del bien donado. Esto significa un alivio para aquellos títulos anteriores a la reforma, ya que no serán observables los que cumplan con estos términos.

Sin embargo, esto podría ser así si no fuera por el último agregado de la norma. En efecto, el artículo 1901 permite la unión de posesiones:

> El heredero continúa la posesión de su causante. El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico.

Para algunos, este artículo indica que se requiere buena fe para que opere la prescripción de la acción de reducción, máxime cuando el último párrafo del artículo 1902 exige un estudio de títulos previo para que la misma opere:

> …la remisión al artículo 1901, que permite la unión de las posesiones, podría dificultar la interpretación, sin dudas no querida, de que tal prescripción debe fundarse en la buena fe, ya que el párrafo final de este último artículo dice que en la prescripción breve las posesiones deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico. Sumado a ello, el artículo 1902 del proyecto exige el estudio de los títulos antecedentes…[27]

Nosotros, en cambio, consideramos que la remisión al artículo 1901 no incluye la última parte. La buena fe y el vínculo jurídico conforman requisitos para la prescripción adquisitiva breve, la que –creemos– debe escindirse de la prescripción de la acción de reducción. Si consideramos la prescripción adquisitiva de los derechos reales (arts. 1897-1899 y 2565 CCCN) como un instituto separado de las demás prescripciones, podemos aplicar el artículo 2459. En caso de no escindirlas, el artículo 2459 sería estéril y sin aplicación práctica, lo que configura un grave error. Es por ello que no compartimos la postura que ve un obstáculo a la libre circulación de títulos provenientes de donaciones, tanto a legitimarios como a terceros y posibles subadquirentes, una vez cumplido el plazo anteriormente indicado.

A pesar de que en los fundamentos se hable de la prescripción adquisitiva breve, queriendo referirse a la prescripción de la acción de reducción, debe considerarse que el *leitmotiv* central del artículo es intentar solucionar el problema jurídico que genera el tráfico de este tipo de títulos:

> Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve. De este modo se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico.[28]

27. Academia Nacional del Notariado, ob. cit. (cfr. nota 21).

28. Cfr. nota 23.

8. Posibles subsanaciones de títulos provenientes de donaciones hechas a terceros en el Código Civil de Vélez

Muchas soluciones se han mentado en la doctrina notarial con el fin de bonificar los títulos provenientes de donaciones hechas a terceros. Ninguna de ellas ha estado exenta de críticas, pero consideramos importante enunciarlas sucintamente para evaluar la factibilidad de cada una en el CCCN.

Si bien –como en el título se indica– aquí intentamos analizar los diferentes tipos de soluciones ofrecidos por la doctrina para las donaciones hechas a terceros, sin incluir a los herederos forzosos, debemos recordar que con la vigencia del CCIV prácticamente no se discutía el hecho de que los títulos provenientes de donaciones hechas a herederos forzosos no eran observables. Es por ello que, a la luz de la sanción del CCCN y en base a los fundamentos antes expuestos por cierta doctrina moderna, hemos considerado prudente mencionar los caminos que se han ensayado para las donaciones observables, que servirán para analizar las posibles soluciones en nuestra nueva normativa.

Podemos resumir las diferentes posturas, realizando la presente enumeración:[29]

- Distracto
- Declaración de onerosidad
- Escritura de revocación de la donación por reconocimiento voluntario de incumplimiento de cargos omitidos en la escritura.
- Reintegro voluntario del inmueble al donante, para librar al donatario de la obligación alimentaria –con idéntica intención al inciso anterior– (art. 1837 CCIV).
- Reembolso del dinero obtenido en la venta del bien donado al donante (art. 1837 CCIV).
- Prescripción adquisitiva.

Etchegaray,[30] haciendo referencia a cómo debe ser la bonificación de estos títulos, expresa:

> Pienso entonces que la bonificación debe darse en el mismo campo, destruyendo la realidad virtual que motiva el rechazo. Si la donación es atacada por ser tal, por sí misma, sin necesidad de ninguna referencia a la realidad familiar o patrimonial de los sujetos negociales, nuestros esfuerzos subsanatorios deben desarrollarse en el mismo plano; en otras palabras debe desaparecer la donación […] es razonable tener como suficiente la declaración que cambia la causa gratuita en onerosa, resultando excesivo tener que demostrar documentadamente la realidad de la onerosidad declarada (arts. 957 y 1197 Código Civil).

29. Etchegaray, Natalio P., "Subsanación de títulos provenientes de donaciones efectuadas a terceros: personas que no son herederos forzosos del donante", en AA. VV., *XL Seminario teórico práctico "Laureano Arturo Moreira"*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2000, pp. 77-99. [N. del E.: publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 874, octubre-diciembre 2003, pp. 65-78].

30. Ídem.

8.1. *El distracto*

El artículo 1200 CCIV consagra la figura del distracto como forma de extinguir obligaciones contractuales. Para un mejor razonamiento, lo desglosaremos en dos partes:

> [1ª parte] Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido…
> [2ª parte] … y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza.

La primera parte habla del distracto, "*contrarius actus, mutuus dissensus*" o rescisión propiamente dichos. Este configura un acuerdo jurídico bilateral en el cual se deja sin efecto el contrato. Se extinguen las obligaciones pendientes y retornan a su anterior titular aquellos derechos reales que se han transmitido. Sus efectos no son retroactivos; por lo tanto, no puede argumentarse que el negocio no ha existido. Así parece confirmarlo el –anterior– Codificador cuando expresa en su nota al artículo 1200:

> Revocar un contrato significaría, en términos jurídicos, aniquilarlo retroactivamente de modo que se juzgase que nunca había sido hecho; y ciertamente que el consentimiento de las partes no puede producir este resultado.

La segunda parte del artículo, en cambio, habla de la revocación siempre por las causas que la ley autorice.

Sin profundizar los conceptos de rescisión, revocación y nulidad, nos parece oportuno hacer referencia a otra parte de la citada nota:

> Pero las partes, decimos, pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento en los casos que la ley autorice; es decir, si el contrato es hecho por un incapaz, por violencia, dolo, etc., y en tal caso el contrato se juzga no haber tenido lugar.

En los hechos ejemplificativos de situaciones que frustran los efectos de los contratos, según Armella,[31] se está hablando de invalidez. Para esta autora, el efecto retroactivo no se produce por el mutuo consentimiento de las partes, sino por la sanción legal que se le impone a estos supuestos. Afirma que la retroactividad tiene íntima relación con el acto nulo (art. 1050 CCIV) y no con los anulables, que son los casos enunciados ejemplificativamente en la nota. Por consiguiente, el término revocación estaría mal consagrado allí.

Para quienes opinan que el distracto no puede aplicarse a los contratos de donación de inmuebles a terceros:[32]

- Si el artículo 1200 exige en su primera parte que las obligaciones creadas por los contratos se encuentren pendientes, no pueden extinguirse las obligaciones creadas por un contrato de donación a terceros, porque ya se encuentran extinguidas.

31. Armella, Cristina N., ob. cit. (cfr. nota 20).

32. Ídem.

- La donación es un contrato consensual y no real y, por lo tanto, genera la obligación de entregar la cosa donada, la que se extingue una vez transmitida la propiedad.
- La donación es, aparte, un contrato unilateral, por consiguiente solo genera obligaciones a favor de una de las partes (sin perjuicio de las obligaciones secundarias que tendrá el donatario a raíz de la donación por el aceptada).
- Los contratos unilaterales –como lo establece Vélez– pueden generar alguna obligación accidental, tal como la obligación de alimentos del donatario hacia el donante en los supuestos previstos por ley:

> Los contratos unilaterales, no conteniendo sino una obligación, no exigen sino sólo una acción; sin embargo, puede suceder que el deudor, cumpliendo la prestación a la cual está obligado, haya sufrido pérdidas o hecho gastos que deba pagarle el acreedor, y la ley en tal caso le concede al efecto una acción, pero esta acción no es sino una consecuencia accidental de actos extrínsecos y no una consecuencia directa de la obligación primitiva. [Nota al art. 1138 CCIV].

Sin embargo, lo antedicho no implica que sea una consecuencia directa del contrato de donación la obligación alimentaria; por consiguiente, no podría considerarse como una obligación futura pendiente de cumplimiento.

En palabras de Armella:[33]

> Todo induce a sostener que el distracto del artículo 1200 del Cód. Civil es aplicable a los contratos de ejecución sucesiva y no a los de ejecución instantánea, posibilitando la extinción de sus efectos para el futuro y dejando firmes las prestaciones cumplidas.

La autora opina, en cuanto a la segunda parte del artículo 1200 CCIV, que el distracto no puede retirar los derechos reales transferidos, atento a que nuestro sistema de derechos reales es rígido, predominando el orden público por encima de la autonomía de la voluntad. La extinción de los derechos reales no puede producirse por un acuerdo de voluntades transmisivo, sino que requiere título y modo. El distracto, según esta postura, no extingue retroactivamente el contrato primitivo y conforma otro contrato; por lo tanto, configuraría una donación autónoma e independiente a la donación base que se pretende distractar.

Según la Cámara de Apelaciones en lo Civil, el criterio por el cual se sostiene que el distracto de la donación inmobiliaria es viable por cuanto conforma un supuesto autorizado por ley al tratarse de un título objetable (art. 1200 CCIV, 2ª parte) es improcedente, ya que la declaración de invalidez solo puede surgir de una decisión jurisdiccional.[34] Quienes opinan en contra de este fallo afirman que es posible realizar un distracto de una donación realizada a favor de un tercero:

> … si las partes están de acuerdo […] y la causa es la existencia de una invalidez reconocida por la ley […] se está tipificando el enunciado de la segunda parte del artículo

33. Ídem.

34. CNCiv., Sala A, 23/11/1998, "K., A. y K., M.V. y otro s/ homologación de acuerdo" (*elDial.com*, DC56L1). [N. del E.: publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 859, enero-marzo 2000, pp. 271-274, con comentarios de Pedro Di Lella y Rubén Augusto Lamber].

> 1200 del Código Civil, cuando autoriza a aniquilar retroactivamente por mutuo consentimiento un contrato que se juzga no haber tenido lugar.[35]

En otras palabras, hay quienes consideran que es posible realizar una revocación, en base al artículo 1200, si media un reconocimiento voluntario de nulidad de los contrayentes. Este argumento se basa en la misma nota del artículo antes citado, que les permitiría a las partes arribar a la conclusión de la inviabilidad del contrato, atento a que existen razones legales de envergadura que lo tornan ineficaz.

En síntesis, sería posible para esta doctrina revocar voluntariamente una donación por imposibilidad de ejercer el derecho de propiedad, restituyendo el inmueble adquirido.

8.2. *El artículo 1837 del Código Civil de Vélez*

El artículo en cuestión establece:

> Cuando la donación es sin cargo, el donatario está obligado a prestar alimentos al donante que no tuviese medios de subsistencia; pero puede librarse de esta obligación devolviendo los bienes donados o el valor de ellos si los hubiese enajenado.

La posibilidad de revocar voluntariamente la donación para que el donatario se libere de la obligación de suministrar alimentos tiene, para algunos, los efectos de una ingratitud; es decir, se remontan al día de la donación (art. 1867). Nosotros, en cambio, creemos que no tienen efectos retroactivos, más aun siendo una revocación voluntaria. Pensarlo de otra manera configuraría una incertidumbre jurídica, transformando todas las donaciones que sirven de título de dominio en revocables, lo que conlleva decir, coloquialmente, que es peor el remedio que la enfermedad.

Una restitución del valor de los inmuebles enajenados implicaría una posible solución para que pueda circular en el tráfico jurídico un título con antecedentes de una donación a favor de tercero. No obstante, en la práctica sería de difícil aplicación, puesto que para que el donatario haya posteriormente vendido el inmueble a un tercero tendría que haberse observado su título antecedente. Entendemos que este último supuesto serviría en los contados casos en los cuales la operación se realice a pesar de las observaciones formuladas y posteriormente se aplique este artículo para que al tercer adquirente a título oneroso se lo considere de buena fe.

8.3. *Reconocimiento de simulación y revocación por inejecución de cargos omitidos en la escritura*

Otra solución ensayada por la doctrina especializada es el reconocimiento de la simulación del acto, otorgándole su verdadera calificación legal. Se aplicaría aquí el artículo 957 CCIV, por entender que no perjudica a nadie y tampoco tiene un fin ilícito, concordantemente con el principio de autonomía de la voluntad consagrado por el artículo 1197.

35. Etchegaray, Natalio P., ob. cit. (cfr. nota 29).

Lo cierto es que reconocer un acto simulado que conforma título implica tener en mira no solamente el derecho privado sino también la parte del derecho público que rige para esta clase de negocios. En efecto, si reconocemos una donación como simulada, declarando que en realidad se ha tratado, por ejemplo, de una compraventa, debemos tener especial cuidado al analizar los aspectos tributarios de una u otra operación.

Ciertos tributos no se aplican cuando la transmisión de inmuebles se realiza por medio de una donación: así tenemos el ejemplo del impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas (Ley 23905), el impuesto a las ganancias (Ley 20628[36]) y el impuesto de sellos, entre otros. En algunas jurisdicciones locales tendremos impuestos que gravan las transmisiones de dominio gratuitas, pero suelen ser de menor alícuota que las onerosas.

Esto significa que si bien para el derecho privado puede ser una solución recurrir a la simulación no perjudicando a terceros, a la hora de prestar un asesoramiento profesional hay que tener en cuenta las obligaciones hacia el fisco. Llegado el caso de realizar una declaración de simulación, debemos tener en cuenta los impuestos omitidos más sus intereses, con el fin de eludir una posible acción de los organismos recaudadores.

La revocación por inejecución de cargos omitidos en la escritura (arts. 1850, 1854 y 1855) es otra vía ensayada por la doctrina con el fin de bonificar este tipo de títulos. Si bien, a nuestro criterio, esta revocación configuraría una simulación lícita con los alcances antes denunciados, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros, podría ser aplicable.

Quedaría para analizar si la imposición a la que se refiere el artículo 1850 hace alusión a una condición exigida por el donante de manera escrita, o bien si puede ser hecha verbal o tácitamente. Nosotros creemos viable imponer condiciones de manera no escrita (art. 1802 y su nota).

8.4. *La prescripción adquisitiva*

Otra vía de subsanación es el paso del tiempo veinteñal, contenido en los artículos 4015 y 4016 del CCIV. Hay quienes opinan que estos artículos no son aplicables, atento a que debe regir el ciclo prescriptivo de la acción de reducción antes vista, es decir, el plazo decenal previsto para la acción de reducción, iniciándose desde la muerte del donante (arts. 3955 y 4023).

Etchegaray,[37] en cambio, adopta otra tesis –que compartimos–:

> Pienso que quienes niegan la aplicación de estos artículos [refiriéndose a los artículos 4015 y 4016 CCV] en realidad están creando un privilegio especial para quien ha donado sus inmuebles, frente a los otros propietarios que pueden perder su dominio (por el transcurso del tiempo) por cualquier título o circunstancia, inclusive por usurpación. El propietario que ha perdido la posesión por cualquier título, incluso vicioso o aun sin

36. [N. del E.: ver Decreto PEN 649/1997].

37. Etchegaray, Natalio P., ob. cit. (cfr. nota 29).

causa, pierde su dominio a los veinte años de desposeído; no encuentro cuál es la razón para que este tiempo no corra contra el donante.

9. Posibles subsanaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación

Al momento de realizar un contrato de donación a favor de un legitimario según el CCCN, y estimando que pueda ser observado debido a las discrepancias interpretativas, debemos considerar siempre el asesoramiento previo que se debe guardar como profesional del derecho. Parece de buena práctica dejar asentado este supuesto en el texto que conformará el título de propiedad, atento a que ello implicaría haber obrado con la diligencia y la pericia suficientes que requiere la profesión. Sin perjuicio de ello, también estimamos que es posible realizar la escritura con el consentimiento de los restantes legitimarios, tal como hemos comentado anteriormente, evitando su observabilidad, según nuestra postura.

Sin embargo, el tema de este título se centra en aquellos antecedentes donde veamos donaciones hechas a un legitimario. Siguiendo la misma línea de estudio, analizaremos:

- La recisión bilateral (art. 1076 CCCN).
- La revocación por reconocimiento voluntario de incumplimiento de cargos omitidos en la escritura (art. 1563 CCCN).
- Reintegro voluntario del inmueble al donante para librar al donatario de la obligación alimentaria (art. 1559).
- Declaración de onerosidad mediando un reconocimiento de simulación.
- Prescripción.

9.1. *La rescisión bilateral*

El artículo 1076 CCCN establece:

> El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros.

El CCCN mejora así la redacción del artículo 1200 del CCIV. Y, más aún, le dedica todo un capítulo a la extinción, modificación y adecuación del contrato. Con gran acierto se habla de rescisión en lugar de revocación y se elimina la segunda parte del viejo artículo 1200, que ha generado gran confusión a nivel doctrinario y jurisprudencial. La comisión redactora simplemente expresa que estos artículos tienen su fuente en el Proyecto de 1998.

Los efectos de la rescisión bilateral son siempre *ex nunc*, es decir, hacia adelante, salvo estipulación en contrario, la que –claro está– no puede afectar derecho de terceros. Sujeto el contrato a un acuerdo rescisorio, las partes deberán restituirse lo que han recibido en razón del contrato o su valor (art. 1080 CCCN). Asimismo, para estimar el valor de las restituciones, deberán tomarse en cuenta las ventajas no percibidas, las utilidades frustradas u otros daños (art. 1081 CCCN).

El artículo 1076 omite, acertadamente a nuestro juicio, el retiro de los derechos reales que se hubiesen transferido. Por ello, sumado al hecho por el cual las prestaciones cumplidas quedan firmes según el artículo 1081, es que estimamos que no es posible aplicarlo como una supuesta subsanación a las donaciones a terceros o herederos forzosos.

El artículo 1081 CCCN habla sobre los efectos de extinciones de un contrato bilateral, pero entendemos que si para un contrato de prestaciones recíprocas, aquellas que han sido cumplidas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten equivalentes, deberá considerarse de igual manera un contrato unilateral con obligaciones cumplidas e indivisibles como es la donación de inmuebles. El razonamiento es más claro aun cuando, al hablar de restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes, el artículo 1080 remite al artículo 1081 CCCN.

9.2. *La revocación de la donación*

Remitimos al concepto dado en el apartado 2.3 de este trabajo. Entendemos que, no obstante, si bien la revocación implicaría un acto jurídico de tipo unilateral, nada obsta que –según el principio de libertad de contratación consagrado por el artículo 958 CCCN– pueda dejarse sin efecto la donación por acuerdo de voluntades, expresando los motivos que solo la ley prevé para este supuesto.

La revocación de la donación está consagrada en el artículo 1569 CCCN:

> La donación aceptada sólo puede ser revocada por inejecución de los cargos, por ingratitud del donatario y, en caso de habérselo estipulado expresamente, por supernacencia de hijos del donante. Si la donación es onerosa, el donante debe reembolsar el valor de los cargos satisfechos o de los servicios prestados por el donatario.

Para el caso que estamos estudiando, descartaremos los supuestos de ingratitud y supernacencia. El primero, por entender que la redacción que ofrece el artículo 1571 CCCN *in fine* habla de la necesidad de un proceso judicial que dictamine acerca de la ingratitud, mediando la prueba a la que hace alusión la norma. El segundo supuesto, en cambio, de haberse establecido en el contrato expresamente el caso de supernacencia de hijos, estaremos frente a un dominio de tipo revocable que debería tener reflejo registral o, al menos, observarse en un estudio de títulos. En cuanto a la inejecución de cargos, el artículo 1563 CCCN establece:

> El donatario sólo responde por el cumplimiento de los cargos con la cosa donada, y hasta su valor si la ha enajenado o ha perecido por hecho suyo […] Puede también sustraerse a esa responsabilidad restituyendo la cosa donada o su valor si ello es imposible.

Este artículo conforma una vía similar a la contenida en los artículos 1850, 1854 y 1855 CCIV. Entendemos –con igual criterio al establecido para las normas citadas– que parece no requerirse que los cargos se encuentren establecidos de manera expresa en el contrato de donación, siendo fácticamente posible realizar una revocación voluntaria en los términos de incumplimiento de cargos omitidos en la escritura. En los fundamentos del anteproyecto se transcribe el artículo para explicar el artículo, lo que parece tautológico e innecesario para volcar en el presente trabajo.

9.3. *Reintegro voluntario del inmueble al donante para librar al donatario de la obligación alimentaria*

Sobre este punto habla el artículo 1559 CCCN:

> Excepto que la donación sea onerosa, el donatario debe prestar alimentos al donante que no tenga medios de subsistencia. Puede liberarse de esa obligación restituyendo las cosas donadas o su valor si las ha enajenado.

La obligación de alimentos solo rige para las donaciones no onerosas, eludiendo referirse a donaciones sin cargo, lo que nos parece acertado a nuestro juicio, debido a que no todos los cargos supondrán siempre onerosidad. Pueden existir donaciones que se consideren gratuitas y que posean cargos. La onerosidad estará dada en la medida en que se limiten a una equitativa retribución de los servicios recibidos o en que exista equivalencia de valores entre la cosa donada y los cargos impuestos (art. 1564 CCC).

Hecha esta salvedad, la redacción del artículo 1559 es similar a la del artículo 1837 CCIV, por lo cual remitimos a los comentarios desarrollados arriba, para evitar reiteraciones innecesarias.

9.4. *Declaración de onerosidad mediando un reconocimiento de simulación*

La simulación está consagrada en los artículos 333-337 CCCN. El artículo 334 establece la distinción entre simulación lícita y simulación ilícita:

> La simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero. Las mismas disposiciones rigen en el caso de cláusulas simuladas.

Atento a la nueva redacción que ha adoptado el CCCN con respecto al artículo 957 CCIV, podemos afirmar que la solución antes encumbrada por los doctrinarios como una solución viable a los títulos provenientes de donaciones hechas a terceros resultaría ahora manifiestamente improcedente. Esto es así porque el nuevo artículo expresa que el acto simulado es lícito cuando no perjudica a un tercero y encubre otro real. Este debe contener los requisitos propios de su categoría, motivo por el cual parece imposible, por ejemplo, tomar un título proveniente de una donación y subsanarlo afirmando que se trata de un acto simulado en el que se ha querido realizar una compraventa u otro contrato con similares características.

Sobre este punto, la comisión redactora del CCCN dice en los fundamentos:

> El texto sobre simulación lícita e ilícita, con algunos cambios, reitera las propuestas del Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 640) y del Proyecto de 1998 (artículo 329), precisando además que el acto real, además de no ser ilícito ni perjudicar a un tercero, debe reunir los requisitos propios de la categoría a que pertenece (forma, capacidad, objeto, causa, etc.).[38]

38. Cfr. nota 23.

Encontramos también que el artículo 958 del CCC restringe la libertad de contratación a aquellos límites impuestos por la ley, con lo cual a nuestro criterio la posibilidad de recurrir a este mecanismo, queda aniquilada.

9.5. *Prescripción*

A pesar de que hemos hablado más arriba de la prescripción decenal como un medio de subsanación de las donaciones –tanto a favor de terceros como de herederos legitimarios–, aplicando el artículo 2459 CCCN, consideramos necesario comentar otro tipo de prescripción aplicable para el caso de no coincidir con nuestra postura. Es por ello que, haciendo esta salvedad, intentaremos abarcar la otra posible solución al tema, sin incurrir en una contradicción con lo manifestado.

La prescripción adquisitiva larga, contenida en el artículo 1899 CCCN, sería el plazo aplicable:

> Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión.

Entendemos que, en un estudio de títulos, la prescripción adquisitiva breve no puede argumentarse como modo de subsanación por darse los requisitos de justo título y buena fe consagrados en el artículo 1898 CCCN. Esto se debe a que la buena fe del donatario que desconoce la existencia de herederos legitimarios con derechos sobre el bien donado solo podría acreditarse judicialmente, atento a la imposibilidad de que surjan de un simple examen previo de los antecedentes. En otras palabras, por más que la buena fe se presuma a favor del donatario, no podemos dejar de lado que se requiere en el profesional que realice el estudio de títulos un convencimiento certero de que no hubo conocimiento ni posibilidad de conocer la causa que podría ocasionar la posible pérdida de su derecho sobre el bien adquirido. Todo esto dado por el simple examen que surja de la documentación a analizar, lo que es inviable.

Por tales motivos, consideramos que el plazo veinteñal es el adecuado para considerar la prescripción adquisitiva en casos de donaciones hechas a favor de herederos legitimarios que excedan la porción disponible o a favor de terceros. El plazo empezará a correr desde la posesión, que podrá coincidir con la fecha del título, salvo prueba en contrario (arts. 1899 y 1903 CCCN).

Reiteramos que este planteo será el que deberá regir en caso de no coincidir con nuestra postura, que afirmaba la viabilidad de la prescripción decenal a la luz de lo expuesto en el artículo 2459 y sus fundamentos.

10. Conclusiones

En el presente trabajo comenzamos recordando algunas definiciones previas necesarias para establecer el alcance de los conceptos vertidos. Más adelante, dejamos asentada la importancia del estudio de títulos en el Código Civil de Vélez y celebramos su inclusión expresa en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Del análisis efectuado del flamante Código y a modo de resumen, podemos concluir que:

- Los títulos provenientes de donaciones de bienes inmuebles realizados a favor de herederos forzosos se tornarían observables, debido a las prescripciones de los artículos 2453-2461 y concordantes del CCCN.
- Esta observabilidad surge de la acción de tipo reipersecutoria de los legitimarios aun contra terceros adquirentes, sean a título oneroso o gratuito.
- Asimismo, pudimos observar las modificaciones referentes a las porciones legítimas y cómo podríamos concebir el consentimiento de los legitimarios "afectados" al momento de la enajenación en el supuesto de ventas simuladas a herederos forzosos (art. 2461 CCCN).
- Este consentimiento conformaría una excepción al artículo 2449 CCCN.
- En cuanto a las posibles subsanaciones, resumimos primeramente todas las posturas ensayadas por la doctrina para el caso de donaciones hechas a terceros y las utilizamos, por medio de la analogía, como base para tratar el tema de las donaciones hechas a favor de herederos forzosos en el CCCN, viendo la posibilidad o no de su implementación.
- Teniendo en cuenta esto, analizamos la figura del distracto, llamado en el CCCN "rescisión bilateral" (art. 1076) y dimos nuestra opinión en el sentido de que no sería posible aplicarlo como modo de subsanación. En el mismo sentido nos referimos a la declaración de onerosidad mediando reconocimiento de simulación.
- Otros modos vistos que podrían funcionar como medios de subsanación en el nuevo plexo normativo, teniendo en cuenta las salvedades anunciadas, son: la revocación de la donación, el reintegro voluntario para librar al donatario de la obligación alimentaria y la prescripción.
- A pesar de lo expuesto y las posibilidades de subsanación, es una necesidad imperiosa que el Congreso sancione las modificaciones propuestas por académicos altamente capacitados en el aspecto jurídico-notarial, con el fin de llegar a una solución concreta y evitar la observabilidad de estos títulos.
- Teniendo en cuenta lo antedicho, hacemos propia una reflexión del I Foro Internacional de Derecho Registral:[39] "la seguridad jurídica incorpora siempre seguridad económica". Por lo tanto, creemos que no puede verse como un obstáculo la celebración de un contrato de donación de inmueble, ya sea a un tercero o a un heredero legitimario, por una posible observabilidad del título, porque en este caso se estaría aniquilando una especie contractual muy usada y altamente demandada por la sociedad.

39. I Foro Internacional de Derecho Registral (Villa Carlos Paz, Córdoba, 2006): "Declaración de Carlos Paz" (22/9/2006).

Impacto del Código unificado en la Ley General de Sociedades

Asambleas unánimes*

Alberto M. Miguens**

RdN 919

RESUMEN

El nuevo Código unificado ha modificado la Ley General de Sociedades no solo de manera expresa, sino también por vía indirecta, al modificar el Título "Personas jurídicas", entre las cuales se cuentan las sociedades de dicha ley. Entonces, cabe determinar el conflicto de leyes que se plantea sobre la aplicabilidad de la parte general del Código a los diversos tipos previstos por la ley especial.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Quid de la aplicación de la parte general del Código unificado.* ***3.*** *Las personas jurídicas en el Código.* ***3.1.*** *Asambleas unánimes y asambleas autoconvocadas.* ***3.2.*** *Personas jurídicas públicas y privadas.* ***4.*** *Asambleas.* ***4.1.*** *Convocatoria.* ***4.2.*** *Asamblea unánime.* ***4.3.*** *Soluciones del nuevo Código.* ***4.4.*** *El orden del día.* ***5.*** *Soberanía de la asamblea.* ***5.1.*** *Evolución histórica.* ***6.*** *Abandono del régimen normativo único.* ***6.1.*** *Persona jurídica según el interés. Público o privado.* ***6.2.*** *Aplicabilidad de la reforma.*

1. Introducción

El Código Civil y Comercial ha modificado el articulado de la Ley General de Sociedades en forma expresa, pero, además, ha aclarado en forma implícita desde la parte general, Título "Persona jurídica", temas hasta ahora controvertidos en el derecho societario. Las normas previstas en el capítulo relativo a las personas jurídicas privadas son de aplicación a las diversas sociedades en todo aquello que no vulnere la esencia del tipo al cual se lo pretende aplicar. La ley específicamente aclara temas que hasta ahora generaban incertidumbre y eran esenciales, como la convocatoria por los mismos socios (autoconvocatoria), y modifica el criterio para la toma de decisiones en las asambleas unánimes.

El artículo 2 del Anexo II de la Ley 26994, que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, Código Civil y Comercial, nuevo Código o

* Este trabajo fue presentado a edición antes de la publicación de la Resolución general 7/2015 (31/7/2015), que constituye el nuevo cuerpo de normas de la Inspección General de Justicia, y sustituye las disposiciones de la Resolución general 7/2005.

** Información sobre el autor en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

CCCN, indistintamente), ha modificado expresamente la Ley 19550 de Sociedades Comerciales. Sustituye la denominación del título por la de Ley General de Sociedades 19550 t. o. 1984[1] (en adelante, Ley General de Sociedades o LGS) y reemplaza, asimismo, la denominación de dos secciones; modifica o sustituye los artículos 1, 5, 6, 11, 16, 17, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 93, 94, 100, 164, 186, 187, 285 y 299, e incorpora el artículo 94 bis: veinticinco artículos sobre un total de trescientos noventa –menos del 7 % de su articulado–, casi nada. Por su parte, el Código Civil y Comercial ha impulsado además una serie de reformas en lo que refiere a las personas jurídicas (Libro Primero, Título II, Capítulo 1 "Parte general", arts. 141 y ss.).

Planteado este contexto, se intentará analizar en qué casos y con qué alcance se pueden aplicar las normas generales a los diversos tipos de la ley especial. Elegimos desarrollar este tema, al menos someramente, por su atingencia en la labor cotidiana del notario.

2. Quid de la aplicación de la parte general del Código unificado

Se plantea una cuestión de jerarquía normativa. La pirámide de Kelsen se ve sacudida con el Código Civil y Comercial, pues en el caso tenemos dos principios generales en crisis y el operador debe asignar preferencia a uno sobre el otro: por un lado –como dice Paulo en el *Digesto*[2]– "la ley posterior complementa a la ley anterior, a no ser que se opongan"[3], en cuyo caso "la ley posterior deroga a la ley anterior"[4]; por otro, la "ley general posterior no deroga una ley especial anterior"[5].

La aplicación de estos sencillos principios al caso que estamos tratando nos introduce en un alambicado laberinto, toda vez que la Ley General de Sociedades, en virtud de su artículo 384, integra el Código de Comercio, y, a pesar de que el artículo 4 de la Ley 26994 lo deroga, el artículo 5 señala que las leyes que complementan los –viejos– Códigos Civil y Comercial mantienen su vigencia como complementarias del nuevo Código unificado.

La cuestión es parcialmente resuelta por el artículo 150 CCCN:

> Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos […]; c) por las normas supletorias de leyes especiales o, en su defecto, por las de este Título…

1. El artículo 2.1. del Anexo II de la Ley 26994 establece: "Sustitúyese la denominación de la Ley Nº 19.550. t. o. 1984, por la siguiente: 'Ley General de Sociedades Nº 19.550, t. o. 1984'".

2. Halperin, Gregorio, *Manual de latín para juristas. Repertorio de adagios jurídicos*, Buenos Aires, TEA, 1946.

3. "*Leges posteriores ad priores pertinent, nisi contrarias sint*" (Paulo, *Digesto*, 1, 3, 28).

4. "*Lex posterior derogat priori*" (Paulo, *Digesto*, 1, 1, 4).

5. "*Lex posterior generalis non derogat priori speciali*" (Halperin, Gregorio, ob. cit. [cfr. nota 2], sin referencia autoral).

La dificultad está, no obstante, en definir qué normas son las imperativas de la ley especial a las que refiere el inciso a). Entendemos por tales aquellas que hacen a la naturaleza y esencia del instituto tratado; aquellas irrenunciables e indisponibles por las partes, que hacen al tipo elegido. Más adelante nos explayaremos al respecto, señalando qué institutos hacen a la esencia de la sociedad anónima.

3. Las personas jurídicas en el Código

Como se mencionó en la introducción, el Código Civil y Comercial exhibe un título en el Libro Primero, dedicado a las personas jurídicas, cuyo primer capítulo refiere a la parte general. Allí, se clasifican las personas jurídicas en públicas y privadas, y continúa con una sección dedicada íntegramente a las personas jurídicas privadas (Sección 3ª, arts. 151-167), entre las cuales numera en primer término a las sociedades, que establece los atributos y efectos de la persona jurídica privada, su funcionamiento, disolución y liquidación.

El Código Civil y Comercial, como ley posterior, desplazaría a la Ley 19550, como ley anterior. Sin embargo, debemos analizar si la nueva parte general referida a las personas jurídicas privadas, como ley general, complementa y/o desplaza a la Ley de Sociedades, que supuestamente es ley especial. Ello a pesar de que ha cambiado su denominación por la de Ley *General* de Sociedades y podría interpretarse entonces que dejó de ser "especial".[6] El planteo no parece estéril, ya que la parte general sobre personas jurídicas privadas –extensiva a todas ellas– viene a aclarar y dar respuesta a muchos reclamos realizados por la doctrina, incorporando criterios jurisprudenciales, algunos de los cuales incluso desautorizan reglamentaciones del organismo de aplicación (Inspección General de Justicia).

3.1. *Asambleas unánimes y asambleas autoconvocadas*

Si bien el tema es muy amplio, enfocaremos puntualmente la aplicabilidad de la parte general de las personas jurídicas a las sociedades, en particular la modificación que atañe a las asambleas o reuniones unánimes de socios y la viabilidad de su autoconvocatoria.

3.2. *Personas jurídicas públicas y privadas*

El Título "Persona Jurídica" inicia en el artículo 141 con una definición:

> Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.

La Sección 2ª clasifica las personas jurídicas en públicas y privadas. El artículo 146 CCCN enumera entre las personas jurídicas públicas al Estado nacional, las provin-

6. Esto no parece ser un argumento de peso, aunque tampoco se entiende muy bien a qué obedece el cambio de nombre. Tal vez apunte a la desaparición de la clasificación de las sociedades en civiles y comerciales.

cias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás entidades a las que el ordenamiento jurídico les confiera dicho carácter. Seguidamente, les reconoce personería jurídica pública a los Estados extranjeros, las organizaciones de derecho internacional público y, finalmente, a la Iglesia Católica. El artículo 148 refiere a las personas jurídicas privadas, entre las cuales enumera, en forma no taxativa: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) los consorcios de propiedad horizontal. El artículo finaliza con un inciso residual, que engloba toda otra persona contemplada por la ley cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

La Sección 3ª trata específicamente sobre la persona jurídica privada; así, el Parágrafo 1º refiere al nombre, el domicilio, la sede social, el patrimonio, la duración y el objeto.

3.2.1. *Objeto único*

Cabe detenerse, al menos someramente, en el objeto: el artículo 156 CCCN replica la vieja fórmula del artículo 11 inciso 3 de la Ley de Sociedades Comerciales[7], al establecer que el objeto de la persona jurídica "debe ser preciso y determinado". Puntualizamos el detalle porque la interpretación que hace el organismo de contralor (la Inspección General de Justicia –IGJ–), en lo que para nosotros constituye un inaceptable exceso interpretativo, le hace decir a la ley que el objeto debe ser, además de preciso y determinado, único.[8] Más razonable parecía la interpretación de la vieja Resolución general IGJ 6/1980, que en su artículo 18 establecía:

> El objeto social podrá comprender actividades plurales y diversas sin necesaria conexidad o complementación, siempre que las mismas se describan en forma precisa y determinada, circunscribiéndose a las que la entidad se propone realizar, y guarden razonable relación con el capital social. No se considerará preciso y determinado el objeto social cuando, a pesar de estar determinadas las diversas actividades, por su cantidad, variedad o inconexidad, quepa presumir razonablemente que la sociedad desarrollará efectivamente sólo alguna de ellas.

Basta señalar que alcanzaba con aplicar la resolución sin modificar la ley por vía administrativa –vía absolutamente nula–.

7. Art. 11: "Contenido del instrumento constitutivo. El instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad: […] 3) la designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado".

8. Resolución general IGJ 7/2005, art. 66: "El objeto social debe ser único y su mención efectuarse en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su efectiva consecución. Es admisible la inclusión de otras actividades, también descriptas en forma precisa y determinada, únicamente si las mismas son conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social. El conjunto de actividades descriptas debe guardar razonable relación con el capital social".

4. Asambleas

Interesa específicamente para los objetivos de este trabajo analizar el Parágrafo 2º de la Sección 3ª mencionada, relativo al funcionamiento de la persona jurídica privada, y, más específicamente, el artículo 158 CCCN. Este, bajo el título "Gobierno, administración y fiscalización", dice:

> El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica. En ausencia de previsiones especiales[9], rigen las siguientes reglas: […] b) los miembros que deban participar en una asamblea, o los integrantes del consejo, **pueden autoconvocarse para deliberar, sin necesidad de citación previa**. Las decisiones que se tomen son válidas **si concurren todos y el temario a tratar es aprobado por unanimidad**.

El Código Civil y Comercial estaría, por una parte, aclarando o complementando aspectos históricamente discutidos, y, por otra, modificando tácita e implícitamente previsiones de la Ley de Sociedades. Nos referimos a las asambleas unánimes y a la viabilidad legal de su autoconvocatoria.

La palabra "unánime" tiene en el lenguaje vulgar cotidiano una significación distinta al de su significado jurídico. En el vocabulario coloquial, profano, significa "sin discrepancia, en concordancia, en coincidencia"[10] o "dicho de un conjunto de personas: que convienen en un mismo parecer, dictamen, voluntad o sentimiento"[11]. Así, la unanimidad parece referirse a la voluntad coincidente de los presentes, independientemente del quórum o porcentaje de asistencia. Sin embargo, en sentido técnico-jurídico refiere a aquellas asambleas o reuniones que cuentan con la participación de socios que representan la totalidad del capital social, quórum del 100 %. De manera análoga, en la propiedad horizontal se entiende que la asamblea es unánime cuando la decisión ha sido adoptada con la presencia de la totalidad de los propietarios.

No obstante, la redacción que la Ley General de Sociedades establece en el último párrafo del artículo 237 –no ha sido modificado expresamente– dispone que

> La asamblea podrá celebrarse **sin publicación de la convocatoria** cuando se reúnan accionistas que representen la totalidad del capital social y las decisiones se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto.

La norma fue criticada desde sus orígenes.

La ley garantiza con un sistema de convocatorias –detallada y minuciosamente reglamentado– la posibilidad de asistencia de todos los accionistas. Dicha garantía es esencial a efectos de que los socios puedan ejercer sus derechos a participar en la toma de decisiones y a cuidar y defender su patrimonio, y de que tengan la posibilidad de concurrir a las asambleas con voz y voto y debidamente informados.

9. Interpretamos que se refiere a la ausencia de previsiones especiales del estatuto, no de la ley especial.

10. *Océano conciso. Diccionario de sinónimos y antónimos*, Océano.

11. Real Academia Española, *Diccionario esencial de la lengua española*, Madrid, Espasa Calpe, 2006, para las voces "unánime" y "unanimidad".

La circunstancia de que deban votar todos en un mismo sentido –negándoseles la posibilidad de votar en disidencia o incluso de abstenerse– para que la resolución sea válida no es de la esencia de la unanimidad y constituye un requisito desproporcionado e inconducente al fin perseguido, que en ciertas circunstancias puede trocarse en perjudicial para la sociedad y para sus miembros. Basta imaginar por hipótesis que sea conveniente remover al administrador, hijo o muy amigo de un socio, por su falta de afición al trabajo, de capacidad o de idoneidad para administrar: resultaría razonable que el socio involucrado asista a la asamblea para dar quórum, pero no lo sería que no se le reconociera la posibilidad de abstenerse de votar.

El Código Civil y Comercial levanta el guante sobre esa crítica y brinda una solución equilibrada y armoniosa, que hacía mucho reclamaba la doctrina. Como claramente resulta del texto transcripto, hoy alcanza que concurra la totalidad de los accionistas y que el temario a tratarse (orden del día) sea aprobado por unanimidad. Logrado el acuerdo unánime sobre el temario, el ordenamiento ahora permite el disenso en la votación. Esto hace a la celeridad en la toma de decisiones y a remover obstáculos que en ciertas y determinadas circunstancias impedirían adoptarlas. Si están todos presentes y acuerdan tratar uno o más temas, ¿a qué efectos forzar inconducentes convocatorias solemnes y avisos sobreabundantes, superfluos y costosos?

El nuevo sistema implementado permite que lo resuelto por la asamblea unánime sea válido aun no habiéndose adoptado la resolución por unanimidad. Basta simplemente con las mayorías del estatuto y/o la ley. Es lógico y en la medida que a nadie perjudique, no hay razón para vedarlo.

4.1. *Convocatoria*

Directamente con la unanimidad se enlaza la convocatoria. El artículo 237 LGS *in fine*, en lugar de establecer que la asamblea unánime podría celebrarse sin convocatoria, cometió el –a criterio nuestro– error de señalar que podría celebrarse sin la publicación de la convocatoria.

Históricamente se confundió la convocatoria en sí misma con la forma de realizarla –citando a McLuhan[12], Raúl Navas diría que confundieron el "medio con el mensaje"–. Ello generó una extensa discusión acerca de si la asamblea podría autoconvocarse (convocarse a sí misma por sus propios socios), prescindiendo de la convocatoria realizada por otros órganos. Sasot y Sasot Betes[13] señalan que la convocatoria por los socios es viable de manera excepcional (para asambleas no unánimes) en caso de ausencia o impedimento de los órganos y a efectos de evitar que la sociedad sea disuelta:

> Se estaría así en un punto muerto que impediría el funcionamiento de la sociedad por carencia de órganos de administración y fiscalización, contrariándose con ello el **princi-**

12. Herbert Marshall McLuhan (1911-1980): filósofo, erudito y educador canadiense.

13. Sasot, Miguel P. y Sasot Betes, Miguel A., *Sociedades anónimas. Las asambleas,* Buenos Aires, Ábaco, 1978, pp. 101 y ss.

> **pio de la continuidad de la sociedad**, que, como hemos dicho, domina todo el régimen de la Ley de Sociedades Comerciales. Dentro del **pragmatismo que impera en todos los actos de comercio, por ser ello de la esencia misma de la actividad mercantil**, habría que valorar la alternativa de mantener el dogmatismo de la norma legal, sacrificando con ello el funcionamiento de la sociedad y su continuidad, o flexibilizar aquella norma como forma de hacer posible la convocatoria de la asamblea. Consideramos que esta última alternativa es la procedente…

4.2. *Asamblea unánime*

El caso de la asamblea unánime del artículo 237 LGS, que nos ocupa, es mucho más sencillo.[14]

La Ley General de Sociedades establece formalidades para la convocatoria, destinadas a garantizarles a los socios la posibilidad de conocer, con antelación suficiente: 1º) que se va a realizar la reunión, anunciando fecha, hora y lugar, y 2º) el temario a tratar (orden del día). Estas formalidades tienden a garantizarles a todos los socios la posibilidad de concurrir a la toma de decisiones y de hacerlo debidamente informados y preparados.

Monsegur,[15] refiriéndose a los requisitos de convocatoria, analiza una vieja resolución de la Inspección General de Personas Jurídicas (Resolución general IGPJ 1/1976), de cuyos considerandos surge que

> … exigir éstos no solo resulta innecesario, sino también inútil por cuanto la finalidad para la cual fueron pensados (garantizar la posibilidad de concurrencia de todos) se cumple cuando la asamblea reviste el carácter de unánime.

Quedó así planteada la discusión acerca de quién puede convocar válidamente a la asamblea. El artículo 236 LGS establece claramente que las asambleas deben ser convocadas por el directorio o el síndico, y que, en su defecto, si fuere requerida por accionistas que representen el 5 % del capital social y los citados órganos no lo hicieren, la convocatoria podrá ser hecha por la autoridad de contralor o judicialmente. Sobre dicha base, una mitad de las opiniones entiende que la autoconvocatoria deviene nula, ya que la ley permitía prescindir de la publicación, mas no de la convocatoria en sí misma. Liminarmente –para despejar alternativas– apuntamos que la ley explícitamente señala quiénes pueden o deben convocar a la asamblea, y si bien la convocatoria por los mismos socios no está contemplada como opción válida, tampoco está expresamente prohibida. Potencia la crisis exegética que el artículo 240 LGS establece que tanto directores como síndicos tienen "derecho y obligación" de asistir a las asambleas con voz, aun cuando no voten.

14. En cuanto al alcance e historia de las discusiones originadas por la redacción de la Ley 19550 de 1972, el tema ha sido acabadamente analizado, desgranado y expuesto minuciosamente por Rafael C. Monsegur –quien nos honra con su amistad– en un artículo cuya lectura aconsejamos especialmente, por su claridad conceptual: "La regularidad de las asambleas unánimes autoconvocadas", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, nº 46, 6/3/2006, t. 2006-B.

15. Ídem.

En su Resolución 1461/2003 (en el expte. "Don Crescencio SA"), la Inspección General de Justicia rechaza la inscripción de autoridades debido a que la asamblea unánime fue convocada por los socios. Sostiene que los propios accionistas no pueden convocar a la asamblea, con fundamento en:

> … que **la división y funcionalidad orgánica en este tipo de sociedades guardan estrecha relación con los rasgos tipificantes** de las mismas y constituyen institutos orientados al mantenimiento de la seguridad jurídica […] que habiendo consagrado el legislador […] diversos ámbitos de competencia para cada uno de los diferentes órganos […], la intromisión de uno de ellos […] en la esfera de actuación de otro […] implica un vicio de competencia tal que la doctrina y la jurisprudencia han calificado como de nulidad absoluta, inconfirmable e imprescriptible…

La otra parcialidad de opiniones entiende que impedirles a los socios reunirse voluntariamente es convertirlos en rehenes de los administradores y síndicos –en definitiva, de sus empleados y/o mandatarios–, cualquiera sea la concepción que se tenga de la relación de estos con la sociedad y con los socios. Considera que los socios en su conjunto, actuando unánimemente, son el gobierno y ejercen sobre el patrimonio social una verdadera relación de señorío y dominio, directamente vinculada con el ejercicio del derecho constitucional de propiedad.

Roitman[16] señala que

> La solución de la Ley de Sociedades está inspirada en un modelo de sociedad en la que más que una relación "inversión-gestión profesional", entre asamblea y directorio existe una de "propietario-administrador".

En fin, que la asamblea o reunión de socios es soberana y reconoce como únicos límites al estatuto y a la ley; que el ejercicio de sus facultades no podría ser restringido en la medida en que no sea en fraude a terceros o ilegal.

Decantan –al menos– dos temas a dilucidar: 1) si la convocatoria por el órgano es realmente un elemento tipificante de la sociedad anónima; 2) si del hecho de haber salteado el procedimiento formal debe derivarse imperiosamente una nulidad de lo resuelto.

4.2.1. *La convocatoria como elemento esencial*

Sobre si la convocatoria es un elemento esencial y tipificante, coincidimos con Roitman[17] respecto de que

> Los principios fundamentales de la sociedad anónima son: (i) la responsabilidad limitada y (ii) la división del capital en acciones […] Además se destacan en la sociedades anónimas las siguientes notas: (i) exigencia de un capital mínimo (art. 186 LS); (ii) po-

16. Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2011 (2ª ed., act. y ampl.), t. V, comentario al art. 255.

17. Ídem, t. IV, comentario al art. 163.

> sibilidad de ingreso de minorías a los órganos de administración y fiscalización […] (iii) fiscalización estatal permanente en ciertos casos; (iv) posibilidad de financiamiento externo…

Roitman señala que en la dirección y administración de la sociedad anónima sus decisiones deben tomarse siempre por intermedio del directorio, que representa la voluntad de los socios. Asimismo, refiriendo a la designación de los administradores en el acto constitutivo, define que "el órgano es un elemento esencial tipificante"[18]. Le asiste razón al comentarista, toda vez que no podría constituirse una sociedad anónima que careciera del órgano directorio sin violentar la esencia del tipo.

No obstante, debemos ser precisos en la utilización terminológica. No es lo mismo decir que la existencia del órgano es un elemento esencial tipificante que decir que la convocatoria por el órgano cuenta con dicha naturaleza. De hecho, la ley prevé otras formas de convocatoria alternativas, tales como la convocatoria por la sindicatura (cuando la hubiere) y la realizada en forma administrativa o judicial. Admitimos que la existencia de una convocatoria eficaz es un elemento esencial, pero su eficacia se acredita con la asistencia unánime de los socios. No es necesaria resolución de órgano alguno que convoque.

Comprendiendo esta sutil diferencia, damos respuesta al primer interrogante, señalando que a pesar de que la existencia del órgano pueda ser un elemento esencial tipificante de la sociedad por acciones, no lo es que la convocatoria deba ser realizada por el órgano. El órgano expresa y representa la voluntad de los socios, mas no la suplanta –más adelante trataremos la teoría de la representación–.

Debemos aquí adelantar otra disquisición: no es lo mismo la situación de las sociedades cerradas con fiscalización estatal limitada que las sociedades con fiscalización estatal amplia (las del art. 299 LGS).

Respecto de las primeras parece contradictoria la opinión de que la convocatoria por los socios está prohibida, sosteniendo a la par que la Inspección General de Justicia puede convocar a la asamblea de oficio. El artículo 236 LGS prevé claramente que el organismo solo podrá inmiscuirse cuando el socio pida la convocatoria a los órganos y estos omitieren hacerlo. Tratándose de una sociedad privada de fiscalización estatal limitada, el organismo en principio no tiene porqué andar metiendo sus narices si ningún socio lo requiere. Solo podría ejercer funciones de vigilancia excepcionalmente, cuando lo considere necesario por resolución fundada en resguardo del interés público (art. 301 inc. 2 LGS) y cuando esté en juego el interés general o la comisión de un delito que no puedan pasar inadvertidos. Con respecto a las sociedades de fiscalización estatal limitada, el artículo 149 de la Resolución general IGJ 7/2005,[19] en tanto en cuanto establece que el organismo puede disponer de oficio la concurrencia de inspectores de justicia a las asambleas de accionistas y reuniones de directorio sin una causa que lo justifique y por resolución firme y debidamente fundada, está en franca violación a la ley.

18. Ídem, t. IV, comentario al art. 166.

19. [N. del E.: Este trabajo fue presentado a edición antes de la publicación de la Resolución general 7/2015 (31/7/2015), que constituye el nuevo cuerpo de normas de la Inspección General de Justicia, y sustituye las disposiciones de la Resolución general 7/2005].

La solución varía en las sociedades con fiscalización estatal amplia. Sasot y Sasot Betes[20] señalan que Fargosi y Halperin niegan la eficacia a la autoconvocatoria, y están a favor de su validez Arecha, García Cuerva, Mascheroni, Vergara del Carril y Zaldívar. Vergara del Carril levanta un punto importante en cuanto a la eventual protección de terceros, pues, a su criterio (cita de Sasot Betes y Sasot) para los terceros "nada se logra con una convocatoria que no es necesario publicitar". Por su parte, Sasot Betes y Sasot, luego de exponer las diversas posturas doctrinarias, toman partido por la falta de necesidad de la convocatoria, declarándose

> … partidarios de suprimir todos aquellos recaudos que no llenan ninguna finalidad práctica en el desenvolvimiento de la sociedad anónima en cuanto institución.

Y en nota al pie retoman la línea de Vergara del Carril, señalando que las formalidades

> … se conciben como garantía de los accionistas, ya que los terceros, en los casos en que los acuerdos los afecten, tienen procedimientos especiales de defensa.

Citando a Vivante, aclaran que

> Para negar la validez de la asamblea, no se puede invocar el interés de terceros en conocer la convocatoria y su orden del día, porque **la asamblea es un órgano interno de la sociedad que delibera en interés de los socios**.

4.2.1.1. *Derecho de los administradores y síndicos*

Contestando al planteo del artículo 240 LGS sobre el derecho y la obligación de los directores y síndicos de comparecer a la asamblea, Sasot y Sasot Betes señalan que esta persigue dos finalidades: 1) que informen y rindan cuentas de sus gestiones; 2) asegurarles el derecho de defensa frente a imputaciones y cargos infundados. Sobre la primera finalidad, señalan que los accionistas pueden juzgar innecesaria o inoportuna la información a brindar o la rendición de cuentas. Con relación a la eventual imputación de cargos, contestan que a los directores y síndicos quedarán siempre expeditas las pertinentes vías legales, sin perder de vista que la revocación de su nombramiento es de la esencia de la función.

Refieren los prestigiosos autores a la Resolución general IGPJ 1/1976, en la que se señala que

> … no es condición esencial para la validez de la asamblea unánime que su celebración cuente con el beneplácito del directorio o de la sindicatura, basándose en que no se ve **cuál es el interés legítimo que se quiere proteger** en el caso […] Si el consentimiento de los directores y síndicos no es necesario en tales casos, sería una flagrante contradicción sistemática la exigencia de esa autorización en el supuesto de asamblea unánime.

20. Sasot, Miguel P. y Sasot Betes, Miguel A., ob. cit. (cfr. nota 13), pp. 549 y ss.

Los autores concluyen doblando la apuesta, al señalar que nada se opone a que la asamblea, en lugar de ser convocada por los socios, sea convocada por terceros no accionistas cuando el motivo de la asamblea esté vinculado con el objeto social y el funcionamiento de la sociedad. Sin dejar de puntualizar que una convocatoria de ese tenor no sería más que una invitación a una reunión de accionistas, divagan sobre el hipotético supuesto de una sociedad que desee fusionarse con otra y que no encuentra en el directorio receptividad para formalizar la fusión, deseando pulsar (la otra sociedad) hasta qué punto la negativa responde a los propios accionistas y no a particulares intereses de un directorio renuente.[21] Concluyen, pues, que todas las disposiciones contenidas en la ley para rodear de seguridad y regularidad a los actos asamblearios descansan en la protección debida a los accionistas de buena fe contra eventuales maquinaciones de quienes conducen la sociedad. Y aclaran que cuando el apartamiento de dichas disposiciones no entraña una desprotección del accionista de buena fe ni le perjudica directa o indirectamente, no puede caer la validez del acto.

4.2.2. *Nulidad derivada de la omisión de la convocatoria*

A la segunda cuestión, relativa a si del hecho de haber salteado el procedimiento formalmente establecido debe derivarse imperiosamente la nulidad de la resolución adoptada, adelantamos una respuesta negativa. No podría derivarse la nulidad toda vez que dicha sanción no está expresamente prevista por la ley y el acto ha cumplido con su cometido.

Nadie mejor que Vélez Sársfield para explicarlo. El artículo 1037 del Código velezano es claro en cuanto a que los jueces no pueden declarar otras nulidades que las establecidas por la ley. Por su parte, el artículo 386 CCCN señala como criterio de distinción entre una nulidad absoluta y la relativa que la primera refiere a los actos que contravienen el orden público, la moral y las buenas costumbres, mientras que son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley les impone esa sanción solo en protección del interés de ciertas personas.

4.2.2.1. *Nulidades según Vélez Sársfield*

Sabemos que el viejo Vélez Sársfield está demodé en estos tiempos de cambio de código. No obstante, nadie en su sano juicio osaría cuestionar su autoridad y por ello lo citamos. En una causa sobre nulidades absolutas y relativas de los actos jurídicos en la que interviene, el Codificador[22] señala que "la materia de las nulidades es la más ardua de la jurisprudencia". En cuanto a las formas, se explaya diciendo que

21. Sabido es que en toda fusión se superponen los cargos y normalmente sobran candidatos para ocupar el mismo puesto.

22. Vélez Sársfield, Dalmacio, "Actos jurídicos. Nulidades absolutas y relativas", en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Buenos Aires, 1872, t. VII, pp. 206-226. El texto se ha reproducido bajo el título "Causa de D. Miguel Azcuénaga con Da. Vicenta Costa. [Sobre nulidades absolutas y relativas en los actos jurídicos. 1840]" en 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*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, t. XI, "Dalmacio Vélez Sársfield. Escritos jurídicos", pp. 79-90.

> 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 estas formalidades son infinitamente útiles y algunas **moralmente necesarias** para impedir los fraudes; sin embargo **su omisión no causa una nulidad** de los actos […]" […] cuando una formalidad no es por ella misma absolutamente necesaria para observar la Justicia, los jueces no deben irritar el acto, ni suplir la pena de nulidad […] las formas sustanciales son solo aquellas sin las cuales el acto no puede existir; aquellas que son indispensables para llenar el fin para el cual el acto ha sido instituido; aquéllas que no pueden suplirse […] **Todas las otras formalidades son manifiestamente accesorias** […] El silencio del legislador anuncia que él ha querido reposar sobre la prudencia de los jueces, a quienes no liga y deja en libertad de pronunciar la nulidad de un acto cuando encuentre que por el defecto de observación de la formalidad prescripta el acto es imperfecto, no llena el fin de la ley y, sobre todo, ataca los derechos de un tercero; **pero jamás puede pronunciarla cuando por otra parte el acto ha llenado el objeto de su institución**; cuando sin fraude puede ser ratificado y adquirir lo que le faltaba y, sobre todo, cuando o la omisión o la ratificación de él **no causa perjuicio a nadie**, porque entonces nadie tiene el derecho de atacarlo; por último, el juez en un caso dudoso debe abstenerse de pronunciar la nulidad, el acto debe subsistir…

Más adelante, Vélez señala que existen ciertas nulidades, incluso absolutas, que son establecidas en el solo interés de los particulares:

> … sin embargo, a solo el interesado es dado valerse de la nulidad y deducirla en juicio, sin que los tribunales puedan resolver de oficio […] Estos actos cuya nulidad no es sino respectiva **producen una obligación natural** que es lícito a cualquiera el cumplirla, y **no son nulos de pleno derecho sino respecto de la parte interesada**.

4.2.2.2. *Convidados de piedra*

Como adelantáramos, el tema de la convocatoria de la asamblea por los mismos socios está enlazado con la citación y comparecencia de directores y síndicos, ya que el artículo 240 LGS establece que

> Los directores, los síndicos y los gerentes generales tienen derecho y obligación de asistir con voz a todas las asambleas. Sólo tendrán voto en la medida que les corresponda como accionistas, con las limitaciones establecidas en esta sección. Es nula cualquier cláusula en contrario.[23]

En el mismo sentido se expresa el artículo 294 en relación con los síndicos.[24]

Liminarmente corresponde señalar que si al acto concurren directores y síndicos, aun en el caso de que no hubiera convocatoria formal, la validez de las decisiones asamblearias no estaría en tela de juicio.

23. Podría discutirse si es nula la cláusula que contraríe el derecho de asistir con voz a la asambleas, o bien que la nulidad se predica solo con relación al derecho de voto a pesar de no ser socios. Interpretamos que se refiere al segundo supuesto.

24. Art. 294 LGS. "Son atribuciones y deberes del síndico […]: […] 3°) asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones del directorio, del comité ejecutivo y de la asamblea, a todas las cuales debe ser citado…".

Ante la expresa normativa que asignaba el derecho a concurrir de administradores y síndicos, se discutió acaloradamente si las resoluciones adoptadas por las asambleas unánimes –en las que los directores y síndicos no hubieran sido debidamente citados– serían válidas. Quienes proclaman la invalidez, a más de la teoría organicista, buscan sustento en el artículo 240. Quienes las consideran válidas interpretan que la resolución adoptada en violación a dichos preceptos podría dar lugar a responsabilidad personal de los socios y/o de la sociedad por los daños y perjuicios que pudieran derivarse a los directores, síndicos y gerentes generales, pero que en principio no podría llegar a invalidar la decisión adoptada por el soberano.

Es fácil imaginar, en apoyo de esta última opinión, el hipotético supuesto de encontrarnos frente a un administrador infiel. Por hipótesis imaginemos que luego de sospechar la existencia de irregularidades, los socios confirman sus peores temores. ¿Por ventura se podrá sostener que los socios, conociendo la existencia de manejos turbios o fraudulentos, tuvieran que acudir inexorablemente al propio director a suplicarle que convoque una asamblea para tratar la destitución de sí mismo? ¿Acaso tienen los socios obligación legal de darle la oportunidad de borrar toda la evidencia, de esconder los libros sociales y demás documentación comercial, o de terminar de vaciar las cuentas de la sociedad? ¿Tiene el socio –"diligente buen hombre de negocios"– la obligación de comportarse en forma tan ingenua o estúpida? El más llano sentido común reclama que primero lo desapoderen, al menos preventivamente, y luego discuta. Ello sin perjuicio de que posteriormente proceda indemnizarle los perjuicios ocasionados injustamente o no probados.

El ejemplo no es del todo desacertado o poco frecuente, teniendo en cuenta que la mayor hipótesis de conflicto que puede tener una asamblea unánime se produce con los integrantes de los órganos de administración y fiscalización. La práctica forense muestra mil casos de disputas entre socios y administradores, lo que se ha traducido en disputas por el control de los libros societarios, apoderamientos y demás documentación comercial, contable y jurídica, canalizada bajo sofisticadas chicanas procesales, destinadas a impedir u obstaculizar la toma de decisiones, a poner piedras en el camino y palos en la rueda.

No es un detalle carente de significación que la exposición de motivos de la Ley 19550,[25] refiriéndose a los directores, establezca que "La revocabilidad es de la esencia de la designación, que el estatuto no puede restringir ni suprimir". Asimismo, ello no se agota en la mera exposición, sino que tiene su reflejo positivo en el artículo 256 LGS[26]: "El estatuto no puede suprimir ni restringir la revocabilidad en el cargo".

Esta sí es una norma de la esencia del tipo, con fundamento en la teoría de la representación.

25. Sección V, Título IX, punto 4.

26. Art. 256 LGS. "El director es reelegible y su designación revocable exclusivamente por la asamblea […] El estatuto no puede suprimir ni restringir la revocabilidad en el cargo".

4.2.2.3. *Teoría organicista*

Es sabido que en la época de Vélez Sársfield los directores eran mandatarios de la sociedad. Así lo establecía la ley expresamente. Con el tiempo, se acuñó lo que hoy conocemos como teoría organicista, mediante la cual se interpreta que la administración, al igual que el gobierno, la representación y la fiscalización, constituyen órganos de la persona jurídica, que la integran y sin la cual esta no sería viable; no son terceros ajenos a la sociedad sino que forman parte de ella.

Así las cosas, la teoría del órgano no ha terminado de cerrar círculos y se encuentra mutando sin haber completado su ciclo evolutivo. La Ley 19550 ha intentado introducir el nuevo motor organicista a un viejo chasis contractual, y aún hoy requiere importantes correcciones y ajustes. Sobre el particular, Roitman[27] señala en su comentario al artículo 59 de la ley que

> El gran interrogante surge respecto de la naturaleza de la relación entre el administrador y la sociedad […] Sin perjuicio de ello, hacemos la reflexión de que se trata éste de otro tema en el cual **nuestra ley y la práctica jurídica han quedado a mitad de camino entre la teoría del mandato y la del órgano** para explicar la naturaleza de la relación entre la sociedad y sus representantes. La doctrina extranjera tampoco se pone de acuerdo […] Se sostiene que es funcional, que el acto de designación es unilateral y que la aceptación es para cumplir con el cargo en forma orgánica, cumpliendo con la ley, el estatuto y el reglamento que lo rige, sin que en ello haya base contractual. Es un camino que será ambiente de discusión en el próximo tiempo.

Más allá de lo que pregona la teoría del órgano, el director es una persona física que contrata con la sociedad. Integra el órgano y, por hacerlo, percibe un sueldo, salario, remuneración, comisión o pago, etc.; cualquiera sea la denominación que le asignemos, la sociedad le abona el servicio. Cuando el director no está en relación de dependencia laboral, percibe su emolumento en virtud de un contrato de mandato oneroso o de una locación de servicios u otra forma de contrato profesional innominado. En muchos casos la relación se integra en una relación de índole laboral mezclada, incluso, con el ejercicio de funciones técnico-administrativas. Así vemos como indiscutible dato objetivo de la realidad que cuando hay desavenencias y se interrumpe la relación laboral, más allá de dejar de integrar el órgano, la persona humana ocurre a los tribunales y reclama su indemnización.

Sea que nos inclinemos por la teoría organicista o por la contractualista, lo cierto es que la labor de los directores es remunerada, como claramente establece el artículo 261 LGS. Sea la remuneración de naturaleza salarial, en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo, o se la interprete como remuneración por el cumplimiento de un contrato de mandato o de locación de servicios –profesionales o no–, el pago se le realiza a la persona física, por su labor, no al órgano. Pretender lo contrario implicaría sostener que la sociedad le paga a su órgano, lo que equivaldría a decir que se paga a sí misma (que la cabeza le paga a la mano). Disparate inexplicable.

Sin entrar a analizar la naturaleza jurídica de la aceptación del cargo, si es contractual o no, surge la duda de quién es el cocontratante. Cuando la sociedad carece

27. Roitman, Horacio, ob. cit. (cfr. nota 16), t. II.

de director o síndico, ¿quién contrata al nuevo director, quién lo integra al órgano? Se yuxtaponen dos categorías de derechos que se funden en un gris difícil de conceptualizar. Los comercialistas ven una función donde los laboralistas descubren un contrato de trabajo.

Mil acciones vemos en los tribunales de personas físicas –personas humanas, como le gusta decir al Código Civil y Comercial– que reclaman que la sociedad les indemnice su labor, muchas de las cuales terminan sustanciándose en el fuero laboral, pero todas se entablan contra la sociedad. Y no es precisamente el órgano quien las entabla sino la persona física contratada para integrarlo. El representante, el director, el síndico, por el mero hecho de integrar un órgano de la sociedad, no dejan de ser personas físicas (humanas), no dejan de ser empleados, mandatarios o proveedores de servicios personales. La sociedad es la empleadora, sea bajo la Ley de Contrato de Trabajo, sea bajo otro contrato nominado o innominado.

Navegamos entre dos orillas: la vieja teoría del mandato y la nueva teoría del órgano; y, si bien se está imponiendo la última, quedan vacíos por llenar y normas contrapuestas. Muchas de las normas que nos rigen son reiteración de otras y usos y costumbres del viejo sistema contractualista, que no han sido –o no han podido ser– debidamente adecuadas a la teoría del órgano.

La disfunción se percibe claramente en el tema de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad y en la posibilidad de que existan intereses contrapuestos. Así, vemos en el artículo 302 LGS que cuando se apliquen sanciones a los directores y síndicos por violación a la ley, al estatuto o al reglamento, la sociedad no podrá hacerse cargo de ellas. Algo similar sucede con la garantía a brindar por los directores y gerentes, cuyo costo deberá ser soportado exclusivamente por cada uno de ellos y no puede ser trasladado a la sociedad. Ello no sería viable en un sistema organicista puro.

4.2.2.4. *Teoría de la representación*

Cabe señalar que en la época de Vélez Sársfield existían dos clases de representación: la legal y la voluntaria. Además, se confundían y utilizaban en forma promiscua los términos "mandato", "poder" y "representación".

La representación legal estaba destinada a los incapaces absolutos del artículo 54 del Código Civil (menores, dementes, sordomudos que no saben darse a entender por escrito), y los incapaces relativos del artículo 55 (menores adultos y la mujer casada). Por su parte, la representación voluntaria estaba constituida básicamente por los mandatarios y apoderados.

Los administradores de las sociedades las representaban en calidad de mandatarios, lo que se puede apreciar claramente tanto en el Código Civil-Ley 340 como en el Código de Comercio-Ley 15 (ambos de autoría de Dalmacio Vélez Sársfield y, el segundo, en coautoría con Eduardo Acevedo). Así, el artículo 1870 del Código Civil establecía que las disposiciones del Título IX "Del mandato" eran aplicables a: las representaciones necesarias, las representaciones de los que por su oficio público deben representar determinadas clases de personas, las representaciones de las corporaciones y establecimientos de utilidad pública, las administraciones de sociedades y las representaciones de los dependientes.

Ciertamente esto ha evolucionado y con el tiempo surgió y se desarrolló la teoría del órgano, donde los sujetos que integran el órgano tienen un carácter distinto al del mandatario y al del representante legal. Al decir de Roitman, los directores son funcionarios (parte constitutiva del órgano) y no mandatarios ni representantes.[28]

Ha dicho la Cámara de Comercio, Sala B:

> La diferencia entre mandato y órgano radica esencialmente en que según el mandato, el directorio es un simple ejecutor de un conjunto de actos encomendados por la sociedad en cuanto mandante, en tanto que como órgano, se considera al directorio como un elemento integrativo de la sociedad misma, cuya autoridad deriva de la ley, y configura un elemento tipificante de la sociedad anónima; consecuentemente no es necesario acreditar representación (mandato), bastando con probar el nombramiento para integrar el órgano.[29]

El Código Civil y Comercial pone en blanco y negro la nueva caracterización representativa a partir del artículo 358, donde define que

> La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica.

Cabe señalar que la representación legal –como su nombre lo indica– es la que deriva de la ley. Poco importa la voluntad del representado. El niño no elige quiénes serán sus padres o tutores, y tendrá que soportar a los que le toquen en suerte. La mujer casada supuestamente podía elegir su cónyuge –a veces–, pero no tenía libertad de cambiar de representante legal cuando perdiera la confianza o le viniera en gana. Si había elegido mal, tenía que aguantarse.

Por el contrario, la representación voluntaria –como su nombre lo indica– parte de la idea del interés del representado. Como el apoderado o mandatario va a obligar al representado y a afectar sus intereses, este último tiene la facultad de elegirlo. Nombra una persona de su confianza y en todo momento puede desapoderarlo por el simple hecho subjetivo de haber perdido la confianza, sin necesidad de causar sus decisiones.[30] Puede, asimismo, intervenir directamente en los actos encomendados al mandatario.[31]

La representación orgánica implica un sistema mixto de ambas teorías.

Ciertamente la sociedad no puede expresar su voluntad sino a través de personas físicas que la integran, que son sus órganos de administración, de representación y de fiscalización. Por eso se dice que son sus representantes legales, ya que la ley les confiere facultades mínimas que ni el estatuto ni los socios pueden limitar. Así,

28. Ídem, t. V, comentario al art. 255.

29. Ibídem (CNCom., Sala B, 12/4/2000, "Summun SA s/ concurso preventivo. Incidente de revisión por Cerfam SRL" [*Revista de las Sociedades y Concursos*, nº 5, julio-agosto 2000, p. 266]).

30. Art. 1970 CCIV. "El mandante puede revocar el mandato siempre que quiera…".

31. Art. 1972 CCIV. "Interviniendo el mandante directamente en el negocio encomendado al mandatario […] queda revocado el mandato…".

vemos que el artículo 58 LGS, establece que "el administrador o el representante […] obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social". Le guste o no a los socios, no pueden impedirlo, y por ello se habla de representación legal. Pero la representación orgánica conlleva también una alta dosis de voluntarismo, en cuanto a que el administrador, el representante de la sociedad, es elegido por los socios y representa los intereses de la sociedad.

Ello emparenta la representación orgánica directamente con la representación voluntaria, y por ello se señala que la revocabilidad es de la esencia del instituto y el artículo 256 LGS señala que el estatuto no puede restringir la revocabilidad en el cargo. Lo mismo pasa con el artículo 157 respecto de los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada, salvo cuando su designación hubiere sido condición de la constitución. Ello es de absoluta razonabilidad y coherencia toda vez que directores y gerentes representan intereses ajenos –sin perjuicio e independientemente de que, además, pueden ser socios–.

Por ello, la ley les impone el deber de obrar con lealtad y diligencia (art. 59 LGS) y señala que el ejercicio del cargo es personal e indelegable (art. 266 LGS). Además, también por ello, deberán indicar cuando tuvieren algún interés contrario al de la sociedad y abstenerse de intervenir en la deliberación (art. 272 LGS); no podrán firmar contratos con la sociedad que no sean de la actividad y en las condiciones del mercado (art. 271 LGS). En fin, es por estas razones que cuando los socios pierden la confianza, pueden removerlos sin necesidad de causa alguna. Sobre todo, la Ley General de Sociedades (art. 233[32]) establece que las resoluciones de la asamblea conformes con la ley y el estatuto deben ser cumplidas por el directorio, y va más allá, al estipular que le corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver sobre "toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad" (art. 234).

Por tales motivos, consideramos aplicable a la representación orgánica determinadas reglas previstas por el Código para la representación voluntaria –en la medida en que no sean incompatibles–. Sobre dicha base, Roitman[33] señala que

> … en nuestro derecho se acerca al directorio a la figura de la representación y toma sentido la afirmación de que la asamblea tiene toda competencia que no haya sido asignada a otro órgano y preside toda la vida de la sociedad, incluso dirigiendo la administración.

Así, el artículo 372 CCCN establece:

> Obligaciones y deberes del representante. El representante tiene las siguientes obligaciones y deberes: a) de fidelidad, lealtad y reserva; b) de realización de la gestión encomendada, que exige la legalidad de su prestación, el cumplimiento de las instrucciones del representado y el desarrollo de una conducta según los usos y prácticas del tráfico; c) de comunicación, que incluye los de información y de consulta; d) de conservación y de custodia…

32. Art. 233 LGS. "Las asambleas tienen competencia exclusiva para tratar los asuntos incluidos en los artículos 234 y 235 […] Sus resoluciones conformes con la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas […] y deben ser cumplidas por el directorio".

33. Roitman, Horacio, ob. cit. (cfr. nota 16), t. V, comentario al art. 255.

4.3. *Soluciones del nuevo Código*

El Código Civil y Comercial aclara algunas cuestiones y trae una solución adecuada, proporcional y razonable, compatibilizando los artículos 240 y 256 de la LGS. Expresamente señala que la asamblea se puede convocar a sí misma sin necesidad de ser citada por otro órgano.

Las previsiones generales del Código Civil y Comercial interpretan, complementan y aclaran la ley especial, construyen su marco y se aplican directamente a ella, siempre y cuando –claro está– no esté comprometido el orden público y los elementos esenciales del tipo adoptado.

4.4. *El orden del día*

El artículo 246 LGS establece que

> Es nula toda decisión sobre materias extrañas a las incluidas en el orden del día, salvo: 1º) si estuviere presente la totalidad del capital y la decisión se adoptare por unanimidad de las acciones con derecho a voto…

Este artículo dirimía la cuestión de la convocatoria por los propios accionistas antes de la aparición del Código Civil y Comercial. La función de la convocatoria era primeramente la de convocar y luego la de fijar el orden del día. La ley claramente señala que, estando todos los socios presentes –que representan el 100 % del capital social–, estos pueden válidamente tratar cualquier cuestión extraña al orden del día. Vale decir que tienen libertad para fijar el temario que quieran y no están atados al temario que hubiere fijado el directorio o la sindicatura. Ergo, si pueden apartarse, ninguna circunstancia da razón a que no puedan fijarlo de cero y per se.

El tema que otrora generara gran disenso quedó finalmente aclarado por el artículo 161 CCCN:

> Obstáculos que impiden adoptar decisiones. Si como consecuencia de la **oposición u omisión sistemáticas** en el desempeño de las funciones del administrador, o de los administradores si los hubiera, la persona jurídica **no puede adoptar decisiones válidas**, se debe proceder de la siguiente forma: […] c) la asamblea puede conferir **facultades extraordinarias** al presidente o a la minoría, para realizar actos urgentes o necesarios; también puede **remover al administrador**.

Más allá de la enmarañada fórmula legal arbitrada por el legislador, la ley toma partido y no solo avala la validez de las resoluciones adoptadas en asambleas convocadas por los propios socios, sino que declara válidas sus resoluciones, aun en el caso de que no asistan directores y síndicos por no haber sido formalmente convocados, e incluso las valida para removerlos.

Cabe señalar que la citada norma es de excepción, para casos en que se den las circunstancias previstas –que existieren obstáculos que impidieren la toma de decisiones; similar al hipotético ejemplo referido por Sasot y Sasot Betes–, mientras que la del artículo 246 LGS es una norma común, no de excepción.

4.4.1. *Extraña fórmula legal adoptada*

Turba la fórmula redactada por el legislador, por rebuscada y retorcida, y no encontramos explicación para semejante desatino: "la asamblea puede conferir facultades extraordinarias al *presidente* o a la *minoría*, para realizar actos urgentes o necesarios; también puede remover al administrador". Agravia el más llano sentido común que se contraponga el presidente a la minoría. Ciertamente no se entiende bien qué significa autorizar "a la minoría", que puede ser un socio o cuarenta. ¿Es que acaso la minoría deberá celebrar asambleas de clase minoritaria? Preferimos interpretar que han querido significar *a algún director designado por la minoría*. Así lo refiere en forma más prolija y adecuada el artículo 311 (2ª párr.) de la LGS, al referirse a "la designación por la minoría de uno o más directores", en el marco de las sociedades con participación estatal mayoritaria.

Sin duda, el artículo ha sido víctima de una paupérrima redacción. No obstante, más allá de la crítica filológica, cabe destacar de esta ensortijada receta que la ley prioriza tener un administrador que adopte resoluciones –incluso extraído de o designado por la minoría– por sobre tener alguno –designado mayoritariamente y con todas las formalidades– que obstaculice el funcionamiento societario. Entre la informalidad y la parálisis la ley opta –sin hesitar– por la primera. Es, pues, innegable que si la ley permite arbitrar facultades extraordinarias frente a un administrador que obstaculice el normal funcionamiento –por oposición e incluso por omisión–, tanto más se justificaría arbitrar dichas medidas extraordinarias frente a un supuesto timador.

5. Soberanía de la asamblea

Para la parcialidad que sostiene que las asambleas pueden ser válidamente convocada por los socios, uno de los principales argumentos pivota sobre una supuesta soberanía de la asamblea. Es entonces oportuno analizar si la asamblea es efectivamente soberana –como se empeña en decir parte de la doctrina– o si esa supuesta soberanía es solo una utópica expresión de deseo; si podría existir condicionada bajo ciertas y determinadas circunstancias o si solo existe una soberanía acotada.

La soberanía se define como "poder político supremo"[34]. Toda soberanía societaria se predica dentro del marco de la ley y del orden público que fija el Estado, única persona jurídica soberana –al menos técnicamente–. Dicho esto hay que desentrañar qué es una sociedad, y si todas se rigen por los mismos principios.

5.1. *Evolución histórica*

Federico Carlos von Savigny sostuvo –con su escuela histórica– a comienzos del siglo XIX que un estudio histórico de la ley positiva constituye un precedente de condición al entendimiento de derecho. Es imprescindible comprender cómo fueron evo-

34. Real Academia Española, ob. cit. (cfr. nota 11); *soberanía*: "poder político supremo que corresponde a un Estado independiente".

lucionando las diversas estructuras asociativas para entender –entre otras cosas– si la asamblea es o no soberana; si puede o no autoconvocarse, en qué casos y bajo cuáles circunstancias. La evolución jurídica ha hecho que la sociedad sea hoy un sujeto de derecho (persona jurídica), inserto en una estructura jurídica típica y organizada por la ley, que establece un marco regulatorio. Cumpliendo con los recaudos impuestos, la ley le reconoce a la sociedad una personalidad diferenciada de la de los miembros que la componen. Pero no siempre fue así.

5.1.1. *Sociedad contrato*

El artículo 1 de la Ley de Sociedades Comerciales 19550 originario disponía que

> Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas, **en forma organizada** […] **se obliguen** a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios…

Se funden en esta definición ambas teorías: la del órgano y la contractual. La sociedad reconoce naturaleza contractual: dos o más personas se obligan contratando. De la exposición de motivos surge que la ley asume en este artículo una definida postura en cuanto a la naturaleza jurídica dual, contractual y orgánica a la vez, que sintetiza la naturaleza normativa en relación a su interpretación como contrato. Dice textualmente:

> Esto último, no porque se pretenda un apartamiento de las normas de interpretación de los contratos en general, sino para facilitar la aplicación para esta categoría contractual de los criterios singulares que […] le corresponden.

Refiere simultáneamente al concepto de organización como una noción ínsita en las especificidades del contrato de sociedad y el complejo de intereses comunes que se unen en el organismo económico patrimonial.

Vale decir que su naturaleza jurídica pasa por la idea de un contrato que se desenvuelve en un marco normativo típico y de organización.

Hemos señalado en anteriores oportunidades[35] que las sociedades nacieron como contratos y que durante muchos siglos funcionaron bajo ese esquema. Tal es así que cuando nace la fiebre de codificación del siglo XIX, las sociedades –todas ellas, incluyendo anómalamente a las sociedades por acciones– son legisladas en el marco de los contratos.

Históricamente –desde sus orígenes– las sociedades funcionaron como contratos de dos o más personas que se asociaban poniendo en común sus bienes o industria para compartir los riesgos empresarios y partir el lucro. Tal vez, el reflejo más perfecto de cómo funcionaron históricamente las sociedades, aunque parezca paradójico, puede encontrarse en la reglamentación de la sociedad civil de Vélez Sársfield.

35. Ver "La sociedad del 985" [on line], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 916, noviembre 2014 (trabajo presentado en la XXXI Jornada Notarial Argentina, Córdoba, 2014).

También lo vemos claramente en la regulación de la sociedad colectiva del Código de Comercio de 1859,[36] al que referiremos.

La responsabilidad ilimitada de los socios era característica esencial de toda sociedad.[37] Ello era acorde con la falta de autorización para funcionar; bastando a efectos publicitarios la mera registración. Como todo contrato *res inter alios acta*, frente a terceros solo importaba saber quiénes integraban la sociedad (el contrato), desde cuándo comerciaban asociados y quiénes la representaban y obligaban válidamente. De la esencia obligacional de la sociedad se desprendía el interés personal de los socios y, con él, la famosa *affectio societatis*.[38]

Sobre el particular, el Codex señala que "En la comunión o sociedad nadie es compelido a permanecer contra su voluntad"[39]. Integraban el ente solo los contratantes;[40] en caso de fallecimiento o incapacidad de alguno cuando la sociedad no fuera disuelta, los herederos recibían su parte, pero no tenían derecho a incorporarse al contrato.[41]

Para transmitir la participación de uno de ellos y que un tercero ajeno se incorporara al contrato, se requería la aprobación del resto de los cocontratantes, a quienes no se podía obligar a tener como socio cocontratante a alguien que no fuera de su agrado.[42] El contrato establecía quién tendría el uso de la firma social; ante su silencio, todos los socios la obligaban.[43] El administrador lo hacía como mandatario.[44]

36. Ley del Estado de Buenos Aires, adoptada por la Nación como Ley 15 de 1862 una vez incorporada la provincia.

37. Art. 1713 CCIV. "Los acreedores de la sociedad son acreedores al mismo tiempo de los socios…". Art. 454 Ley 15. "Todos los que forman la sociedad de comercio colectiva, sean o no administradores del caudal social, contraen obligación solidaria activa y pasivamente a las resultas de las operaciones…". Art. 455 Ley 15. "La razón social equivale plenamente a la firma de cada uno de los socios. Los obliga a todos, como si todos hubieran efectivamente firmado".

38. Art. 1739 CCIV. "La sociedad por tiempo indeterminado puede renunciarse por cualquiera de los socios, con tal que la renuncia no sea de mala fe o intempestiva".

39. Codex, 3, 37, 5: "*In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri*" (Halperin, Gregorio, ob. cit. [cfr. nota 2]).

40. Art. 1667 CCIV. "Tienen calidad de socios las personas que, como tales, fueron parte en el primitivo contrato de sociedad y las que después entraren en la sociedad, o por alguna cláusula del contrato, o por contrato posterior con todos los socios, o por admisión de los administradores autorizados al efecto".

41. Art. 1670 CCIV. "No tienen calidad de socios los herederos o legatarios de los derechos sociales si todos los socios no consintiesen en la sustitución, o si esta no fuese convenida con el socio que hubiese fallecido, y aceptada por el heredero".

42. Art. 1671 CCIV. "Tampoco tienen calidad de socios las personas a quienes estos cediesen en parte o en todo sus derechos sociales si igualmente todos los otros socios no consintiesen la sustitución, o si la facultad de hacerlo no fuese reservada en el contrato social". Art. 480 Ley 15. "Ningún socio puede transmitir a otra persona que no sea socio el interés que tenga en la sociedad, ni sustituirla en su lugar para que desempeñe funciones que le tocaren en la administración social sin expreso consentimiento de todos los socios…".

43. Art. 1676 CCIV. "El poder de administrar la sociedad corresponde a todos los socios y se reputa ejercido por cada uno de ellos si no constare que, para ejercerlo, los socios hubiesen nombrado uno o más mandatarios, socios o no socios". Art. 395 Ley 15. "La escritura debe contener: […] 3°) Los socios que han de tener a su cargo la compañía y usar de su firma. En defecto de esta aclaración, se entiende que todos los socios pueden usar de la firma social y obrar a nombre de la sociedad…".

44. Art. 1681 CCIV. "El mandato para administrar la sociedad puede ser hecho en el contrato primitivo o después de constituida la sociedad. Si el manato ha sido dado por una cláusula del contrato, no puede ser re-

El poder para administrar era revocable cuando el administrador no fuese socio. El contrato podía modificarse en cualquier momento o incluso dejarse sin efecto por voluntad de todos los contratantes,[45] en cuyo caso la sociedad habría de disolverse y liquidarse. Como dice Paulo:[46] "Ordinariamente por los mismos modos con que nos obligamos, con los mismos actos en contrario nos desobligamos". Asimismo, podían disolverse las sociedades contratadas por tiempo indeterminado cuando lo exigiera cualquiera de los socios y los demás no quisieran continuar la sociedad.[47]

Así funcionaron las sociedades de derecho privado durante siglos. Así funcionan actualmente algunas de ellas, debiendo realizar sobre éste aserto mayores precisiones.

5.1.2. *Clasificación de las sociedades*

Directamente vinculado con el tema de la sociedad contrato aparece un esclarecedor ensayo del maestro Jaime Anaya[48] –al que nos condujera nuestro amigo Alejandro M. Linares Luque–. El autor sostiene que la inclusión de las sociedades anónimas en el ámbito del derecho privado fue un "giro audaz del Código Napoleón" –creemos que, para Anaya, "giro audaz" constituye en este contexto un sinónimo de desacierto–. Señala:

- Que entre las diversas clasificaciones societarias que existen, una de ellas las distingue en sociedades-contrato, por oposición a la sociedad persona, en alusión a la personería jurídica.
- Que históricamente las sociedades comerciales y civiles en general se regían por un régimen contractual (sociedad-contrato), carente de personería jurídica, mientras que las sociedades anónimas u otras sociedades por acciones (corporaciones) requerían expresa y específica autorización del soberano, que les confería personería jurídica (sociedad-persona).
- Que la sociedad anónima fue concebida en sus orígenes como una excepción a las reglas generales del derecho, como excepción a la sociedad-contrato de toda

---

vocado sin causa legítima…". Art. 1694. "La administración de la sociedad se reputa un mandato general, que comprende los negocios ordinarios de ella, con todas sus consecuencias…". Art. 405 Ley 15. "Son administradas por mandatarios revocables, socios o extraños…".

45. Art. 1672 CCIV. "La mayoría de los socios no puede alterar el contrato respecto al objeto y modo de la existencia de la sociedad, ni facultar actos opuestos al fin de la sociedad o que puedan destruirla. Innovaciones de ese género solo pueden hacerse por deliberación unánime de los socios". Art. 474 Ley 15. "La mayoría de los socios, si no hay estipulación en contrario, no tiene facultad de variar ni modificar las convenciones sociales ni puede entrar en operaciones diversas de las determinadas en el contrato sin el consentimiento unánime de todos los socios…".

46. Paulo, *Digesto*, 50, 17, 153: "*Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur*" (Halperin, Gregorio, ob. cit. [cfr. nota 2]).

47. Art. 484 Ley 15. "Las sociedades se disuelven totalmente: […] 7°) Por la simple voluntad de uno de los socios, cuando la sociedad no tenga un plazo o un objeto determinado…".

48. 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, Rouillón, Salerno, Trigo Represas, Vázquez Vialard, Videla Escalada).

> la vida. Se delegaba a estas sociedades el ejercicio de actividades propias del Estado, concesiones o servicios públicos, cobro de impuestos, fábricas de armamentos, astilleros, patentes de corso, utilizando para ello estructuras monopólicas que contaban con importantes beneficios fiscales y privilegios de toda índole.

Como norma de excepción, privilegio anómalo a la regulación general, debía ser sancionada y/o promulgada por disposición real o parlamentaria, normalmente justificada bajo los hipotéticos y supuestos beneficios que aportaba la corporación al reino o a la corona misma. En tal virtud, se liberaba a los socios de responder con su patrimonio por las pérdidas –recordamos que en esa época existían el instituto de la prisión por deudas, entre otros hoy desparecidos, y la presunción de que el fallido era un delincuente–.

Al decir de Roitman, las sociedades por acciones:

> … tenían un origen de derecho público, ya que sólo existían por voluntad del Estado, se caracterizaban por ejercer derechos de soberanía en el plano político y militar, estaban dotadas de un estatuto conferido por el derecho de creación y, además, de una fuerte intervención del Estado en su administración, al tener el rey distintas facultades, por ejemplo, la de convocar y presidir las asambleas, distribuir los dividendos, nombrar directores, etc. El monarca disponía la constitución y otorgaba la personalidad […] también establecía los derechos y obligaciones y privilegios del ente y de sus miembros.

Señala Roitman en su comentario al artículo 299 de la Ley de Sociedades Comerciales:[49]

> La categoría es histórica, pues las sociedades por acciones nacieron como una concesión del poder, y la limitación de responsabilidad de los socios al capital aportado constituía una excepción al principio de la ilimitación de responsabilidad vigente en la Edad Media.

A los socios no solo los eximía de responder por las deudas sociales, sino que además les permitía transferir sus acciones de manera ágil, mediante títulos al portador o simplemente endosables.

Como señala Ulpiano en el Digesto:[50] "En las corporaciones nada importa si todos continúan los mismos o continúe una parte o todos hayan cambiado". De dicha característica esencial deriva la denominación del tipo, anónima, que debía designarse por su objeto, estándole prohibido el uso de razón social. Como dice el Código de Comercio de Vélez Sársfield, sobre las sociedades anónimas:

> Artículo 403. La sociedad anónima es la simple asociación de capitales, para una empresa o trabajo cualquiera.
>
> Artículo 404. Las sociedades anónimas no tienen razón social, ni se designan por el nombre de uno o más de sus socios, sino por el objeto para que se hubiesen formado.

49. Roitman, Horacio, ob. cit. (cfr. nota 16), t. V, pp. 482 y ss.

50. Ulpiano, *Digesto*, 3, 4, 7, 2: "*In universitatibus nihil refert, ultrum omnes iidem meneant, an pars meneant, vel omnes immutati sint*" (Halperin, Gregorio, ob. cit. [cfr. nota 2]).

Es por ello que en el esquema organizado por el Código Mercantil francés de 1807 –adoptado por Vélez Sársfield–, las sociedades se constituían por contrato, pero solo la anónima requería autorización previa legislativa o gubernamental y se le reconocía el status de persona jurídica. Así, el artículo 405 establecía:

> Son administradas por mandatarios revocables, socios o extraños, y sólo pueden 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.

Es por ello que las acciones de las sociedades autorizadas figuraban en el artículo 979 inciso 8 del Código Civil, caracterizadas como instrumentos públicos, pues eran emitidas con autorización estatal y, en ciertos casos, impresas por la misma casa de la moneda u organismo similar.[51]

En opinión de Anaya, 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 el maestro que en el derecho anglosajón, en el alemán y en el holandés la sociedad anónima nunca fue considerada como contrato sino únicamente como persona jurídica.[52]

6. Abandono del régimen normativo único

Al decir de Anaya, las sociedades en general reconocen una naturaleza jurídica contractual y gran libertad de desenvolvimiento, mientras que las sociedades anónimas –que cotizan en bolsa– y las del artículo 299 de la Ley General de Sociedades, para ser admitidas como tales, deben adecuar su estructura organizativa a la normativa específica.[53] Fundado en dichas diferenciaciones, Anaya propugna que **debería abandonarse el régimen normativo único** para las sociedades anónimas cerradas o de familia con el que regula a las sociedades cotizantes y/o de interés público, toda vez que su naturaleza es absolutamente distinta.

Para Anaya, las sociedades comerciales en general, incluidas las anónimas cerradas o de familia, son sociedades de interés, que se rigen por la normativa propia de un esquema contractual. En ellas, los socios pueden tener injerencia directa en la administración según así lo resuelvan. Por ello, el control limitado del Estado se reduce al contrato constitutivo, sus reformas y las variaciones de capital, en términos de los artículos 300 y 301 LGS. Por el contrario, las sociedades del artículo 299 –a excepción del artículo 2– tienen una gravitación especial para la comunidad y se rigen por una normativa distinta.

El interés público comprometido justifica la necesidad de autorización para funcionar y exige una fiscalización o control estatal de funcionamiento mucho más es-

51. Art. 412 Ley 15. "Las acciones de los socios en las compañías anónimas pueden representarse para la circulación en el comercio por cédulas de crédito reconocidas, revestidas de las formalidades que los reglamentos establezcan…".

52. Anaya, Jaime L., ob. cit. (cfr. nota 48).

53. Ídem.

tricto. Integran este grupo aquellas sociedades que: a) hagan oferta pública de sus acciones; b) sean de economía mixta o de participación estatal mayoritaria; c) realicen operaciones de capitalización, ahorro o requieran dinero al público; d) exploten concesiones o servicios públicos.

Concluye Anaya que las sociedades-contrato o de interés se desenvuelven en un marco normativo de escasa movilidad, que consiente un amplio margen a la autonomía privada para su organización. Por el contrario, la sociedad de capital –donde está involucrado el interés público–, al decir del maestro, "navega en una legislación inestable, tendiente a la híper 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 o que exploten concesiones y servicios públicos.

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. En estas sociedades, al decir de Anaya, "**debe primar la institucionalidad sobre la contractualidad**", más allá e independientemente de que la evolución del derecho les atribuya hoy personería jurídica a todas, de la que carecían en el Código velezano. Sobre el particular, Roitman refiere:

> Ambas especies de sociedades son valiosas para el tejido económico empresarial y merecen ser reguladas en forma adecuada. Nuevamente se hace manifiesta la necesidad de una reforma al régimen único que nos rige, distinguiendo las sociedades "cerradas" de las "abiertas".

6.1. *Persona jurídica según el interés. Público o privado*

Toda esta introducción estuvo destinada a preparar el andamiaje para mover al siguiente casillero. La Ley General de Sociedades 19550, transcurridos más de 40 años, requiere una redefinición integral. Muchas instituciones no acompañaron la evolución. La mera circunstancia de modificar varios artículos, aprovechando la unificación de los Códigos Civil y Comercial, no alcanza para obtener un sistema armónico, razonable y equilibrado.

El maestro Anaya señala el incongruente infortunio de manejar las sociedades cuyo objeto se relaciona con el bien público bajo la misma normativa general que rige a las de interés exclusivamente privado. Le asiste razón. Una sociedad anónima familiar, con un objeto corriente que solo afecte el interés de sus miembros, no puede estar regulada por la misma normativa que un banco, que una compañía aseguradora, que un plan de ahorros y, menos aún, que las sociedades que explotan concesiones y servicios públicos. No pueden estar regidas por las mismas normas y controles que se establecen para las líneas aéreas, los ferrocarriles, los sanatorios, las empresas de energía eléctrica, las de telecomunicaciones o las que explotan recursos naturales o el suministro de servicios públicos en general.

En las primeras impera un claro predominio del interés privado, mientras que las últimas deberían desenvolverse en la órbita del derecho administrativo (público), con un claro componente institucional. Esta es la piedra filosofal –el punto de to-

que– de las disidencias en cuanto a la capacidad de convocarse que tienen los socios en uno u otro caso; la divisoria de aguas de la supuesta soberanía de la asamblea.

Sasot y Sasot Betes, sin entrar a tratar el fin del objeto social, refieren que la aplicación de la doctrina de la convocatoria unánime solo tiene utilidad práctica en las sociedades cerradas o de familia, y que carece de ella en las cotizantes, toda vez que sería sumamente extraño que se logre unanimidad en estas. Por una cuestión terminológica, siempre refiriéndonos a personas jurídicas privadas de las definidas por el artículo 148 CCCN, creemos que, más allá del tipo social, las sociedades deberían dividirse en sociedades con objeto en interés privado y sociedades con objeto en interés del bien público (distinto de las personas jurídicas públicas).

Entendemos que en las primeras, en las de fiscalización estatal restringida, la asamblea unánime es soberana, cosa que no ocurre en las últimas. Como señala Ulpiano en el Digesto:[54] "En todos los asuntos que no afecten al interés público, sino al patrimonio privado, puede pactarse".

En las sociedades constituidas en exclusivo interés de los particulares, los administradores son meros empleados o mandatarios de la sociedad, sin perjuicio –o a pesar– de ser la representación legal, orgánica y necesaria. Consecuentemente pueden ser desplazados en todo momento por el órgano de gobierno. La sociedad se constituye en interés exclusivo de los socios, y son ellos quienes pueden interpretar cuál es su interés e, incluso, modificarlo de común acuerdo. La circunstancia de que el poderdante confiera un mandato –incluso legal y necesario– no priva al mandante de actuar per se.[55] Al igual que sucede en la relación entre empleador y empleado, la asamblea unánime determina un interés único y propio de la sociedad y maneja la relación con los integrantes del órgano.

Por el contrario, ello no sucede de la misma forma en las sociedades constituidas con un objeto en interés del bien público, de fiscalización estatal amplia, donde, aun en el caso de que se pudiera aunar el interés de todos los socios, se requiere el respeto de formalidades especiales estatuidas, no ya en su exclusivo interés, sino además en interés del bien público, de la comunidad toda.

Las normas establecidas por la Ley General de Sociedades constituyen para estas sociedades normas de orden público, que no pueden ser dejadas de lado por los particulares. Es aquí entonces donde adquiere mayor trascendencia determinar si la LGS o las formalidades de convocatoria son o no de orden público.

Es nuestra opinión que las formalidades establecidas por la Ley General de Sociedades para la convocatoria pueden ser dejadas de lado en las sociedades de interés privado. Pero, por el contrario, no podrían soslayarse en sociedades constituidas en interés público, toda vez que para ellas dichas formalidades han sido establecidas no solo en interés y resguardo de los socios, sino también en aras del bien común y en resguardo de la comunidad.

54. Ulpiano, *Digesto*, 2, 14, 7, 14: "*In omnibus qua non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet*" (Halperin, Gregorio, ob. cit. [cfr. nota 2]).

55. El hecho de que el cadete lleve la correspondencia o de que la telefonista atienda el teléfono no impide que el empleador pueda realizar por sí cualquiera de dichos actos cuando lo considere necesario o cuando le viniere en ganas hacerlo.

6.2. *Aplicabilidad de la reforma*

Por último resta imaginar cómo el organismo de contralor interpretará las reformas del nuevo Código: sabido es que a la administración pública le cuesta adecuar sus reglamentaciones a las modificaciones legales.

Hacemos votos para que rápidamente admitan la modificación y no se conviertan en una traba más a los estatutos que se adecuen a la nueva normativa de fondo, ya que la ley no solo aclara temas, como la convocatoria por los socios, sino que incorpora temas sensibles, como la utilización de medios de comunicación para la toma de decisiones orgánicas a distancia y otras normas relativas al funcionamiento, disolución y liquidación de las personas jurídicas privadas.

Personas jurídicas

Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación*

Pilar M. Rodríguez Acquarone**

RdN 920

RESUMEN

Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial en relación con la constitución, el funcionamiento, la disolución y la liquidación de las personas jurídicas en general y, en especial, sobre fundaciones, asociaciones, asociaciones civiles bajo forma de sociedad y el consorcio de copropietarios.

Sumario: *Introducción.* ***1.*** *Estructura normativa del nuevo Código unificado.* ***2.*** *Parte general de personas jurídicas. Novedades.* ***2.1.*** *Apostillas en torno a la disolución y la relación con la Ley General de Sociedades 19550.* ***3.*** *Fundaciones.* ***4.*** *Asociaciones civiles.* ***5.*** *Los clubes de campo o conjuntos inmobiliarios a la luz de la normativa sobre asociaciones civiles incorporada al Código Civil y Comercial.* ***6.*** *En cuanto a la regulación del consorcio de copropietarios como persona jurídica.*

Introducción

Las novedades introducidas por el Código Unificado son muchas y variadas. Intentaremos concentrarnos en las relativas a la persona jurídica y extendernos lo más posible hacia las implicancias en distintos órdenes.

1. Estructura normativa del nuevo Código unificado

El Código Unificado modifica la estructura normativa conocida por nosotros. En este sentido podemos puntualizar:

a) Regula las personas jurídicas en general.
   Introduce en el Título II "Persona jurídica" el Capítulo 1 "Parte general". A partir del artículo 141, y hasta el artículo 167, establece normas que se aplicarán sobre todas las personas jurídicas en cuanto no haya normas especiales para cada persona jurídica en particular.

* Publicado por la Academia Nacional del Notariado como material de apoyo a la disertación brindada por la autora en el LXIX Seminario teórico práctico "Laureano Arturo Moreira" (Buenos Aires, 4-5 junio 2015).

** Información sobre la autora en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

Veremos las armonías y contradicciones a resolver por la doctrina y la jurisprudencia y las posibles soluciones desde el asesoramiento y el diseño de los estatutos.

b) Deroga el régimen de las sociedades civiles reguladas por el Código de Vélez, que se rigen, a partir del día 1º de agosto de 2015, por las normas de la Sección IV de la Ley 19550, modificada por la Ley 26994.
c) Introduce en el Título IV "Hechos y actos jurídicos" el Capítulo 8 "Representación" (arts. 358-381), incorporando asimismo la Sección 1ª "Disposiciones generales" con importantes novedades conceptuales sobre la materia.
d) Incorpora la regulación en forma pormenorizada y extensa de las asociaciones civiles, que no tenían más que unos pocos artículos en el Código de Vélez.
e) Incorpora la regulación existente sobre las fundaciones, de manera muy similar a la Ley 19836, que las regulaba desde 1972.
f) Omite la regulación de las sociedades de profesionales.
g) Omite la regulación de las sociedades de familia como un subtipo, o con una regulación especial, con la excepción del artículo 1010, que se refiere a la empresa familiar o establecimiento familiar.
h) Regula la persona jurídica privada extranjera (art. 150).
i) Regula los contratos asociativos como contratos sin personería jurídica (a partir del art. 1442).
j) Prohíbe en general los contratos entre cónyuges bajo el régimen de comunidad, para luego modificar, en la Ley de Sociedades, el régimen anterior, permitiéndoles a los cónyuges la integración de cualquier tipo de sociedad.
   Al no especificar si se refiere a los cónyuges bajo el régimen de comunidad o bajo el régimen de separación de bienes, interpretamos que la norma es permisiva en ambos regímenes.

2. Parte general de personas jurídicas. Novedades

A partir del artículo 141 del Código unificado, comienza el Título II "Persona jurídica", Capítulo I "Parte general", Sección 1ª "Personalidad. Composición".

El artículo 141 define las personas jurídicas como "los entes a los cuales el ordenamiento les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación". Pone en claro que es el ordenamiento jurídico el que le ha otorgado –o le otorga– aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones[1], en consonancia con el artículo 144 que incorpora la

1. Ver Junyent Bas, Francisco, "Apostillas sobre la persona jurídica en el Código Civil y Comercial", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, febrero 2015: "En este sentido, los autores del Código Civil y Comercial expresan que la personalidad jurídica es conferida por el legislador como un recurso técnico según variables circunstancias de conveniencia o necesidad que inspiran la política legislativa y por consiguiente, otras normas legales que pueden crear figuras que amplíen el catálogo de las existentes […] En consecuencia, sostienen que el aspecto nuclear de la regulación se dirige a establecer el perfil de las personas jurídicas privadas reconociendo la fuerza jurígena de la voluntad para constituirlas dentro del marco de las formas admitidas, de manera tal, que la personalidad jurídica nace con el acuerdo de voluntades […] A esta altura es bueno recordar que Kelsen Hans, en *Teoría pura del derecho*, 1941, págs. 47 a 49, señaló la naturaleza auxiliar del concepto de 'persona jurídica', ya que, en el mundo de la realidad no existen otros sujetos de derecho que

inoponibilidad de la personalidad jurídica en caso de realizar actos con fines ajenos a la persona jurídica, es decir, fines extraños a los que motivaron su creación y al cumplimiento de su objeto.

Mediante la redacción de esta norma, ratifica el principio de especialidad de la persona jurídica. Denota la influencia doctrinaria que estima el efecto de separación patrimonial, que es derivada de la personalidad diferenciada, como un privilegio de excepción al patrimonio único de las personas como atributo de la personalidad, para poder de esta manera emprender y crear fuentes de trabajo, riqueza y bien común para toda la comunidad[2]. En este sentido, explicita que es el ordenamiento jurídico el que otorga y puede quitar dicho privilegio de excepción, en razón de las circunstancias, en especial consideración al fraude a terceros[3].

---

no sean hombres, por lo que, cuando se dice que la sociedad como persona jurídica tiene deberes y derechos es porque el orden jurídico los impone o confiere a estos. También el autor cita a Ascarelli (*Asociaciones y sociedades comerciales*, Ediar), quien ha enseñado que "la personalidad jurídica no presupone una determinada realidad subjetiva, sino que constituye una hipótesis técnica de una normativa que siempre corresponde a relaciones entre hombres y actos de estos, por lo que no encuentra correspondencia en un dato prenormativo".

2. Ver Otaegui, Julio C., "Persona societaria: esquema de sus atributos", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones,* Buenos Aires, Depalma, nº 39, p. 285: "La personalidad jurídica que se reconoce a estas entidades se equipara con su capacidad jurídica, y como la personalidad jurídica se reconoció con un objeto conveniente al pueblo o de bien común (CC art. 33, texto Ley 340), las personas jurídicas pueden adquirir los derechos que el Código establece y ejercer los actos que no le sean prohibidos para los fines de su constitución (CC, art. 35), y respecto de los terceros gozan en general de los mismos derechos que los simples particulares para adquirir bienes, contraer obligaciones e intentar acciones civiles o criminales "en la medida de su capacidad de derecho (CC art. 41)".

3. Ver Monteleone Lanfranco, Alejandro P., "Las asociaciones civiles en el Código Civil y Comercial", en *La Ley,* Buenos Aires, La Ley, 10/4/2015: "La norma altera la definición del artículo 32 del Código Civil de la siguiente forma: a) aclara que la capacidad de la persona jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones le es otorgada por el ordenamiento jurídico, lo cual posee implicancias prácticas en la aplicación de la doctrina del abuso de la personalidad jurídica, regulado en el art. 144; b) estatuye que dicha capacidad le es otorgada con miras al cumplimiento de su objeto y a los fines de su creación. Aquí también se alinea la norma con la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica premencionada, pero además con el vigente art. 2º de la Ley 19.550 de sociedades comerciales, que aclara que 'la sociedad es sujeto de derecho con el alcance establecido en esta ley', y declara inoponibles a la sociedad los actos realizados por los administradores que sean notoriamente extraños al objeto social (art. 58, Ley 19.550)". Ver también Suárez Anzorena, Carlos, "Personalidad de las sociedades", en AA. VV., *Cuadernos de derecho societario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. I, p. 129: "A fines del siglo XVIII, Federico Von Savigny escribe su monumental *Sistema de derecho romano actual*. Alejado del racionalismo liberal, su concepción historicista le hace considerar a las personas jurídicas de derecho privado como resultantes de un artificio legal que la ley elabora por razones de conveniencia, acudiendo para ello a una ficción, las relaciones de la vida jurídica solo pueden ser ejercitadas por los hombres, únicos dotados de voluntad. Solo en razón de una ficción legal puede explicarse la condición de persona de tales entes, que deben su nacimiento en cada caso específico a un acto del Estado y que tienen capacidad limitada a la vida jurídica patrimonial, ejercitándola necesariamente por medio de representantes. El pensamiento de Savigny y sus continuadores influye decisivamente en el Código Civil francés, modelo de los de la época. Décadas más tarde, inspira también nuestro Código Civil. En 1967, la reforma del Código Civil no pretende sino recoger, en el nuevo texto que da al art. 33, una opinión afirmatoria de la personalidad societaria que es unánime e indiscutida en el medio. Y cuando se proyecta la ley en 1967, domina la concepción de la persona societaria como una realidad jurídica instrumental. En la exposición de motivos se resumen las explicaciones de Halperin sobre el tema: 'Se declara expresamente la calidad de sujeto de derecho que la sociedad reviste, si bien se precisa que ella guarda el alcance fijado en la ley. En este particular se adopta la más evolucionada posición en punto a personalidad jurídica, y de este modo, como lo señalara en otra oportunidad uno de los corredactores, la sociedad resulta así no solo una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica, esto es, ni una ficción de la ley –reñida con la titularidad de un patrimonio y demás atributos propios de la personalidad como el domicilio, el nombre, la capacidad–, ni una realidad física, en pugna con una ciencia de valores. Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para todo grupo de individuos

Se diferencia, en esta cuestión, del artículo 35 del Código de Vélez, que textualmente dice:

> Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituidos.

La definición de Vélez es mucho más amplia que la actual, que dice textualmente "los fines de su creación". Se puede interpretar que los actos a los que está autorizada son los que se proyectan o relacionan con el objeto de la persona jurídica, como elemento esencial del contrato, inserto en el articulado del estatuto constitutivo. Se abre entonces la posibilidad de interpretar que el objeto limita la capacidad del ente, en consonancia con la doctrina del *ultra vires* abandonada por la doctrina argentina[4] y por el texto del artículo 58 de la Ley de Sociedades vigente.

Es de toda evidencia que al decir el artículo 35 que "pueden para los fines de su institución, adquirir los derechos que este código establece", abarca los actos que la entidad misma califica como útil para su institución, con lo que puede ser interpretado de manera mucho más extensa que el texto actual del Código unificado.

El artículo 142 regula el comienzo de la existencia de la persona jurídica privada. Establece el comienzo de la persona jurídica privada desde su constitución, excepto que requiera autorización estatal para funcionar como tal.

Este artículo hay que armonizarlo con los artículos 169 y 191 del Código unificado, que disponen: (art. 169) que en el caso de las asociaciones entre la constitución y la autorización se rigen por las normas de las simples asociaciones y (el art. 191) que en el caso de la simple asociación, los miembros que la administran responden en forma solidaria por las obligaciones asumidas por el ente, durante su administración.

La personalidad jurídica entonces se adquiere desde el acuerdo de voluntades con prescindencia de la inscripción o autorización, en los casos en que así se determine legalmente.

El artículo 143 establece no solo el principio de personalidad diferenciada de la persona jurídica y consecuente separación patrimonial, sino que establece en párrafo aparte que los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial.

A continuación, el artículo 144 introduce una de las mayores novedades en el tema que nos convoca ya que incorpora el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, *disregard of legal entity*, desestimación de la personalidad jurídica o

---

pueda realizar el fin lícito que se propone. Con esta norma la ley posibilita, en fin, una amplia elaboración de las consecuencias de la personalidad jurídica, y también de soluciones para aquellos casos en que este recurso técnico sea empleado para fines que excedan las razones de su regulación". El autor menciona en la cita a Halperin, Isaac, *Sociedades comerciales*, Buenos Aires, Depalma, 1964, p. 89.

4. Ver Barreiro, Rafael, *Tratado de los conflictos societarios*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013, p. 2387: "La formulación de esta doctrina puede caracterizarse señalando que la actividad indicada en el acto constitutivo representa un límite, no solo al poder de los administradores, sino también a la misma capacidad de la sociedad, determinando como consecuencia que los actos extraños al objeto social son insanablemente nulos, aún cuando el cumplimiento de los mismos haya sido decidido por el acuerdo unánime de los socios" (cita a Colombres, Gervasio, *Curso de derecho societario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, p. 105).

corrimiento del velo societario, a la parte general de personas jurídicas, incorporando así un instituto regulado en la Ley de Sociedades (art. 54 ter) que fuera incorporado por la Ley 22903 a la Ley de Sociedades, en consonancia con la redacción del artículo 2 de la Ley General de Sociedades, que en el proyecto era también modificado.

El artículo 2 de la Ley 19550 dice: "La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en **esta** ley", cuando en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado decía: "con el alcance establecido en **la** ley", y que fuera modificado por el Poder Ejecutivo. El Código aplica, entonces, la normativa propia de las sociedades a toda persona jurídica, ampliando el ámbito de aplicación de la norma del artículo 54, con algunas diferencias que permiten interpretarlo de manera menos restrictiva a lo que ha efectuado la jurisprudencia y una parte de la doctrina nacional sobre el alcance del 54 de la Ley General de Sociedades.

El artículo 144 dice:

> Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.

A esta altura debemos puntualizar que el Código unificado trae normas de prevención del daño, (arts. 1708 y cc.), que son aplicadas no solo a los administradores de las personas jurídicas en particular, sino en el supuesto del artículo 144 a todo aquél que pudieron por medio del control de hecho o de derecho, directo o indirecto, evitar dañar a terceros.

Es un cambio de paradigmas enorme, dirigido a comprometer la responsabilidad por la prevención de los posibles daños.

La responsabilidad entonces se amplía en torno al cuidado y la prevención. A partir del 1º de agosto, la causalidad no solo será calificada cuando haya una relación directa entre el obrar y el daño sino también entre la posible evitación del daño, como una responsabilidad por incumplimiento al deber de prevenir el daño, en las personas, los bienes, las cosas y la comunidad en sentido amplio.

A su vez, la norma del artículo 144 hay que integrarla al plexo normativo, a la luz de las normas del Título Preliminar del Código unificado y –en especial en esta materia– a los artículos 9: "Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe."; 10: "Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización."; y 12: "Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pue-

den dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir".

A partir del artículo 145, comienza la Sección 2ª "Clasificación". El artículo 145 establece la clasificación de personas jurídicas en públicas y privadas. Respecto a las *personas jurídicas públicas*, el artículo 146 las enumera en el inc. a), dejando abierta la posibilidad de que haya organizaciones a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter. De igual manera, en el inciso b) enumera a los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el *derecho internacional* les reconozca personalidad jurídica, así como toda otra persona jurídica constituida en el extranjero, cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable, y deja abierta la posibilidad de reconocer otras personas jurídicas públicas que las ya reconocidas en la actualidad.

El artículo 147 establece la ley aplicable a las personas jurídicas públicas, según la ley y el ordenamiento de su constitución.

Luego, el artículo 148 enumera las *personas jurídicas privadas* de manera no taxativa, sino meramente enunciativa.

Respecto a la enunciación del mencionado artículo, debo reparar en algunas cuestiones. En relación a la enumeración en sí, incorpora a las ya conocidas sociedades, asociaciones civiles, fundaciones, a las iglesias y otras entidades religiosas, sin distinción de credos. También incorpora las simples asociaciones; reconoce, entonces, la personalidad jurídica trayendo claridad en relación al anterior artículo 46 del Código de Vélez, que especificaba que no tenían personalidad jurídica pero que sí eran sujetos de derecho en cuanto pudiera probarse su constitución y la designación de autoridades por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público.

En el proyecto de Código unificado, se propuso la incorporación de las comunidades originarias indígenas como personas jurídicas de derecho privado, y concordantemente, la propiedad comunitaria indígena de los pueblos originarios como derecho de propiedad sobre determinadas tierras, creando de esta manera un nuevo derecho real[5]. Esto no llegó a sancionarse en el Código unificado. Me remito al dictamen presentado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal sobre el tema, que con mucha claridad advirtió los peligros de la regulación propuesta en un Código de derecho privado, cuando las comunidades indígenas deben regirse por normas de derecho público, en especial las referidas a la tutela de los derechos humanos. Asimismo, la regulación podría soslayar derechos consagrados por la Constitución Nacional, que menoscabarían los derechos de propiedad pública y no privada sobre los territorios declarados como pertenecientes a la comunidad. Este tema tiene una gran relevancia, ya que de la manera en que el proyecto regulaba la propiedad de las comunidades de pueblos originarios, se consideraba que los inmuebles que le pertenecerían lo serían como cosas que están en el comercio, como bienes de domi-

5. Ver al respecto el dictamen del CPACF sobre los derechos indígenas en el proyecto de Código unificado presentado ante la Comisión Bicameral.

nio privado, bajo titularidad de una organización persona jurídica privada. En este sentido, la crítica hallaba su fundamento en que no podía estar sujeta a las facultades dispositivas de la persona jurídica privada, y la crítica se hizo en relación a que debería ser también considerada no como dominio de las comunidades (persona jurídica privada) sino estar fuera del comercio, considerándose dominio público.

Por último, tratarlos como personas jurídicas privadas implicaría imponerles cargas de registración, que podrían resultar inadecuadas y, en consecuencia, desprotegerlas en la práctica.

El artículo 148 del Código unificado también incorpora mutuales, cooperativas, consorcio de propiedad horizontal, que nos llevará un apartado especial en el presente trabajo.

El inciso i) menciona toda otra contemplada en disposiciones de este Código (o en otras leyes) y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento. Deja abierto el reconocimiento de otras personas jurídicas de carácter privado. En este sentido, sería oportuno mencionar que algunos autores han expresado con beneplácito este inciso sosteniendo que, mediante el mismo, se fortalece el principio de la autonomía de la voluntad por sobre el reconocimiento legislativo oportuno[6].

En relación a la prelación normativa, el artículo 150 nos trae una novedad muy importante en relación a la aplicación de las fuentes del derecho, aplicado a las personas jurídicas en particular.

Establece

> Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen:
> a) Por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;
> b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;
> c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.
> Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero, se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.[7]

El Código sigue igual criterio en otros institutos donde también establece la jerarquía de prelación normativa, por ejemplo en contratos y responsabilidad civil, entre otros[8].

6. Junyent Bas, Francisco, ob. cit (cfr. nota 1).

7. La Comisión (en los fundamentos) expresa que la norma tiene por finalidad establecer "un orden de prelación en la aplicación a las personas jurídicas privadas de principios y normativas, lo que viene requerido en virtud de la existencia de diversos ordenamientos especiales y la fuerza jurígena de la voluntad de sus miembros en la creación y funcionamiento de las personas jurídicas".

8. Art. 963: "Prelación normativa: Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código. Art. 964: "integración del contrato. El contenido del contrato se integra con : a) las normas indisponibles que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.", y art. 1709: "Prelación normativa: En los casos en

Esta metodología disminuye la discusión sobre la ley aplicable y encuadra a la relación privada en un esquema de categorías normativas[9].

Con la unificación civil y comercial, las personas jurídicas tendrán un régimen único, regido por el Código unificado, solucionando el régimen especial que contenía el Código Civil para los entes de objeto civil y la Ley 19550, que regulaba no solo las sociedades comerciales sino los contratos asociativos, las sociedades de hecho e irregulares, y aun las asociaciones bajo forma de sociedad comercial, al amparo del artículo 3 de la Ley 19550.

El objeto civil o comercial no definirá más si estamos frente a entes irregulares *civiles* o *comerciales* y ya no se hablará más tampoco sobre la comercialidad de algunos entes, por su forma.

Si bien la Ley 19550 sigue vigente con algunas reformas muy importantes, en relación a la prelación normativa se ha terminado la discusión que ha llevado a alguna doctrina comercialista a afirmar que no existen en el derecho societario normas de orden público, y a la distinción entre normas imperativas y normas de orden público, que solo tenía como finalidad imponer la especialidad del derecho comercial societario por sobre las normas rectoras de la vida en comunidad[10] (civil y comercial), como ser abuso del derecho (art. 1071 C. Vélez, hoy art. 10 y 11 CCCN), principio de buena fe (art. 1198 C. Vélez, hoy art. 9), el requisito de licitud del objeto de los actos jurídicos (art. 953 C. Vélez, hoy artículo 12 CCCN), además del instituto de simulación y fraude a los acreedores (hoy arts. 333 y ss., 338 y ss.) y el fraude a la ley como instituto con regulación en el artículo 12 CCCN.

Podríamos decir que el contenido del antiguo artículo 953 del Código de Vélez –con algunos cambios de lenguaje y concepto– se replica en el nuevo artículo 279 CCCN. El nuevo artículo 12 CCCN incorpora el fraude a la ley, en el articulado al Código.

El doble sistema normativo del Código para las personas jurídicas y de la Ley 19550 –Ley General de Sociedades– no debería ser un sistema de yuxtaposición normativa, sino que la parte general de personas jurídicas (en cuanto trae normas imperativas) deberá prevalecer sobre las normas especiales de la Ley General de Sociedades. Tales serán los casos a comentar expecialmente en relación con: 1) la autoconvocatoria; 2) los sistemas de resolución de conflictos en el ámbito del órgano de

---

que concurran las disposiciones de este código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código".

9. Iñiguez, Marcelo D., "Reglas generales de las personas jurídicas y contratos asociativos", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, nº 2012-3, p. 237.

10. Se ha vertido mucha tinta en relación a este tema, pero para citar algunos fallos importantes y por todos conocidos, donde han prevalecido las normas de derecho común por sobre las normas especiales de la materia en aras de la protección de bienes jurídicos tutelados en casos concretos: "Astesiano c/ Gianina SCA", "Morrogh Bernard, Juan F. c/ Grave de Peralta de Morrogh Bernard, Eugenia y otros", CCivyCom Concepción del Uruguay, 9/2/1979 (*La Ley*, t. 1979-D, 237, con nota de María Josefa Mendez Costa); "Swift-Deltec", "Parke Davis", "Abrecht, Pablo A. y otra c/ Cacique Camping SA s/ sumario"; "Bona Gaspare C/ Cia. Industrial Lanera SA". En estos dos últimos fallos se discutía si el plazo especial de la Ley de Sociedades, entre otras cuestiones muy relevantes, podía ser opuesto como norma especial de caducidad, frente a los abusos de los socios mayoritarios, lo que fue denegado, justamente porque se sostuvo que el orden público general prevalece.

administración; 3) en el ámbito de las reuniones celebradas a distancia con medios técnicos suficientes que garanticen la autenticidad de los actos celebrados mediante dichos medios técnicos.

En cuanto a las entidades civiles constituidas en el extranjero, vamos a ver que la unificación trae normas mucho más estrictas en relación a las personas jurídicas, dado que impone la regulación que al efecto impone la Ley 19550. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, habrá que armonizar dichas normas con las resoluciones particulares de la Inspección General de Justicia.

El doctor Iñiguez[11] nos ilustra al respecto:

> En entidades civiles constituidas en el extranjero (actualmente) se brinda una hospitalidad muy amplia para su reconocimiento y actuación, porque la idea que subyace es que su finalidad, más que lucrativa, es asociativa, cultural, deportiva o similar; por lo tanto, imponerle mayores regulaciones es innecesario y con la personalidad jurídica atribuida en el lugar de constitución resulta suficiente para reflejar técnicamente su colectividad… En suma: se brinda una solución normativa única para el reconocimiento y actuación de personas jurídicas privadas constituidas en el extranjero.

A partir del artículo 151 comienza la Sección 3ª. Persona Jurídica Privada. Parágrafo 1º. Atributos y efectos de la Personalidad Jurídica.

Con el artículo 151 del Código Unificado, tendremos un control de homonimia amplio consagrado en el mismo. Con esta norma, los registros públicos locales de personas jurídicas deberán *aggiornar* sus sistemas técnicos para que en la práctica funcione adecuada y eficazmente el control amplio. Incluye no solo la obligatoriedad de que el nombre cumpla requisitos de veracidad, novedad y aptitud distintiva respecto de otros nombres, sino también respecto a marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios se relacionen o no con el objeto social.

En cuanto a la inclusión del nombre de personas físicas en el nombre de la persona jurídica requiere la conformidad de las primeras, que se presume si son miembros. En el caso de fallecimiento, sus herederos podrán oponerse si acreditan perjuicios morales o materiales.

Los artículos 152 y 153 han incorporado lo equivalente en cuanto al domicilio y sede social que nuestras normas de la Ley General de Sociedades hubieran incorporado por la Ley 22903, luego de celebrado el plenario "Quilpe"[12], donde se resolvió que el domicilio es un elemento del estatuto necesario que fija la jurisdicción de la persona jurídica y el lugar exacto donde tiene su administración o actividad la persona jurídica. Con el detalle de calle y número exacto, puede constar en el acta constitutiva separadamente del estatuto y ser modificado por resolución del órgano de administración de la sociedad sin necesidad de reformar el estatuto.

La inscripción de la sede social es vinculante y oponible a los terceros, y los terceros tendrán por cumplidas las notificaciones allí emplazadas, aún cuando no sea real. Este artículo es claramente una norma especial que regula a las personas jurídi-

11. Iñiguez, Marcelo D., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 245.

12. CNCom., en pleno, 3/3/1977, "Quilpe SA".

cas, en franca oposición con el artículo 77 CCCN, que regula el cambio instantáneo de domicilio de las personas humanas.

El artículo 154 establece que toda persona jurídica debe tener un patrimonio. Esto se vincula con la causal disolutoria del artículo 163 i), que dispone que las personas jurídicas privadas se disuelven si se agotan los bienes destinados a sostenerla.

Incorpora la posibilidad de que la persona jurídica privada en formación inscriba "preventivamente" a su nombre los bienes registrables.

Lamentamos que luego de tanta tinta vertida en relación a esta cuestión, no se haya reparado el error de haber utilizado la palabra "preventivamente" tomado del artículo 38 de la Ley de Sociedades.

Insistimos que la inscripción a que se refiere el artículo 154 CCCN y artículo 38 LS se trata de una registración definitiva de transferencia de dominio a nombre de la sociedad en formación, ya que no es una inscripción provisional (término de 180 días prorrogable), definida por el ordenamiento registral.[13]

En cuanto a la duración de la persona jurídica, el artículo 155 es novedoso porque establece la posibilidad de tener personas jurídicas de duración ilimitada, excepto que la ley especial requiera plazo (como es el caso de las sociedades (art. 11), y las fundaciones (art. 195 inciso e). En el caso de las asociaciones, lo permite expresamente el artículo 170 inciso e) CCCN.

En cuanto al objeto de las personas jurídicas, establece el requisito de que el mismo sea preciso y determinado.

No requiere, entonces, que el Código Unificado sea único, aunque la precisión y determinación será materia de control de legalidad de los registros locales, entendiendo que no debe enumerar objetos inconexos entre sí y de variados rubros, sino que debe establecerse con precisión cuáles serán las actividades que la persona jurídica se propone desarrollar concretamente y efectivamente en la realidad. Para las sociedades, deberá tenerse en cuenta la relación capital-objeto, que en el ámbito de la IGJ (organismo de contralor y registración de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) rige la resolución que fue originada en el expediente "Gaitán Barugel y asociados SRL"[14], que nos impone la adecuada relación entre el objeto y el capital social, examinando el inspector dicho aspecto entre los elementos del contrato de sociedad, capital y objeto.

En cuanto a las personas jurídicas con objeto que no sea contrario al interés general o bien común, o a las entidades cuya finalidad es el bien común, en estos casos, no tiene ningún sentido tener un objeto único. Es necesaria la precisión del objeto, pero por la finalidad y el espíritu de estas instituciones, no tiene sentido que el objeto sea único. En este espíritu creo que la flexibilización de criterios a la hora de la

13. Benseñor, Norberto R., "Aporte de bienes a sociedades", en Herrera, María M. L. (coord.), *Derecho societario. Doctrina*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, Di Lalla, 2014.

14. Resolución IGJ 1416/2003 (4/11/2003), en el expediente "Gaitán, Barugel & Asociados SRL". Luego originó la actual redacción del art. 66 de la Resolución 7/2005: "El objeto social debe ser único y su mención efectuarse en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su efectiva consecución. Es admisible la inclusión de otras actividades, también descriptas en forma precisa y determinada, únicamente si las mismas son conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social. El conjunto de las actividades descriptas debe guardar razonable relación con el capital social".

redacción del articulado de los estatutos sociales, tiene su fundamento en el fin de la institución ya sea: no contrario al bien común o interés general o con la finalidad del bien común.

En relación al funcionamiento de la persona jurídica privada, el artículo 157 enuncia la posibilidad de modificación del Estatuto, ya sea según el procedimiento establecido en el mismo estatuto o por aplicación de la ley.

Aclara que, así como la constitución hace nacer la persona jurídica desde el acuerdo de voluntades, también respecto de las modificaciones tendrán efecto desde la resolución y la inscripción tendrá el efecto de oponibilidad a terceros, excepto que el tercero lo conozca en cuyo caso será oponible desde el conocimiento de la modificación.

Esta redacción viene a traer luz respecto a lo que dice la letra del artículo 60 de la Ley de Sociedades. Si bien la jurisprudencia en forma unánime[15] y en casi todas las jurisdicciones ha sostenido reiteradamente la inscripción como declarativa y no constitutiva de los actos de la persona jurídica que se pretenden inscribir, la letra del art. 60 LS, en relación con el art. 12 LS, podría interpretarse de manera contraria. Por este motivo es que resulta sumamente beneficiosa la aclaración[16].

El artículo 158 trae novedades importantísimas y con distintas interpretaciones en la doctrina.

En la primera parte del artículo impone al estatuto contener normas sobre el gobierno, administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica. Luego agrega "en ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas:". Es decir, tiene un contenido imperativo.

Si la sociedad contiene normas en este sentido, serán las normas del estatuto las que regirán, pero tienen que regular estos derechos consagrados por la norma.

15. Al sancionarse la Ley 19550, hubo distintas interpretaciones respecto al carácter declarativo o constitutivo del art. 60 por su especial remisión al art. 12, pero fueron inmediatamente disipadas por la tendencia jurisprudencial que en forma pacífica dictaminó su carácter declarativo. En este sentido: CNCom., Sala A, 15/2/1977, "Caeba SA c/Castro D. E."; CNCom., Sala A, 20/5/1977, "Autobuses Sudamericanos SRL c/ Rodegios SA"; CNCom., Sala B, "Financiera Baires c/ Kuperman J"; CNCom, Sala B, 15/11/1977, "Talleres Metalurgicos Haedo SA c/ Voltage SA"; CNCom., Sala D, 31/3/1977, "Contrera c/ Vicente Lopez SA"; CNCom., Sala C, "Banco Internacional SA c/Papa, Pascual", 15/8/1977 www.csjn.gov.ar. Si bien de los testimonios acompañados no surge que la designación de presidente de la sociedad anónima acta haya sido inscripta en el Registro Público de Comercio (Ley 19.550, art. 60) ello no hace que los actos realizados por el mismo, en el caso, otorgamiento de poder judicial, acto para el cual está expresamente autorizado por el directorio carezcan de validez, habida cuenta que la mencionada registración, si bien obligatoria, tiene carácter declarativo: todo ello sin perjuicio de los derechos que los terceros pueden invocar, de conformidad a los arts. 12 y 60; CNCom., Sala A, "Trabajadores Transportistas Asociados SA c/ Quinteros J." 3/8/1977; CNCom, Sala D, "Capital Cía. de Seguros c/Sur Cía. Argentina de Viviendas Familiares SA". El Directorio es tal y el presidente el representante legal de la sociedad con independencia de la registración, sin perjuicio de las consecuencias que su falta puede producir respecto de terceros. CNCom., Sala B, "Financiera Baires SA c/ Kuperman Juan C." La inscripción de nombramiento de nuevos administradores societarios no tiene fuerza constitutiva ni purificadora, aunque se reconozca que de la inscripción nace presunción. CNcom, Sala D, "Publicidad Promotor SA s/ Incidente de calificación de conducta", 27/4/1984. CNCom., Sala A, "Incocer SA c/ G. E. Goedhart y Cia.", 20/4/1987. La inscripción prevista por el art. 60 es meramente declarativa, al igual que la designación o cesación de los administradores, desde la decisión asamblearia y no desde el acto de inscripción, ya que ello solo cumple una función de forma de publicidad.

16. El art. 60 remite al art. 12, que dice textualmente: "Modificaciones no inscriptas. Ineficacia para la sociedad y los terceros: Las modificaciones no inscriptas regularmente obligan a los socios otorgantes. Son inoponibles a los terceros, no obstante, estos pueden alegarlas contra la sociedad y los socios, salvo en las sociedades por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada".

Siguiendo la prelación normativa del artículo 150 del nuevo Código, tendrán supremacía sobre las normas que contengan soluciones que no importen el mecanismo adecuado para estas situaciones reguladas con novedad e imperatividad.

Deberá aplicarse, por la letra del artículo 150 CCCN, a todas las personas jurídicas, incluso a las sociedades regidas por la Ley 19550.

Por un lado, en el inciso a) se prevé la utilización de medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente por medios técnicos, que sustituyan la ausencia física. Debe dejarse constancia en el acta respectiva, suscripta por el presidente y otro administrador, de la utilización de la modalidad a distancia y asimismo debe guardarse registro del acta.

Por el otro, en el inciso b) se prevé la autoconvocatoria, tan esperada por la doctrina y jurisprudencia[17], con la aclaración que la unanimidad es requerida para el quórum y para la inclusión de los puntos del orden del día. Luego, una vez aprobado el quórum y el orden del día, los puntos del mismo serán resueltos por la mayoría del tipo social.[18]

En cuanto al artículo 159, en apariencia replica el actual 59 y 272 LS, pero en realidad es mucho más amplio ya que introduce en el segundo párrafo la obligación de abstenerse de cualquier acto en que tuviere interés personal en el contrato celebrado o a celebrar y a los actos en competencia. Según la Ley de Sociedades 19550,

17. Ver lo resuelto en los casos recientes de: a) "Grupo Montañeses", CNCom., Sala D, 5/6/2012 (*eldial.com*), donde se argumentó lo siguiente: "Aun en la hipótesis de que la reunión de directorio del 4/11/2010, que fue la que resolvió convocar a la asamblea general ordinaria del 8.11.10, pudiere exhibir algún motivo para el reproche, juzgase que ello, en el especial caso de autos, no es causal suficiente para invalidar y desconocer la decisión fluyente de esa reunión social. En efecto: es sabido que una de las condiciones de validez de una asamblea es que su convocatoria sea regular (Roitman, H., *Ley de sociedades comerciales comentada y anotada*, Buenos Aires, 2006, T. IV, art. 236, nº 3.a, p. 51), ya que la invalidez de aquella opera, en principio, como causa de invalidez de todo el acto asambleario (Sasot Betes M., Sasot M., *Las asambleas*, Buenos Aires, 1978, cap. IV, nro. I, A, a, p. 592; Richard, E. H. y Muiño, O. M., *Derecho societario*, Buenos Aires, 2000, nº 294.b, p. 475). Pero esa irregularidad en la convocatoria no constituye una nulidad de orden público, y puede ser subsanada por los votos de una asamblea regularmente integrada y deliberando en las condiciones previstas por la ley o los estatutos (conf. Sasot Betes, M. - Sasot, M., *Sociedades Anónimas. Las asambleas*, Buenos Aires, 1978, p. 61, texto y nota nº 27; sobre el tema también véase: Salanitro, N., *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazine di società per azioni*, ps. 208/209, nº 8, Giuffrè, Milano, 1965). Es por ese motivo que hallándose acreditado que la asamblea de Grupo Montañeses del 8/11/2010 se celebró con las accionistas que representan el 100 % de los votos (para confirmar el dato véase lo expuesto en el acta de directorio del 4/11/2010 en orden a la compraventa de acciones que se produjo el 2/11/2010 en favor de Mishquila Nuria Kaygel, a su debida registración en los libros sociales –LSC 215–, y al detalle sobre la nueva composición de los titulares del paquete accionario; todo lo cual luce refrendado por la certificación contable obrante en fs. 8 y el informe que ese mismo profesional presentó en fs. 9/10 de las actuaciones que corren por cuerda), que las decisiones en ella tomadas lo fueron por unanimidad (LSC 237, último párrafo), estima la Sala –en concordancia con lo manifestado por la apelación; fs. 59 vta.–, que ese especial marco de actuación, examinado bajo el prisma conceptual expuesto en el párrafo precedente, tuvo el efecto de purgar cualquier vicio de convocatoria (esta Sala, 1.7.11, 'Inspección General de Justicia c/ Lagos del Sur S.A.')". Y b) CNCom., Sala D, 1/7/2011, "Inspección General de Justicia c/ Lagos del Sur Argentino Sociedad Anónima s/ organismos externos" (*El Derecho*, t. 245, p. 13), donde se dijo: "En todo caso si el tema que fue materia de resolución violara de alguna manera la función orgánica de aquél, le cabría impugnar por vía judicial la resolución, sin que implique la nulidad de la asamblea, ya que ésta, siendo unánime, no dejaría de ser válida y no habría por qué suponer que la asistencia de ese funcionario fuese requisito esencial para la constitución (Verón, Alberto V., *Sociedades comerciales*, Buenos Aires, Astrea, 1986, t. 3, p. 757, parág. 14; López Tilli, Alejandro M., *Las asambleas de accionistas*, Buenos Aires, 2001, ps. 302/304, apartado b)".

18. Alonso, Ana, "Autoconvocate", en Nissen, Ricardo A. (coord.), *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012.

artículos 271 y 273, la Asamblea puede aprobar los contratos en los que el director tenga un interés personal y los celebrados en competencia con la sociedad.

En cambio, el nuevo artículo 159 CCCN no admite tal aprobación ni ratificación por la Asamblea, debiendo sencillamente abstenerse.

Un problema que tendremos en los tribunales es que se menciona el deber de abstención pero no se regula cuál es la sanción de la falta de abstención ni la posibilidad de subsanar el vicio del que adolece.

El artículo 159 luego agrega que el administrador o los administradores deberán implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica, con lo cual agrega la obligación de previsionar la posible producción de un daño como un deber actual y del que responderá[19] si no es cumplido conforme los artículos 1708, 1710 y 1757 CCCN.

Es menester anotar la obligación de prever los daños como una obligación actual que tiñe todo el Código unificado.

El artículo 160 reitera la responsabilidad de los administradores por los daños causados, ya sea por acción u omisión, no solo en relación a la persona jurídica sino también respecto a los miembros, socios y terceros.

El artículo 161 trae una solución muy novedosa y esperada por la realidad de algunas empresas o personas jurídicas. Ciertamente, en algunos casos suceden enfrentamientos y conflictos que llevan a paralizar el órgano de administración del ente, impidiendo la convocatoria al órgano de gobierno y, por ende, aniquilando el funcionamiento de los órganos societarios por largos períodos de tiempo que implican pérdidas importantes.

Las opciones actuales, anteriores a la vigencia del nuevo Código son: la autoconvocatoria, denegada como recurso por el organismo de contralor: Inspección General de Justicia (en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), o la convocatoria judicial o administrativa.

El nuevo artículo 161 establece un mecanismo que debe imperativamente operar[20] en el caso de bloqueo del órgano de administración:

a) El administrador puede realizar actos conservatorios.
b) Los actos deben ser puestos en conocimiento de la asamblea que convoque al efecto dentro de los 10 días.
c) La asamblea así convocada puede conferir facultades extraordinarias a los miembros del órgano de administrador que no son obstruccionistas, para realizar actos urgentes o necesarios y por supuesto que podrá remover al administrador que obstaculiza el funcionamiento del órgano.

En cuanto al artículo 162, trae una solución ya receptada por el organismo de contralor en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, referida a que todas las personas jurídicas pueden transformarse, fusionarse o escindirse, cuestión debatida porque los fenómenos estaban regulados en la Ley 19.550, que trataba el régimen de las

19. Ya no habrá más división entre responsabilidad contractual y extracontractual, categoría que desaparece en el Código unificado.

20. Ver Alonso, Ana y Cultraro, Gustavo, "Un tratamiento ineficaz para la obstrucción", en Nissen, Ricardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 18), p. 197.

sociedades comerciales. Por supuesto, teniendo siempre en cuenta la finalidad de las personas jurídicas como las asociaciones y fundaciones y el destino de los bienes de las mismas que limitan algunas cuestiones muy importantes en relación a estos procesos.

En referencia a las causales disolutorias, debemos decir:

El artículo 163 menciona las causales disolutorias en 10 incisos.

Respecto a los mismos, debemos recalcar 3 particularidades importantísimas:

– en el inciso i) se menciona al agotamiento de los bienes destinados a sostenerla, abarcando su patrimonio y no una cifra estatutaria, que en las asociaciones y fundaciones es mínima, diferenciando esta situación que sí se da en las sociedades como pérdida de capital social (art. 94, Ley 19.550).

– en el inciso j) cualquier causa prevista en el estatuto o en otras disposiciones de este título o de la ley especial, librando a la autonomía de la voluntad la creación de nuevas causales disolutorias (art. 89, Ley 19.550).

– la reducción a uno del número de miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y ésta no es restablecida en el término de tres meses.

2.1. *Apostillas en torno a la disolución y la relación con la Ley General de Sociedades 19550*

2.1.1. *Para entrar en el tema de la causal disolutoria*

Causal disolutoria es el hecho o acto jurídico calificado por la ley como desencadenante de la liquidación de la sociedad, que provoca el ingreso en el proceso liquidatorio.

¿Qué es la disolución de la sociedad? ¿Se puede equiparar la disolución de la persona jurídica a la muerte de la persona humana? No, pero sí se puede equiparar a un accidente que provoque la agonía de la persona humana, ya que en la agonía –la persona humana– está destinada a su muerte, aunque puede revertirse.

La disolución es el inicio de la etapa liquidatoria, es el principio del fin, constituye el momento preciso a partir del cual la sociedad muta de objeto[21], deja de realizar la actividad que realizaba, comprendida en el objeto social que el estatuto prevé, para comenzar a liquidar el activo y el pasivo en aras a saldar cuentas y repartir el remanente en especie o en efectivo entre los socios, si hubiere remanente y luego de lo cual se cancelará y la persona jurídica dejará de existir.

Entonces desde el inicio de la etapa liquidatoria (provocada por una causal disolutoria) hasta la cancelación, hay un proceso liquidatorio en el cual la sociedad mantiene su personalidad jurídica (principio de identidad de la persona jurídica) que luego sí se extingue con la cancelación.

Doctrinariamente, se insiste en recalcar que la disolución no implica, por sí, un estado social determinado ni una etapa con duración alguna, sino solo un instante que provoca la detención del proceso de cumplimiento del objeto social, haciendo ingresar a la sociedad en la etapa de la liquidación.

21. Benseñor, Norberto R., "Régimen y actuación de sociedades disueltas", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 813, abril-junio 1988, pp. 399-438.

Las causales disolutorias están enumeradas en el artículo 94 de la Ley de Sociedades. No son taxativas (el art. 89 LS refuerza esta opinión de la doctrina ya que los socios pueden incluir causales que no están previstas en la Ley 19550). Las nulidades (arts. 16-18 y 29 Ley 19.550) también implican liquidación originada en la nulidad o anulabilidad, cuyo efecto es la disolución. No tiene efecto retroactivo, sino que causan la liquidación de la sociedad.

Las causales disolutorias pueden clasificarse en automáticas o las que requieren un pronunciamiento o reconocimiento por parte de la sociedad[22].

2.1.2. *El legislador modifica el artículo 94 y elimina el inciso 8 LS*

La Ley 26994 modifica entonces el artículo 1 de la Ley 19550, requiriendo en lugar de dos o más personas para constituir una sociedad, una o más personas.

La ley requiere que la sociedad unipersonal al constituirse adopte el tipo sociedad anónima y que conste en el nombre sociedad anónima unipersonal o la sigla SAU (art. 164, LS). Asimismo, requiere que no sea constituida por otra sociedad anónima unipersonal. Las somete a la fiscalización estatal permanente del artículo 299 inciso 7). En consecuencia, requiere directorio plural de 3 directores y 3 síndicos como mínimo. El capital debe ser integrado en el acto constitutivo en un 100 % (art. 11, inc. 4 y 186, inc. 3, 187).

En aparente armonía y concordancia con el artículo 1 de la Ley 19550 reformada, desaparece el inciso 8 del artículo 94, la reducción a uno del número de socios, luego de transcurridos los tres meses que estipula la norma para recomponer la pluralidad de socios, que no sería causal de disolución.

Sin embargo, el artículo 94 bis que incorpora la Ley 26994 establece que la reducción a uno del número de socios no es causal de disolucióncausal de disolución; y, asimismo, si no se decidiera otra solución similar en el término de tres meses, impone la transformación de pleno de derecho de las sociedades en comandita simple o por acciones y de capital e industria en sociedades anónimas unipersonales.

Es coherente con el Anteproyecto, que no traía la sociedad anónima unipersonal "como un subtipo de la SA", sino que incorporaba las sociedades unipersonales como sociedades de un solo socio, donde quedaban solamente fuera de esta posibilidad las sociedades que requieren por el tipo de dos clases de socios: las en comandita (simple y por acciones) y la sociedad de capital industria. En consecuencia, en el Anteproyecto elevado para su consideración al Poder Ejecutivo, podían ser sociedades unipersonales tanto la sociedad colectiva como la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima, como las conocemos hoy en día sin las especificaciones técnico-jurídicas exigidas para las SAU, cuyos requisitos fueron incorporados por el Poder Ejecutivo Nacional.

Las sociedades que no se transformen de pleno derecho o por decisión de los socios en adecuar los órganos sociales existentes a los requeridos por la Ley de Sociedades (tal como fue reformada), ¿quedarán como sociedades de la Sección IV? ¿O deberán disolverse y liquidarse? ¿O cambiará la responsabilidad de los socios conforme lo establece el artículo 99? ¿O conforme lo establece el artículo 24 reformado?

22. CNCom., Sala F, 6/2/2014, "Trimarco, Jorge c/ Calabrese, Daniel H. s/ ordinario".

Opinamos que pasan a ser de la sección IV, ya que no hay ninguna sanción para la no adecuación. Si bien el 94 *bis* impone la transformación, no hay sanción establecida en la ley.

Entendemos la frase "de pleno derecho" como de cumplimiento imposible, siendo la transformación a la que está obligada por la ley una norma imperativa, que si es dejada de lado ya sea por negligencia o decisión consciente del único socio, deberá entenderse encuadrada en las normas que rigen las sociedades de la Sección IV.

2.1.3. *El nuevo artículo 100 de la Ley 19550, reformada por la Ley 26994*

El artículo 100 LS reformado, que decía "en caso de duda sobre la existencia de una causal disolutoria, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad", mantiene el principio de conservación de la sociedad. Califica de este modo a la sociedad, como fuente de trabajo e intercambio de riqueza y consumo entre los habitantes de la República, no solo para la empresa en sí y sus beneficiarios directos, sino también para la comunidad toda. Consecuentemente, tutela la empresa como un bien en sí mismo, jurídicamente protegido.

Pero agrega en un párrafo anterior a lo que desde antiguo rezaba el artículo 100: Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando: 1) decisión del órgano de gobierno, 2) eliminación de la causa que le dio origen, 3) si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad; 4) la resolución deberá adoptarse antes de la cancelación registral, 5) sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas.

Se contradice o se encuentra en desarmonía con el 95, ya que se entiende aplicable a todas las causales de disolución, incluyendo a la causal que impone la disolución por el vencimiento del plazo sin haber decidido la prórroga.

El instituto de la reconducción, basado en antecedentes jurisprudenciales como "La Distribuidora Musical SRL", en el que en base a jurisprudencia y doctrina extranjeras se aplica el instituto de reactivación de la empresa, permitiéndole a la sociedad una vez vencido el plazo reactivarse o reconducirse habiendo entrado en el proceso liquidatorio, fue celebrado como un valioso instituto incorporado en la reforma de la Ley 19550 en el año 1983, mediante la Ley 22903.

La intención y consecuente decisión del órgano de gobierno de la sociedad de remover la causal de disolución por vencimiento del plazo debe decidirse y solicitarse antes de la inscripción del liquidador en el Registro Público de Comercio, con la mayoría establecida para la reforma del estatuto según el tipo de sociedad.

En el sistema del artículo 95 anterior a la reforma de la Ley 26994: 1) antes de la inscripción del liquidador, la decisión puede tomarse por la mayoría requerida para este tipo de sociedad; 2) luego de la inscripción, requiere la unanimidad sin distinción de tipos. En el sistema reformado por la Ley 26994 se mantiene para la remoción de la causal disolutoria del vencimiento del plazo. Pero para las otras causales disolutorias, antes de la cancelación, se puede remover la causal si antes no hubo cancelación registral de la sociedad y consecuente extinción de la persona jurídica societaria, con las mayorías requeridas para la reforma del estatuto, según el tipo social.

En relación con las personas jurídicas, este instituto está regulado por los artículos 165 y 166 del Código. El artículo 165 establece el funcionamiento de la prórroga, resuelta y solicitada por la entidad antes del vencimiento del plazo. El artículo 166 regula la reconducción, siempre que la entidad no haya concluido la liquidación.

Entiendo que el concepto *reconducción* está escrito en sentido amplio, como sinónimo de *reactivación*[23], y no específicamente determinado para el caso de vencimiento de plazo, es decir, aplicable a la remoción de cualquier causal disolutoria que pueda ser removida.

Nótese que en la redacción del artículo 166 menciona "siempre que *la causal de su disolución pueda quedar removida* por la decisión de los miembros o en virtud de la ley".

Interpreto que la fórmula utilizada es amplia y si puede tener viabilidad la remoción de la causal disolutoria, podrá removerse y entonces reconducirse, sea cual sea la causal, siempre de acuerdo a la realidad y posibilidad, fáctica y legal.

2.1.4. *La pérdida del capital social como causal disolutoria en la Ley 19550. La infracapitalización societaria. Normativa en relación a las personas jurídicas*

El capital social es un elemento esencial tipificante del contrato de sociedad, derivado de los aportes de los socios. Funciona como una cifra de retención intangible. Como tal, debe ser serio y tener adecuada relación con el objeto social para su cumplimiento[24].

La persona jurídica nace con el contrato plurilateral de organización mediante el cual se constituye la sociedad, y en ese momento el capital es igual al patrimonio social. Luego, el patrimonio fluctúa y el capital se mantiene estático.

El capital es la garantía indirecta de los acreedores sociales y la contrapartida de la limitación de la responsabilidad. Por eso es relevante en las sociedades de responsabilidad limitada y no en las de responsabilidad ilimitada.

¿Qué sucede cuando el capital social ya no está y los acreedores sociales tienen que cobrarse sus créditos? Si la sociedad es de personas, no tiene mayor relevancia debido a que los socios responden con todo su patrimonio. En cambio, cuando hay limitación de la responsabilidad al capital suscripto, es una situación completamente distinta.

La ley tiene herramientas para mantener intangible el capital como garantía para los acreedores sociales. Por ejemplo, en el artículo 206 impone la reducción obligatoria si se consumen todas las reservas y la mitad del capital social. Asimismo, el artículo 94 inciso 5 impone la disolución de la sociedad ante la pérdida del capital social, si no se utiliza el remedio de la recomposición del capital que trae el artículo 96 del mismo ordenamiento especial.

23. Según lo dictamina el juez Enrique Butty en "La Distribuidora Musical SRL", anterior a la reforma de la Ley 22903. El juez Butty utiliza la palabra "reconducción" como sinónimo de reactivación societaria (JNCom., de Registro 4/6/1980.

24. Según lo sostenía el maestro Isaac Halperin, citado en los fundamentos de "Gaitán Barugel y Asociados SRL", resolución particular de la IGJ (cfr. nota 14); y las resoluciones IGJ 6/1980 y 7/2005 (ver art. 66).

Luego hay otros remedios que trae la Ley 24522 ante la insolvencia de la sociedad. Pero no hay que confundir la insolvencia patrimonial con la infracapitalización. Puede haber insolvencia sin infracapitalización y viceversa.

¿Qué es la infracapitalización? ¿Cuál es la definición? La infracapitalización es la falta de concordancia evidente y notoria de gran proporción entre la cifra estática e intangible que figura en el estatuto social como capital social.[25] Se ha estudiado en distintos países al referirse a la comparación entre el flujo de fondos de la sociedad, de origen propio, y la desproporción con el capital social. Otra definición[26]: la infracapitalización se da cuando el capital social representa menos del 30 por ciento de los gastos de la sociedad.

La infracapitalización puede clasificarse en formal o material. Formal es cuando la cifra capital es insuficiente en proporción al volumen del negocio para hacer frente a los pasivos sociales. Puede haber infracapitalización formal sin que haya insolvencia ni verdadera infracapitalización material[27]. Esta última se da cuando ni el capital social, ni las reservas, ni los préstamos efectuados de los socios a la sociedad, ni tampoco los activos de la sociedad alcanzan para cubrir las deudas sociales. Se comprueba en el momento de confeccionar un balance.

La sociedad no necesita estar en estado de cesación de pagos para esta realidad, ya que puede estar al día con todas sus obligaciones y sin embargo estar infracapitalizada, siendo solamente un riesgo para los acreedores contratar con una sociedad con estas características, ya que el capital no alcanzará a funcionar verdaderamente como una garantía ni una cifra de retención o a l menos no será suficiente dicha garantía.

La doctrina y jurisprudencia extranjeras han dado distintas herramientas que han aplicado los jueces en casos determinados, aunque algunos países como Alemania han tratado jurisprudencialmente esta cuestión desde 1938, y luego han dictado normas específicas para su combate. Normas que luego se han replicado en Bélgica y Portugal en este mismo sentido.

¿En qué consiste? En darle el tratamiento a los aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de los socios y a otras cuentas, por ejemplo, resultados no asignados el mismo tratamiento que si fueran cifras que formarán parte del capital social, es decir, sumándolo. En este sentido, los socios que hicieron aportes deben esperar a que todos los acreedores cobren para recién luego –como socios– retirar su remanente si lo hubiera.

En la Argentina, la IGJ dictó normas en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires para obligar a la sociedad a capitalizar los aportes irrevocables, a cuenta de futuros aumentos de capital social efectuados por los socios. Pero esto en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

En cuanto a la jurisprudencia que ha tratado de poner remedio a la materia, se ha aplicado el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 54, últi-

25. Proietti, Diego M., "La infracapitalización y la teoría del corrimiento del velo societario para responsabilizar a los socios o accionistas", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento "Actualidad", 29/9/2011.

26. Boquín, Gabriela y Nissen, Ricardo A., "Sobre la necesidad de incluir soluciones concretas en materia de infracapitalización societaria", en Nissen, Ricardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 18), p. 409.

27. Méndez, Juan J., "Responsabilidades emergentes de la infracapitalización societaria", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p.651.

mo párrafo) para, mediante incidente, se fallare imputando la responsabilidad por el daño causado o el crédito impago directamente al socio o controlante como remedio excepcional y casuístico.

Esto se resolvió en el caso "Carballude SRL"[28] (2014), en el que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, falló en el sentido de imputar los daños a los socios, haciéndolos responsables por el pago de lo debido. En dicho caso, los socios habían operado con una SRL infracapitalizada desde el inicio y además no habían ni siquiera integrado los aportes a la sociedad en el plazo previsto por la ley. Habían integrado solo el 25 por ciento inicial y nunca más integraron el 75 restante.

El remedio es excepcional y de aplicación restrictiva, pero en el supuesto funcionó eficazmente. El instituto de la inoponiblidad los tuvo por responsables por mera negligencia en el actuar societario y no hizo falta probar la intención de ocultar bienes y la configuración de la conducta como fraudulenta, en el pedido de extensión de la quiebra.

En el ámbito de las personas jurídicas, el tema de la *infrapatrimonialización* queda plasmado de una manera mucho más amplia. Quedará a criterio de los miembros de la persona jurídica, que tomarán sus decisiones formales basados en los estados contables, debiendo también responder ante la negligencia de obligarse sin respaldo patrimonial que garantice el adecuado funcionamiento del ente colectivo, y en último caso se resolverá con apreciación judicial. Este instituto se consagra legislativamente en el inciso i) del artículo 163 CCCN.

3. Fundaciones

El nuevo Código viene a incorporar a su articulado la regulación ya existente de las fundaciones con algunos pequeños cambios. Dichas personas jurídicas tienen regulación actual (anterior al Código) desde 1972, con la sanción de la Ley 19836, que regula este tipo de entidades.

Antes de comenzar con la regulación específica debemos recordar que las fundaciones tienen una naturaleza particular. Las fundaciones nacen de manera distinta a las entidades que estamos estudiando, ya que pueden crearse por la voluntad de varias personas, o de una única persona física o jurídica y también por acto de última voluntad, si fuera persona física (art. 193 CCCN)

Toda fundación debe constituirse con un objeto de *bien común*, y acá el bien común debe entenderse, no ya referido a la protección o desarrollo de un grupo de individuos afines o "no contrario al bien común", sino que directamente debe propenderse como objeto especial de la fundación, y sin propósito de lucro. O sea, con fines benéficos.

El Código recepta la mayoría de las normas de dicha ley, haciendo pequeñas reformas que veremos seguidamente.

El patrimonio inicial es requisito para la autorización para funcionar requiriendo que el plan a desarrollar (plan trienal) sea acompañado con la solicitud del otor-

28. CNCom., Sala F, 13/5/2014, "Víctor Carballude SRL s/ quiebra s/ Incidente (de inoponibilidad de la personalidad jurídica)".

gamiento de personería jurídica. Cumplido dicho plazo (primeros 3 años), deberá proponerse lo inherente al trienio siguiente (arts. 194 y 199).

El artículo 195 enumera en 11 incisos los requisitos del instrumento constitutivo de la fundación, lo que no genera demasiadas dudas excepto en el inciso k– que el plan trienal debe formar parte de aquel y no ser anexado como usualmente se instrumenta, y como pareciera decir explícitamente el artículo 199.

El acto constitutivo de la fundación debe ser otorgado por instrumento público y solicitar y obtener autorización del Estado para funcionar (art. 193).

El artículo 195 nos menciona la posibilidad de que se realice el acto constitutivo por disposición de última voluntad, en cuyo caso el juez del sucesorio debe redactarlo.

En cuanto a la responsabilidad de los fundadores y administradores durante el período fundacional, se decreta la responsabilidad solidaria frente a terceros por las obligaciones contraídas hasta lograr la autorización para funcionar. Los bienes personales de cada uno de ellos pueden ser afectados al pago de esas deudas solo después de haber sido satisfechos los acreedores individuales (art. 200).

Nótese que no hay obligación de inscribir en el registro público, lo que acarreará inconvenientes dada la indudable ventaja de la existencia de éstos para publicidad y oponibilidad frente a terceros (art. 200).

En los artículos 197 y 198 CCCN se mencionan las promesas de donación hechas en el acto constitutivo y que deben ser cumplidas a partir de la resolución de la autoridad de contralor que autorice a la entidad para funcionar como persona jurídica. En el caso de fallecimiento del fundador luego de firmar el acto constitutivo, no pueden ser revocadas por los herederos si ha sido presentada en el organismo que otorga la personería jurídica.

La irrevocabilidad funciona a partir de la autorización para funcionar por la autoridad de aplicación, o a partir de su presentación si el fundador fallece.

Es importante resaltar que la norma del artículo 154 que autoriza a la persona jurídica en formación inscribir preventivamente bienes a su nombre, no se aplica al caso ya que las fundaciones son personas jurídicas desde el momento de la autorización estatal, dado que requieren autorización para funcionar.

El consejo de administración debe tener, al menos, tres personas humanas (en la Ley especial 19836 habla de personas físicas, o sea que se replica) (art. 201).

Es de notar que el funcionamiento del Consejo es propio de una persona jurídica con las características propias de la fundación, que es distinta a toda otra persona jurídica donde prevalece ante todo la voluntad del fundador, y el bien altruista y generoso del mismo.

Con estos fundamentos y bajo el sustrato de la finalidad de bien común, el fundador tiene autoridad suficiente y vertical para elegir los miembros del Consejo y reservarse cargos, la elección de los sustitutos, la forma de designación de los mismos –que puede delegarla– e incluso la posibilidad de reformar el estatuto en este mismo sentido. Estas facultades deben ser reservadas en forma expresa, de lo contrario es el mismo Consejo quien reelegirá sus propios sustitutos (arts. 201 a 203).

El artículo 204 nos introduce la posibilidad de designar consejeros permanentes o temporarios y la delimitación de competencias sobre algunos temas de la funda-

ción, como por ejemplo, la designación de los miembros temporarios por los miembros permanentes, lo que resulta muy útil en la práctica.

Asimismo, se prevé en el artículo 205 la posibilidad de la formación de un comité ejecutivo –pueden ser miembros del consejo de administración o no– los cuales percibirán, si así se establece en el estatuto, una retribución pecuniaria. No perciben remuneración los consejeros como tales, pero sí los miembros de este comité ejecutivo y los miembros del consejo que también sean miembros del comité ejecutivo (arts. 205 y 206).

El artículo 207 establece el quórum, la forma de convocatoria, las mayorías necesarias para tomar decisiones dentro del consejo de administración.

Recordemos que en este tipo de entidades no hay otros integrantes, miembros o socios, sino que su funcionamiento depende exclusivamente de este órgano.

Por lo tanto, en el artículo 208 se menciona que cuando la concurrencia de los miembros integrantes del consejo de administración se ha tornado imposible, las mayorías establecidas (mayoría absoluta de los miembros presentes: con quórum de 3 sobre 3, mitad más uno en el caso de 3 es 3, la mayoría absoluta sería de 2) no se requieren.

A los fines de facilitar el funcionamiento del Consejo, que es el único órgano de administración y gobierno de la fundación, se ha facilitado esta salida de manera tal que puedan nombrarse más miembros cuando se haya tornado imposible su funcionamiento por imposibilidad de concurrencia, no por oposición sistemática.

La remoción se establece con una mayoría de dos tercios de los integrantes del cuerpo (art. 209).

En el caso de acefalía, el organismo de contralor debe proceder a reorganizar la administración de la fundación, designando sus nuevas autoridades y modificando el estatuto de la entidad (art. 210).

Respecto a las normas aplicables a las obligaciones y derechos de los miembros del consejo de administración, se aclara que se rigen por las reglas del mandato, que son pasibles de la acción de responsabilidad que pueden promover tanto la fundación con la autoridad de contralor (art. 211).

El artículo 212 establece la obligatoriedad de que todo contrato (excepto la donación a la fundación), deba ser sometido a la aprobación de la autoridad de contralor y es ineficaz de pleno derecho sin esa aprobación. Esta norma se aplica a cualquier beneficio recibido por el fundador o sus herederos no previstos en el estatuto.

En el caso de reforma de estatutos, con la mayoría absoluta de los miembros del consejo de administración es suficiente. Pero para los casos de cambio de objeto, fusión con entidades similares y disolución, se requiere los dos tercios de los integrantes de dicho cuerpo.

Se aclara que solo es procedente el cambio de objeto cuando el establecido por el fundador ha llegado a ser de cumplimiento imposible (art. 216).

El destino de los bienes, una vez disuelta la fundación, debe destinarse a una entidad de carácter público o una persona jurídica de carácter privado, cuyo objeto sea de utilidad pública o bien común, que no tenga fin de lucro y que esté domiciliada en la República, excepto que la fundación haya sido constituidas en el extranjero, en cuyo caso se regirá por las normas respectivas (art. 217).

En el caso de las donaciones que hayan sido efectuadas a la fundación, no podrán ser revocadas por el cambio de las circunstancias que hayan tornado imposible el cumplimiento del objeto, salvo que en el acto de celebración de dichas donaciones se haya establecido expresamente como condición resolutoria el cambio de objeto.

Es importante tener en cuenta la previsión en el acto de la donación, en relación a la posibilidad de revocarla si cambian circunstancias que hagan imposible el cumplimiento del objeto de la fundación, ya que de lo contrario, la donación será irrevocable.

4. Asociaciones civiles

Con el CCCN tendremos –por fin– reguladas las asociaciones civiles de una manera más completa y sistemática[29]. A partir del artículo 168 en adelante, se regula la agrupación de personas sin fines de lucro, requiriendo que su objeto no sea contrario al interés general o al bien común. De esta manera, se pone fin a la discusión en torno a si el bien común que tienen por objeto las asociaciones civiles es el bien común de toda la comunidad, o el bien común de los integrantes de dicha asociación. La referida cuestión provocó un amplísimo debate en el caso "ALITT"[30], resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se inclinó en este último sentido, cambiando una pacífica jurisprudencia judicial y administrativa elaborada durante casi ciento cincuenta años que sostenía la necesidad de que el objeto de las asociaciones civiles debía perseguir el bien común de la comunidad.

Desde el artículo 168 hasta el artículo 192 inclusive, el CCCN viene a reglamentar las asociaciones civiles y las simples asociaciones.

Se regula tomando en cuenta como antecedente las resoluciones al respecto que ha dictado la Inspección General de Justicia, que tenía aplicación local en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, extendiendo por supuesto la normativa ahora sí, a todo el territorio nacional.

Se introducen, sin embargo, algunas novedades que debemos comentar, como por ejemplo, la forma instrumento público y su inscripción en el registro correspondiente una vez otorgada la autorización estatal para funcionar. Es una entidad que requiere para que todas las consecuencias de la personalidad jurídica elegida tengan eficacia, del otorgamiento de autorización estatal para funcionar por la función social que desarrolla en la comunidad. Se aclara que mientras no obtenga la inscripción, la entidad podrá funcionar pero bajo la regulación de las normas de las simples asociaciones.

El inconveniente más gravoso será la responsabilidad de los miembros que la administren, que será solidaria durante ese período (art. 191 CCCN). No menciona

29. Art. 168 CCCN: "Objeto. La asociación civil debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El interés general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales. No puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros…".

30. CSJN, 21/11/2006, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual c/ Inspección General de Justicia y otro".

si además de solidaria es ilimitada, lo que generará dudas a la hora de aplicar la norma. Sería ilógico que fueran solidarios, pero su responsabilidad limitada al aporte al que se obligaron (la cuota social en estos casos) ya que la cuota social debida, ya pertenece al patrimonio de la asociación como un crédito a cobrar, en todo caso.

El artículo 170 establece los recaudos del acto constitutivo, que son los que tenemos regulados en disposiciones administrativas. Al respecto, merece especial atención la incorporación del inciso e) que establece que la asociación puede tener un plazo, o ser a perpetuidad.

En cuanto a los miembros del consejo directivo, el artículo 171 del CCCN requiere que sean miembros asociados de la institución. El estatuto debe prever, como mínimo, los cargos de presidente, secretario y tesorero, más 2 vocales. No se prevé gerenciamiento, lo que será un problema en cuanto a los clubes de fútbol.[31] Tampoco se prevé la posibilidad de cobrar una remuneración por parte de la comisión directiva o consejo directivo.

Respecto a la fiscalización, en las asociaciones con más de 100 asociados debe haber un órgano de fiscalización unipersonal o no, con miembros asociados o no (art. 172). En las entidades con menos de esa cantidad de asociados, no es obligatorio. Los integrantes del órgano de fiscalización, no pueden integrar la comisión directiva, ni certificar los estados contables de la asociación[32].

En cuanto a los asociados, el artículo 170 inciso j) CCCN unificado menciona que el estatuto debe prever las clases o categorías de asociados, describiendo las prerrogativas y deberes de cada uno. También en el artículo 170 inciso k) manda prever el régimen de ingreso, admisión, renuncia, sanciones disciplinarias, exclusión y recursos contra las decisiones.

La norma, a diferencia de la Resolución 7/2005, no establece un número cerrado de categoría de asociados. Consecuentemente, podría entenderse que sería lícita la creación de tantas categorías de asociados[33] como decidan los constituyentes, e invita a cuestionar el artículo 5, de la Resolución 7/2005, Anexo XIV[34].

En el nuevo Código se establece que, mediando previsión estatutaria, los asociados deban estar al día en el pago de las cuotas para participar en actos de gobierno (art. 175 y 178).

El artículo 175 impide la participación de los asociados en actos colegiados mediando previsión estatutaria. El artículo 178 impone como condición de que puedan participar en asambleas el pago de las cuotas y contribuciones correspondientes al mes anterior.

31. El proyecto Biagosch preveía el gerenciamiento profesional.

32. CNCom., Sala D, "Benavent c/ Benavent Hos SA" (*La Ley*, t. 1996-A, p. 502), dictado en un caso de una Sociedad Anónima.

33. Crovi sostiene que sería factible crear otras categorías de asociados (v. Crovi, Luis D., *Régimen legal de las asociaciones civiles*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 77).

34. Art. 5 Anexo XIV RG IGJ 7/2005: "Se establecen las siguientes categorías de asociados: a) Activos: las personas físicas mayores de 18 años que revistan carácter de […] y sean aceptadas por la Comisión Directiva. b) Adherentes: las personas físicas mayores de 18 años de edad que no reúnan las condiciones para ser socios activos. Los asociados adherentes pagarán cuota social, no tendrán derecho a voz ni a voto, y no podrán ser elegidos para integrar los órganos sociales".

Se advierte cierta contradicción entre los dos artículos ya que podría no estar previsto el impedimento por el artículo 175. Si no hubiera previsión estatutaria, podrían participar; pero por el artículo 178, no.

El artículo 179 establece que el asociado puede renunciar en todo momento y el artículo 180 regula la exclusión de los asociados por causas graves, asegurando el derecho de defensa del asociado en el procedimiento y la revisión por la asamblea de dicha decisión.

En cuanto a la disolución, se agregan a los establecidos para todas las personas jurídicas, la reducción del número de socios que no permitan tener una comisión directiva con el mínimo de miembros legal.

En el artículo 182 se declara la intransmisibilidad de la calidad de asociado, lo que denota la naturaleza de esta clase de persona jurídica.

El artículo 186 CCCN nos remite a la aplicación supletoria de las normas de la Ley 19.550 en cuanto resulten compatibles.

5. Los clubes de campo o conjuntos inmobiliarios, a la luz de la normativa sobre asociaciones civiles incorporada al Código Civil y Comercial

La nueva normativa del Código evita forzar figuras legales como las sociedades del Capítulo II de la Ley 19550 para que los clubes de campo (o conjuntos inmobiliarios) tengan algún encuadramiento legal, en el caso bajo análisis, como asociaciones civiles bajo la forma de sociedad comercial.

A partir del nuevo Código, los clubes de campo estarán regulados específicamente bajo el título de conjuntos inmobiliarios. Con anterioridad al dictado de la Ley 19550, y debido a que los conjuntos inmobiliarios carecían de regulación específica, eran objeto de distintos encuadramientos para su mejor adaptación a la normativa vigente, lo que generaba situaciones completamente disímiles y muy difíciles de resolver, pues el hecho de tratarse, las asociaciones civiles y las sociedades de contratos asociativos, ello no significa que las normas que gobiernan a una y otra entidad puedan ser utilizadas de manera arbitraria, atento que ambas corporaciones tienen una causa final totalmente diferente: las asociaciones carecen de fin de lucro, mientras que en las sociedades comerciales sucede exactamente lo contrario. Esta diferencia basta para descalificar cualquier asimilación entre ambas figuras y justifica la derogación del artículo 3 de la Ley 19550.

Las insalvables diferencias entre ambos contratos asociativos fueron puestas de manifiesto en trascendentes fallos judiciales.

En el fallo "Castro Francisco c/ Altos de los Polvorines SA"[35], la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo que

> No procede impugnar la decisión de la asamblea de una asociación constituida como sociedad anónima –en el caso, una asociación urbanística, residencial, deportiva y cultural– que derogó una regla establecida por el directorio –prohibición de admitir como vecinos a los cónyuges de personas cuyos precedentes esposos continuasen integrando

35. CNCom., Sala D, 30/6/1999, "C., F. V. c/ Altos de Los Polvorines SA".

> la comunidad– con fundamento en no haberse alcanzado la mayoría necesaria debido a la abstención de una considerable cantidad de votantes ya que, la regla en cuestión carece de legitimidad de origen por su autoría no estatutaria ni asamblearia y su contenido intrínseco contraría la tendencia social derivada de la habilitación legislativa para contraer múltiples nupcias y el sentido de lo dispuesto en el artículo 531, incs. 3º y 4º del Cód. Civil.[36]

Sosteniéndose, asimismo, que

> La disposición del artículo 3º de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (Adla, XLIV-B, 1310), en cuanto preceptúa que las asociaciones –en el caso, una de índole urbanística, residencial, deportiva y cultural– que se constituyan bajo la forma de una sociedad comercial quedan sujetas a las normas que rigen este tipo societario, se refiere a la estructura de dicho ente y no al modo, sentido y comprensión por los jueces de los conflictos que se susciten en su ámbito interno.[37]

Para concluir el tribunal que

> Me parece que dentro de una persona colectiva como la que describí, y dada situación tan enojosa por resolver como la que refería, no cabe reputar a los ausentes y a los silentes como sostén implícito de una regla que fue 1) social, pero no empresarial; 2) de autoría directorial, pero no estatutaria o asamblearia, y 3) de contenido antinatural, pues desatiende al "presente cónyuge" de un socio.

Puede afirmarse, luego de la lectura de ese importante precedente judicial, que si la estructura societaria puede ser utilizada para la organización interna de las asociaciones societarias, pero no se pueden aplicar las reglas previstas en la Ley 19.550 para resolver situaciones en particular que se originan en el seno de una entidad civil –como sostuvo el magistrado Edgardo Marcelo Alberti en dicha oportunidad–, y en vistas a que las normas de la Ley General de Sociedades están pensadas para resolver conflictos de empresas, se concluye que salta a la vista la necesaria derogación del artículo 3 de la Ley General de Sociedades, atento su fuerte asistematicidad.

Con otras palabras: si el interés del socio es completamente distinto al del asociado, y las normas de la Ley 19.550 no están diseñadas para resolver conflictos suscitados en el seno de las asociaciones civiles habida cuenta de la nueva recepción normativa de estas últimas entidades por el Código Civil y Comercial, la norma del artículo 3 de la Ley 19550 carece actualmente de todo sentido[38].

36. *La Ley*, t. 2000-D, p. 94 (sumario nº 1).

37. *La Ley*, t. 2000-D, p. 94 (sumario nº 2).

38. De la ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario de la Empresa (Mar del Plata, 1995) por Acquarone y Nissen surgen, entre otros, los siguientes fundamentos de la necesidad de derogación del art. 3, los siguientes: "a) En la sociedad comercial el socio busca percibir dividendos, mientras que el asociado de la asociación civil persigue obtener la utilización de los servicios de la entidad. b) En cuanto a la formación del capital social, éste se suscribe en las sociedades comerciales, al momento de constituirse la entidad o posteriormente, en cada oportunidad en que se resuelve su aumento […] en las asociaciones, en cambio, es fundamental que los socios contribuyan en forma periódica, generalmente mensual […] c) En relación con la transmisión de las acciones en las sociedades anónimas, el principio es la libertad […] Por el contrario en las asociaciones la transferibilidad de la condición

Pero existen otras razones que justifican la conclusión que propongo.
El artículo 1 de la Ley General de Sociedades reza:

> Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal solo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

Más allá de la introducción en el artículo 1 de la posibilidad de constituir una sociedad con una o más personas, la Ley General de Sociedades reitera el concepto de empresa o *hacienda empresaria* detrás del encuadre jurídico societario, como fundamento, contenido y sustrato del marco jurídico, con lo cual no habría una sociedad sin un emprendimiento desde el punto de vista de la definición estrictamente legal, sin un negocio en actividad que requiera la forma estructural de una sociedad.

Entendemos que no podría haber una estructura societaria para encubrir actuaciones extrasocietarias, por expresa disposición legal del artículo 54 último párrafo de la Ley Societaria vigente y la incorporación del artículo 144 CCCN unificado.

El marco del objeto de la sociedad debe ser un objeto preciso y determinado relacionado con la actividad civil o comercial, pero con fines empresarios y con ánimo de lucro de sus integrantes, configurativo de la causa fin de este contrato asociativo.

Advertido ello, y teniendo en cuenta que el objeto preciso y determinado se encuentra también regulado en la parte general de personas jurídicas en el artículo 156 del ordenamiento proyectado, con lo cual el legislador ha querido que las asociaciones civiles tengan una actividad encuadrada en un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común, surge evidente que las conocidas "asociaciones bajo forma de sociedad" carecen actualmente de validez, pues las sociedades denominadas *patrimoniales* no podrían subsistir ya que no tendrían ninguna actividad, toda vez que poseer bienes no es precisamente "producción e intercambio de bienes o servicios", ni desarrollar una actividad encaminada al bien común o al interés general.

Resultaba imprescindible una legislación nacional que regule estos temas que hemos puntualizado como necesarios en relación a la persona jurídica del consorcio de propietarios, y en especial relación con los conjuntos inmobiliarios. En este sentido, consideramos muy valioso el aporte brindado con este Código ya que trata cada uno de los temas que nos preocupan.

---

de asociado […] resulta fundamental […] d) Tampoco resulta compatible para las sociedades comerciales, el régimen disciplinario admitido universalmente para las asociaciones civiles […] e) En materia de disolución y liquidación se presenta el punto más conflictivo de toda la problemática para la aplicabilidad de uno y otro régimen. En la sociedad comercial […] los socios tienen derecho al reembolso del capital aportado y a la percepción de la cuota liquidatoria […] En las asociaciones civiles, en cambio, producida la disolución, los bienes sociales pasan a otra entidad destinada al bien público…". (Acquarone, María T. y Nissen, Ricardo A., "Necesidad de derogar el art. 3º de la Ley 19550, en cuanto legisla las asociaciones bajo forma de sociedad", en Favier Dubois, E. M. y Nissen, R. A. (dirs.), *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, t. 1, pp. 447-450).

6. En cuanto a la regulación del consorcio de copropietarios como persona jurídica

El Código unificado prevé en el Libro Primero: De la Parte General, Título II: De la Persona Jurídica, Capítulo 1: Parte General, Sección 1ª, en el artículo 148, que son personas jurídicas privadas "h) el consorcio de propiedad horizontal".

Luego, especialmente en el artículo 2044, define: "El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio…", cuestión que resuelve uno de los problemas esenciales en la constitución, organización y funcionamiento de los consorcios de propietarios y en los conjuntos inmobiliarios. Deroga la Ley 13512 de Propiedad Horizontal e incorpora su regulación al nuevo Código.

En el artículo 2075, correspondiente al Título VI: De los conjuntos inmobiliarios. Capítulo 1: Conjuntos inmobiliarios, nos remite a la aplicación de la propiedad horizontal. Determina en este sentido:

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

En este sentido, define el marco jurídico aplicable a los conjuntos inmobiliarios, aplicándose atinadamente entonces las normas del derecho real de propiedad horizontal especial y la relativa a la personalidad jurídica del consorcio.

Los conjuntos inmobiliarios existentes que se hubiesen establecido como derechos personales, o donde coexistan derechos reales y derechos personales, se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real. En el Proyecto de Código elevado por la comisión de juristas creada al efecto decía: "Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales". Entendemos que el cambio introducido por el Poder Ejecutivo no es más que una aspiración que no se condice con la realidad del gran país que tenemos y las múltiples realidades que coexisten hoy. Interpretamos como una norma de imposible cumplimiento por los altísimos costos y por la dificultad en el sentido de contar con el consentimiento formal de los propietarios, ya que se estará alterando el derecho de propiedad consagrado por la Constitución Nacional.

De esta manera, no se aceptan los sistemas preexistentes a la sanción del Código, buscando unificar el diseño legal impuesto con el nuevo derecho real de propiedad horizontal especial.

La realidad –tan diversa en esta materia– [39] ha hecho que el Código se aparte de las posibilidades concretas que tendrán los distintos sistemas preexistentes de adoptar obligatoriamente el nuevo derecho real de propiedad horizontal especial. [40]

39. Ahumada, Daniel y Ventura, Gabriel, "Compraventa en condominios cerrados", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, nº 2004-1, p. 123-154.

40. Fontbona, Francisco I. J. y Vitaver, Benjamín, "La propiedad horizontal, los clubes de campo y las unidades a construir", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 761,

Determina asimismo en el artículo 2044, que sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador, como así también la forma de extinción de la personalidad jurídica.

Luego, en el artículo 2056 del Código unificado, se establece que dentro del contenido que debe tener el reglamento de propiedad y administración, deben estar la determinación de la forma de convocar la reunión de propietarios y su periodicidad, la determinación de las mayorías necesarias para las distintas decisiones, la determinación de las mayorías necesarias para modificar el reglamento de copropiedad.

Posteriormente y en forma pormenorizada, determina en los artículos 2058 y siguientes el funcionamiento, quórum, competencia de los distintos órganos y la competencia residual que le cabría a la asamblea de propietarios (art. 2058, inc. d).

En el artículo 2059, se consagra la validez de incorporar el tratamiento del algún punto del orden del día con la presencia de todos los propietarios y que todos acuerden por unanimidad tratar el tema, más allá del resultado de la votación sobre el punto en particular, innovando en esta materia tan controvertida.

En este mismo sentido, además de la posibilidad de incorporar un punto al orden del día, se proclama definitivamente la posibilidad de que la asamblea se autoconvoque sin necesidad de citación previa, determinando que si todos los propietarios se autoconvocaron y aprobaron el orden del día, las decisiones serán válidas más allá del resultado de la votación una vez tratado el punto del orden del día, tomando partido por una solución de acuerdo con parte de la doctrina y jurisprudencia.[41]

En relación con algunos temas que deben tener un tratamiento expreso y a los fines de que no puedan decidirse temas sin la asistencia y opinión emitida por los propietarios, el artículo 2061 establece que no podrá conformarse la mayoría sin la conformidad expresa de los titulares de los derechos afectados. Más allá de su dudosa redacción, creemos muy valioso el aporte brindado en este tema justamente por la forma de computar las mayorías que ha traído disidencias con consecuencias disímiles en cuanto a sus efectos.[42]

En respuesta a la imperiosa necesidad de regular los conjuntos inmobiliarios, el Código brinda una adecuada solución que luego los operadores moldearán de acuerdo a las diversas necesidades.

Creemos que la regulación del Código deberá –en la realidad y a pesar de su letra– convivir con las formas jurídicas preexistentes, ya que sería de imposible aplicación práctica la reforma de las modalidades anteriores adoptadas en orden a cubrir una necesidad que no tenía respuesta legislativa.

Asimismo, creemos en la posibilidad de diseñar a través de la persona jurídica consorcio la regulación del derecho de admisión, en los casos de convivencia de

---

septiembre-octubre 1978, pp. 1593-1625. Urtubi, Victoria, "Terminología y marco jurídico de los barrios cerrados", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, nº 961, 2009, pp. 55-78.

41. Cfr. los argumentos de CNCom., Sala D, 1/7/2011, "Inspección General de Justicia c/ Lagos del Sur Argentino SA s/ organismos externos" en nota 17; ver también en este sentido CNCom., Sala D, 5/6/2012, "Inspección General de Justicia c/ Grupo Montañeses SA s/ organismos externos" en nota 17.

42. Al respecto desarrollaremos el tema al tratar el precedente jurisprudencial "C. c/ Altos de los Polvorines SA" (CNCom., Sala D, 30/6/1999) (cfr. nota 35).

partes privativas con partes comunes, inescindible con la propiedad de las unidades objeto de dominio exclusivo por parte de los titulares y el derecho y la regulación del uso de las partes comunes, así como la titularidad del dominio. En el Código se encuentra específicamente previsto en el artículo 2085:

> El reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones, pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de los propietarios de las unidades privativas.[43]

En este sentido, no se aclara si estamos en el marco del derecho de preferencia normado por nuestros artículos 1368 y 1394[44] del nuevo Código Civil o por el del dominio revocable. Tampoco aclara el nuevo Código qué sucede con estas cláusulas que establecen un derecho de preferencia, en caso de transmisión mortis causa.

Luego, en el artículo 2086 se regula la posibilidad de que se apliquen sanciones a titulares de las unidades funcionales por parte del consorcio de copropietarios, siempre y cuando estén previstas en el Reglamento de Copropiedad.

La persona jurídica consorcio es apta para contener, de acuerdo a las cláusulas estatutarias diseñadas a tal fin, diferentes situaciones que tienen que ver con la convivencia y la utilización compartida o alternada de espacios comunes.

En cuanto al tema que más preocupa a los consorcistas, cual es la clase de responsabilidad que tendrán como socios de esta persona jurídica, no está regulado específicamente.

En ámbitos comercialistas se ha sostenido que la persona jurídica responderá solo con el fondo operativo y fondo de reserva que es su único patrimonio y que los acreedores nunca podrían atacar luego de excutidos los bienes sociales el patrimonio de los consorcistas.

Sin embargo, el artículo 2041 enumera los bienes de propiedad común del consorcio. Estos bienes constituirán el patrimonio de la persona jurídica entendiendo los términos de "propiedad común" equivalentes a patrimonio social, o de la persona jurídica[45].

El artículo 143 del nuevo Código establece:

> Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.

43. Ver al respecto Mariani de Vidal, Marina y otros, "Situación actual para organizar este tipo de desarrollos", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 903, enero-marzo 2011, pp. 137-151 (disertación de la autora en el marco del "Seminario sobre la estructura jurídica de los clubes de campo y barrios cerrados" [Buenos Aires, 2010]). Menciona que el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1998 los individualiza como conjuntos inmobiliarios (dentro del acápite dedicado a las propiedades especiales) de propiedad urbana especial.

44. Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, "Clubes de campo y barrios cerrados. El problema de la admisión", en *La Ley*, Buenos Aires, 14/12/2007 (t. 2007-F, pp. 1363 y ss).

45. Por supuesto, tendremos que ver la factibilidad técnica de ejecutar un bien de propiedad común, como por ejemplo un salón de usos múltiples, una piscina, un quincho, etc.

Y también el artículo 181, en relación a las asociaciones:

> Responsabilidad. Los asociados no responden en forma directa ni subsidiaria por las deudas de la asociación civil. Su responsabilidad se limita al cumplimiento de los aportes comprometidos al constituirla o posteriormente y al de las cuotas y contribuciones a que están obligados.

En principio, no podría haber solidaridad, pero entendemos que sí subsidiaridad porque los obligados al pago de las dudas del consorcio son los consorcistas, tal como vemos seguidamente.

¿Qué sucederá en caso de insolvencia? ¿Qué ocurrirá en caso de una deuda del consorcio como tal frente al reclamo del acreedor, si los bienes del consorcio son insuficientes?

¿Se puede concursar la persona jurídica del consorcio? ¿Puede ser declarada en quiebra? La doctrina especializada en la materia fundamenta con argumentos insoslayables que la quiebra no podría ser declarada contra el consorcio de copropietarios[46]. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley 24522 menciona como sujetos concursables a las personas de existencia ideal de carácter privado, admitiendo la concursabilidad de las personas jurídicas que no estén excluidas por leyes especiales, y el Código no las excluye.[47]

Los consorcistas están obligados, según el artículo 2046, a pagar las expensas; y los artículos 2048 y 2049, establecen claramente: a) la obligatoriedad de pagar las expensas incluso las extraordinarias, b) que el certificado expedido por el administrador es título ejecutivo para el cobro a los propietarios y c) que no pueden liberarse del pago ni aún abandonando la cosa.

Las cuestiones a resolver son muchas, quizás demasiadas, y la jurisprudencia tendrá la palabra al respecto. Entiendo que será acorde a la cultura jurídica y a la naturaleza de las instituciones.

46. Ver Benseñor, Norberto R., "La persona jurídica en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en AA. VV., LXIV Seminario "Laureano Arturo Moreira", Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2012, 29-30: "En principio, pensamos que los institutos de la quiebra y el concurso no están diseñados para ser aplicado al consorcio de propietarios el cual no puede desprenderse del derecho real que rodea a la estructura patrimonial que lo sostiene. En principio, el consorcio no dispone de una situación de insolvencia que lo involucre en un estado de quiebra, por cuanto el pasivo que generan las obligaciones devengadas, tienen inmediato correlato con la obligación de los propietarios de absorber las sumas adeudadas por expensas".

47. Ver Barbieri, Pablo C., "Los sujetos concursables y la reforma del Código Civil y Comercial" [on line], en *Infojus*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 30/12/2014: "El reconocimiento del consorcio de copropietarios como persona jurídica privada me inclina a admitir su concursalidad, pese a reconocerse precedentes en diferente dirección". (Aclaración: los precedentes a que se refiere en su artículo son anteriores al nuevo Código Civil y Comercial).

Situación de las donaciones de inmuebles y ofertas de donación realizadas en vigencia del Código Civil ante la entrada en vigencia de la Ley 26994 (nuevo CCCN)

María F. Rodríguez Amat

Marcelo W. Suárez Belzoni*

RdN 920

RESUMEN

El Código Civil y Comercial prevé acciones de protección de la legítima de mayor alcance al Código Civil de Vélez Sársfield. Así, tanto las donaciones a herederos forzosos como las donaciones a terceros pueden ser pasibles de una acción reipersecutoria mientras no hayan transcurrido los nuevos plazos de prescripción. Las donaciones de bienes inmuebles a herederos legitimarios realizadas en vigencia del Código Civil de Vélez Sársfield configuran derechos de propiedad adquiridos (amparados por el art. 17 de la Carta Magna) que no se pueden vulnerar por la aplicación retroactiva de un nuevo ordenamiento jurídico. Estamos frente a un supuesto de "consumo jurídico" sobre el cual una nueva ley no puede volver. Importa a la seguridad jurídica, a la libre circulación de los bienes y a la paz social que los títulos de donación de inmuebles a herederos legitimarios otorgados bajo un régimen legal que los consideraba perfectos así se mantengan bajo la vigencia del nuevo Código.

Sumario: ***1.*** *Introducción y reseña.* ***2.*** *Postura doctrinaria notarial minoritaria.* ***3.*** *Postura doctrinaria notarial mayoritaria.* ***3.1.*** *Aceptación de la oferta de donación de inmuebles.* ***3.2.*** *Donaciones inoficiosas. Acciones de protección de la legítima.* ***3.3.*** *Dictamen de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.* ***4.*** *Plenario de Trelew. Análisis de Kemelmajer de Carlucci.* ***5.*** *Derecho transitorio. Derechos adquiridos. Situación jurídica consumada. Posturas.* ***6.*** *La prescripción.* ***6.1.*** *Plazos.* ***6.2.*** *Formas de subsanación.* ***7.*** *Proyectos de reforma del Código Civil y Comercial.*

1. Introducción y reseña

Actualmente, nuestro Código Civil vigente (CCIV) protege la legítima mediante dos acciones: a) la acción de colación, "en valores" de carácter personal, entre coherede-

* Información sobre los autores en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

ros, a los efectos de igualar las hijuelas exclusivamente entre coherederos; y b) la acción de reducción, "en especie" de carácter real, de un heredero legitimario contra terceros que no tienen dicho carácter, para completar la legítima. Esta acción tiene carácter reipersecutorio.

El origen normativo de ambas acciones surge la aparente contradicción de los siguientes artículos:

a) 3476, 3478 y su nota, 3604 y –especialmente– 3477 y su nota.[1]
b) 1830, 1831, 1832, 3600, 3601 y –especialmente– 3955.[2]

La jurisprudencia y la doctrina se encargaron de armonizar la interpretación hermenéutica, dando coherencia a todos los artículos, diferenciando las donaciones a herederos legitimarios de las donaciones a terceros y prosperando solo la acción de colación en las primeras y acción de reducción en las últimas, en destacados fallos.[3]

Destacada doctrina se encargó de solventar la distinción, basada en numerosos trabajos publicados en la *Revista del Notariado*,[4] dictámenes de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos desde el año 1951,[5] dictámenes del Departamento de Asuntos Legales del Banco Hipotecario Nacional,[6] modificaciones introducidas por la Ley 17711,[7] la costumbre y tradición de realizar donaciones de padres

1. Art. 3477 CCIV: "Los ascendientes y descendientes, sea 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…". Su nota: "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 aún después de abierta la sucesión […] El Código Francés, por el contrario, dispone que la colación se ha de hacer de los bienes mismos donados…".

2. Art. 3955 CCIV: "La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes de bienes 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".

3. a) "Escary c/ Pietranera" (plenario); b) "Apeceche, Rodolfo c/ Navarro Viola, Maria del C. y otra"; c) "Llarin, Pablo c/ Millan, Jorge"; d) "Vogelius, Angelina y otros c/ Vogelius, Federico y otro"; e) "Yebra, Patricia E. c/ Gasparini de Roca, Marta E. y otros s/acción de reducción" (que por sus particularidades se aparta del plenario citado, tratando sobre una transferencia de dominio simulada sin tradición ni buena fe). Ver AA. VV., "Donación a herederos forzosos" (simposio organizado por la Academia Nacional del Notariado) y "¿Es observable el título del heredero forzoso donatario?" (conferencia organizada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires), en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata "Donaciones a herederos forzosos", diciembre 2010. [N. del E.: el lector podrá acceder al plenario a través de la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

4. Ver nos 716, 774, 830, 840 y separata diciembre 2010 (cfr. nota 3).

5. "En principio es observable el título que tiene como antecedente una donación gratuita hecha a un tercero que no es heredero forzoso, no así cuando es efectuada a un heredero que reviste tal carácter" (ver Girón, Miguel G., "Donación a tercero. Título observable", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 600, 1951, pp. 513-515).

6. A cargo del Dr. Lázaro Trevisan, sosteniendo la improcedencia de la acción persecutoria contra el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso.

7. Ley 17711, párrafos agregados al art. 3477 CCIV: "Dichos valores deben computarse […] Tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso". Ley 17711, modificación al art. 3604, sustituyendo el término "aunque" por "cuando" y manteniendo el criterio de la imputación del valor de los bienes sobre la porción disponible del testador; en contradicción a lo sostenido por el propio Borda.

a hijos, la vigencia del artículo 303 del Código Procesal,[8] el análisis de las fuentes utilizadas por el Código de Vélez al seguir a Goyena,[9] apartándose del Código Francés; y otros tantos argumentos.

Consecuencias: la doctrina notarial de Capital Federal considera observables las donaciones a favor de terceros y los títulos entre cuyos antecedentes obre una donación de este tipo, a diferencia de las donaciones a herederos legitimarios, que no producen ninguna observación ya que solo son pasibles de acción de colación en valores. Así, en los casos de donaciones a terceros, se ha establecido que la *observabilidad* cesa tras los plazos de prescripción liberatoria, a los diez años contados desde la muerte del donante, conforme al artículo 4023 y su nota;[10] o en su caso, al cumplimiento de la prescripción adquisitiva, a los veinte años contados desde que se efectuó la donación, por aplicación del artículo 4015 CCIV.[11]

Por último, cabe mencionar que se han esgrimido varios métodos de bonificación de títulos y subsanación de donaciones a terceros, dependiendo de las circunstancias del caso, con alternativas tales como la revocación de donación por incumplimiento de cargos previstos, la revocación por liberación del deber de prestar alimentos al donante (art. 1837 CCIV), distracto previsto en el artículo 1200[12] CCIV, apertura de sucesión, obtención de declaratoria de herederos, o lograr acción meramente declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal, en caso de que el tribunal lo resuelva conducente.

2. Postura doctrinaria notarial minoritaria

Cabe analizar las consecuencias de la entrada en vigencia de la Ley 26994, prevista para el sábado 1º de agosto de 2015 de acuerdo con la Ley 27077.

La primera posición doctrinaria que hemos denominado como minoritaria, desarrollada por Etchegaray,[13] se destaca por la comparación entre el Código de Vélez y

8. "Obligatoriedad de los fallos plenarios", art. 303: "La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria". (Artículo recientemente derogado por art. 12 de la Ley 26853).

9. Nota a los arts. 3477 y 3478.

10. Art. 4023 CCIV: "Toda acción personal por deuda exigible se prescribe a los diez años, salvo disposición especial". Y su nota: "… se prescribe por diez años. Lo mismo […] el derecho para pedir la legítima que corresponde por la ley […] todas las que no sean acciones reales, o más bien, toda prescripción liberatoria, se cumple a los diez años. En este Código no reconocemos acciones mixtas de reales y personales".

11. Art. 4015 CCIV: "Prescríbese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor…".

12. Art. 1200 CCIV: "Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza".

13. Etchegaray, Natalio P., "Donación a herederos legitimarios en el Código Civil y Comercial" [on line], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 916, noviembre 2014.

el nuevo Código Civil y Comercial (CCCN), en relación con los supuestos puntos de conflicto, y arriba a las siguientes conclusiones:

1) *El contenido sobre colación del artículo 3477 CCIV y su nota se mantienen y nos permite seguir aplicando la doctrina notarial mayoritaria surgida a partir del fallo "Escary c/ Pietranera".*

El artículo 3477 CCIV y su nota se mantienen en la redacción del artículo 2385 CCCN.[14] Ambos hablan de colación de valores de los bienes, y no las cosas mismas, apartándose así del antecedente del Código francés que sí dispone que la colación se haga sobre los bienes mismos. Es decir, el nuevo Código no ha adoptado el criterio del Código francés sobre colación y reitera lo establecido por el CCIV, lo que nos obliga a aplicar también las doctrinas y elaboraciones jurisprudenciales que se elaboraron a partir del mismo.

En cuanto al artículo 3955 CCIV, este se mantendría en la redacción de los artículos 2458[15] y 2459[16] del CCCN.

La postura doctrinaria mayoritaria actual niega la posibilidad de reivindicar de terceros adquirentes un inmueble donado cuando la donación lo hubiera sido a un heredero legitimario, y en cambio, otorga esa posibilidad cuando la donación se hubiere efectuado a quienes no fueran herederos forzosos del donante.

A partir del fallo "Escary c/ Pietranera", esta doctrina judicial de aplicación obligatoria (hoy vigente) armoniza la contradicción aparente entre el artículo 3477 y el artículo 3955 CCIV.

Es decir, la doctrina interpreta que el artículo 3955 se circunscribe exclusivamente a las donaciones de inmuebles efectuadas a personas que no tengan la calidad de herederos legitimarios del donante. Por ello, manifiesta que debería hacerse la misma interpretación del contenido del artículo 2386 CCCN,[17] sin apegarse a la palabra "reducción", sino a la frase "está sujeta a reducción por el valor del exceso", refiriéndose a valores y no a cosas.

14. Art. 2385 CCCN: "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 le fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento. Dicho valor de determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación".

15. Art. 2458 CCCN: "Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima".

16. Art. 2459 CCCN: "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".

17. Art. 2386 CCCN: "Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legitima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso".

2) *El concepto de donaciones inoficiosas en el CCIV (arts. 1830 a 1832) es similar a los artículos 1565 y 2386 del CCCN.*

Confronta los artículos 1830,[18] 1831,[19] 1832,[20] 3601[21] y 3602[22] del CCIV con los artículos 1565[23] y 2386 del CCCN. Comenta que la expresión del artículo 2386, cuando habla de "sujeta a reducción por el valor", reitera el sentido de lo establecido por los artículos 3601 y 3602 del CCIV.

3) *Se reconoce en la exposición de fundamentos*[24] *que se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico, y, por tal motivo, admiten que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve.*

El autor postula que el mismo régimen vigente se puede seguir aplicando y en virtud del cual las donaciones a herederos legitimarios realizadas a partir del 1º de agosto de este año no serían observables. Las donaciones a terceros, en cambio, estarían sujetas a reducción y *reipersecución*, con la ventaja de la disminución de los plazos de prescripción.

3. Postura doctrinaria notarial mayoritaria

Cabe destacar que se ha pronunciado otra posición doctrinaria, que reconoce la necesidad de reformar el CCCN –según proyectos que se mencionarán para concluir este trabajo–. Así, proponemos abordar por parte los siguientes conflictos que genera el CCCN.

18. Art. 1830 CCIV: "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".

19. Art. 1831 CCIV: "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".

20. Art. 1832 CCIV: "La reducción de las donaciones solo puede ser demandada…".

21. Art. 3601 CCIV: "Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a solicitud de estos, a los términos debidos".

22. Art. 3602 CCIV: "Para fijar la legitima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregara 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".

23. Art. 1565 CCCN: "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".

24. "Se ha estimado preferible la solución según la cual, aunque haya dispensa de colación o mejora, esa donación está sujeta a reducción por el valor del exceso […] La colación en valores mediante computación e imputación ha sido siempre le modo de colacionar en nuestro derecho […] Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga excepción de prescripción adquisitiva breve. De este modo se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico". [N. del E.: el lector podrá acceder al texto completo de los fundamentos del Anteproyecto en en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

3.1. *Aceptación de la oferta de donación de inmuebles*

El artículo 1795[25] CCIV permite la aceptación de la oferta de donación, aun habiendo fallecido el donante. La oferta de donación realizada bajo la vigencia del Código Civil, aceptada con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 1545[26] CCCN, deberá realizarse en vida del donante y del donatario, ya que en caso de fallecer cualquiera de ellos la oferta caducará.

Entendemos que lo dispuesto por el artículo 1545 no constituye una aplicación retroactiva de la ley; en virtud de la doctrina de Roubier, plasmada en el artículo 7 CCCN (actual art. 3 CCIV), no estamos ante una situación jurídica concluida, sino ante una situación jurídica en formación (*in fieri*) que se concluye con la aceptación y, por ello, se le aplica la ley vigente al momento de la aceptación.

Un título proveniente de una oferta de donación a un heredero legitimario (aceptada en vigencia del CCIV) es un título perfecto. Pero para el caso de aceptarse luego de la entrada en vigencia del CCCN, se le aplicará el nuevo ordenamiento jurídico y será, en consecuencia, un título pasible de las nuevas acciones de protección de la legítima y observable, de acuerdo con los fundamentos que desarrollaremos más adelante. Un supuesto de excepción que admite la aceptación de la oferta de donación ante fallecimiento del oferente es la promesa de donación hecha por el fundador en el acto constitutivo, que es irrevocable a partir de la resolución de la autoridad de contralor, que autoriza a la entidad para funcionar como persona jurídica, en virtud del artículo 197[27] del CCCN. La aceptación, por su parte, puede ser expresa o tácita, de interpretación restrictiva y sujeta a las reglas establecidas respecto de la forma de las donaciones, y debe realizarse conforme el texto de los artículos 978[28] y 979.[29]

El artículo 976[30] introduce la caducidad de la oferta por fallecimiento o incapacidad del oferente, antes de la aceptación o de la recepción. Consideramos que basta

25. Art. 1795 CCIV: "Si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donación, puede éste, sin embargo, aceptarla y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa dada".

26. Art. 1545 CCCN: "La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto de la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario".

27. Art. 197 CCCN: "Las promesas de donación hechas por los fundadores en el acto constitutivo son irrevocables a partir de la resolución de la autoridad de contralor que autorice a la entidad para funcionar como persona jurídica. Si el fundador fallece después de firmar el acto constitutivo, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos, a partir de la presentación a la autoridad de contralor solicitando la autorización para funcionar como persona jurídica".

28. Art. 978 CCCN: "Aceptación. Para que el contrato se concluya la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta. Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante".

29. Art. 979 CCCN: "Modos de aceptación. Toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación".

30. Art. 976 CCCN: "La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación. El que aceptó la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación".

con que el aceptante manifieste la vigencia de la oferta y de la capacidad del oferente. De estar presente el oferente para controlar su capacidad, no se formaría el consentimiento por oferta y aceptación sino por celebración del contrato.

3.2. *Donaciones inoficiosas. Acciones de protección de la legítima*

Conforme a los artículos 2386, 2458 y 2459 CCCN, se le otorga al heredero legitimario la facultad de ejercer la acción de reducción contra sus coherederos cuando su legítima hubiese sido afectada en beneficio de otro mediante donaciones de todo tipo de bienes registrables que excedan la suma de la porción disponible más la legítima del donatario. Esta acción, en el CCIV actual, en virtud de los antecedentes referidos, solo puede ser opuesta ante donaciones a terceros (todo aquel que no sea heredero legitimario).

El nuevo artículo 2458 define el alcance de la acción de reducción, su carácter reipersecutorio, facultando al heredero legitimario para ejercerla frente al donatario y a los subadquirentes del bien, haciéndolos pasibles de las turbaciones de derecho previstas en el artículo 1044,[31] que transforman los títulos de donación en dominios revocables y observables, restringiendo la circulación de bienes y dejando gran cantidad de títulos fuera del comercio hasta cumplir los plazos de prescripción. Todo ello afecta la seguridad jurídica en general. Tanto el donatario como el subadquirente podrán detener la acción reipersecutoria desinteresando al legitimario con el valor del perjuicio a la cuota legítima, pero esto no evita que el título sea observable y el dominio revocable.

Surgen así algunos interrogantes:

a) ¿Es una acción real, es una acción personal, o una acción mixta?
b) ¿Quién puede elegir el carácter?
c) ¿La insolvencia conduce a la reipersecución en protección de la legítima?
d) ¿La incapacidad económica determina la resolución, y esta discriminación es equitativa?
e) ¿Es necesaria la excusión previa de los bienes del donatario?
f) ¿Puede el adquirente presuponer insolvencia al adquirir a título oneroso?
g) ¿Es esta una óptima protección de la legítima que justifica atentar la seguridad jurídica y circulación de bienes?
h) ¿La protección de la legítima de orden público tutelada es superior al principio de seguridad jurídica?
i) ¿El artículo 2456 CCCN,[32] ante la insolvencia y la imposibilidad de ejercer la acción reipersecutoria, permite acción de reducción contra los donatarios de fecha anterior –creemos que únicamente ante el perecimiento de lo donado (art. 2455)–, o acaso hay otros límites a la acción reipersecutoria?

31. Art. 1044 CCCN: "La responsabilidad por evicción asegura la existencia y la legitimidad del derecho transmitido, y se extiende a: a) toda turbación de derecho total o parcial, que recae sobre el bien, por causa anterior o contemporánea a la adquisición…".

32. Art. 2456 CCCN: "En caso de insolvencia de alguno de los donatarios, e imposibilidad de ejercer la acción de reipersecutoria a que se refiere el art. 2458, la acción de reducción puede ser ejercida contra los donatarios de fecha anterior".

j) Si se cumplió el plazo del artículo 2459, ¿también se protege a la donación anterior, careciendo sentido la norma?

No encontramos por el momento respuestas en la doctrina ante el reciente cambio.

En cuanto al plazo previsto por el nuevo artículo 2459, y a pesar de lo que establecen los fundamentos del Anteproyecto, este no configuraría un plazo de prescripción adquisitiva, sino una especie de inoponibilidad o restricción de ejercicio de la acción hacia quien esté en posesión por más de diez años. Esta interpretación estaría fundada en que la supuesta prescripción adquisitiva del artículo 2459 no tiene elementos para asimilar la prescripción adquisitiva breve del artículo 1898,[33] que requiere falta de legitimación o capacidad para que se configure justo título, a la prescripción adquisitiva larga del artículo 1899,[34] que prevé el plazo de veinte años, ni al artículo 1905, referido a la sentencia de prescripción adquisitiva.

3.3. *Dictamen de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires*

El dictamen elaborado en el Expediente 641/15 por el escribano Martí,[35] ante consulta efectuada por antecedente de donación de inmueble a hijos con donante fallecido, nos ha aportado la siguiente doctrina:

> En el marco de una donación efectuada a los hijos (o a favor de los descendientes en línea recta a los que hubiese correspondido el ejercicio del derecho de representación, en caso de haberse tratado de la sucesión del donante) antes del 1º de agosto de 2015, el derecho de propiedad del donatario se encuentra consolidado en su patrimonio, dado que ingresó a él bajo un régimen cuya interpretación ampliamente mayoritaria lo hace perfecto.
> En tales supuestos, el régimen del Código Civil y Comercial, que entrará en vigor el 1º de agosto de 2015 y que prevé distintos alcances que el régimen actual (del Código de Vélez) respecto de las acciones de protección de la legítima, no resulta de aplicación, puesto que ello implicaría darle a la ley un efecto retroactivo que lesionaría el derecho de propiedad del donatario, de jerarquía constitucional.
> El plazo previsto en el artículo 2459 del Código Civil y Comercial no consiste en un plazo de prescripción adquisitiva, sino que la norma regula una especie de inoponibilidad o restricción de ejercicio de la acción, no resultando así de aplicación lo normado por el artículo 2537 de dicho cuerpo legal.

Compartimos tales conclusiones. Y en este camino surgen nuevos interrogantes que abordaremos con los próximos temas a tratar.

33. Art. 1898 CCCN: "La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. Si la cosa mueble hurtada o perdida, el plazo es de dos años. Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título".

34. Art. 1899 CCCN: "Si no existe justo título y buena fe, el plazo es de veinte años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión".

35. Martí, Diego M., "Donación a herederos legitimarios. Aplicación del Código Civil y Comercial. Acción de reducción. Plazo" [on line], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 919, 2015.

4. Plenario de Trelew. Análisis de Kemelmajer de Carlucci

El fallo plenario de la Cámara de Apelaciones de Trelew de fecha 15 de abril de 2015 (Acuerdo nº 194) ha sentado la siguiente conclusión:

> … una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó.

Fundamenta su convocatoria en: a) que no se afecten "derechos amparados por garantías constitucionales"; b) "evitar que la entrada en vigencia de la nueva norma trastorne el funcionamiento del sistema de administración de justicia y el ejercicio de la abogacía", por lo que "corresponde establecer pautas claras y uniformes".

Kemelmajer de Carlucci analizó críticamente el fallo plenario,[36] manifestando que el acuerdo está en contra de lo dispuesto por el artículo 7 CCCN: por una lado, al postergar su aplicación inmediata en los expedientes que estén en instancias superiores al momento de entrada en vigencia del CCCN; luego, al intentar formular una regla que se aplique en general para todo tipo de cuestiones, cuando la doctrina de Roubier que subyace en dicho artículo establece que cada fase de la situación jurídica se rige por la ley vigente al momento de esa etapa, y que el consumo o el agotamiento debe analizarse según cada una de esas etapas. Agrega que la noción de consumo jurídico no se vincula con la existencia de una sentencia que no esté firme,[37] motivo por el cual las causas que se encuentren en apelación o en ulterior instancia deben ser resueltas interpretando rectamente el artículo 7 del CCCN. Y concluye que esta es la manera de aplicar el artículo 7, conforme a la doctrina de Roubier –que será desarrollada más adelante–.

5. Derecho transitorio. Derechos adquiridos. Situación jurídica consumada. Posturas

El artículo 3 original redactado por Vélez[38] adoptó la doctrina de los derechos adquiridos, que fue abandonada con la Ley 17711 en 1968; pero hoy en día la doctrina y la jurisprudencia siguen aplicándola para detener la retroactividad, incluso dispues-

36. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., "El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 22/4/2015, p. 1. [N. del E.: ver en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/]. Asimismo, v. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., "Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1º de agosto de 2015", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2/6/2015, p. 1.

37. Da el siguiente ejemplo: "En una sentencia de divorcio, mientras no esté firme, no hay divorcio, y si después del 1 de agosto el expediente está en cámara porque la sentencia fue apelada el tribunal de apelaciones no puede ni debe revisar la sentencia a la luz del código de Vélez porque está extinguiendo una relación, y la ley que rige al momento de la extinción eliminó el divorcio contencioso, por lo cual debe declarar el divorcio pero sin calificar inocencia o culpabilidad".

38. Art. 3 CCIV (texto originario derogado por la Ley 17711): "Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar derecho ya adquiridos."

ta por ley, en protección de los derechos constitucionales.[39] Así, consideramos que un derecho de propiedad adquirido por el donatario heredero legitimario o por un subadquirente entre cuyos antecedentes obre una donación a heredero legitimario configura un derecho consolidado en su patrimonio, adquirido al amparo de un régimen cuya interpretación ampliamente mayoritaria lo hace perfecto. A pesar de ser un concepto abandonado por la Ley 17711, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo siguen aplicando.

La Ley 17711 del año 1968 derogó el texto original y el artículo 3[40] fue reformulado por Borda, introduciendo la doctrina de la situación jurídica de Paul Roubier. El nuevo artículo 7 CCCN[41] es similar al artículo 3 CCIV y recepta, en consecuencia, la doctrina de Roubier. La única innovación es una modificación en orden a las normas que sean más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Deteniéndonos en la redacción del artículo 7 CCCN, podemos observar dos principios: a) el efecto inmediato de la ley (primera parte del artículo) y b) la irretroactividad de la ley (segunda parte).

Explica Moisset de Espanés:[42]

> Dos son los principios que orientan la solución de los conflictos de leyes en el tiempo. El primero, la casi absoluta *irretroactividad de la ley*, que sólo reconoce como excepciones aquellas hipótesis en que el legislador, de manera expresa, ha considerado necesario dar efecto retroactivo a la nueva norma. El segundo, la necesidad de que la nueva ley tenga inmediata aplicación, a partir de su entrada en vigencia. Estos principios, rectamente entendidos, no se contradicen, sino que se complementan. La aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro, y con posterioridad a su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos. Ambos principios han sido consagrados por el nuevo artículo 3, pero es necesario destacar que no han sido descubiertos por el legislador contemporáneo, sino que eran conocidos y respetados

39. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decir que "ni el legislador ni el juez podrán en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, pues en este caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la propiedad reconocida por la Ley Suprema" (CSJN, 24/3/1994, "Jawetz, Alberto" [*La Ley*, t. 1995-A-155, con nota de Colautti, Carlos, "Precisiones constitucionales acerca de la retroactividad de las leyes"]).

40. Art. 3 CCIV (según Ley 17711): "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias".

41. Art. 7 CCCN: "Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

42. Moisset de Espanés, Luis, *La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho transitorio)*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba - Dirección General de Publicaciones, 1976, p. 16. [N. del E.: el lector podrá acceder a una versión de la obra desde la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

> desde antiguo, como bien lo señala Vélez Sarsfield en las interesantes notas con que ilustra los arts. 4044 y 4046. Lo que ha variado es el elemento que sirve de pauta para determinar cuándo puede considerarse que la aplicación de la nueva ley vulnera el principio de irretroactividad. Antes de la Reforma el problema giraba sobre la distinción entre "derechos adquiridos y derechos en expectativa" y se decía que la aplicación de la ley era retroactiva cuando atacaba derechos adquiridos. Como estos conceptos resultaban difusos, y sus fronteras difíciles de delimitar, Roubier y sus seguidores han apelado a otras nociones, y en especial a la de "situación jurídica", que es más amplia que la de relación, pues brinda una idea de permanencia, que la hace más apropiada para comprender los problemas que originan los cambios en la legislación que rige las "relaciones" o "situaciones" jurídicas.

La aplicación inmediata de la nueva ley y su irretroactividad son reglas hermenéuticas dirigidas al juez y no son normas de conducta para el legislador, que puede ordenar el efecto retroactivo en determinados casos. El límite del legislador está dado por el artículo 7 CCCN, cuando establece que la retroactividad no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Concluye el autor Junyent Bas:[43]

> … podemos señalar que nuestro Código Civil, como así también la nueva compilación, siguiendo las enseñanzas de Roubier, adoptan de manera expresa la regla del efecto inmediato de la nueva ley, la que se aplicará a las situaciones y relaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella y a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes al tiempo de la entrada en vigor del nuevo texto legal. De este modo, el principio de la irretroactividad deja de ser un mero criterio interpretativo y pasa a ser una exigencia constitucional en el supuesto de que la aplicación retroactiva de la ley redunde en menoscabo de la propiedad particular, pues no se puede sancionar leyes que afecten derechos adquiridos de carácter patrimonial, pues si así se hiciera se vulneraria la garantía contenida en el artículo 17 de la Carta Magna.

Kemelmajer de Carlucci[44], a su vez, sostiene: "adhiero a quienes entienden que el problema de la retroactividad fijada por el legislador encuentra solución en los límites fijados por la propia constitución".

Roubier ha elaborado la doctrina de la situación jurídica, porque es un concepto más amplio que el de relación jurídica, dado que comprendería también situaciones vinculadas a la capacidad, el estado y ciertas potestades y facultades que difícilmente encajarían en la noción de relación jurídica. Su doctrina determina que en toda situación jurídica los aspectos dinámicos son los de creación o constitución y extinción; cuando una de estas fases está concluida, es decir, el derecho está constituido o se ha extinguido, se está frente a un hecho cumplido o consumido sobre el cual una ley nueva no puede volver, porque sería darle efecto retroactivo. El mismo principio rige para las consecuencias ya agotadas de las situaciones jurídicas existentes. A su

43. Junyent Bas, Francisco, "El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 27/4/2015, p. 1 (t. 2015-B, p. 76).

44. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

vez, los efectos que se produzcan con posterioridad a la vigencia de la norma se juzgan por la ley vigente al momento en que se producen, aunque los haya generado una situación jurídica existente, y ello se produce sin vulnerar el principio de irretroactividad, por aplicación del principio del efecto inmediato, que en realidad tiene vigencia para el futuro.

Si el nacimiento de una situación jurídica no es un hecho instantáneo sino prolongado en el tiempo, deberá juzgárselo de acuerdo a la ley vigente en el momento en que se completa el proceso de gestación. Y con mayor razón, se aplicará la ley nueva a la posterior modificación o extinción de esta situación jurídica, o a las consecuencias que ella engendre ya que en definitiva tendrá que dársele un tratamiento similar al de las situaciones jurídicas nuevas, es decir, las nacidas con posterioridad al cambio de legislación: aplicación del efecto inmediato.

Esta regla general es válida siempre que la situación jurídica tenga origen extracontractual o cuando se trate de leyes imperativas que deben aplicarse a los contratos en curso de ejecución, pero reconoce una importante excepción cuando la situación es de origen contractual y las nuevas normas tienen carácter supletorio.

Si la situación jurídica pendiente tiene como fuente un contrato y las nuevas leyes son de carácter imperativo, las soluciones son idénticas a las de fuente extracontractual en cuanto a la constitución, modificación, consecuencias anteriores y posteriores. La diferencia surge en cuanto a las leyes supletorias aplicables, en las situaciones jurídicas que han nacido de un contrato en curso de ejecución y con respecto a las cuales se han modificado las leyes supletorias. Estos supuestos quedan regidos íntegramente por la ley vigente al momento de celebración del contrato (constitución, modificación, extinción, y sus consecuencias).

Dice Moisset de Espanés[45] con respecto a estas situaciones jurídicas contractuales:

> En cambio, cuando se trata de situaciones jurídicas contractuales, opina Roubier que ellas tienen una base "ideal y abstracta" y, en consecuencia, se ve obligado a aplicarles una concepción intelectual del tiempo; de allí que sostenga que deben ser regidas por la ley del momento de celebración del contrato. Aunque el contrato se proyecte en el tiempo material, forma un todo conceptualmente único, como si idealmente tuviera un solo tiempo, tanto en lo que se refiere a su constitución, modificación o extinción, como en lo que se relaciona con contenido y efectos. Por ello considera Roubier que debe sometérselo a una ley única –la del momento de su celebración– y las leyes posteriores no pueden afectarlo, aunque esté en curso de ejecución, salvo que estén dotadas de efecto retroactivo, sea de manera expresa, sea de manera tácita.

En virtud del contenido del artículo 7 del nuevo CCCN (actual art. 3 CCIV) y de la doctrina que subyace en él, sostenemos que **los donatarios herederos legitimarios y subadquirentes de inmuebles a título de donación en vigencia del CCIV tienen un derecho de propiedad que configura un derecho amparado por el artículo 17 de la Constitución Nacional, que no se puede vulnerar por la aplicación retroactiva de un nuevo ordenamiento jurídico. La adquisición o extinción de este derecho de**

45. Moisset de Espanés, Luis, ob. cit. (cfr. nota 42), p. 27.

propiedad en vigencia del CCIV es una situación jurídica concluida; se está frente a un supuesto de consumo jurídico regido por dicha normativa. [46]

6. La prescripción

Respecto de la prescripción, cabe diferenciar la prescripción adquisitiva de la prescripción liberatoria. La primera tiene como presupuesto la posesión pacífica e ininterrumpida, comenzando desde el momento en que se está en posesión, independientemente de la posibilidad o no del ejercicio de la acción reipersecutoria contra la cual se opone. La segunda se basa en la inacción del acreedor y comienza desde que la acción puede ejercerse en el caso de muerte del donante.

Hay distintas posturas –que detallaremos a continuación– en relación con los títulos de donación que se encuentran en circulación, otorgados en vigencia del CCIV, y que ahora enfrentan una situación de incertidumbre por la entrada en vigencia del CCCN:

a) La Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en virtud del dictamen antes relacionado (Expediente 16-00641-15) [47] sostiene que hay derecho adquirido desde la donación, refiriéndose a donaciones a herederos legitimarios efectuadas en vigencia del CCIV. En ese caso, el derecho de propiedad del donatario es perfecto y ya se consolidó en su patrimonio. El nuevo régimen, que prevé distintos alcances respecto del régimen del CCIV en relación con las acciones de protección de la legítima, no resulta de aplicación, puesto que ello implicaría darle a la ley un efecto retroactivo que lesionaría el derecho de propiedad del donatario, que tiene jerarquía constitucional.

   Las donaciones a herederos forzosos en las que el donante falleció antes de la entrada en vigencia del CCCN generan un derecho adquirido, porque las acciones de protección de la legítima con distintos alcances que prevé el nuevo Códi-

46. Varios autores se refieren a la noción de consumo jurídico. Ver, a modo de ejemplo: a) Borda, Guillermo, "La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 28, p. 810: "… dictada una nueva ley, las partes anteriores de esa relación o situación jurídica quedan sujetas a la antigua ley, en tanto que las partes posteriores son regidas por la nueva ley". b) Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot: "… los hechos pasados que han agotado la virtualidad que les es propia no pueden ser alcanzados por la nueva ley sin incurrir en retroactividad de ella. Esa es la noción de consumo jurídico, así como ante una relación jurídica sus consecuencias aún no ocurridas al tiempo de dictarse la nueva ley quedan gobernadas por esta, en cambio, las consecuencias ya producidas están consumadas y no resultan afectadas por las nuevas leyes pues lo impide la noción de consumo jurídico". c) López, Joaquín y Moisset de Espanés, Luis, "El cambio legislativo. Normas de transición y de conflicto", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, España, t. LXXX, febrero 1980: "El legislador, al sancionar nuevas normas, lo hace basado en la creencia que contempla de manera más justa la realidad social, y mejora el ordenamiento jurídico, lo que apareja una pretensión de inmediata sustitución del antiguo derecho y puede llevar a aplicar la nueva ley a todas las situaciones jurídicas pendientes, tanto en lo que se vincula con sus efectos o consecuencias o a juzgar con una vara distinta, situaciones que se amparaban legítimamente en la ley que estaba en vigor en el momento de su nacimiento. Nosotros afirmamos la necesidad de una rápida adaptación al nuevo sistema, pero la transición no puede ser tan brusca que vulnere la seguridad jurídica, ello exigirá que se apliquen los viejos dispositivos, al menos para juzgar la validez de las situaciones que se forjaron y consolidaron al amparo de la ley anterior".

47. Cfr. nota 35.

go no llegaron a nacer. La ley que rige la cuestión de fondo, que es la legítima, es la ley vigente al momento del fallecimiento. Entonces, si el donante falleció estando vigente el Código de Vélez, se le aplica esta normativa; en cambio, si no falleció, se le aplicará la nueva ley.

b) Si el donante no falleció, no hay derecho adquirido mientras no se cumplan los plazos de prescripción. Por la aplicación inmediata de la nueva normativa, se conferirán efectos reipersecutorios a la acción entre coherederos legitimarios, afectando retroactivamente las donaciones a legitimarios otorgadas con anterioridad a esa fecha.

Nosotros adherimos a la primera posición y compartimos sus argumentos.

6.1. *Plazos*

El CCIV establece en su artículo 3955 que la prescripción comienza desde la muerte del causante; y, por aplicación del artículo 4023 y su nota, queda establecido el plazo de diez años para que prescriba la acción reivindicatoria. Si el donante no falleció, cabe oponer la prescripción adquisitiva, que son veinte años de posesión, por aplicación del artículo 4015.

El nuevo CCCN establece el plazo de diez años de posesión (art. 2459[48]), que es el que se computaría para el caso del donante no fallecido antes de su entrada en vigencia. Cabe resaltar que predomina la interpretación que cuenta este plazo desde la posesión, no desde la vigencia del CCCN, porque se trata de un supuesto de restricción de ejercicio de la acción y no de un plazo de prescripción adquisitiva. Y si el donante fallece en vigencia del nuevo Código, se cuenta el plazo de cinco años desde la muerte del causante, por aplicación del plazo previsto por el artículo 2560[49] CCCN, que prevé que estaría vigente al momento de la muerte.

Habrá que ver en cada caso cuál es el plazo que se termina aplicando, teniendo en cuenta el artículo 2537[50] CCCN.

Recordemos que las posesiones se suman a efectos de cumplir el plazo requerido para que el título deje de ser observable, en virtud del artículo 1901 CCCN.[51]

48. Art. 2459 CCCN: "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".

49. Art. 2560 CCCN: "Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local".

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

51. Art. 1901 CCCN: "Unión de posesiones. El heredero continúa la posesión de su causante. El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico".

6.2. *Formas de subsanación*

Respecto de las formas de subsanación de donaciones en el CCCN, cabe mencionar varios métodos de bonificación de títulos, dependiendo de las circunstancias del caso. Se mantienen las alternativas de: a) revocación de donación por incumplimiento de cargos previstos (art. 1570[52]), b) revocación por liberación del deber de prestar alimentos al donante (arts. 1559[53] y 1572[54]), c) resolución bilateral con efecto retroactivo si se pacta (art. 1076[55]).

Consideramos que **hace a la seguridad jurídica que los títulos de donaciones de inmuebles a herederos forzosos otorgados bajo un régimen legal que se consideren perfectos deberían mantenerse una vez que entre en vigencia el CCCN**.

7. Proyectos de reforma del Código Civil y Comercial

A continuación, se transcriben dos proyectos de ley presentados a la Cámara de Diputados de la Nación que proponen reformas a la redacción de los artículos que conceden la acción de reducción y reipersecución de donaciones inoficiosas, antes de su entrada en vigencia.

1) Proyecto de ley expediente 1135-D-2015, titulado "Modificación sobre acción de reducción en donaciones a herederos forzosos - Código Civil y Comercial de la Nación", presentado por los diputados Diana Conti y Luis Cigogna, ingresó el 25 de marzo de 2015 a la Cámara de Diputados de la Nación:

Artículo 1: Modifícase el artículo 2386 del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Anexo I, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

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 colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero.

Artículo 2: Modifícase el artículo 2458 del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Anexo I, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 2458. Acción reipersecutoria. Mediando donaciones no comprendidas en el artículo 2386, previa excusión de los bienes del donatario, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

52. Art. 1570 CCCN: "Incumplimiento de los cargos. La donación puede ser revocada por incumplimiento de cargos. La revocación no perjudica a los terceros cuyo beneficio se establecen los cargos…".

53. Art. 1559 CCCN: "Obligación de alimentos. Excepto que la donación sea onerosa, el donatario debe prestar alimentos al donante que no tenga medios de subsistencia. Puede librarse de esa obligación restituyendo las cosas donadas o su valor si las ha enajenado".

54. Art. 1572 CCCN: "Negación de alimentos. La revocación de la donación por negación de la prestación de alimentos solo puede tener lugar cuando el donante no puede obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia".

55. Art. 1076 CCCN: "Rescisión bilateral. El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, solo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros".

2) Proyecto de titulado "Modificación sobre acción de reducción en donaciones a herederos forzosos - Código Civil y Comercial de la Nación":

Artículo 1. Modifícanse los artículos 2386, 2457, 2458 y 2459 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, que quedarán redactados de la siguiente forma:

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 colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero.

Artículo 2457. Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso.

Artículo 2458. Acción reipersecutoria. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

Artículo 2459. Prescripción adquisitiva. En cualquier caso, la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación.

Cabe comentar que el primer proyecto de ley atiende en especial a las donaciones a herederos forzosos, limitando la acción de reducción solo a donaciones a terceros no legitimarios y recogiendo la doctrina notarial mayoritariamente vigente. El segundo proyecto introduce la noción de buena fe, jerarquizada por el propio Codificador, al establecerla en el artículo 9 como principio general, en el Capítulo 3 del Título Preliminar. Y define que la inoficiosidad de una donación, así como la insolvencia posterior que permita la acción reipersecutoria, no es ostensible en el estudio de títulos, por lo que no se puede presumir la mala fe, salvaguardando los derechos de adquirentes a título oneroso en correlación con los criterios sentados en los artículos.

Pot pourri de régimen de vivienda con toques de DTR 4/2015 y OS 45/2015 y adición de constitución, legitimación y frutos

Mario G. Szmuch*

RdN 919

El cocinero no es una persona aislada, que vive y trabaja sólo para dar de comer a sus huéspedes. Un cocinero se convierte en artista cuando tiene cosas que decir a través de sus platos, como un pintor en un cuadro.

Joan Miró

RESUMEN

Se abordan cuestiones relacionadas con el régimen de vivienda a la luz de las normas dictadas por los Registros de la Propiedad Inmueble de la ciudad y la provincia de Buenos Aires, sus aciertos, errores y vacíos; entre ellas: a) la adición de un régimen a otro anterior constituido sobre el mismo inmueble; b) la ampliación de la afectación a los frutos que produzca la suma de dinero o moneda sobre la que recae el régimen; c) el reconocimiento de la legitimación para constituir el régimen a favor de los titulares de otros derechos reales (usufructuario, etc.); y d) una dinámica de subrogación que permita trasladar el régimen de un derecho real a otro que recaiga sobre el mismo inmueble.

Sumario: ***1.*** *La publicación de las leyes. Una cuestión de actitud.* ***2.*** *La Disposición Técnico Registral 4/2015.* ***3.*** *La Orden de Servicio 45/2015.* ***4.*** *Colofón.*

1. La publicación de las leyes. Una cuestión de actitud

Con fecha 29 de junio de 2015 el director provincial del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires dictó la Orden de Servicio 45/2015 (OS) sobre los aspectos registrales del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). El día 29 del mes siguiente, ya sobre el filo de la entrada en vigencia del CCCN, el director general del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal dictó la Disposición Técnico Registral 4/2015 (DTR). En ambos cuerpos se establecieron los criterios de dichos organismos para la aplicación del instituto del régimen de vivienda,

* Escribano.

previsto en los artículos 244 y siguientes del CCCN, y con criterios similares; pero mientras que la normativa provincial es una orden de servicio, la porteña luce como una disposición. La diferencia no es simplemente de *nomen iuris* sino de alcance, de ámbito subjetivo de vigencia.

Las leyes rigen después del octavo día de su publicación (oficial) o desde el día que ellas determinen (art. 5 CCCN). La publicación no es un requisito procedimental carente de sentido; justamente son los registros los que, por la función que cumplen, deben tenerlo muy presente. Dado que las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República (art. 4 CCCN), es preciso que estos puedan conocerlas. El Estado no puede exigirles a los individuos que observen una norma cuya existencia y contenido no están en condiciones de conocer.

Precisamente, a los efectos de poder conocer la norma, analizarla, asimilarla, adaptarse a ella y cumplirla, la ley normalmente prevé un plazo desde la publicación hasta su entrada en vigencia. De allí que no nos conforme la actitud del Registro porteño de dictar una norma cuya vigencia rija prácticamente de un día para otro. La facultad de fijar un día de entrada en vigencia que difiera del octavo día de su publicación debe emplearse para prolongar dicho plazo, a efectos de que sus destinatarios puedan estar más preparados para operar con la nueva norma, y no para acortarlo a fin de compensar una eventual demora administrativa en su elaboración y dictado. Y menos aún nos conforma el proceder del organismo provincial, que le ordena a sus funcionarios aplicar a los administrados (los otorgantes y autorizantes de los documentos a inscribir) criterios que resultan de una norma interna, no publicada, no destinada a estos.

A diferencia de la DTR, con alcances *erga omnes*, la OS se dirige a los dependientes del organismo; obviamente el director provincial no puede impartirles órdenes a quienes no son sus subordinados en el contexto de la estructura jerárquica que encabeza. A confesión de parte relevo de prueba: la norma es dirigida a los registradores del Registro de la Propiedad bonaerense (art. 1 OS), siendo necesaria la modificación de las disposiciones técnico-registrales que correspondan (art. 2 OS). Lamentablemente, el Registro provincial obrará de facto, mediante la aplicación de criterios a los administrados que estos no están en condiciones "legales" de conocer y que, por lo tanto, pueden desconocer, pues en nuestro país nadie puede ser obligado a hacer lo que "la ley" no manda.

Este proceder genera, en nuestro criterio, un lamentable distanciamiento entre el organismo y los usuarios del sistema. Se trata de "una cuestión de actitud", de calidad institucional, de respeto a los administrados; en definitiva, de cumplimiento de la ley.

2. La Disposición Técnico Registral 4/2015

A continuación analizamos los artículos 1 a 6 de la DTR.

> «**Artículo 1**. *La afectación de inmuebles al régimen de protección de la vivienda, establecido en el CCyC, conforme lo previsto en su artículo 244, 2º párrafo, se hará mediante petición constitutiva ante este Registro o por escritura pública*».

Del cotejo de este artículo con el artículo 4 de la DTR, se desprende que este regula la constitución del régimen, es decir, la afectación originaria, el nacimiento del régimen en cabeza del titular del bien que afecta (constituyente). Acertadamente la DTR permite que el documento de constitución se otorgue directamente ante el Registro o ante escribano público. Pero mientras que la autoridad administrativa debe prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar el trámite de constitución (art. 253 CCCN), la labor del escribano es remunerada (art. 254 CCCN).

> «**Artículo 2**. *En la calificación de los documentos de afectación al régimen de protección de la vivienda, sean estos originados por petición administrativa o por escritura pública, se deberán verificar los siguientes requisitos:*
> *a) Ser otorgados por el titular de dominio o por todos los condóminos en forma conjunta.*
> *b) Cuando el afectante establezca beneficiarios, deberá acreditar el vínculo correspondiente, indicando además, la edad y el estado civil de estos. En el caso del conviviente deberá tratarse de una unión convivencial, conforme los artículos 509 y 510 del CCyC.*
> *c) Manifestación de:*
> *– cumplimiento del artículo 247 del CCyC (habitación efectiva de la vivienda);*
> *– convivencia en el supuesto del artículo 246 inc. b) del CCyC;*
> *– no tener en trámite de inscripción otra solicitud similar ni resultar ser propietario único de dos o más inmuebles afectados a este régimen*».

Según el artículo 245 CCCN (1º párr.), la legitimación para solicitar la afectación corresponde al "titular registral". La exigencia de que la constitución sea otorgada por el titular "registral" no condice con un sistema de inscripción declarativa. Alcanza pues, a nuestro criterio, con que el constituyente sea el titular del derecho a incorporar al régimen de vivienda. Acertadamente la DTR no exige que se trate del titular "registral", es decir, permite solicitar la inscripción de la constitución por la modalidad abreviada del tracto sucesivo. En este caso el documento de afectación y el asiento respectivo deben expresar la relación de los antecedentes que legitimen al constituyente a partir del que figure inscripto en el Registro (art. 16 *in fine* Ley 17801).

Por otra parte, señalamos que a diferencia del régimen de bien de familia, que le exigía al solicitante justificar "su dominio" sobre el inmueble (art. 43 Ley 14394), el CCCN no hace referencia a cuál es el derecho real inmobiliario susceptible de ser incorporado al régimen. Refiere al "titular" (arts. 245, 247, 249 inc. d), es decir, al elemento subjetivo del derecho real, y al elemento objetivo (inmueble habitable), pero no al derecho mismo. Si bien es cierto que el CCCN alude al "propietario", no menos cierto es que no menciona al "dueño", tampoco al usufructuario ni al usuario, ni al habitador, etc., y que

> El término propiedad […] comprende […] 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 administrativos (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.[1]

Opinamos –desde una confesada visión "proteccionista", que pone en el podio de la defensa de los derechos a la vivienda por encima de la propiedad, y a esta en función de aquella– que la locución "propietario" empleada por el CCCN debe interpretarse en sentido amplio, como abarcadora de todo titular de un derecho real que recaiga sobre un inmueble habitable[2] y se ejerza por la posesión. Bajo esta óptica, consideramos que puede incorporarse al régimen el inmueble cuya titularidad se sustente en un derecho real de dominio, propiedad horizontal, propiedad superficiaria, usufructo, uso, habitación y anticresis, y la comunión de los mismos (condominio, etc.). La referencia al condominio hecha en el primer párrafo del artículo 245 es simplemente ejemplificativa e indicativa de que, en caso de comunión del derecho, la afectación debe ser solicitada por todos los cotitulares.

Puede pensarse que carece de sentido la incorporación al régimen de vivienda del derecho real de habitación, pues este contiene en su estructura algunas de las ventajas propias de aquel: intransmisibilidad (por acto entre vivos y mortis causa) e inejecutabilidad por los acreedores (art. 2160 CCCN). Sin embargo, cabe admitir la posibilidad de su incorporación con fundamento en la mayor protección que de ello deriva a favor del cónyuge o conviviente y los beneficiarios, pues:

1. la acción de nulidad por omisión del asentimiento para desafectar el bien del régimen de vivienda no está sujeta al plazo de caducidad de seis meses, que sí rige en los casos previstos en los artículos 456, 470 y 522 CCCN; el plazo de prescripción de la acción aplicable es a nuestro juicio el previsto en el artículo 2562 (inc. a): 2 años;
2. la designación del conviviente como beneficiario del régimen no prevé como requisito la inscripción de la unión convivencial,[3] que sí es exigido a los efectos

1. CSJN, 14/12/1925, "Don Pedro Emilio Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital s/ devolución de sumas de dinero" (*Fallos*, t. 145, p. 307).

2. Ver de nuestra autoría "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" (on line, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 917, febrero 2015); particularmente el §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 beneficiarios 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.".

3. Ver de nuestra autoría "Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación" (on line, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 919, noviembre 2015); particularmente los ptos. 10.15. y 11.2.1.: "... la UC puede, en algunos casos, acceder al RPI aunque no esté inscripta en el RPLUC; por ejemplo, cuando se inscribe un documento en el cual se designa beneficiario del régimen de vivienda al conviviente no inscripto. La admisión registral de esa designación se basa exclusivamente en una manifestación del constituyente, cuya naturaleza es la de una restricción del poder dispositivo que el constituyente se autoimpone en beneficio del interés familiar. Admitida tal designación, debe exigirse el asentimiento del conviviente no inscripto pese a que los arts. 250 y 255, inc. a), se refieren al 'conviviente inscripto'. Cabe aclarar que cuando el RPI admite que un conviviente no inscripto o sus ascendientes o descendientes sean beneficiarios del régimen de vivienda, la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda resulta del régimen jurídico de la

de poder invocar la protección que resulta del artículo 522 frente a los terceros interesados de buena fe; y

3. la publicidad de la afectación al régimen de vivienda se cumple naturalmente a través de la inscripción registral (art. 244 2ª párr.), la que no está prevista en la ley de fondo para las hipótesis reguladas en los artículos 456 y 522.

La protección que el CCCN le dispensa a la vivienda familiar es amplísima: se le prohíbe al titular disponer de los derechos sobre la vivienda familiar (sean reales o personales: dominio, propiedad horizontal, locación, comodato, etc.) sin el asentimiento del cónyuge o del conviviente (arts. 456 y 522), y la vivienda no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o inscripción de la unión convivencial, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges o convivientes conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro. Sobre esta base, consideramos que si no se le permitiera, por ejemplo, al usufructuario afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda, se estaría violando la garantía constitucional de igualdad: el usufructuario que carece de familia no podría impedir que su derecho de usufructo bajo el cual estructura su vivienda sea ejecutado, de manera que no contaría a su favor con ningún régimen de protección de la vivienda. Es preciso, a efectos de no lesionar derechos y garantías constitucionales, interpretar el ordenamiento de manera que el usufructuario y demás titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión puedan contar con una adecuada protección.

A los efectos de la protección de la vivienda no encontramos razones atendibles para distinguir entre dueño y usufructuario, pues, entre otras razones: a) el usufructo es susceptible de ser enajenado, por lo que cabe aplicarle el régimen de subrogación (art. 248 CCCN) y de control del cónyuge o conviviente (art. 250); y b) el usufructo puede ser embargado y subastado, por lo que le cabe el régimen de inejecutabilidad (art. 249). Que el usufructo no sea transmisible hereditariamente, circunstancia que

---

UC (art. 522) en parte y también del régimen de vivienda [...] el propietario puede designar beneficiario del régimen de vivienda a su conviviente no inscripto. El art. 246, inc. a), no exige expresamente que se trate del 'conviviente inscripto'. Además, el Código nuevo no exige, como lo hacía la Ley 14394 en su art. 43, que el propietario justifique el vínculo con los beneficiarios [...] *el progenitor afín tiene respecto del hijo afín una obligación alimentaria (art. 676), con independencia del tiempo de convivencia del progenitor del menor y el progenitor afín; *es admisible que dicha obligación puede satisfacerse de mejor manera, en lo que a techo respecta, incorporando al hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda; *la existencia de dicha obligación, aunque sea subsidiaria, permite interpretar que el adjetivo posesivo "sus" contenido en el inc. a) del art. 246 habilita al constituyente del régimen de vivienda a designar beneficiario al hijo afín; *sería inconstitucional exigir como requisito el transcurso del plazo de dos años de convivencia a efectos de que el progenitor afín pueda designar beneficiario del régimen de vivienda al hijo afín, dado que el ISN excluye de plano esa interpretación. Y concluimos: si el progenitor afín puede designar beneficiario a su hijo afín sin necesidad de que para ello transcurran los dos años de convivencia, cabe interpretar que también puede designar beneficiario a su conviviente, es decir, al progenitor del menor. Agregamos aquí: podría argumentarse en base al ISN que la única hipótesis en que el conviviente no inscripto puede ser designado beneficiario es cuando hay hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad que sean designados beneficiarios. Contestamos: no permitir la designación del conviviente como beneficiario por no tener un hijo menor o con discapacidad nos parece discriminatorio. Por otra parte, las normas tutelares de la familia deben interpretarse con amplitud. El reconocimiento legal de la UC como familia y la manda constitucional de protegerla integralmente deben inclinar al intérprete por admitir la designación del conviviente no inscripto como beneficiario. La designación del conviviente no inscripto como beneficiario del régimen de vivienda no afecta a los acreedores del propietario de causa posterior salvo llegado el caso en que el único beneficiario que habita el inmueble sea el conviviente no inscripto. En este caso a nuestro juicio debe prevalecer en principio el derecho a la vivienda digna...".

torna inaplicable lo previsto en los artículos 254 (2º párr.) y 255 (inc. b), no nos parece argumento suficiente para negar esta fundamental tutela y lesionar el principio de igualdad.

Desde la óptica de la vivienda, merece la misma protección quien vive bajo un techo dominial que quien lo hace bajo uno estructurado jurídicamente vía un usufructo u otro derecho real que se ejerza por la posesión. Dado que el bien jurídico tutelado es la vivienda, no hay razón para distinguir a los efectos de conceder o no la protección entre las distintas especies de derechos reales que permitan darle sustento.

Respecto de la anticresis, si bien suena extraña su incorporación al régimen de vivienda, es viable, pues el acreedor puede habitar el inmueble, imputando como fruto el alquiler que otro pagaría (art. 2216 CCCN), en cuyo caso entendemos que a la disposición del crédito garantizado (cesión, renuncia, etc.) debe aplicársele el régimen previsto en el artículo 250.

La DTR incurre en un error al referirse a "cuando el afectante establezca beneficiarios", pues en todos los casos el afectante debe designar beneficiarios. Evidentemente, la DTR pretende aludir al caso en que el afectante designe beneficiario a otra persona que no sea él mismo, con o sin designación a favor de sí mismo. El régimen no puede existir ni subsistir sin beneficiarios (art. 255 inc. d CCCN).

Acertadamente, la DTR no exige que la unión convivencial esté inscripta en el Registro Local de Uniones Convivenciales para que el conviviente pueda ser designado beneficiario del régimen, pues de lo contrario se lesionaría la protección integral de la familia convivencial. La norma exige que se trate de una unión convivencial en los términos de los artículos 509 y 510 CCCN; no alude al artículo 511, que es el que contempla la inscripción de la unión en el Registro Local de Uniones Convivenciales "sólo a los fines probatorios". ¿Qué mejor prueba de la existencia de la unión que la confesión del propietario conviviente afectante?

El requisito de que la unión sea pública (art. 509) no se refiere a la publicidad registral, aunque esta coadyuve a su cumplimiento. Quien pretenda contratar con el conviviente propietario está en condiciones de conocer, en base a la publicidad del Registro de la Propiedad, que el inmueble está afectado al régimen de vivienda y que el conviviente es su beneficiario. Ese tercero no podrá invocar la falta de inscripción de la unión convivencial en el Registro Local de Uniones Convivenciales, pues puede conocer la existencia de la unión convivencial a través de las constancias del Registro de la Propiedad. Sin embargo, de manera contradictoria, el Registro de la Propiedad desorienta a los usuarios al brindar en su página web "ejemplos de algunas acreditaciones": "Conviviente: unión convivencial inscripta conforme a los artículos 509 y 510 CCyC" –aclaramos que estos artículos no aluden a la inscripción de la unión en el Registro Local de Uniones Convivenciales–.

No compartimos la postura según la cual, para que proceda la garantía de la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas durante la unión convivencial, es necesaria en todos los casos la inscripción de esta. La literalidad del artículo 522 CCCN ("deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial") se contrapone con la del artículo 511 (1º párr.), de igual rango: la existencia de la unión convivencial se inscribe en el registro que corresponda a la jurisdicción local solo a los fines probatorios. Básicamente no admitimos objetivar el sistema

de manera tal que puedan invocar la falta de inscripción de la unión convivencial a efectos de ejecutar la vivienda convivencial quienes conozcan su existencia (p. ej.: amigos, familiares) al configurarse la causa de la deuda, pues –como nos enseñó Vélez– sería un deshonor que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que esta triunfara. Bajo esta óptica, entendemos que la frase "deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial" significa tanto como "deudas contraídas durante la unión convivencial". Huelga aclarar que la inscripción de una unión convivencial que carezca de un correlato en la realidad por haber cesado y no haberse cancelado dicha inscripción no activa la inejecutabilidad prevista en el artículo 522 CCCN, lo que evidencia que lo realmente relevante es la existencia de la unión convivencial y el conocimiento de su existencia.

Al aceptar la designación del conviviente no inscripto como beneficiario del régimen de vivienda, la ley permite dotar a la unión convivencial de cierta publicidad a través de las constancias del Registro de la Propiedad Inmueble. La nueva tendencia bajo el CCCN –sustentada, entre otras razones, en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que se refiere de manera general a la "protección integral de la familia", sin limitar esta noción a la familia matrimonial– es brindar protección al conviviente, a la familia convivencial. La exigencia de inscribir la unión convivencial en el Registro Local de Uniones Convivenciales como condición para designarlo beneficiario va a contrapelo de los nuevos paradigmas. El Estado debe facilitar que se publicite la existencia de la unión convivencial; si alguno o ambos convivientes no quisieran inscribir su unión convivencial o desconocieran la posibilidad de hacerlo, la designación del conviviente como beneficiario del régimen de vivienda los coloca de cierta manera en el camino de la exteriorización formal. La registración del conviviente como beneficiario del régimen dota de mayor publicidad a la unión convivencial, siendo esta una de las maneras en que los convivientes pueden cumplir con el requisito de publicidad exigido por la ley para la configuración de su unión (art. 509 CCCN).

> «**Artículo 3**. *Podrá ser afectado un inmueble independientemente de su valor, pero si se lo afectare solo por una parte de él (art. 244 del CCyC.), se expresará la porción en términos fraccionarios*».

El artículo 244 CCCN (1º párr.) dispone que puede afectarse un inmueble destinado a vivienda por su totalidad o hasta una parte de su valor. Seguramente la constitución del régimen, es decir, la primera afectación, se hará, salvo escasas excepciones, por la totalidad del valor del inmueble. Pensamos que la constitución por una parte del valor sucederá cuando el sector material afectado a la habitación de los beneficiarios es una parte de un inmueble de mayor extensión susceptible de división, es decir, cuando el inmueble afectado exceda de la unidad habitacional, por ejemplo, si se compone de varios departamentos en uno de los cuales habita el propietario con los beneficiarios y los demás son destinados a generar renta.

Es más probable que la afectación se haga por una parte del valor del inmueble en el contexto de la subrogación (art. 248). Lo demostramos con un ejemplo. Un señor afecta un inmueble de su propiedad al régimen de vivienda con fecha 1/8/2015 por la totalidad de su valor; el 10/9/2016 lo vende por el precio de un millón de pe-

sos, desafectándolo del régimen de vivienda y afectando por subrogación la totalidad de dicha suma. El 30/10/2016 compra su nueva vivienda por el precio de un millón quinientos mil pesos, de los cuales un millón es el importe subrogado a la vivienda originaria y el resto son ahorros que invierte en esta compra. Para la autorización de la escritura el escribano obtuvo reserva de prioridad con fecha 20/10/2016. En el mismo acto afecta por subrogación el inmueble comprado al régimen de vivienda. Para ello, "arrastra" el millón de pesos que tenía afectado al régimen desde el 1/8/2015. Si no amplía en ese acto la afectación por los restantes quinientos mil pesos, la misma alcanza solo dos tercios del valor del inmueble. Para que la afectación cubra la totalidad del valor, es decir, el tercio restante, debe ampliarse por los restantes quinientos mil pesos, ampliación que resulta inoponible a los acreedores por deudas cuyas causas generadoras sean anteriores a la misma. Si otorgara la antedicha ampliación, dos tercios del valor del inmueble estarán cubiertos desde el 1/8/2015 y el tercio restante, desde el 20/10/2016 (fecha de la reserva de prioridad).

La discrecionalidad del propietario para decidir si la afectación es total o parcial, es decir, por una parte del valor del bien, reconoce como límite la razonabilidad, que puede ser revisada judicialmente a pedido de los acreedores perjudicados. La protección de la vivienda, que necesariamente conlleva un perjuicio a los acreedores de causa posterior a la afectación, debe ser proporcional a las necesidades medias del o de los beneficiarios. El juez debe, si entiende que la afectación excede los límites impuestos por la buena fe, ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y procurar la reposición al estado de equilibrio, determinando la parte del valor del inmueble que debe quedar bajo el régimen de vivienda a resguardo del ataque de los acreedores.

El afectante debe ser asesorado sobre estas posibilidades por quien reciba su declaración de voluntad en el trámite de afectación, sea la autoridad de aplicación (art. 253 CCCN) o los escribanos (art. 60 inc. a Ley Orgánica Notarial 404).

La DTR establece que puede afectarse un inmueble **independientemente de su valor**. Si bien obtendrá la inscripción de la afectación sin objeciones por parte del organismo de aplicación, el propietario debe tener presente que los alcances de la afectación son susceptibles de ser revisados judicialmente a pedido de sus acreedores perjudicados, quienes pueden cuestionar la afectación por excesiva (abusiva, desproporcionada) y solicitar que se reduzca a una parte del valor del bien.

La DTR omite reglamentar el supuesto en el que la afectación por la totalidad del valor se hace escalonadamente. En el ejemplo que dimos anteriormente, si la afectación se amplía por el tercio restante, el inmueble queda afectado por la totalidad de su valor. Consideramos que la cuantificación del valor incorporado al régimen debe hacerse desde la óptica de los acreedores, pasibles de ser perjudicados por el régimen: a) para los acreedores por causa anterior a la constitución del régimen la afectación "no existe", no los perjudica; b) para los acreedores por causa posterior a la constitución, la afectación del inmueble subrogante es por dos tercios de su valor; y c) para los acreedores por causa posterior a la ampliación la afectación es oponible por la totalidad del valor del inmueble. En este caso, a efectos de una adecuada publicidad, será necesario expresar **cada porción afectada en términos fraccionarios con indicación de la fecha a partir de la cual es oponible a terceros**.

«**Artículo 4**. *En los supuestos previstos en el artículo 248 del CCyC, del documento de afectación por subrogación deberán surgir los datos de la constitución originaria.*
Cuando la desafectación y la afectación por subrogación no sean simultáneas, deberá hacerse expresa "reserva" de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente».

Este artículo regula el supuesto de afectación por subrogación. Recordamos que toda vez que se otorga una desafectación sin extinción del régimen, es decir, sin que el propietario renuncie, se produce la correlativa afectación por subrogación; por ejemplo, se desafecta el inmueble que se vende y a la vez se afecta ("la afectación se transmite") –a nuestro juicio, de pleno derecho y sin solución de continuidad– la totalidad del importe del precio de venta. Al afectarse por subrogación la nueva vivienda, es decir, al emplearse dicho importe en la adquisición, no solo deberían surgir del instrumento los datos de la "constitución originaria" sino los de las sucesivas subrogaciones (desafectaciones y afectaciones) y eventuales ampliaciones o reducciones de la parte del valor incorporada al régimen.

La frase "constitución originaria" que emplea la DTR en principio nos parece redundante, pues la **constitución** implica el **origen** del régimen. Oportunamente, en un primer aporte que intentamos hacer sobre esta figura, distinguimos la constitución de la afectación y de su inscripción, y la desafectación de la extinción y de la cancelación[4]. La constitución implica necesariamente la **afectación originaria**. A toda constitución le corresponde una afectación, pero no a la inversa; la constitución implica el arranque del régimen, y para que esto ocurra es preciso, entre otros requisitos, afectar un bien. Si bien el CCCN alude las más de las veces a la afectación, la constitución está prevista en los artículos 252, 253, 254 y 255 (inc. b) y la figura del constituyente en los artículos 246, 250 y 255 (incs. a y d). Mientras que el constituyente es quien le da origen al régimen, es decir, quien afecta por primera vez un bien al mismo, el afectante no siempre es el constituyente.

Entendemos que el constituyente es el "primer afectante" pero no el único afectante, pues el beneficiario no constituyente que devino propietario también puede ser afectante-ampliador respecto del régimen constituido por su antecesor. Por ejemplo: un señor soltero llamado Juan constituye el régimen de vivienda y designa beneficiario a su único hijo, Pedro, ambos habitan el inmueble; luego fallece el constituyente, es decir, Juan, y lo hereda su hijo beneficiario, Pedro, quien deviene en propietario del inmueble afectado por su padre; el régimen subsiste, pues murió el constituyente pero vive uno de los beneficiarios (art. 255 inc. d). El beneficiario no constituyente devenido propietario, es decir, Pedro, puede subrogar el beneficio, pues ninguna norma impone que el otorgante de la subrogación debe ser el constituyente del régimen. El único requisito que se exige para operar la subrogación es ser "propietario" del bien subrogante y del bien subrogado. Advertimos que el anteúltimo párrafo del artículo 249 prevé que el remanente de la subasta del inmueble afectado "se entrega al propietario del inmueble", no al "constituyente". Que el remanente se entregue al propietario en rigor significa que no puede ser embargado por "los

4. Cfr. nota 2.

acreedores sin derecho a requerir la ejecución" (antepenúltimo párrafo del art. 249). Es decir que el remanente se le entrega al propietario, sea el constituyente o sea el beneficiario, quien puede reinvertirlo en una nueva vivienda protegida por el mismo régimen que fuera constituido (pero con un objeto y un propietario distintos de los originarios).

La figura del propietario constituyente está contemplada en el artículo 246 CCCN. También está prevista en el artículo 250, que se refiere a la transmisión del inmueble por el constituyente que está casado o vive en unión convivencial inscripta. Esta distinción entre propietario y constituyente nos conduce a lo siguiente: el beneficiario que devino propietario no puede en tal carácter ampliar el régimen, sino que debe constituir uno nuevo que complemente el anterior. Nos explicamos: solo pueden ser beneficiarios del régimen los sujetos mencionados en el artículo 246, quienes deben tener vínculo familiar con el propietario constituyente. Es decir que el beneficiario no constituyente devenido propietario no puede a su vez designar beneficiarios, a menos que se erija en constituyente. Ejemplificamos siguiendo con el caso anterior: Pedro –quien heredó el inmueble que su padre, Juan, afectó por constitución al régimen de vivienda, designándolo beneficiario– tiene un hijo menor de edad, Ulises, con su conviviente,[5] María; todos cohabitan en el inmueble. El único beneficiario del régimen constituido por Juan es Pedro; para que Ulises pueda ser designado beneficiario, Pedro debe constituir un nuevo régimen sobre el mismo inmueble y designarlo beneficiario (podría designarse también a sí mismo, aunque tal designación se superponga con la que oportunamente hizo Juan), el que se añadiría al "**constituido originariamente**" por Juan. Si Pedro no constituyera un nuevo régimen que se adicione al anterior, él podría solicitar la desafectación y cancelación del régimen constituido por Juan con prescindencia de la conformidad de María, su conviviente, pues Pedro no es el constituyente (art. 255 inc. a). Pero al constituir un nuevo régimen sobre el mismo inmueble y designar beneficiario a Ulises, la desafectación sí requeriría el asentimiento de María.

Ventajas de admitir la constitución añadida del régimen:

1) erige a Pedro en "propietario constituyente" y, por lo tanto, le posibilita designar beneficiarios (art. 246);
2) al no extinguirse la constitución anterior, otorgada por Juan, las deudas de causa posterior a dicha constitución no son oponibles a Pedro, con los alcances previstos en el artículo 249;
3) se habilita el control del cónyuge o conviviente del "propietario constituyente" (art. 250) o del "constituyente"[6] (art. 255 inc. a).

Si no se permitiera la constitución añadida, Pedro debería renunciar al régimen constituido por su padre y constituir uno nuevo para incorporar a Ulises como beneficiario. Ello eliminaría la ventaja referida anteriormente (2). La ley prohíbe afectar al régimen dos o más inmuebles (art. 244 3º párr.), pero no prohíbe que sobre un mismo inmueble recaigan dos constituciones. Si no se le permitiera a Pedro añadir

5. En los términos de los arts. 509 y 510 CCCN.

6. Quien si bien debe ser propietario al nacer el régimen, puede durante su vigencia transmitir la propiedad del bien afectado al beneficiario y, de esta manera, continuar siendo constituyente pero no propietario.

otra constitución a la originaria, se discriminaría a Ulises por causa de ser su padre, beneficiario devenido propietario, y además se colocaría a Pedro en la incómoda situación de tener que optar por renunciar a la protección constituida por Juan o brindar protección *ex tunc* a su hijo Ulises. Si Pedro renunciara al régimen constituido por Juan, el inmueble podría ser ejecutado por todas las deudas de causa anterior a la desafectación y Ulises quedaría sin vivienda. Si Pedro dejara vigente el régimen constituido por Juan, al fallecer Pedro dicho régimen se extinguiría (art. 255 inc. d *in fine*), y también en este caso Ulises quedaría sin protección. La doble constitución o la adición de la constitución otorgada por el beneficiario devenido propietario permiten proteger a Ulises de una manera integral. Así el Estado argentino cumple una medida apropiada para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a darle efectividad al derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, particularmente con respecto a la vivienda (art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

El desdoblamiento del carácter de constituyente y propietario permite arribar a la siguiente conclusión: si el propietario constituyente transmite el inmueble afectado al beneficiario, para que este pueda enajenarlo es necesario el asentimiento del cónyuge o conviviente del "constituyente" (art. 250 CCCN) originario, y no el del cónyuge o conviviente del "propietario". A su vez, como el beneficiario devino propietario, puede erigirse también en constituyente, es decir, otorgar una nueva constitución sobre el mismo inmueble, a efectos de hacer él su propia designación de beneficiarios. En ese caso la enajenación o gravamen del inmueble requiere del asentimiento del cónyuge o conviviente del primer constituyente y también el del cónyuge o conviviente del constituyente "añadido".

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 4 de la DTR nos merece algunos comentarios reprobatorios. Ponemos de relieve algunos de los que a nuestro juicio son defectos de la norma, con el fin de impulsar su corrección.

Carece de claridad y precisión la frase "cuando la desafectación y la afectación por subrogación no sean simultáneas", dado que toda desafectación y afectación por subrogación son "simultáneas": al venderse el inmueble afectado, este es subrogado sin solución de continuidad por el importe del precio de su venta, que ingresa al régimen de vivienda en lugar de aquel; este importe, a su vez, al emplearse para pagar el precio de compra de la nueva vivienda, es subrogado por esta, es decir, se desafecta, y así hasta la extinción total del régimen. En la subrogación **a toda desafectación objetiva corresponde la correlativa afectación ambas son siempre simultáneas**, las dos caras de una misma moneda; el régimen continúa vigente y cambia sin solución de continuidad el objeto sobre el que recae.

Pocas veces sucede en la praxis que la afectación "se transmite" (art. 248) de una vivienda a la otra directamente, de un inmueble a otro sin solución de continuidad. Ello sucede cuando a cambio de la vivienda transmitida (que se desafecta) se recibe como contraprestación la nueva vivienda (que se afecta), por ejemplo, a través de un contrato de permuta de la "vivienda anterior" por la "vivienda nueva". En los casos en que la contraprestación a favor de quien enajena su vivienda no consiste en la nueva vivienda, la afectación "se transmite" al "importe" y luego pasa de este a la nueva vivienda que se adquiera por reinversión.

Podría ocurrir también que la afectación "se transmita" (art. 248) de una vivienda a la otra "directamente" pero no de manera "simultánea" (inmediata). Por ejemplo: el propietario enajena su vivienda y el adquirente se obliga a demolerla, construir en el terreno un edificio y entregarle a cambio un departamento que el propietario subrogará en lugar de la vivienda anterior. En este caso el traspaso no es "directo" de vivienda vieja a vivienda nueva, pues el beneficio pasa de la vivienda desafectada al crédito que al enajenante le queda contra el adquirente. Si este incumpliera su obligación y el enajenante resolviera el contrato, el beneficio pasaría del crédito a la indemnización sustitutiva, una vez cobrada la misma. Del crédito contra el adquirente del terreno pasará, en caso de cumplirse el contrato, al dominio del departamento que el enajenante del terreno adquiera por permuta.

No descartamos que entre la percepción del precio de venta y la compra de la nueva vivienda medie alguna otra operación –siempre que esta sea compatible con el régimen–; por ejemplo: depósito bancario, sea a la vista o a plazo, para resguardar "la vivienda". Puede ocurrir que la percepción del importe no sea en el mismo acto de enajenación de la vivienda, o sea, que se difiera el pago, que el enajenante-subrogante-acreedor del saldo de precio descuente el crédito para hacerse de dinero líquido para reinvertir en la adquisición de la nueva vivienda, etc. El bien afectado puede consistir, pues, en un inmueble con destino vivienda, el importe cobrado en concepto de precio de venta del mismo, el crédito por saldo de precio, el crédito contra el banco depositario del importe, el crédito contra el permutante-constructor, etc.

En la mayoría de los casos, entre las dos viviendas, el régimen recaerá sobre el "importe" de la enajenación de la primera vivienda. Para la continuidad del régimen es condición que este recaiga sin solución de continuidad sobre un objeto idóneo. De allí que en un primer análisis que hiciéramos de la subrogación en el régimen de vivienda hayamos resaltado la necesidad de que el organismo de aplicación implemente los medios necesarios a efectos de establecer la trazabilidad, al menos, de los aspectos objetivos del régimen (bien afectado y parte del valor cubierta), a fin de resguardar equilibradamente los diversos intereses en juego (constituyente, beneficiarios, acreedores).[7]

La afectación abarca también los frutos indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios, según resulta del artículo 251. Este artículo evidencia que **los frutos que produce el bien incorporado al régimen, sea este un inmueble** (como reza la norma) **o una suma que lo sustituya en concepto de indemnización o precio, amplían objetivamente la afectación *ipso iure***. Es decir, los intereses que produzca el importe subrogado, por ejemplo, por su depósito bancario a plazo fijo, quedan comprendidos automáticamente en la afectación, sin necesidad de una manifestación de voluntad del propietario en ese sentido. La incorporación de los intereses al régimen se produce –y a nuestro juicio es oponible– con su devengamiento.

El uso de la palabra "simultáneas" en el segundo párrafo del artículo 4 de la DTR para calificar la enajenación de la vivienda y la correlativa adquisición de la sustituta no es adecuado. Preferimos reservar dicha expresión para aludir al supuesto de "tracto abreviado" contemplado en el artículo 16, inciso d), de la Ley 17801. Nos

7. Cfr. nota 2.

parece que la DTR pretende referirse a la hipótesis en que no media lapso entre la enajenación de la vivienda afectada[8] y la adquisición de la sustituta, es decir, entre la enajenación-desafectación por subrogación y la adquisición-afectación por subrogación. Nos preguntamos si el Registro medirá esa "ausencia de lapso" con el mismo criterio de simultaneidad que rige para los supuestos comprendidos en la Ley 17801 (art. 16 inc. d): ¿la enajenación y la adquisición deben otorgarse en un "mismo escritorio y momento" o alcanza con que los dos actos se otorguen el mismo día?

Recordemos que la simultaneidad, en el contexto del citado artículo 16, refiere a un supuesto de legitimación para disponer: el autorizante de la segunda escritura legitima al disponente en base a la primera escritura. En tal hipótesis (la del art. 16), en la segunda escritura debe expresarse "la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el Registro". Es decir, el "segundo escribano" debe controlar el primer acto a efectos de evaluar la legitimación de quien dispone en la escritura que él autoriza y hacer en esta escritura la relación de los antecedentes correspondientes; y el "primer escribano" no tiene nada que hacer respecto de la segunda escritura, aunque presencia su otorgamiento. En la hipótesis del artículo 16 (inc. d) ambos escribanos "terminan" el acto al mismo tiempo y en un mismo escritorio, según el criterio de simultaneidad que maneja el Registro porteño.

Sin embargo, la denominada simultaneidad por el segundo párrafo del artículo 4 plantea una dinámica de hechos distinta, pues, a diferencia de la hipótesis del inciso d) del artículo 16, no se refiere al mismo objeto –precisamente la subrogación implica cambio de objeto afectado al régimen–[9] ni a un supuesto de legitimación para disponer: el "primer escribano" autoriza la escritura de desafectación por subrogación (es decir, sin cancelación) de la vivienda y de enajenación de la misma, y el "segundo escribano" autoriza la de adquisición de la nueva vivienda y su afectación por subrogación (sin constitución) al régimen de vivienda. En la segunda escritura, calificada de "simultánea" por el referido artículo 4, el autorizante deja constancia de "los datos de la constitución originaria", siendo innecesario, según la DTR, que en ese caso (enajenación y adquisición "simultáneas") el autorizante de la "primera escritura" haga constar la **expresa "reserva"** del desafectante de subrogar el beneficio. Sin embargo, por no tratarse de un supuesto de legitimación para disponer, el "primer escribano" normalmente no presencia el segundo acto (ni el "segundo escribano" el primer acto), es decir, el de adquisición de la nueva vivienda, que no necesariamente se hace en el "mismo escritorio" y "mismo momento", por lo que mal podría legitimar en "su escritura" la falta de expresa "reserva" del desafectante, como *a contrario sensu* se desprende de la DTR. Si el segundo acto no se otorgara por cualquier razón en la oportunidad prevista (coetáneamente con el primer acto), el "primer escribano" que ya hubiera autorizado su escritura no estaría en condiciones de hacer constar en la misma la "reserva" expresa. ¿Acaso el desafectante debería otorgar una escritura

8. Empleamos a lo largo del presente trabajo la frase "vivienda afectada" por razones de comodidad en el uso del lenguaje, pues se torna demasiado engorroso expresar que la vivienda es el objeto sobre el que recae el derecho real que se incorpora al régimen, como más adelante exponemos.

9. Aunque, como más adelante exponemos, entendemos que la subrogación puede ser un cambio de derecho real que recaiga sobre el mismo objeto.

complementaria de "reserva" expresa? ¿La "reserva" expresa hecha en un acto posterior es idónea para conservar el beneficio? Entonces concluimos que si la aludida "reserva" fuera necesaria a los efectos de conservar el beneficio (cuestión que descartamos de plano), debería efectuarse siempre, en todos los casos, aun en las hipótesis de presunta "simultaneidad" en los términos del artículo 4, por si se frustrara el segundo acto.

Nos preguntamos ¿qué sucede si no se hace la "reserva"? ¿Acaso se pierde el beneficio? Entendemos que la respuesta es negativa, dado que: 1) los derechos no se reservan sino que se ejercen; 2) no cabe presumir actos abdicativos, y, por lo tanto, la extinción voluntaria del régimen debe interpretarse restrictivamente; 3) la subrogación opera de pleno derecho, pues la afectación "se transmite", según resulta del artículo 248 CCCN, sin necesidad de ninguna manifestación en tal sentido por parte del desafectante (del inmueble)-afectante (del importe). Entendemos que la frase "se transmite" del artículo 248 opera como norma supletoria: si nada se expresa en el acto de desafectación, la subrogación opera automáticamente; siempre habrá tiempo para abdicar del régimen. En este sentido, la ley es sabia pues pone al desafectante al abrigo de su omisión de subrogar la afectación o de un asesoramiento incorrecto.

No advertimos razón atendible por la que el Registro exige que en la escritura de enajenación y desafectación el enajenante haga "reserva" expresa. El Registro no toma razón de la "reserva" en el folio correspondiente al inmueble desafectado y enajenado, pues el desafectante deja de ser su titular; además, dicho folio no sería el lugar adecuado para asentarla.

Por otra parte, el Registro omite exigir que en la escritura de afectación por subrogación se deje constancia de la trazabilidad objetiva del régimen de vivienda; solo exige que se asienten "los datos de la constitución originaria" pero no los de las sucesivas subrogaciones que se hayan producido. Esto, sumado a que el Registro no toma razón de la "reserva", nos suena a que se pretende trasladar la trazabilidad a los escribanos y sus protocolos, desentendiéndose el organismo de aplicación del control de legalidad que le cabe hacer al respecto. Como el Registro, en el estado actual de avance de su técnica, no toma razón de la subrogación que no tenga por objeto un inmueble, pretende que esta se haga únicamente en las escrituras, a través de la expresa "reserva", y que sean los escribanos los "únicos" que controlen y, por lo tanto, los únicos responsables. Que el Registro no exija que en las escrituras de afectación por subrogación se deje constancia de los datos de las subrogaciones que le sigan a la "constitución originaria" lo coloca en condiciones de no poder controlar la trazabilidad del objeto a los efectos de acceder o no a la petición registral. Recordemos que el Registro únicamente puede controlar ateniéndose a lo que resultare de los documentos presentados a registro y de los asientos respectivos. Exhortamos a los colegas a que no se limiten en los casos de afectación por subrogación a dejar constancia únicamente de los datos correspondientes a la "constitución originaria", sino que expongan de manera circunstanciada todos los datos, a efectos de alcanzar la completa trazabilidad del régimen.

Concluimos en este punto que la "reserva" expresa de subrogar el beneficio es inexigible, por inoperante. La subrogación de la vivienda desafectada por el importe del precio de su venta es automática. La falta de "reserva" no obsta la subrogación, a

menos que del contenido del acto de desafectación se colija con certidumbre la intención del desafectante de provocar la extinción del régimen. La exigencia de que la "reserva" se exprese apunta únicamente a la facilitación del control de legalidad en la subrogación, que debe ser efectuado por el autorizante del documento de afectación por subrogación, sea el escribano o sea el Registro.

La omisión de asentar la trazabilidad objetiva del régimen en el Registro de la Propiedad Inmueble es *contra legem*, pues "la afectación se inscribe en el registro de la Propiedad Inmueble" (art. 244, 2º párr., CCCN) y "se transmite […] a los importes que la sustituyen –se entiende a la vivienda– en concepto de indemnización o precio" (art. 248 CCCN). Del juego de ambos artículos resulta que la afectación que recae sobre el importe también debe inscribirse en el Registro. Este deber no es antojadizo, sino que se establece para proteger a los beneficiarios del régimen de los ataques de los acreedores excluidos,[10] además de, entre otras bondades, para evitar conflictos o simplificar la prueba para la resolución judicial de los que se plantearan.

No se alegue que la "reserva" expresa que, según la DTR, debe hacerse en las escrituras públicas hace las veces de la registración de la afectación que recae sobre el importe, pues el acceso a los protocolos notariales es mucho más restringido que al Registro. Los escribanos deben guardar estricta reserva del protocolo y exhibirlo solo en los casos legalmente previstos (arts. 29, inc. j, y 73, Ley 404): a) por orden de juez competente; o b) a requerimiento de quienes tuvieren interés legítimo en relación con los respectivos documentos, entre quienes no se menciona a los acreedores del propietario del inmueble afectado al régimen de vivienda. En cambio, el Registro es público para quien tenga interés legítimo en averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones o interdicciones inscriptas (art. 21 Ley 17801).

La actitud evasiva del Registro resulta perjudicial para el sistema, pues deja "escondida" información que es relevante para el ejercicio adecuado de los derechos por parte de los acreedores del propietario. Entendemos las dificultades del organismo registral de idear un sistema adecuado y de llevarlo a la práctica y aceptamos que, mientras trabaje en esa dirección, acuda a la colaboración de, por ejemplo, los escribanos, tal como en su oportunidad sucedió con el régimen de prehorizontalidad (arts. 34 y 35 Ley 19724[11], derogada por la Ley 26994).

10. Ver ob. cit. (cfr. nota 2), §10.

11. "Disposiciones de aplicación transitoria": Art. 34. "Hasta tanto los Registros de la Propiedad Inmueble correspondientes a la jurisdicción de los inmuebles que quedan sometidos al régimen de la presente ley estén en condiciones de efectuar la registración a que se refiere el artículo 12, lo que no podrá exceder del 1 de febrero de 1973, los contratos de adquisición que se celebren serán puestos en conocimiento del escribano a cargo del Registro Notarial donde se haya otorgado la escritura de afectación. En el supuesto del artículo 18, la rescisión o resolución debe ser registrada en el Registro Notarial interviniente. En el caso del artículo 19, inc. b), debe suministrarse nómina de los adquirentes cuyos contratos se encuentren registrados en el protocolo. En el caso del artículo 24, el privilegio que se confiere lo será respecto de los adquirentes cuyos contratos estuvieren registrados en el protocolo. Si el propietario revoca la designación de escribano efectuada para el otorgamiento de la escritura de afectación, debe hacer constar la nueva designación juntamente con la originaria, en todos los elementos y actos detallados en el presente artículo y notificarla fehacientemente a los adquirentes cuyos boletos hayan sido registrados". "Obligaciones del Escribano" Art. 35. "En los casos de aplicación del artículo 34, el escribano está obligado a: a) dejar constancia en su protocolo de los contratos de adquisición. La misma surtirá los efectos que por esta ley se atribuyen a la registración de los contratos en los Registros de la Propiedad Inmueble; b) en el caso del artículo 6, último párrafo, el escribano interviniente dejará constancia fehaciente de la inexistencia de contratos registrados o de que su número no alcanza al mínimo previsto; c) en

Lamentablemente no es esta, a nuestro juicio, la única omisión que cabe reprocharle al Registro en orden a la publicidad del régimen de vivienda, pues entendemos que debería exteriorizar en los folios reales los datos de individualización de los beneficiarios, a fin de posibilitarles a los acreedores contar con la información que les permita ejercitar más fácilmente, de manera extrajudicial, el control de la vigencia o no del régimen.

Según el artículo 14 de la Ley 17801, todo asiento registral debe practicarse con la especificación de las circunstancias particulares –se entiende de trascendencia real (art. 12)– que resulten de los respectivos documentos, especialmente en relación con el derecho que se inscriba. Siendo la existencia de beneficiarios condición de constitución y de subsistencia del régimen, que impacta en el derecho real modificando su contenido ordinario, no encontramos justificación para no exteriorizar en el asiento registral los datos de todos los beneficiarios, dado que aquellos permitirán indagar o facilitarán la indagación por parte de los acreedores del propietario acerca de la subsistencia o no del régimen.

Por otra parte, el artículo 248 CCCN establece que la afectación "se transmite" a los importes que sustituyan la vivienda en concepto de precio. La subrogación o "transmisión de la afectación" en la terminología legal es automática, no dependiente de ninguna expresión de voluntad del propietario en tal sentido. La ley no condiciona la subrogación a que el constituyente manifieste su voluntad de prevalerse de la misma al enajenar la vivienda afectada. En este sentido, la ley suple su voluntad, la presume, como medida tuitiva de preservación de la protección. Mientras el constituyente no solicite la desafectación y la cancelación de la inscripción (art. 250 inc. a), es decir, mientras no renuncie a la aplicación del estatuto del régimen de vivienda, este se le aplica.

Sabido es que los derechos no se reservan sino que se ejercen y que la renuncia a ellos no se presume. El Registro, con la interpretación que resulta del artículo 4 de la DTR, deja sin efecto la protección legal, la invierte ilegítimamente en perjuicio del propietario, pues pone a cargo de este al enajenar el inmueble afectado la carga de efectuar la reserva de subrogar el beneficio.

Otro supuesto en el que la afectación "se transmite" de una vivienda a la otra sin solución de continuidad tiene lugar cuando el propietario de dos inmuebles "traslada" la afectación de uno al otro, hipótesis que la DTR no prevé. Si bien el CCCN exige para la subrogación que "la vivienda se adquiera en sustitución de la afectada", ello no obsta que la "segunda vivienda" se adquiera antes de enajenarse la "primera". Por ejemplo: el constituyente otorga boleto de compraventa de la vivienda afectada por el precio de un millón de pesos, de los cuales cobra cuatrocientos mil contra la firma del boleto; con esta suma el constituyente adquiere por escritura pública de compra la "segunda vivienda" antes de otorgar la de venta de la "primera". En este caso la sustitución sucede antes de la enajenación de la "primera vivienda".

«**Artículo 5**. *A los efectos del artículo 244, 2º párrafo, la solicitud de afectación mediante petición constitutiva ante este Registro, la escritura notarial o la decisión*

el caso del artículo 10, inciso b), expedir detalle certificado de las unidades que se hubiesen enajenado y de su inscripción en el protocolo".

> *judicial que disponga la afectación deberá tener ingreso en el ordenamiento diario previsto por los artículos 19 y 40 de la Ley Nº 17801*».

El párrafo citado por la DTR establece que la afectación se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y que la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la Ley Nacional del Registro Inmobiliario.

Nos parece que al artículo 5 de la DTR le falta contundencia, que su redacción no responde a una determinación firme de defensa de la vivienda. El artículo nos parece inocuo, cándido. Sin dudas, a lo que el artículo 244, 2º párrafo, CCCN apunta es a poner en funcionamiento, con relación al régimen de vivienda, el sistema de retro-prioridad basado en la posibilidad de reservar la prioridad vía el pedido de la certificación dominial referida en los artículos 22 y siguientes de la Ley 17801. La remisión que hace el CCCN es a "las normas contenidas en la Ley Nacional del Registro Inmobiliario", a todas, sin especificar ninguna en particular, de manera que cabe entender que juegan también las que resultan de los artículos 5, 25 y concordantes, que articulan la retro-prioridad protectoria. La referencia a los artículos 19 y 40 hecha en la DTR nos hace sospechar de la intención del organismo de eludir el sistema de retro-prioridad al que apunta el CCCN para la figura en análisis, sospecha que esperamos no tenga correlato en la praxis registral.

> «**Artículo 6**. *Las normas de esta disposición se aplicarán en la calificación e inscripción de los documentos notariales y administrativos autorizados a partir del 1º de agosto de 2015, fecha en la que entrará en vigencia la presente disposición técnico registral*».

Cabe formular una precisión en orden a lo preceptuado en este artículo: como criterio general aceptamos el establecido en este artículo; sin embargo, también cabe aplicar las normas de la DTR y del CCCN a los documentos autorizados con anterioridad al 1 de agosto de 2015 que prevean el diferimiento de sus efectos a tal fecha.

3. La Orden de Servicio 45/2015

La OS carece de articulado en su Anexo I, en el que se establecen los criterios de aplicación. Estos criterios se presentan a texto "corrido", de manera que la invocación e individualización de las normas aplicables se tornan dificultosas. La técnica legislativa dista de ser la adecuada.

En las páginas 11 y 12 de la OS se prevén algunos criterios aplicables al régimen de vivienda:

> «*El efecto de la registración de la afectación a vivienda continúa siendo constitutivo*».

Esta afirmación nos resulta dogmática, pues no cita norma alguna en la que basarse; y no encontramos en el CCCN ninguna norma que permita darle sustento. Más allá de lo verdadero o falso de tal afirmación, el mecanismo de retro-prioridad no se con-

trapone con un sistema de inscripción constitutivo, tal como lo evidencia el sistema registral automotor (arts. 1 y 16 Decreto-ley 6582/1958 TO 1997).

Al derogarse la Ley 14394, las diferentes interpretaciones que se suscitaron en orden a los alcances de su artículo 35 quedaron prácticamente sin efecto. La cuestión del carácter de la inscripción pierde relevancia al establecer el artículo 244 CCCN que "la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la Ley Nacional del Registro Inmobiliario": cualquiera sea el carácter de la inscripción, no cabe duda ante la contundencia de su texto de que el efecto de ella se retrotrae a la fecha del asiento de reserva de prioridad o, en su defecto, a la de presentación del documento de constitución.

Formulamos una aclaración al texto de la OS: el carácter supuestamente constitutivo de la registración no debe referirse a toda afectación sino a la afectación por constitución, ya que en el caso de la subrogación la afectación "se transmite" ora a la nueva vivienda, ora al importe del precio o indemnización, pero en todo caso de pleno derecho, según los términos del artículo 248, sin necesidad de registración alguna.

> «*Por no haberse modificado el artículo 23 de la Ley 17801, no se requiere ni se expedirá certificado de dominio para su afectación*».

Esta afirmación va a contrapelo de que "la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario". La remisión que efectúa el CCCN es –reiteramos– a todas las normas regulatorias de la prioridad temporal. La expedición del certificado pone en funcionamiento el sistema de retro-prioridad, por lo que la denegatoria registral a emitirlo constituye a nuestro juicio un desacato a lo establecido en el artículo 244 CCCN (2º párr.) en cuanto dispone la aplicación de (todas) las normas regulatorias de la prioridad temporal previstas en la Ley 17801, entre las cuales están los artículos 5 y 22. Remitimos a los comentarios que al respecto efectuamos al referirnos al artículo 4 de la DTR porteña.

> «*[La afectación] puede ser solicitada por el titular registral*».

Desarrollamos este punto al comentar el artículo 2 de la DTR porteña. La exigencia de que el titular esté inscripto obstaría la afectación por la modalidad de tracto sucesivo abreviado.

> «*Los beneficiarios no se publicitarán en los asientos, quedando individualizados sólo en la minuta rogatoria*».

El Registro debe poner la información a mano del público usuario, ya que de lo contrario se aleja de las razones que dan sustento a su propia existencia. La ocultación de información constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos de los acreedores del propietario. Nos remitimos a los comentarios que hicimos al respecto al glosar el artículo 4 de la DTR.

> «*Si el constituyente se encuentra casado o en unión convivencial inscripta […] el inmueble no puede ser transmitido, gravado ni desafectado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente*».

En su momento expusimos nuestra opinión de que el Registro no puede desconocer la existencia de la unión convivencial no inscripta en el Registro Local de Uniones Convivenciales si previamente tomó razón del documento de afectación al régimen en el que el conviviente no inscripto fue designado beneficiario.[12] Tal actitud del Registro sería contraria a la buena fe y a sus propios fines.

Si del documento de transmisión, gravamen o desafectación presentado a Registro resultara que el disponente manifestó no tener vigente ninguna unión convivencial en los términos de los artículos 509 y 510 CCCN, pero el conviviente no inscripto figurara como beneficiario, la falta de publicidad de esta circunstancia en el folio real y la consecuente falta de control dejarían abierta la puerta para que el disponente pueda perjudicar los derechos de su conviviente o exconviviente y demás integrantes del grupo familiar. Además, para desafectar del régimen no hay deber a cargo del funcionario autorizante de tener a la vista el documento de afectación y las eventuales ampliaciones o supresiones subjetivas que el constituyente haya otorgado para incorporar a otros beneficiarios al régimen o eliminarlos. La manera más sencilla y económica de posibilitarle al funcionario autorizante un adecuado control de legalidad es haciendo constar en la matrícula la identificación de todos los beneficiarios del régimen. No nos satisface el castigo penal al autor de la falsedad, sino que preferimos evitar la comisión del delito, y ello se logra poniendo a mano la información necesaria para advertir la posible mentira.

> «*Se admite la sustitución de la vivienda afectada por otra, la cual puede ser adquirida simultáneamente con la venta del inmueble afectado o con posterioridad*».

En el primer caso, junto a la "compraventa" se deberá rogar la sustitución. Del documento debe surgir la identificación de la primitiva afectación, la que debe trasladarse con sus mismos datos al inmueble que se adquiere.

En el segundo caso se calificará lo siguiente:

- En la escritura de "compraventa" por la cual se desafectó a vivienda deberá surgir la "reserva" de sustituir/subrogar la vivienda en los términos del artículo 248 CCCN.
- En la escritura de adquisición el notario deberá referenciar la reserva anteriormente indicada, consignando todos los datos de la primitiva afectación.

En ambos casos el inscriptor controlará los datos del "bien de familia" sustituido en la inscripción antecedente previo a su traslado.

Caben aquí muchas de las observaciones que formulamos al comentar el artículo 4 de la DTR. Advertimos que por tratarse de una OS, es decir, una norma interna del organismo que, por definición, no está dirigida a los administrados sino a los subordinados del director, mal puede este a través de ella impartir órdenes a los notarios ("el notario deberá referenciar la reserva"). Huelga aclarar que la subrogación opera pese a que la escritura de enajenación/desafectación no sea de compraventa (única a la que alude la OS); puede tratarse de una de permuta u otro título que lógicamente no excluya la subrogación.

12. Cfr. nota 3.

Si se admite –como nosotros lo hacemos– que la afectación supone la incorporación al régimen no de un objeto sino estrictamente de un derecho real que recae sobre un objeto, cabe concluir que dicha afectación podría transmitirse de un derecho real a otro derecho real que recaiga sobre el mismo objeto. Por ejemplo: el dueño de un inmueble afectado al régimen de vivienda dona el dominio directo, se reserva su usufructo vitalicio y "traslada" la afectación del dominio al dominio útil (usufructo). El donatario adquiere un dominio desnudo, no afectado al régimen, pues este recae únicamente sobre el usufructo por subrogación (del derecho real, no del objeto). El donatario puede disponer libremente de la nuda propiedad, dado que no está comprendida en el régimen de vivienda. Este criterio es acorde con el principio de transmisibilidad de los derechos reales (art. 1906 CCCN) y con el principio de libertad de cargas o gravámenes reales que prima en la materia (art. 1888 CCCN). De esta manera, quien necesita honrar sus deudas puede vender la nuda propiedad y hacerse de líquido para ello; podría agregarse a la venta de la nuda propiedad, por ejemplo, un pacto de retroventa a efectos de poder recuperarla en caso de mejorar su fortuna. Nuestra propuesta permite, pues, una mayor dinámica en el tráfico y no restringe innecesariamente el contenido de ningún derecho.

4. Colofón

La aplicación del régimen de vivienda plantea una serie de dificultades de difícil resolución. Para arribar a ella será necesario atravesar un proceso de constitucionalización judicial, legislativo y académico del nuevo ordenamiento. Hacia allí intentamos dirigirnos: establecer a través de una interpretación sistemática y finalista una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado; reconstruir la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado. Los casos que el Código Civil y Comercial 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.

Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia

Propuestas de implementación

Mario G. Szmuch*

RdN 919

Disentir no es solo negar un acuerdo, sino que es, sobre todo, pretender otro sentido.

RESUMEN

Se analiza la estructura de la unión convivencial y los requisitos para configurarla a la luz del interés superior del niño, admitiendo incluso –por el principio de primacía de la realidad– que una persona casada separada de hecho sin voluntad de unirse constituya unión convivencial. Se circunscribe el efecto de la inscripción de la unión a su justa medida, para evitar que una interpretación literal de las normas en juego perjudique la protección integral de la familia. En esta línea, se entiende que el conviviente no inscripto puede ser designado beneficiario del régimen de vivienda y que, en ciertos casos, la inscripción de la unión no es esencial a los efectos de poder invocar el régimen de protección de la vivienda que prevé el artículo 522 del Código nuevo. Abordamos también el análisis de la oponibilidad de los pactos de convivencia aun en caso de falta de registración de la unión o del pacto en el Registro de Uniones Convivenciales o el que corresponda por la naturaleza de los bienes, ajustándose la exigencia de la inscripción registral a los dictados del principio de la buena fe.

Sumario: *Abreviaturas.* ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Definición.* ***3.*** *Denominación.* ***4.*** *Situación anterior.* ***5.*** *Las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial.* ***6.*** *Eficacia jurígena de la unión convivencial.* ***7.*** *Estructura jurídica de la unión convivencial. Principales diferencias y puntos de contacto con el matrimonio.* ***7.1.*** *Sustrato subjetivo.* ***7.2.*** *Manifestación de la voluntad para su configuración.* ***7.3.*** *Rol que juega la posesión de estado.* ***7.4.*** *Naturaleza del compromiso que se asume.* ***7.5.*** *Causa y naturaleza de los deberes.* ***7.6.*** *Naturaleza jurídica.* ***7.7.*** *Diferencias estructurales.* ***7.8.*** *Régimen de oposición y nulidad.* ***7.9.*** *Incidencia en el estado civil. Su impacto en las escrituras.* ***7.10.*** *Incidencia en el nombre.* ***7.11.*** *Incidencia sobre el parentesco. Progenitor afín. Designación del hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda.* ***7.12.*** *Revocación del testamento.* ***7.13.*** *Forma y prueba.* ***7.14.*** *Régimen patrimonial.* ***7.15.*** *Determinación de la fecha de inicio y fin de la unión.* ***7.16.*** *Efectos del inicio de una unión convivencial con respecto al matrimonio y la unión convivencial anterior.* ***7.17.*** *Curso del plazo de prescripción.* ***8.*** *Inicio de la unión*

* Escribano.

convivencial. Cómputo del plazo de convivencia, incidencia de los impedimentos. Ajuste constitucional de los requisitos. Convivencia en dos viviendas. ***9.*** *Principio rector en materia de inicio y subsistencia de la unión convivencial.* ***10.*** *Reconocimiento oficial e inscripción de la unión convivencial.* ***10.1.*** *Carácter optativo de la inscripción. Reconocimiento previo.* ***10.2.*** *Justificación del acto de reconocimiento.* ***10.3.*** *Funcionarios competentes para efectuarlo.* ***10.4.*** *Atribuciones de los funcionarios del Registro Público Local de Uniones Convivenciales.* ***10.5.*** *Conveniencia de atribuir la competencia a los escribanos.* ***10.6.*** *Participación personal de los convivientes.* ***10.7.*** *Contenido del requerimiento y del acto de reconocimiento.* ***10.8.*** *Distintos tipos de reconocimientos.* ***10.9.*** *Creación de un registro especial para las uniones convivenciales.* ***10.10.*** *Efectos de la registración.* ***10.11.*** *Carácter de la inscripción.* ***10.12.*** *Irrelevancia de la inscripción.* ***10.13.*** *Terceros excluidos.* ***10.14.*** *Impugnabilidad de la inscripción.* ***10.15.*** *Admisión por el Registro de la Propiedad de la unión convivencial no inscripta.* ***10.16.*** *Documentación que debe expedir el Registro Público Local de Uniones Convivenciales.* ***10.17.*** *Propuesta de implementación de un índice de uniones convivenciales a cargo del Registro de la Propiedad Inmueble.* ***11.*** *Protección de la vivienda.* ***11.1.*** *Protección automática de la vivienda.* ***11.2.*** *Régimen de vivienda.* ***11.3.*** *Protección post mórtem.* ***12.*** *Régimen económico. Pactos de convivencia.* ***12.1.*** *Autonomía de la voluntad.* ***12.2.*** *Forma.* ***12.3.*** *Oponibilidad a terceros.* ***12.4.*** *Sistema de registración. Necesidad de incorporar el contenido del pacto a un registro público. Conveniencia de su otorgamiento en escritura pública. Creación de los registros de pactos convivenciales a cargo de los Colegios de Escribanos.* ***12.5.*** *No todos los contratos que celebren los convivientes son pactos de convivencia.* ***12.6.*** *Posibilidad de restringir convencionalmente el poder dispositivo de los convivientes.* ***12.7.*** *Oportunidad. Pluralidad de pactos.* ***12.8.*** *Omisión de exteriorizar el pacto.* ***12.9.*** *Cuestiones acerca del contenido de los pactos.* ***12.10.*** *Compromiso arbitral.* ***12.11.*** *Pacto de convivencia y fideicomiso.* ***12.12.*** *Incidencia del interés superior del niño.* ***12.13.*** *Sanciones en caso de incumplimiento.* ***12.14.*** *Rescisión del pacto.* ***12.15.*** *Subsistencia del pacto luego del cese de la convivencia y de la unión convivencial.* ***13.*** *Cese de la cancelación de la unión convivencial.* ***13.1.*** *Introducción.* ***13.2.*** *Clasificación de las causas de cese de la unión convivencial.* ***13.3.*** *Fecha de cese de la unión convivencial.* ***13.4.*** *Instrumentación del cese.* ***13.5.*** *Comunicación del cese de la unión convivencial.* ***13.6.*** *Cancelación de los pactos de convivencia.* ***13.7.*** *División de bienes.* ***14.*** *Otros aspectos en los que incide la unión convivencial.*

Abreviaturas

- *ISN*: interés superior del niño.
- *RPI*: Registro de la Propiedad Inmueble.
- *RPLUC*: Registro Público Local de Uniones Convivenciales.
- *UC*: unión convivencial.

1. Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial regula las denominadas uniones convivenciales (en adelante UC, en singular y en plural indistintamente) en el Título III del Libro Segundo ("Relaciones de familia"), en los artículos 509 al 528. La UC puede definirse como la unión, desprovista de solemnidades legales, de dos personas libres de impedimentos[1] que adoptan libremente una manera de vivir coincidente con la que

1. Ver art. 510, incs. b), c) y d).

los esposos desarrollan luego de contraer matrimonio. Se trata de un modo de convivencia alternativo al matrimonio.

Nuestro país, bajo la presión de la realidad social y su reconocimiento por parte de los poderes públicos, adhiere con el nuevo Código a un sistema más acorde con el concepto vigente de familia, y le da a las UC un tratamiento legal amplio. –Quedan fuera de admisión otros modelos, cuya estructura no se ajusta a los paradigmas dominantes vigentes o a los postulados mínimos que impone la moral pública de nuestra sociedad, tales como la poliginia, la poliandria, el matrimonio trial o grupal[2], etc.–. El mayor de los méritos de la nueva normativa es el reconocimiento de este tipo de unión como una verdadera familia, merecedora por lo tanto de la protección constitucional que corresponde a este instituto.

El propósito de los párrafos siguientes es discurrir, con un cierto grado de análisis en cada caso, pero sin ninguna aspiración científica, sobre algunos aspectos de la normativa nueva relativa a las UC, la protección de la vivienda alrededor de esta figura, los pactos que los convivientes pueden celebrar y algunas cuestiones que pueden presentarse cuando la UC cesa. Lo haremos con una visión pragmática, a efectos de proponer algunas soluciones que estimamos adecuadas para contribuir a armar los nuevos modelos de aplicación. Solo abordamos algunos temas que nos resultaron atractivos o relevantes desde la óptica notarial, sin la pretensión de agotarlos.

Aclaramos que la mayor parte de las aseveraciones que hacemos en este trabajo son simplemente propuestas de implementación de los nuevos institutos y los argumentos para fundarlas, a la luz de lo que creemos es una interpretación aceptable de las disposiciones del Código nuevo, en armonía con los principios de orden constitucional, que inspiran e iluminan dicha interpretación.

2. Definición

Como afirma un autor español,[3] estamos ante una realidad proteica, multiforme y plurifacética que difícilmente se presta a una definición exacta. No es una nimiedad encontrar un concepto que recoja la esencia de las UC, máxime si se trata de diferen-

2. Ver "Un trío de amantes consigue que se le reconozca como unión civil en Brasil", artículo publicado en el portal de noticias *20minutos*, sección Internacional (fecha y hora de publicación: 27/8/2012, 15:24 h): "La unión civil (escritura pública de unión estable) de dos mujeres y un hombre sin hijos que convivían desde hace tres años se llevó a cabo hace ya tres meses en la ciudad de Tupá, perteneciente al estado de Sao Paulo, según informan medios locales como Globo.com o Correio do Estado, aunque ha sido recientemente cuando ha salido a la luz. Esta unión ha sido calificada como 'poliafectiva estable', un término no oficial dentro del mundo jurídico. No garantiza sin embargo los mismos derechos que tiene el matrimonio o una familia reconocida como tal. El notario que la llevó a cabo no apreció inconstitucionalidad por lo que entendió que «no existía ningún impedimento legal» y decidió aceptar la declaración de unión civil para garantizar los derechos de estas tres personas: «La declaración es una forma de garantizar los derechos de la familia entre ellos. Puesto que no están casados pero viven juntos». El abogado Nathaniel Santos Batista Júnior ha sido el encargado de redactar el documento del trío. El jurista explica que el documento «establece como la división de los bienes si uno de los cónyuges muere o en caso separación». También sostiene también que es el primero que se hace en el país con el objetivo de «garantizar su derecho como una familia» y añade que una vez aceptada esta unión, que es un «primer paso» pueden solicitarse «otros derechos, como los beneficios del seguro social»". [N. del E.: accesible desde la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/].

3. Cerdá Gimeno, J., *Estudios sobre derecho de familia*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 1993.

ciarlas de otro tipo de relaciones, con otros componentes, no sexuales; por ejemplo, de ayuda, colaboración, amistad o familia.

En este sentido, podemos citar la Ley 19/1998 de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua, de la Comunidad Autónoma Catalana, en cuyo preámbulo se lee:

> Al margen del matrimonio y las uniones estables de pareja, la sociedad catalana de hoy presenta otras formas de convivencia de ayuda mutua, especialmente en lo que se refiere a las personas mayores que intentan poner remedio a sus dificultades […] es procedente establecer una regulación de las situaciones de convivencia de personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma vivienda, unidas por vínculos de parentesco sin límite de grado en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y que ponen en común elementos patrimoniales y trabajo doméstico, con voluntad de ayuda mutua y permanencia.

Dicha ley fue derogada por la Ley 25/2010, aprobatoria del Libro Segundo del Código Civil, relativo a la persona y la familia, en el que las relaciones convivenciales de ayuda mutua son reguladas a partir del artículo 240-1.

El artículo 509 del Código nuevo conceptúa la UC como la unión de dos personas de igual o diferente sexo, basada en relaciones afectivas, que conviven y comparten un proyecto de vida común. Dicha unión debe presentar los caracteres de singularidad, publicidad, notoriedad, estabilidad y permanencia.

Pensamos que la definición legal sería más precisa si expresara que la manera de convivir es coincidente con la que los esposos desarrollan luego de contraer matrimonio. De tal manera, se daría a entender que bajo la UC se realizan las mismas funciones que en el matrimonio, es decir: la pareja asume el propósito de integrar una familia a través de la cohabitación doméstica y sexual, el afecto, el respeto y la protección recíprocos, y, eventualmente, la perpetuación de la especie. Los integrantes de la UC hacen vida en común, comparten techo y también lecho, intiman y se asistan mutuamente, es decir, se comportan como si fueran cónyuges.

3. Denominación

Esta especie de unión también es llamada matrimonio de hecho, matrimonio aparente, estado aparente conyugal, convivencia *more uxorio*, situación de hecho asimilable al matrimonio, unión de hecho, unión libre, concubinato, etc. –Esta última denominación, utilizada en el Código de Vélez, tiene un sesgo peyorativo, pues etimológicamente no significa vivir juntos o compartir la vida como esposos, sino acostarse juntos, es decir, denota únicamente el componente sexual y no la convivencia de sus integrantes–.

4. Situación anterior

El Código anterior ignoró este tipo de uniones. No obstante, si bien el legislador fue reacio a regularlas, aventuramos que fue él quien de cierta manera contribuyó a que se formaran y tuvieran un mayor arraigo y justificación en la sociedad.

Antes de sancionarse el divorcio vincular, ante la imposibilidad de disolver el vínculo matrimonial los cónyuges rehacían su vida de pareja; al no recuperar legalmente su aptitud nupcial lo hacían mediante una unión de hecho o concubinato. En algunos casos, para intentar legalizar la unión se casaban en otro país, generando para la ley argentina una unión de hecho desprovista de protección jurídica civil. La ley argentina les daba la espalda y por ello acudían, pero con resultado nulo, a la ley extranjera.

5. Las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial

El Código nuevo admite estas uniones como una realidad y las regula, dejando atrás el criterio antisecular de ignorarlas. La comunidad de vida que implica la UC genera situaciones que exigen consideración y solución por parte de los poderes del Estado. El legislador no puede permitir, por ejemplo, que la persona que durante años atiende el hogar y la familia de su conviviente quede desahuciada al romperse la pareja y sin recibir participación alguna en los bienes adquiridos con el esfuerzo común; o que se burlen los derechos de los acreedores so pretexto de que las obligaciones contraídas por uno de los integrantes de la pareja para reparar el hogar no son responsabilidad del otro dado que quien contrajo la deuda no es el legítimo esposo. Un código moderno no podía avalar semejantes situaciones.

Con el Código nuevo queda atrás la actitud reticente del legislador –inspirada en dogmas religiosos que no todos los habitantes de la República comparten, ni cabe imponer desde los poderes del Estado–, y la UC queda jurídicamente equiparada en ciertos aspectos al matrimonio.

Consideramos, dogmas de moral privada y religiosos al margen, que es sensata cierta equivalencia jurídica entre matrimonio y UC, dado que el substrato subjetivo de ambas figuras es el mismo: dos personas unidas por el afecto, que conviven y llevan adelante una vida en común, y constituyen una familia.

6. Eficacia jurígena de la unión convivencial

En el régimen anterior el concubinato constituía una situación con eficacia jurígena civil nula, salvo al único efecto de legitimar el matrimonio *in extremis* (art. 3573 CCIV derogado). Paulatinamente, aunque de manera dispersa, el legislador le fue dando un mayor reconocimiento; así, por ejemplo:

- La Ley 23091 de Locaciones Urbanas, cuyo artículo 9 prevé que en caso de abandono de la locación o fallecimiento del locatario, el arrendamiento puede ser continuado en las condiciones pactadas y hasta el vencimiento del plazo contractual por quien acredite **haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar**.
- La Ley 24193 de Trasplantes de Órganos y Tejidos (modificada por Ley 26066), cuyo artículo 15 permite la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su cónyuge

> … o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos (2) años si de dicha relación hubieren nacido hijos.

A diferencia del régimen anterior, en el que tiene lógica calificar "de hecho" a este tipo de unión, el Código nuevo le atribuye a la UC gran cantidad de efectos, ya no simplemente materiales o fácticos, sino jurídicos. Por tal motivo, entendemos que resulta impropio llamarla unión de hecho, pues la calificación ínsita en tal denominación parece denotar que la unión se desenvuelve únicamente en el plano fáctico, sin eficacia jurídica, y ello implica –desde el lenguaje– desconocerla como familia merecedora de protección. Lo único que en la UC es "de hecho" es el contenido de los supuestos jurídicos (*factum*, *tatbestand*) que dan lugar a su constitución, vigencia o cese, pero no sus efectos. Que la unión sea de hecho significa, ni más ni menos, que, a diferencia del matrimonio, la UC no se constituye ni se disuelve voluntariamente a través de un acto jurídico. Desde el punto de vista terminológico, seguir llamándola así es quedarse atrás en el tiempo, estancado en un paradigma anterior.

7. Estructura jurídica de la unión convivencial. Principales diferencias y puntos de contacto con el matrimonio

Compararemos entre sí algunos aspectos del matrimonio y la UC, con el propósito de comprender mejor la estructura jurídica de esta última, cuya esencia en el mundo material es fácil de asir pero no así en el plano jurídico. Mencionaremos algunas diferencias y puntos de contacto que encontramos entre ambas figuras, para delinear mejor la UC en sus contornos jurídicos, pero sin adentrarnos en el contenido de la relación.[4]

7.1. *Sustrato subjetivo*

El elemento subjetivo de la UC es similar al del matrimonio: dos personas libres de impedimentos, de igual o diferente sexo. Pero el Código nuevo marca las siguientes diferencias:

a) En la UC los integrantes de la pareja deben ser mayores de edad indispensablemente (art. 510 inc. a); en el matrimonio la falta de edad nupcial es dispensable (art. 404).
b) Los integrantes de la UC deben mantener la convivencia durante un período no inferior a dos años.

Consideramos que esta convivencia previa es un requisito razonable, que la ley exige para tener por acreditados **frente a terceros** los caracteres de estabilidad y per-

4. Salvo aclaración expresa en contrario, todos los artículos que se mencionan en lo sucesivo a lo largo de este trabajo corresponden al Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por Ley 26994 (BO 8/10/2014).

manencia de la pareja, al efecto de su reconocimiento oficial[5] e inscripción en el registro que corresponda a la jurisdicción local (art. 511), al que llamaremos Registro Público Local de Uniones Convivenciales (en adelante, RPLUC). Sin embargo, no aceptamos que la convivencia previa sea la única manera –como parece surgir del artículo 510– de acreditar la estabilidad y permanencia de la unión para obtener su reconocimiento oficial y registración.

A nuestro juicio, el requisito aquí comentado opera únicamente en la esfera externa, es decir, en las relaciones con los terceros, pero internamente –nos referimos a los integrantes de la pareja y el o los hijos menores o discapacitados de uno o de ambos– no es exigible. Por ello es que, por ejemplo, la obligación alimentaria del progenitor afín[6], de carácter subsidiario, rige con independencia del tiempo de convivencia que tengan el progenitor del menor y el progenitor afín. En consecuencia, por ejemplo: los convivientes se deben asistencia entre sí desde el inicio de la convivencia (art. 519); el conviviente propietario puede –según nuestra interpretación– designar beneficiario del régimen de vivienda al conviviente no inscripto; los conflictos que se susciten entre ellos deben resolverse con intervención del juez de familia, etc.

Si bien el artículo 510 prevé que el reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por el Título III del Libro Segundo a las UC requiere que se cumplan los requisitos mencionados allí mencionados, interpretamos que ello es así únicamente "de puertas para afuera". La realidad es que la familia convivencial existe con prescindencia del cumplimiento del plazo legal; la ficción del plazo creada por la ley deberá ser utilizada únicamente para no perjudicar a los terceros, pero no para convalidar eventuales abusos o incumplimientos que sucedan "de puertas para adentro", donde la familia merece protección integral. Por estas razones, consideramos que el requisito debe tomarse únicamente como presupuesto para el reconocimiento oficial y la inscripción de la UC, pero no como presupuesto para el cumplimiento de los deberes de los convivientes entre sí y frente a los hijos menores o discapacitados de uno o ambos.

Nuestra interpretación le da mayor coherencia al sistema, pues si no hubiera familia convivencial desde el inicio mismo de la convivencia, ¿por qué llamar progenitor afín a quien convive con un menor y el progenitor de este?, ¿por qué la ley carga al progenitor afín con una obligación alimentaria a favor del hijo afín? Aceptamos la ficción legal del plazo, pero en sus justos límites.

Asimismo, adelantamos nuestra opinión de que, en determinados casos, la exigencia de los antedichos requisitos (convivencia previa y mayoría de edad) lesiona derechos y garantías fundamentales, según expondremos más adelante.

7.2. *Manifestación de la voluntad para su configuración*

Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes, expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para ce-

5. Por "reconocimiento oficial" entendemos el acto por el cual un oficial público (funcionario del RPLUC, juez, etc.) tiene por acreditada la existencia de la UC y el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 509 y 510, a los efectos de solicitar su inscripción en el RPLUC.

6. Ver punto 7.11.

lebrarlo (art. 406). La voluntad debe manifestarse expresa y formalmente, en el acto público de su celebración, ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En cambio, en la UC no es necesario que la voluntad de los convivientes se exprese ante un oficial público, sino que se manifiesta libremente, es decir, sin forma impuesta, de manera tácita y continuada a través del ejercicio de la posesión de estado civil matrimonial.

7.3. *Rol que juega la posesión de estado*

Hay posesión de estado cuando una persona disfruta de determinado estado de familia con independencia del título sobre dicho estado. Es la apariencia de ser titular de un estado civil determinado y consiste en gozar de sus ventajas inherentes, así como en soportar las cargas que de él deriven. Resulta de una serie de hechos que genera dicha apariencia. Por lo general, como ocurre también con las cosas, quien ejerce la posesión de estado tiene título a ese estado.

Son elementos de la posesión de estado aquellos hechos que crean la apariencia de que una persona tiene un estado civil determinado. Originariamente eran tres los elementos integrantes de la posesión de estado: *nomen*, *tractatus* y *fama*. Modernamente se asimila la posesión de estado a un reconocimiento de hecho del vínculo de que se trate, lo que se conocerá por el trato que se hayan dado los sujetos de la relación. Para que dicho trato pueda conocerse, es preciso que presente los caracteres de continuidad y publicidad, que menciona el referido artículo 509.

La posesión de estado matrimonial no depende del *nomen iuris* (esposos, novios, compañeros, convivientes, pareja, etc.) que utilicen los convivientes sino del contenido de la relación que desarrolla la pareja. En la UC la posesión de estado es un elemento constitutivo que si bien no está mencionado expresamente en el artículo 509, está ínsito en la definición.

En el matrimonio la posesión de estado debe –y suele– ser la situación inmediata posterior a su celebración, pero no es constitutiva del acto matrimonial, sino el ejercicio del contenido de la relación matrimonial nacida de ese acto. En el matrimonio la posesión es el cumplimiento y ejercicio de los deberes matrimoniales.

Puede suceder que en el matrimonio no haya posesión de estado civil de casado (ver art. 423 *in fine*); piénsese en la persona casada separada de hecho sin voluntad de unirse que, en su ámbito de relación, se presenta, se desenvuelve y es tratada como soltera, divorciada o viuda. La falta de posesión de estado civil matrimonial no disuelve el vínculo matrimonial. En cambio, en la UC si falta la posesión de estado civil matrimonial, no hay UC. Con otras palabras, **en la UC el ejercicio de la posesión recíproca de estado matrimonial es necesariamente un *prius*,** mientras que en el matrimonio suele ser un *posterius*.

7.4. *Naturaleza del compromiso que se asume*

En el matrimonio los contrayentes asumen ante la ley –por intermedio de ella–, entre sí y también ante la sociedad toda, en el contexto de un acto jurídico, el compromiso de **desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convi-**

vencia y el deber moral de fidelidad (art. 431). Los contrayentes se someten a la ley y lo hacen en un momento determinado: al dar su consentimiento en el acto de su celebración; y es la propia ley la que, a través del oficial público, pronuncia que quedan unidos en matrimonio (art. 418). El matrimonio es un acto jurídico que produce efectos desde su otorgamiento, aunque no haya convivencia o –como antes vimos– ejercicio de la posesión de estado. La situación que sigue a la celebración del matrimonio constituye el cumplimiento de los deberes jurídicos nacidos del compromiso que el mismo implica. La cooperación y la convivencia entre los cónyuges son deberes jurídicos recíprocos que asumen al casarse.

En la UC los integrantes de la pareja contraen un compromiso, pero lo hacen entre sí y ante sí, no ante la ley ni en el contexto de un acto jurídico. Se trata de un compromiso ético, que es fuente generadora de deberes jurídicos únicamente si se traduce en el ejercicio continuado de la convivencia (posesión). La convivencia es una realidad en la UC, es un hecho constitutivo de ella, no un deber jurídico ni su cumplimiento.

7.5. *Causa y naturaleza de los deberes*

Pese a que el compromiso asumido por los convivientes no es de naturaleza jurídica, los deberes que con el Código nuevo resultan de la UC sí son jurídicos. No se trata de deberes únicamente éticos o morales, sino que su cumplimiento puede exigirse a través de la cooperación de los órganos del Estado. Dichos deberes no resultan de un acto jurídico, sino que surgen del ejercicio continuado de la posesión de estado civil matrimonial. Además, la UC puede tener como causa generadora de deberes jurídicos los pactos de convivencia que los convivientes otorguen (arts. 513 y ss.).

En el matrimonio la causa-fuente generadora de los deberes es el acto jurídico matrimonial; los cónyuges no pueden modificar convencionalmente el contenido de la relación.

7.6. *Naturaleza jurídica*

Lo expuesto hasta aquí evidencia que la UC es un hecho jurídico familiar; más específicamente, en razón del elemento volitivo ínsito, un simple acto lícito (art. 258). Se trata de un acto que no es puntual y efímero, sino que se desarrolla de manera continuada y extendida en el tiempo, lo que da lugar a un estado o situación. Por ello, preferimos definir la UC como una **situación jurídica voluntaria familiar** –la consideración de la unión como situación surge del artículo 3573 del Código de Vélez (según Ley 17711)–.

Como ya anticipamos, el hecho constitutivo de la UC es a nuestro juicio la posesión recíproca de estado civil matrimonial que ejercen los convivientes. En estricto rigor, creemos que **la naturaleza jurídica de la UC es la de un simple acto lícito constituido por el ejercicio sin título de la posesión recíproca de estado matrimonial**.

El matrimonio, en cambio, es más que un simple acto lícito, es un acto jurídico que los contrayentes otorgan mediante la expresión de su voluntad ante el oficial público, cumpliendo con el rito, las solemnidades y las demás exigencias legales.

7.7. *Diferencias estructurales*

La primera diferencia estructural que encontramos entre el matrimonio y la UC radica en la naturaleza de la causa-fuente de la relación: en el matrimonio se trata de un acto jurídico, mientras que la UC es un hecho jurídico (simple acto lícito).

Difiere también, en el otro extremo, la manera de ponerle fin voluntariamente al vínculo (sea en forma unilateral o bilateral): en el matrimonio debe acudirse al órgano judicial para que decrete el divorcio; en la UC alcanza la decisión unilateral de cualquiera de sus integrantes, quien, por ejemplo, puede hacer abandono definitivo de la convivencia y así ponerle fin a la UC. El *factum* para que se configure el inicio y el fin voluntario[7] de la UC es "de hecho", mientras que en el matrimonio la relación jurídica se origina y termina voluntariamente[8] a través de actos jurídicos formales que pasan ante los poderes del Estado (oficial público, juez).

Las diferencias substanciales no son simplemente de forma, sino que se basan en la distinta naturaleza de la causa-fuente de la relación; las diferencias restantes son de contenido (vocación hereditaria, régimen patrimonial, etc.), no de estructura.

7.8. *Régimen de oposición y nulidad*

La ley establece un régimen de oposición a la celebración del matrimonio. Solo pueden alegarse como motivos de oposición los impedimentos establecidos por ley (art. 410). El matrimonio celebrado con alguno de esos impedimentos es nulo (arts. 424 y 425).

Dicho régimen no se aplica a la UC, que, en sí, no es válida o nula, dado que no es un acto jurídico. Pero sí puede ser nulo el acto de inscripción de la UC que no cumpla los requisitos establecidos (arts. 509 y 510).

7.9. *Incidencia en el estado civil. Su impacto en las escrituras*

7.9.1. Tanto el matrimonio como la UC modifican el estado de familia de los integrantes de la pareja. Sin embargo, a diferencia del matrimonio, la UC no modifica el estado civil, sino que lo complementa: se puede ser soltero, divorciado o viudo y, a la vez, tener una UC.

Más compleja es la situación en caso de tratarse de una persona casada. En este sentido, interpretamos que puede constituir UC si está separada de hecho sin voluntad de unirse. El impedimento de ligamen obsta la inscripción de la UC en el RPLUC, pero no su constitución o inicio. Si no se admitiera la constitución de la UC por una persona casada separada de hecho sin voluntad de unirse, se negaría una parte de la realidad y se convalidaría de hecho de que esta persona, a través de la postergación de su juicio de divorcio, burle todas las normas establecidas en protección del conviviente y de los acreedores de ambos por obligaciones contraídas para sol-

7. Nos referimos al cese de la unión por decisión voluntaria de uno solo de los integrantes de la pareja.

8. Nos referimos al divorcio, que debe ser instado voluntariamente por al menos uno de los cónyuges.

ventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos (art. 521). Además, se desconocería el origen de hecho de la UC.

Apoyan nuestra postura el artículo 1 de la Ley 23570 (modificaciones al régimen de jubilaciones y pensiones) y el artículo 53 de la Ley 24241 de Creación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, que prevén expresamente la situación a la que nos referimos. Por su parte, el artículo 38 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que "La Ciudad […] fomenta […] la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil…", por lo que no sería admisible en su ámbito dejar al margen de la protección legal a quien vive en pareja con una persona casada pero separada de hecho sin voluntad de unirse. Finalmente, el texto del artículo 246 del Código nuevo refuerza nuestra posición por cuanto no supedita la designación del conviviente como beneficiario del régimen de vivienda a la inexistencia de cónyuge –como sí lo hace en el inciso siguiente para los colaterales– ni establece una disyunción entre cónyuge y conviviente.

Por lo expuesto, entendemos que el estado civil matrimonial no es un obstáculo para la constitución de la UC, pero sí a su inscripción en el RPLUC, ya que, de lo contrario, un registro público daría a publicidad una situación reñida con los deberes nacidos de la institución matrimonial que la ley fomenta y protege. Pero la ley no debe permitir que dicha protección sea usada como escudo para burlar los derechos y deberes que resultan de la UC. Si al solicitarse la registración de la UC se hubiera removido el impedimento, el tiempo transcurrido desde el inicio de la UC hasta el cese del impedimento debe tenerse en cuenta para cubrir los dos años de convivencia que la ley exige para su inscripción.

No es que en estas líneas se legitime el adulterio, sino que se contempla el caso de la persona que tiene dos familias "sucesivas": una matrimonial "anterior", sin sentencia de divorcio, y una convivencial actual.

7.9.2. La circunstancia de que la UC no modifique el estado civil tiene a nuestro juicio el siguiente impacto en el contenido de las escrituras: como el inciso b) del artículo 305 exige que se haga constar el estado de familia de los otorgantes, y dado que el mismo incluye el estado civil, entendemos que ambos datos, es decir, el estado civil y el de familia convivencial, deben hacerse constar en la escritura.

Las leyes orgánicas notariales de cada demarcación deberán aclarar este punto.

7.10. *Incidencia en el nombre*

A diferencia de lo que ocurre en el matrimonio, los convivientes no pueden optar por usar el apellido del otro. La UC impacta en el nombre de manera negativa, pues el cónyuge viudo que siga usando el apellido del otro debe dejar de usarlo si constituye una UC (art. 67).

Por otra parte, todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos (art. 64). No encontramos ninguna previsión respecto de los hijos de una misma UC.

7.11. *Incidencia sobre el parentesco. Progenitor afín. Designación del hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda*

7.11.1. A diferencia del matrimonio, la UC no genera parentesco por afinidad. Sin embargo, al igual que el matrimonio, sí da lugar al vínculo denominado progenitor afín: el cónyuge o el conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente (art. 672).

7.11.2. El progenitor afín tiene respecto del hijo afín una obligación alimentaria de carácter subsidiario (art. 676), que **rige con independencia del tiempo de convivencia del progenitor del menor y el progenitor afín**.

Pensamos que la existencia de esta obligación puede ser cumplida, en lo que al "techo" respecta, a través de la incorporación del hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda (arts. 244 y ss.). Esta interpretación se basa en el interés superior del niño[9] (en adelante, ISN), cuyos derechos y garantías –reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional y aplicación obligatoria (art. 2 Ley 26061)– están asegurados por su **máxima exigibilidad** (art. 1 Ley 26061).

Interpretar que el hijo afín no puede ser designado beneficiario antes de que su progenitor cumpla el plazo de convivencia de dos años implica, a nuestro juicio, discriminar al niño, niña o adolescente por esa condición de su progenitor, y ello constituye una violación a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 26061. El ISN excluye de

9. Respecto del concepto de ISN, ver Solari, Néstor E., "Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema", en *Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, septiembre 2010, p. 24: "Los instrumentos internacionales y las leyes internas no brindan –como no podía ser de otra manera– una definición del interés superior del niño […] dicha pretensión sería equivocada porque sería imposible comprender taxativamente en una definición las múltiples y variadas situaciones que refiere el interés superior del niño. Por lo demás, como principio rector, se vería limitado a las situaciones casuísticas contenidas en una definición. Es decir, se desvirtuaría el sentido y alcance que se ha dado a este principio en el marco legislativo. Sin embargo, la falta de definición legal no significa que estemos en presencia de un principio indeterminado, abierto y vacío de contenido, sino que se evita conceptualizarlo para no dejar fuera de su alcance las innumerables situaciones que se presentan en cada caso particular. Ahora bien, la no contemplación de una definición legal no impide visualizar el contenido del interés superior del niño. La Corte ha dicho que la ley 26061, cuando refiere al interés superior del niño, señala que este debe entenderse como la máxime satisfacción, integral y simultánea, de derechos y garantías reconocidos en la ley. En efecto, la ley 26061, en su artículo 1°, establece que los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del internes superior del niño. De modo que esa sería la pauta que debe observar el juzgador, en cada caso, valorando los derechos y garantías que se hallan en juego específicamente y decidiendo cuál de ellos deberá prevalecer para integrar el principio bajo análisis. La diferencia con el concepto tutelar imperante en la lógica de las leyes internas, dictadas con anterioridad a la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, consiste en que el «interés del menor» era aquél que subjetivamente entendían sus representantes legales y el juez. A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, tenemos dicho que el interés superior del niño debe interpretarse como un principio garantista, en virtud de la cual el juez valorará en cada caso, de acuerdo a las circunstancias particulares –inevitables, por cierto–, pero teniendo en cuenta y como eje fundamental, los derechos y garantías en juego, de tal forma que el interés superior del niño será la máxima satisfacción de los derechos posibles –en el caso concreto–, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y no la expresión deliberada y libre del intérprete. En otros términos, la voluntad y el querer subjetivo de un «buen padre de familia» –loable por cierto– debe ser reemplazado por los derechos y garantías consagrados en las leyes. Puede advertirse, con ello, que el principio así concebido tiene alcance y contenido precisos porque no hay una interpretación libre y abierta, sino cumplimiento y efectivización de los derechos consagrados en el instrumento internacional. ¿Cuáles derechos?: los enumerados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta es la interpretación que debe propiciarse en el reconocimiento de la calidad de sujeto del niño y como titular de derechos, no obstante su condición de incapaz".

plano esa exégesis. El carácter subsidiario de la obligación no obsta la interpretación propuesta, dado que no es más que una defensa que puede hacer valer el obligado.

En línea con lo que Bossert enseña respecto del bien de familia (antecesor del régimen de vivienda del CCCN), entendemos que el adjetivo posesivo "sus" contenido en el artículo 246 (inc. a) le permite al constituyente del régimen de vivienda designar beneficiario al hijo afín, es decir, al hijo de "su" conviviente.

7.11.3. Si avanzamos en esta línea argumental, si el progenitor afín puede designar beneficiario del régimen de vivienda a su hijo afín sin necesidad de que para ello transcurran los dos años de convivencia que exige el artículo 510, cabe interpretar que también puede designar beneficiario a su conviviente, es decir, al progenitor de su hijo afín. –Continuamos este tema en 11.2.1.–.

7.11.4. Por otra parte, teniendo en cuenta que la Ley 27044 le otorgó jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entendemos que el concepto de hijo afín no puede restringirse al niño o adolescente (art. 672), sino que debe extenderse imperativamente a cualquier hijo que padezca incapacidad o capacidad restringida, conforme el criterio de igualdad que establece el artículo 5 de la referida Convención.

7.11.5. Además de la referida extensión, creemos que el concepto de hijo afín también debe aplicarse, en lo tocante a educación (art. 673), hasta que el hijo que habita con ellos alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Adviértase que mientras que el artículo 672 se refiere expresamente al "niño o adolescente", el artículo siguiente –al regular el deber del progenitor afín de cooperar en la educación– se refiere más ampliamente a "los hijos del otro", sin agregar los calificativos "menor", "incapaz" o "con capacidad restringida". Por tales motivos, la interpretación integral de la ley, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 663, nos conduce a proponer esa ampliación. En ningún caso la obligación del progenitor afín pierde el carácter subsidiario, a menos, claro está, que renuncie a dicha defensa.

7.12. *Revocación del testamento*

El matrimonio contraído por el testador revoca el testamento anteriormente otorgado, excepto que en este se instituya heredero al cónyuge o que de sus disposiciones resulte la voluntad de mantenerlas después del matrimonio (art. 2514). La UC no produce dicho efecto automático.

7.13. *Forma y prueba*

El matrimonio, como todo acto jurídico, tiene forma. El acta que se firma inmediatamente luego de que el oficial público pronuncia en nombre de la ley que los con-

trayentes quedan unidos en matrimonio (art. 418) es la prueba por excelencia de haberse otorgado el acto en la forma prescripta por la ley (art. 423). Dado que el matrimonio es un acto solemne, su prueba escrita (el acta en la cual consta asentada su celebración) nace concomitantemente con el cumplimiento de la forma que la ley impone para su otorgamiento, es decir, nace al observarse las solemnidades legalmente prescriptas para su celebración.

En cuanto a la prueba del matrimonio, la posesión de estado por sí sola no es suficiente para acreditar el acto o reclamar los efectos civiles del matrimonio, pues para ello es necesario probar la **celebración** del acto (art. 423) y no la situación que normalmente sigue a su celebración. Es que la posesión de estado en sí misma es equívoca, en el sentido de que no permite por sí sola conocer si se trata de la mera realización de un hecho (simple acto lícito) –constitutivo de una UC– o si es el cumplimiento de los deberes que resultan del acto jurídico matrimonial. Tal es la razón por la que no basta para probar el matrimonio. En cambio, la acreditación de la posesión de estado matrimonial sí alcanza para probar la UC.

Al contrario de lo que sucede en el matrimonio, en la UC no hay forma ni hay otorgamiento, pues no es un acto jurídico sino un hecho, que, como tal, puede probarse por cualquier medio (art. 512). Al no ser acto jurídico, tampoco se le aplica la teoría de las nulidades, pero sí podrían ser nulos el acto de su reconocimiento y el acto de su inscripción en el RPLUC, nulidades que no obstan la existencia de la UC, a menos que –claro está– sean declaradas por inexistencia de la UC.

El reconocimiento oficial de la UC y el acto de inscripción en el RPLUC constituyen actos jurídicos substancialmente diversos del acto matrimonial, pues carecen de efectos constitutivos y generan menos consecuencias jurídicas. Por ello, es comprensible que estén menos cargados de solemnidades. Una vez inscripta la UC en el RPLUC, se simplifica la prueba de su existencia, pues bastará para ello la sola presentación de la constancia de su inscripción y no será necesario acreditar su existencia por otro medio, a menos que se impugne en juicio el reconocimiento oficial de la UC.

La constancia de reconocimiento oficial e inscripción de la UC son simplemente declarativas; prueban *iuris tantum* la existencia de la UC. Mientras que el acta de matrimonio se suscribe en el acto de su celebración, la UC existe con prescindencia de la suscripción de instrumento alguno.

La inscripción de la UC requiere que sea previamente reconocida por los poderes del Estado (funcionario del RPLUC, juez, etc.).[10] En cambio, el matrimonio no requiere ni admite reconocimiento alguno para su otorgamiento e inscripción, pues nace en el acto mismo de su celebración –obviamente, no hay matrimonio antes de su celebración–. La firma del acta de matrimonio es parte del rito constitutivo del acto jurídico matrimonial, y el acta firmada es la prueba del cumplimiento del rito. Mientras que en el matrimonio la firma del acta es una parte del otorgamiento del acto jurídico, en la UC la firma únicamente acredita que los convivientes están de acuerdo en solicitar la inscripción (art. 511) de la UC, que preexiste a dicha solicitud.

10. Ver el desarrollo que al respecto hacemos en 10.5.

7.14. *Régimen patrimonial*

Desde el punto de vista económico, la UC **es un régimen abierto**, pues los convivientes pueden mediante el otorgamiento de uno o más **pactos de convivencia** acordar libremente sus derechos y deberes, siempre que no perforen el piso mínimo, inderogable, conformado por el orden público, el principio de igualdad de los convivientes, los derechos fundamentales de los integrantes (art. 515) y lo dispuesto en los artículos 519, 520, 521 y 522 (art. 513). En el matrimonio, los cónyuges, si bien pueden elegir entre dos regímenes patrimoniales, el de comunidad y el de separación de bienes, no pueden modificar el contenido de ninguno. Por ello, calificamos el régimen patrimonial del matrimonio como cerrado.

Los futuros cónyuges pueden otorgar convenciones matrimoniales antes de celebrar el matrimonio; deben instrumentarse por escritura pública y únicamente pueden tener los objetos referidos en el artículo 446. Toda convención sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es nula (art. 447). En cambio, los pactos de convivencia se otorgan –por definición– una vez iniciada la UC, su contenido solo reconoce como límite el mínimo inderogable antes referido y deben otorgarse "por escrito".

Las convenciones matrimoniales solo pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública (art. 448). El régimen patrimonial convencional o legal puede modificarse después de un año de aplicación, por convención de los cónyuges, también mediante escritura pública (art. 449). Los pactos convivenciales pueden modificarse en cualquier oportunidad, la modificación debe otorgarse "por escrito" y el contenido del acto no está limitado, salvo por el mínimo inderogable antes referido.

En el matrimonio, en caso de silencio, el régimen es el de comunidad, de mayor "densidad patrimonial" que el de separación de bienes; en este último los cónyuges se manejan más libremente. En la UC, en caso de silencio, el régimen es libre, al contrario de lo que sucede para igual hipótesis en el matrimonio.

Tanto la opción por uno de los regímenes patrimoniales del matrimonio como el contenido de los pactos de convivencia son oponibles a terceros desde su inscripción/registración en el o los registros públicos que correspondan. Es decir, en ambos casos la convención no solo tiene efecto entre las partes sino que trasciende a terceros (art. 1021).

7.15. *Determinación de la fecha de inicio y fin de la unión*

Definir cuáles son los hechos, conductas, requisitos, etc., que dan inicio o cese a la unión es necesario a efectos de determinar el momento a partir del cual nacen, son exigibles o se extinguen los derechos y deberes correspondientes. Mientras que las fechas de inicio y final de la unión matrimonial quedan fijadas con certeza en un instrumento público (acta de matrimonio, sentencia de divorcio, etc.), en la UC esas fechas pueden no presentar el mismo grado de certeza, pues las conductas que dan lugar a su inicio o cese pueden no ser expresas, concluyentes o categóricas, como sí lo son en el matrimonio.

La fecha de inicio y la de cese de la UC deben ser fijadas con la mayor precisión posible y no pueden depender exclusivamente de las manifestaciones de los convivientes. Deben responder al principio de primacía de la realidad, pues determinan la existencia de derechos y deberes no sólo entre los convivientes sino también respecto de terceros (ver, p. ej., arts. 521, 676, etc.).

7.16. *Efectos del inicio de una unión convivencial con respecto al matrimonio y la unión convivencial anterior*

El inicio de una nueva UC hace cesar la UC anterior que estuviera vigente, pero no puede inscribirse mientras no se cancele la inscripción de la anterior. La celebración del matrimonio disuelve la UC vigente, sea que se celebre entre los convivientes o con otra persona (art. 523 incs. c y d). En cambio, el inicio de una nueva UC no disuelve el vínculo matrimonial, ya que para ello es necesario que un juez decrete el divorcio.

7.17. *Curso del plazo de la prescripción*

El artículo 2543 establece que el curso de la prescripción se suspende entre cónyuges durante el matrimonio y entre convivientes durante la UC. Opinamos que el curso del plazo de prescripción se suspende desde la fecha de inicio de la UC, sin la necesidad de esperar que transcurran los dos años de convivencia previa que exige el artículo 510. (Ver 8.1.).

8. Inicio de la unión convivencial. Cómputo del plazo de convivencia, incidencia de los impedimentos. Ajuste constitucional de los requisitos. Convivencia en dos viviendas

8.1. Ya anticipamos nuestra opinión de que el requisito de la convivencia previa de dos años, que prevé el artículo 510 en su último inciso, opera únicamente en la esfera externa, es decir, en las relaciones de los integrantes de la UC con los terceros, pero no es exigible internamente.

El plazo de convivencia no es un elemento constitutivo de la UC, como sí lo es la posesión recíproca de estado civil matrimonial. A nuestro juicio, la UC se constituye "internamente" con prescindencia de que el plazo de la convivencia alcance los dos años. Arribamos a esta conclusión por interpretación del artículo 527, que prevé que el derecho real de habitación gratuito del conviviente supérstite se extingue, entre otras causas, si este constituye "una nueva unión convivencial". Dado que el plazo máximo de duración del derecho real es de dos años,[11] si interpretáramos que la constitución de la nueva UC se produce al cumplirse los dos años de convivencia previa, no habría aplicación posible alguna de dicha norma, pues la nueva UC se

11. Dado que la ley nada expresa al respecto, entendemos que el plazo se cuenta a partir del fallecimiento del conviviente.

configuraría en todos los casos luego de extinguido el derecho real por el transcurso del referido plazo máximo. Por lo tanto, no cabe otra solución que concluir que, al menos para este caso, la UC se constituye –en la esfera interna– con el inicio de la posesión recíproca del estado civil matrimonial, sin necesidad de que hayan transcurrido los dos años de convivencia.

El acierto del criterio propuesto queda corroborado si se lo aplica para interpretar otras normas, tales como el artículo 433: "Durante la vida en común y la separación de hecho […] El derecho alimentario cesa si […] el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial…". No es razonable interpretar que la ley obligue a continuar alimentando al cónyuge si este vive en pareja (UC) con otra persona, aunque no hayan transcurrido los dos años de convivencia previa; es decir, la obligación alimentaria cesa ni bien el alimentado comience una nueva convivencia.

Lo mismo sucede con lo previsto en el artículo 523: "La unión convivencial cesa […] c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros…". Obviamente, no será necesario esperar que transcurran dos años de la "nueva unión convivencial" para que finalice la anterior.

8.2. Consideramos que el requisito del plazo bianual de convivencia no es exigible en todos los casos para inscribir la UC, es decir, frente a terceros, aunque la ley no contemple ninguna excepción expresa.

El artículo 510, que establece los requisitos de la UC a los efectos de la admisión de su inscripción, debe interpretarse teniendo en cuenta el ISN. El requisito del plazo no atiende la existencia o no de hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad, que cohabiten con los integrantes de la pareja, por lo que contraría lo establecido en el artículo 1 de la Ley 26061, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y los artículos 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Para respetar el ISN, deben dejarse de lado o morigerarse algunos de los requisitos que menciona el artículo 510, ya que de lo contrario el niño, niña o adolescente quedarán emplazados en una posición de menor cobertura jurídica. Por ejemplo, si uno de los progenitores convivientes fuera menor de edad, el hijo menor quedaría expuesto a la ejecución de la casa en la que cohabitan –si no está afectada al régimen de vivienda–, dado que no regiría el régimen de inejecutabilidad previsto en el artículo 522.

Nos da la razón el artículo 1 de la Ley 1004 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Regulatoria de la Unión Civil, que establece la diferencia en función de si hay o no hijos comunes:

> A los efectos de esta ley, se entiende por unión civil: a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. b) Que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común…

En igual sentido, la Ordenanza 279/2009 de la ciudad cordobesa de Río Cuarto. La morigeración de los requisitos también resulta del artículo 15 de la citada Ley 24193 de Trasplantes de Órganos y Tejidos. Sin embargo, contrariamente a lo que resulta de la referida legislación, entendemos que no corresponde distinguir si el hijo es de am-

bos o de uno solo de los convivientes, pues el menor es menor –discúlpese la perogrullada–, con prescindencia de si es hijo de uno o de ambos. La distinción no tiene razón de ser y resulta discriminatoria y lesiva de lo prescripto en el artículo 2.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Estos defectos de redacción de la nueva ley deben subsanarse por vía de una interpretación integradora.

8.3. Si contrariamente a lo que pensamos se adoptara el criterio de que el requisito de la convivencia previa es constitutivo de la UC y que mientras este no se cumpla no hay UC, entonces, por ejemplo, la persona que haya convivido menos de dos años no podría exigirle asistencia a su conviviente (art. 519), ni que contribuya a los gastos domésticos (art. 520), ni ser designada beneficiaria del régimen de vivienda, ni invocar a su muerte el derecho real de habitación gratuito (art. 527[12]), ni se suspendería entre ellos el curso de la prescripción (art. 2543), etc. Aunque el criterio fuera ese, no nos cabe duda de que si la pareja convive con un hijo menor de edad o con capacidad restringida o incapacidad, la UC debe ser reconocida por los poderes del Estado con prescindencia del plazo de convivencia, dado que no puede discriminarse a los niños, niñas o adolescentes con fundamento en el tiempo de convivencia de sus progenitores (art. 28 Ley 26061) (incluimos aquí el progenitor afín, arts. 672 y ss.). El ISN y el principio de igualdad ante la ley así lo exigen.

Otro tanto ocurre con el requisito de la mayoría de edad: debe dejarse de lado si alguno de los convivientes es menor de edad y habita con ellos un hijo menor (niño, niña o adolescente) o con capacidad restringida o incapacidad.

8.4. Por lo tanto, cuando estén involucrados intereses de hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad, debe favorecerse la inscripción de la UC, pues ello permite una mejor satisfacción del ISN y de los derechos de las personas con discapacidad y brindar una protección familiar más integral y con mejor calidad institucional. Los baches que hubiera en la nueva ley deben ser cubiertos por los otros poderes estatales.

8.5. Por otra parte, consideramos que deben tenerse en cuenta los casos en que –normalmente al inicio de la relación, cuando sus integrantes no son tan jóvenes o no hay hijos menores involucrados– la pareja cohabita pero desarrolla la vida en común en dos viviendas distintas, alternando entre la de uno y otro, quizás en búsqueda de una mayor comodidad para ambos. Son más que novios, pues hacen vida en común, no se acompañan solamente en las actividades recreativas y sociales, sino que comparten dos techos. El concepto de convivencia o cohabitación no escapa al problema de la textura abierta del lenguaje.

A veces la convivencia se inicia puntualmente y otras, de manera progresiva, compartiendo cada vez más tiempo y actividades juntos; por lo tanto, no hay en los

12. Adviértase, sin embargo, que a los efectos de invocar este derecho la ley no pide expresamente que la UC esté inscripta. En función de ello, cabría interpretar que la ley no pide que la UC esté registrada, por no ser necesario que el plazo de la convivencia previa alcance los dos años.

hechos una fecha precisa de comienzo. Además, la ley no exige que la convivencia se desarrolle en una única vivienda. "Convivir", según el diccionario de la Real Academia Española, significa vivir en compañía de otro u otros. La definición no excluye que la vida se desarrolle en dos hogares. El carácter singular de la UC se refiere a su elemento subjetivo y no al lugar donde se desarrolla la convivencia.

Consideramos que el tiempo de convivencia en las dos viviendas o de intercambio de viviendas entre la de uno y otro integrante de la pareja deben tomarse en cuenta para alcanzar el plazo de dos años que exige el artículo 510 (inc. e). Sin embargo, al peticionarse el reconocimiento oficial y la inscripción de la UC, el domicilio que se denuncie como su asiento debe ser uno.

8.6. Al igual que en las demás relaciones en las que hay cohabitación, puede haber breves rupturas en la convivencia, momentáneas separaciones seguidas de una pronta reconciliación, sin que ello afecte la permanencia que la relación requiere a los efectos de su reconocimiento oficial. Estos ligeros distanciamientos no deben incidir en el curso del plazo, conforme a la doctrina que resulta del artículo 523 (inc. g). Consecuencia de ello es que durante esos alejamientos no se reanuda el curso del plazo de la prescripción entre los convivientes.

8.7. Por último, nos preguntamos respecto del período de convivencia previa si su curso corre con prescindencia del cumplimiento de los requisitos de los incisos a) y d) del artículo 510, es decir, si el plazo corre aunque en el ínterin alguno de los convivientes sea menor de edad o tenga impedimento de ligamen o registrada otra UC. Opinamos que la existencia de alguno de esos obstáculos (minoridad, impedimento de ligamen, inscripción de otra UC) no obsta el curso del plazo de convivencia pero sí la inscripción de la UC en el RPLUC. Avala nuestra posición lo establecido en el artículo 523, inciso c), que prevé que la UC finaliza por la nueva UC de uno de sus integrantes. Es decir, la nueva UC nace aunque continúe inscripta la UC anterior. Así, la existencia de una UC registrada no obsta la constitución de una nueva UC sino su inscripción.

Es por una cuestión de tracto registral que si se pretendiera inscribir la nueva UC, deberá antes o simultáneamente cancelarse registralmente la anterior. Pero el tiempo que transcurra desde el inicio de la nueva UC mientras no se haya cancelado la inscripción de la anterior debe tenerse en cuenta para alcanzar los dos años de convivencia exigidos para la inscripción.

9. Principio rector en materia de inicio y subsistencia de la unión convivencial

En función de lo expuesto anteriormente, opinamos que el principio es que en caso de duda debe resolverse a favor de la constitución y subsistencia de la UC. Esta regla deriva del principio constitucional de protección integral de la familia, del ISN y de los derechos de las personas con discapacidad, ya que la existencia de la UC favorece la situación del menor o de la persona con capacidad restringida o incapacidad, pues

les brinda una mejor cobertura jurídica, por ejemplo, a través del establecimiento de la obligación alimentaria (art. 672), de admitirse su designación como beneficiario del régimen de vivienda, etc.

Sin embargo, en razón de la naturaleza del compromiso asumido por los integrantes de la UC y de la mayor libertad y autonomía de las que gozan, la interpretación no puede coartar la posibilidad de que cualquiera de ellos ponga fin a la UC unilateralmente. Pero a falta de una conducta concluyente y categórica, deberá estarse por la subsistencia de la unión.

No se trata de que los poderes del Estado fomenten estas uniones, sino que favorezcan su reconocimiento y registración, para brindar mayor protección y seguridad a la familia, que merece protección integral, muy especialmente cuando hay niños y personas con discapacidad.

10. Reconocimiento oficial e inscripción de la unión convivencial

A continuación, expondremos algunos aspectos relacionados con la exteriorización de la UC, a los efectos de poder oponer sus efectos a los terceros interesados. También haremos algunas propuestas en orden a la participación que en este tema pueden tener los escribanos públicos y los RPI.

10.1. *Carácter optativo de la inscripción. Reconocimiento previo*

Conforme resulta del artículo 511, la existencia de la UC puede inscribirse en el RPLUC. Dicha inscripción procede únicamente a pedido de ambos convivientes, luego de que un oficial público (funcionario del RPLUC, juez, etc.) reconozca la existencia de la UC. A tal efecto, los convivientes deberán acreditar verosímilmente el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 509 y 510.

Llamamos "reconocimiento oficial" al que hace el oficial público a requerimiento de ambos convivientes, a efectos de solicitar la inscripción de la UC en el RPLUC (cfr. nota al pie 5). Se trata de un acto jurídico que emana del oficial público y que presupone la existencia de la UC, es decir, no es constitutivo de ella. El reconocimiento es previo al acto de inscripción de la UC en el RPLUC. Por lo tanto, la secuencia temporal es: 1) existencia de la UC, 2) acto de reconocimiento oficial de ella, y 3) acto de inscripción en el RPLUC. Los dos últimos son actos jurídicos, y la primera es un hecho.

10.2. *Justificación del acto de reconocimiento*

La necesidad de que se haga un reconocimiento oficial de la UC obedece a que el RPLUC no debe funcionar como un simple buzón receptor registrador de UC, dado que la inscripción produce efectos frente a terceros. Es por ello que el oficial público que intervenga en el acto de reconocimiento debe cerciorarse, en resguardo de los derechos de esos terceros y también de los propios convivientes, de la existencia y

legitimidad de la UC mediante la evaluación de los elementos probatorios que se le arrimen. Debe ponderar estrictamente dichos elementos, mediante un ejercicio adecuado del control de legalidad, a fin de establecer cuál es la fecha de inicio de la UC.

10.3. *Funcionarios competentes para efectuarlo*

El reconocimiento oficial de la UC puede ser hecho por el funcionario competente del RPLUC[13] y también por el juez. Proponemos que también puedan hacerlo los escribanos de registro de la misma demarcación en la que esté radicado el hogar convivencial.

10.4. *Atribuciones de los funcionarios del Registro Público Local de Uniones Convivenciales*

Aceptamos que la ley local tarife los medios de prueba que debe exigir el funcionario del RPLUC para proceder al reconocimiento de la UC, siempre que no clausure la posibilidad de probarla en sede administrativa, por otros medios (art. 512). Si los funcionarios del RPLUC fueran legos, sus facultades deben ser regladas, a fin de evitar arbitrariedades; solo excepcionalmente pueden ser discrecionales en caso de que por causas atendibles, debidamente justificadas, los solicitantes no puedan arrimar la prueba tarifada, caso en el cual debe exigirse una mayor capacitación del funcionario interviniente. Si no fuera intención del legislador local conceder facultades amplias a los funcionarios del RPLUC, se incrementa la conveniencia de admitir a los escribanos de registro –de la misma demarcación– para que puedan hacerlo. Si el funcionario del RPLUC denegara el reconocimiento oficial o la inscripción de la UC, los convivientes podrán acudir a la vía judicial para obtenerlo.[14]

10.5. *Conveniencia de atribuir la competencia a los escribanos*

La función de los oficiales del RPLUC se descomprimiría en tiempo y responsabilidades si el acto de reconocimiento oficial pudiera hacerse por acta notarial de notoriedad.[15] Dicha acta recogerá las manifestaciones de los convivientes (fecha de inicio de la UC, domicilio de convivencia, inexistencia de impedimentos, etc.), la solicitud de ambos para que se inscriba la UC en el RPLUC, las declaraciones testimoniales que avalen la existencia y legitimidad de la unión, los demás elementos probatorios tenidos en cuenta para formar convicción, etc.

13. El artículo 1 del Decreto GCABA 754/1998 establece: "Los oficiales públicos de la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas dependiente de la Secretaría de Gobierno intervendrán en las informaciones sumarias iniciadas con el objeto de acreditar extremos de hecho requeridos en la tramitación de beneficios de carácter asistencial, previsional, laboral o administrativo, debiendo conservar copias de las actuaciones".

14. Doctrina del *leading case* "Fernández Arias c/ Poggio" (*Fallos*, 247:646).

15. Para ello, en la CABA será necesario que la ley local lo admita expresamente (art. 88 de la Ley Orgánica Notarial 404).

Cabe tener presente, en resguardo de los derechos de terceros, que el protocolo notarial es un medio adecuado para conservar y custodiar la documentación tenida en consideración para el reconocimiento de la UC.

El escribano, profesional del derecho a cargo de una función pública, no actuará como un simple receptor de manifestaciones y documentos, sino que, en resguardo del interés general –y también de su propia responsabilidad– y en cuanto esté razonablemente a su alcance, controlará la existencia y legalidad de la UC y la procedencia de su reconocimiento e inscripción. Fijará con la máxima precisión posible la fecha de inicio de la UC. Los escribanos públicos podrán emplear todos los medios que estimen necesarios a efectos de arribar a la plena convicción racional de la existencia y legitimidad de la UC y proceder a su reconocimiento oficial. Consideramos que no deben ser materia de calificación registral las motivaciones del reconocimiento notarial de la UC, dado que solo al notario le compete evaluar las pruebas presentadas por los solicitantes para acreditar la convivencia y demás requisitos legales. Si el reconocimiento no fuera una derivación razonada de los elementos probatorios, el escribano pone en juego su responsabilidad civil, penal y disciplinaria.

Sugerimos que el escribano, en su rol de asesor, deje constancia en el acta de reconocimiento de que informó a los convivientes de las diferencias de efectos más importantes que existen entre el matrimonio y la UC; por ejemplo: la falta de vocación hereditaria legítima entre los convivientes, la limitación temporal del derecho real de habitación gratuito a favor del conviviente supérstite, el cese de la UC en forma unilateral sin necesidad de un pronunciamiento judicial, la posibilidad de otorgar, modificar y rescindir pactos convivenciales, etc.

Nuestra propuesta contribuye a descomprimir y reducir la burocracia estatal y le facilita a la pareja la realización de los trámites inherentes al reconocimiento e inscripción de la UC. –En 12.4. proponemos que también se les asigne a los escribanos la función de registrar el contenido de los pactos convivenciales, sus modificaciones y rescisiones, como requisito previo para que el RPLUC proceda a su inscripción–.

10.6. *Participación personal de los convivientes*

Debido a la informalidad propia de estas uniones, que existen con prescindencia del acto de su reconocimiento oficial e inscripción en el RPLUC, debería ser innecesario que ambos convivientes formulen el pedido de inscripción ante el RPLUC en forma personal –como ocurre en el matrimonio– y permitirse la delegación del trámite en el escribano interviniente o en un tercero. Entendemos que los convivientes sí deben intervenir personalmente en las diligencias previas relacionadas con el acto de reconocimiento oficial, ya que es importante que el oficial público pueda "mirar a los convivientes a los ojos" para formar convicción.

10.7. *Contenido del requerimiento y del acto de reconocimiento*

Proponemos que la solicitud de reconocimiento oficial de la UC contenga la información y elementos siguientes:

1. Nombres, apellidos, nacionalidad, documentos de identidad, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, profesión y domicilio real de los solicitantes.
2. Nombres, apellidos, nacionalidad, documentos de identidad, profesión y domicilio real de sus padres si los conocen.
3. Declaración de los solicitantes sobre si contrajeron matrimonio o UC con anterioridad. En caso afirmativo: nombre y apellido del anterior cónyuge o conviviente, lugar de celebración del matrimonio o de inscripción de la UC y causa de su disolución o cese, acompañando, según el caso, certificado de defunción o testimonio de la sentencia ejecutoriada que hubiera anulado o disuelto el matrimonio anterior o declarado la muerte presunta del cónyuge o conviviente anterior, o constancia de cancelación de la inscripción de la UC.
4. Reconocimiento expreso de los solicitantes de que están conviviendo desde hace por lo menos dos años de manera pública, notoria, estable y permanente.
5. Declaración de los convivientes sobre la fecha de inicio de la UC.
6. Declaración de los solicitantes de no tener vida en común con otra persona.
7. Declaración de los solicitantes de no estar unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado, ni de estar unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta.
8. La solicitud de ambos de que se registre su UC en el RPLUC.
9. Las firmas de todos los participantes en el acto de reconocimiento.
10. La prueba que deberá agregarse o en su caso surgir del acto de reconocimiento:
    a) Documento de identidad de los convivientes. El domicilio que resulte del mismo debe coincidir –en principio– con el expresado como sede de la UC; si no coincidiera, deberá extremarse el rigor al apreciar los demás elementos probatorios. El artículo 5 del Decreto GCABA 556/2003, reglamentario de la citada Ley 1004, prevé que basta con que solo uno de los solicitantes acredite con documento nacional de identidad el requisito previsto en el artículo 1, inciso c), de la ley, de tener domicilio legal en la CABA, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción. Puede complementarse con un acta notarial de constatación del domicilio actual de los convivientes.
    b) Partida de nacimiento de los convivientes.
    c) Certificado negativo de UC expedido por el RPLUC.
    d) Certificado negativo expedido por el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.
    e) Partidas de nacimiento de los hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad que convivan con ellos; en su caso, testimonio de la sentencia que restrinja la capacidad o declare la incapacidad.
    f) Declaración de dos testigos (con nombre y apellido, edad, número de documento de identidad, estado civil, profesión y domicilio de cada uno), indicando que los solicitantes conviven hace por lo menos dos años continuos y que no les consta la existencia de impedimento entre los convivientes. El artículo 7 del Decreto GCABA 556/2003 establece que no podrán ser testigos los consanguíneos o afines en línea directa de los solicitantes.
    g) Otros documentos que acrediten que la UC tiene por los menos dos años continuos; pueden consistir en recibos de servicios de agua, luz eléctrica o

teléfono, título de propiedad o contrato de alquiler a nombre ambos, existencia de cuentas bancarias comunes, tarjetas de crédito comunes, seguros de vida recíprocos, domicilio común en el pasaporte, etc.

El artículo 1 del Decreto PEN 1290/1994, que reglamenta el artículo 53 de la citada Ley 24241, establece las siguientes pautas útiles:

> 2. La prueba testimonial deberá ser corroborada por otras de carácter documental, salvo que las excepcionales condiciones socioculturales y ambientales de los interesados justificaran apartarse de la limitación precedente.

10.8. *Distintos tipos de reconocimientos*

No debe confundirse el acto de reconocimiento oficial de la UC con el acta notarial de constatación requerida por los convivientes a efectos de preconstituir prueba para el futuro reconocimiento.

Por otra parte, nada obsta que el conviviente reconozca en su testamento la existencia de la UC no inscripta. Si bien luego del fallecimiento no procede la inscripción de la UC en el RPLUC, esa manifestación constituye un medio de prueba a favor del conviviente supérstite, por ejemplo, para que pueda invocar el derecho real de habitación gratuito que le otorga el artículo 527. Adviértase que este artículo no exige expresamente que la UC esté registrada a los fines de invocar el derecho real de habitación.

Avala la eficacia probatoria de la manifestación hecha en testamento por acto público el artículo 1 del citado Decreto 1290/1994:

> 3. Se presume la convivencia pública en aparente matrimonio, salvo prueba en contrario, si existe reconocimiento expreso de ese hecho, formulado por el causante en instrumento público.

10.9. *Creación de un registro especial para las uniones convivenciales*

El Código Civil y Comercial acierta en instituir el RPLUC, dado que la función a cargo de este no entra en la competencia definida por la ley nacional para los Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Estos deben inscribir "todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil[16] y la capacidad de las personas" (art. 1 Ley 26413). No obstante, ello no impide que la ley local le atribuya la competencia y las funciones del RPLUC al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, y entendemos que así debe ser dado que dicho organismo tiene capacidad operativa y experiencia suficientes para efectuar registraciones de carácter personal; ello sin perjuicio de nuestra propuesta de que se les asignen funciones determinadas a los escribanos de registro y de publicidad-noticia (además de la publicidad-oponibilidad ya asignada por ley nacional) a los RPI.

16. Más arriba expresamos que la UC no modifica el estado civil.

10.10. *Efectos de la registración*

La registración de la UC es solo a los fines probatorios (art. 511). Sin embargo, por otro lado, la ley exige que la UC se inscriba en el RPLUC para oponer efectos a terceros; por ejemplo:

a) la indisponibilidad de los derechos sobre la vivienda familiar sin el asentimiento del conviviente (art. 522);
b) la inejecutabilidad de la vivienda por las deudas contraídas después de la inscripción por uno de los convivientes sin el asentimiento del otro;
c) los que resulten de los pactos de convivencia, su modificación y rescisión (art. 517).

La inscripción de la UC en el RPLUC prueba *erga omnes* que la UC ha sido reconocida oficialmente, y genera una presunción *iuris tantum* de su existencia y legitimidad.

Por los motivos expuestos, la exigencia de registrar la UC se establece:

- para simplificar la prueba posterior de su existencia (art. 512), en provecho de los convivientes y de los terceros;
- para darle a la unión mayor publicidad y notoriedad (art. 509);
- para colocar a los terceros (ámbito externo), de antemano, en la posición de poder conocer la situación que los perjudicará en sus derechos (cognoscibilidad, oponibilidad).

Sin embargo, la inscripción de la UC en el RPLUC es, además, habilitante de otras instancias registrales, pues una vez inscripta allí la UC, y en su caso el pacto convivencial, los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes podrán tomar razón de las restricciones que resultan del régimen convencional de la UC. Es decir, la ley establece una suerte de tracto inter-registral.

En resumen, a través de la registración de la UC el Estado facilita la prueba de la unión, coadyuva a darle publicidad y notoriedad a la unión y sus efectos, y genera mayor oponibilidad a los terceros interesados de buena fe; en definitiva, la registración brinda seguridad jurídica.

10.11. *Carácter de la inscripción*

Los integrantes de la UC adquieren los derechos y deberes nacidos de la unión por su propia condición de convivientes. El reconocimiento oficial de la UC y su inscripción en el RPLUC no son requisitos para el nacimiento de esos derechos y deberes. En consecuencia, la falta de inscripción únicamente obsta su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe. Así, no puede sostenerse que los derechos y deberes de los convivientes entre sí nazcan a partir de la registración de la UC, dado que ella está ordenada "sólo a los fines probatorios" (art. 511 *in fine*). Por lo tanto, la inscripción es simplemente declarativa y está dirigida exclusivamente a los terceros interesados de buena fe.

En base a ello, el tercero que –al tiempo de nacer su prerrogativa jurídica– conoce o debe conocer la realidad extra-registral no puede prevalerse de la inoponibi-

lidad de lo no inscripto. La falta de inscripción únicamente puede ser invocada por el tercero de buena fe; esta consiste en el desconocimiento inimputable de la realidad extra-registral.

10.12. *Irrelevancia de la inscripción*

Por otra parte, consideramos –por entender que así se logra una protección más integral de la familia– que toda vez que la ley alude al conviviente resulta irrelevante si la UC está o no inscripta en el RPLUC, salvo que expresamente exija la inscripción; y son pocos los artículos del Código nuevo que exigen que la UC esté inscripta: 250, 255, inciso a), y 522. Y si bien dichos artículos exigen la inscripción, como ella se establece únicamente con carácter declarativo, aun cuando la ley la pida, resulta irrelevante para los terceros (entre los cuales contamos al RPI) que conocen o deben conocer la realidad extra-registral. La inscripción debe interpretarse, pues, como conocimiento o posibilidad de conocer –según los medios que razonablemete sean exigibles– la existencia de la UC.

10.13. *Terceros excluidos*

Entre los terceros a quienes está dirigida la publicidad registral de la UC no están comprendidos los familiares allegados y futuros herederos legítimos de los convivientes, pues es razonablemente presumible que conocen la existencia de la unión. Extraemos esta conclusión del artículo 527, que no exige que la UC esté inscripta para que el conviviente supérstite pueda invocar frente a ellos el derecho real de habitación gratuito. Tampoco es exigible la inscripción respecto de los integrantes del círculo más íntimo de amigos y conocidos de los convivientes.

10.14. *Impugnabilidad de la inscripción*

Tanto el acto de reconocimiento oficial de la UC como su inscripción en el RPLUC pueden ser impugnados judicialmente por quien tenga interés legítimo en hacerlo, en caso de que estén viciados o su contenido sea falso o no subsistan los requisitos de existencia de la UC. Si se hace lugar a la impugnación, se cancelará la inscripción de la UC.

10.15. *Admisión por el Registro de la Propiedad de la unión convivencial no inscripta*

En 7.11. insinuamos la idea de que la UC puede, en algunos casos, acceder al RPI aunque no esté inscripta en el RPLUC; por ejemplo, cuando se inscribe un documento en el cual se designa beneficiario del régimen de vivienda al "conviviente no inscripto".[17] La admisión registral de esa designación se basa exclusivamente en una

17. El art. 246 inc. a) no exige que el conviviente beneficiario esté inscripto en el RPLUC.

manifestación del constituyente, cuya naturaleza es la de una restricción del poder dispositivo que el constituyente se autoimpone en beneficio del interés familiar. Admitida tal designación, debe exigirse el asentimiento del conviviente no inscripto, pese a que los artículos 250 y 255, inciso a), se refieren al "conviviente inscripto".

Cabe aclarar que cuando el RPI admite que un conviviente no inscripto o sus ascendientes o descendientes sean beneficiarios del régimen de vivienda, la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda resulta del régimen jurídico de la UC (art. 522) en parte y también del régimen de vivienda.

10.16. *Documentación que debe expedir el Registro Público Local de Uniones Convivenciales*

Pese a que nada expresa la ley, consideramos que el RPLUC debe expedir a favor de los convivientes un testimonio del acta de inscripción de la UC, que servirá para probar la inscripción de manera similar a lo que ocurre en el matrimonio (art. 420 *in fine*). También debería entregarles una libreta de familia, ya que no hay razón para diferenciar en este punto entre familias matrimoniales o convivenciales.

A requerimiento de parte interesada, el RPLUC debería expedir otros testimonios del acta de inscripción e informes de inscripción. Sería conveniente que también expida informes negativos de UC, es decir, que certifique si por alguna persona tiene o tuvo registrada alguna UC.

El RPLUC deberá anotar marginalmente en el acta de inscripción el cese de la unión (con indicación de la fecha y la causa del cese), la inscripción, modificación y rescisión de los pactos convivenciales y las medidas precautorias que ordenasen los jueces.

Estas funciones deberán ser asignadas al RPLUC por la ley local.

10.17. *Propuesta de implementación de un índice de uniones convivenciales a cargo del Registro de la Propiedad Inmueble*

Juzgamos conveniente que el RPI lleve uno o más índices que comprendan las UC, los pactos convivenciales y los inmuebles alcanzados por los regímenes de indisponibilidad e inejecutabilidad (arts. 456 y 522), esto último si se instituyera un sistema de publicidad noticia, y que brinde un servicio de consultas disponible al público. El índice no guardaría relación ni conexión con el RPLUC y, a diferencia de este, informaría todas las UC y todos los pactos convivenciales (su otorgamiento, modificación, rescisión o extinción por cualquier otra causa) que accedan a él a través de los documentos que inscriba. Es decir, la actuación del RPI no se limitaría a las UC registradas en su mismo ámbito territorial de actuación. Tales registraciones podrían ser anotaciones preventivas de carácter personal, a las cuales convendría asignar un plazo de caducidad superior a los cinco años que prevé el artículo 37 de la Ley 17801. Las UC deberían registrarse mediante dos asientos correlacionados, uno a nombre de cada conviviente.

Si bien el RPI está estructurado principalmente para dar a publicidad situaciones jurídico-reales inmobiliarias, cuenta también con un Registro de Anotaciones

Personales (arts. 30-32 Ley 17801), que le permitiría llevar adelante tales registraciones. La implementación de esta propuesta generaría una simple publicidad-noticia, es decir, el RPI funcionaría como **registro de información administrativo y no como registro jurídico o registro de seguridad jurídica** que produzca publicidad-efecto: no generaría oponibilidad, pero sí impactaría en la fe de los terceros.

11. Protección de la vivienda

Consideramos que el tema de la protección de la vivienda es uno de los aspectos de las UC que tendrá mayor impacto en la actividad diaria de los escribanos. Comenzaremos por encarar la protección que denominados "automática" y luego la que procede del régimen de vivienda (arts. 244 y ss.). Por último, analizaremos dos cuestiones relacionadas con la muerte de uno de los convivientes y la protección de la vivienda a favor del supérstite.

Antes de iniciar la exposición, queremos reproducir las conclusiones a las que arriba Plovanich en "Enfoque constitucional de los derechos de la personalidad"[18], ya que responden al sistema de valores que funda muchas de las propuestas que haremos a continuación:

> 1. Es necesario realizar una relectura del orden jurídico desde una perspectiva integradora, sin puntualizar la discusión acerca de si el derecho privado se ha constitucionalizado o si el derecho público se ha privatizado.
>
> 2. La categoría de los derechos de la personalidad forma un círculo concéntrico dentro del más general de los derechos fundamentales, que se caracteriza por un específico mecanismo de tutela que se superpone al sistema de protección establecido en la Constitución y sus normas de desarrollo, de modo que potenciar su autonomía sería inútil e induciría a confusión.
>
> 3. Como consecuencia de ser considerados derechos fundamentales, los derechos de la personalidad: a) son exigibles frente a los poderes públicos, b) obligan también en las relaciones entre particulares, ya que han recibido por la Constitución su positivación, c) gozan de la protección del Derecho Civil y de la Constitución, reforzada material y procesalmente ante los tribunales por medio del recurso de amparo y demás medidas tutelares, garantía jurisdiccional en procesos ordinarios, civil (medidas preventivas, reparatorias: indemnización de daños), penal, contencioso-administrativo.
>
> 4. El Estado no debe limitarse a enunciar la posibilidad de su ejercicio, sino que debe asumir la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos. En esta tarea el legislador se encuentra especialmente obligado y es esencial que las regulaciones legales se formulen sobre la base de los preceptos constitucionales, con el mayor consenso posible, con participación amplia de la ciudadanía, sin imposición de morales particulares, sino bajo los criterios de una ética laica.
>
> 5. La ausencia de desarrollo legislativo puede dificultar el ejercicio de los derechos, pero no impedirlo, pues éstos se imponen directamente; si no hay norma expresa o las que

18. Plovanich, Ma. Cristina, "Enfoque constitucional de los derechos de la personalidad" [on line], publicado en el portal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [s/f]. La autora es profesora de Derecho Privado I y Privado VII, y co-directora del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

hay son ineficientes, corresponde a los jueces (en cumplimiento del deber de protección estatal) garantizar la protección de esos derechos.

11.1. *Protección automática de la vivienda*

11.1.1. *Contenido de la protección. Indisponibilidad e inejecutabilidad*

El artículo 522 dispone que si la UC ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede sin el asentimiento del otro disponer de los derechos sobre la vivienda familiar. También prevé que la vivienda no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la UC, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

11.1.2. *Indisponibilidad. Concepto de acto de disposición*

Dado que el artículo 522 exige el asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda, se torna necesario analizar cuál es el significado de acto de disposición en este contexto. Según la teoría general del acto jurídico, por acto de disposición (patrimonial) se entiende el que provoca una disminución o modificación substancial de alguno de los elementos que forman el capital del patrimonio o que compromete su porvenir por largo tiempo. Y por acto de administración, el que tiene por objeto hacerles producir a los bienes los beneficios o rentas que normalmente pueden obtenerse de ellos respetando su naturaleza y destino.

Sin embargo, a nuestro juicio, el acto de disposición al que se refiere el artículo 522 no es el que resulta de la definición antes referida, sino que su concepto debe construirse dentro del micro-sistema de protección de la vivienda, es decir, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido: la vivienda. Siguiendo esta premisa por acto de disposición, en el contexto del artículo 522, entendemos todo aquel con virtualidad suficiente para afectar o poner en riesgo la función del bien de servir de techo a la familia convivencial, sea que para la teoría general resulte de administración o de disposición. Llamaremos a esta especie, para evitar confusiones terminológicas, **acto dispositivo de la vivienda**.

Tomando en cuenta nuestra definición, un contrato de alquiler o uno de comodato, o cualquier otro por el que el conviviente propietario se obligue a transferir la tenencia del inmueble asiento de la vivienda, constituyen actos dispositivos de la vivienda, pues afectan el bien en su función de servir de techo a la familia convivencial. Si el alquiler, comodato, etc., recaen solo sobre una parte material del inmueble y en el espacio restante la familia puede desarrollar normalmente su vida, el acto no sería dispositivo de la vivienda.

Desde esta perspectiva, la constitución de una servidumbre de paso o de acueducto, que para la teoría general es un acto de disposición, en el contexto del artículo 522 no es un acto dispositivo de la vivienda si el ejercicio de la servidumbre no perjudica la función del bien de servir de techo a la familia. Es decir, no todo acto de disposición según la teoría general es un acto dispositivo de la vivienda, y los actos de administración según la teoría general pueden ser actos dispositivos de la vivienda.

11.1.3. *Carácter de la inscripción*

El artículo 522 prevé que es necesario que la UC esté inscripta para que opere la protección de la vivienda. No obstante, siguiendo la regla de que en nuestro sistema las inscripciones en los registros públicos en general son de carácter declarativo, entendemos que la inscripción mencionada no es una exigencia constitutiva de la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda sino que se impone únicamente para su oponibilidad a terceros de buena fe. Es por ello que entre los convivientes la indisponibilidad de los derechos sobre la vivienda no requiere ningún tipo de registración; rige entre ellos desde el inicio mismo de la UC.

11.1.4. *Registro que debe intervenir. Alcances de la publicidad posesoria*

11.1.4.1. El artículo 522 no aclara en qué registro debe inscribirse la UC para que la vivienda conviviencial sea inejecutable. Podría pensarse que se trata del RPI (si el derecho sobre la vivienda entra en su competencia[19]), ya que este es el organismo que expide las constancias de las que resultan la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición, que permiten conocer el estado jurídico de los bienes y de las personas (arts. 22 y 23 Ley 17801). Y cabe interpretar que la indisponibilidad y la inejecutabilidad implican una restricción del derecho que afectan la libertad de disposición del titular. Además, estas restricciones solo pueden acreditarse en relación con terceros por medio de esas constancias, según lo establece expresamente el citado artículo 22. Es decir, la sola registración de la UC en el RPLUC no sería, a la luz de la normativa registral citada, publicidad suficiente para contrarrestar la buena fe del tercero.

Podría también pensarse que la ley exige la inscripción de la UC únicamente en el RPLUC y que reemplaza la inscripción en el RPI por la publicidad posesoria que resulta del funcionamiento de la vivienda en el inmueble. Pero ello, a nuestro juicio, es inadmisible, por implicar una generalización simplificadora de la conducta a observar por el tercero interesado, la que, por imperativo legal, debe ajustarse a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (art. 1724). El deber de constatar si la vivienda funciona en el inmueble no es exigible a todos los terceros por igual; es exigible, por ejemplo, a quien pretenda suscribir un boleto de compraventa, pero no a quien haya sufrido daños por un accidente ocurrido en la calle por culpa de uno de los convivientes y pretende cobrar un resarcimiento. Como se evidencia, los terceros interesados no están ubicados todos en una misma posición, y por ello la publicidad que deriva de la posesión no debería afectar a todos por igual. En algunos supuestos la publicidad posesoria resultará suficiente, pero en otros no.

Para oponerles a los terceros interesados la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda convivencial debería ser necesario que ellos mismos puedan conocer, por la vía que les resulte aplicable según la diligencia exigible en cada caso, el funcionamiento de la vivienda en el inmueble.

19. Ver art. 2 inc. a) Ley 17801.

Prueba la insuficiencia de la publicidad que deriva de la inscripción de la UC en el RPLUC que no alcance con registrar allí los pactos convivenciales a efectos de oponer a los terceros las restricciones acordadas a las facultades de administración y disposición, sino que deben inscribirse **también**, para lograr calar en la buena fe de los terceros, en el registro que corresponda por la naturaleza de los bienes (art. 522).

11.1.4.2. Sin embargo, la ley consagra la inejecutabilidad y la indisponibilidad de la vivienda convivencial, sin exigir que este destino se inscriba en el RPI. Respecto de terceros interesados de buena fe, para que la protección opere basta la inscripción de la UC en el RPLUC. Esta inscripción no funciona realmente como publicidad (pues de lo contrario se exigiría su inscripción en la matrícula) sino como indicador legal de la existencia de la UC **respecto de esos terceros**.

Las restricciones acordadas a las facultades de administración y disposición deben inscribirse en el RPI para ser oponibles a terceros, dado que las mismas resultan de la voluntad de los convivientes, a diferencia de lo que sucede con la inejecutabilidad y la indisponibilidad de la vivienda convivencial, que **emanan de la ley** y cuya oponibilidad los terceros interesados de buena fe logran neutralizar. Mientras que los convivientes pueden o no haber otorgado pacto de convivencia y haber incluido o no en el mismo restricciones a las facultades de administración y disposición, la inejecutabilidad y la indisponibilidad de la vivienda convivencial son una constante que tiene origen en la ley y no en la voluntad de los convivientes.

11.1.5. *Publicidad registral "tácita" de la inejecutabilidad*

11.1.5.1. Si del asiento que practique el RPI resulta que el titular vive en UC y tiene su domicilio real (residencia habitual) en el inmueble,[20] los acreedores no podrán alegar que desconocen que la vivienda convivencial está allí radicada, aunque la UC no esté inscripta en el RPLUC, por lo que la inejecutabilidad les será igualmente oponible.

11.1.5.2. Opinamos que el RPI debe observar el documento portante de un acto dispositivo si del mismo surge que el propietario tiene su residencia en el inmueble objeto del mismo y vive en UC, inscripta o no, y falta el asentimiento del conviviente, pues en tal caso el RPI no puede desconocer la existencia de la UC y que el inmueble es su sede.

11.1.6. *Derechos sobre los cuales puede recaer la protección de la vivienda*

La protección del derecho a la vivienda no se limita exclusivamente al derecho real de dominio, sino que rige también para cualquier otro derecho que se ejerza por la

20. Las escrituras deben contener el domicilio real de los otorgantes, según el art. 305 inc. b). El artículo 73 define el domicilio real de la persona humana como el lugar de su residencia habitual, y si ejerce actividad profesional o económica, es el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad. Proponemos que las leyes notariales locales y las disposiciones técnico-registrales de los RPI exijan que en las escrituras públicas se consigne si el domicilio real expresado es la residencia habitual o si es donde el otorgante ejerce la actividad profesional o económica.

posesión: usufructo, uso, habitación, propiedad superficiaria, boleto de compraventa con entrega de posesión (art. 1170 inc. d), etc. La protección rige también para los derechos personales que permitan usar la vivienda (locación, comodato, etc.).

11.1.7. *Solo puede recaer sobre un único inmueble*

No obstante que aceptemos que una pareja pueda convivir en dos viviendas a la vez (ver 8.5.), entendemos que no pueden invocar la inejecutabilidad respecto de ambas, ya que ello constituiría un ejercicio abusivo del derecho: la ejecución de una de las viviendas le restaría comodidad a los convivientes pero no los dejaría sin vivienda.

11.1.8. *Obligaciones no afectadas por la protección*

El artículo 522 no aclara cuáles son las obligaciones que hacen excepción a la inejecutabilidad de la vivienda familiar. Pensamos que corresponde aplicar por analogía lo previsto para el régimen de vivienda en el artículo 249.

Respecto de lo previsto en el inciso d) de dicho artículo, que establece la inejecutabilidad por obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida, nos preguntamos ¿qué sucede si en el inmueble comprendido en el artículo 522 también vivieran hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida? ¿Cómo compatibilizar los intereses de todos los niños involucrados que pertenecen a distintas familias del conviviente propietario?

11.1.9. *Asentimiento para contraer deudas*

La inejecutabilidad rige respecto de las deudas contraídas por uno solo de los convivientes sin el asentimiento del otro, y que no cuadren en ninguna de las referidas excepciones. Debe considerarse que son deudas contraídas por ambos aquellas adquiridas por uno de los convivientes con la conformidad del otro presumida por la ley (ver art. 641, incs. a y b).

No descartamos la posibilidad de que el asentimiento se otorgue tácitamente, por ejemplo, si el conviviente que contrae la deuda comparece a la audiencia de otorgamiento del acto en compañía de su conviviente, quien presencia todo el acto y no manifiesta oposición. Si el asentimiento para contraer la deuda se otorga expresamente, debe ajustarse a lo prescripto en el artículo 457.

11.1.10. *Crítica al sistema de protección automática por defecto de universalidad*

Entendemos que el Código nuevo deja algunos baches en materia de protección de la vivienda, que deben cubrir los demás poderes del Estado. Nadie debe ser discriminado a la hora de recibir la protección del derecho "a" o "sobre" la vivienda. Este debe tutelarse con prescindencia del estado de familia del propietario. Vivienda digna (de protección jurídica, entre otros aspectos) debe ser tanto la familiar como la de quien vive solo, sea por elección o porque carece de familia. Vivienda y familia (matrimo-

nial, convivencial, etc.) son bienes jurídicos que merecen cada uno su propia consideración y tutela.

No nos parece justo ni razonable que la ley proteja de pleno derecho y *ab initio* a quien vive en pareja (matrimonial o convivencial) y deje rezagados a quienes no, aunque ponga a disposición de estos el régimen de vivienda (arts. 244 y ss.). ¿Cuál sería la razón por la que la ley protege *ipso iure* y *ab initio* a los integrantes de una unión matrimonial o convivencial, y a quien no vive en esas condiciones le exige que despliegue una conducta (otorgar el acto de constitución del régimen de vivienda) para recibir amparo? Podría pensarse que la ley establece la protección a quienes viven unidos con el propósito de evitar que el derecho sobre la vivienda de uno peligre por los actos del otro, y que quien vive solo no quede expuesto a los actos de otro. Pero quien vive solo sí está expuesto a deudas, que puede contraer aun involuntariamente (p. ej.: en un accidente automovilístico). En definitiva se trata de tutelar la vivienda, y en este sentido todos deben recibir de la ley la misma protección, tengan o no pareja, vivan o no en pareja.

Además, no se consulta el ISN, ya que el progenitor que no está casado ni vive en UC pero sí con un hijo menor, incapaz o con capacidad restringida no cuenta con una protección contra deudas similar a la que resulta de los artículos 456 y 522. Y tampoco puede dejarse sin protección a quien no viva con un niño, niña o adolescente. El Código nuevo peca por defecto. Como ya expresamos, si bien puede acudirse al régimen de vivienda, este no otorga una protección de pleno derecho y *ab initio*. La protección automática y *ab initio* de la vivienda es un derecho de todos.

Si bien es cierto que la protección *ab initio* puede lograrse mediante la afectación al régimen de vivienda en el acto mismo de adquirirse el derecho sobre la vivienda, no menos cierto es que, al no ser "automática", el adquirente está expuesto a su olvido, ignorancia, engaño o mal asesoramiento. Además, si adquiere el inmueble en subasta, dado que desde la adquisición hasta su emplazamiento registral necesariamente transcurre un tiempo, la protección no será *ab initio* y puede contraer deudas en el ínterin.

11.1.11. *Postergación del acreedor en aras de la protección de la vivienda, pese a la mala fe del propietario*

El Código nuevo protege tan enérgicamente la vivienda familiar que logra postergar al acreedor ante la maniobra fraudulenta del conviviente propietario. Supongamos el caso de un conviviente propietario cuya UC se inscribió en el RPLUC, quien aprovecha que su compañera se ausentó por razones de trabajo para otorgar un boleto de compraventa respecto del inmueble que constituye la vivienda familiar. Se trata del único bien de su titularidad y su situación económica es muy ajustada. Antes de firmarse el boleto el comprador visita el inmueble en dos ocasiones para verificar su estado, tomar medidas para comprar muebles, etc. Del título de propiedad del vendedor surge que es soltero y que no vive en UC; además, afirma en el boleto que el inmueble no es vivienda familiar en los términos de los artículos 456 y 522. Una semana antes de la fecha pactada para escriturar, su compañera anticipa el regreso a casa y se encuentra en esta con él, el comprador y su arquitecto. Se entera de la venta en ese

momento. La preterida inmediatamente acciona por nulidad del boleto, pretensión que es acogida por la Justicia. Se le ordena al vendedor la restitución de la porción del precio que cobró contra el boleto y se lo condena a pagarle los daños y perjuicios al comprador, pero carece de medios para cumplir con ello. Ante la pretensión del comprador de hacer efectivo el crédito contra el inmueble, en el que la pareja continúa conviviendo, la actora se opone con fundamento en la inejecutabilidad de la vivienda familiar. De esta manera el comprador no podrá hacer efectivo su crédito contra el inmueble mientras este sea la vivienda familiar. El acreedor –mal que nos pese– no puede ser calificado de buena fe, dado que la UC se inscribió en el RPLUC antes del otorgamiento del boleto de compraventa.

11.2. *Régimen de vivienda*

11.2.1. *Designación del conviviente no inscripto como beneficiario*

En 10.15. mencionamos que el propietario puede designar beneficiario del régimen de vivienda a su conviviente no inscripto. El artículo 246, inciso a), no exige expresamente que se trate del "conviviente inscripto". Además, el Código nuevo no exige, como lo hacía la Ley 14394 en su artículo 43, que el propietario justifique el vínculo con los beneficiarios. En 7.11. expusimos que

- El progenitor afín tiene respecto del hijo afín una obligación alimentaria (art. 676), con independencia del tiempo de convivencia del progenitor del menor y el progenitor afín.
- Es admisible que dicha obligación puede satisfacerse de mejor manera, en lo que a techo respecta, incorporando al hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda.
- La existencia de dicha obligación, aunque sea subsidiaria, permite interpretar que el adjetivo posesivo "sus" contenido en el inciso a) del artículo 246 habilita al constituyente del régimen de vivienda a designar beneficiario al hijo afín.
- Sería inconstitucional exigir como requisito el transcurso del plazo de dos años de convivencia a efectos de que el progenitor afín pueda designar beneficiario del régimen de vivienda al hijo afín, dado que el ISN excluye de plano esa interpretación.
- Y concluimos: si el progenitor afín puede designar beneficiario a su hijo afín sin necesidad de que para ello transcurran los dos años de convivencia, cabe interpretar que también puede designar beneficiario a su conviviente, es decir, al progenitor del menor.

Agregamos aquí: podría argumentarse en base al ISN que la única hipótesis en que el conviviente no inscripto puede ser designado beneficiario es cuando hay hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad que sean designados beneficiarios. Contestamos: no permitir la designación del conviviente como beneficiario por no tener un hijo menor o con discapacidad nos parece discriminatorio. Por otra parte, las normas tutelares de la familia deben interpretarse con amplitud. El reconocimiento legal de la UC como familia y la manda constitucional de protegerla inte-

gralmente deben inclinar al intérprete por admitir la designación del "conviviente no inscripto" como beneficiario.

La designación del conviviente no inscripto como beneficiario del régimen de vivienda no afecta a los acreedores del propietario de causa posterior, salvo que el único beneficiario que habita el inmueble sea el conviviente no inscripto. En este caso, a nuestro juicio, debe prevalecer en principio el derecho a la vivienda digna. –Continuamos este tema, para el caso de deceso del propietario, en 11.3.2.–.

11.2.2. *Designación simultánea del cónyuge y el conviviente no inscripto como beneficiarios*

Pensamos que en situaciones particulares el propietario puede designar beneficiarios de un mismo régimen de vivienda a su cónyuge y también al conviviente no inscripto. Imaginamos el siguiente caso: una persona casada separada de hecho sin voluntad de unirse, con un niño nacido de esa unión, arma una nueva pareja; es propietaria de un inmueble no afectado al régimen de propiedad horizontal, compuesto de dos departamentos, en uno de los cuales vive él con su nueva pareja y en el otro su exesposa con el hijo menor de ambos. En este caso tiene sentido que todos ellos sean designados beneficiarios.

11.2.3. *Consecuencias para el Registro de la Propiedad Inmueble de la admisión del conviviente no inscripto*

11.2.3.1. La admisión del "conviviente no inscripto", sus descendientes o ascendientes como beneficiarios del régimen de vivienda no implica que el RPI deba luego acceder al pedido de inscripción de un pacto de convivencia, dado que para ello la UC y el pacto deben estar registrados en el RPLUC.

11.2.3.2. Sin embargo, como expusimos en 10.15., si el RPI toma razón del documento en el cual el conviviente propietario designa beneficiario del régimen de vivienda a su conviviente no inscripto o los ascendientes o descendientes de éste, no puede luego desconocer la existencia de la UC; por lo tanto, debe exigir el asentimiento del conviviente en los casos previstos en los artículos 250 y 255, inciso a), aunque estos aludan a la UC inscripta.

11.2.4. *Diferencias entre el régimen del artículo 522 y el de vivienda*

Ambos regímenes presentan las siguientes diferencias, puntos de contacto y superposiciones, sin pretender agotarlos.

11.2.4.1. La causa generadora del régimen de vivienda es el acto jurídico de su constitución, otorgado por el titular del derecho.[21] La constitución también puede ser de-

21. En nuestro trabajo "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" (on line, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos

cidida por el juez, a petición de parte, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que se resuelven las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia (art. 245).

El régimen del artículo 522 nace de pleno derecho, a partir del hecho jurídico de la instalación y funcionamiento de la vivienda en el inmueble, sin necesidad de ninguna expresión formal de voluntad. La afectación al régimen del artículo 522 es decidida por voluntad de ambos integrantes de la UC, en vida de ambos, por el simple acto lícito de convivir en el inmueble, y no a través del otorgamiento de un acto jurídico.

11.2.4.2. Respecto de terceros de buena fe, el régimen del artículo 522 rige únicamente para UC inscriptas en el RPLUC. En cambio, puede designarse beneficiario del régimen de vivienda al conviviente no inscripto.

11.2.4.3. La inejecutabilidad rige, respecto de terceros de buena fe, por deudas posteriores a la fecha de registración de la UC en el RPLUC. La protección del régimen de vivienda corre desde la fecha de inscripción de su constitución (que por subrogación se proyecta a las afectaciones posteriores), en su caso, retroactivamente a la fecha del asiento de reserva de prioridad obtenido para la constitución (art. 244, 2º párrafo).

11.2.4.4. Para la vigencia del régimen de vivienda es necesario que en el inmueble afectado habite al menos uno de los beneficiarios. Bajo el régimen del artículo 522, es preciso que ambos convivientes habiten en el inmueble (habrá que tener presente que la interrupción de la convivencia no implica el cese de la UC si obedece a un motivo transitorio), sin perjuicio de que en caso de crisis de pareja se mantiene la protección ultra-activamente hasta la resolución que eventualmente atribuye la vivienda en el juicio que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia.

11.2.4.5. Opinamos que se accede al régimen del artículo 522 aunque el conviviente propietario tenga solo una cuota-parte indivisa del derecho sobre el inmueble o de la universalidad a la que este pertenezca; ello sin perjuicio de los derechos de los restantes comuneros (condóminos, coherederos, etc.), siempre que no medie expresa oposición de estos. Además, los comuneros pueden convenir que uno de ellos ejercite el uso y goce sobre la totalidad del inmueble o una determinada parte material del mismo (arts. 1986-1988), con o sin contraprestación por ello.

Aires, nº 917, febrero 2015) expusimos: "La especialidad del nuevo régimen –nos referimos al régimen de vivienda, arts. 244 y ss.– 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 –régimen de vivienda– […] 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".

La inejecutabilidad e indisponibilidad se da con relación a la parte indivisa, pero no respecto de la cosa (art. 1989). Además, el integrante de la UC puede pedir con carácter preferencial que en la partición se le atribuya la propiedad que le sirve de vivienda a la UC si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte (art. 2381, inc. a).

En el régimen de vivienda, si el inmueble está en condominio, deben solicitar la afectación todos los cotitulares conjuntamente (artículo 245). Más adelante exponemos nuestra opinión contraria a esta limitación legal.

11.2.4.6. El régimen de vivienda subsiste y es oponible a los acreedores excluidos[22] del propietario sin límite de tiempo[23] hasta el fallecimiento de todos los beneficiarios, siempre que alguno de ellos habite el inmueble.

El régimen del artículo 522 subsiste mientras el inmueble sea la vivienda familiar; si la UC cesa en vida de ambos, el marco de protección deja de ser el del artículo 522 y, eventualmente, será el previsto en los artículos 245 *in fine* y 526.

Mientras que para la atribución de la vivienda, conforme artículo 526, se prevé un plazo máximo de dos años, el artículo 245 no prevé un límite de tiempo para el régimen de vivienda. A la luz del ISN, pensamos que dicho límite temporal rige únicamente si en el inmueble no habitan hijos menores de edad, con capacidad restringida o incapacidad, pues no hay razón para cargar a estos con las consecuencias de la decisión de sus progenitores de contraer o no matrimonio.

El cese de la UC puede dar lugar, según las circunstancias, a un régimen de protección de la vivienda mediante la atribución de la misma (arts. 245 *in fine* y 526). El régimen del artículo 522 puede devenir en régimen de vivienda por decisión judicial, en el marco del juicio en el que se resuelvan las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia (art. 245 *in fine*).

En caso de extinción de la UC por muerte, la protección del artículo 522 puede transformarse en derecho real de habitación gratuito *ex lege* a favor del conviviente supérstite (artículo 527), que no es oponible a los acreedores y cuyo plazo máximo de duración es, en principio, dos años. Opinamos que la protección del artículo 527 no requiere que la UC esté inscripta.

11.2.4.7. La ley prevé que el derecho real de habitación gratuito se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta (art. 527). No está prevista expresamente la extinción del régimen de vivienda para ninguna de esas hipótesis en caso de que el conviviente supérstite sea beneficiario y habite en el inmueble, aunque podría implicar un ejercicio abusivo del derecho.

11.2.4.8. La protección del artículo 522 rige entre convivientes, mientras que en la del régimen de vivienda la nómina de sujetos beneficiarios, que incluye al conviviente, es mucho más amplia.

22. Ver la definición en el §10 de nuestra ob. cit. (cfr. nota 21).

23. Si se cumplen los recaudos previstos en el Capítulo 3 del Título III del Libro Primero - Parte General.

11.2.4.9. El producido de la enajenación de la vivienda afectada al régimen del artículo 522 no goza de protección, como sí ocurre con el régimen de vivienda, que prevé expresamente que la afectación "se transmite" a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio (art. 248).

11.2.4.10. La afectación al régimen de vivienda puede hacerse por una parte del valor del inmueble (art. 244); dicha posibilidad no está prevista expresamente respecto de la protección del artículo 522. Sin embargo, si el inmueble fuera de excesivo valor, creemos que el juez puede limitar la protección del artículo 522 a su justa medida, a fin de evitar los efectos nocivos de una situación abusiva (art. 11).

11.2.5. *Transformación del régimen del artículo 522 en uno de vivienda*

Dado que no se puede ser propietario exclusivo de más de un inmueble bajo el régimen de vivienda (art. 244 *in fine*), la transformación referida en el epígrafe, prevista en el artículo 245 *in fine*, en principio, no sería posible si el propietario ya tuviera otro inmueble afectado. Quien resulte ser propietario único de dos o más inmuebles afectados debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término (art. 244 *in fine*).

Imaginamos el siguiente caso, en el que el organismo de aplicación del régimen de vivienda deberá ser muy cauto al fijar el plazo para que el propietario ejerza la antedicha opción, para no incurrir en una decisión que lesione derechos fundamentales. Un matrimonio mayor dona a su hijo una suma de dinero para que compre un pequeño departamento y lo afecte al régimen de vivienda, a favor de sus padres. El hijo vive en un departamento de su propiedad, en unión convivencial con su pareja y un hijo menor de ambos. Producida la ruptura de la pareja, la conviviente no propietaria solicita judicialmente la atribución del uso de la vivienda familiar y su afectación al régimen de vivienda (arts. 245 *in fine* y 526). Según lo prescripto en el artículo 244 *in fine*, no debería proceder la afectación, pues el propietario ya tiene un inmueble afectado al régimen. Sin embargo, entendemos que el juez debe atender el pedido, pues está en juego el ISN. De tal manera se configura una situación en la que una persona resulta propietaria exclusiva de dos regímenes de vivienda.

11.2.6. *Posibilidad de proteger dos viviendas*

11.2.6.1. Opinamos que la persona que tiene dos familias ("sucesivas", no "simultáneas", pues este modelo no se ajusta a los paradigmas dominantes vigentes) y es propietario de dos viviendas, en cada una de los cuales habita un hijo menor de edad o con discapacidad, no está alcanzado por la prohibición de ser propietario exclusivo de dos inmuebles afectados al régimen de vivienda. No puede interpretarse la ley de modo tal de colocar al propietario en la desagradable disyuntiva de elegir entre uno u otro hijo (art. 244 *in fine*). De lo contrario se violarían los derechos de uno de los hijos por la condición de su progenitor de ser propietario de otro inmueble afectado al régimen (art. 28 Ley 26061).

El ISN torna inaplicable la antedicha prohibición, establecida por el legislador en interés de los acreedores del propietario, que es de jerarquía normativa inferior al ISN. Prohibirle al progenitor afectar los dos inmuebles implica una discriminación hacia uno de sus hijos, dado que no recibiría la misma protección que el otro. Además, se colocaría al progenitor en la imposibilidad de atender su responsabilidad prioritaria de asegurar a sus niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías (art. 7 Ley 26061). Podría pensarse para tal caso que ambos menores deberían vivir bajo un mismo techo, a efectos de no perjudicar a los acreedores del progenitor propietario, pero ello implicaría sustraerlos de su medio familiar (art. 3, inc. c, Ley 26061) y desconocer la existencia del ISN.

Prohibir la constitución de los dos regímenes de vivienda en las condiciones antedichas resulta, además, violatorio de lo establecido en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que goza de jerarquía constitucional y que –de acuerdo con lo prescripto en el artículo 2 de la Ley 26061– es de aplicación obligatoria en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Según dicho artículo de la Convención, los Estados partes deben asegurarse de que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el ISN.

La prohibición de constituir dos regímenes en las referidas condiciones implica un liso y llano desconocimiento del ISN por parte del legislador. Además, implica una flagrante violación de lo establecido en el artículo 3.2. de la Convención: los Estados Partes se comprometen a asegurarle al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Si el RPI objetara el documento en el que se constituya el segundo régimen de vivienda, se violaría también el artículo 4 de la Convención, que obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.

Enseña el maestro Bidart Campos que el ISN y la protección integral de la familia son principios constitucionales que deben prevalecer sobre la ley cuando en un caso concreto sus circunstancias conducirían a una solución "legal" pero intrínsecamente injusta. Los estándares de "interés superior del niño" y "protección integral de la familia" no son eslóganes vacíos ni expresiones decorativas, sino pautas obligatorias que tienen que tomar en cuenta los poderes del Estado.[24]

Pensamos que la configuración de la inconstitucionalidad de la prohibición de tener dos o más regímenes de vivienda simultáneamente surgirá en rigor de una decisión incorrecta que al respecto tome el organismo de aplicación. Es dicho organismo el que debe fijar el plazo para que el propietario de dos regímenes de vivienda opte por la subsistencia de uno solo en ese carácter. Para evitar violar normas de je-

24. Citado por Lora, Laura N., "Discurso jurídico sobre el interés superior del niño", en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales. X Jornadas de Investigadores y Becarios*, Mar del Plata, Suárez, 2006, pp. 479-488 (puede consultarse desde la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/).

rarquía constitucional, el organismo no podrá exigir que la opción se ejerza mientras en los dos inmuebles habiten hijos menores o con discapacidad.

Otro aspecto cuestionable en el caso de titularidad de dos inmuebles afectados es la desafectación *ipso iure* del constituido en segundo término (dispuesta en el art. 244 *in fine*), dado que puede ocurrir que en el constituido en primer término no viva ningún beneficiario que sea menor, incapaz o con capacidad restringida y sí viva alguno en el segundo. A nuestro juicio, el ISN torna inaplicable el dispositivo legal en esa hipótesis, y debe subsistir la afectación del inmueble en el que viva un beneficiario que sea menor o discapacitado, si es que en el otro no habita ningún beneficiario con esas características. Pero como los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes están asegurados por su máxima exigibilidad (art. 1 Ley 26061), interpretamos no solo que subsiste la segunda afectación si en el primer inmueble no vive un beneficiario menor o discapacitado y en el segundo sí, sino que la fecha de la protección de la primera afectación puede trasladarse a la segunda, por aplicación de la subrogación que se desprende del artículo 248.[25] Es decir que no se extingue la primera afectación, sino que esta se traslada al segundo inmueble, en el que vive el menor, y se extingue la segunda afectación, siempre que ello fuera lo más conveniente a los intereses del niño, niña o adolescente.

Si bien los acreedores de quien tiene dos bienes afectados al régimen de vivienda podrían considerarse agraviados por la lesión que la admisión de la segunda afectación produce a su derecho de propiedad, en la disyuntiva deben prevalecer el ISN y la protección integral de la familia. La niñez no se puede postergar, ya que indefectiblemente transcurre durante la primera etapa de la vida y marcará a la persona para toda su vida; en cambio, el cobro de una suma de dinero sí puede diferirse y el perjuicio al acreedor se reparará con los intereses correspondientes; los daños a la persona en el primer caso son inconmensurables.

11.2.6.2. Señalamos que la protección que resulta del régimen de vivienda no excluye la concedida por otras disposiciones legales, entre ellas la del artículo 522. Y vamos más allá: entendemos que los regímenes de los artículos 244 y 522 pueden recaer sobre distintos inmuebles; por ejemplo, uno de los integrantes de la UC puede ser propietario de un inmueble afectado al régimen de vivienda y, al mismo tiempo, de otro alcanzado por el régimen del artículo 522. De esta manera se llega a la justa solución de permitirle a la persona que tiene dos familias, brindarle amparo a ambas.

25. En nuestro trabajo (cfr. nota 25) expusimos: "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 vivienda, 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".

11.2.7. *Inconstitucionalidad de la prohibición de afectar al régimen de vivienda por una parte indivisa*

11.2.7.1. No advertimos, salvo el texto del primer párrafo del artículo 245, cuál es el motivo por el que la ley prohíbe que la afectación al régimen de vivienda se haga por una parte indivisa. Piénsese en un edificio de departamentos que esté habitado, en condominio, sin dividirse por el régimen de propiedad horizontal. Los diversos cotitulares deberían poder afectar su cuota-parte indivisa; ¿cuál sería la razón atendible para negarles esa posibilidad? Por la cantidad de gente involucrada en esos casos, el juicio de división de condominio, es muy engorroso y demora muchos años. ¿Por qué impedirle a cada condómino, ínterin, afectar su porción indivisa al régimen de vivienda, que a la postre se materializará en el departamento en el que vive? Además de soportar el trámite judicial, ¿por qué la ley lo obliga a dejar expuesto su derecho de propiedad a embargo y ejecución mientras no se divida en especie el condominio? ¿En qué se perjudican los demás condóminos si se le permite la afectación?

11.2.7.2. Imagínese también el siguiente caso: un inmueble en condominio de dos personas, por partes iguales; uno de ellos se maneja con total desaprensión respecto de la cosa, no la atiende, no la usa ni la explota, es decir, la abandona de hecho; y el otro condómino no tiene ninguna otra propiedad y vive en el inmueble con su familia. Este debería poder afectar el inmueble –por su parte indivisa– al régimen de vivienda; de lo contrario, se lo incita a demandar la división de condominio, situación que lo expone a perder su casa.

Es injusto prohibirle al condómino que habita el inmueble que lo afecte al régimen de vivienda, con causa en la desidia del condómino que desatiende su propiedad; ¿por qué limitar en este caso la función social de la propiedad? ¿Por qué razón desproteger la vivienda? La solución legal repele nuestra noción de justicia: entre, por un lado, el condómino que no habita el inmueble y se maneja con desidia, y, por el otro, el condómino que vive en el inmueble con su familia, ¿¡la ley opta por no favorecer al segundo!?

Entre desalentar el condominio o proteger la vivienda, nosotros preferimos esto último. La afectación por una parte indivisa debería permitirse toda vez que no se lesionen los derechos del condómino no afectante. La prohibición de afectar por una parte indivisa nos parece una reglamentación irrazonable del derecho de propiedad.

11.2.7.3. Si hubiera un beneficiario menor de edad o incapacitado, la exigencia de que la afectación sea pedida por todos los condóminos conjuntamente es inconstitucional, por ser lesiva del ISN, que prevalece sobre el de los condóminos.

11.2.8. *Órbitas del asentimiento según los artículos 250 y 522*

Cuando el inmueble afectado al régimen de vivienda es el hogar convivencial, las órbitas tuteladas por los artículos 250 y 522 se acercan y prácticamente se superponen. Pero cuando el hogar de la pareja no está radicado en el inmueble afectado al régimen de vivienda, puede resultar inconducente consultarle al conviviente la procedencia o no del acto que pretende otorgar el propietario respecto del inmueble afec-

tado al régimen de vivienda (imagínese que vive en este inmueble un hijo de una pareja anterior del propietario).

11.2.9. *Razonabilidad del asentimiento*

11.2.9.1. Los artículos 250 y 255, inciso a), exigen el asentimiento del cónyuge o del "conviviente inscripto" para enajenar, gravar o desafectar el inmueble afectado al régimen de vivienda.

11.2.9.2. Expusimos en 10.12. que en ciertos casos el RPI también debe exigir el asentimiento del "conviviente no inscripto", pues interpretamos la inscripción de la UC como posibilidad de conocer su existencia.

11.2.9.3. En la práctica, los escribanos y el RPI no advertirán la necesidad de pedir el asentimiento si de la documentación tenida a la vista (título, asientos registrales, etc.) no surge la existencia de la UC y el propietario oculta que vive en UC, aunque la misma esté inscripta en el RPLUC. Dado que la inscripción es declarativa, entre la inscripción registral y la manifestación del propietario debería prevalecer esta última. Sin embargo, quien pretende adquirir un derecho sobre el inmueble afectado tiene la carga de inspeccionarlo previamente; si el "conviviente no inscripto" habita en el inmueble, la publicidad posesoria jugará en contra del pretendido adquirente. El conviviente preterido podrá, con fundamento en el derecho a la vivienda, continuar en el inmueble y oponerse a la entrega hasta que la cuestión se dirima judicialmente (art. 1140).

Nuestro sistema, a nuestro juicio sacrificando los derechos del adquirente de buena fe a favor de los del conviviente no propietario de buena fe (sacrificio que se compensa en alguna medida con el plazo de caducidad de seis meses que prevé el artículo 522 para ejercer el derecho de plantear la nulidad), carece de un dispositivo como el previsto en la última oración del artículo 1320 del Código Civil español:

> Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. **La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe**.

11.2.9.4. Nos preguntamos si el estado de familia que debe examinarse a los efectos de exigir el asentimiento es el que estaba vigente al momento de adquirirse el inmueble, afectarse al régimen de vivienda u otorgarse el acto. Creemos que no cabe una solución única o "cerrada", dado que podría ser injusta para el caso concreto que se plantee. Como principio descartamos el análisis basado únicamente en un parámetro temporal.

11.2.9.5. Al evaluar la procedencia del asentimiento, partimos de la base de considerar que la ley no lo pide "porque sí"; no se trata de que el conviviente no propietario apriete un botón para ver si se enciende la luz roja o la verde. Si la exigencia del asen-

timiento no obedeciera a determinados motivos, sería imposible calificar la razonabilidad o no de la negativa. El juez debe escuchar al oponente y evaluar la razonabilidad de su negativa, a efectos de dejarla sin efecto en caso de que no responda a una justa causa. El conviviente debe tener una razón atendible tanto para otorgar como para denegar el asentimiento.

Los artículos 250 y 255, inciso a), prevén que si el cónyuge o el conviviente se oponen, faltan, son incapaces o tienen capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente, pero no marcan la directiva a seguir por el juez. Aplicamos por analogía lo preceptuado en el artículo 522, primer párrafo *in fine*: el juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

El asentimiento se establece para evitar que los efectos del acto que otorgue el propietario lesionen los derechos del conviviente y los del resto de los integrantes de la familia. A través del asentimiento, el conviviente controla la razonabilidad del acto que pretende otorgar el propietario. Al instituirlo, el Poder Legislativo cumple con la política pública de fortalecer el rol de la familia en la efectivización de sus derechos, prescripta en el inciso a) del artículo 4 de la Ley 26061. Y posibilita al conviviente no propietario cumplir con su responsabilidad familiar, según lo ordenado en el artículo 7 de la misma ley. Se trata de una reglamentación del derecho constitucional de protección integral de la familia (art. 14 bis de la Constitución Nacional). El legislador delega en el conviviente una parte del control de la protección familiar.

11.2.9.6. Esto nos permite concluir que cuando el régimen de vivienda tutela intereses que no entran en la esfera de control del conviviente no propietario, el asentimiento resulta inaplicable. Sería impropio solicitar el asentimiento cuando el conviviente no tiene un interés legítimo en la situación que se pretende tutelar a través del mismo, ya que en tal caso su otorgamiento quedará vacío de contenido y probablemente se inspire más en motivos de condescendencia hacia la pareja que en un control efectivo de la satisfacción del interés familiar ajeno.

Aclaramos nuestro pensamiento con el siguiente ejemplo: un señor divorciado de sus primeras nupcias que actualmente vive en UC inscripta es propietario de dos inmuebles. En uno de ellos, afectado al régimen de vivienda estando ya inscripta la UC, habita un hijo mayor de edad nacido de su primera unión; en el otro inmueble vive en UC con su segunda mujer. Ambos inmuebles están protegidos: el primero por el régimen de vivienda; y el hogar convivencial, por el régimen del artículo 522. Si este señor quisiera enajenar el inmueble afectado al régimen de vivienda, no será necesario el asentimiento de la conviviente –opinamos–, dado que esta no tiene ningún tipo de deber alimentario ni injerencia respecto del hijo mayor de edad de su pareja que vive en otro inmueble y, por lo tanto, no está bajo su esfera de custodia; este hijo de su pareja no integra su familia sino la familia "anterior" de su pareja. El asunto debe resolverse exclusivamente entre el propietario y su hijo mayor de edad que habita en el inmueble; en este caso la conviviente del propietario no tiene interés ni injerencia. Por otra parte, pensamos que si el hijo fuera menor de veinticinco años y se estuviera capacitando, puede oponerse a retirarse del inmueble en el que habita, con fundamento en el artículo 663.

Por lo expuesto, los artículos 250 y 255, inciso a), no deben interpretarse literalmente, sino en función de los intereses que están llamados a tutelar. En cada caso se debe analizar la situación y efectuar una derivación razonada del derecho, a efectos de determinar la exigibilidad o no del asentimiento. En casos como el expuesto, pese a la letra de la ley, pensamos que no debe exigirse el asentimiento del conviviente (o del cónyuge), por ser el mismo inconducente a la satisfacción del interés familiar tutelado.

11.3. *Protección post mórtem*

11.3.1. *¿Afecta a terceros la designación del "conviviente no inscripto" como beneficiario del régimen de vivienda tras el fallecimiento del propietario?*

En 10.15. expusimos que la admisión registral de la designación del conviviente no inscripto como beneficiario se basa exclusivamente en una manifestación del constituyente no avalada por un reconocimiento oficial de la UC. La naturaleza de dicha designación es la de una restricción del poder dispositivo autoimpuesta en beneficio del interés familiar. Nos preguntamos: ¿qué sucede si el conviviente propietario fallece sin haberse inscripto la UC y no hay otro beneficiario? ¿Subsiste el régimen a favor del conviviente supérstite o se extingue?

Opinamos que subsiste y es oponible al acreedor, aunque la UC no se haya inscripto, si se cumplen las siguientes condiciones:

1) la inscripción de la designación del conviviente como beneficiario del régimen de vivienda es anterior al nacimiento de la causa del crédito reclamado;
2) al fallecer el propietario, el inmueble constituyó el último hogar familiar;
3) el supérstite no está en situación económica para proveerse una vivienda por sus propios medios, teniendo en cuenta su edad, estado de salud, capacitación laboral y posibilidad de acceder a un empleo.

Los argumentos para defender nuestra postura son:

a) El conviviente ejercía su derecho a la vivienda sobre el inmueble al fallecer el deudor.
b) La UC, si bien no estaba inscripta, estaba vigente al fallecer el deudor.
c) El acreedor, al tiempo de adquirir su prerrogativa, sabía que el inmueble estaba excluido de la garantía común del constituyente, es decir, que no contaba con el mismo para la satisfacción de su crédito y que el "conviviente no inscripto" era beneficiario del mismo.
d) Es intención de la ley que el derecho alimentario (incluimos "el techo") no se extinga a la muerte del conviviente (ver arts. 527 y 744, inc. g).
e) En las condiciones antedichas (prácticamente un estado de necesidad), el derecho a la vivienda del supérstite no puede postergarse; en cambio, el cobro de una suma dineraria sí puede diferirse (y de hecho viene sucediendo en vida del deudor, pues el acreedor no pudo hasta ahora ejecutar el inmueble afectado) y el perjuicio al acreedor se reparará con los intereses correspondientes.
f) Las leyes de suspensión de ejecuciones, cuando se trata de la vivienda única, evidencian la jerarquía del derecho a la vivienda con relación al derecho de propiedad del acreedor.

Si el supérstite adquiriera una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta, deberá darse prioridad al acreedor del causante (aplicación analógica del art. 527), es decir, levantarse el régimen de vivienda.

11.3.2. *¿Es constitucional el límite de vigencia de dos años para el derecho real de habitación gratuito* ex lege *del conviviente supérstite?*

El derecho real de habitación gratuito *ex lege* del conviviente supérstite tiene fijado un plazo máximo de duración de dos años (art. 527). Si bien nada expresa la ley al respecto, esa limitación no rige –a nuestro juicio– si al momento del fallecimiento del conviviente habita en el inmueble un hijo del conviviente supérstite que sea menor, incapaz o con capacidad restringida, mientras viva en el inmueble y sea menor o no recupere su capacidad. Más allá de ciertos reparos, pensamos que en ese caso el derecho de habitación tampoco se extingue si el supérstite constituye una nueva unión convivencial, pues no puede castigarse al niño por esa actitud de su progenitor (art. 2.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Para morigerar la lesión al derecho de propiedad de los sucesores aceptamos que una vez transcurrido el plazo de dos años de gratuidad el juez pueda, a pedido de parte interesada, imponerle al supérstite y, en su caso, a su conviviente una renta compensatoria por el uso del inmueble. Pero si incumplieran dicha obligación, no se los podrá desalojar mientras el niño sea menor de edad y viva allí, pues por mandato constitucional prevalece el ISN respecto de la cuestión patrimonial.

No podría argumentarse la falta de vínculo entre el menor y el conviviente premuerto para impedir que el menor y su progenitor continúen en el inmueble si media un razonable estado de necesidad. El conviviente premuerto era al momento de su fallecimiento progenitor afín del menor, calificación que recibe por ley por el hecho de la convivencia con el menor y su progenitor, sin consideración alguna al tiempo de convivencia transcurrido con su pareja (art. 672). Tampoco sería argumento suficiente, a nuestro criterio, esgrimir que los herederos del premuerto también son "familia", dado que si bien ello es cierto no menos cierto es que el premuerto volcó su afecto hacia el conviviente y el hijo de este y eligió compartir con ellos la última etapa de su vida.

La invocación de la legítima hereditaria tampoco es un argumento suficiente, pues dicho instituto no tiene consagración constitucional, sino que es un derecho establecido por ley, expresión de la solidaridad familiar pero de jerarquía inferior al ISN. Entre la legítima hereditaria y el interés del niño, niña o adolescente, debe prevalecer este último, pues los derechos y garantías reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional y aplicación obligatoria (art. 2 Ley 26061), entre los que encontramos el derecho a la vivienda, están asegurados por su máxima exigibilidad (art. 1 Ley 26061).

Por otra parte, que en el inmueble viva un menor que no sea hijo del conviviente premuerto constituye a nuestro juicio un dato que por sí mismo acredita suficientemente la convivencia –requisito para poder invocar el derecho real de habitación–, a menos que la parte contraria logre probar que ese menor está allí de manera transitoria. Por derivación del ISN debe presumirse, salvo prueba en contrario, que

el menor vive allí de manera estable y que convivía con el premuerto. El conviviente premuerto, progenitor afín del menor, asumió darle vivienda al menor. Acotar el plazo de duración del uso asistencial de la vivienda (inmueble que era de propiedad del premuerto) sin atender a las condiciones de fortuna de la herencia dejada por el premuerto y de sus sucesores, ni las necesidades concretas del menor, no consulta el ISN y, por lo tanto, viola lo establecido en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Más delicado se torna el asunto cuando uno de los herederos del causante también es menor o tiene incapacidad o capacidad restringida y no vive en el inmueble. Si bien en este caso la obligación del causante respecto de su hijo afín era subsidiaria y la que tenía respecto de su hijo de sangre es principal, opinamos que si este último tiene satisfecho su derecho a la vivienda, debe prevalecer el derecho a la vivienda del hijo afín carenciado y postergarse el derecho de propiedad del hijo de sangre. Si bien el ISN juega respecto de ambos hijos, el derecho a la vivienda no admite postergación y el derecho de propiedad sí.

12. Régimen económico. Pactos de convivencia

12.1. *Autonomía de la voluntad*

En 7.14. expusimos que los convivientes gozan de un amplio margen de libertad para regular en el pacto de convivencia los diversos aspectos económicos de su relación, sin afectar el piso inderogable que resulta de los artículos 519 a 522. Si no pactaran:

a) cada uno ejercerá libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad (art. 518), es decir, no será necesario el asentimiento del otro conviviente, salvo que se trate de los derechos sobre la vivienda o el inmueble afectado al régimen de vivienda; y
b) los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron (art. 528).

A falta de pacto, el régimen económico de la UC es similar al de separación de bienes del matrimonio, con las siguientes diferencias –sin pretensión de agotarlas–:

- El régimen matrimonial es cerrado, es decir, los cónyuges no pueden modificar su contenido; en la UC los convivientes gozan de un amplio margen de libertad para pactar sus derechos y deberes.
- El régimen matrimonial solo puede cambiarse por escritura pública, luego de un año de aplicación del anterior; en cambio, los convivientes pueden otorgar el pacto y modificarlo "por escrito" en las oportunidades que libremente escojan.
- En el régimen de separación si no se puede demostrar la propiedad exclusiva de un bien, se presume que pertenece a ambos cónyuges por mitades (art. 506); en cambio, en la UC, a falta de pacto y de prueba en contrario, los bienes se mantienen en el patrimonio al que ingresaron (art. 528).

12.2. *Forma*

12.2.1. El artículo 513 establece que el pacto de convivencia debe hacerse por escrito, pero no aclara si debe hacerse por instrumento público o privado. El Código nuevo tampoco exige ningún requisito de autenticidad, ni siquiera que las firmas de los otorgantes estén certificadas por un oficial público. Estas cuestiones deberán ser cubiertas por la ley local, no como forma sino como requisito de admisión registral.

12.2.2. Pensamos que el pacto convivencial que produce efectos jurídico-reales respecto de uno o más inmuebles determinados expresamente en el mismo, ya adquiridos –o que se adquieran simultáneamente– por alguno de los convivientes, debe otorgarse por escritura pública, dado que se trata de un contrato accesorio o complementario de otro contrato otorgado en escritura pública: el título de adquisición del derecho sobre el inmueble (art. 1017 inc. c). Así ocurriría, por ejemplo, si estipularan que tal inmueble no puede ser enajenado sin el asentimiento del conviviente no propietario; a nuestro juicio, dicho pacto restringe el poder dispositivo del conviviente titular respecto de ese bien, y, por lo tanto, un pacto de ese tenor debe otorgarse en escritura pública.

12.2.3. Si el pacto se otorgara por escritura pública, para su modificación y rescisión debe observarse la misma forma (art. 1017 inc. c).

12.3. *Oponibilidad a terceros*

El artículo 517 prevé que el pacto es oponible a terceros –nosotros agregamos "de buena fe"– desde su inscripción en el RPLUC y en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes alcanzados por el mismo. La sola inscripción de la UC y el pacto en el RPLUC no constituyen publicidad suficiente a los efectos de la oponibilidad del pacto a los terceros interesados de buena fe respecto de los actos que tengan por objeto bienes registrables alcanzados por el mismo. Para que el pacto pueda acceder a los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes, es necesario que con anterioridad se inscriban en el RPLUC la UC y el pacto, en ese orden; es decir, debe observarse esta suerte de tracto inter-registral.

Estos registros deben abstenerse de inscribir el pacto o las cláusulas del mismo si del documento respectivo no resulta que la UC y el pacto se inscribieron en el RPLUC.

Pese a que el pacto no esté inscripto en el RPLUC o en el registro que corresponda por la naturaleza del bien, será oponible a los sucesores si el contenido surge transcripto o relacionado del título de propiedad del disponente.

Aquí también opinamos que la inscripción se establece con carácter declarativo y para la oponibilidad a los terceros interesados de buena fe, la que consiste en el desconocimiento inimputable de la realidad jurídica extra-registral. El tercero que conoce la realidad extra-registral no puede alegar la falta de inscripción para desentenderse de los efectos del pacto.

12.4. *Sistema de registración. Necesidad de incorporar el contenido del pacto a un registro público. Conveniencia de su otorgamiento en escritura pública. Creación de los registros de pactos convivenciales a cargo de los Colegios de Escribanos*

12.4.1. Según resulta del artículo 517, la registración del pacto en el RPLUC debe hacerse por el sistema de inscripción, es decir, de manera extractada, y no vía la transcripción de su contenido o el archivo del documento en el RPLUC. Pero tal sistema de registración, a nuestro juicio, resulta insuficiente en relación con los terceros, pues no les permite conocer el contenido del pacto ni les garantiza su inalterabilidad. Creemos que no hay otra manera de lograr esos objetivos que no sea mediante la incorporación del pacto a un registro público, sea por transcripción o archivo del pacto en el RPLUC, su otorgamiento por escritura pública, o su transcripción o anexión en un registro notarial.

12.4.2. Cuando el pacto se aplica a derechos reales sobre inmuebles, a efectos de poder realizar las tareas inherentes al estudio del título y sus antecedentes, es preciso que los escribanos tengan garantizado el acceso al mismo en un tiempo razonable. De lo contrario, el tráfico jurídico inmobiliario se verá lesionado.

12.4.3. El Código nuevo exige que los pactos se hagan por escrito, y deja librada a la ley local la elección de la clase de instrumento. Dado que el pacto puede contener cláusulas que los convivientes deseen no divulgar, por referir a aspectos vinculados con su intimidad, creemos que la mejor manera de velar por sus importantes intereses en juego es mediante el otorgamiento por escritura pública –los escribanos deben guardar estricta reserva del protocolo y exhibirlo solo en los casos legalmente previstos–. El escribano público tiene el deber legal de ajustar su actuación a los presupuestos de escuchar, indagar, asesorar, apreciar la licitud del pacto a formalizar, así como la legitimación y aptitud de las personas intervinientes, mantener la imparcialidad y cumplimentar los recaudos administrativos, fiscales y registrales pertinentes (art. 29, inc. d, Ley Orgánica Notarial 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Ello constituye una verdadera garantía de protección a favor de los ciudadanos. El acta de incorporación al protocolo de un pacto de convivencia otorgado en instrumento privado no tiene las mismas ventajas que su otorgamiento en escritura pública, dado que en la incorporación por anexión se pierden las fases propias de la escritura pública de asesoramiento, configuración técnica y adecuación de la voluntad de los convivientes al ordenamiento jurídico.

Lo expuesto nos persuade de la conveniencia de que los pactos se otorguen por escritura pública, sea que tengan virtualidad para perjudicar a terceros o que se limiten a regular cuestiones puramente internas de los convivientes, como, por ejemplo, el aporte que cada uno debe hacer para el sostenimiento del hogar. No admitimos que los pactos con eficacia interna exclusivamente se otorguen por otra vía que no sea la aquí propuesta, dado que la única manera de saber si tal es el alcance, es decir que no trasciende a terceros, es evaluando su contenido.

Por estas razones, estamos de acuerdo con que el RPLUC inscriba únicamente luego de haber verificado que el contenido del pacto quedó incorporado a un registro público; la sola inscripción no alcanza.

El otorgamiento de los pactos por escritura pública es altamente conveniente, dado que conforme resulta de los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación:

> (i) La intervención de agentes públicos (en general) y la de escribanos en particular ha sido impuesta por la ley para acompañar al ciudadano en la ejecución de actos legislativamente seleccionados, con la finalidad de conferirles legalidad, validez y eficacia; (ii) esta finalidad se obtiene a través del asesoramiento, la configuración técnica y, sobre todo, la adecuación de la voluntad a lo expresado y narrado luego en documentos matrices que son conservados, archivados y exhibidos a quienes detenten interés legítimo; (iii) por ello es que, como bien expresa Fiorini, los instrumentos gozan de fe pública, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas (calificaciones) y durante éste (acto público técnicamente configurado, con dirección del oficial, y garantizando la libertad de expresión y en su caso las adecuaciones de la voluntad a la verdadera intención de las partes). A ello se suma que en forma coetánea se instrumenta, con rigurosas solemnidades aplicables al tipo de papel, su autenticidad, las tintas, los procedimientos de edición, el contenido (idioma, prohibición de abreviaturas, espacios en blanco, enmiendas no salvadas, etc.). Los documentos matrices quedan en resguardo, lo cual facilita su auditoría y todos los controles que corresponda aplicar. Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; (iv) todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones.

Nuestra propuesta se ajusta a la competencia que por ley nacional se le asigna al RPLUC: inscribir los pactos, sus modificaciones y rescisiones. Y garantiza que se cumpla la siguiente secuencia: 1) otorgamiento y registración del pacto en un mismo momento –con suficientes garantías de legalidad, autenticidad, inalterabilidad y permanencia del documento y su contenido, a favor de los otorgantes y de los terceros, consecuencia de la intervención notarial–; 2) inscripción del pacto en el RPLUC; y 3) inscripción del pacto en el registro que corresponda por la naturaleza del bien alcanzado por el mismo.

12.4.4. Una vez autorizada la escritura de pacto convivencial, el escribano deberá remitir copia de la misma para su "inscripción" en el RPLUC; éste tomará razón del documento (registro notarial, número, fecha y folio de la escritura, escribano autorizante) y pondrá en el mismo nota que exprese la fecha, especie (pacto, modificación, rescisión, etc.) y número de orden de la registración practicada, en la forma que determine la reglamentación local.

12.4.5. El RPLUC deberá anotar marginalmente en el acta de inscripción de la UC la inscripción del pacto, sus modificaciones, rescisión total o parcial, etc., y devolver la primera copia de la escritura con la nota de registración y copia del acta de inscripción de la UC en la que conste nota de la inscripción practicada.

12.4.6. Propiciamos que en la órbita de cada colegio de escribanos se cree un registro de pactos convivenciales, de libre consulta por los escribanos, que tome razón de los pactos convivenciales, sus modificaciones y rescisiones. Esta se practicará mediante los procedimientos y medios técnicos que cada colegio establezca al efecto, sobre la base de las minutas que deberán remitir los escribanos de la demarcación, los funcionarios competentes y los interesados en general. Las registraciones se llevarán por orden alfabético, según el apellido de los convivientes, y expresarán, además, el lugar y la fecha del otorgamiento, el nombre del funcionario autorizante y los datos concernientes a la escritura, en su caso, registro notarial en que ha sido otorgada, número y fecha de la misma y folio en el que se asentó. A los fines de su identificación, se consignarán asimismo, en cuanto sea posible, los datos personales de los convivientes: lugar y fecha de nacimiento, nombres del padre y de la madre, nombre del cónyuge, cuando lo hubiere, domicilio de los nombrados, y otros datos que se consideraren pertinentes.

La confección y la remisión de la minuta serán obligatorias para los escribanos de la demarcación respecto de los pactos, modificaciones y rescisiones que autoricen o de los que, en cualquier forma, tengan intervención profesional y facultativa para los de otras demarcaciones, así como para los particulares otorgantes. En los casos de instrumentación privada, la minuta será suscripta por cualquiera de los convivientes y su firma deberá ser certificada por un escribano de registro. A las minutas así recibidas se les dará número de entrada por orden correlativo, con indicación de la fecha de su recibo. Al remitente de la minuta se le hará llegar recibo con las constancias del registro efectuado. En las mismas minutas y en la hoja que le haya correspondido en el libro registro se pondrá breve nota de toda información que se proporcione, así como de cualquier modificación que el funcionario competente o la parte interesada comunique al colegio con relación al acto registrado. Los escribanos de registro de la demarcación agregarán al protocolo la nota de acuse de recibo de su notificación al registro de haber autorizado la escritura de pacto convivencial, su modificación o rescisión.

El registro tendrá carácter estrictamente reservado, bajo responsabilidad de su personal. Solo podrá expedirse información o certificaciones en los siguientes casos: a) cuando lo requieran jueces, tribunales y escribanos; b) cuando lo pidan los mismos otorgantes por sí o por mandatario con poder especial para ello, otorgado por escritura pública.

Cada solicitud de informe o certificación deberá consignar el nombre y apellido del conviviente y toda otra referencia necesaria para acreditar su identidad. El registro podrá requerir todos los datos que creyere necesarios para evitar informar acerca de un homónimo. Estará facultado para dar la información pedida cuando llegare a la conclusión de que la solicitud corresponde al otorgante registrado, aunque la mis-

ma no concordare totalmente con los datos registrados o se hubiere omitido alguno de ellos.

12.5. *No todos los contratos que celebren los convivientes son pactos de convivencia*

12.5.1. Los convivientes pueden otorgar entre sí contratos que no tengan causa en la UC. Si el acto que otorguen no es un pacto convivencial, no será necesario que la UC esté inscripta en el RPLUC para que pueda inscribirse en el registro que corresponda por la naturaleza del bien involucrado. Por ejemplo: si los convivientes fueran condóminos de un inmueble y acordaran la suspensión de la partición por un plazo que no exceda de diez años, el RPI debe tomar razón del acto aunque la UC y el pacto no estén inscriptos en el RPLUC; el pacto de indivisión será oponible con prescindencia de su inscripción en el RPLUC.

En los pactos que los convivientes otorguen con prescindencia de su condición de tales, es aconsejable que aclaren expresamente dicha circunstancia, es decir, no lo otorgan en su condición de convivientes, dado que la eficacia de los pactos convivenciales depende de la vigencia de la UC, y si el pacto no es convivencial, las vicisitudes de la UC no lo afectarán. Si nada se aclara en el contrato que otorguen, no se sabrá a ciencia cierta cuál deberá ser su suerte al cese de la UC.

12.5.2. Si la licitud o validez del acto que se pretende inscribir en el registro que corresponda por la naturaleza del bien alcanzado proviniera del pacto de convivencia o si el acto se otorgara con causa en la UC o en el pacto de convivencia, dicho registro deberá exigir que del documento presentado a registro surja la inscripción de la UC y del pacto en el RPLUC. Por ejemplo: si en el pacto convivencial los convivientes acordaron que es necesario el asentimiento del no propietario para enajenar o gravar los bienes registrables del otro, la licitud de tal restricción procede exclusivamente del régimen de la UC (art. 518, 2º párr.) y no del régimen común.[26] Por lo tanto, para que los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes tomen razón de esa restricción es necesario que del documento respectivo surja que la UC y el pacto estén inscriptos en el RPLUC.

Otro caso: si los convivientes pactaran que el inmueble en condominio de ambos en el que vivan los hijos menores no sea partido hasta que sean todos mayores de edad (y el plazo para que ello ocurra excede de diez años), el ISN y la UC tornan inaplicable el plazo máximo de diez años de indivisión que prevé el artículo 2000; la licitud de ese pacto procede de la existencia de la UC; por lo tanto, es aconsejable que esta y el pacto se inscriban en el RPLUC para evitar observaciones del RPI.

12.6. *Posibilidad de restringir convencionalmente el poder dispositivo de los convivientes*

12.6.1. La ley expresamente les permite a los convivientes pactar restricciones a las facultades de administración y disposición de los bienes (art. 518, 2º párr.), las que

26. La regla prohibitiva queda confirmada por la otra excepción prevista en el art. 1688.

deben inscribirse en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes; caso contrario no serán oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos del conviviente omitido contra el disponente. Respecto de esto último, cobra relevancia la suspensión del curso del plazo de prescripción entre los convivientes, establecida en el artículo 2543.

12.6.2. Los convivientes pueden pactar, por ejemplo, que sea necesario el asentimiento del conviviente no propietario para disponer de: a) cualquier bien registrable; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824; c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; etc. En este sentido, entendemos que también requieren asentimiento las promesas de los referidos actos.

12.6.3. No obstante, estas restricciones no pueden pactarse "porque sí", sino que deben fundarse en un interés legítimo, pues de lo contrario se lesionaría el derecho de propiedad del conviviente titular. El asentimiento debe establecerse para la protección de un interés digno de tutela, que conviene exteriorizar en el mismo pacto; por ejemplo, la preservación de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, a efectos de su división en caso de ruptura de la pareja. De tal manera, en caso de que el conviviente no propietario esté ausente, sea incapaz, esté transitoriamente impedido de expresar su voluntad o si su negativa fuera infundada, el juez podrá evaluar si el acto que se pretende otorgar satisface o no dicho interés.

Aunque nada se estipule en el pacto de convivencia, entendemos que el conviviente propietario puede ser autorizado judicialmente a otorgar el acto que requiera el asentimiento del otro. El acto otorgado con autorización judicial será oponible al conviviente sin cuyo asentimiento se otorgó, pero de él no puede derivar ninguna obligación personal a su cargo. Puede pactarse también que la conformidad del conviviente no propietario se otorgue por escrito (art. 284) y que verse sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (art. 457), que caduque si se dio por anticipado y el acto no se otorga en un determinado plazo, etc.

12.6.4. Entendemos que el asentimiento debe otorgarse en escritura pública cuando se relaciona con los siguientes actos:

1) contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (art. 1017);
2) contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles (art. 1017);
3) todos los actos que sean accesorios de contratos otorgados en escritura pública (art. 1017);
4) *leasing* de inmuebles, buques o aeronaves (art. 1234);
5) donaciones de inmuebles, muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552);
6) contrato oneroso de renta vitalicia (art. 1601);

7) renunciar a una herencia, salvo que sea hecha en acta judicial incorporada al expediente judicial (art. 2299).

12.6.5. Conforme exponemos más adelante, en caso de extinción del pacto por cese de la UC (art. 516, 2º párr.) no podrán levantarse unilateralmente las restricciones a las facultades de administración y disposición inscriptas en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes, dado que las mismas fueron establecidas por acuerdo de los convivientes (art. 959). Que la UC cese por voluntad unilateral de uno cualquiera de los convivientes no implica que deba suceder lo mismo con el pacto de convivencia, algunos de cuyos efectos es lógico que perduren *ex nunc*, en garantía de lo que hayan acordado en el pacto, especialmente en lo relativo a la distribución de los bienes adquiridos por el esfuerzo común. Si al cese de la convivencia no hubiera acuerdo entre los exconvivientes, las cuestiones suscitadas alrededor de la conclusión de la convivencia deberán ser dirimidas en juicio.

12.7. *Oportunidad. Pluralidad de pactos*

12.7.1. La ley no prevé nada respecto de la oportunidad para otorgar el o los pactos convivenciales. Entendemos que pueden otorgarse en cualquier momento mientras la UC esté vigente. No habría obstáculo para que otorguen un contrato con posterioridad al cese de la UC, pero por definición no se trataría de un pacto convivencial, dado que ya no son convivientes. Creemos que la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, haya o no cese de la UC, no es un pacto convivencial, pues no tiene por objeto regular la convivencia, y, por tal razón, no será necesario registrarla en el RPLUC para poder inscribirla en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes.

12.7.2. Opinamos que los convivientes pueden celebrar uno o más pactos convivenciales –o ninguno–, pues la ley no impone que regulen sus derechos y deberes en un único acuerdo.

12.7.3. Por ello, podría otorgarse un pacto convivencial respecto de cada uno de los bienes registrables que uno o ambos integrantes de la UC adquieran; por ejemplo: estipular cómo se dividirá dicho bien en caso de cese de la UC, o si será necesario o no el asentimiento del conviviente no propietario para su enajenación o gravamen –sin violar lo establecido en el artículo 522–, etc. Dicho pacto podría otorgarse antes o después de adquirido el bien o en el mismo acto de su adquisición.

12.7.4. Si los convivientes otorgaran un pacto convivencial "general" (que no tenga por objeto un bien determinado) en el que acordaran, por ejemplo, que para disponer de cualquier bien registrable que adquieran durante la vigencia de la UC será necesario el asentimiento del conviviente no titular, en cada acto de adquisición deberá dejarse constancia de la existencia de dicho pacto –que debe estar inscripto en el RPLUC–, a efectos de que el registro que corresponda por la naturaleza del bien

deje constancia de su existencia. Dicho pacto, al no individualizar los bienes a los que afecta –obviamente, dado que serán adquiridos en el futuro– no puede inscribirse en forma autónoma en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes. Deberá acceder a estos en forma vinculada con el acto de adquisición, en el cual deberá relacionarse su existencia y alcances.

Entendemos que el acto de adquisición que otorgue el conviviente no es un pacto convivencial sino el cumplimiento de éste, y, por lo tanto, no debe inscribirse en el RPLUC, ni es necesario que sea otorgado por ambos convivientes. Si el pacto convivencial individualizara los bienes a los que alcanza, podrá acceder a los registros correspondientes en forma autónoma, luego de haberse inscripto en el RPLUC.

12.8. *Omisión de exteriorizar el pacto*

12.8.1. Si el conviviente adquirente omitiera exteriorizar el pacto en el título de adquisición o en el registro que corresponda por la naturaleza del bien, pensamos que el otro conviviente podrá hacerlo por sí mismo.

12.8.2. El legislador únicamente exige el "consentimiento registral" de ambos integrantes para inscribir la UC en el RPLUC; *a contrario sensu*, para las demás registraciones de este régimen sería suficiente la solicitud de uno de los miembros.[27]

12.8.3. Si no se admitiera la legitimación del conviviente no titular, este podrá solicitarle al juez las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición del bien por el titular pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar sus derechos patrimoniales (art. 722).

12.8.4. Consideramos que, salvo estipulación en contrario, el conviviente adquirente o titular del bien está obligado a exteriorizar el pacto en el título de adquisición y también en el registro que corresponda por la naturaleza del bien si dicho pacto incide en sus facultades de administración o disposición del bien en cuestión. Consideramos que la exteriorización del pacto en el título de adquisición debe efectuarse aunque el pacto no esté inscripto en el RPLUC. Si estas conductas no fueran obligatorias, se le abriría la puerta al conviviente propietario para que burle fácilmente los derechos acordados al otro conviviente.

12.8.5. La solicitud de registración es una obligación a cargo del conviviente adquirente o titular y un derecho del conviviente no propietario. El incumplimiento de dicha obligación constituye una violación a la buena fe en el ejercicio de los deberes familiares.

12.8.6. Si el propietario no solicitara la toma de razón, el conviviente no propietario no podría solicitar la ineficacia del acto de administración o disposición en caso

27. Herrera, Marisa, comentario al art. 511, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. III, p. 307, punto III.3).

de ser preterido al otorgarse el mismo, pero sí contrarrestarla. El incumplimiento del conviviente propietario habilita al no propietario a efectuar la petición registral (siempre que el pacto esté inscripto en el RPLUC); esto último constituye el ejercicio regular de un derecho propio.

12.8.7. Entendemos que la legitimación del conviviente no propietario para solicitar el registro surge también del principio de igualdad de los convivientes, que está consagrado en el artículo 515. La ley no expresa cuál es el contenido de ese principio. Creemos que es el mismo que la ley establece para el matrimonio: "Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo" (art. 402).

12.8.8. Su consagración por el Legislativo obliga a los demás poderes del Estado, sea nacional, provinciales o autónomo, a proceder respecto de ambos convivientes maximizando la igualdad de sus derechos y obligaciones, y, por lo tanto, legitimando a ambos por igual para solicitar la toma de razón.

12.8.9. Además, si el pacto establece la restricción para proteger al conviviente no propietario, no se advierte ninguna razón para negarle a este que ejerza aquel derecho por sí mismo. Reiteramos que el acto por el que se solicita la toma de razón no implica introducir una restricción en el derecho ajeno, ya que esta se produce con anterioridad, en razón de lo acordado en el pacto convivencial. Es decir, no hay injerencia del conviviente no propietario en un derecho ajeno sino principalmente la protección de un derecho propio y uno superior (el de la familia).

12.8.10. Por otra parte, se entiende que el conviviente propietario prestó su conformidad por anticipado al otorgar el pacto de convivencia, por lo que no cabe objetar la solicitud sobre la base de la exigencia de que exista identidad entre el peticionante y el titular registral (art. 15 Ley 17801) según su concepto clásico.

12.8.11. El principio de identidad establece que el disponente debe ser el titular inscripto. Como enseña el maestro López de Zavalía, el Registro solo admite hijos de su sangre como una forma de defenderse.[28] La exigencia se establece a los efectos de articular en sede registral el principio material del tracto sucesivo (art. 399). Pero el conviviente no propietario que solicita la toma de razón registral no "dispone" del derecho de su conviviente, sino que "declara" que el inmueble objeto del mismo está alcanzado por una restricción acordada en el pacto de convivencia. No hay disposición del derecho sino adecuación a lo pactado. La única identidad que debe verificarse es entre el conviviente titular registral y el conviviente no propietario peticionante, por una parte, y, por la otra, los sujetos integrantes de la UC que resultan del acta de convivencia expedida por el RPLUC.

28. López de Zavalía, Fernando J., *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía editor, 1983, pp. 344-345.

12.8.12. El conviviente no propietario podrá solicitar la toma de razón directamente ante el RPI, sin necesidad de habilitación judicial. Las constancias de registración del pacto en el RPLUC y de su vigencia serán prueba suficiente para justificar ante el RPI el interés en la toma de razón (art. 5 Decreto 2080/1980, TO por Decreto 466/1999, Reglamento de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal).

12.8.13. Para completar el circuito de protección, entendemos que si el título de propiedad no estuviera registrado (p. ej.: adjudicación por partición otorgada en un expediente sucesorio, adquisición en subasta, etc.), el conviviente no propietario está legitimado para solicitar su registro.

12.8.14. Nuestra propuesta de aceptar la legitimación del conviviente no propietario no desarticula el correcto funcionamiento del RPI, sino que lo pone al servicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Propiciamos que sea lo más generosa posible la legitimación para peticionar la registración del pacto, sea en sede notarial, administrativa o judicial. La solicitud deberá aceptarse en caso de duda, ya que los daños que podrían derivar de la negativa son, en principio, mucho mayores que los que eventualmente resultarían de la admisión.

12.8.15. Si el RPI no admitiera la legitimación del conviviente no titular, igualmente debe registrar provisionalmente el documento por el plazo de ciento ochenta días, de manera que el peticionante, mientras mantenga vigente la inscripción provisional, podrá oponer su derecho. En contra de esta posibilidad podría argumentarse que se utiliza disfuncionalmente el sistema registral, pero en rigor es al revés: el sistema es, contrariamente a lo establecido en mandas constitucionales, disfuncional a la protección de derechos fundamentales.

12.8.16. Pensamos que la negativa del RPI a la solicitud del conviviente no propietario podría canalizarse en sede judicial vía una medida cautelar autosatisfactiva en el marco de una acción de amparo, y también a través de una acción en el marco del artículo 458.

12.8.17. No admitir la petición del conviviente no propietario viola el principio de igualdad frente a la protección integral de la familia, pues lo deja en inferioridad de condiciones respecto del otro conviviente, cuyo derecho de propiedad debe subordinarse a la satisfacción de bienes jurídicos superiores y a lo acordado en el pacto de convivencia. El derecho de propiedad debe adaptarse razonablemente a los deberes familiares que pesan sobre su titular.

12.9. *Cuestiones acerca del contenido de los pactos*

12.9.1. *Condiciones que lesionan las libertades individuales.* Se tendrán por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión o decidir sobre su estado civil (art. 344). Por lo tanto,

no puede cercenarse, por ejemplo, vía la imposición de multas, la libertad de cada conviviente de ponerle fin unilateralmente a la UC en cualquier momento.

12.9.2. *Retroactividad.* Los convivientes pueden estipular que el pacto tenga efectos retroactivos entre ellos, sin perjuicio de los derechos de terceros, por ejemplo, acordando que algunos bienes adquiridos con anterioridad al inicio de la UC queden comprendidos en la distribución que deben practicar al final de la UC.

12.9.3. *Autorización judicial para representar al conviviente ausente o impedido de expresar su voluntad.* También pueden pactar, tal como *ipso iure* funciona en el matrimonio (art. 460), que para el caso de que por cualquier razón no haya mandato entre los convivientes con facultades suficientes (o no se encuentre el instrumento, o no se tenga acceso al mismo, etc.), si uno de ellos está ausente o impedido transitoriamente de expresar su voluntad, el otro pueda ser judicialmente autorizado para representarlo, sea de modo general o para ciertos actos en particular, en la extensión fijada por el juez.

12.9.4. *Otros pactos.* Pueden acordarse también: i) que se le apliquen a la UC todas las reglas del régimen matrimonial, inclusive las del régimen de comunidad, siempre que no sean incompatibles con normas inderogables de la UC y que no afecten el orden público; ii) causas de cese de la UC adicionales a las previstas en la ley; iii) las reglas de administración y disposición de los bienes adquiridos con el esfuerzo común, mientras la UC esté vigente y hasta la distribución de los mismos luego del cese de la UC; iv) la liquidación de los bienes adquiridos por el esfuerzo común mediante la aplicación de las normas del régimen de comunidad o en proporción a los aportes de cada conviviente, o de cualquier otra manera, pero sin lesionar la legítima de los herederos forzosos; v) que –a diferencia de lo que sucede en el matrimonio para los cónyuges bajo régimen de comunidad– la comunidad comience antes de la inscripción de la UC en el RPLUC, o que se liquide antes del cese de la UC; etc.

Adviértase que mientras que los cónyuges bajo el régimen de comunidad de ganancias no pueden –mientras el régimen esté vigente– pactar la distribución de los bienes, los convivientes sí pueden hacerlo (art. 528). Los cónyuges bajo el régimen de comunidad de ganancias no pueden contratar entre sí (art. 1002, inc. d); los convivientes sí pueden hacerlo.

12.10. *Compromiso arbitral*

Una de las consecuencias del reconocimiento de este tipo de unión como familia es el cambio de competencia: en los conflictos que se generen entre los convivientes serán competentes los jueces de familia y no los jueces patrimoniales.

No pueden los convivientes pactar que sus cuestiones de familia, en las que está comprometido el orden público, queden incluidas en un contrato de arbitraje o compromiso arbitral (arts. 1649 y 1651), es decir, indefectiblemente deberán intervenir los mencionados jueces en caso que el diferendo no se pueda componer por la vía extrajudicial.

12.11. *Pacto de convivencia y fideicomiso*

Pensamos que el pacto convivencial puede canalizarse válidamente a través de un contrato de fideicomiso. En este caso también podrá celebrarse por instrumento público o privado, a salvo lo previsto en el artículo 1669. Asimismo, opinamos que aquí también deberá observarse el tracto inter-registral: antes de inscribir el fideicomiso en el registro público a que se refiere el artículo 1669 deberá registrarse en el RPLUC.

12.12. *Incidencia del interés superior del niño*

Consideramos que si está en juego el ISN, los convivientes pueden pactar que el inmueble en condominio de ellos no sea partido por el plazo que sea necesario hasta que el hijo menor, con capacidad restringida o incapacidad alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad. El ISN torna inaplicable el dispositivo legal que limita el plazo máximo de la indivisión a diez años (art. 2000). Aplicamos por analogía lo que al respecto establece el artículo 1668. Al no consultar el artículo 2000 el ISN, se torna necesario hacerlo por la vía interpretativa.

12.13. *Sanciones en caso de incumplimiento*

12.13.1. Si la ley no impusiera la registración del bien o acto alcanzados por el pacto de convivencia, el acto otorgado en infracción al mismo no perjudica al tercero interesado de buena fe, sin perjuicio de los derechos del conviviente preterido contra el disponente.

12.13.2. Los convivientes pueden convenir en el pacto sanciones pecuniarias para el caso de incumplimiento de las obligaciones acordadas, siempre que ello no cercene la posibilidad de cualquiera de ellos de ponerle fin unilateralmente a la UC. Una sanción que afecte libertades individuales, tal como elegir domicilio o decidir sobre el estado de familia, se tendrá por no escrita.

12.13.3. Dado que las causas de nulidad son establecidas por la ley, entendemos que la sanción que corresponde aplicar en caso de otorgarse un acto en violación a lo acordado en el pacto es la inoponibilidad al conviviente preterido, que este podrá hacer valer contra el conviviente disponente y el adquirente y subadquirente de mala fe. No se trata de una inoponibilidad en los términos de los artículos 338 y siguientes, ya que no será necesario que el acto haya causado o agravado la insolvencia del disponente.

12.14. *Rescisión del pacto*

La rescisión del pacto de convivencia no implica el cese de la UC, aunque lógicamente será la vía a la que se acuda cuando la solución de las cuestiones legales vinculadas con el cese de la UC sea por acuerdo de los exconvivientes. Una vez registrada la res-

cisión del pacto en el RPLUC, deberá solicitarse su toma de razón a los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes.

12.15. *Subsistencia del pacto luego del cese de la convivencia y de la unión convivencial*

El segundo párrafo del artículo 516 prevé que el "cese de la convivencia" extingue el pacto convivencial de pleno derecho hacia el futuro. Pensamos que los alcances de dicha previsión no son tan amplios ni devastadores como parece surgir de su primera lectura, y que su ámbito de aplicación debe acomodarse a las demás previsiones legales y convencionales.

Por un lado, entendemos que la norma no alude al cese de la convivencia sino al cese de la UC. El cese de la convivencia es una de las causas legales de cese de la UC (art. 523, inc. g) pero no la única. Carece de sentido interpretar que la ley establezca un régimen para ese único supuesto de cese y no para otros, como el mutuo acuerdo y la voluntad unilateral de uno de los convivientes –más adelante expresamos que el cese de la UC no necesariamente implica el cese de la cohabitación–. Por otro lado, si en el pacto se hubieran regulado los efectos del cese de la UC de manera favorable al conviviente "débil", ¿cómo admitir que se extingan por decisión unilateral del "fuerte"? No tiene lógica interpretar que en los artículos 513 y 514 (incs. b y c) se autorice a los convivientes a ejercer la autonomía de la voluntad incluso en temas que cobran relevancia luego de la ruptura de la pareja y, a renglón seguido, se le reste eficacia a lo acordado. Y refuerza la interpretación lo establecido en el artículo 528, que mantiene los efectos del pacto convivencial respecto del acuerdo de distribución de los bienes adquiridos por el esfuerzo común durante la convivencia. Al respecto, dado que las restricciones acordadas al poder dispositivo se establecen lógicamente para garantizar el cumplimiento de la distribución convenida, también deben mantenerse vigentes.

La defectuosa redacción del segundo párrafo del artículo 516 nos persuade de la necesidad de prever expresamente en el pacto cuáles son los diversos efectos que produce el cese de la UC. La posibilidad de suprimir o reducir a sus justos límites los efectos que resultan de la citada norma surge del propio régimen legal de las UC: "las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes" (art. 513); y el segundo párrafo del artículo 516 no figura como norma imperativa, es decir, es una norma meramente supletoria.

Creemos que una interpretación plausible del segundo párrafo del artículo 516 sería la siguiente: a falta de estipulación o manda judicial en contrario, el pacto de convivencia deja de aplicarse *ipso iure* en lo referente a la regulación que contiene para el período de vigencia de la convivencia. Por ejemplo: cesa entre los convivientes el deber de asistencia y de contribución a los gastos del hogar; si hubieran pactado un régimen de liquidación de los bienes adquiridos con el esfuerzo común, el pacto no rige respecto de los bienes que luego del cese de la UC se adquieran en base al esfuerzo de uno solo de los exconvivientes, o por herencia, legado o donación gratuita, etc.

13. Cese y cancelación de la unión convivencial

13.1. *Introducción*

Los cónyuges no pueden disolver el matrimonio por propia autoridad, sino que deben solicitar judicialmente que se decrete el divorcio. En cambio, la UC cesa, entre otras causas, por la voluntad unilateral de cualquiera de los integrantes de la unión (art. 523, inc. f). En ambos casos debe cancelarse la inscripción de la unión en el registro correspondiente.

En el matrimonio un cónyuge, por decisión unilateral, puede separarse de hecho sin voluntad de unirse y presentar la demanda de divorcio, pero no disolver el vínculo. En la UC el vínculo se puede extinguir por decisión unilateral. El cese de la UC implica la pérdida de la posesión de estado civil matrimonial, a menos que se extinga por matrimonio de ambos convivientes, en cuyo caso continuarán ejerciéndola. La disolución del matrimonio conlleva el cambio del estado civil de casado a divorciado o viudo; el cese de la UC modifica el estado de familia, pero no el estado civil –salvo que el cese ocurra por matrimonio, pero es este la causa de la modificación y no el cese de la UC–.

13.2. *Clasificación de las causas de cese de la unión convivencial*

13.2.1. Agrupamos las causas de finalización de la UC mencionadas en el artículo 523 en voluntarias e involuntarias. A su vez, dividimos las voluntarias en unilaterales o bilaterales. Estas últimas son siempre voluntarias (para ambos integrantes), mientras que las unilaterales funcionan de manera voluntaria para uno de los convivientes e involuntaria para el otro.

- El matrimonio de los convivientes entre sí (inc. d) es una causa bilateral, al igual que el cese por mutuo acuerdo (inc. e); en este último caso la voluntad de finalizar la UC puede ser manifestada por cada integrante en forma expresa o tácita.
- El matrimonio o nueva unión convivencial de uno solo de los miembros (inc. c) es una causa unilateral, voluntaria para quien deja a su anterior compañero e involuntaria para este.
- El cese de la UC por voluntad unilateral o por mutuo acuerdo no implica necesariamente la conclusión de la cohabitación, pues –si bien es poco frecuente– los integrantes de la expareja podrían hacer su vida uno aparte del otro pero bajo un mismo techo.

  En cuanto al "cese de la convivencia" previsto en el inciso g), entendemos que consiste en el **abandono definitivo unilateral de la cohabitación**, es decir, la interrupción de la vida en común sin voluntad alguna de continuarla por parte de al menos uno de los integrantes.
- La interrupción de la convivencia no implica la finalización de la UC si obedece a un motivo transitorio.

13.2.2. Además de las causas de cese mencionadas en el artículo 523, también regirán las pactadas por los convivientes en el pacto convivencial. En este sentido el inciso f) del artículo 7 de la Ordenanza 279/2009 de Río Cuarto.

13.3. *Fecha de cese de la unión convivencial*

13.3.1. Cuando el cese de la UC surja de un instrumento público que dé certeza de su ocurrencia y de su fecha (en caso de muerte real o presunta de uno de los convivientes, o matrimonio de cualquiera de ellos), se tomará razón del cese.

13.3.2. En los casos en que el cese de la UC no surja de un instrumento público que dé certeza de su ocurrencia, la fecha de su finalización y el consentimiento de ambos exconvivientes (p. ej.: si se produce por abandono definitivo unilateral de la cohabitación), se considerará que el cese ocurrió al notificarse por medio fehaciente al otro conviviente (art. 523, inc. f). Al respecto, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto GCABA 556/2003, reglamentario de la Ley 1004, que prevé que si la notificación fehaciente al conviviente resultara de imposible cumplimiento para el denunciante de la UC, el director general del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas podrá ordenar dicha notificación mediante la publicación de edictos en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires, por tres días, quedando a cargo del integrante de la UC que solicite su disolución el costo y diligenciamiento de los trámites respectivos.

13.4. *Instrumentación del cese*

Opinamos que si la UC cesa por voluntad de ambos convivientes, su conformidad para la inscripción del cese debe surgir de un instrumento público, para asegurar la autoría y el contenido de la declaración. Por tal razón, el reconocimiento del cese por acuerdo de ambos exconvivientes podría hacerse en sede notarial o presentándose ambos en el RPLUC. Dicho cese no implica que se hayan agotado los efectos de la UC y de los pactos convivenciales, sino que justamente da origen a otros efectos, regulados en los artículos 524 a 528 y, en su caso, en el pacto.

El cese de la UC debe inscribirse en el RPLUC (ver art. 511, 1º párr.).

13.5. *Comunicación del cese de la unión convivencial*

Si el cese de la UC se produce unilateralmente y en vida de ambos convivientes, entendemos que, por razones de buena fe en las relaciones de familia y en el ejercicio del poder por las autoridades públicas, debe comunicarse fehacientemente la inscripción del cese al otro exintegrante de la UC, a efectos de que pueda actuar en consecuencia. Supongamos que el integrante de una UC deja el hogar convivencial alegando que viajará al exterior para perfeccionarse en sus estudios. Sin embargo, esa excusa no es verdadera, ya que su propósito es en realidad huir para contraer matrimonio con su amante. Luego de casado, dado que el matrimonio hace cesar sin más la UC, se presenta en el RPLUC con el acta de matrimonio para que se inscriba el cese de la UC. Creemos que las autoridades públicas no pueden convalidar esta actitud y, para evitarla, deben exigir la previa notificación fehaciente al otro integrante de la UC. Si el peticionante no lo hubiera hecho, deberá hacerlo el RPLUC a su costa. Si se considerase que esto implica una intromisión en la esfera privada del solicitante,

creemos que la misma es razonable y debe admitirse, dado que el régimen de registración de la UC no se establece en interés exclusivo del solicitante.

Por estas razones es que opinamos que yerra el artículo 416 al no exigir que la solicitud inicial para contraer matrimonio contenga la declaración de los solicitantes sobre si tienen una UC registrada con anterioridad cuya inscripción esté vigente y, en su caso, el nombre y apellido del integrante de dicha unión y los datos de su inscripción, acompañando certificado de defunción o copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiera declarado la muerte presunta del conviviente, según el caso.

Las omisiones que aquí denunciamos pueden ser salvadas por las normas que se dicten en el ámbito local.

13.6. *Cancelación de los pactos de convivencia*

13.6.1. La inscripción del cese de la UC no implica la cancelación de los pactos de convivencia, pues para ello será necesaria la conformidad de ambos exconvivientes –o sus herederos– o una resolución judicial. Es lógico que así sea, pues los pactos pueden regular, entre otros asuntos, la división de los bienes adquiridos por el esfuerzo común y mientras la misma no sea otorgada el pacto continúa vigente.

13.6.2. La cancelación de los pactos, aunque ya se hubiese cancelado la UC, debe ser solicitada por ambos exconvivientes –o sus herederos– o, en su defecto, disponerse judicialmente; y hace presumir que se agotaron sus efectos.

13.7. *División de bienes*

13.7.1. La división de bienes acordada en el pacto debe ser cumplida por los convivientes –en su caso, exconvivientes– o sus herederos (art. 1024). A diferencia de lo que sucede en el régimen matrimonial de comunidad, en el que los cónyuges solo pueden hacer la distribución de bienes una vez extinguido el régimen, los convivientes pueden hacer la distribución de bienes en cualquier momento. Gozan de un amplio margen de libertad.

El levantamiento de las restricciones a las facultades de administración y disposición acordadas en el pacto que se hayan inscripto en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes solo procede por acuerdo de ambos convivientes –exconvivientes o sus herederos– o, en su defecto, resolución judicial.

13.7.2. Nos preguntamos ¿qué sucede con los pactos de convivencia cuando la UC cesa por el matrimonio que los convivientes celebren entre sí? Entendemos que el matrimonio no transforma el pacto en una convención matrimonial prohibida (art. 447), dado que este no fue otorgado por razón del matrimonio; no fue otorgado por los "futuros cónyuges" sino por los "actuales convivientes" sin tener en mira el posterior matrimonio; si ocurriera esto último la convención sería nula en la parte referente al futuro matrimonio.

Nos encontramos aquí nuevamente con la inconveniente redacción del segundo párrafo del artículo 516: el cese de "la convivencia" (de la UC) extingue los pactos de pleno derecho hacia el futuro. En 12.15. expusimos que a nuestro juicio dicha norma no es imperativa sino supletoria de la voluntad de los otorgantes. Pensamos que el cese de la UC por el matrimonio de los convivientes no necesariamente extingue todos los efectos del pacto y que algunos de ellos subsisten, siempre que sean compatibles con la imperatividad del régimen matrimonial.

13.7.3. Si el matrimonio de los convivientes es bajo el régimen de comunidad, quedan inhabilitados para contratar entre sí (art. 1002, inc. d). Nos preguntamos si en esa situación pueden cumplir la división de bienes acordada en el pacto convivencial. La respuesta es sencilla para quienes opinan que el cese de la UC por matrimonio extingue por completo los efectos del pacto convivencial para el futuro, pero no es así para quienes entendemos que el cese no priva de toda eficacia al pacto.

El artículo 1002 (inc. d) inhabilita a los cónyuges bajo el régimen de comunidad para "contratar". Opinamos que si el contenido de la división de bienes estuviera completamente definido en el pacto, su cumplimiento no implica celebrar un nuevo contrato; en este caso el contrato es anterior al matrimonio, y la división no es más que el cumplimiento del mismo. El matrimonio no es causa de extinción de las obligaciones contraídas entre los convivientes con anterioridad a su celebración: si se hubiesen casado bajo el régimen de separación de bienes, no habría obstáculo para que cumplan la división pactada (art. 506, 2º párr.). La inhabilitación para contratar es propia del régimen de comunidad y no del matrimonio en sí.

La inhabilitación del artículo 1002 (inc. d) se establece al efecto de que los cónyuges no puedan modificar voluntariamente la calificación de los bienes mediante la celebración de contratos entre sí, dado que, por ejemplo, si uno de los cónyuges vendiera un inmueble propio al otro, dicho bien resultará ganancial para este –si no paga el precio con fondos propios–; tal es a nuestro juicio la finalidad de la prohibición, que –reiteramos– no rige para los cónyuges bajo el régimen de separación de bienes. Por su parte, los bienes alcanzados por el pacto son todos propios, dado que fueron adquiridos por el esfuerzo común de ambos convivientes, anterior a la celebración del matrimonio. En la medida en que el contenido de la división pactada se limite exclusivamente a bienes adquiridos con anterioridad al matrimonio, y no se incorpore a la misma bienes propios o gananciales adquiridos luego de celebrado el matrimonio, no vemos ningún obstáculo para que se ejecute la división acordada en el pacto.

13.7.4. También nos preguntamos para el caso de cese de la UC por matrimonio de los convivientes: mientras no se otorgue la división de bienes, ¿qué sucede con las restricciones a las facultades de administración y disposición acordadas en el pacto? Si aceptamos la posibilidad de que los cónyuges cumplan la división acordada cuando estaban unidos en UC, entendemos que, dado que las mismas constituyen una garantía del cumplimiento del pacto, deben mantenerse vigentes.

Si bien del artículo 469 resulta que cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios consideramos que ello es así únicamente en relación con los bienes no comprendidos en el pacto, respecto de los cuales el matri-

monio no es causa de extinción de las obligaciones contraídas en el pacto. Los bienes propios adquiridos con posterioridad al matrimonio no quedan alcanzados por el pacto sino por el régimen patrimonial del matrimonio.

13.7.5. Si no se admitiera nuestra opinión, también podría pensarse que tiene lugar la suspensión –y no la devastación– de los efectos del pacto durante el régimen de comunidad, a efectos de que el mismo pueda cumplirse en caso de que los cónyuges opten luego por un régimen de separación de bienes, dado que bajo el mismo no habría obstáculos para llevar a cabo lo acordado en el pacto. Esta suspensión, y no la lisa y llana extinción, se desprende del principio de conservación de la eficacia del contrato, que resulta del artículo 1006.

13.7.6. Si los convivientes casados bajo el régimen de comunidad hubiesen acordado en el pacto convivencial las reglas para realizar la división pero no su contenido específico, ¿pueden acordarlo luego de celebrado el matrimonio? Pensamos que no, dado que ello implicaría pasar por alto la inhabilidad establecida en el artículo 1002 (inc. d). Sin embargo –reiteramos–, esa inhabilidad no se aplicaría cuando los cónyuges estén bajo el régimen de separación de bienes, en cuyo caso sí podrían acordar cómo dividirlos.

13.7.7. Si la UC cesa por muerte de uno de sus integrantes, será suficiente la presentación de la partida de defunción para que se inscriba el cese. También se podrá solicitar al juez de la sucesión que oficie al RPLUC comunicando dicho cese. Reiteramos que la cancelación de la UC en el RPLUC no acarrea la cancelación de los pactos de convivencia, dado que estos pueden tener ultra actividad en ciertos casos, es decir, regir para después del cese de la UC.

13.7.8. Si a la muerte de uno de los convivientes hubiera quedado sin cumplir la división de bienes acordada en el pacto convivencial, entendemos que lógicamente primero habrá que cumplir la misma para luego liquidar en su caso la comunidad post-régimen y, por último, la herencia.

14. Otros aspectos en los que incide la unión convivencial

Para terminar, a continuación enunciamos otros tópicos y artículos del Código nuevo que aluden a la UC, ubicados fuera del Título III del Libro Segundo "Relaciones de familia":

1. Legitimación para solicitar la declaración de incapacidad o de restricción de capacidad mientras la convivencia no haya cesado (art. 33 inc. b).
2. Legitimación para solicitar la declaración de inhabilitación por prodigalidad (art. 48).
3. Legitimación para prestar el consentimiento informado para atención médica en caso de que el otro conviviente esté absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad y no la haya expresado anticipadamente (art. 59).

4. Legitimación para decidir sobre las exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar, si el conviviente fallecido no expresó su voluntad y esta no es presumida, pero no puede dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad (art. 61).
5. El cónyuge viudo que usa el apellido del otro cónyuge debe dejar de usarlo si constituye unión convivencial (art. 67).
6. Legitimación para ejercer acciones de protección del nombre y reparación del daño en caso de fallecimiento del conviviente (art. 71).
7. Legitimación para solicitar la declaración de ausencia (art. 80). Los frutos de los bienes administrados por el curador deben ser utilizados para el sostenimiento del conviviente (art. 83).
8. El juez no puede conferir la tutela dativa a su conviviente (art. 108 inc. a).
9. No puede ser tutor el conviviente de quien tenga pleito con el niño, niña o adolescente que requiere la designación de tutor (art. 110 inc. h).
10. A falta de previsión, el juez puede nombrar curador al conviviente (art. 139).
11. Uno de los convivientes no puede integrar el órgano de fiscalización ni certificar los estados contables de la asociación cuya comisión directiva esté integrada por el otro conviviente (art. 173).
12. Legitimación para solicitar la afectación al régimen de vivienda. Si hubiera beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, en el juicio en el que se resuelve la atribución de la vivienda (art. 245).
13. Legitimación para ser designado beneficiario del régimen de vivienda (art. 246 inc. a). También pueden serlo los ascendientes y descendientes del conviviente.
14. El constituyente que vive en unión convivencial inscripta no puede, sin la conformidad del conviviente, transmitir ni gravar el inmueble afectado al régimen de vivienda. Si el conviviente se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, se exige autorización judicial (art. 250).
15. El constituyente que vive en unión convivencial inscripta no puede solicitar la desafectación y cancelación de la inscripción del régimen de vivienda sin el asentimiento del conviviente. Si este se opone, falta, la desafectación debe ser con autorización judicial (art. 255 inc. a).
16. Legitimación para oponerse a la solicitud de desafectación del régimen de vivienda pedida por la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, caso en el cual debe resolver el juez lo que sea más conveniente (art. 255 inc. b).
17. El funcionario público no puede autorizar instrumentos en los que su conviviente sea personalmente interesado (art. 291).
18. El conviviente del oficial público no puede ser testigo en los instrumentos públicos que este autorice (art. 295 inc. a).
19. El derecho alimentario entre cónyuges cesa si el alimentado inicia una unión convivencial (art. 433).
20. La prestación alimentaria post-divorcio cesa si el beneficiado vive en unión convivencial (art. 434).
21. La convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor del conviviente, excepto oposición fundada (art. 585). Du-

rante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor (art. 586).

22. Los convivientes pueden adoptar solo si lo hacen conjuntamente (art. 602), pero la adopción puede ser unipersonal si el conviviente es incapaz o tiene restricción de capacidad y la sentencia le impide prestar consentimiento válido para el acto (art. 603).
23. Legítima para la adopción de integración (arts. 619 y 620). El hijo del conviviente que sea mayor de edad puede ser adoptado (art. 597 inc. a), aunque la diferencia de edad entre adoptante y adoptado no alcance los dieciséis años (art. 599).
24. El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos convivientes (art. 641 incs. b y c).
25. El conviviente que vive con el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente debe, en su carácter de progenitor afín, cooperar en su crianza y educación, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de cese de la unión, el progenitor afín en determinados casos debe una cuota alimentaria asistencial al hijo afín (arts. 672-676).
26. El conviviente supérstite tiene la obligación de realizar inventario en caso de muerte del otro progenitor, cuando haya un hijo sujeto a responsabilidad parental (art. 693).
27. Los convivientes se deben alimentos entre sí (arts. 718 y 719).
28. En caso de cese de la UC, el juez puede adoptar medidas provisionales relativas a los convivientes y los hijos durante el proceso, y también medidas provisionales relativas a los bienes (arts. 721-723).
29. Las ropas y muebles de uso indispensable del conviviente están excluidos de la garantía común de los acreedores (art. 744 inc. a).
30. El conviviente goza del beneficio de competencia (art. 893).
31. Incurre en ingratitud el donatario que atenta contra la vida o la persona del conviviente del donante (art. 1571 inc. a).
32. El conviviente está legitimado para reclamar indemnización por fallecimiento (arts. 744 inc. g, 1741 y 1745).
33. Origen legal del derecho real de habitación gratuito del conviviente supérstite (art. 1894).
34. La participación como autor, cómplice o partícipe de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del conviviente del fallecido es causa de indignidad (art. 2281 inc. a). No es indigno quien haya acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión si la víctima del delito es conviviente del acusador (art. 2281 inc. c).
35. No tiene lugar la sucesión del cónyuge en caso de matrimonio contraído *in extremis*, salvo que sea precedido de una unión convivencial (art. 2436).
36. El conviviente del testador no puede ser testigo del testamento (art. 2481).
37. El conviviente de quien no puede suceder por testamento tampoco puede suceder por testamento, reputándose que existe interposición de persona sin admitirse prueba en contrario (art. 2483).
38. No corre el curso de la prescripción entre convivientes durante la unión convivencial (art. 2543).

De qué hablamos cuando hablamos del artículo 2189

Gonzalo I. Toro*

RdN 921

RESUMEN

Se busca realizar un análisis detallado del artículo 2189, en especial la relación o nexo que lo vincula con el artículo 2187, ambos del Código Civil y Comercial. Se intentará demostrar que: 1) el artículo 2189 es el eje en torno al cual se organiza el sistema de garantías reales, y 2) por la redacción de los artículos referidos, no hay un régimen plural de garantías en el Código, según la determinación o indeterminación del crédito asegurado. Al contrario, el Código contiene un sistema monolítico, indiferenciado, merced al cual, cualquiera sea el grado de individualización de los elementos constitutivos del crédito asegurado, en todos los casos el gravamen actúa como tope de la garantía real.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *La tesis dual o diferenciadora.* ***3.*** *Algunos argumentos en contra de la tesis dual o diferenciadora.* ***3.1.*** *Los fundamentos de la ley.* ***3.2.*** *La terminología de la ley.* ***3.3.*** *La letra de la ley.* ***3.4.*** *"Mas en todos los casos…".* ***4.*** *Representación gráfica del artículo 2189.* ***5.*** *Conclusión.*

1. Introducción

Los sistemas por lo general, suelen tener ideas fuerzas o ejes, en torno a los cuales se estructuran y organizan. Estos ejes actúan como elementos estructurales del sistema y permiten no solo su funcionamiento, sino también su comprensión y de ser el caso, su operación.

El sistema de derechos reales de garantía del Código Civil y Comercial de la Nación es uno de esos sistemas. Y cuando hablamos del artículo 2189 del Código unificado, de lo que hablamos es del eje o idea fuerza en torno al cual se organizan las garantías reales en el derecho privado argentino.

Por tal motivo, establecer el sentido que debe darse a ese artículo en especial es esencial para comprender el nuevo sistema de garantías, delimitar su alcance y funcionamiento.

No obstante la importancia que el artículo 2189 tiene dentro del sistema, su redacción no es todo lo clara y contundente que podría haber sido, por lo que se han uscitado algunas controversias en torno a su interpretación[1] específica y, por ende,

* Información sobre el autor en la RDN digital http://www.revista-notariado.org.ar/.

1. Alterini, Jorge H. y Alterini, Ignacio E., "Pluralidad de regímenes para los derechos reales de garantía de créditos determinados ('cerrados') e indeterminados ('abiertos')", en *Diario La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/10/2015, p. 1.

con la interpretación de todo el sistema en cuyo alrededor se organiza. Así, algunos autores entienden que de la conjunción de los artículos 2187 y 2189 (segundo y tercer párrafo) surge un régimen de garantías reales con regulación diferenciada según la determinación o indeterminación del crédito asegurado. Otro enfoque, absolutamente contrapuesto, entiende que el sistema es monolítico y que en el Código unificado no hay un régimen de regulación diferenciado de las garantías, ya que el sistema es el mismo, cualquiera sea el grado de determinación o indeterminación del crédito principal al cual la garantía accede.

2. La tesis dual o diferenciadora

La línea interpretativa que ve en el Código unificado un régimen diferenciado de garantías reales (según la determinación o indeterminación del principal) perfectamente puede ser denominada o identificada de la forma propuesta, ya que esa es la principal consecuencia de sus argumentos. Esta línea de pensamiento sostiene que del juego de la segunda parte del artículo 2187 con el segundo y tercer párrafo del artículo 2189, surge un régimen en virtud del cual, si el crédito esta indeterminado al momento de la constitución de la garantía, el monto del gravamen actúa como tope o máximo por el cual la garantía responde; y el plazo máximo legal de vigencia de la misma es solo de 10 años. Mientras que si el crédito está *determinado* al momento de la constitución de la garantía, el monto del gravamen cumple una función meramente indicativa; y la garantía responderá por ese monto, más los intereses, costas, costos y demás que se generen por el incumplimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2193. Y el plazo máximo legal de vigencia de *estas* garantías es de 20 años, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 2210 (ello aún cuando no hay en el Código una norma que *expresamente* fije ese plazo).

La idea principal sobre la que se funda tal interpretación está en la relación de regla y excepción que sus sostenedores establecen entre el artículo 2187 (la regla) y el artículo 2189, segundo párrafo, primera parte (la excepción). Y ya que la primera parte del segundo párrafo del artículo 2189 se refiere solo a los créditos indeterminados, es una consecuencia necesaria que el resto del artículo se aplique solamente a las garantías que aseguren ese tipo de créditos. Siempre conforme con la línea de pensamiento en estudio, la regla se refiere a los créditos determinados, los que por mandato del artículo 2187 deben tener sus elementos constitutivos (sujeto, objeto y causa) adecuadamente individualizados al momento de la constitución de la garantía. La excepción la fija la primera parte del segundo párrafo del artículo 2189, en virtud del cual el crédito puede estar individualizado en todos sus elemento *ab initio*, o puede nacer con posterioridad. A partir de este punto desarrollan el resto del argumento, arribando a la conclusión indicada: un régimen dual de garantías reales, uno para créditos determinados y otro para créditos indeterminados.

3. Algunos argumentos en contra de la tesis dual o diferenciadora

Entiendo que la línea interpretativa que postula un régimen diferenciado según la determinación o indeterminación del crédito asegurado, arriba a conclusiones un tanto desapegadas al texto de la ley, ya que el férreo sistema del Código unificado no nos permite en aras de la interpretación, recortar párrafos u oraciones de distintos artículos para luego unirlos o vincularlos con otros artículos o partes de artículos y así estructurar un instituto o introducir distinciones en donde la ley expresamente no las introduce. Máxime cuando se trata de una materia de indiscutido orden público.

A continuación se mencionarán reparos y obstáculos a los que creo se enfrentará la tesis dual.

3.1. *Los fundamentos de la ley*

En el escrito de presentación del Código, los miembros de la Comisión Redactora dicen expresamente que en los fundamentos de la ley encontraremos un detalle tanto del método como de los principios que inspiraron su trabajo. Así, a lo largo de los fundamentos el Codificador brinda una especie de guía, aclaración y explicación de la forma en que se normaron los distintos institutos, destacando en cada caso los cambios o novedades en comparación con el sistema anterior.

En la parte dedicada al análisis de las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía, nada dice con respecto a un régimen dual de garantías, con base en la indeterminación del crédito asegurado. Al contrario, expresamente aclara que "La más importante diferencia con el Código se refiere al monto del gravamen que debe incluir el monto garantizado por todo concepto, o sea, capital, intereses y costas". De haber querido el Codificador un cambio a un sistema dual de garantías, con introducción de un distingo de tal envergadura –por lo novedoso e intenso del cambio–, el tema habría recibido una presentación expresa, con la correspondiente explicitación y explicación. No hay ni una sola referencia al distingo o a categorías distintas. El silencio al respecto es abrumador –lo que recuerda un principio hermenéutico: "*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*".

3.2. *La terminología de la ley*

Si bien nuestra lengua materna, gracias a su riqueza sinonímica, nos permite expresar una misma idea usando palabras distintas, cuando se trata de un lenguaje técnico –como lo es el del derecho–, el margen para el uso de sinónimos y giros idiomáticos diversos se acota sensiblemente. Y si en un artículo o texto meramente informativo no hace mayor diferencia que se use el término *pacto* para referir a un contrato, en un sentido técnico-jurídico, pacto, convención, acuerdo, arreglo o contrato no necesariamente pueden ser usados como sinónimos.

Por lo expresado, es significativo que en ninguno de los artículos del Capítulo 1 del Título 12 del Libro Cuarto del Código unificado se usen las palabras *crédito determinado*, *crédito indeterminado*, *hipoteca abierta* o *hipoteca cerrada*. También me parece un gran indicio la repetición de las palabras *monto máximo del gravamen*, *hasta*

el máximo del gravamen, *hasta el límite del gravamen* o *tiene derecho al remanente que excede el monto del gravamen*.

La terminología usada por el codificador nos marca un sentido y una intención. ¿Cómo afirmar que fue intención del codificador introducir un régimen dual con base en la indeterminación o determinación del crédito, cuando no solo nunca se refiere a tal distinción expresamente, sino que ni siquiera usa esa terminología o fraseología?

3.3. *La letra de la ley*

Los sostenedores de la "tesis dual" dicen que la segunda parte del artículo 2187 contiene una regla, respecto de la cual encuentran una excepción en la primera parte del segundo párrafo del artículo 2189[2]. Pero leyendo con atención las secciones del Código referidas se ve que en realidad tal regla y excepción no existen, ya que en ambos casos el Codificador incluye los llamados créditos determinados.

En la parte que interesa, el artículo 2187 dice: "el crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa". Esto es, conforme la terminología de la tesis dualista, el crédito debe estar determinado. A su vez, en la parte que interesa, el artículo 2189 dice: "El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente". ¿Si se supone que esta sección del Código introduce una excepción a la regla, como puede hacerlo si está incluyendo en la excepción a los créditos mentados en la regla? Es claro que en esta parte del artículo 2189 el Codificador incluye también a los llamados créditos determinados.

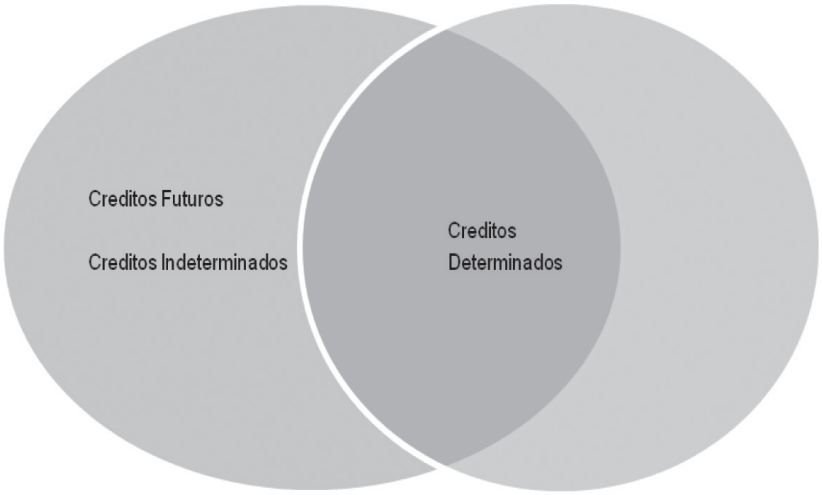
Como un ejercicio o artificio interpretativo, o como una herramienta de ayuda en la interpretación propuesta, se propone que esta oración del artículo 2189 puede ser reelaborada o reescrita de la siguiente manera: "El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen, **como puede no estarlo** o **incluso** puede nacer posteriormente". O también: "El crédito puede **o no** estar individualizado en todos los elementos desde el origen, o **incluso** puede nacer posteriormente". De cualquiera de las dos maneras, la idea que se esboza es clara: la mentada excepción no es tal, ya que en ambos artículos la ley se refiere o incluye a los créditos determinados.

A fin de aclarar aún más el argumento presentado, parece útil recurrir al diagrama de Venn, herramienta para la representación visual de conceptos que nos permitirá *ver* la relación que –creo– existe entre los artículos 2187 y 2189:

Así, dado el conjunto artículo 2187 segunda parte = {créditos determinados}; y dado el conjunto artículo 2189, segundo párrafo, primera parte = {créditos determinados; créditos indeterminados; créditos futuros}; tenemos que el conjunto 2189 incluye al conjunto 2187 ==> 2189 $\supset$ 2187:

2. Ídem, punto V.

Conjunto art. 2189, 2º párr., 1ª parte



Conjunto art. 2187, 2ª parte

3.4. "*Mas en todos los casos…*"

Con lo dicho en el punto anterior, se ha demostrado que la primera parte del segundo párrafo del artículo 2189 se refiere tanto a los créditos determinados como a los indeterminados, lo que no es menor, ya que, de ese modo:

1) se desarticula el supuesto de la regla-excepción en torno a la cual la tesis dualista organiza sus argumentos;
2) al incluirse en la oración referida tanto los llamados créditos determinados como los indeterminados, lo dispuesto en la segunda parte del segundo párrafo y en el tercer párrafo del artículo 2189 es aplicable a todos los créditos, con independencia del grado de individualización de sus elementos constitutivos.

Máxime, la puntuación usada por el legislador en el segundo párrafo del artículo 2189, esto es, la presencia del punto y coma antecediendo a la palabra *mas*, nos indica claramente que nos encontramos ante una conjunción adversativa. Al respecto, Marin[3] enseña que con la conjunción "pero" –y su sinónimo, *mas*– usada para coordinar dos proposiciones,

> … se relativiza el significado de la primera y se refuerza el significado de la que esta iniciada con "pero", que se transforma así en lo más importante que se expresa en la oración compuesta.

Lo dicho en la segunda oración es lo más importante, o sea, la idea principal del párrafo, incluso del artículo. Así, el Codificador minimiza lo dicho con respecto al grado de individualización de los créditos, ya que, de todos modos, el gravamen funciona como techo de la garantía.

3. Marin, Marta, *Una gramática para todos*, Buenos Aires, Voz Activa, 2008, 1ª ed., p. 237.

Recurriendo nuevamente al artificio expositivo de reescribir el texto del artículo en estudio, el segundo párrafo del 2189 puede ser reelaborado de la siguiente manera: "El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen, **como puede no estarlo** o **incluso** puede nacer posteriormente; **pero** en todos los casos, **y cualquiera sea el grado de individualización de los elementos del crédito**, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto…".

Si el Codificador hubiera querido introducir una excepción o delimitación de créditos respecto de los cuales el gravamen cumple la función de máximo o tope definitivo (dejando afuera otros créditos respecto de los cuales no cumple esa función de techo), podría haber usado otra redacción en la segunda oración del segundo párrafo del artículo 2189, como por ejemplo "…**,** en **estos** casos el gravamen constituye el máximo de la garantía real".

De ese modo, denotaría que solo se refiere a los casos referidos en la primera oración, o sea, en la excepción.

Surge claramente que, para el Codificador, lo más importante y a destacar dentro del segundo párrafo del artículo 2189 es justamente la función del gravamen como el máximo o techo de la garantía real. Recordemos que en los fundamentos el Codificador expresamente dice que "la más importante diferencia con el Código se refiere al monto del gravamen".

De este modo, el eje o idea principal del sistema de derechos reales de garantía se nos presenta con toda claridad: cualquiera sea el grado de individualización de los elementos constitutivos del crédito asegurado, el gravamen constituye en todos los casos el máximo de la garantía real por todo concepto. No hay en el Código unificado un régimen dual de garantías reales con base diferenciadora en el grado de individualización de los elementos del crédito asegurado. Al contrario, tenemos un sistema monolítico o uniforme en el cual el monto del gravamen cumple la misma función en todas las garantías: hace de tope o techo o máximo por el cual la garantía responde, de modo tal que todo lo que termine superando ese techo no queda cubierto por los beneficios y efectos de las garantías reales, revistiendo el carácter de quirografario.

4. Representación gráfica del artículo 2189

En una primera lectura, el artículo 2189 se presenta como una mezcolanza desarticulada, ya que:

a) el título no refleja su contenido, y es un factor de incertidumbre importante;

b) si bien empieza regulando lo referido al monto del gravamen, su noción y función introduce una referencia a la individualización de los elementos del crédito, que añade aún más confusión;

c) termina refiriéndose al plazo máximo de las garantías.

Pero tal desorganización es aparente. El artículo 2189 regula tanto lo referido al monto del gravamen, al margen de individualización que los elementos del principal asegurado pueden tener, como el plazo máximo por el cual las garantías se pueden constituir.

Un pequeño esquema puede aclarar la situación:

Título: Especialidad en cuanto al gravamen	
Primer párrafo: Forma en que se da cumplimiento a la especialidad del gravamen	
Segundo párrafo – primera oración: Margen para la individualización de los elementos del crédito asegurado.	*Segundo párrafo – segunda oración*: Efecto y función del gravamen como tope para **todas** las garantías reales.
Tercer párrafo: Plazo máximo de vigencia para todas las garantías reales.	

5. Conclusión

Con base en los argumentos presentados, no encontramos un régimen dual de garantías en el sistema del Código Civil y Comercial, con distinción en el carácter o condición del crédito asegurado. Al contrario, se trata de un sistema único, indiferenciado, que establece requisitos idénticos en lo que a la tipificación de las garantías se refiere, **con absoluta independencia del grado de determinación o individualización de los elementos del crédito asegurado**.

Se ha demostrado también que el artículo 2189 es el eje del sistema del Código unificado y en torno a él se organizan los institutos de garantía. La interpretación propuesta se apega tanto al texto de la ley como a su sistema rector. Este último aspecto tiene gran relevancia, ya que, a diferencia del Código de Vélez Sársfield –desde sus orígenes no tenía una metodología tan rígida como la del Código unificado, método que para colmo de males quedo totalmente desarticulado gracias a las sucesivas modificaciones parciales, en especial la introducida por la Ley 17711–, el nuevo Código Civil y Comercial hace de su método un elemento central.

Si la solución a la que se arriba no es justa, o no da acabada respuesta a las necesidades de los distintos actores jurídicos, o si los problemas que puede implicar supera los beneficios que pueda aportar, no es en realidad algo que se le pueda reclamar al intérprete o a la interpretación, ya que ésta solo es la explicitación de lo normado por el Código. Y así de un problema de fondo, directamente vinculado con las valoraciones y soluciones legislativas y de política legislativa realizadas por el codificador.

Se terminó de imprimir en junio de 2016
en Trinanes Gráfica,
Charlone 971, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires, Argentina

Academia Nacional del Notariado

Jorge H. Alterini

Norberto R. Benseñor

Maritel M. Brandi Taiana

José C. Carminio Castagno

Romina I. Cerniello

María Cesaretti

Oscar D. Cesaretti

Adrián C. Comas

María M. Córdoba

Juan M. Diehl Moreno

Natalio P. Etchegaray

Eduardo M. Favier Dubois (h)

Catalina A. Fourcade

Marcela C. Frenquelli

Mariano Gagliardo

Néstor D. Goicoechea

Álvaro Gutiérrez Zaldívar

Rubén A. Lamber

Pablo L. Manganaro

Alberto M. Miguens

Martín E. Paolantonio

Martín L. Peretti

Pilar M. Rodríguez Acquarone

María F. Rodríguez Amat

Marcelo W. Suárez Belzoni

Mario G. Szmuch

Gonzalo I. Toro

COLEGIO DE ESCRIBANOS de la CIUDAD de BUENOS AIRES